

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook等)へのアップロード・転載はお止めください】  
【リンクはご自由にお貼りください】  
「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第5回期日(20210805)提出の書面です。

令和元年（ワ）第2827号、令和3年（ワ）第447号

「結婚の自由をすべての人に」訴訟事件

原告 原告番号1（こうすけ）、原告番号2（まさひろ） 外4名

被告 国

## 原告ら第13準備書面

2021（令和3）年7月21日

福岡地方裁判所 第6民事部合議B係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士	安孫子健輔	石井謙一
	石田光史	井上敦史
	入野田智也	岩橋愛佳
	緒方枝里	太田千遥
	久保井撰	後藤富和
	鈴木朋絵	武寛兼
	徳原聖雨	西亜沙美
	塙愛恵	原田恵美子
	森あい	渡邊陽
	吉野大輔	永里佐和子
	仲地彩子	藤井祥子
	藤木美才	富永悠太

第1	はじめに .....	5
第2	婚姻の自由が憲法13条または憲法24条1項で保障されること .....	6
1	はじめに .....	6
2	13条で保障される場合の判断枠組み .....	6
3	①婚姻が重要な法的地位を持つこと .....	8
	(1) はじめに .....	8
	(2) 婚姻に関する法律上の効果が重要であること .....	8
	(3) 婚姻の心理的・社会的利益 .....	8
	(4) 法が法律婚に対して正統性を付与していること .....	9
	(5) 婚姻に対する国民の意識 .....	12
	(6) 小活 .....	13
	(7) その必要性は同性カップルについても同様であること .....	13
4	②婚姻が人格的自律(自己決定)に関わること .....	14
	(1) 婚姻が人格的自律に関わること .....	14
	(2) 同性間のカップルについても同様であること .....	16
5	③婚姻が子どもと家族を保護すること .....	17
	(1) 婚姻が子どもと家族を保護すること .....	17
	(2) 同性間のカップルについても同様であること .....	18
6	④カップルは、社会の自然かつ基礎的な集団単位である家族の中核であること ...	19
	(1) 家族の中核となるカップルは、保護を受ける必要があること .....	19
	(2) 同性間のカップルについても同様であること .....	20
7	婚姻の自由が憲法13条で保障されること .....	20
8	婚姻の自由が憲法24条1項でも保障されること .....	21
	(1) はじめに .....	21

(2) 再婚禁止期間事件判決が「婚姻をするについての自由」を認めていること .....	21
(3) 令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定の裁判官三浦守意見について .....	26
(4) 憲法24条1項と憲法13条の関係 .....	27
(5) 憲法24条1項の文言を拡張解釈することが可能であること .....	28
(6) 憲法24条1項類推適用が可能であること .....	30
(7) 小括.....	31
<b>9 まとめ .....</b>	<b>31</b>
<b>第3 本件規定が婚姻の自由を制約し、その制約の程度が極めて強いこと .....</b>	<b>31</b>
<b>1 本制約の一般論.....</b>	<b>31</b>
<b>2 本件規定による婚姻の自由への制約の程度が極めて強いこと .....</b>	<b>31</b>
(1) はじめに .....	31
(2) 婚姻の自由の保障内容の核心的部分への制約であること .....	32
(3) 婚姻の権利行使自体への制約となること .....	34
<b>3 本件規定が同性カップルの人格の尊厳を害すること .....</b>	<b>37</b>
(1) はじめに .....	37
(2) 本件規定が個人の平等な尊厳を害すること .....	38
(3) 本件規定がアイデンティティや自尊心を害すること .....	39
(4) 本件規定が同性カップルに対し地位の格下げのメッセージを与え続けること .....	40
(5) Obergefell 判決は同性婚の禁止が人格を貶めることになると判示していること .....	41
(6) 同性カップルを含む性的マイノリティが受けてきた社会的差別について .....	43
(7) 小括.....	43
<b>4 まとめ .....</b>	<b>43</b>
<b>第4 本件規定が正当化できないこと .....</b>	<b>43</b>
<b>1 判断枠組み .....</b>	<b>43</b>

2	本件規定の目的には正当性がないこと .....	44
	(1) 本件規定に正当な目的が存在しないこと .....	44
	(2) 被告の主張から仮定される目的には正当性がないこと .....	44
	(3) 小括.....	46
3	目的達成の手段として関連性・必要性もないこと .....	46
4	小括 .....	46
第5	まとめ .....	46

## 第1 はじめに

本書面は、本件規定が憲法13条または憲法24条1項で保障された憲法上の権利である婚姻の自由を侵害すると同時に、同性との婚姻を求める者の個人の尊厳を害することから違憲であることを詳細に論証する書面である。かかる点については、訴状の「第6」（10頁～13頁）で既に論じているところではあるが、訴状の内容は、原告主張の骨格を簡潔に記載したにすぎない。したがって、本書面の意義は、いわば、原告主張の骨格に肉付けすることにある。

本書面の構成は、概ね3部に分かれる。

第1部は、「第2」に記載したとおり、婚姻するかどうか意思決定する自由及び婚姻のパートナーを選択する自由が、婚姻の自由として、憲法13条または憲法24条1項で保障されることである。ここでは、婚姻の自由が憲法上の権利であることを、婚姻の意義、最高裁判所判例等を検証しつつ論証している。ここで特に強調しておきたい点は、婚姻が有している意義の大きさゆえに、婚姻に関する意思決定が個人の人格的自律や個人の尊厳に深く関わっていることである。

第2部は、「第3」に記載したとおり、本件規定が婚姻の自由を制約し、その制約の程度が極めて強いことである。ここでは、本件規定が、同性カップルにとって、婚姻の自由を強く制約することになることを論証している。ここでも特に強調しておきたい点は、本件規定が、単に婚姻の自由への制約が強いというだけではなく、同性カップルの人格の尊厳を侵害することになることである。

第3部は、「第4」に記載したとおり、本件規定が正当化できないことである。婚姻の自由が憲法上の権利として保障されている以上、婚姻の自由を制約する本件規定は、原則として違憲であり、例外的に正当化することができたときに限って合憲となる。ここでは、本件規定を正当化することができ

る立法事実、合理的理由等を見出すことができないことを論じている。

## 第2 婚姻の自由が憲法13条または憲法24条1項で保障されること

### 1 はじめに

原告らは、訴状の「第6」(10頁～13頁)において、婚姻するかどうか意思決定する自由及び婚姻相手を選択する自由が婚姻の自由として、憲法13条または憲法24条1項で保障されることを主張した。以下では、その理由及び根拠を補足しつつ詳述する。

### 2 13条で保障される場合の判断枠組み

佐藤幸治教授は、13条後段の「幸福追求権」を「基幹的な人格的自律権」と称して、「基幹的な人格的自律権」の実現に必要な権利・自由であれば、憲法第3章の個別規定によって明記されていなくても、補充的保障対象の権利・自由として、「人格的自律性にとって重要なものが、なお13条によって保障される」と述べる(甲A310・佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』197頁)。その上で、佐藤幸治教授は、補充的保障対象の権利・自由の一例として、「人格的自律権(自己決定権)」を例示して、『個人は、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利を有すると解され、この権利は「幸福追求権」の一部を構成する。…この権利は、…最狭義の「人格的自律権」であって、通常「自己決定権」と言われるものにほぼ相当する。』『もっとも、「自己決定権」といっても広狭様々に用いられるが、…「基本的人権」と捉えるにふさわしい内実を持つものでなければならない。』と述べ、その内実について、『先に「一定の個人的事柄」と述べたが、抽象的にいえば、個人の自己の人生を築いていくうえで基本的重要性を持つと考える事柄…より具体的にいえば、…家族の形成・維持に関わる事柄…が考えられる。』と述べる(甲A310・佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』212頁・214頁・215頁)。

最高裁判決において、憲法 13 条に基づく権利が憲法上の権利として認められるための具体的な基準については、明示的に判断したものはないが、最高裁判所調査官によると、「最高裁判例の判決文等で着目されてきた要素を検討すると、権利や利益の内容（具体的・強固・絶対的なものと言えるか）、第三者の事情（権利行使に関与する者の裁量の有無や他者の権利の侵害の可能性）といった点が総合的に考慮されている」とされる（甲 A 3 1 1・畑佳秀「判解」最判解民事篇平成 27 年度 7 3 6 頁）。

上記学説等を踏まえ、本件で問題となる婚姻の自由が憲法 13 条で保障されるか否かについて、「基本的人権」と捉えるにふさわしい内実を持つかを検討する。

ただ、婚姻の自由が憲法 13 条で保障されるかどうかを検討する上でどのような要素を考慮するかについては、日本国憲法の下で判例がない。そこで、参考となるのは、アメリカ合衆国連邦最高裁判所において同性婚を認めない州法を違憲とした Obergefell 判決（甲 A 1 4、甲 A 1 5・2 1 9 頁以下、Obergefell v. Hodges、135 S. Ct. 2584(2015) [hereinafter、Obergefell]）である（以下「Obergefell 判決」という。）。Obergefell 判決は、婚姻の自由が憲法上の権利として保障されることの根拠として、①婚姻についての個人の選択の権利は個人の自律の概念に本質的に内在すること、②婚姻する権利は誓い合った個人にとって他のいかなる結合・関係とも比較にならない重要性をもって二人の人間の結合を支えること、③婚姻する権利が子どもと家族を保護すること、④婚姻が社会秩序の要であることの 4 つの原則を列挙する（甲 A 1 5・2 3 6 頁～2 4 1 頁）。

ここでは、Obergefell 判決を参考にすることにして、婚姻の自由が憲法上の権利として憲法 13 条で保障されるか否かについて、以下、①婚姻が重要な法的地位を持つこと、②婚姻が人格的自律（自己決定）に関わること、③婚姻が子どもと家族を保護すること、④婚姻（カップル）が社会の自然かつ

基礎的な集団単位であることを、考慮要素として検討する。

### 3 ①婚姻が重要な法的地位を持つこと

#### (1) はじめに

以下においては、法制度としての婚姻が、当事者にもたらす利益を、さまざまな場面に分けて詳述することによって、人格的尊厳にとっての婚姻の法的地位の重要性を明らかにする。

#### (2) 婚姻に関する法律上の効果が重要であること

原告ら第4準備書面で詳細に論じたとおり、婚姻には、多様かつ多数の法的効果が与えられており、その効果は、家族関係の規律、日常生活等のさまざまな領域に広がる重要なものである。

この点、最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁(再婚禁止期間事件)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項など)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」と判示しており、婚姻の法的効果について、原告の主張と同様の内容を判示している。

#### (3) 婚姻の心理的・社会的利益

婚姻には、婚姻の当事者に対して、単に上記(2)に記載した法的・経済的利益のみならず、心理的・社会的利益もある。この点、上野雅和教授は、「心理的・社会的利益としては、夫婦の人間関係の安定、情緒的満足、社会生活上の地位の強化などがある」(甲A7・『新版注釈民法(21)』179頁)と述べる。

この点、平成26年度「結婚・家族形成に関する意識調査」報告書(甲A304・42～44頁)によると、未婚者かつ将来結婚したい人に「結婚したい理由」を尋ねたところ、その回答結果は、「全体では、『家族を持ちたい』、『子どもが欲しい』が70.0%と最も高く、『好きな人と一緒にいたい』も68.9%と高い。次いで、『老後に一人でいたくない』、『両親や親戚を安



心させたい』が 50%近い」(43頁)。また、同報告書(甲A304)によると、未婚者かつ将来結婚したい人に「結婚相手に求める条件」を尋ねたところ、その回答結果は、「全体では、『価値観が近いこと』(75.6%)が最も高く、次いで『一緒にいて楽しいこと』(74.5%)、『一緒にいて気をつかわないこと』(73.5%)が高い」。これらの調査結果は、婚姻が、夫婦の人的関係の安定、情緒的満足、社会生活上の地位の強化などの心理的・社会的利益を有していることの証左である。

また、Obergefell 判決は、「婚姻する権利は、誓い合った個人にとって他のいかなる結合・関係とも比較にならない重要性をもって二人の結合を支えるから、婚姻する権利は基本的な権利である」、「婚姻は相互の結びつきという希望を与え、また二人が生きている限り守ってくれる相手がいる理解と確かな保証を提供する。」(甲A15・237頁・238頁)などと述べ、婚姻の当事者間にとって、婚姻の心理的利益の重要性を判示している。また、同判決は、「婚姻が我々の社会秩序の要である」、「カップルが互いに支え合うと誓うのと同じように、社会もまたそのカップルを支えることを約束し、その結合を象徴として承認し、物質的利益を与えてその結合を保護し育む」などと述べ、婚姻の社会的利益の重要性を判示している。

したがって、婚姻が心理的・社会的利益を有していることは明らかである。

#### (4) 法が法律婚に対して正統性を付与していること

民法や戸籍法は、国民生活や身分関係の基本法であり、国家の法として規範性を有するだけでなく、法の基本的観念を表示する機能を有している。したがって、民法等の在り方次第では、その表示機能により、ある属性を有する個人に対して正統性を与え、他方で、その属性を有しない個人に対して正統性を有していないという地位の格下げを意味するメッセージを送ることになる。

以下、かかる表示機能について、最高裁判例等に基づいて説明する。

最大決平成7年7月5日・民集49巻7号1789頁の裁判官中島敏次郎らの反対意見は、「本件規定（筆者注：旧民法900条4号ただし書前段）は、国民生活や身分関係の基本法である民法典中の一条項であり、強行法規でないとはいえ、国家の法として規範性をもち、非嫡出子についての法の基本的観念を表示しているものと理解されるのである。」と法の基本的観念の表示機能を説明した上で、その表示機能ゆえに、「本件規定が…、同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地を作る重要な一原因となっていると認められる」と述べる。なお、石川健治教授は、同反対意見について、「このように法の表示（Law's expression）が、人間の尊厳を決定的に傷つけるとき、そこには法益の侵害があると言わなければならない。」と評釈している（甲A312・1553頁）。

また、最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁（非嫡出子相続分差別事件）も、法の表示機能を前提として、「本件規定自体の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねない」と判示する。

これらの判旨は、民法等による表示機能があることを前提に、民法等が有する基本的観念の表示機能が、ある属性を有する個人に対して正統性を与えるメッセージを送り、他方で、その属性を有しない個人に対して正統性を有していないという地位の格下げを意味するメッセージを送ることになることを認めている。

また、安西文雄教授「平等保護および政教分離の領域における『メッセージの害悪』」（甲A313、81頁～88頁）においても、差別がその犠牲者に対して劣等であるというスティグマを押しつけることによって心理的な害悪を被らせることが述べられている。

かかる判示及び学説に従って、婚姻について検討する。婚姻の要件に関わる民法及び戸籍法等は、国民生活や身分関係の基本法である民法及び戸籍法等で規定されて、国家の法として規範性をもち、婚姻についての法の基本的観念を表示しているものと理解されることになる。つまり、婚姻が認められるカップルについては、法が正統性を与えるメッセージを送り、その裏返しとして、婚姻が認められないカップルに対しては、法が正統性を有していないという地位の格下げを意味するメッセージを送ることになる。

上野雅和教授もまた、「婚姻は、いかなる社会においても、単なる男女の性愛に基づく結合ではなく、社会制度として、社会により正当と承認された男女の結合として存在した。近代市民社会にあつては、婚姻は、まず、国家の法秩序によって承認された両性の生活共同を目的とする結合である。法的承認なしには、婚姻は存在しない。法的承認により、婚姻が他のあらゆる不正規の男女関係にたいして、法によって保護され優遇される特殊の地位を占めたということだけは決定的である。現在の社会では、法のみが婚姻とそうでない性関係との明白な区別及び婚姻の保護をなすことができる。その限りで、婚姻は、法の外でそれと独立には考えられない。婚姻法はまず、法の保護に値する婚姻たりうるための要件を定める。この点では、婚姻は法定された社会的行動の型である」（甲A314・『新版注釈民法（21）』176頁）と述べ、同様の趣旨の見解を述べている。

以上のとおり、婚姻に関わる民法及び戸籍法等の表示機能に鑑みると、婚姻が認められることは、婚姻当事者にとって、国家から正統であると承認されるという地位を付与されることを意味する。

なお、民法及び戸籍法等により婚姻が認められていないとされる同性カップルにとっては、法が正統性を有していないという地位の格下げを意味するメッセージを送られていることになるが、この点については、後述する。

#### (5) 婚姻に対する国民の意識

婚姻、家族のあり方に対する国民の意識が多様化しているとはいえ、現在でも国民の間で法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているというのが、最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁（非嫡出子相続分差別事件）や最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁（再婚禁止期間事件）の判断の根底にある考え方である。

原告ら第12準備書面で主張しているとおおり、各種意識調査の結果をみると、結婚するか否かは個人の自由という考えが一般的になり、社会として「結婚」を強要するような空気が薄れてきていることを示すものもあるが、他方で、自分自身のことに関しては、いずれは結婚したいとの願望を持つ者がかなり高い割合を占めており、結婚（婚姻）することに肯定的な意見が過半数を大きく上回っている。

上記第12準備書面で主張している国立社会保障・人口問題研究所の2015年社会保障・人口問題基本調査によれば、結婚の利点として、「子どもや家族をもてる」（男性35.8%、女性49.8%）、「精神的な安らぎの場が得られる」（男性31.1%、女性28.1%）、「親や周囲の期待に応えられる」（男性15.9%、女性21.9%）、「愛情を感じている人と暮らせる」（男性13.3%、女性14%）、「経済的に余裕がもてる」（男性5.9%、女性20.4%）、「社会的信用や対等な関係が得られる」（男性12.2%、女性7%）（註：選択肢中二つまで回答可として調査したもの。甲A305）。婚姻による法的効果以外に婚姻から得られるこれらの利点が結婚を行う動機となり、法律婚を望むことや法律婚への尊重に繋がるものと考えられる。

そして、現在でも毎年60万組前後のカップルが婚姻しており、諸外国と比較すると婚姻率は高く、子どもがいなくても「結婚」という形を選ぶカップルが一定数いることが統計上明らかとなっている。

以上のとおり、国民が、婚姻という法制度を尊重していることは明らかである。

#### (6) 小活

上記のとおり、婚姻は、婚姻をした当事者に対し、重要な多様かつ多数の法的効果をもたらす（原告ら第4準備書面参照）。

また、婚姻は、婚姻した当事者に対して、人間関係の安定、情緒的満足、社会生活上の地位の強化などの、単なる法的効果に還元することができない心理的・社会的利益を与える。

加えて、婚姻は、民法及び戸籍法等により、その当事者間の関係に国家から正統性を付与する機能を有していることに鑑みると、婚姻当事者にとっては、国家から正統であると承認されるという地位にあることを意味する。

さらに、今なお現在においても、国民が婚姻という法制度を尊重していることは明らかである。

以上のとおり、婚姻は、単に多様かつ多数の法的効果を得ることができるというにとどまらない重要な法的地位を付与するものである。

#### (7) その必要性は同性カップルについても同様であること

以上述べてきた婚姻により得られる法的地位を得る必要性は、同性カップルにおいても、何ら変わるところがない。

これが認められないことが、同性カップルにとっては、人格の尊厳に関わるものであることは、第3の2において詳述するとおりである。

国民の意識としても、法律婚を尊重している以上、異性カップルが法律婚を望むのと同様に、同性カップルが法律婚を望むのは当然である。

したがって、同性カップルが、婚姻による重要な法的地位を得る利益から排斥されることは正当化されないというべきである。

#### 4 ②婚姻が人格的自律（自己決定）に関わること

##### (1) 婚姻が人格的自律に関わること

佐藤幸治教授は、「人格的自律権（自己決定権）」について、個人が「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」と解釈して、ここでいう「一定の個人的事柄」について、「抽象的にいえば、個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつと考える事柄…より具体的にいえば、…家族の形成・維持にかかわる事柄…が考えられる」と述べる（甲A310・『日本国憲法論〔第2版〕』212頁）。以下、婚姻が「個人が自己の人生を築いていく上で基本的重要性を持つと考える事柄」であることを述べる。

最高裁判所大法廷判決によると、「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って共同生活を営むことにあると解される」と判示されている（最大判昭和62年9月2日・民集41巻6号1423頁参照）。また、Obergefell 判決では、「婚姻の特質は、その永続的な絆を通して、表現、親密さ及びスピリチュアリティといった他の自由を二人の人間が共同して見出すことを可能とすることにある。」（甲A15・237頁）と判示されている。

かかる婚姻の本質等に照らすと、婚姻は、婚姻を望むものにとって、婚姻相手と永続的な共同生活を営むという真摯な意思決定を必要とするものであり、「個人が自己の人生を築いていく上で基本的重要性を持つと考える事柄」である。その中でも特に、婚姻をすること自体及び婚姻のパートナーの選択は、上記婚姻の本質等に照らすと、「個人が自己の人生を築いていく上で基本的重要性を持つと考える事柄」の中でも中核に位置する事柄であることは明らかである。

また、以下のとおり、憲法学説等もかかる見解を支持している。

佐藤幸治教授は、家族関係の人格的自律権（自己決定権）について、「家

族関係は、世代を追って文化や価値を伝えていくという意味で、社会の多元性の維持にとって基本的な条件である。そしてそれは、個人の自己決定・自己実現という人格的価値を有するが故に、基本的には、人格的自律の問題と解される。この問題は、14条、特に家族生活と個人の尊厳・両性の本質的平等に関して定める憲法24条の法的性格・内実をどう捉えるかに関係してくるが、24条の解釈が未だ必ずしも定まっていない中で、家族の形成・維持に関わる事柄の根本は人格的自律権（自己決定権）にあることをまずは確認しておきたいと思う。」（甲A310・『日本国憲法論 [第2版]』214頁・215頁）と述べる。

高橋和之教授は、自己決定権について、「国民を個人として尊重するということは、個々人が自己の生き方を自ら決定することを尊重することであった。個々人は個性をもち、相互に異なる存在であり、したがって個々人が個性的な生を選択することが許されなくてはならない。国が個人の生の基本的あり方を一方的に強制したり、画一的生を押し付けたりするようでは、個人として尊重したとはいえないだろう。」「我々がどのような人生を送るかを考えるとき、基本的に重要な意味をもつものとして、結婚するかどうか、誰と結婚するか、誰と一緒に住むか、子どもをもつかどうか、どこに住むか、どのような職業に就くか、などを挙げるができる。こういった、どのような人生をどのように生きるかに関する基本的に重要な決定を自由になしうる権利を、ここでは自己決定権とよんでおきたい。」と述べる（甲A315・『立憲主義と日本国憲法 [第5版]』155頁・156頁）。

また、Obergefell 判決は、「婚姻についての個人の選択の権利は個人の自律の概念に本質的に内在するものである」（甲A15・236頁）、「憲法上保障されている避妊、家族関係、生殖及び子の養育に関する選択の権利と同様に、婚姻についての決定も個人が行いうる最も個人的な決定に属するものである」、「婚姻に関する選択は個人の運命に重要な影響を与える。マサ

チューセッツ州最高裁判所が判示したとおり、『法律婚は、安心、安全な安息地、人間として普遍的に有する結びつきを切望する気持ちを満たす』ことから、『尊重すべき制度であり、婚姻するかどうか、また誰と婚姻するかどうか、また誰と婚姻するかの決定は、人生の極めて重要な自己決定の一つである。』」（甲A15・237頁）などと判示する。かかる判示は、上記内容と同趣旨である。

また、令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定の裁判官三浦守意見は、「そもそも婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかということは、単に、婚姻という法制度を利用するかどうかの選択ではない。婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つである。婚姻が法制度を前提とするものであるにしても、憲法24条1項に係る上記の趣旨は、個人の尊厳に基礎を置き、当事者の自律的な意思決定に対する不合理な制約を許さないことを中核とするということが出来る。」（甲A316・8頁）と判示して、婚姻に関する意思決定が、個人の尊厳に基礎を置く、当事者の自律的な意思決定に係ることを述べており、上記内容と同趣旨である。

また、令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定の裁判官宮崎裕子・同宇賀克也反対意見は、「婚姻をするについての当事者の意思決定が自由かつ平等なものでなければならないことは、憲法13条及び憲法14条1項の趣旨から導かれると解される」（甲A316・18頁）と判示しており、上記内容と同趣旨である。

以上のとおり、婚姻するかどうか、誰と婚姻するかは、人格的自律（自己決定）に関わる事柄なのである。

## (2) 同性間のカップルについても同様であること

上記のとおり、「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って共同生活を営むこと」にあり、かかる婚姻の



本質等に照らすと、婚姻、特に婚姻をすること自体及び婚姻相手を選択することが、「個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性を持つと考える事柄」であることは明らかである。

同性カップルにとっても、婚姻をすること及び婚姻相手の選択が「個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性を持つと考える事柄」であることは、異性カップルとなんら異なるところはない。むしろ、そうした事柄を自律的に意思決定をするという基本的権利の本質部分において、異性カップルと同性カップルで異なっていないはずがない。

この点、Obergefell 判決は、「婚姻の特質は、その永続的な絆を通して、表現、親密さ及びスピリチュアリティといった他の自由を二人の人間が共同して見出すことを可能とすることにある。これは性的指向にかかわらず、すべての人間にとっての真実である。」、「婚姻を求める男性二人あるいは女性二人の間の絆、そしてこのような深遠な選択をする彼らの自律的な決定には尊厳がある。」（甲A15・237頁）と、上記内容と同趣旨の内容を判示している。

## 5 ③婚姻が子どもと家族を保護すること

### (1) 婚姻が子どもと家族を保護すること

婚姻が婚姻関係にある当事者と子どもの関係を想定していることは、疑いようがない。実際に、現行民法及びその他の法令は、そのような関係を想定して、各種の規律を及ぼしている。その各種の規律には、子どもや家族の関係を保護する規定が数多く存在する。

したがって、婚姻が認められるということが、婚姻関係にある当事者の関係とその当事者の子どもの関係が保護されるということを意味することは明らかである。

この点、Obergefell 判決は、婚姻する権利が保障される根拠の一つとして、「婚姻する権利が子どもと家族を保護する」ことを挙げつつ、その理由とし

て、「婚姻する権利の意義は、関連する権利である子の養育、生殖及び教育の権利にも由来する」、「州法によっては、子ども及び家庭に与える婚姻の権利に係る保障が物質的な利益である場合もある。しかし、婚姻はそのような物質的な利益より深い利益も与える。」、「婚姻が子どもたちの両親の關係に承認と法的構成を与えることから、子どもたちは、『自分の家族の完全性と強い結び付き、そして、自らが所属するコミュニティとその日常生活における自分の家族と他の家族との調和を理解』することができるようになる。」、「婚姻はまた、この最善の利益にとって重要な永続性と安定性を提供する。」など（甲A15・238頁～239頁）と判示し、婚姻が子どもと家族の保護にとって必要不可欠であることを強調している。

## (2) 同性間のカップルについても同様であること

同性間のカップルにも、子どもを産み育てる者がいること、また、そのような希望を持つ者がいることは、原告ら第8準備書面の「第4」（20頁～28頁）で記載したとおりである。したがって、同性カップルにとっても、養育する子どもが存在する以上、異性カップルと同様に、子どもと家族を保護する婚姻が必要不可欠であることは、明らかである。

この点、Obergefell 判決は、「同性カップルを婚姻から排除することは、婚姻する権利が核心とする前提と抵触する。子どもたちは、婚姻が与える承認、安定性及び予測可能性がない限り、自分の家族が他の家族に何らかの意味で劣っているという烙印に苦しむことになる。子どもたちはまた、自らになんらの落ち度もないのに、より困難で不安定な生活を強いられ、婚姻関係を認められない両親に育てられることによる重大なコストにも苦しむことになる。したがって、本件で問題になっている各婚姻法は同性カップルの子どもたちを傷つけ、その尊厳を損なうものである。」（甲A15・239頁）と述べ、同性カップルを婚姻から排除すると、同性カップルの子どもの尊厳を損なうことにもなることを強調して、同性カップルにとっても、子どもと

家族を保護する婚姻が必要不可欠であると判示している。

## 6 ④カップルは、社会の自然かつ基礎的な集団単位である家族の中核であること

(1) 家族の中核となるカップルは、保護を受ける必要があること

家族は、社会の自然かつ基礎的な集団単位であり、社会及び国の保護を受けることができる。中でも、「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って共同生活を営むこと」を約したカップルの関係は家族の中核であり、国家は、そのような関係につき、婚姻制度を整備して公証し、様々な法的権利・保護を与えている。

かかる命題は、世界人権宣言やいわゆる人権A規約等からも明らかである。世界人権宣言16条3項は、「家庭は、社会の自然かつ基礎的な集団単位であって、社会及び国の保護を受ける権利を有する。」(甲A317)と規定する。また、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(いわゆる社会権規約)10条1項前段は、「できる限り広範な保護及び援助が、社会の自然かつ基礎的な単位である家族に対し、特に、家族の形成のために並びに扶養児童の養育及び教育について責任を有する間に、与えられるべきである。」(甲A318)と規定する。また、市民的及び政治的権利に関する国際規約(いわゆる自由権規約)23条1項は、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」(甲A319)と規定する。

この点、日本国政府は、社会権規約10条1項の「家族」の概念を説明する上で、「我が国の民事基本法である民法は、特に「家族」の概念及び範囲についての定義規定を設けず、夫婦及び親子並びに夫又は妻と一定の血族関係にある者の相互の間における法律関係を個別に規定することを通じて、間接的に「家族」の概念及び範囲を定める方法を採用している。」(甲A320)ことを前提として、「民法は、夫婦及びその間の未成年の子から成る集団を、生活共同体という意味における『家族』の基本的な単位としているものと解される。」(甲A320)

と述べ、夫婦を生活共同体という意味における「家族」の基本的な単位と位置付ける。その上で、日本国政府は、社会権規約10条1項の「できる限り広範な保護及び援助」として、様々な「家族に対する援助」の施策を実施していることを説明している。以上の説明は、異性婚のみを定める現行法制度を前提としている点に注意は必要であるが、日本国政府も、「家族が社会の自然かつ基本的な単位」であり、中でもカップル（夫婦）がその基本となるものであって、これに対する「できる限りの保護及び援助」が必要であることを認めていることは明らかである。

Obergefell 判決は、婚姻の自由が憲法上の権利として保障される根拠の一つとして、「婚姻が我々の社会的秩序の要であること」を挙げ、「カップルが互いを支え合うと誓うのと同じように、社会もまたそのカップルを支えることを約束し、その結合を象徴として承認し、物質的利益を与えてその結合を保護し育むのである。」（甲A15・240頁）と判示するが、これは、上記と同趣旨である。

## （2）同性間のカップルについても同様であること

「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って共同生活を営むこと」を約した同性カップルも、社会の自然かつ基本的な集団単位である家族である。この点において、異性カップルと異なるところはない。

したがって、同性カップルについても、異性カップルと同様、家族に対する「できる限りの保護及び援助」が必要である（Obergefell 判決は、このことにつき「同性カップルと異性カップルの間には何らの差異もない。」と述べている（甲A15・241頁）。）。

## 7 婚姻の自由が憲法13条で保障されること

上記のとおり、①婚姻が重要な法的地位を持つこと、②婚姻が人格的自律（自己決定）に関わること、③婚姻が子どもと家族を保護すること、④婚姻が社会の自然かつ基礎的な集団単位であることに鑑みると、婚姻をするかどうかの選択や誰と婚姻するかは、個人が自己の人生を築いていく上で

基本的重要性を持つ事柄であることは明らかである。

したがって、婚姻をするかどうかの選択及び誰と婚姻するか意思決定の自由（婚姻の自由）は、憲法13条で保障されると解すべきである。

また、上記のとおり、婚姻のパートナーが同性の場合であっても、上記①から④に関する事情で何ら異なるところがないことから、婚姻をするかどうかの選択や誰と婚姻するか意思決定の自由（婚姻の自由）は、婚姻相手が同性の場合も当然に含むものである。

## 8 婚姻の自由が憲法24条1項でも保障されること

### (1) はじめに

上記「第1」の「2」から「7」に記載のとおり、同性同士の婚姻を含む婚姻の自由は、憲法13条で保障され、憲法上の権利として保障されることは明らかである。

また、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。」と定めており、「婚姻」を規律する条文である。したがって、同性同士の婚姻を含む婚姻の自由は、「婚姻」を規律する憲法24条1項で保障されるとも考えられる。原告らは、同性同士の婚姻を含む婚姻の自由が憲法上の権利である以上、何条で保障されるか、単に形式的な条文選択の問題に過ぎないと考える。とはいえ、憲法24条が「婚姻」という文言を用いていることから、同性同士の婚姻を含む婚姻の自由が憲法24条1項で保障される根拠についても、以下論じておく。

### (2) 再婚禁止期間事件判決が「婚姻をするについての自由」を認めていること

ア 最大決平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁（再婚禁止期間事件判決）は、旧民法733条1項が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するか否かを検討する中で、「同条（筆者注：憲法24条）1項は、（中略）と規定しており、婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するか

については、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。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、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ことをも考慮すると、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。」と判示する。

かかる判示からすると、判示が述べる「婚姻をするについての自由」は、「婚姻するかどうか」、「誰と婚姻するか」の意思決定についての自由であり、かかる自由は、原告が主張する婚姻についての選択及び誰と婚姻するか意思決定の自由と同義である。

この点、上記判示から、「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いう限度でしか保障されていないとも読むことができる。しかしながら、再婚禁止期間事件判決では、24条1項に違反するかどうかは直接問題となっていたわけではなかった。そのため、上記判示の中の「婚姻をするについての自由」は、あくまで旧民法733条1項が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するか否かを検討する中で言及されたに過ぎず、憲法上の権利として憲法24条1項で保障されるかどうかは問われた中で検討されたものではない。したがって、原告の主張と矛盾するものではない。

令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定の裁判官三浦守意見は、「平成27年大法廷判決は、憲法24条1項について、婚姻するかどうか、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であるとしている。そして、最高裁平成25年(オ)第1079号同27年12月16日大法廷決定・民集69巻8号2427頁は、それに加えて、婚姻をするについ

ての自由は、同項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するとしたが、これは、民法の規定が、再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、憲法の平等原則との関係で考慮すべき点として判示したものであり、この自由の憲法上の位置付けや規範性を限定したものではないと解される。」（甲 A 3 1 6 ・ 8 頁）と判示して、婚姻の自由が憲法 2 4 条 1 項で保障されると判示する。つまり、同意見は、上記原告の主張と同趣旨を述べるものである。

イ 原告の上記主張は、再婚禁止期間事件判決の調査官解説（甲 A 3 2 1 ・ 加本牧子「判批」最判解民事篇平成 2 7 年度）の見解にも沿うものでもある。以下、同調査官解説を検討する。

同事件の調査官解説は、『本判決は、憲法 2 4 条 1 項が、婚姻について旧憲法下における戸主の同意の要件等を排除して、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、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。」と規定しており、婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するかは当事者の自由かつ平等な意思決定に委ねられるという趣旨を明らかにしたものと解している。そして、憲法 2 4 条 1 項があえてこのように規定していることから、例えば法律制度自体の廃止は許されないであろうし、法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得ると考えられることからすると、少なくとも、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、「婚姻をするについての自由」が保障されているということはあるであろう。』（甲 A 3 2 1 ・ 6 6 8 頁 ・ 6 6 9 頁）と述べ、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」が憲法 2 4 条 1 項で保障されていることを明示している。

また、同調査官解説は、『このような「婚姻をするについての自由」については、上記イの「婚姻の自由」をめぐる議論の状況からその外延等が明確ではなく、これを憲法上の「権利」としてどのように構成すべきかについてはなお検討の余地があるが、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。』（甲A321・669頁）と述べるところ、かかる見解は、原告が「第2」の「4」で述べた、婚姻の自由が人格的自律に関わる意思決定の自由であるという主張に沿うものである。

なお、同調査官解説は、「婚姻をするについての自由」については、「これを憲法上の『権利』としてどのように構成すべきかについてはなお検討の余地がある」と述べつつ、「『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。」（甲A321・669頁）と述べ、「婚姻をするについての自由」の憲法上の権利性について、謙抑的に表現しているとも思われる。しかしながら、同調査官解説は、慎重な表現を用いつつも、「『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』」、「少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益」と述べるなど、「婚姻をするについての自由」が憲法上の重要な価値を有していることを認めていることは明らかである。また、この部分の注釈において、同調査官解説は、「（注24）なお、本件では、憲法上の「婚姻の自由」の侵害の有無が直接的には問われていないこともあって、本判決はその権利又は利益としての具体的内容や位置付けについては必ずしも明示的には述べず、平等原則違反の枠組みの中で考慮すべき要素として必要な範囲での判示にとどめたものと推測される。」（甲A321・670頁）と述べており、再婚禁止期間事件



判決が判示する「婚姻をするについての自由」があくまで平等原則違反の枠組みの中での考慮要素として検討されたに過ぎないことをあえて述べており、「婚姻の自由」の侵害の有無が直接的に問われた場合には、「婚姻をするについての自由」が憲法上の権利として保障される可能性を示している。

また、再婚禁止期間事件判決で問われた「婚姻をするについての自由」は、「いつ…婚姻するか」に関する意思決定の自由である。しかしながら、本事件で問われている「婚姻をするについての自由」は、「婚姻するかどうか」や「誰と婚姻をするか」に関する意思決定の自由である。前者の自由への侵害と後者の自由への侵害の程度は大きく異なる。前者の自由への侵害は、一定期間婚姻をすることができなくなるとはいえ、再婚禁止期間（旧民法733条1項の場合であっても6ヶ月間）を経過すれば、婚姻が可能になるものである。他方、後者の自由への侵害は、一定の時間が経過しただけで婚姻をすることができるわけではなく、本件規定のままでは永続的に婚姻をすることができないというものである。したがって、本事件の場合には、再婚禁止期間事件判決で検討された「婚姻をするについての自由」では捉えきれない重大な権利侵害があることも考慮しておくべきである。

以上のとおり、再婚禁止期間判決及びその調査官解説の判示するところに従えば、「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できる自由である「婚姻をするについての自由」は、憲法24条1項で保障されると解すべきである。

ウ なお、再婚禁止期間事件判決は、異性間の婚姻の事案において、婚姻をするについての自由に言及する中で、「両性」や「男女」等の文言を使用することなく、「当事者間」という文言を使用している。かかる文言の使用は、将来、同性間の婚姻を認めていない本件規定の憲法適合性が争われ

る事案が現れることを想定した意図的な選択であるとも解しうるものである。なお、同様の文言は、令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定にも引き継がれていることを付記しておく。

### (3) 令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定の裁判官三浦守意見について

令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定の裁判官三浦守意見は、以下のとおり、婚姻の自由が憲法24条1項で保障されることを明示した。少し長くなるが同意見を引用する。

「平成27年大法廷違憲判決は、憲法24条1項について、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であるとしている。そして、最高裁平成25年(オ)第1079号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁は、それに加えて、婚姻をするについての自由は、同項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するとしたが、これは、民法の規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、憲法の平等原則との関係で考慮すべき点として判示したものであり、この自由の憲法上の位置付けや規範性を限定したものではないと解される。」

「そもそも、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかということは、単に、婚姻という法制度を利用するかどうかの選択ではない。婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つである。個人の尊厳に基礎を置き、当事者の自律的な意思決定に対する不合理な制約を許さないことを中核とするということが出来る。」 「そして、憲法24条1項が、婚姻は両当事者の合意のみに基づいて成立する旨を明記していることを考え併せると、法律が、婚姻の成立について、両当事者の合意以外に、不合理な要件を定めることは、違憲の問題を生じさせるというべきであり、その意味において、婚姻の自由は、同項により保障されるものと解される。」 「他方で、婚

姻及び家族に関する事項は、社会の種々の要因を踏まえつつ、夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるものであり、その具体的な制度の構築は、第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられる。しかし、そのことは、他の憲法上の権利の場合と同様に（財産権、選挙権等についても、憲法上、権利や制度の内容は、法律で定めることとされている。）、婚姻の自由の保障を否定するものではない。」（甲A316、8頁、9頁）。

なお、同意見の内容は、同性間であっても、何ら意味を損なうことがないものである。

#### （４）憲法24条1項と憲法13条の関係

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。」と定めており、「婚姻」を規律する条文である。したがって、「婚姻」の自由は、憲法24条1項で保障されるとも考えられる。そこで、婚姻の自由における憲法24条1項と憲法13条の関係を検討する。

駒村圭吾教授は、憲法24条1項と憲法13条の関係について、「人生の伴侶の選択、これを結婚と呼ぼうが婚姻と呼ぼうが、それが重要な自己決定であることは確かである。婚姻と家族形成については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、（その保障内容に異同はあるものの）学説・判例である。憲法13条の保障する幸福追求権のひとつとして「婚姻の自由」を保障する場合、仮に憲法24条1項の保障するそれを憲法13条の保障する婚姻より意味と射程において限定された婚姻（狭義の婚姻）と理解したとしても、その結果として憲法24条1項から除外される婚姻の形態についてはなお憲法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。そして、そうであるからこそ、憲法13条によって憲法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（その意味で、原告が、同性間の婚姻についても憲法24条1項の保障する婚姻の自由が妥当すると主張することには十分な理由があると言える。）。（甲A322・「憲法24条2項についての意見書」2頁）と述べる。

かかる駒村圭吾教授の見解からは、仮に憲法24条1項の「婚姻」が「男女」の婚姻だけを文言上意味していたとしても、憲法13条後段が同性同士の婚姻を含む婚姻の自由を保障しているのであれば、憲法13条によって憲法24条1項の解釈が補正され、憲法24条1項の保護範囲も拡張され、同性間の婚姻の自由も憲法24条1項で保障されることになる。

上記（「第1」の「2」から「7」）のとおり、同性間の婚姻の自由も憲法13条後段で保障される。したがって、憲法24条1項の「両性」などの文言にとらわれることなく、同性間の婚姻の自由は、憲法24条1項で保障されると解すべきである。

#### (5) 憲法24条1項の文言を拡張解釈することが可能であること

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。」と規定して、「両性」や「夫婦」という文言を用いている。

この点、被告は、『同項にいう「両性」は、その文言上男女を表すことは明らか』（被告第1準備書面・13頁）と述べる。しかしながら、以下のとおり、必ずしも「両性」を男女と解釈することが明らかとまではいえない。

上記のとおり、同性間の婚姻を含む婚姻の自由が憲法13条で保障されることの理由を詳細に述べたとおり、同性間の婚姻を含む婚姻の自由が憲法上の権利として保障される基礎があることは明らかである。したがって、ここで問われるべきは、憲法24条1項の保障が、単に「両性」や「夫婦」という文言があることだけで、同性間の婚姻に拡張することができないという解

釈が許されるかである。

この点、木村草太教授は、札幌判決（甲A215・札幌地判令和3年3月17日）を踏まえた上での「控訴審への意見書」（甲A323）において「公権力は抑制的に用いられるべきであって、憲法条項のうち、国家機関に権力を授権する条項（統治機構法）の安易な拡張・類推解釈は許されない。」

「他方で、憲法上の権利規定は、個人の権利の適切な保障の観点から、必要に応じて柔軟に拡張・類推解釈を行うことが認められ、また求められてもおり、判例でもいくつかの例がある。」と述べ、その例として薬事法違憲判決が、憲法22条1項の「『選択』の文言に職業の遂行」を含めたことを挙げる（甲A323・4～5頁）。

木村草太教授は、上記理由から憲法24条1項の「両性」・「夫婦」という文言について、「この解釈に照らせば、憲法24条にいう『両性』には〈男性・男性〉、〈女性・女性〉の両性を含み、『夫婦』は広く異性婚・同性婚双方の両当事者を含むという解釈は十分に可能だろう。」と述べる。

また、憲法24条1項を同性同士の婚姻に拡張することができないという積極的な理由が存在するわけでもない。原告ら第5準備書面でも述べたとおり、憲法24条1項は、その制定過程から、「明治憲法下の『家』制度の否定を核心とする規定として理解」（甲A324・宍戸常寿『憲法I 基本権』453頁）されており、「制定過程を一貫して同性婚の可否というアジェンダは設定されておらず、また、婚姻を異性婚に限定するという積極的判断は全くなされていない」（駒村圭吾意見書、甲A322・15頁）。かかる制定過程からは、憲法24条1項が、同性間の婚姻を積極的に排除して、男女間の婚姻から拡張を許さない趣旨と解することはできない。

したがって、被告の憲法24条1項の「『両性』は、その文言上男女を表すことは明らか」（被告第1準備書面・13頁）という解釈は、これまでの最高裁判決が人権規定の文言を拡張して人権保障を果たしてきた経緯を踏ま

えていないものであり、単純に過ぎる。

(6) 憲法 24 条 1 項類推適用が可能であること

仮に憲法 24 条 1 項が「両性」を男性と女性と解釈することを前提として、同性間の婚姻に憲法 24 条 1 項を直接適用することができないとしても、少なくとも同性間の婚姻に憲法 24 条 1 項を類推適用できるはずである。

同性間の婚姻を含む婚姻の自由が憲法上の権利として保障されることは、上記「第 2」の「2」から「7」のとおりである。したがって、同性間の婚姻を含む婚姻の自由に、憲法 24 条 1 項が類推適用される基礎があることは明らかである。

実際に最高裁判所は憲法上の権利規定の類推適用を行い、権利保障を拡大してきた。この点、木村草太教授は、意見書（甲 A 1 3 4）及び「控訴審への意見書」（甲 A 3 2 3）において、「憲法が設ける区別に根拠がなく、むしろ、憲法規定の効果を文言で規定された対象以外にも及ぼすべきときは、類推適用が要請される。」と述べ、その例として、いわゆる成田新法事件判決（最大判平成 4 年 7 月 1 日・民集 46 卷 5 号 437 頁）と最大判昭和 39 年 11 月 18 日・刑集 18 卷 9 号 579 頁を挙げる。前者の判決は、憲法 31 条が、「刑罰」を科す刑事手続のみを対象にしており、文言上行政手続を対象にしていないところ、憲法 31 条が行政手続にも類推適用されるとした判例である。また、後者の判決は、憲法 14 条 1 項の文言が、「法の下」の「平等」の保障対象を「国民」に限定しているところ、憲法 14 条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推されるとした判決である。

したがって、同性間の婚姻に憲法 24 条 1 項を直接適用することができないとしても、少なくとも憲法 24 条 1 項を類推適用できることは明らかである。

## (7) 小活

以上のとおり、婚姻するかどうか意思決定する自由及び婚姻のパートナーを選択する自由（婚姻の自由）は、憲法24条1項で保障される。仮に憲法24条1項が「両性」間の婚姻にしか直接適用されないと解するとしても、憲法24条1項を類推適用することが可能であることから、婚姻の自由が憲法24条1項で保障されることに何ら変わりはない。

## 9 まとめ

婚姻するかどうか意思決定する自由及び婚姻のパートナーを選択する自由（婚姻の自由）は、憲法13条または憲法24条1項で保障される。いずれの条文で保障されるかどうかは形式的な問題にすぎず、少なくとも、婚姻するかどうか意思決定する自由及び婚姻のパートナーを選択する自由が、憲法上の権利として保障されることは明らかである。

## 第3 本件規定が婚姻の自由を制約し、その制約の程度が極めて強いこと

### 1 本制約の一般論

訴状（第5、第6）で既述したように、本件規定は、憲法上の権利である婚姻のパートナーを選択する自由を直接制約し、同性との婚姻を求めるものが婚姻するかどうか意思決定する自由（婚姻の権利を行使すること自体の自由）を制約する。

以下、訴状「第6」の「4」（12頁～13頁）と重複するが、制約の程度が極めて強いことについて詳述する。

### 2 本件規定による婚姻の自由への制約の程度が極めて強いこと

#### (1) はじめに

本件規定が婚姻するかどうか意思決定する自由及び婚姻のパートナーを選択する自由（婚姻の自由）を極めて強く制約することは、訴状の「第6」の「4」（12頁～13頁）に記載したとおりである。

もつとも、被告が、この点について争っていると思われることから、本件規定が婚姻の自由を制約し、その制約の程度が極めて強いことについて、以下のとおり、補足する。

(2) 婚姻の自由の保障内容の核心的部分への制約であること

ア 高橋和之教授は、「『憲法上の権利』には、保障内容が憲法により全面的には確定されておらず、未確定な部分の確定を法律に委ねられていると理解されるものが存在する。」と述べ、その例として、「婚姻の自由(24条1項)」を例示する。その上で、「これらの権利の場合、国家が定める制度によりその具体的内容が決定されるが、憲法が保障している権利である以上、その保障内容が全面的に国家による決定に委ねられるということとはありえない。もしそうなら、憲法で保障する意味はほとんどないからである。したがって、保障内容の核心的部分は、憲法上確定されており、残部が法律に委ねられていると考えることになる。」と述べる(甲A325・『体系憲法訴訟』287頁・288頁)。続いて、「たとえば、婚姻の自由は、本来婚姻制度に先行する国家以前の『自由』であり、婚姻制度はそれに秩序を与えるために制定されたものにすぎず、したがって法律による定めは基本的には自由に対する『制限』と解すべきものである。」と述べる(甲A325・『体系憲法訴訟』288頁)。

以上のとおり、婚姻が国の定める制度としての側面があるとしても、少なくとも婚姻の自由の保障内容の核心部分について制約がある場合には、婚姻の自由に対する強い「制限」になることは明らかである。

イ 本準備書面「第2 婚姻の自由が憲法13条または憲法24条1項で保障されること」で述べたように、婚姻をするかどうか意思決定する自由及びパートナーを選択する自由(婚姻の自由)は重要である。繰り返しになるが、念のために簡単に論じておく。

上記「第2」のとおり、婚姻には①、②、③、④という高い価値がある



ために、婚姻の自由は憲法上の権利として保障されていると解すべきである。

婚姻をするかどうかの意思決定は、婚姻制度を利用する出発点に関わることから、その意思決定の自由は、婚姻の自由の保障内容の核心部分である。したがって、婚姻するかどうかの意思決定の自由を制約する本件規定は、婚姻の自由の保障内容の核心部分を制約するものである。

ウ また、「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って共同生活を営むこと」（最大判昭和62年9月2日・民集41巻6号1423頁参照）である。婚姻の本質に照らせば、婚姻において、パートナーの選択は、永続的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む関係を結ぶ相手の選択であり、婚姻の成立、維持及び破綻に密接に関係するものでもある。加えて、原告ら第4準備書面のとおり、民法等の法制度は、パートナーとの関係をさまざまな形で規律しており、一方でその関係について多数の法的保護を与え、他方でさまざまな責任を負わせている。そうだとすれば、婚姻制度において、パートナーの選択の自由は、婚姻するかどうかの意思決定の判断と不可分の関係にあるといえ、婚姻するかどうかの意思決定の自由と同様に婚姻の自由の保障内容の核心部分というべきである。

また、婚姻には、「心理的・社会的利益としては、夫婦の人間関係の安定、情緒的満足、社会生活上の地位の強化などがある」（甲A7・『新版注釈民法（21）』179頁）。かかる婚姻の心理的・社会的利益の観点からは、パートナーの選択が、心理的・社会的利益に直結することになる。したがって、パートナーの選択は、婚姻するかどうかの意思決定に不可欠な要素である。

以上のとおり、パートナーの選択が婚姻の自由の保障内容の核心部分であることから、パートナーの選択を直接かつ永続的に制約する本件規定は、

極めて強い制約となる。

エ 令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定の三浦守意見

令和3年6月23日最高裁判所大法廷決定の三浦守意見は、「そもそも、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかということは、単に、婚姻という法制度を利用するかどうかの選択ではない。婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つである。婚姻が法制度を前提とするものであるとしても、憲法24条1項に係る上記の趣旨は、個人の尊厳に基礎を置き、当事者の自律的な意思決定に対する不合理な制約を許さないことを中核とするということができる。」（甲A316・8頁）と判示する。かかる判示は、パートナーの選択が婚姻の自由の保障内容の核心部分であり、その制約が極めて強いものとなるという原告らの主張と同趣旨である。

オ 以上のとおり、本件規定は、婚姻の自由の保障内容の核心である婚姻をするかどうかの意思決定やパートナーを選択する意思決定を制約するものであり、その制約の程度は極めて強いものである。

(3) 婚姻の権利行使自体への制約となること

ア 「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って共同生活を営むことにありと解され」ている（最大判昭和62年9月2日・民集41巻6号1423頁参照）。

そうだとすれば、婚姻において、永続的な精神的及び肉体的結合を目的とした共同生活を営むパートナーの選択は、婚姻の決断と不可分の関係にある。

上記のとおり、本件規定は、婚姻のパートナーの選択を直接かつ永続的に制約する。婚姻の決断がパートナーの選択と不可分であることに鑑みると、本件規定は、婚姻の権利行使及び婚姻を選択する意思決定自体を制約

していることと等しい。

一般的に、永続的な精神的及び肉体的結合のパートナーの選択は、性的指向と密接に関わっている。同性愛者の場合には、そのパートナーの選択が同性になることが性的指向にかなった選択となる。性的指向が自らの意思によって変更することができないこと及び性的指向が自らのアイデンティティに関わることに鑑みると、同性愛者にとって、異性パートナーの選択肢しかない本件規定は、「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って共同生活を営む」という本質にかなう形での婚姻を不可能にしている。

したがって、本件規定は、同性愛者にとって、婚姻のパートナーの選択を直接制約するというだけではなく、婚姻するかどうかの意思決定に影響を与え、婚姻の権利行使自体を永続的に奪うという強い制約を伴うものである。

イ この点、民法及び戸籍法は、同性愛者であっても異性のパートナーであれば婚姻することができることから、同性愛者であっても婚姻の権利行使自体を完全に制約されているわけではないとも形式的には考えうる。

しかしながら、憲法上の権利の制約は、完全に権利行使ができない場合でなければ、認められないというわけではない。最高裁判所は権利行使が完全に制約されているわけではない場合でも制約が強いと認定していることが多々ある。以下、最高裁判例を検討してみる。

精神的原因による投票困難者事件（最小判平成18年7月13日・集民220号713頁）は、上告人が「精神的発達遅滞及び不安神経症等のために、いわゆるひきこもりの傾向があ」ったため、「公職の選挙の際に投票所に行くことが困難であり、現行公職選挙制度の下で選挙権を行使することが全く不可能と認められるには至らないが、公職選挙法44条1項所定の投票所における投票をすることが極めて難しいと認められ」た事案で

ある。こうした事実関係を前提として、同事件では、「国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず」と選挙権の行使の制限があることを前提として、「このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を行使することができない場合についてもあてはまる。」と判示した。かかる判示からは、「選挙権を行使することができない場合」に、「選挙権を行使することが全く不可能と認められるに至らないが、…投票することが極めて難しい」場合を含むことを前提としている。

いわゆる薬事法違憲判決（最大判昭和50年4月30日・民集29巻4号572頁）は、「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有するものである。」と判示して、薬局の開業が不可能ではないとしても、自己の希望する開業場所を選択することができない場合には、職業選択の自由に対する大きな制約となることを認めている。

これらの判示に鑑みると、憲法上の権利を行使することが不可能ではない場合であったとしても、実質的に憲法上の権利の行使を断念するような状況があるのであれば、その制約は、憲法上の権利行使ができないことと等しいと考えられ、極めて強い制約となる。

この視点からは、同性愛者にとっては、同性と婚姻することが不可能である限り、自己が希望する相手との婚姻を断念せざるを得ないことから、婚姻の権利行使自体に対する大きな制約的效果をもたらすものである。

### 3 本件規定が同性カップルの人格の尊厳を害すること

#### (1) はじめに

上記(1)のとおり、本件規定は、同性カップルの婚姻の自由を制約する。もっとも、本件規定は、同性カップルの婚姻の自由を単に制約するだけではなく、さらに人格の尊厳を侵害する。

憲法13条前段の「個人の尊重」について、佐藤幸治教授は、「『個人の尊重(24条にいう「個人の尊厳」)』とは、一人ひとりの人間(個人)が、自由・自律という尊厳性を表象する『人格』主体、『権利』主体として(端的に言えば、人格的自律の存在として)、他者と協働しつつ、それぞれのかげがえのない生の形成を目指す、いわば“自己の生の作者”として己の道を歩む、ということをも最大限尊重しようという趣旨である」と述べ、「これを『個人の尊重』『個人の尊厳』の原理と呼び、さらによく使われる用語に従って『人格の尊厳』の原理と呼ぶことができる。次の14条は『人格の平等』の原理を規定しており、13条と14条と相まって、日本国憲法が『人格』原理を基礎とすることを明らかにするものである。」(甲A310・『日本国憲法論[第2版]』194頁・195頁)と述べ、人格の尊厳と人格の平等を内容とする「人格」原理が、日本国憲法の基礎原理であることを強調している。

性的指向は、自らの意思で変えたり、選んだりできるものではない事柄であり(甲A3)、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われているため、個人の人格的存在と密接不可分のものである。そうだとすれば、性的指向を理由とする不利益は、同性カップルにとって、人格自体を貶められ、人格の尊厳を害されることになる。さらに、異性カップルとの関係では、人格自体を平等に扱われていないことを意味することになる。したがって、性的指向を理由とする不利益は、人格の尊厳(個人の尊重、個人の尊厳)及び人格の平等という日本国憲法の基本価値

を侵害することに直結することになる。

「第3」の「2」の「(2)」及び「(3)」に記載のとおり、同性カップルにとっては、性的指向が原因となって婚姻の自由が制約されている。性的指向が人格そのものに関わる事柄であることを踏まえると、その制約は、同性カップルにとっては、人格の尊厳や人格の平等を貶められることと同義である。

ただ、人格の尊厳（個人の尊重、個人の尊厳）及び人格の平等という概念が抽象的であることから、一義的に人格が侵害されたと述べることは、現実の事象の中で困難である。したがって、以下においては、本件規定により同性カップルの人格が貶められていることをさまざまな視点から立体的に論証する。

## (2) 本件規定が個人の平等な尊厳を害すること

本来、近代立憲主義において、国民の地位は、国家によって一括承認されており、その尊厳において平等であることが原則である。

長谷部恭男教授は、「政府による権利の制約が、個人の平等な尊厳に対する直接の侵害となる場合がある。それは、他の人と同等の道徳的判断・行為主体である地位を当該個人に対して否定するような形で権利の制約が行われる場合である。他の人から見て、特に社会としての不利益が生じているわけでもないのにそうした行為を規制しようとするとき、政府は個人の平等な位階を損なっていることになる。権利を侵害される者は、『目的』として全く取り扱われていない。位階への直接の攻撃を許さないという意味で、平等な位階は「切り札」としての意味を持つ。」と述べる。（甲A 326・『憲法の論理』「第4章 個人の尊厳」68頁）

婚姻は、社会における基礎的構成単位であることから、その法的地位は、本来その構成員の誰に対しても平等に与えられるべきである。特に性的指向のような自らの努力で変更できない属性により与えられないものであつ

てはならない。しかしながら、本件規定は、婚姻が重要な法的地位である（参照：「第2」の「3」）にもかかわらず、同性カップルに対して、その法的地位を承認しないものである。しかも、同性カップルに婚姻を認めたとしても、「特に社会としての不利益が生じているわけでもないのに」である。したがって、本件規定は、まさに「平等な」「位階への直接の攻撃」であり、「他の人と同等の道徳的判断・行為主体である地位を当該個人に対して否定する」制約そのものである。よって、同性カップルに対して婚姻を認めない本件規定は、長谷部恭男教授が述べるところの、「個人の平等な尊厳に対する直接の侵害」となる。

この点、Obergefell判決は、法廷意見の最後に「equal dignity」という文言を使用して、「彼らは、法の下で等しくその尊厳が尊重されることを求めている。憲法は彼らにその権利を保障する。」（甲A15・251頁）と判示する。かかる法廷意見の「equal dignity」は、長谷部恭男教授の「個人の平等な尊厳」と同義である。

### (3) 本件規定がアイデンティティや自尊心を害すること

巻美矢紀教授は、「これだけは、ゆずれないもの。それはまさに自分を自分たらしめ、アイデンティティを構成するものである。誰もそのようなものを抱いて生きている。もしそのようなものにもとづいて国家が提供する制度へのアクセスが否定されるとしたら、自尊を深く傷つけられるであろう。」、「少なくとも現代の欧米や日本社会において、結婚—国家が提供する結婚制度への参入という意味での結婚—をめぐる決断は、結婚をしない選択、結婚を解消する選択を含め、人生の重要な構成要素の一つであり、個人の自律（personal autonomy）、まさにゆずれない選択と考えられている。そして、人生において重要な結婚の相手の選択もまた、少なくとも現代の欧米や日本社会においては、ゆずれない選択として、結婚の「制度イメージ」を通じ、制度の中核を構成しているといえよう。」、

「にもかかわらず、結婚相手の選択という、ゆずれない選択がアイデンティティを構成する「性的指向 (sexual orientation)」にもとづいて、国家によって実質的に否定されている人たちがいる。それが、同性愛者である。」(甲A327・『Obergefell 判決と平等な尊厳』103頁)と述べる。

巻美矢紀教授は、同性愛者にとって、婚姻という「ゆずれない選択」が「アイデンティティ」を構成する「性的指向」に基づいて、国家によって否定されていることを説明する。さらに、巻美矢紀教授は、本件規定が、同性愛者にとって、単に個人の選択を制約するだけではなく、それを超えて、これだけはゆずれないというアイデンティティ(性的指向)を否定し、自尊を深く傷つけるものであることを暗示する。

これだけはゆずれないアイデンティティや自尊は、まさに人格の尊厳(個人の尊重及び個人の尊厳)と同義であることから、巻美矢紀教授の上記記載は、本件規定が人格(個人の尊厳)を貶めていることを説明するものである。

(4) 本件規定が同性カップルに対し地位の格下げのメッセージを与え続けること

「第2」の「3」の「(4)」にも記載したとおり、婚姻の要件に関わる民法及び戸籍法等は、国民生活や身分関係を規定しており、国家の法として規範性をもち、婚姻についての法の基本的観念を表示しているものである。つまり、婚姻が認められるカップルについては、法が正統性を与えるメッセージを送り、その裏返しとして、婚姻が認められないカップルに対しては、法が、正統性を与えないという地位の格下げを意味するメッセージを送ることになる。上述のとおり、民法及び戸籍法等にかかる表示機能があることは、最高裁判例も前提としているが、その地位の格下げのメッセージは、最大決平成7年7月5日・民集49巻7号1789頁の裁判官中島敏次郎らの反対意見に沿って表現すると、具体的には、「同性



カップルを異性カップルに比べて劣るものとする観念」や「同性カップルに対する差別意識」等を与える内容となる。

この点、巻美矢紀教授は、「共同体の基準に大きな影響を与えるのは、正統性（legitimacy）を有する国家のメッセージである。そもそも、近代立憲主義において、均質的な国民としての地位、自尊をもたらす自由人としての地位は、国家によって一括承認されたことを想起されたい。したがって、国家の意図としてはもちろん、効果としても、地位の格下げを意味するメッセージを送ることは許されない。それは個人の自律だけでなく、地位の平等を前提とするリベラル・デモクラシーをも脅かすものであることに留意すべきである。」（甲A328・『平等と自由—婚外子法定相続分差別違憲決定の記念碑的意味』374頁）と述べている。

したがって、本件規定は、「同性カップルを異性カップルに比べて劣るものとする観念」や「同性カップルに対する差別意識」等を与える内容のメッセージを有しており、そのメッセージを受け止めることになる同性カップルにとって、本来平等でなければならない人格的地位を引き下げ、スティグマとしての刻印となるのである。

(5) Obergefell 判決は同性婚の禁止が人格を貶めることになると判示していること

Obergefell 判決は、同性婚の禁止が同性カップルの人格を貶めることになることを、さまざまな表現を使って繰り返し強調している。以下、その表現の一部を例示しておく。

Obergefell 判決は、「婚姻の特質は、その永続的な絆を通して、表現、親密さ及びスピリチュアリティといった他の自由を二人の人間が共同して見出すことを可能とすることにある。これは性的指向にかかわらず、すべての人間にとっての真実である（中略）。婚姻を求める男性二人あるいは女性二人の間の絆、そしてこのような深遠な選択をする彼らの自律的な決

定には尊厳がある（中略）。」（甲 A 1 5 ・ 2 3 7 頁）と述べ、婚姻が「尊厳」に関わる側面があることを判示している。

また、同判決は、「同性カップルを婚姻から排除することは、婚姻する権利が核心とする前提と抵触する。子どもたちは、婚姻が与える承認、安定性及び予測可能性がない限り、自分の家族が他の家族に何らかの意味で劣っているという烙印に苦しむことになる。」（甲 A 1 5 ・ 2 3 9 頁）と述べ、婚姻から同性カップルを排除することが、その子どもにスティグマを刻印し、その烙印からくる苦しみを与えかねないことを判示する。

また、同判決は、「州が婚姻を重要なものとして尊重すればするほど、婚姻からの排除は、重要な点において、ゲイとレズビアンを州が締め出すことは、ゲイとレズビアンを貶めることになる。」、「婚姻の権利から同性カップルを排除する法律は、我々の基本憲章が禁止する不名誉を課し、権利を侵害するものであることを認めなければならない。」（甲 A 1 5 ・ 2 4 1 頁）と判示し、同性カップルを婚姻から排除することが同性カップルを貶めることになり、不名誉を課すものであるとする。

さらに、同判決は、「その真摯で個人的な反対が法律となりまた公の秩序となる場合には、必然の結果として、自由を否定された者を貶め、汚名を着せることとなる排除に、州自体がお墨付きを与えることになるのである。同性カップルは婚姻において異性カップルと同等の法的扱いを憲法に基づき求めており、彼らの権利を否定することは、彼らの選択を蔑み、彼らの人格を傷つけることになる。」（甲 A 1 5 ・ 2 4 2 頁）と述べ、同性カップルを婚姻から排除することが、同性カップルを貶め、汚名を着せることや、同性カップルの選択を蔑み、人格を傷つけると判示する。

以上のとおり、Obergefell 判決の法廷意見が、同性婚を禁止する法を違憲とした理由の中核に、同性婚の禁止が同性カップル等の人格を貶めることになることがあることは明らかである。

(6) 同性カップルを含む性的マイノリティが受けてきた社会的差別について

同性愛者らを含む性的マイノリティが社会的差別を受け、スティグマを刻印されてきたことについては、原告ら第7準備書面に記載したとおりである。

その詳細については、原告ら第7準備書面に譲るが、性的マイノリティは、社会的差別を受けているという現実があり、その上に、同性間の婚姻を認めない本件規定が存在するのである。そのため、本件規定が存在し続けるということは、同性愛者等の性的マイノリティが異常であり、異性愛者に比べて劣った存在であるという社会的差別を、さらに作出・助長させる要因となっているのである。

(7) 小括

以上のとおり、同性間の婚姻を認めない本件規定が、同性カップルの人格を貶め、人格の尊厳（個人の尊重及び個人の尊厳）を極めて強く侵害していることは明らかである。人格の尊厳を害するということは、単に法的効果が認められないというような権利の制約にとどまらない、容易に言い尽くせない極めて深刻な問題である。したがって、人格の尊厳が害されていることは、本件規定の違憲性を検討する上で、判断の基底に置かれるべき事柄である。

4 まとめ

以上のとおり、本件規定が婚姻の自由を強く制約し、人格の尊厳を侵害していることは明らかである。

第4 本件規定が正当化できないこと

1 判断枠組み

上記のとおり、婚姻の自由は憲法上の権利であり、その価値は極めて重要である。また、同性間の婚姻を認めない本件規定は、婚姻の自由を強く制約

する。さらに、本件規定は、同性カップルの人格を貶めるものでさえある。したがって、本件規定が合憲か否かについては、本件規定の目的の内容や正当性、目的達成手段の関連性・必要性等を厳格に判断すべきである。

ただ、下記のとおり、厳格に判断するまでもなく、緩やかに判断したとしても、本件規定が正当化できないことは明らかである。

木村草太教授は、「立法趣旨とは、その法律により実現すべき利益や価値」であることを前提として、「審査対象となる『立法目的』とは、立法趣旨のことだと解するのが妥当である。」と述べる（甲A329・『立法過程の法的統制—立法裁量・立法目的・立法事実』21頁～23頁）。その上で、「立法目的は、解釈により構成される規範である以上、目的審査は、『この法律について、正当な目的を構成できるか?』という形で定式化すべきである。」と述べる。

この定式化に従ってみると、「同性間の婚姻を認めない本件規定について、正当な目的を構成できるか?」という問いが現れる。本訴訟で真に問われるべきは、この問いである。

## 2 本件規定の目的には正当性がないこと

### (1) 本件規定に正当な目的が存在しないこと

原告らとしては、同性カップルに婚姻を認めた場合において発生しうる不利益は個人間においても、社会上においても存在しないものとする。そのため、本件規定が同性カップルに婚姻を認めないことを正当化する目的など、存在しないといえる。

### (2) 被告の主張から仮定される目的には正当性がないこと

ア 被告は、被告第1準備書面の「第3」の「1」の「(1)」の「イ」において、「憲法24条1項は、同性婚を想定していないから、本件規定が同項に違反して違憲となる余地はない。また、同項では、婚姻は両性の合意によって成立するものとされ、同性婚は想定されていないのであるから、同

性婚を認める法律を設けないことが憲法13条及び14条1項に違反すると解する余地はない。」と主張する。さらに、被告は、同性婚が想定されていなかった理由について、「婚姻は伝統的に生殖と結びついて理解されていたため男女間に成立すると考えられてき」たなどと主張する（被告第2準備書面・7頁）。

しかし、被告は、「同性婚は想定されていない。」などと主張するだけで、本件規定の立法目的を具体的に明示するわけではない。被告の主張の趣旨は判然としないが、被告は、本件規定の立法目的について、婚姻が伝統的に生殖と結びついていること等を重要な要素と考えていると思われる。そこで、被告の立場に立てば、同性同士の婚姻を認めない本件規定の目的として、「伝統的に生殖と結びついて理解されていた男女」関係を保護することを想定しうるため、当該目的の正当性を検討する。

イ 「伝統的に生殖と結びついて理解されていた男女」関係を保護することは、正当な目的たりえないこと

「生殖と結びついて理解されていた男女」関係は、現行民法及び戸籍法で婚姻が認められている以上、既に婚姻の自由について、保護されている。

「生殖と結びついて理解されていた男女」関係を保護することと、同性カップルの法的保護をしなくてもいいことはイコールではない。同性間の婚姻を認めない本件規定で問われるべき目的は、あくまで同性カップルを保護しない目的であるべきである。

そもそも、子どもを産み育てるか否かは、各個人としての生き方の根幹にかかわる事項であり、当事者の自由な意思決定に委ねられるべき事項であるから、国が生殖と養育を目的とする男女の結合のみを婚姻として保護することは、個人の尊厳（憲法13条、憲法24条2項）に立脚して制定されなければならない法律婚制度の目的として、正当なものとはいえない。

ウ したがって、「生殖と結びついて理解されていた男女」関係の保護とい

う目的は、同性間の婚姻を認めない本件規定の目的として、正当なものとは認められない。

### (3) 小括

以上のことから、本件規定には正当な目的は存在せず、被告のこれまでの主張から想定しうる目的を検討するも、いずれも同性間の婚姻の自由に対する制約を正当化しうるものではない。

## 3 目的達成の手段として関連性・必要性もないこと

原告としては、上記のとおり同性間の婚姻の自由を制約する正当な目的は存在しないと考えるものの、上記のように被告の主張から想定される「生殖と結びついて理解されていた男女」関係の保護という目的を前提としても、同性カップルに婚姻を認めないことは、当該目的達成のために関連性・必要性のない手段である。

すなわち、同性カップルに婚姻する権利を保障したとしても、「生殖と結びついて理解されていた男女」関係の保護を危うくすることはない。したがって、同性カップルに婚姻を認めないという本件規定には、この目的のための手段としての必要性が認められない。

## 4 小括

以上のことから、同性間の婚姻の自由の制約を正当化する目的は見いだせない。また、手段について検討するも、手段としての関連性・必要性もない。

よって、同性間の婚姻を制約する本件規定を正当化することはできない。

## 第5 まとめ

「第2」に記載したとおり、婚姻の自由が憲法13条または憲法24条1項で保障される憲法上の権利であることは明らかである。

しかしながら、本件規定により、同性カップルは、憲法上の権利である婚姻の自由を享受することができていない。その制約が強いことは、「第3」

の「2」で述べたとおりである。それにとどまらず、本件規定は、同性カップルの人格の尊厳を侵害することになる。人格の尊厳を侵害することの深刻さについては、「第3」の「3」で述べたとおりである。

その人格の尊厳を侵害することの深刻さを踏まえると、「第4」で述べたとおり、本件規定を正当化する余地があるはずはない。

よって、本件規定は、憲法13条、憲法24条1項に違反する。

以 上