

【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7回期日（20210115）に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

原告ら第4準備書面

2020年（令和2年）12月28日

名古屋地方裁判所民事第8部合議A係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 山 田 麻 登

(代)

同 弁護士 矢 崎 暁 子

(代)

同 弁護士 堀 江 哲 史

原告ら訴訟復代理人 弁護士 進 藤 一 樹

(代)

同 弁護士 砂 原 薫

(代)

同 弁護士 水 谷 陽 子

(代)

第1	はじめに	6
第2	本件規定の合理性に関する事情及びその変遷	6
1	本件規定の立法理由について	6
2	①婚姻と生殖及び子の養育の結びつきについて	7
(1)	法律上の結びつきについて	7
(2)	婚姻当事者や社会の意識における結びつきについて	9
3	②同性愛等の性的指向に対する認識について	10
4	③諸外国の状況からの影響等について	13
(1)	諸外国の立法例について	13
(2)	国際的な状況について	15
5	④同性間の婚姻に対する国民の意識について	17
(1)	同性間の婚姻の法制化に対する意識について	17
(2)	地方公共団体における「パートナーシップ」制度の導入について	18
(3)	国民の意識における法律上の婚姻の重要性について	23
(4)	性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の制定	24
6	小括	25
第3	異性愛規範が既に正当性を失っており、異性カップルのみを権利保障とする 根拠も失効していること	26
1	はじめに	26
2	明治期から第二次世界大戦までの同性愛者に対する社会的認識	27
(1)	男色の理想化と鶏姦規定（1870年代～1890年代）	27
(2)	男色の否定と異性愛規範の基盤の形成（1900年前後～1900年代）	28
(3)	同性愛の変態性欲化と異性愛規範の確立（1910～1920年代） ..	29
(4)	女性の同性愛と異性愛規範の形成	30

(5) まとめ	31
3 戦後の同性愛者に対する社会的認識の変化.....	32
(1) 1970年代：異性愛規範に抵抗の声を上げ始めたゲイとレズビアン..	32
(2) 1980年代：AIDS問題のもたらした影響.....	34
(3) 1990年代：府中青年の家裁判と精神医学への働きかけ	37
(4) 2000年代：人権課題としての取り組みの開始	39
(5) 2010年代：性的指向・性自認の視点を含む施策の実施	41
ア 人権としてのSOGI	41
イ 地方自治体による取り組み	41
ウ 国の施策	43
エ 国会の動き	45
オ 企業の取り組み.....	45
カ 同性愛者の可視化	46
(6) まとめ	47
第4 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	48
1 本件規定の違憲性についての木村草太教授の意見.....	48
(1) 「第1 はじめに」	48
(2) 「第2 民法上の婚姻に関する区別の合憲性について」	48
ア 「1 憲法14条1項の解釈」	48
イ 「2 ①法令上の区別の有無について」	48
ウ 「3 ②区別の合理性について(1)：争点の整理」	49
エ 「4 ②区別の合理性について(2)：具体的な検討」	49
オ 「5 小括：同性婚否定の合憲性」	50
(3) 「第3 被告国の反論について」	50
ア 「1 被告国の主張(1)：法律婚に生殖関係以外の効果はない」	50
イ 「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」	

.....	51
(4) 「第4 おわりに」	52
2 本件規定の違憲性についての駒村敬吾教授の意見	52
(1) 「Ⅰ. 憲法24条2項の「位置づけ」について」	52
(2) 「Ⅱ. 憲法制定過程から見た憲法24条2項」	54
(3) 「Ⅲ. 憲法24条2項の解釈」	55
(4) 「Ⅳ. 同性婚を認めていない現行法の違憲性について」	56
(5) 結論	58
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	59
(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	59
ア 横田耕一教授の見解	59
イ 大野友也教授の見解	60
ウ 齊藤笑美子教授の見解	60
エ 松井茂記教授の見解	61
オ 福嶋敏明教授の見解	62
カ 榎透教授の見解	63
キ 西村枝美教授の見解	64
ク 巻美矢紀教授の見解	65
(2) 被告による憲法学説の評価の不適切性	66
4 本件規定の違憲性についての二宮周平教授の意見	67
(1) 「1 日本婚姻法の沿革と婚姻法の原則」	67
ア 明治民法における家制度の確立	67
イ 婚姻法の原則と家制度による規制	67
ウ 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	68
エ 現行憲法・民法と同性婚	68

(3)	「2 婚姻成立の要件、婚姻の効果と生殖の関係」	68
	ア 婚姻成立の要件と生殖能力	69
	イ 婚姻の効果と生殖	69
(4)	「3 婚姻制度の意義・目的と生殖・子育ての関連性」	69
	ア 家制度の時代	69
	イ 第2次大戦後から高度経済成長期	70
	ウ 1980年代後半から今日	70
	エ 個人から見た婚姻の意義・目的の多様性	70
(5)	「4 現行婚姻法の原則と同性婚の保障」	71
	ア 同性婚保障の必然性	71
	イ 婚姻の自由	71
	ウ 平等原則	72
	エ 同性婚保障の影響	72
第5	結語	73

第1 はじめに

本件において、問われている憲法上の問題は、民法及び戸籍法が法律上の婚姻は異性間においてのみ認められるものとし、同性間の婚姻を認めていないこと（本件規定）が憲法に適合しているか否かである。そして、本件規定について、適合性が問題となる憲法の条項及びその解釈並びに適合性の判断枠組みについては、これまでに論じたとおりである

本書面においては、①本件規定の合理性を支える立法事実は、既に失われていると評価せざるを得ないこと、②婚姻とは当然に男女間の結合関係であるという考え方の背景にある異性愛規範は、既に正当性を失っており、異性カップルのみを権利保障とする根拠も失効していること、③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、について、適宜被告の主張に触れながら論ずる。

なお、適合性が問題となる憲法の条項及びその解釈並びに適合性の判断枠組みについて、仮に、憲法24条1項は婚姻の自由を憲法上の権利として保障するものであるという原告らの主張とは異なり、再婚禁止期間違憲判決が示した見解（「婚姻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」）に立った場合、憲法適合性の審査としては、本件規定が憲法14条1項及び憲法24条2項に適合するものであるか否かが審理されるべきことになるものと解されるところ、その場合における本件規定の違憲性についての原告らの具体的な主張内容は、従前の原告らの主張におけるものと基本的に同一である。

第2 本件規定の合理性に関する事情及びその変遷

1 本件規定の立法理由について

本件規定は、旧民法及び明治民法から変わらず引き継がれているものであるところ、その立法理由が議会において明示的に議論された形跡は窺われない。もっとも、旧民法の起草者は、「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」¹と説明しており、また、明治民法の起草者は、「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」²と説明している。これらの説明からすると、本件規定の背景には、「婚姻法は男女間の関係を規定するものである」とする観念が当然のものとして存在したことが窺われ、そのために、本件規定の立法理由について実質的な議論がなされることもなかったものと推測される。

したがって、本件規定の実質的な立法理由については、「婚姻法は男女間の関係を規定するものである」とする観念の背後にあったものを探知するほかない。この点、被告が本件規定の実質的な立法理由と捉えているかは明らかではないが、候補としては、①婚姻は、生殖と子の養育を目的とするものであるから、生殖可能性がない同性間での婚姻を認める必要性はないという理由がまず考えられる。また、②同性愛は異常であり倫理的にも許されないものであるから、同性間の関係を法律で規定することは不適當であるとする考え方が本件規定の背後に存したことも考えられる。更には、③諸外国の状況からの影響も考えられる。あるいは、これらの事情を背景として、④婚姻とは当然に男女間の結合関係であるという考え方が支配的であったという要因によるものとも考えられる。

以下では、これら①～④の理由について、それぞれ検討する。

2 ①婚姻と生殖及び子の養育の結びつきについて

(1) 法律上の結びつきについて

ア 婚姻は生殖と子の養育を目的とするものであるから、生殖可能性がない

¹ 熊野敏三『民法草案人事編理由書上巻』（明治21年頃）（甲A166）74丁表裏。

² 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A165）118頁。

同性間での婚姻を認める必要性はないという理由は一見もっともらしいものである。

しかしながら、我が国においては、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、離婚原因として規定されたことはなく、生殖可能性がない婚姻も認められており、また、婚姻外での生殖や子の養育も否定されていないから、法制度上、婚姻と生殖及び子の養育との結びつきが必然的なものであるとはいえない（甲A 2 1 5 / 1 3 ~ 1 6 頁）。

このことは、旧民法の起草者も、「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」（甲A 1 7 2 / 1 9 3 頁）と明示的に述べているところであり、明治民法の起草者も、「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル」（甲A 1 7 4 / 4 6 頁）とし、また、明治民法下の学説も、「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」（甲A 1 7 8 / 6 1 頁）と論じているところである。

現行民法下の学説においても、「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〕」（甲A 1 7 7 / 5 1 頁）とする理解が引き継がれている。

イ なお、明治民法下においては、妻の姦通を禁止し、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し、婚姻によって生まれた子を嫡出子として、婚姻前の子より優遇し、離婚の際に子の監護者について協定させるという婚姻の効果を理由として、婚姻の目的が生殖及び子の養育することにあるとするような議論も見られた。しかし、比較法的に見れば、1990年代以降、

諸外国では、婚内子と婚外子の区別を廃して、両者の親子関係の成立について統一的な規定を設ける方向性での法改正が進んでいる（甲A219参照）。現在我が国の法制審議会民法（親子法制）部会で進められている嫡出推定制度に関する規定の見直しも、いわゆる無戸籍児問題を契機として合理的な法律上の父子関係の成立方法とその安定化を志向するものであって、婚姻制度の目的という観点からの議論がなされているものではない（甲A189、甲A220の1、甲A220の2・3～4頁参照）。

民法の嫡出推定の規定は、婚姻の結果として生ずる子の出生という事象に対応するためのもの（子の利益等の観点から生物学的ないし遺伝的なつながりの有無にかかわらず法律上の父子関係を設定するもの）と解されているものであって、現在では、嫡出推定という婚姻に伴う効果の一つだけを取り上げて婚姻制度の目的が生殖にあるとするような恣意的で逆立ちした議論は見られなくなっている。

（以上について、甲A215（二宮意見書）／16～17頁）

(2) 婚姻当事者や社会の意識における結びつきについて

婚姻をする当事者や社会の意識として、明治民法下での家制度の時代には、跡継ぎの確保や富国強兵の社会的な要請から、婚姻が生殖及び子の養育と結びつけられてきた。また、戦後の民法下においては「男は仕事、女は家庭」という性別役割分業意識に基づく「標準的家族像」の影響や高度経済成長を支える労働力の再生産の要請から、婚姻が生殖及び子の養育と結びつけられてきた。

しかしながら、近年は、社会、経済状況の変動を背景として、晩婚化、晩産化、非婚化、少子化が進み、「夫婦と子から成る世帯」や、三世代同居等の「その他の世帯」の割合は著しく減少している。また、各種の意識調査の結果においても、「結婚したら、子どもをもつのが当たり前だ」、「夫婦は子どもを持つてはじめて社会的に認められる」とする回答の割合は減少しており、

結婚の利点について、「精神的な安定が得られる」、「好きな人と一緒にいられる」とする回答が、家庭の意味については、「家族の団らんの場合」、「休息・やすらぎの場合」、「家族の絆を強める場合」とする回答がそれぞれ多くなっている。

このように、近年では、婚姻をする当事者や社会の意識において、婚姻と生殖及び子育ての結びつきが相対的に弱くなってきており、パートナーとの親密な関係性や人格的な結びつき、共同生活の安定が重視されるようになってきていることが窺われる。

(以上について、甲A221～227、甲A215/17～26頁、甲A228～234)

3 ②同性愛等の性的指向に対する認識について

- (1) 同性愛は異常であり倫理的にも許されないものであるから、同性間の関係を法律で規定することは不相当であるとする考え方は、本件規定の立法理由として明示されているものではない。

もともと、①1873年(明治6年)公布の改定律令で鶏姦(男性間の性行為)が犯罪として処罰の対象とされ、1880年(明治13年)公布の旧刑法で同罪が削除された後も「鶏姦ハ人倫ニ戻ルノ甚キモノニシテ、其害最モ大」と評されていたこと、また、②1894年(明治27年)には同性愛を病理であるとする西洋医学の知見が我が国でも紹介され、その後、同性愛が「変態性欲」であり予防や治療の対象となる病気であるとするような認識が一般にも普及するようになったことなどからすれば、旧民法や明治民法下においては、同性愛は異常であり倫理的にも許されないものであるとする社会通念が存在し、そのことも本件規定を合理的なものとする事情の一つとなっていたことは否定できないものと思われる。

そして、そのような社会通念は、戦後も1980年代頃までは残存してい

たものとみられるものであり³、そのために、同性愛者等は、長きにわたって偏見及び差別にさらされてきたものである。

- (2) しかしながら、1980年代以降は、同性愛を非病理化した欧米の医学的知見が我が国でも紹介されたことなどを通じて、徐々に同性愛も異性愛と同じ性的指向のあり方の一つとして捉えられるようになった。

1990年代には、府中青年の家事件の判決において、「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いる」、「同性愛を異常視する従来傾向の見直しが行なわれている状況にある」(東京地判平成6年3月30日判例(甲A4))、「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」(東京高裁平成9年9月16日(甲A51))との判示がなされた。

2000年代には、人権教育及び人権啓発の推進に関する法律に基づき策定された「人権教育・啓発に関する基本計画」(平成14年3月15日閣議決定)において、「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」につき、「問題状況に応じて、その解決に資する施策の検討を行う」ものとされた(甲A57)。

また、法案の成立までには至っていないものの、2002年(平成14年)には「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護法案(甲A235)が内閣から国会に提出され、2016年(平成28年)には自由民主党が33項目からなる「性的指向・性自認の多様なあり方を受容する社会を目指すための政府への要望」を含む

³ 象徴的なものの一つとして、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」中における「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)との記述を挙げることができる。

「性的指向・性自認の多様なあり方を受容する社会を目指すためのわが党の基本的な考え方」（甲A236）及び「性的指向及び性同一性の多様性に関する国民の理解の増進に関する法律案」を取りまとめ（甲A237／12頁参照）、野党4党（社会民主党、民進党、共産党及び国民の生活が第一）の国会議員らも「性的指向又は性自認を理由とする差別の解消等の推進に関する法律案」を国会に提出する（甲A238、甲A239）など、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（「性的指向・性自認の多様なあり方を受容する社会を目指すための政府への要望」に係る政府の対応状況については、甲A240／付録1～21頁参照）及び司法の具体的な動きも明確に見られるようになったものである。

さらに、内閣府の実施している「人権擁護に関する世論調査」（甲A241）においても、2012年（平成24年）8月と2017年（平成29年）10月の調査結果を比較すると、性的指向に関してどのような人権問題が起きているかという質問に対して、「差別的な言動をされること」、「職場、学校等で嫌がらせやいじめを受けること」、「じろじろ見られたり、避けられたりすること」、「就職・職場で不利な扱いを受けること」などの回答を選択する割合が増加する一方、「わからない」とする回答を選択する割合は減少しており、上記のような立法、行政及び司法の動きも背景として、国民の意識においても、性的指向に基づく差別等を人権問題として捉える考え方が広まっていることが窺われる。

なお、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のうちいかなる要因が性的指向の主な決定因となるかについては種々の調査研究に基づく議論があるが、性的指向が個人の選択の結果ではなく、自らの意思で変えることが困難なものであることは、医学等における共通理解となっているところであり（甲A3、甲A7、甲A242～244）、そのような理解は国民一般

にも広まっているものと考えられる（甲A240／11～12頁、甲A245参照）。

- (3) 今日においても、同性愛者等への差別や偏見が解消、克服すべき課題に掲げられていることから窺われるとおり、残念ながら同性愛者等への差別や偏見が完全になくなったといえる状況にはないが、以上のことからすれば、少なくとも公的な議論の場においては、自らの意思で変えることが困難な同性愛等の性的指向に基づく差別的な取扱いは禁止されるべきものであるとする規範が確立されているものということができるというべきであり、同性愛は異常であり倫理的にも許されないものであるとするような考えにより同性愛者に対する差別的な取扱いを正当化する余地は、もはや存しないことが明らかである。

4 ③諸外国の状況からの影響等について

(1) 諸外国の立法例について

ア 我が国の民法典編纂は、欧米諸国からの西洋法原理に基づく法典整備の要請を背景に進められ、法案の起草に当たって欧米諸国の立法例が参照された。このことからすれば、本件規定の立法理由としても諸外国の立法例からの影響が考えられるところである⁴。

この点、旧民法、明治民法及び現行民法のいずれの制定時点においても、同性間の婚姻を認める諸外国の立法例は存しなかったものであり、その背景には、特に欧米諸国においては、婚姻は一男一女間の結合関係であるとし、（男性間の）同性愛は自然に反する忌まわしいものであり、倫理的にも法的に非難されるべきものとする宗教上の観念が存したものと考えられる（甲A158／103頁。甲A169／299～300頁。甲A247

⁴ 二宮周平編『新注釈民法(17親族(1))』（乙2）は、「日本が明治期以降、法制度として摂取しようとしたのは主としてヨーロッパの法制度だった。家族法もその例外ではない」とする（65頁。二宮周平執筆部分）。

／633頁。甲A248／268頁。乙2／66頁）。

イ しかしながら、2000年（平成12年）にオランダが同性婚を法制化して以降、今日までの間に、下表のとおり、立法又は司法判断を通じて、29の国・地域において同性間の婚姻が認められるに至っている（訴状71～74頁。原告第1準備書面5～6頁。）⁵。

ウ また、同性婚を法制化していないが、相続、社会保障、税制上の優遇措置等の法的効果を伴う登録パートナーシップ制度を法制化している国もあり、その中には、スイス（2004年。なお、2020年6月11日に同性間の婚姻を認める改正法案が下院で可決されており、同性間の婚姻の法制化の動きもある。甲A246）、チェコ（2006年）、スロベニア（2006年）、ハンガリー（2009年）、クロアチア（2014年）、チリ（2015年）、キプロス（2015年）、ギリシャ（2016年）、エストニア（2016年）、イタリア（2016年）などが含まれる⁶。

エ 以上により、現在、G7の中で同性間の婚姻又はパートナーシップ制度を法制化していない国は、我が国のみとなっており（甲A141／82頁）、また、旧民法の起草時に参照対象とされた諸外国⁷のうち、同性間の婚姻

⁵ オランダ、ベルギー、スペイン、カナダ、南アフリカ、ノルウェー、スウェーデン、ポルトガル、アイスランド、アルゼンチン、デンマーク、ブラジル、フランス、ウルグアイ、ニュージーランド、イギリス、ルクセンブルグ、アメリカ合衆国、アイルランド、コロンビア、フィンランド、マルタ、ドイツ、オーストラリア、オーストリア、オーストリア、台湾、エクアドル、コスタリカのほか、メキシコの一部の州でも同性間の婚姻が認められている（甲A98＝甲A141・68頁）。

⁶ 以上について、鳥澤孝之「諸外国の同性パートナーシップ制度」レファレンス平成22年4月号（2010年）（甲A249）、鳥澤孝之「諸外国の同性婚制度等の動向」調査と情報798号（2013年）（甲A250）、二宮周平編『新注積民法(17)親族(1)』（甲A38／74頁）、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」（甲A169／295頁）、渋谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣、2017年）（甲A170＝乙13／463頁）、渡邊泰彦「同性カップルによる婚姻から家族形成へ」法律時報88巻5号（2016年）（甲A251／74頁）等参照。

⁷ 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A173／3～4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）。

又はパートナーシップ制度を法制化していない国は、ロシアのみとなっている。

このように、本件規定に影響を与えたものと考えられる諸外国の立法には、近年、大きな変動が生じている。

(2) 国際的な状況について

ア 近年、性的指向に基づく差別の解消及び性的指向に関連する人権の保障は、国際人権法上も国家の義務であるとされている。

この点、世界人権宣言や我が国も批准している市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）及び経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）その他の各種人権条約には性的指向に基づく差別を禁止する明文の規定はない。しかし、1994年（平成6年）に自由権規約委員会から発出されたトゥーネン対オーストラリア事件への見解中において自由権規約2条及び26条の「性（sex）」には「性的指向」が含まれるとの解釈が示され（甲A32の2／12頁）、以後の個人通報事件への見解を通じて、差別禁止事由に性的指向が含まれるとの解釈が確立している。

また、形式的な意味における国際人権法上の規範ではないが、自由権委員会の委員が起草し、国連専門家や国際人権法学者、市民代表等により採択されて2007年（平成19年）に公表された「性的指向および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」では、全ての者は性的指向又は性自認に基づいて差別されることなく、全ての人権を享有する権利を有すること（原則2）、特に家族を形成する権利については、全ての者は性的指向又は性自認にかかわらず家族を形成する権利を有しており、いかなる家族も家族を構成するいずれの者の性的指向又は性自認に基づいて差別されないこと（原則24）が勧告されている（甲A33の2／124頁、130頁）。

更に、社会権規約委員会は、2009年に採択した一般的意見20（経済的、社会的及び文化的権利における無差別）において、社会権規約2条2項の「他の地位（other status）」に性的指向が含まれるとし、締約国は人の性的指向が規約上の権利（例えば遺族の年金受給権）を実現する障害とならないことを確保すべきであるとしている（甲A50の4/10～11頁）。

これらを背景として、国連人権理事会では、2011年に個人の性的指向や性同一性を理由とする暴力や差別に対して重大な懸念を表明する「性的指向・性自認と人権に関する決議」（決議17/19）が初めて採択され（甲A34の2）、2014年には同課題への取組の継続を表明する「性的指向・性自認と人権に関する決議」（決議27/32）が採択された（甲252）。いずれの決議についても、日本は理事国として賛成票を投じているが、理事国選挙の立候補国には、国際人権法の遵守についての自発的誓約が求められるところである。

国連人権理事会の2014年の決議に基づく国連人権高等弁務官の2015年5月4日の報告書では、同性のカップルとその子どもに法的な承認を与え、伝統的に婚姻しているパートナーに与えられてきた便益（年金、税金、財産承継を含む。）を差別なく与えることが勧告されている。

（以上について、甲A31/152～158頁、甲A153/4頁、甲A216（谷口洋幸意見書））

イ 我が国に対しては、自由権規約委員会の第5回政府報告に関する総括所見（2008年10月30日）において、性的少数者に対する雇用、住居、社会保障、健康保険、教育等における差別があることに懸念を有するとされた（甲A95の2）。

また、同委員会の第6回政府報告に関する総括所見（2014年8月20日）では、更に性的少数者に対する社会的ハラスメントとスティグマの

付与、並びに自治体が運営する住宅制度から同性カップルを排除する差別的規定について懸念が表明され、締約国は、性的指向及び性同一性を含むあらゆる理由による差別を禁止する包括的な反差別法を採択すべきであるとされている（甲A96の2）。

さらに、第3回政府報告書に関する社会権規約委員会の総括所見（2013年5月17日）では、女性、非嫡出子及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が表明され、委員会は締約国に対して、これら差別の解消のため法改正等を要求するとされている（甲A97の2）。

更に、国連人権理事会で行われる加盟国による相互審査である普遍的定期的審査（2008年、2012年、2017年）においても、我が国は、性的指向及び性自認に基づく差別を撤廃するための措置を講じることなどを他の加盟国から勧告されている。

（以上について、甲A153／4～5頁、甲A216）

5 ④同性間の婚姻に対する国民の意識について

(1) 同性間の婚姻の法制化に対する意識について

- ア 本件規定の制定時には、上述のとおり、婚姻は生殖と子の養育を目的とするものであるという考え方が相対的に強く、また、同性愛は異常であり倫理的にも許されないものであるという考え方も存したと考えられること、更には、諸外国において同性間の婚姻を認める立法例が存在しなかったことなどから、国民の意識においては、婚姻とは当然に男女間の結合関係であるという考え方が支配的であったと考えられ、そのために、法律上、同性間の婚姻を認めることが現実的なものとして想定されることはなかったものと推認される。このような推認は、本件規定の立法理由が議会において明示的に議論された形跡は窺われないことから裏付けられるといえる。
- イ しかしながら、婚姻は生殖と子の養育を目的とするものであるという考

え方が弱まり、同性愛も異性愛と同じ性的指向のあり方の一つとして捉えられるようになり、同性愛等の性的指向に基づく差別的な取扱いは禁止されるべきものであるとする考えが確立したことや、諸外国において同性間の婚姻や登録パートナーシップを認める立法例が広まったことなどを背景として、近年は、我が国においても、同性間の婚姻の法制化が現実的な選択肢として意識されるようになり、それに対する国民の意識も明らかとなってきている。

すなわち、2015年（平成27年）以降の各種の世論調査（2015年の「性的マイノリティについての意識－2015年全国調査報告書」（甲A104）、毎日新聞の世論調査（甲A105）、2017年のNHKの世論調査（甲A106、甲A107）、朝日新聞の世論調査（甲A108、甲A109）、2018年の電通の調査（甲A110）、2018年の第6回全国家庭動向調査（甲A183）の結果では、同性間の婚姻を認めることへの賛成が一貫して多数を占めており、そのような世論も背景として、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）。

(2) 地方公共団体における「パートナーシップ」制度の導入について

ア 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らによる同性間の婚姻の法制化を要請する声に呼応して、地方公共団体のレベルでは、2015年（平成27年）以降、「パートナーシップ」制度の導入が全国各地で進められるようになっており、令和2年12月1日現在、66の地方公共団体で制度が導入され、1000組以上の同性カップルが制度を利用するなど（甲A253）、全国的に極めて急速な広がりを見せている。

《「パートナーシップ」制度を導入した地方公共団体》

都道府県	区市町村	導入時期（根拠規定）	利用組数	人口	証拠
北海道	札幌市	2017年6月開始（要綱）	104	1,959,313	甲 A81
茨城県	茨城県全域	2019年7月開始（要綱）	34	2,921,436	甲 A304
栃木県	鹿沼市	2019年6月開始（要綱）	1	97,288	甲 A128
	栃木市	2020年11月開始（要綱）		159,951	甲 A345
群馬県	大泉町	2019年1月開始（要綱）	1	41,987	甲 A88、89
埼玉県	さいたま市	2020年4月開始（要綱）	16	1,314,145	甲 A316
	川越市	2020年5月開始（要綱）	9	353,301	甲 A329
	坂戸市	2020年10月開始（要綱）		101,026	甲 A341
	北本市	2020年11月開始（要綱）		66,171	甲 A343
	鴻巣市	2020年12月開始（要綱）		118,395	甲 A347
千葉県	千葉市	2019年1月開始（要綱）	75	972,516	甲 A90、91
	松戸市	2020年11月開始（要綱）		498,473	甲 A344
東京都	渋谷区	2015年10月開始（条例）	50	229,671	甲 A76
	世田谷区	2015年11月開始（要綱）	128	917,486	甲 A77
	中野区	2018年8月開始（要綱）	63	335,234	甲 A86、87
	豊島区	2019年4月開始（条例）	32	290,246	甲 A119
	江戸川区	2019年4月開始（要綱）	15	700,079	甲 A120
	府中市	2019年4月開始（要綱）	8	260,232	甲 A121
	港区	2020年4月開始（条例）	8	260,379	甲 A320
	文京区	2020年4月開始（要綱）	6	226,114	甲 A321
	小金井市	2020年10月開始（要綱）		122,306	甲 A342
	国分寺市	2020年11月開始（要綱）		125,170	甲 A346

都道府県	区市町村	導入時期（根拠規定）	利用組数	人口	証拠
神奈川県	横須賀市	2019年4月開始（要綱）	17	401,050	甲 A122
	小田原市	2019年4月開始（要綱）	6	190,580	甲 A123
	横浜市	2019年12月開始（要綱）	113	3,754,772	甲 A311
	鎌倉市	2019年12月開始（要綱）	5	176,408	甲 A313
	相模原市	2020年4月開始（規則）	11	718,300	甲 A319
	逗子市	2020年4月開始（要綱）	1	59,525	甲 A322
	川崎市	2020年7月開始（要綱）	19	1,514,299	甲 A334
	葉山町	2020年7月開始（要綱）	3	32,994	甲 A335
新潟県	新潟市	2020年4月開始（要綱）	7	788,465	甲 A317
静岡県	浜松市	2020年4月開始（要綱）	22	802,527	甲 A318
愛知県	西尾市	2019年9月開始（要綱）	0	172,350	甲 A307
	豊明市	2020年5月開始（要綱）	1	69,009	甲 A330
三重県	伊賀市	2016年4月開始（要綱）	5	91,230	甲 A78
	いなべ市	2020年7月開始（条例）	0	45,713	甲 A336
京都府	京都市	2020年9月開始（要綱）	27	1,409,702	甲 A339
大阪府	大阪市	2018年7月開始（要綱）	237	2,730,420	甲 A84、85
	堺市	2019年4月開始（要綱）	21	834,787	甲 A124
	枚方市	2019年4月開始（要綱）	11	401,074	甲 A125
	交野市	2019年11月開始（要綱）	1	77,632	甲 A310
	大東市	2019年12月開始（要綱）	1	120,285	甲 A312
	富田林市	2020年7月開始（要綱）	2	111,033	甲 A333
	貝塚市	2020年9月開始（要綱）	0	86,276	甲 A340

都道府県	区市町村	導入時期（根拠規定）	利用組数	人口	証拠
	大阪府全域	2020年1月開始（要綱）	46	8,849,635	甲 A315
兵庫県	宝塚市	2016年6月開始（要綱）	10	234,044	甲 A79
	三田市	2019年10月開始（要綱）	3	111,934	甲 A309
	尼崎市	2020年1月開始（要綱）	12	463,262	甲 A314
	伊丹市	2020年5月開始（要綱）	2	203,539	甲 A331
	芦屋市	2020年5月開始（要綱）	1	95,775	甲 A332
	川西市	2020年8月開始（要綱）	0	157,432	甲 A338
奈良県	奈良市	2020年4月開始（要綱）	3	356,027	甲 A324
	大和郡山市	2020年4月開始（要綱）	0	85,871	甲 A323
岡山県	総社市	2019年4月開始（規則）	2	69,338	甲 A126
	岡山市	2020年7月開始（要綱）	5	708,973	甲 A337
徳島県	徳島市	2020年4月開始（要綱）	4	253,054	甲 A327
香川県	三豊市	2020年1月開始（要綱）	3	65,239	甲 A306
	高松市	2020年4月開始（要綱）	6	427,131	甲 A325
福岡県	福岡市	2018年4月開始（要綱）	77	1,554,229	甲 A82、83
	北九州市	2019年7月開始（要綱）	13	950,602	甲 A305
	古賀市	2020年4月開始（要綱）	2	59,522	甲 A326
長崎県	長崎市	2019年9月開始（要綱）	5	416,405	甲 A308
熊本県	熊本市	2019年4月開始（要綱）	2	733,721	甲 A127
宮崎県	宮崎市	2019年6月開始（要綱）	12	402,632	甲 A129
	木城町	2020年4月開始（要綱）	0	5,181	甲 A328
沖縄県	那覇市	2016年7月開始（要綱）	33	322,011	甲 A80

都道府県	区市町村	導入時期（根拠規定）	利用組数	人口	証拠
全国計			1,301	38,823,400	

（※ 表は同性パートナーシップ・ネット作成の「全国自治体パートナーシップ制度検討・実施状況」〔甲A254〕に基づき作成した。利用組数〔2020年6月30日時点〕は、渋谷区・虹色ダイバーシティ調査によるものであり、人口は総務省の住民基本台帳〔2020年1月1日時点〕によるものである。）

イ これらの「パートナーシップ」制度は、居住要件や年齢要件（20歳以上又は成年であること）のほか、配偶者若しくは他にパートナーシップ認定を受けた者がいる場合又は近親間者で申請する場合にはパートナーシップを受けることができないなどの一定の要件の下で、同性カップルの関係を公的に認証するものである。その対象となる同性カップル（パートナーシップ）については、条例等において、「男女の婚姻関係と異ならない程度の実質を備える戸籍上の性別が同一である二者間の社会生活関係」（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2条8号（甲A75／2枚目）、「互いを人生のパートナーとし、日常の生活において、経済的又は物理的、かつ、精神的に相互に協力し合うことを約した、一方又は双方が性的マイノリティである2人の者の関係」（札幌市パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱2条2項、甲A98＝甲A141／84頁参照）などと定義されている。

また、制度利用者として想定される同性カップル（パートナーシップ）に関し、当事者の性別やセクシュアリティによる利用の制約のない「パートナーシップ」制度を設けている千葉市では、「夫婦の關係に準ずるものを想定している」との説明がなされており（甲A255／51頁〔注17〕参照）、平成27年に「パートナーシップ」制度を導入した世田谷区では、「世田谷区においては、同性パートナーも、事実上の婚姻關係に準ずるとする

社会通念が形成されているものと評価しております」との議会答弁がなされている（甲A256）。

ウ 「パートナーシップ」制度は、基本的には直接的な法的効果を伴うものではない。

もともと、大阪市は、犯罪被害者等に対する見舞金支給及び助成金交付の対象となる「犯罪等により死亡した市民の配偶者」について「法律上の身分関係が無い者であっても、これと同視しうる事情にある者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった配偶者、又は本市パートナーシップ宣誓書受領証の交付など公的な証明を受けているLGBTなどの性的マイノリティのパートナーである者）を含む」としている。（大阪市犯罪被害者等見舞金支給要綱4条2項1号（甲A257）、大阪市犯罪被害者等助成金交付要綱4条1項1号（甲A258））。

また、札幌市も、犯罪被害者等に対する支援金支給の対象となる「犯罪被害者の遺族又は家族」について犯罪被害者とパートナーシップの関係にあった者を含むものとしている（札幌市犯罪被害者等支援金及び日常生活等支援に関する要綱3条1号（甲A259））。

エ なお、2019年（令和元年）には、「パートナーシップ」制度を導入した茨城県の知事が同性間の婚姻の実現に賛成の意向を示し（甲A260）、2020年（令和2年）9月23日には、京都府長岡京市議会が衆参両議院議長、内閣総理大臣及び法務大臣宛ての「同性婚の法制化に関する議論の促進を求める意見書」を決議する（甲A261）など、地方から国に対して同性間の婚姻の法制化を求める声も上がっている。

(3) 国民の意識における法律上の婚姻の重要性について

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、「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」と判示する。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……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」と判示する。

これらの判示が依拠したと考えられる統計資料等の最新のものによれば、法律上の婚姻を重要なものであるとする国民の意識は、今日においても幅広く浸透している状況に変わりがないものと考えられる⁸⁹（甲A221、甲A223～甲A227）。

同性愛者等の性的マイノリティを対象とした調査（NHKのLGBT当事者アンケート調査（甲A103）、日高庸晴教授によるアンケート調査（甲A262））の結果においても、同性間での結婚を求める法律の制定や異性間と同様の法律上の婚姻の適用を希望する者が多数を占めており、同性愛者等の性的マイノリティにおいても、法律上の婚姻を重要なものであるとする意識は幅広く浸透しているものと考えられる。

（4）性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の制定

⁸ 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、「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」と判示する。

⁹ 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」と指摘している。

本件規定にも関連する我が国における婚姻に関わる法制の変化の一つとして、2003年（平成15年）の性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の制定を挙げることができる。

すなわち、本件規定の制定時には、婚姻の当事者である「男」「女」とは生物学的な性別¹⁰を意味するものと理解され、生物学的な性別が同性である者の間での婚姻は想定されていなかったものと考えられるが、同法の施行後は、同法3条1項の規定に基づき男性（女性）への性別の取扱いの変更の審判を受けた女性（男性）は、法令の規定の適用について男性（女性）とみなされることにより、女性（男性）と婚姻することができることになっており、生物学的には同性である者の間での婚姻が可能となっている。

このような法制の変化も、性や性別に関する既存の考え方や婚姻は男女間のものであるとする考え方の大きな揺らぎを示すものである。

6 小括

以上、検討してきたとおり、本件規定の実質的な立法理由として考えられる①～④は、いずれも今日においては合理性が全く認められない。本件規定の合理性を支える立法事実は、既に失われていると評価せざるを得ないのである。

なお、同性間の婚姻の法制化の実現が第一次的には「国会で論ぜられ、判断されるべき事柄」（夫婦同氏強制合憲判決参照）であるとしても、そのことは、裁判所が憲法の規定に照らして本件規定の合理性の有無を判断することの妨げとなるものではない。

ましてや、同性間の婚姻の法制化について第一次的に議論し判断すべき責任を負う国会がそれを怠っている現状においては（原告第5準備書面において詳

¹⁰ 特例法の立案関係者による解説では、「本法律が妥当する範囲及びその効力は、性別にかかわる法令を適用する関係で、性同一性障害者の法令上の性別の取扱いを変更することにとどまるものであり、それ以外のところでのその性別の取扱いについてまで必ずしも定めるものではなく、ましてやその生物学的な性別まで変更するものではない」との理解が示されている（甲A159／81頁参照）。

述する)、裁判所には、当事者の主張に応じて、本件規定の合理性に関する事情及びその変遷についての丁寧な事実認定に基づき、本件規定の合理性について慎重な検討をした上で適切な判断を示すことを通じて、国民の権利利益の救済を図るとともに、国会や政治部門による適切な対応を促すこと（国会及び政治部門等との間の憲法的な対話を促進すること）が、その役割として強く期待されるというべきである。

第3 異性愛規範が既に正当性を失っており、異性カップルのみを権利保障とする根拠も失効していること

1 はじめに

(1) 同性同士の親密な関係や性愛関係、あるいはそうした関係の中で行われる性行為は、日本を含めて世界中で、歴史を通して存在してきた。

しかし、このような同性同士の結びつきは、長い間人権の問題としてとらえられることはなかった。それどころか、同性愛者は差別・偏見にさらされ、処罰の対象にすらされてきた。その背景には、異性愛を「自然」「正常」なものとし、同性愛を含むそれ以外の性愛を「不自然」「異常」なものとする異性愛規範がある。

現行民法、戸籍法制定時において、同性間の婚姻については、検討すらされた形跡はないが、これも当時の社会において、異性愛が「自然」「正常」とされていたがゆえに、婚姻は男女間の結合を前提としたものと考えられていたためと推認される。

(2) しかし、かかる異性愛規範は、社会や文化の影響を受けながら変容するものである。戦後、同性愛者は、自らの主体を作り上げ、生活の中で日常的に生起する差別や偏見をなくすために抵抗を試みた。そうした人々を周囲から支える支援者も現れ、また、当事者・支援者にかかわらず学問研究や運動を通して同性愛者に対する差別や偏見に対して変更や撤廃を迫っていった。

このような動きは、まず欧米で巻き起こったが、その後日本でも欧米の影響を受けて、社会に対する働きかけや取り組みがなされるようになった。その結果、今日では、異性愛規範はその正当性を失い、同性愛、性的指向は人権の問題として考えられるようになった。

- (3) 以下では、風間孝教授、赤枝香奈子准教授の意見書（甲A217）及び河口和也教授の意見書（甲A218）に基づき、①明治期から第二次世界大戦までの日本における同性愛者に対する社会的認識を明らかにし、日本において異性愛規範がどのように生まれ、それが確立したか、②戦後の同性愛者に対する社会的認識の変化について、海外の運動の影響を受けた同性愛者やその支援者らの社会に対する働きかけや取り組みによって、異性愛規範が正当性を失っていった過程について論じる。

2 明治期から第二次世界大戦までの同性愛者に対する社会的認識

(1) 男色の理想化と鶏姦規定（1870年代～1890年代）

ア 明治前期においては、エリート層である男子学生のあいだで、年上の男性と年下の男性の間の精神的・肉体的な交流をさす「男色」を肯定する考えも根強く存在していた。当時の文学作品には、男色の利点として「智力の交換」や「大志の養成」が挙げられ、遊郭で女性と交流することを意味する女色を好む「軟派」の男子学生よりも、男色を好む「硬派」こそが学生本来の姿であるという考えが男子学生の中に存在していた（甲A263／42頁）。

キリスト教の影響により、男性間の性行為を「ソドミー」として犯罪とすることの多かった西洋諸国とは異なり、日本では江戸時代まで男性間の性行為は処罰されず、この考えは、明治初期の2つの刑法典である仮刑律と新律綱領にも引き継がれた。

イ しかし、西洋からの影響を受け、1872年には鶏姦条例により、また1873年には改定律例266条の鶏姦規定により、鶏姦行為、すなわち

男性間の肛門性交は犯罪とされるようになった（甲A263／22～25頁）。

この鶏姦規定は1882年に旧刑法の施行に伴って廃止されたものの（甲A264）、ここに生殖につながる男女間の性行為を唯一正しい性のあり方とする異性愛規範の萌芽を見出すことができる（以上全体につき、甲A217／4～6頁）。

(2) 男色の否定と異性愛規範の基盤の形成（1900年前後～1900年代）

ア 1898年、「明治民法」親族編が制定され、婚姻と離婚に関する全国的に統一した形式が定められた。明治民法は、765条に「男は満17年女は満15年に至らされは婚姻を為すことを得す」と記し、婚姻が男女間で成立することを明確にした。これにより、法律上での異性愛の規範化が明確化した。

イ また、男色の理想化の背景には、十分な教育の機会を与えられていない女性と理想的な関係を築くことは困難との考えがあったが、1899年に「高等女学校令」が公布され、教育を受けた女学生が急増すると、男子学生と女学生の交際が現実的な問題となり、雑誌等において男女学生の交際が議論されるようになった。

そして、1890年代に英語の *love* やフランス語の *amour* の翻訳語として「恋愛」という言葉が使われるようになると、「恋愛」は、それまでの日本で用いられていた、精神と肉体が切り分けられていない「色」という概念では表現できない、精神の交流を意味する、価値の高いものとして使われるようになった。この「恋愛」の普及により、男女学生の交際も「恋愛」という言葉で語られるようになっていき、さらには恋愛と結婚が結びつき、「恋愛-結婚-家庭」という幸福イメージが一部のエリート層に形成されていった（甲A263／92～93頁）。

ウ そして1900年前後になると、新聞・雑誌において、男色をひどい悪

習として批判する報道が目立つようになる。その背景には、鶏姦規定の影響のほか、男女間における恋愛が結婚と結びつけられるようになったことにより、「結婚」と結びつくことが可能な異性間の関係は、同性間の関係性よりも優越していると考えられるようになったことがある（甲A263/109～112頁）。

このプロセスは、異性愛が結婚制度と結びつきながら、同性間の性愛を周縁化していったことを意味している（以上全体につき、甲A217/6～9頁）。

(3) 同性愛の変態性欲化と異性愛規範の確立（1910～1920年代）

ア 1910～1920年代には、ドイツの精神科医リヒャルト・フォン・クラフトエビングの著作 *Psychopathia Sexualis*（日本では「色情狂編」、「変態性欲心理」として出版）など、西洋の性科学が日本において翻訳書を通して紹介された。性科学は日本では性欲学と訳され、性欲学の書物や雑誌が次々に出版された（甲A265）。

イ 「変態性欲論」の著者である澤田順次郎と羽太鋭治は、同性愛を「性欲本能の倒錯」「正常ならざる性欲」「不自然な性欲」であり、「一種の伝染病」として、「社会を破壊」するものとみなした（甲A266）。このように性欲学では、同性愛は「性欲本能の倒錯」、すなわち生殖を伴わないが故に変態性欲とされたのである。

性欲学では、同性愛が病気とされ、変態性欲とされた一方で、異性同士が互いに惹かれ合う異性愛は原則とされ、ここに同性愛を病気・変態とし、異性愛を自然・原則とする規範が明確に打ち出された。

ウ 異性愛規範は、男＝能動、女＝受動との役割を明確にもっており、男を性的な主体として、女を性的な対象とみなすジェンダー規範も内包していた（甲A266/11頁）。

また、性欲学では、同性愛者は異性の精神をもっているがゆえに同性に

惹かれるものとされ、同性愛者は異性愛規範から逸脱するのみならず、ジェンダー規範からも逸脱した存在として認識されていた（甲A266／146～147頁、214～215頁、266～267頁）。

一方で、同性愛を「病理」として位置付け、またそうした傾向を「生まれつき」のものとみなすことにより、同性愛概念は、鶏姦概念のような行為に限定して性を捉えるのではなく、「個人の内的・精神的な性のあり方」に焦点をあわせることで、同性愛者としての自己（アイデンティティ）を生み出すことにつながった（以上、全体につき、甲A217／9～14頁）。

(4) 女性の同性愛と異性愛規範の形成

ア 女性の同性愛が日本で初めて可視化されたのは20世紀に入ってからのことである。女学校では1900年代頃から、女学生同士、あるいは女教師と女学生との間に親密な関係が見られ、その関係は1911年に起きた女学校卒業生同士の心中事件が報道されることで広く知られるようになった（甲A267）。

この事件をきっかけに、「男色」や「鶏姦」では表現できない女性同士の関係を含む「同性愛」というカテゴリーが成立した。

イ 当時は、恋愛に基づいて結婚すべきという規範が広がりつつあり、また恋愛は結婚だけでなく生殖とも結びつくべきとされた（性・愛・結婚の三位一体規範）。

しかし、(中等教育以降)男女別学であり、男女の恋愛は危険視されていた当時において、その相手を見つけ、恋愛を経て結婚することがどの程度可能だったか考えると疑わしく、むしろ当時は、「人格と人格の結びつき」という人間関係は女性同士だからこそ可能な関係と捉えられていた。

ウ 1920年代には、女学生たちの間での同性への「熱中」がブームとなっており、それが「同性愛」として認識されていた（甲A268）。「エス」とよばれる女学生同士の親密な関係が、たびたび新聞・雑誌記事で取り上

げられており、その中には、女性同士の親密な関係を賞賛し、異性に対する愛とも、男性同性愛とも異なるものとして擁護するものもあった（甲A 269）。

エ しかし、同性愛には「先天性（真性）」と「後天性（仮性）」の二種別があるという西洋の性科学に基づく同性愛観が日本に輸入されると、当時見られた女性同士の親密な関係に当てはめられるようになった。そして女学校時代に起きるような同性愛は、一時的で模倣的なもの（「仮の同性愛」）として無害化され、それ以外の、特に大人の女性の同性愛は、永続的で、より深刻なもの（「真の同性愛」）とみなされた。

そして、1930年代になると、女性同士の心中事件は、事件を猟奇적이あるいは病理的とみなしたり、その当事者を「変態」視したりする様子が見え始めるようになり、1920年代に見られたような、女性の同性愛を称賛するような記事は見られなくなった。女性同士の同性愛が、異性愛に比べて劣っていると一方的に断定する論調や（甲A 270）、同性愛を「自己愛-同性愛-異性愛」という性欲心理の発達段階に位置付けた上で、同性愛の段階で止まっている者を「精神の異常傾向者」とみなしたり（甲A 271）、同性愛を「一種の小児病」とみなしたりする論調も見られるようになった（甲A 272）。

このようにして、女性の同性愛は、異性愛の前段階である「未熟な」関係として位置付けられ、いつかは卒業し、異性愛に至るはずのものであるとされて、異性愛の自然化、絶対化を支える異性愛規範の一部となっていた（以上全体につき、甲A 217 / 15～30頁）。

(5) まとめ

明治から大正時代という時の経過とともに、男色は、理想とされる関係から非難の対象となっていき、大正時代の性欲学の時代には、(男性)同性愛は変態性欲とされた。同性愛が変態性欲とされた根拠は、異性愛は生殖を伴い、

ジェンダー規範を内包するとされた一方で、同性愛は生殖をとまなわず、ジェンダー規範から逸脱したものであるとされたからである。その結果、人の性のあり方として異性愛が原則であるという異性愛規範が確立した。

男性の同性愛が、異性愛ではない「変態性欲」として否定されることで、異性愛の外部へと置かれたのに対し、女性の同性愛は、一对の男女による平等な人格と人格の結びつきという異性愛がまだ理念的なもので、一部の人々にとってのみ実践可能なものであった当時においては、やがて異性愛へと至る「愛情」の現れとみなされ、異性愛の内部へと取り込まれた。

すなわち、男性の同性愛は、異性愛ではないものとして、女性の同性愛は、異性愛に至るものとして、異性愛を自然で正しいものとする異性愛規範を構成する重要な一部となった。

1946年当時の日本における憲法や民法、戸籍法の起草の議論において、同性カップルの権利について議論すらされなかったのは、当時の日本社会の中に、同性愛を変態性欲、すなわち病理と見なすとともに、思春期の過渡的段階と見なし、異性愛のみを自然なあり方とする異性愛規範が社会全体に及んでいたからである。さらに、結婚を生殖と結びつける、ひとびとの強固な意識のために、同性カップルを家族として考えることを困難にしたためであるともいえよう。

このような異性愛規範が憲法制定や民法改正にかかわる専門家や国会議員に共有されていたために、同性間の共同生活の関係が法的保護を検討し論ずべき対象として議論の俎上にすら登らない状況を生み出し、また一般国民からもそのことについて批判や疑問の声があがらない状況を作り出したのである。

3 戦後の同性愛者に対する社会的認識の変化

(1) 1970年代：異性愛規範に抵抗の声を上げ始めたゲイとレズビアン

ア 欧米において同性愛者は第二次世界大戦後に徐々に公共の場所に姿を現

すようになり、1960年代後半以降は、自らの人権を求める社会運動を活発化させた。

イ アメリカでは、1940年代から同性愛者たちは、自助グループなどの組織化を始めた。

1950年代になると、異性愛との明確な違いを主張するのではなく、異性愛社会に同調しつつ、そのなかで自分たちの存在を受容してもらうことを目指した運動（ホモファイル運動）を展開した。

しかし、1970年代になると、ホモファイル運動の同化主義的な路線とは異なり、異性愛者との明確な違いや、同性愛者のアイデンティティを主張するような運動展開にその方向性が変化した。そうした変化を表す象徴的な出来事が、1969年6月に発生した「ストーンウォール・インの暴動」である。これは、性的マイノリティの集まるバーが、再三再四にわたり警察の手入れを甘んじて受けてきたなかで、性的マイノリティの客たちが初めて抵抗を試みたという事件である。

この暴動をきっかけに、翌年からニューヨークでプライド・パレードが始まり、各地に広がっていった。以後、同性愛者としてのアイデンティティ確立と可視化を中心とした権利獲得運動が展開されるようになる（甲A218/17～21頁、甲A273/376～379頁）。

ウ 他方、日本では、1945年以降も、同性愛者が公共の場所に姿を現す機会は限られており、同性愛者として生きようとする者は故郷を追われて秘密の裏通りで生き、沈黙を強いられてきた。

しかし、1970年代前半になると、同性愛者として自らのセクシュアリティを公言するカミングアウトを行い、同性愛者の可視化を主張し始めるゲイ男性も現れた。1971年に、同性愛者であることを明らかにし、参議院選挙に全国区から立候補した東郷健は、同性愛者と異性愛者に対して、同性愛を異常とし異性愛を正常とする異性愛規範から解放されること

を求めるとともに、同性愛者に対しては性的アイデンティティを受け入れて生きていくことを求めた。

1970年代末には、深夜のラジオ番組にアーティストの大塚隆史が出演して、ゲイであることを公言している。大塚の行動に刺激を受け、1960年代末に活発になったアメリカのゲイ解放運動の情報を収集しながら、活動を始めるグループも出現するようになった（甲A274/105～106頁）。

1970年代後半になると、自らをレズビアン・フェミニストと呼ぶ女性たちが相次いでミニコミ誌を発行し、自らの声を発信するようになった。1970年代までのメディアに登場するレズビアンは、異性愛男性の性欲を満足させるために、レズビアンは性に「奔放」であるというイメージを伴って描かれていた。「レズビアン・フェミニズム」とは、異性愛規範を女性抑圧の根源と見なし、その変革を「女同士の関係性」に託す思想と実践であるが、レズビアン・フェミニストたちは、このようなステレオタイプ化されたイメージとはまったく異なるレズビアン・アイデンティティを模索し、異性愛規範を、同性愛を排除するものとして批判するだけでなく、女性をジェンダー役割のなかに押し込め不自由を強いるものとして問題化した（甲A275。以上全体につき、甲A217/38～41頁）。

(2) 1980年代：AIDS問題のもたらした影響

ア 1980年代前半、世界ではAIDSという病気は、(男性)同性愛と強く結びつけられ、AIDS以前からの同性愛に対する偏見は実際の「死」と関連付けられたために、それはいっそう強いものとなった。「AIDS＝ゲイ」というような語り方が社会の中に広がり、AIDSという病気は、いわゆる「ゲイ化」された。

こうして同性愛に対する偏見や差別が強まる中、ゲイ男性たちは、家族や親せきから疎まれ、悪い時には家族や親族から追放されるということも

あった。また、職場では感染者や患者であるということで、解雇されるということも起きた。

イ アメリカでは、当時の大統領であったロナルド・レーガンが、AIDSに対する政策をほとんど行っていなかったため、アメリカのゲイたちはコミュニティを自衛する必要性に迫られ、健康を守るための組織化をとおして、自助組織や支援グループを作ることで対処していた。

同性愛嫌悪や偏見・差別のために、AIDSになっても、生まれた家族からのケアや支援を受けることは非常に難しく、同性愛者の友人やコミュニティの支援組織に助けを求めるしかなかった。

また、パートナー関係にある者にとっては、その関係が社会や州政府から承認されていないものであったので、その関係性は「赤の他人」としかみなされなかった。パートナー関係のなかでは、パートナーが入院したり、亡くなったりしたら、看病やケア・相続権や居住権・遺言や葬儀などをめぐって、様々な「家族」問題が噴出することとなった（甲A218/27～31頁、甲A276）。

ウ 日本においても、AIDSをきっかけにしたホモフォビア(同性愛嫌悪)は顕在化していった。

例えば、AIDS第一号患者は血友病患者であったが、厚生省(当時)は、この患者をあえてAIDSと認定せず、日本に一時帰国中のアメリカ在住のゲイの男性芸術家を日本におけるAIDS第一号患者として発表した(甲A277)。

また、1985年に作られた厚生省・エイズサーベイランス委員会の感染経路別分類は、異性間性的接触/男性同性愛/麻薬の濫用/母子感染/血液製剤の5つからなっていたが、男性同性愛が性的アイデンティティであるのに対して、残りの4つは行為を示している。このように、男性同性愛の性的指向やアイデンティティを感染原因と扱うような表記が無造作

になされ、それが続けられた事実は、同性愛のアイデンティティを、AIDSという「疾病」と結びつける差別的な意識が潜在していたことを示している（甲A278参照）。

さらに厚生省は、1985年に、男性同性愛者をはじめとするリスク・グループを献血から除外することを決定した。そのため、献血時の問診に「男性同性愛者かどうか」を問う項目が含まれることになったが、同性と性行為をしたことがなくても、男性同性愛のアイデンティティを持つ者を献血から排除するこの問診は、エイズサーベイランス委員会による感染経路別分類と同様に、男性同性愛者のアイデンティティをHIV感染の原因と結びつける思考に基づいている。

AIDSを男性同性愛者の病気とする偏見に抗議し、またこうした社会の固定観念によって不安を感じ、パニックを起こした男性同性愛者をサポートするために、東京では、1984年に南定四郎によって「IGA日本」が、1986年には「動くゲイとレズビアンの会」が結成され、札幌や名古屋、大阪でも団体が組織された（甲A274／107頁）。

IGA日本は、前述のように献血時の問診に「男性同性愛者かどうか」を問う項目が含まれていたことに対して、同性愛者に対する社会の差別を助長するとして見直しを求めた。また1987年3月に国会にHIV感染の拡大防止を目的とするエイズ予防法案が上程されると、動くゲイとレズビアンの会をはじめとする同性愛者団体は、この法案について、同性愛者への管理につながり、また感染者や患者を保護すべき対象としてではなく、いまだ感染していない人へのリスクとして認識するものであるとして、反対の意思を表明した。

このように、AIDSによる偏見・差別に苦しんだ同性愛者は、自らの置かれている状況を認識し、政治的な行動を始め、公的な領域で自らの人権を主張するようになった（以上、全体につき、甲A217／41～43

頁)。

(3) 1990年代：府中青年の家裁判と精神医学への働きかけ

ア アメリカでは、1970年代初頭には、同性愛を精神疾患とみなしていた精神医学界への働きかけが行われ、同性愛の脱病理化が進められた。同性愛等の当事者らは、同性愛を病理とし、治療の対象とする抑圧的な医療モデルを強く批判する戦略をとった。その中で、同性愛者に押し付けられた「病気」という名称を取り除くように主張して、4年間にわたる激しい論争と対話ののちに、1973年、アメリカ精神医学会は、投票により同性愛を精神疾患の診断マニュアル(DSM)から削除することを決定した。1975年にはアメリカ心理学会も同様の決議を採択した(甲A218/21~22頁、甲A273/379~389頁)。

イ ところが日本においては、1990年代になっても、未だ同性愛を異常・倒錯とする認識が主流であり、上記のような変化自体がほとんど紹介されていなかった。1990年の時点では、日本の代表的な国語辞典である「広辞苑」の「同性愛」の項目に「異常性欲の一種」と記載され(甲A25)、また文部省(当時)の「生徒の問題行動に関する基礎資料(中学校・高等学校編)」には、同性愛は倒錯型性非行とされ、「社会道徳に反し・・・是認されうるものではない」と記載され(甲A26)、「イミダス」では同性愛は「強迫的で反復的な性行動を行う」と記載されていた。

ウ 1991年に提訴された府中青年の家事件は、動くゲイとレズビアンの会が、府中青年の家の利用申請を行ったのに対し、東京都教育委員会が不承認処分とする決定を下したことに對して、東京都の処分が違法であるとして、提訴されたものであるが、東京都は、動くゲイとレズビアンの会の青年の家利用を拒絶するにあたり、これら文部省指導資料や「広辞苑」、「イミダス」などに同性愛が異常とされていることを根拠としてあげていた(甲A274/62~71頁)。

この事件の第1審判決（東京地判平成6年3月30日、甲A4）は、冒頭に「同性愛、同性愛者について」という項を設け、「同性愛は、人間が有する性的指向（sexual orientation）の一つであって、性的意識が同性に向かうものであり、異性愛とは、性的意識が異性に向かうものである」と述べ、同性愛と異性愛をいずれも人の性的指向の一つとし、人間の性のあり方として平等であることを判示した。

控訴審で東京都は、1990年当時の状況では利用拒絶はやむを得なかったと主張したが、判決（東京高判平成9年9月16日、甲A51）は「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、その職務をおこなうについて、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、無関心であつ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得ない」と述べた。

エ この裁判と並行して、動くゲイとレズビアンのは、日本精神神経学会、および日本精神科診断学会あてに、同性愛についての見解を問う質問状を1993年3月に送付した。

日本精神神経学会は、1995年1月、厚生省が同月に世界保健機関（WHO）の発行する疾病分類「ICD-10」（甲A29、甲A30）を政府の公式の疾病分類として採用したことをもって、同学会もこれを採用すること、この疾病分類に「性的指向は障害とみなされない」との規定があるため、学会としてこれを尊重することを明らかにした（甲A279）。

オ 府中青年の家事件の判決において同性愛と異性愛が同等の性的指向として位置づけられ、同性愛者の人権が判決の中に明確に位置づけられたこと、そして日本精神神経学会による同性愛を疾病とも障害ともみなさないとの宣言は、大正期以来の同性愛の病理化が正式に否定されたことを意味すると同時に、日本の精神医学における異性愛規範の見直しを示している。

また、府中青年の家事件の判決において同性愛が性的指向のひとつとして位置づけられたことは、司法における異性愛規範の見直しを示していると言える（以上全体につき、甲A 2 1 7 / 4 3 ~ 4 7 頁）。

(4) 2000年代：人権課題としての取り組みの開始

ア 府中青年の家事件判決において、同性愛者の権利、利益を擁護することが行政の責務とされ、また日本精神神経学会が同性愛を性的逸脱とみなさないと宣言したことは、2000年代以降、行政当局が同性愛者を含む性的マイノリティをめぐる人権課題に取り組む基盤となった。

イ まず1999年に制定された「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」に基づく「後天性免疫不全症候群に関する特定感染症予防指針」（甲A 2 8 0）は、前文において青少年、外国人、同性愛者、性産業従事者および利用者が「個別施策層」として位置づけられ、同性愛者は、個別施策層の他の集団とともに「人権や社会的背景に最大限配慮したきめ細かく効果的な施策を追加的に実施することが重要である」と位置づけられた

ウ 次に2000年に制定された「人権教育および人権啓発の推進に関する法律」に基づいて「人権教育・啓発に関する基本計画」（甲A 5 7）が策定されるにあたって、府中青年の家事件の原告であった、動くゲイとレズビアンの会に対して法務省によりヒアリングが行われ、その結果、「基本計画」の「(12) その他」において、「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」が「その解決に資する施策の検討を行う」ものとして明記され、人権教育の課題として公的に位置づけられた。

エ 国の変化は、地方自治体にも波及し、2003年の「福岡県人権教育・啓発基本指針」を嚆矢として、性的マイノリティの人権擁護のための取り組みが自治体レベルでも開始された（甲A 6 7）。

オ また、2000年を前後して、日本でも性的マイノリティの間で同性パ

ートナーシップをめぐる議論が開始されている。その契機は、欧米を中心として同性カップルの権利保障が進展したことや、そのことが社会的な争点となったことである。

登録パートナーシップは、1989年にデンマークで国家レベルでの制度が開始され、2001年になると、オランダが異性同士の結婚と同等の同性同士の婚姻を認めるようになった。アメリカでは、1993年、ハワイ州最高裁判所が、同性愛者に対して結婚を禁止することはハワイ州憲法の平等権修正条項に違反していると推定され、原告の同性婚の権利を否定することに「やむをえない州の事情」が存在するかどうかを明確にするため、当該案件を予審法廷に差し戻すという歴史的な判決を下した。

しかし、このことは同性婚反対派の危機感を強め、1996年には、連邦議会で結婚防衛法が成立し、連邦法における結婚の定義は、一人の男性と一人の女性の結合のことであると再規定され、また他州で行われた同性婚についてはいかなる州も「十分な信頼と信用」をもって扱う必要がなくなった。また、この年には、15州の州議会が州レベルの婚姻防衛法を可決した（甲A218/40～41頁、甲A281）。

こうした海外の動きを受けて、日本でも性的マイノリティ当事者が中心になって、同性パートナーシップについて検討するための雑誌や書籍が1990年代末から2000年代にかけて刊行され、同性パートナーの法的保障を考えるシンポジウムやトーク企画も開催されるようになった。

カ 日本において同性パートナーシップをめぐる議論が開始された、もうひとつの背景として、1990年代以降、異性愛規範の見直しに伴う同性愛を含む性の多様性を肯定する雰囲気醸成とともに、性的マイノリティのアイデンティティを育む場所の広がりにより、同性愛者が自らのライフスタイルを取り巻く課題に意識を向けるようになった点を挙げることができる。

そのなかで同性カップルが直面する問題に対してパートナーシップ制度や同性婚をつうじて解決する道が模索されるようになったのである（以上全体につき、甲A217/47～51頁）。

(5) 2010年代：性的指向・性自認の視点を含む施策の実施

2010年代に入ってしばらくの間は、2000年代に始まったジェンダー平等政策への批判の高まりのなかで、同性愛者を含む性的マイノリティに関する施策は停滞を続けた。

しかし、以下に述べるとおり、2010年代半ば以降は、性的マイノリティ当事者の働きかけと、性的マイノリティの人権保障の世界的な進展を背景に、地方自治体や省庁、企業において、性的マイノリティの人権擁護に向けた取り組みが積極的に行われるようになった。

ア 人権としてのSOGI

2011年6月、国連人権理事会は、性的マイノリティを人権享有主体として確認する「人権と性的指向・性自認（SOGI）」決議を採択した（甲A34の2）。この「SOGI」とは、いわゆる性的マイノリティという少数派の権利のみを指示するのではなく、異性愛／シスジェンダー（生まれたときの性別／戸籍上の性別が性自認と一致している人）をも射程に入れた考え方であり、すべての人権享有主体に関わる事項であるという認識をもつ用語として広まったものである。

SOGIをめぐる問題については、2000年以降にすでに多くの国家報告制度のなかでも取り上げられるようになっており、2010年以降は条約機関の一般的意見や一般的勧告でも積極的に取り上げられるようになってきた。

イ 地方自治体による取り組み

（ア）2015年11月、東京都渋谷区と世田谷区で、同性カップルに対して、二人のパートナーシップを承認し、自治体独自の証明書を発行する

制度が始まった（甲A75～77）。

両区の取り組み以後、自治体における同性カップルに対する同性パートナーシップ認証の取り組みは、2020年12月1日現在、66の自治体にまで広がっており、パートナー制度をもつ自治体人口の総計は日本の人口の約3割（29.7%）に及んでいる。また地方自治体による同性パートナー認知は1052組となっている（甲A254）。

自治体によるパートナーシップ証明は、同性カップルに法的権利を与えるものではないが、同性カップルの存在を可視化し、その公的承認を通じて、同性愛を始め性的マイノリティへの偏見や差別を取り除く意義がある。

（イ）地方自治体の取り組みは、パートナーシップ制度にとどまらず、2016年にすべての自治体を対象に行われた、性的指向・性自認に関する施策についての調査では、性的指向・性自認に関する直接的な言及が条例にあると答えた自治体は27件（3.1%）であり、計画等にあると答えた自治体は188件（23.2%）であった（甲A67）。

例えば、2018年4月には、東京都国立市が全国で初めて、性的指向や性自認を本人の了解なく第三者に暴露する「アウティング」の禁止を盛り込んだ「国立市女性と男性及び多様な性の平等参画を推進する条例」（甲A73）を施行した。

また2020年6月、三重県は、LGBTなど性的少数者への差別を禁止する条例を制定し、「アウティング」の禁止を都道府県で初めて盛り込む方針を表明している（甲A282）。

2018年10月には、差別の禁止と多様性の尊重を謳う五輪憲章の理念を都民に浸透させ「人権都市・東京」を実現するため、性自認や性的指向を理由とする差別の禁止や人種・民族差別の禁止を盛り込んだ「東京都オリンピック憲章にうたわれる人権尊重の理念の実現を目指す条例」

(甲A74)が、東京都議会で可決・成立している。

このほかの自治体の取り組みとしては、自治体として性的マイノリティに対して支援・配慮をすることを宣言するもの(豊明市、関市、那覇市、大阪市淀川区など)がある。

ウ 国の施策

2010年代は、2002年に策定された「人権教育・啓発に関する基本計画」を踏まえて、国においても性的指向や性自認の視点を含む取り組みがより広範囲に実施されるようになった。

(ア) 男女共同参画

男女共同参画社会基本法に基づいて制定された、第3次男女共同参画基本計画(2010年)、そして第4次男女共同参画基本計画(2015年)には、女性の中に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が想定され、教育・啓発、調査救済の取組を進めることが明記されている。

(イ) 自殺及びいじめの防止

自殺対策基本法(2006年)にもとづき、2012年に閣議決定された自殺総合対策大綱(甲A46)には「自殺念慮の割合が高いことが指摘されている性的マイノリティについて、無理解や偏見等がその背景にある社会的要因の一つであると捉えて、教職員の理解を促進する」必要性が記されている。また2017年にいじめ防止対策推進法(2013年)にもとづいて制定された、「いじめ防止等のための基本的な方針」(甲A283)には「性同一性障害や性的指向・性自認に係る児童生徒に対するいじめを防止するため、性同一性障害や性的指向・性自認について、教職員への正しい理解の促進や、学校として必要な対応について周知する」ことが述べられている(甲A283/別添2の3頁)。

(ウ) 教育

2010年に文部科学省は性同一性障害のある子どもへの配慮を求めた「児童生徒が抱える問題に対しての教育相談の徹底について（通知）」（甲A284）を各教育委員会に出している。

2015年には、上述した自殺およびいじめ防止についての施策が定められたことを受けて、文部科学省は「性同一性障害に係る児童生徒に対するきめ細かな対応の実施等について」（甲A285）という通知を発出した。同通知には、性同一性障害に係る児童生徒への学校での支援体制や医療機関、保護者、教育機関との連携とともに、いじめや差別を許さない適切な生徒指導や人権教育を推進すること、そして性同一性障害および同性愛者等の性的マイノリティの児童生徒が相談しやすい環境を整備する必要性が記されている。

なお文部科学省は、2016年に「性同一性障害や性的指向・性自認に係る、児童生徒に対するきめ細かな対応等の実施について」（甲A286）という教員向け周知資料を出している。また大学に対しては、学生支援機構が「大学等における性的指向・性自認の多様な在り方の理解増進に向けて」（甲A287）という冊子を発行している。

（エ） ハラスメントの防止

2013年、男女雇用機会均等法に基づくセクシュアル・ハラスメント指針が改正され「セクシュアル・ハラスメントには、同性に対するものも含まれる」ことが明記された（甲A288）。これにより、同性間（女性同士や男性同士）でも、職場における労働者の意に反する性的言動はセクシュアル・ハラスメントになるように修正された。

2016年のセクシュアル・ハラスメント指針の改正では、「被害を受けたものの性的指向や性自認にかかわらず、本指針の対象となる」と記された（甲A289）。これにより、性的指向・性自認によって労働条件について不利益を受け、就業環境が害されたときはセクシュアル・ハラ

メントになり得ることが明確化された。

また、2020年6月1日より労働施策総合推進法が施行され、これに基づき、「事業主が職場における優越的な関係を背景とした言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針」(甲A290)が策定され、パワーハラスメントに、「相手の性的指向・性自認に関する侮辱的な言動を行うこと」(甲A290/7頁)や、「労働者の性的指向・性自認について、当該労働者の了解を得ずに他の労働者に暴露すること」(甲A290/9頁)も含まれることになった。

エ 国会の動き

2015年3月、超党派の「LGBTに関する課題から考える議員連盟」が創設され、翌年5月には民進党が行政機関および事業者における性的指向又は性自認を理由とする差別的取り扱いの禁止を求める「性的指向又は性自認を理由とする差別の解消等の推進に関する法律案」(甲A239)を国会に提出した。

また、自民党は、2016年5月、「性的指向・性自認の多様なあり方を受容する社会を目指すための我が党の基本的な考え方」(甲A236)を発行し、「性的指向・性自認について悩みを抱える当事者の方が自分らしい生き方を貫ける社会を実現するため、必要な措置を検討する。…性的指向・性自認の多様なあり方を受容する社会や、当事者の方が抱える困難の解消をまず目指すべきである」との立場を表明した。

オ 企業の取り組み

国際社会において性的マイノリティの権利への関心が高まるなかで、取り組みに先鞭をつけたのはグローバル化した世界で事業を展開する企業であった。

そして、その取り組みは、現在、グローバル企業を超えて拡大している。「CSR企業総覧」においてLGBTに対する基本方針があると回答した

企業は2016年度版（甲A291）においては13.1%（173社）であったが、2020年度版（甲A292）では33.8%（364社）へと20ポイント増加している。

企業の取り組みにおける代表的なものとして、性的マイノリティの権利尊重に関する社内研修の実施、同性カップルに対する結婚お祝い金などの福利厚生への適用、採用面接での服装の柔軟化、トランスジェンダーに対する通称使用やトイレやロッカーの使用の柔軟な対応などをあげることができる（甲A94）。

カ 同性愛者の可視化

同性愛者の側から、自分たちの存在を可視化させ、社会の中にたしかに「いる」ことをアピールするようなパレードを中心とするプライド・イベントは1990年代より開催されているが、2010年代に入ってその規模は一層拡大している。

1994年8月、日本で初めて開催された「第1回東京レズビアン・ゲイ・パレード」の参加者は1100名であったが、2000年8月に開催された「東京レズビアン&ゲイ・パレード2000」は、パレード参加者が2000人、イベント全体の参加者は2500人であった。

そしてこのパレードは、2011年からは任意団体「東京レインボープライド」により運営されており、参加人数は「東京レインボープライド2012」の4500人から、2019年には、パレードと関連イベントであるレインボーウィーク参加者も含め、20万4000人という規模にまで増加している。

このようなプライド・パレードは、東京のみならず、札幌、仙台、名古屋、大阪、福岡などの地方の中核都市、さらには、これまで閉鎖的と言われていた青森、秋田、盛岡、丸亀、熊本、宮崎などの地方の中小都市においても行われるようになっている（以上全体につき、

甲A217/51～60頁)。

(6) まとめ

本準備書面第2、2、(5)において、1946年の時点で、同性カップルの権利について議論されなかった背景として、同性愛を変態性欲、すなわち(男性)同性愛を病理化し、女性同性愛を異性愛に至る過渡的形態とする異性愛規範の存在があったことを指摘したが、異性愛規範は1990年代に日本の精神医学そして府中青年の家事件判決においてその正当性を明確に否定された。

2000年代は、異性愛規範の正当性を否定した府中青年の家事件判決が基盤となり、省庁や地方自治体を含む行政において同性愛者の人権擁護の取り組みが始まった。この取り組みから、行政においても異性愛規範が見直され出したといえる。

2010年代は、2015年に日本で初めて同性パートナーシップ証明書を交付した渋谷区の取り組みを契機として、性的マイノリティの人権擁護の取り組みが、省庁や地方自治体に加えて、国会、さらには企業にまで波及した。また、異性愛規範の見直しと連動する形で、同性愛者の可視化が進展するとともに、同性愛者の間で同性パートナーをもち、同居するライフスタイルも広がっていった。そのなかで同性カップルが直面する問題に対してパートナーシップ制度や同性婚をつうじて解決する道が模索されるようになった。

さらに、異性愛規範の見直しは、同性カップルの権利保障についての人々の意識にも波及し、2019年に実施された全国家庭動向調査では約7割の回答者が同性婚に賛成するようになっている(甲A183)。

このように、1946年の時点における同性間パートナーシップの権利保障や同性婚を議論の対象とすらしなかった背景としての異性愛規範は、現在では完全にその正当性を失っており、このことは、異性カップルのみを権利保障の対象とする根拠もまた失効していることを意味している。

したがって、異性カップルにのみ婚姻を認めた現行民法、戸籍法の立法事実は、現在では完全に失われたものというべきである。

第4 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

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213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項に違反す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」

本件の問題は、現行民法上、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いう区別の合憲性である。

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、こ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」

ア 「1 憲法14条1項の解釈」

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どころ、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。

イ 「2 ①法令上の区別の有無について」

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とはできない。

ウ 「3 ②区別の合理性について(1)：争点の整理」

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ごと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。

エ 「4 ②区別の合理性について(2)：具体的な検討」

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。

そして、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。

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。

オ 「5 小括：同性婚否定の合憲性」

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。

(3) 「第3 被告国の反論について」

ア 「1 被告国の主張(1)：法律婚に生殖関係以外の効果はない」

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、法律婚の効果は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。しかし、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。

イ 「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」

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。

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い。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。

(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。

2 本件規定の違憲性についての駒村敬吾教授の意見

甲A第214号証の意見書は、憲法学者である駒村敬吾教授が、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」

ア 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。

イ 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条の幸福追求権のうち、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。

ウ 「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。

エ 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」

ア 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。

イ 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。

ウ 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」

ア 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。

イ 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。

ウ 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「法的問題」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示したのは、画期的である。

エ 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（上記イ）、「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（上記ウ）、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」

ア 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は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。

イ 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する問題である以上、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。

ウ 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。

エ 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、同性間について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。

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、原告が再引用する文献等の「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。

ア 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A293）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。

イ 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A294)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A295)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。

ウ 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A163)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。

エ 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A296)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A297)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るところである」(157頁)と論じている。

オ 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A298)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・効果を受えられないことになるし、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。

カ 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A299）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。

キ 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A300)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)と論じている。

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。

ク 卷美矢紀教授の見解

卷美矢紀教授は、2019年の論文「Obergefell 判決と平等な尊厳」（甲A158）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」(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10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、以上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A301/76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A302/156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の(甲A300/158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。

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215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) 「1 日本婚姻法の沿革と婚姻法の原則」

ア 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。

イ 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。開化主義者から廃妾論、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。

ウ 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。

エ 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」

ア 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。

本件と同様の事件の札幌ケース（札幌地方裁判所平成31年（ワ）第267号）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あつ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23～24頁でも同様の主張がされている）。

イ 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」

ア 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。

イ 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。

ウ 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。

エ 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」

ア 同性婚保障の必然性

(ア) 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¹¹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。

(イ) 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。

(ウ) 学術の世界からも、提案や提言が出されている(甲A114参照)。

イ 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、誰と親密な関係をもち、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

¹¹ 2020年12月1日現在、66の地方自治体で導入されている。

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

ウ 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。

エ 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が望まれる。

第5 結語

以上述べたとおり、被告が主張する、婚姻とは男女間の結合関係であるという考え方の背景にある異性愛規範は既に正当性を失っており、本件規定の合理性を支える立法事実も既に失われている。

被告は、憲法24条1項が同性間の婚姻を保障していない以上、憲法14条1項違反の問題は生じえないだとか、同性間の婚姻が認められないことには合理性があるなどと主張するが、今日までの社会状況の変化をまったく捉えていない空理空論と言わざるを得ない。結局、被告の主張は、「現行民法が異性カップルにしか婚姻を認めていないのだから、同性カップルに婚姻を認めないことは憲法に違反しない」というものに過ぎない。しかし、被告が引用する窪田充見「親族法〔第2版〕」（乙16）も「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」（146～147頁）と述べるとおり、「現行法がそう扱っていること」は、現行法が合憲である理由にはならないのである。

このような理屈が成り立つなら、これまで憲法14条1違反であると判断されてきたすべての規定（尊属殺重罰規定、非嫡出子法定相続分差別規定、再婚禁止期間規定など）はすべて合憲であるということになってしまう（甲A213（木村草太教授意見書）6頁も同旨）。

被告からは、本件別異取扱いを正当化しうる主張は一切なされておらず、本件別異取扱いについて、事柄の性質（性的指向）に基づく合理的根拠が認められる余地はないのである。

以上