

平成31年（ワ）第597号 損害賠償請求事件

原告 大野利政、鷹見彰一

被告 国

第13準備書面

2022年（令和4年）9月20日

名古屋地方裁判所民事第8部合議A2係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 山田 麻登

同 弁護士 堀江 哲史

同 弁護士 矢崎 暁子

原告ら訴訟復代理人 弁護士 水谷 陽子

同 弁護士 進藤 一樹

同 弁護士 砂原 薫

同 弁護士 石川 幸平

第1 本準備書面の目的

本準備書面では、被告第5準備書面に対する反論をし、その中で法律上同性同士の者による婚姻を認めていない民法及び戸籍法が憲法14条に違反する不合理な差別であることを改めて述べる。

第2 憲法24条に関する主張について

1 はじめに

被告は、憲法24条1項の文言、制定経過及び審議状況から同条項に基づく「婚姻をするについての自由」は異性間の人的結合関係を対象とする婚姻についてのみ保障されていると主張する。

原告らは、訴状及び原告ら第2準備書面、第3準備書面、第4準備書面等において、同性同士の婚姻を定める制度の不存在、または性別や性的指向を婚姻の要件としている民法及び戸籍法の諸規定が憲法24条1項に違反することを述べてきた。被告第5準備書面に対する反論は、これらの書面と重複する部分もあるが、改めて以下のとおり述べる。

2 憲法24条の制定過程に関する被告の主張について

(1) 憲法24条の制定過程においては、法律上同性同士の者の婚姻については議論すらされておらず、解釈としては空白の状態であった。それは、日本国憲法制定当時の日本社会には、同性愛に対する誤った知見に基づく偏見や、「男がもっぱら働いて稼ぎ、女が家事や育児をもっぱら担う」という性別役割分業の観念を婚姻と結びつける価値観があり、法律上同性同士の者の共同生活関係が婚姻としての法的保護を受けることなどおよそあり得ないと認識されていたからである。

しかし、その後の科学的知見の発展により、憲法制定当時の認識が誤りであることが明らかになった。また、性別役割分業の観念に基づく様々な性差別的な社会制度が廃止され、家族のあり方も多様化し、個人の尊厳を重んじる

国民の規範意識が強まってきた。そのため、憲法24条の定める婚姻の自由は、同性同士の者にも妥当すると解すべきことになった。憲法制定当初に想定されていなかった権利を憲法上の基本的人権に読み込む解釈は、同じように日本国憲法制定当時には想定されていなかった障害者の子を産み育てる自由が憲法13条により保障されると解した近年のいくつかの裁判例にもみとれる。以上のことは、原告ら第12準備書面で詳述したとおりである。

(2) 被告は、大日本帝国議会において日本国憲法の条文を審議していた当時

「一夫一婦の原則」(乙18号証)に言及されていたことを根拠として、憲法24条(当時は22条)は一人の男性と一人の女性の関係について定められたものであると主張する(被告第5準備書面・19頁)。

しかし、大日本帝国議会において、法律上同性同士の者の婚姻を認めるか否かを議論したことは一度もなく、「一夫一婦の原則」という発言も、同性同士の婚姻と対比してこれと区別する趣旨で用いられたわけではない。

被告の引用する発言は、女性の権利が本当に保障されるのかと懸念する加藤シヅエ委員による質問に対する政府答弁であった。加藤は、明治民法では夫と妻の貞操義務に差が設けられており、妻が不貞をした場合には離婚事由となるのに夫が不貞をしてもそれが姦通罪(未婚女性との姦淫では成立しなかった)に処せられなければ離婚事由とされていなかったことに触れ、憲法改正と合わせて審議されていた改正民法案でも不貞行為が離婚事由となるのは妻のみとされていることに疑問を呈して質問した。また、加藤は続けて、妻以外の女性との間に夫がもうけた子を「庶子」として妻の同意なく「家」に入れることができたことに言及し、改正民法案において庶子の父に配偶者がある場合にはその同意なく父の家に入れることはできないとされている点について、こうした規定のために父、夫を中心にした観念がどこまでもつきまとい、若い未亡人が子連れで再婚することができないと指摘し、「庶子」の処遇について質問した。このような文脈で、加藤が「一夫一婦の原則」は守

られるのかと質問し、木村篤太郎司法大臣が答弁したものである（甲A502：帝国議会衆議院昭和21年7月6日帝国憲法改正委員会議事録）。こうした発言の経緯から明らかなとおり、被告の引用する発言は、「家」の存続のため妾の存在を暗黙の前提としていた明治民法の価値観から脱却するのかどうかを問う場面での言及である。すなわち、ここで用いられた「一夫一婦」とは、「一夫多妻」を否定する意味であって、同性同士の者の婚姻を否定する意味で論じられたものではない。

また、被告の引用する「婚姻は……男女が相寄り相助ける所に基礎がある」との木村篤太郎司法委員の答弁（甲A503：衆議院昭和21年7月17日帝国憲法改正委員会議事録）は、武田キヨ委員からの、老年の妻は夫から冷遇され家から追い出される脅威にさらされていることから婚姻生活を保護することを憲法が明記すべきではないか、との質問に対する答弁であって、「夫婦がお互ひに相理解し合つて行くと云ふ建前から見ますとそれは寧ろ例外なことであらう」が、民法改正にあたって相当の考慮を払うべきであるとの内容であった。この発言もまた、配偶者の扶養義務を憲法で定めるべきか否かという論点での発言であり、同性同士の者の婚姻を否定する意味で論じたものではない。

- (3) このように、被告の指摘する帝国議会での答弁は、いずれも同性同士の者の婚姻については何ら言及していないのであって、これらの議論をもって憲法制定過程において同性同士には憲法上の婚姻の自由を認めないこととしたと解するのは誤りである。

そもそも、外国人や障害者、非嫡出子等の日本国憲法制定当時に想定されていなかった権利利益についても、現在においては憲法上の人権として解釈すべきことは、原告ら第12準備書面で述べたとおりである。

3 婚姻の自由が制度を前提とした権利であることについて

(1) 被告の主張の誤り

被告は、婚姻の自由は、憲法の定める婚姻を具体化する法律に基づく制度によってはじめて個人に与えられる、あるいはそれを前提とした自由であり、生来的、自然的な権利または利益、人が当然に享受すべき権利又は利益ということはできないと主張し、現行の法制度の枠を超えて同性間の人的結合関係についても婚姻と同様の積極的な保護や法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に対して求めることはできないと主張する（被告第5準備書面7～8頁）。

しかし、原告らは、何らの制度もない状態で婚姻制度の創設を一から求めているわけではなく、性別以外の婚姻制度の要件効果を変更せよと求めているわけでもない。すでに存在する婚姻制度について、法律上の性別が異なる者同士であることを要件としている点が、法律上の性別が同一の者同士の利用を阻害しているため、これを是正すべき義務があると主張するものである。したがって、被告の主張は、原告らの主張の前提を正解していない。

（2）制度により具体的に実現される憲法上の権利

そもそも、日本国憲法上の人権の多くは国家の創設する制度により具体的に実現されるものである。代表例は、投票の自由（憲法15条1項）である。国家賠償請求権（憲法17条）や裁判を受ける権利（憲法32条）、弁護士選任権（憲法37条3項）も、これらを具体化する国家賠償法や裁判所法、弁護士法や刑事訴訟法といった法制度を前提とする権利である。生存権（憲法25条）や教育を受ける権利（憲法26条）も、制度の構築を前提とする権利である。

制度を前提とする権利であるか否かは、当該権利の重大性判断には影響せず、また、以下述べるとおり、制度設計の方法が複数観念しうるとしても何らの措置もとらない立法裁量まで肯定されるわけではない。

（3）不十分な法制度を是正すべき立法義務

ア 制度を前提とする権利であっても、何らかの法制度が存在しさえすれば

立法義務が果たされたものとは考えられておらず、その制度がこれらの権利を実現するに不十分な内容であれば、憲法に基づきその是正を求めることができると考えられている。

イ たとえば、郵便法が、書留郵便物や特別送達郵便物について郵便業務従事者の故意または重過失による損害が生じた場合の国の損害賠償責任を免除または制限していたことについて、最大判平14年9月11日民集56巻7号1439頁は、憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱すると判断した。憲法17条の定める国家賠償請求権は、生来的な権利ではなく制度により具体的に保障されるものであるが、これを具体化する法律の内容が国家賠償請求権を十分に保障していない場合には憲法違反となりうることを示す判例である。

ウ 婚姻の自由をめぐつても、再婚をする場面での制約について最大判平27年12月16日民集69巻8号2427頁は「厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化することは困難である」として、女性について離婚後100日を超えて再婚禁止期間を定める部分は、憲法24条2項及び憲法14条1項に違反するとした。

エ また、在外国国民国民審査権訴訟最高裁判決（最大判令4年5月25日裁時1792号3頁）は、「憲法は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である（憲法81条）などの最高裁判所の地位と権能に鑑み、この制度を設け、主権者である国民の権利として審査権を保障しているものである。そして、このように、審査権が国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有することに加え、憲法が衆議院議員総選挙の際に国民審査を行うこととしていることにも照らせば、憲法は、選挙権と同様に、国民に対して審査権を行使する機会を平等

に保障しているものと解するのが相当である。」と判示し、最高裁判所裁判官の国民審査をする権利は憲法1条、憲法15条1項、79条2項、同3項から憲法上の権利であると解釈した。そのうえで、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反する」とした。この判例もまた、ある法律が権利行使の機会を一部の国民にしか保障していない場合には憲法違反となることを示している。

(4) 制度の設計方法が一様に決まらない場合でも何らかの措置をとる立法義務を負うこと

ア 権利を実現する制度の設計方法が一様に決まるものでない場合であっても、立法府は憲法上の権利実現のため何らかの所要の措置をとる義務を負うものであり、何らの立法措置をもとらないことは憲法上の権利を侵害し、違法な立法不作為になると考えられている。

イ たとえば、投票の自由を具体化する制度をめぐり、公職選挙法が国政選挙の選挙人を日本国内に住所を有する者に限定していたことについて争われた在外国民選挙権訴訟最高裁判決（最大判平17年9月14日民集59巻7号2087頁）においても、選挙制度のあり方には様々な設計がありうるとして立法裁量を広く認めるべきかが争いになった。

同最高裁判決の横尾・上田反対意見は、「両議院の議員の各選挙制度をどのような仕組みのものとするのか、すなわち、選挙区として全国区制、中選挙区制、小選挙区制、比例代表制のうちいずれによるのかあるいはいずれかの組合せによるのか、組合せによるとしてどのような方法によるのか、各選挙区の内容や区域・区割りはどうするのか、議員の総定数や選挙区への定数配分をどうするのか、選挙人名簿制度はどのようなものにするのか、投票方式はどうするのか、候補者の政見等を選挙人へ周知させることも含めて選挙運動をどのようなものとするのかなどなど、選挙人の自由

な意思が公明かつ適正に選挙に反映され、混乱のない公正、公平な選挙が実現されるよう、選挙制度の仕組みに関する様々な事柄を選択し、決定することは国会に課せられた責務である。そして、そのような選挙制度の仕組みとの関連において、また、様々な社会的、技術的な制約が伴う中において、我が国の主権の及ばない国や地域に居住している在外国民に対し、どのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかということも、国会において判断し、選択し、決定すべき事柄であり、国会の裁量判断にゆだねられた事項である。」と述べて、在外国民に投票の機会を与えるか否かも広く立法裁量の範囲内であるとの見解を示した。

しかし、これに対し法廷意見は、選挙制度のあり方は一様に決まるものではないことを前提としつつも、「国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務がある」と判示し、在外国民に投票を認めない制度が憲法15条1項に違反するとした。選挙権は、生来的な権利ではなく選挙制度と切り離して考えることは困難であり、具体的な選挙制度のあり方には様々な選択肢がありうるが、権利を現実的に行使するために何らかの必要な措置をとるか否かという点での立法裁量は狭いという判断である。

ウ さらに、在外国民の国民審査権の行使方法についても、具体的に制度を作るにあたっては、投票の方式を自書式にするか記号式にするか、投票用紙を送付するのかインターネット通信を利用するのか等、様々な方法が考えられるが、上記最大判令4年5月25日は「在外審査制度の創設に当たり検討すべき課題があったとしても、在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置が何らとられていないことについて、やむを得ない事由があるとは到底いうことができない」と判示し、何らかの形で在外国民が国民審査を行うことのできる制度の創設を命じた。

(5) 小括

このように、制度が存在して初めて行使することのできる権利である国家賠償請求権や、選挙権及び国民審査権、婚姻の自由についても、最高裁は、これらを具体化する法制度が憲法上の権利の保障として不十分である場合には、制度の是正や制度の創設を求める判断を行ってきた。これは日本国憲法が明文で裁判所に違憲審査権を認めている当然の帰結である。

同様に、現状の婚姻制度が婚姻の自由（憲法24条）を実現するにあたり性的指向または性別という過剰な要件を課している場合にも、その是正を求めることができる。そしてその是正方法が複数ありうるとしても、立法府はそのうちのいずれかを実行すべき立法義務を負うというべきである。

4 学説について

(1) 被告が被告第5準備書面において引用する学説については、すでに原告第3準備書面において、一部を恣意的に抜き出しており適切な引用でないことは反論済みである。

(2) 加えていえば、辻村教授は、憲法記念日である2021（令和3）年5月3日付日本経済新聞朝刊において、「同性婚は現行憲法上、認められますか」との質問に対し、「憲法制定時に同性婚が念頭になかったのは事実だとしても、規定は『合意のみに基づく』という点に主眼がある。婚姻は当人の合意があればよく、親などの承諾はいらないという意味だ。『両性』は男女の夫妻に限らないというのが今では多数説となっている。憲法改正は必要ない。民法改正の議論を期待する。」（2021年5月3日付日本経済新聞「私の考える憲法」（甲A504））と述べているとおり、現時点では、「両性」との文言にかかわらず憲法24条のもとで同性婚を法制化すべきとの見解を示している。

また、被告は、「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」(長谷部恭男編「注釈日本国憲法(2)」[510頁]・乙15)、との文献の記載を引用しているが、同書は、被告の上記引用部分の直前で「日本国憲法の予定する家族像が近代的な枠にとどまるのか、あるいはそれを超えるものをも含意しているのか、その理解によって帰結が異なってくる。」として二つの考え方を併記した上、「個人の尊厳を重視した婚姻の自由の観点からは同性婚の否定は望ましいことではないであろう。」と述べており(509～510頁)、むしろ、同性婚が憲法上保障されることが望ましいとの立場を示している。

さらに、同書は、被告の上記引用部分を記載するにあたり、長谷部恭男教授の『憲法』(第6版)[184頁]及び渋谷秀樹教授の『憲法』(第2版)[463頁]を引いているが、以下のとおり、法律上同性の者どうしの婚姻が法律上異性の者どうしの婚姻と同程度に保障されていないとの解釈は、憲法24条1項に関する同学説の理解として誤っている。

渋谷教授は、『憲法』の第3版(乙13)において、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」との記載に続けて「ただし、同性間の婚姻あるいは婚姻に準ずる関係(パートナー)を認める国が増加し、従来の社会通念の根本的な見直しを迫っている」旨指摘している[463頁本文]。また、同教授は、当該部分の脚註において、執筆の時点で同性婚を認めるに至っている18か国の国名を具体的にあげたうえ(本準備書面提出の時点では本年施行予定の国も含め30か国を超える。)、2015(平成27)年6月26日の米国のオーバーゲッフェル判決が「婚姻の権利は合衆国憲法の保障する基本的権利であり、その制限は適正手続条項に違反すること、国の社会の秩序の要となる婚姻につき同性婚と異性婚との間に違いはないこと、異性婚(引用者注:原文ママ)を不利に扱う行為は法の平等条項の反すること」を理由として、州政府が同性カップルに対して婚姻許可状を発給しないこと等を違憲としたことを紹介し、婚姻に

準ずる関係を法的に認める14の国と地域名（ただし、ドイツ等は現時点までに同性婚の承認に進んでいる。）、日本でも渋谷区と世田谷区で同性パートナーシップ制度が始まったことも紹介している（同様に、現時点までに既に人口の約4.4割をカバーする自治体に広がっている。）。

また、渋谷教授は、2021年5月31日刊行の『憲法を読み解く』（甲A505）では、『両性』とは、本条の制定当時は男性と女性を想定していたのでしょ。ところが近年、同性同士の婚姻あるいは婚姻に準ずる関係（パートナーなど）を認める国が急増しています。アメリカ合衆国最高裁判所は2015年、同性同士の婚姻関係を承認しない州法を違憲としました。『婚姻』とは何でしょうか。最高裁は、『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』とします（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁）。たしかにこのような共同生活を男女が営むケースが多数派でしょう。しかし『真摯な意思をもって』このような共同生活を営もうとする同性カップルが現に存在します。それを多数派が否定するのは個人の尊重に反するでしょう。下級審判決に、同性婚を認めないのは本条（引用者注：憲法24条）と13条に反しないとしつつ、14条1項に反する差別取扱いに当たり違憲としたものがあります（札幌地判令和3年3月17日判例集未登載）」と述べ、法律上同性のカップルに婚姻を認めない本件規定が憲法の基本原理である個人尊重の理念に反し違憲となることを示唆している。

さらに、渋谷教授は、2022（令和4）年2月1日付意見書（甲A483）において、「異性婚のみを法的に認める日本の民法および戸籍法の婚姻をめぐる諸条項は、その内容を肯定し支える立法事実が失われた以上、今やその合理性を支える基盤を失い、同性婚の保障は日本においても義務付けられる時期が訪れた」とし（13頁）、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」との見解は誤りであっ

たとして、「憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている」と改説すると述べている（15頁）。

同性間の関係については、かつて異性愛のみが自然で正常であるとの観念（異性愛規範）が社会のあらゆる階層・学問分野に行き渡り（風間・赤枝意見書（甲A217））、その後そのような観念が、科学的にも、法的倫理的にも否定され正当性を失っているにもかかわらず（甲A3等参照）、その経過が十分に紹介・摂取・反省されることなく今日に至っていることである。その結果、精神医学・心理学だけではなく、他の学問分野においても、古い観念に基づく知見や議論が無反省に踏襲されている状況があり、かかる状況は憲法学・法律学も同様である。この点については、渋谷教授も、その意見書において、「異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学と心理学において・・・知見の変更があったことを不覚にも知らずに」、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」との記述を行っていた旨述べている（甲A483・15頁）。

（3）小括

以上からすれば、もはや「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」であるとはいえない。

第3 憲法14条に関する主張について

1 はじめに

原告らが訴状第6、第2準備書面、第10準備書面等において主張してきたとおり、法律上同性同士の者に婚姻を認めていない民法及び戸籍法の諸規定は、婚姻をする自由について、少なくとも婚姻制度を利用するという重要な法的利益について、性的指向または性別に基づき区別取扱いをするものである。

そして、問題となっている法的利益の重大性、区別の根拠とされている属性が自ら変更できない事由であることという「事柄の性質」、さらに家族の実態や婚姻に対する国民の意識が民法制定当時から変化し、性的指向に関する科学的知見も発展しかつての誤りが判明したことからすれば、同性同士の共同生活関係を「婚姻」から排除しつづけることにもはや合理的根拠は見出すことができず、遅くとも原告らが婚姻契約公正証書を作成した平成29年12月27日時点においては憲法14条1項に違反する状態となっていた。

2 同性間で婚姻をすることができないのは日本国憲法自体が予定し許容するものであるとする点

(1) 被告は、憲法24条が異性同士の婚姻についてのみ法制化を命じたものであるとの解釈を前提に、憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして本件規定により制度化され、同性間の人的結合関係を対象とするものとして制度化されないという事態（差異）が生じることは、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることの当然の帰結にすぎ」ないとする。

(2) しかし、仮に、被告のように同性同士で婚姻をする自由が憲法24条や憲法13条に根拠を置く権利ではないとする解釈に立つとしても、憲法上の権利性を否定することの論理的帰結として憲法14条における保護を否定することになるわけではない。

たとえば、日本国籍を取得する利益は憲法上の権利として保障されていないと解されている（東京地判令3年1月21日訟月68巻2号77頁等）が、憲法10条に基づき日本国民たる要件を定めた国籍法が父の非嫡出子の国籍取得要件につき父母が婚姻したか否かによって差異を設けていた点は憲法14条1項違反と判断された（最大判平20年6月4日民集62巻6号1367頁）。また、遺産を相続する利益も憲法上の権利ではないと解されてい

るが、憲法24条2項に基づき相続について定めた民法が嫡出子と非嫡出子との間で相続分に差異を設けていたことについては憲法14条1項違反と判断された（最大決平25年9月4日民集67巻6号1320頁）。

被告の引用する乙20号証でも「等しく取り扱われるべき法律上の権利または法的保護に値する利益が不当に侵害されたときは、当然14条1項違反として主張できる」（11頁）と指摘されているとおり、憲法14条1項で保障されるには法律上の権利又は法的保護に値する利益であれば足り、憲法上の人権であることは求められていない。

このように、ある法制度が憲法上の人権を侵害するものであるか否かと、当該法制度が生じさせている差異が合理的理由のない差別取扱いであるかは、論理的には別問題である。同性間の人的結合関係について憲法24条の保障範囲に含めるか否かと、民法や戸籍法が異性間と同性間との人的結合関係について差異を設けることが憲法14条1項に違反するか否かとは、別途それぞれ判断されなければならない。

被告が各地方公共団体によって異なる条例を制定することが憲法14条に違反しないことについて引用する最高裁判例については、原告ら第3準備書面37頁以下においても反論しているとおりであるが、本件では全国で統一的に適用される民法と戸籍法の内容が性別または性的指向に基づき区別する要件を設けていることに関する事案であるから、地域ごとの異なる条例を比較することについて判示した事案は、本件における例としては不適當である。原告らは、愛知県がパートナーシップ条例を定めていないことを憲法違反だと主張しているわけではない。乙19でも「各条例の内容はそれぞれ憲法14条に適合していなければならない」と指摘されているとおり（73頁）、制度の内容は憲法14条に適合していなければならない。

3 憲法14条と憲法24条の関係について

(1) 被告は、平成27年加本最高裁判例解説を引用し、憲法14条違反となる

ならば当然に憲法24条2項と判断されるはずであると主張し、札幌地裁令和3年3月17日判決が24条2項違反はないとしながら14条違反を認定したのは特異な判断であるとする（被告第5準備書面16頁）。

(2) 被告が引用する平成27年最高裁判例解説は、女性が婚姻（再婚）を求める権利利益が憲法24条2項の適用対象に含まれることを前提としている。したがって、婚姻の可否についての制限が合理的根拠を欠くとして憲法14条違反になるならば、当然に憲法24条2項違反でもあるということになる。

他方、札幌地裁判決は、同性愛者が婚姻を求める権利利益は憲法24条2項の適用対象に含まれないことを前提に判断している。したがって、札幌地裁判決の前提に基づけば、「婚姻」を求める権利利益の侵害ではないため、憲法24条2項違反にはならないことになる。ただし札幌地裁は、婚姻により生じる法的効果を享受する利益は、婚姻を求める権利利益とは別の法的利益であると考えているため、法的利益にかかる不合理な差別として憲法14条違反の問題は生じるとしている。

このように、平成27年最高裁判例解説の前提とする事案と札幌地裁判決の事案とでは、争われた権利利益が「女性が男性との婚姻を求める権利利益」と「法律上同性の者との婚姻を求める権利利益」とで局面を異にしており、さらに札幌地裁は権利を主張する主体の性別または性的指向によって憲法24条の適用対象となるか否かが異なるとの前提に立ったため、憲法14条違反と憲法24条2項違反が連動するか否かの結論が異なったものである。

「憲法14条違反であれば憲法24条2項にも違反する」「憲法24条2項違反でなければ憲法14条にも違反しない」という命題が真となりうるには、適用対象が重なるという前提条件が必要である。たとえば賃金における性差別は憲法24条2項違反ではないが、憲法14条違反とはなりうる。こ

これは、賃金の支払いを受ける権利利益は憲法24条の対象でないが憲法14条の対象ではあるからである。被告の主張は、平成27年最高裁判例解説と札幌地裁判決の前提している条件を見誤っている。

- (3) 改めて原告の主張を繰り返すと、憲法24条1項の保障する婚姻の自由の主体には性的指向や性別の限定はなく、法律上同性の者と婚姻することも憲法24条1項の保障する婚姻の自由に含まれると解すべきである。そして、憲法24条2項は、配偶者の選択にかかる法律を制定するにあたって個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚せよと定めるところ、この条項もまた性的指向や性別を限定するものではないから、同項は配偶者として法律上同性である者を選択する者がその個人の尊厳を尊重されるべきこと、すなわち「男（女）だから女（男）と結婚する」と決めつけられない両性の本質的平等に立脚した法制度を作るべきことを立法に義務づけていると解釈すべきである。そして、仮に同性同士の婚姻を求める権利利益が憲法24条の保障する範囲でないとしても、婚姻により生じる諸々の法的利益を享受する利益は重要な法的利益であり、これが性的指向や性別により不合理な差別を受ける場合には、憲法14条違反となるというべきである。

4 婚姻制度を利用できるか否かの差異が事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないとする点について

- (1) 被告は、民法及び戸籍法が婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めたり、特定の性的指向を有することを理由に婚姻を禁じたりするものではないと主張し、民法及び戸籍法が男女の婚姻のみを定めていることにより生じる差異は事実上の結果ないし間接的な効果にすぎない、とする。
- (2) しかし、婚姻の要件は、形式的要件として戸籍法に基づく届出と、実質的要件として婚姻意思及び婚姻障害の不存在であるとされている。法律上同性の者に性的指向の向く者同士が婚姻届を提出しても受理されないとすれば、

実質的要件を欠くと判断されているからにはほかならない。そして、民法及び戸籍法は、法律上同性の者同士の婚姻を婚姻障害として規定していない。そうすると、法律上同性の者同士の婚姻届出が婚姻の実質的要件を満たさないとすれば、婚姻意思を欠くと判断されていることになる。

ところで、婚姻をした当事者はもう一方の当事者に対して貞操義務（民法770条1項1号）や扶助義務（民法752条）を負う。これらの規定からすれば、婚姻制度の想定している当事者は、性愛に基づく親密な関係にある者である。つまり、婚姻当事者は互いに相手に対して性的指向が向くことを前提とされている。したがって、婚姻の実質的要件である婚姻意思と性的指向とは切り離すことはできない。裁判例においても、専ら婚姻による法的効果を利用するための婚姻の届出、すなわち子どもに嫡出子としての地位を得させる目的（最判昭44年10月31日）や官舎の入居申込適格を得る目的（八王子支審昭54年4月19日家月31巻10号74頁）での婚姻届出や、信仰する教団の指示命令に忠実に従ったのみの婚姻届出（福岡地判平8年3月12日判タ940号250頁）は、婚姻意思を欠き無効であると解されている。

同じように性愛に基づく親密で永続的な共同生活関係を送っている者について、性的指向が異性に向く場合には婚姻意思ありとし、性的指向が同性に向く場合には婚姻意思なしとする以上、民法及び戸籍法は婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めたり、特定の性的指向を有することを理由に婚姻を禁じたりするものというほかない。

また、被告が「本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めている」（被告第5準備書面29～31頁）と主張しているとおおり、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定は、「異性間の人的結合関係を前提とした制度」となっており、性別に基づき利用できる者と利用できない者を区別している。そうすると、同じように性愛

に基づく親密で永続的な共同生活関係を送っている者について、相手が異性である場合には婚姻意思ありとし、相手が同性である場合には婚姻意思なしとする以上、民法及び戸籍法が婚姻の成立要件として当事者が異性同士であることを要求しているというほかない（甲A481）。

- (3) このように、性的指向または性別が婚姻の有効性を左右する要件とされているのであるから、法律上同性同士の者が婚姻できないことは、民法及び戸籍法による直接的な法的制限である。

5 婚姻制度の立法目的について

- (1) 被告は、婚姻制度の立法目的は「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に特に法的保護を与えることにある」（被告第5準備書面31頁）と主張する。

- (2) しかし、原告ら第3準備書面21頁以下、第4準備書面6頁以下でも詳述したように、明治民法の起草者においても「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル。」（甲A172）、「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。」と説明し（甲A178）、最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁も「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにある」としているとおおり、我が国においては、婚姻制度が導入された当初から、婚姻の本質、中心的な制度目的は夫婦の共同生活にあると考えられてきた。なお、被告も認めるとおり、これらの「夫妻」「両性」の語が用いられた当時、同性同士が婚姻するという事態は念頭に置かれていなかったため、男女の組み合わせに限定する意図でこれらの語が用いられたわけではない。

明治民法により導入された当時の婚姻制度は、戸主の同意が要件とされていたことや、「妻は婚姻によりて夫の家に入る」（明治民法788条1項）とされていたことに表れているとおおり、あくまでも戸主を筆頭者とする「家」の一部に組み込まれ、「家」を承継する跡継ぎを作るためのものであった。こ

うした家制度の一部としての婚姻制度は、日本国憲法制定にともない性格を変えた。明治民法における婚姻のあり方が現行民法により改められたとする点は、原告ら第3準備書面18頁で引用した佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）〔新版〕』（甲A143）においても「本条は家族ないし家庭が個人の尊厳と両性の平等に基づくものたるべきことを定めるが、本条が『婚姻』についての規定からはじめられていることは、家族というものの基礎的構成単位が夫婦でありその基軸をなすものが夫婦すなわち婚姻関係（いわば対等の横の関係）であるとする思想を示しているといえよう。すなわち、この点は旧憲法下の旧民法〔明治民法を意味する——引用者注〕においては親子関係（いわば上下の縦の関係）が家族の基軸であるとされていた思想を根本的に改める意味をもつ」と指摘されている。

ただし、日本国憲法制定後も、婚姻と出産育児を直結させる論理は残り、女性は結婚したら妻として母として家事や育児を担うものであるとする性別役割分業の観念として、労働現場から女性を退ける様々な差別の正当化理由として用いられてきた。女性労働者について結婚を退職理由とする制度（東京地判昭41年12月20日判タ199号112号等）、女性労働者の定年を男性労働者よりも低く定める男女別定年制度（最判昭56年3月24日民集35巻2号300頁等）などがその例である。近年になって発覚した複数の大学における医学部入学試験における女性受験生一律減点措置でも、東京地判令2年3月6日消費者法ニュース124号308号が、大学の差別行為の理由を「医局に勤務した後に結婚や出産による離職率が男性に比べて高い女性の入学者をできる限り少なく抑える必要があるとの認識を有していた」と認定したように、女性の婚姻と出産育児を理由にした差別が行われていた。

しかし、こうした労働現場における差別的制度の是正を求める当事者が増え、婚姻後も出産しない女性、婚姻後も働きつづける女性が増えていき、家族のあり方に対する社会全体の意識も変化し、家族の形態も多様化していっ

た。そして1985年（昭和60年）には我が国が国連女性差別撤廃条約に批准し、男女雇用機会均等法が成立したほか、1999年（平成11年）には男女共同参画社会基本法が成立するなどの社会制度上の変化もあった。

明治民法で婚姻制度が導入された当時と比べ、このような変化を経た現在の社会のもとの婚姻制度は、子を産み育てる環境を保障するためというより、対等な個人と個人の親密な共同生活関係それ自体を保護するものとしての役割が一層強まっているというべきである（甲A16等）。婚姻制度の目的を説明する学説として被告の引用する乙21号証から乙23号証は、1950年（昭和25年）から1988年（昭和63年）に記されたものであり、この間の法制度を含めた社会状況の変化を踏まえていない。

- (3) このように、少なくとも現在において民法の婚姻制度の合理性を支える立法目的を考えると、婚姻当事者の親密な共同生活関係それ自体を保護するところにその中心的な立法目的があるというべきである。

6 立法裁量を前提とした違憲審査基準について

- (1) 被告は、同性同士の婚姻を認めていない民法及び戸籍法が憲法14条1項に違反するのは「本件規定の立法目的に合理的な根拠がなく、又はその手段・方法の具体的内容が立法目的との関連において著しく不合理なものと言わざるを得ないような場合であって、立法府に与えられた広範な裁量の範囲を逸脱し又は濫用するものであることが明らかである場合に限られる」と主張する（被告第5準備書面24～25頁）。

かつては、小売商業調整特措法判決（最大判昭47年11月22日刑集26巻9号586頁）等にみられたように、社会経済分野において国民生活の向上のためのいわゆる積極目的の規制に関する立法裁量は「裁量の逸脱濫用が明白である場合に限り違憲」とする判断基準が用いられると言われてきた。被告の主張する判断基準は、このいわゆる「明白性の原則」にあたる。

しかし、最大判昭50年4月30日民集29巻4号572頁（薬事法距離

制限違憲判決)や最大判昭62年4月22日民集41巻3号408頁(森林法違憲判決)が示したとおり、最高裁は、もはや経済的自由に関する規制についてさえ、立法裁量をほぼ無制限に肯定するような「明白性の原則」には立たず、むしろ「事柄の性質」に応じて立法裁量を狭めて統制する姿勢を示している。

- (2) 国籍法3条1項の一部を違憲とした最大判平20年6月4日民集62巻6号1367頁は、国籍の得喪に関する要件をどのように定めるかは立法府の裁量判断に委ねられるとしつつ、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解される」と述べた。

上述したとおり、国籍は重要な法的利益であるとされているものの、国籍を取得する権利というものが憲法上保障されているわけではない。最大判平成20年6月4日の当時、日本国籍をもつ父の非嫡出子である非準正子が日本国籍を取得する権利利益は具体的な法制度によって認められていたわけではなかったし、むしろ国籍法3条1項は日本国籍をもつ父の非嫡出子が日本国籍を取得できる場合を父母が婚姻した場合に限ると明示し、積極的にその権利利益を否定していた。

しかしながら、国籍の得喪に関する要件にかかる立法に対する違憲審査にあたり、最高裁は「明白性の原則」を採用しなかった。なぜならば、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である」からである〔下線部は引用者によ

る。以下同じ。]

すなわち、最高裁は、立法裁量を前提とする事案において、当該権利利益が憲法上保障されたものではないにしても重大な権利利益であり、当該区別の原因となっている事柄が自らの意思や努力によって変更不可能であるという「事柄の性質」に着目して、通常の合理性の基準よりも厳しい基準を用いて立法裁量を統制する違憲審査を行っている。

- (3) 民法の非嫡出子の相続分差別規定を違憲とした最大決平25年9月4日民集67巻6号1320頁も同様である。法定相続分は生来的な権利ではなく憲法上保障されたものでもないが、最高裁は、「相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられている」としつつ、「この事件で問われているのは、このようにして定められた相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということ」であると指摘し、民法に改正前900条4号ただし書が設けられた後、国内で婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んだこと、諸外国においても非嫡出子差別が解消されていること、非嫡出子差別について自由権規約委員会や児童の権利に関する条約委員会が我が国に繰り返し勧告や懸念の表明をしていること、国内で非嫡出子差別をめぐる各種訴訟が起こされて住民基本台帳事務処理要領や戸籍法施行規則が改正されていること、国会への法案提出はされなかったものの非嫡出子差別解消のための法整備が議論されていたこと等を「事柄のうち重要と思われる事実」として指摘した。

そして、「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする本件規定の合理性は、……種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、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や、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的问题の結論に直ちに結び付くものとはいえない」として、非嫡出子に否定的な意識の浸透や非嫡出子の人口比率が少ないことは差別を直ちに正当化する理由とならないことを念押ししたうえで、「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」として、非嫡出子差別は、自らの意思で変更や選択のできない属性を理由とした差別であることを指摘して、違憲の結論に至った。

(4) 民法が女性についてのみ定める再婚禁止期間規定を一部違憲とした最大判平27年12月16日民集69巻8号2427頁は、婚姻及び家族に関する事項にかかる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としつつ、憲法24条2項によりその立法は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであると要請されていること、憲法24条1項も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との趣旨を示していること、婚姻には重要な法律上の効果が与えられること、近年家族等に関する国民の意識の多様化が進んでいるものの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ため婚姻をする自由は十分尊重に値すること、といった「事柄の性質」を指摘したうえで、立法当時から医療や科学技術が発達したことや、我が国において社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化したこと、諸外国が再婚禁止期間制度を廃止する傾向にあること等に照らして、再婚禁止規定のうち100日超過部分は憲法14条1項及び憲法24条2項に違反すると判断した。

(5) このように、最高裁は、法制度を定めるについて立法府に裁量があることを認めつつ、「事柄の性質」として、まず当該権利利益の重大性や、当該区別

の原因となっている事柄が自らの意思や努力によって変更可能かどうかを考慮し、さらに、当該事柄をめぐる国民の生活実態や意識の状況、外国での同種法制度の状況、我が国の締結する条約における当該事柄の取扱い及び国際機関の意見表明状況、関連する国内の制度をめぐる創設や議論状況といった事情をも考慮して、当該権利利益に対する制限が合理的な根拠を有するといえるか否かを審査している。

被告は、同性同士に婚姻を認めるか否かについて立法府に広範な裁量があると主張し（被告第5準備書面17～18頁）、その根拠として、①婚姻の当事者の範囲や要件は国の伝統や国民感情を含めた社会状況に加え、将来の我が国の社会をどのような姿に導くことになるのか等を十分に検討して判断する必要があり、民主的プロセスに委ねることにより判断されるべき事柄であること、②憲法が同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していないことを挙げる。

しかし、上記で指摘したとおり、最高裁は、法制度を定めるについて立法府に裁量がある場合でも、当該法制度にかかる権利利益が重大であり、当該区別の原因となっている事柄が自らの意思や努力によって変更不可能である場合には、立法府の裁量を広範に認めることはせず、立法裁量を統制して慎重に違憲審査を行っている。国籍を認める範囲や非嫡出子の相続分といった、国の伝統や国民感情が強く働くものであり、憲法上保障されていない権利利益であるものについても、最高裁が広範な立法裁量を否定していることは上述のとおりである。

被告の主張は、「事柄の性質」に応じて立法裁量を統制する最高裁判例の判断枠組に反している。

7 本件規定が憲法14条1項に違反すること

- (1) 法律上同性同士の者と婚姻することを認めていない本件規定は、婚姻を希望する者の性的指向または性別に基づき別異取扱いを行うものである。

婚姻は、同居・協力扶助義務、婚姻費用分担義務等の様々な法的効果を生じさせる法律行為であり、法律上の「配偶者」は民法のみならず税金の配偶者控除、社会保障といった様々な制度の利用資格となっており、公的サービスだけでなく、医療や保険等の民間サービスにおいても利用者との関係性を示す資格として広く用いられている。したがって、婚姻制度を利用できることは、憲法24条により保障されているかどうかはともかく、少なくとも重要な法的利益である。

また、性的指向も性別も、自らの意思にかかわらず決定される個人の性質であり、自らの意思によって選択・変更できない事柄である。

このような重要な法的利益について、人の意思によって選択・変更できない事柄に基づいて区別取扱いをする場合、それが合理的根拠を有すると言えるためには、その区別取扱いをする目的が重要な法益の保護にあり、当該目的と区別取扱いとが実質的に関連していて真にやむを得ないといえる場合にかぎられるというべきである。

自らの意思や努力によって変えることのできない属性に基づく別異取扱いの合理性判断は慎重になされなければならないことは、最高裁も、旧国籍法3条1項や旧民法900条4号の違憲判断に際し、明言しているとおりである（最大判平20年6月4日民集62巻6号1367頁、最大決平25年9月4日民集67巻6号1320頁）。本件においても、自らの意思によって選択・変更できない事柄である性的指向に基づく区別取扱いが問題となっているのであるから、その区別取扱いが合理的といえるかどうかには慎重な検討を要する。

（2）別異取扱いの目的

上述のとおり、婚姻制度自体の目的は、少なくとも現在においては、対等な個人と個人の親密な共同生活関係それ自体を保護するという点にある。

この婚姻制度に同性愛者を含まないという別異取扱いによって得られる利

益は、婚姻は男女によってなされるものであるとする価値観である。しかし、同性同士の婚姻を認めたとしても、婚姻は男女によってなされるものであるとする価値観をもつ個々人の婚姻の自由には何らの影響も及ぼさない。したがって、婚姻は男女によってなされるものであるとする価値観は、個人の法的利益ではない。同性同士の婚姻は、憲法はもとより、民法その他の法令により禁止されてもいないことから、婚姻の当事者を男女の組み合わせに限定することが公序良俗となっているともいえない。むしろ、同性同士で婚姻ができないために、養子縁組を便法として用いる例が生じ、性愛に基づく親密な関係にある「親子」を生じさせてしまっている。

婚姻を希望する者について性別または性的指向に基づき別異取扱いをすることの目的は、単に道徳的観念にすぎないのであって、自らの意思によって選択・変更できない属性に基づく区別を正当化できるほど合理的な理由があるとはいえない。

(3) 区別取扱いが婚姻制度の目的との合理的関連性を欠くこと

ア 婚姻制度の目的を実現するうえで性別や性的指向に基づく制限は関連性を欠くこと

上述のとおり、婚姻制度自体の立法目的は、少なくとも現在においては、婚姻当事者の親密な共同生活関係それ自体を保護するところにその中心的な立法目的がある。もともと生殖能力の有無や生殖活動の意思にかかわらず婚姻を有効に成立させていたこと、現代ではさらに家族のあり方の実態や家族に対する国民の意識が多様化していることからすれば、法律上の性別の組み合わせが男性と女性である者に限定して婚姻制度の利用を認めることは、婚姻制度の立法目的に対して過少包摂である。

イ 婚姻制度の目的を実現するうえで性別や性的指向に基づく制限は有効性を欠くこと

また、同性同士の婚姻を認めたとしても、これまでと同様、異性同士の

親密な共同生活関係の保護には一切影響を及ぼさない。婚姻は互いに性的指向の向く相手としか有効に行うことができないため、同性同士による婚姻を阻止することによって異性同士の婚姻が促進されるという関係にもない。性別又は性的指向を婚姻の要件とすることは、婚姻制度を利用したい異性愛者の保護という観点からは何らの有効性ももたない。

ウ 同性同士の婚姻ができないことによる不利益が重大であること

(ア) これに対し、同性間での婚姻ができないことの不利益は重大である。

婚姻の法的効果は、主として、当事者間の関係性が悪化したり破綻したり、あるいは一方が病気になったり死亡したりした場合に、権利義務関係を明確にするものとして発揮されるどころ、同性同士で親密な共同生活を送る者は、法律婚ができないため婚姻にともなう法的効果の一切を享受できない。

つまり、パートナーに対し扶養を求めたり、貞操義務違反を追及したりする法令上の明文の根拠がなく、関係を解消する際に共同で形成した財産の分与を求める明文の根拠もない。婚姻の最大の効果の一つである離婚の制限もないため、一方的な関係解消を予防することができない。

(イ) 共同で形成した財産に対する相続権はなく、遺言により包括遺贈をしようとしてもパートナーの親や子から遺留分を主張される立場に置かれる。また、パートナーが死亡した場合、配偶者居住権や配偶者短期居住権を主張できるのは法律上の婚姻をしている者に限定されるため、パートナーの兄弟姉妹・甥姪等から自宅の明渡しを請求されることになる。パートナーの親を介護していたとしても、同人の相続に際して特別寄与分を主張することはできない。法律上の配偶者が不動産を含めて包括遺贈を受ける場合と比較すると、法律婚のできない同性パートナーの方が相続税の負担は1.2倍大きく、代わりに死因贈与契約を行う場合には相続税の加算に加えて不動産取得税も課税される。配偶者間の不動産の

生前贈与には贈与税の配偶者控除が適用されるが、これを利用できるのも法律上の婚姻をしている者に限定されるため、パートナーの老後の生活を保障するための生前贈与にも他人への贈与と同等の贈与税を負担することになる。法律婚ができなければ所得税や住民税等における配偶者控除も利用できない。

男女のカップルであれば、そうした不利益を甘受して事実婚を選択するという場合もあるが、同性カップルの場合は法律婚ができないがゆえに選択の余地なくこうした不利益を余儀なくされている。

- (ウ) そのうえ、事実婚配偶者として扱われるわけでもない。男女の事実婚カップルの場合は、住民票の続柄欄に「未届の妻」「未届の夫」と記載されるため、住民票により互いの関係性を証明することが可能であるが、同性カップルにはこれが認められていない。また、20年以上共同生活を送った同性パートナーが殺害され、殺人被告事件の裁判員裁判で「夫婦同然の関係」にあったと認定された事案においてさえ、犯罪被害者等給付金支給法上の「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者」には同性同士の関係は入り得ないとの判断が下された(甲A506、507)。北海道では道職員が「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」を扶養している場合に支給される扶養手当について、同性パートナーは事実婚に該当しないとして支給を拒否された事案もある(甲A508)。これらの事案では、同性同士の関係が法律婚のできない関係であることが、事実婚該当性を否定する根拠とされている。

社会保障制度においても事実婚としても扱われていないため、社会保険の扶養家族に入ることができない。そのため、たとえ収入が少ないパートナーを扶養していても単身者としての社会保険料を負担するし、収入の少ないパートナー自身も国民健康保険や国民年金に別途加入して保険料を負担している。事実婚として扱われない以上、年金分割も受ける

ことはできない。

(エ) 上記のような不利益は、被告の主張するような「事実上の不利益」ではなく、法律婚ができないために直接生じている法律上の不利益である。

(オ) 加えて、公営サービスでも民間サービスでも、多くのサービスが契約者本人の「配偶者」を他の第三者と区別して取り扱っている。たとえば公営住宅では、契約者本人の配偶者（事実婚を含む）は同居することができるが、「家族」以外の者が同居することはできない。そのため全国各地の地方公共団体がパートナーシップ宣誓制度を設け、同性カップルが公営住宅を利用できない不具合を解消しようと努力しているが、そうした制度がない自治体に居住している者は同性パートナーと一緒に公営住宅を利用することができない。

生命保険の受取人や住宅ローンの連帯債務者となれる者も、一般に、契約者の「配偶者」であることが要求されることが多い。自主努力として同性パートナーをも受取人や連帯債務者として扱う民間企業も増えてきたが、あくまでもサービスであるため、利用の可否は企業の判断に委ねられている。

パートナーのどちらか一方が認知症や脳機能障害により判断能力が低下した際、法律婚をしている場合は、パートナーが代わりに病院や施設の利用契約を締結したり、治療内容に関する説明を受けて本人の意思決定を支援したり、医療同意を行ったりすることができる。これに対して、事故等で入院した場合に、面会可能な者を「家族」に限定し、同性パートナーには面会させない取扱いをしている病院も多い（甲A520：陳述書（鶴見広美））。これは法律婚ができないこと、すなわちパートナーとの身分関係を公的に証明できないことに加え、患者の推定相続人でもないため責任を問えないことによる結果である。

(カ) 本件原告らは、婚姻契約、任意後見契約や遺言を作成し、同性同士でも「家族割」等が適用されるサービスを探して利用するなどして、「婚姻」と類似の法的効果及び事実上の効果を得るために自らできることはすべて実行している。しかし、原告ら二人がそのような関係にあることを公的に証明する手段はなく、一方が意識を失って入院した場合に面会を求める法的根拠はないし、医療同意も不可能であり、死亡した場合には法定相続人から遺留分の主張を受けうる。原告らの一方が要介護状態になった場合に他方が職場から介護手当を受給したり、死亡した場合に忌引き制度を利用したりすることもできない。とりわけ、原告大野は母親以外の家族や職場に対し自らが同性愛者であることを告白していないし、原告鷹見とふうふとして共同生活を送っていることも未だ知らせていないため、原告大野の病気や怪我、死亡に際し、原告鷹見が配偶者あるいは原告大野と親密な関係にある者として扱われる可能性は、現時点では極めて低い。原告らの現在の自宅は原告大野の所有名義であるところ、原告大野が死亡した場合に原告鷹見が自宅に居住しつづけることができるかどうか不透明である。これらの不安定さは、パッケージとしての婚姻制度を利用することができないかぎり解消されることはない。

(キ) このように、同性同士で婚姻ができないことによる不利益は、生活のあらゆる場面に及んでいる。婚姻に伴う直接間接のあらゆる法的効果及び事実上の効果の一切を享受できないという不利益は甚大である。

被告は、家族や職場の理解や協力を受けられないのは自己責任と主張するかもしれないが、たとえ家族や職場に差別や偏見が強く虐待やパワハラ等により協力が得られなくても、安心してくつろげる配偶者との私的領域を保護するために婚姻制度があるのであり、だからこそ憲法にも規定されるほど重要な制度なのである。このような重要な制度の利用の可否について、当事者の意思によって変更できない属性に基づく区別で

あるという「事柄の性質」からすれば、被告の主張するように広範な立法裁量を認めることはできない。

エ 同性同士の婚姻の法制度化が容易であること

(ア) 民法や戸籍法には、性別や性的指向を制限する明確な文言はないため、法改正は容易である。すなわち、「夫」「妻」「父」「母」の文言が用いられている条文について、「婚姻の当事者の一方」「親」等と変更するだけで足りる。実際に、国会議員による改正条文案も提示されている（甲A509）。

社会保障制度においては、遺族年金や寡婦年金のように「夫」か「妻」かによって適用の可否が異なる制度もあるが、これらはいずれも男性よりも女性の方が一般に収入が少ないという社会的実態に着目して差を設けているものであるから（甲A510、511）、適用を求める申請者側が男性か女性かを問うているのであって、死亡したパートナーが男性であったか女性であったかを要件としているわけではないため、改正は不要である。

(イ) また、改正法公布後に婚姻する者に適用されるだけであるから、現在の婚姻関係や家族関係に影響を与えることもない。その点で、選挙無効確認請求訴訟や非嫡出子相続分差別訴訟、国籍法違憲訴訟において懸念されたような判決の遡及適用を考慮する必要もない。

(ウ) 現在、法律上の婚姻をしているトランスジェンダーは性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づく性別変更を求めることができない（同法3条1項2号）。その理由は、同性同士の婚姻が認められていないからである（甲A512）。同性同士の婚姻ができるようになれば、特例法3条1項2号の要件も削除されることになる可能性があるが、他の要件には影響がなく、遡及適用されるわけでもないため、過去の裁判を覆すことにはならない。

- (エ) 現在、法律上の婚姻ができないために便宜上養子縁組制度を利用して
いる同性カップルが存在するが、これらの者については経過措置を設け
ることが提案されている（甲A510）。一定期間経過後は、養子縁組を
した者同士は、同性同士であっても婚姻できなくなる。
- (オ) 同性同士の婚姻を認めるかどうかと、生殖補助医療をどこまで拡大す
るかは別問題である。生殖能力をもたない者がどのようにして「嫡出
子」として子どもを産み育てることができるかは、当然ながら、歴史
上、異性同士の婚姻関係で生じてきた問題であり、引き続き検討が必要
な課題である。同性婚を認めるか否かによって結論が左右されるもので
はないから、生殖補助医療による「嫡出子」の創出をめぐる議論が存在
することを理由として同性同士の婚姻を否定することには理由がない。

オ 婚姻の実態の多様化や婚姻に対する国民意識の変化

国民の中で、婚姻を「子を産み育てるために」するものと位置づけるも
のの割合は減っており、婚姻に対する意識は多様化している（甲A227
の1～7、甲A228～234）。当事者二人の共同生活をより重視する意
識が高まっていることからすれば、生殖可能性のないことを理由に同性同
士に婚姻の利用を否定することは国民意識との乖離が生じる。

また、同性同士に法律上の婚姻を認めるべきとする意見は、各種世論調
査で多数を占めている（甲A183等）。婚姻は男女のみがするものである
という意識自体が変化しており、むしろ個人の尊厳を重視し、自分の意思
で選択変更することのできない属性を理由として差別されるべきでない
とする国民の規範意識が強まっている。国民の意識の変化からしても、明治
民法が制定された当時に生じた別異取扱いを現時点でもなお維持しなけれ
ばならない必要性は乏しい。

カ 諸外国の状況

原告らが婚姻契約を行った平成29年12月27日時点で、25の国及

び地域が同性同士の婚姻を法制化していた。これらの国の中には、我が国が婚姻制度を導入したり日本国憲法を制定したりするにあたって参照した欧米諸国も数多く含まれており、我が国と婚姻や基本的人権に関する価値観を同じくする国においても同性同士の婚姻が婚姻法秩序や他の基本的人権を破壊しないと判断されていることがわかる。そして、令和4年9月20日現在、同性同士の婚姻を法制化している国及び地域の数は32までに広がっている。

そもそも、2008年12月に開催された第63回国連総会で、「私たちは、性的指向や性自認に関わらず、人権がすべての人に平等に適用されることを求めた無差別の原則を再確認する」等の項目を内容とする「性的指向及び性自認に関する宣言」が採択されたところ、その原案を共同提出した66か国の中には我が国も名を連ねている（甲A513：NHKハートネット）。

こうした諸外国の状況や国際機関における我が国自身の対応からしても、同性同士の婚姻を認めることが整合的である。

キ 国内の状況

国内においては、同性婚の法制化を求める世論に応え、少しでも不利益を緩和するため、地方公共団体や民間企業が様々な努力を行っている（原告ら第4準備書面）。

2002年（平成14年）には「人権教育・啓発に関する基本計画」が閣議決定され、同計画には「同性愛者への差別といった性的指向に係る課題」について「その解決に資する施策の検討を行う」と明記されている。法務省も、性的指向は「自分の意志で選び取るというより、多くの場合思春期の頃に『気付く』ものです」（甲A514）と指摘したうえで、「啓発活動強調事項」（甲A515）や「主な人権課題」（甲A516）として性的指向を理由とする偏見や差別をなくすことを呼びかけている。

このような国内の状況や、国の人権啓発活動に照らせば、性別や性的指向を理由として同性同士の婚姻を拒否し続けることは、国の法制度としての一貫性・整合性をも欠くというべきである。

ク 民主的過程による解決が困難であること

我が国の人口のうち性的指向が同性に向く者の割合は数パーセントしかなく（甲A9、A10参照）、このうち婚姻制度を利用したいと考える者はさらに少ないといえ、圧倒的な少数者である。

しかも、同性との婚姻を求める者は、我が国においても長年にわたって「想定されなかった」存在であり、かつては精神病理として治療の対象ともされてきた。そうした差別意識や偏見にさらされてきた者が、法改正を求めて声を挙げることは非常に困難である。同性同士の婚姻制度の法制化のために民法を改正しようとするれば、衆参両院で過半数の賛成を得なければならないところ、現在の与党は同性婚実現に消極的であり、むしろ「LGBTは非生産的」（甲A517）等の発言が行われているほど差別意識や偏見が根深い状況にある。

しかし、たとえ、立法府において社会的少数者に対する差別意識をもつ者が多数を占めていたとしても、法律において少数者を差別することは許されない（憲法14条1項）。多数者が法律において不合理な差別取扱いが行われている場合には、国会での民主的過程により是正することは極めて困難であるため、日本国憲法は司法府に違憲立法審査権を付与し（憲法76条1項、憲法81条）、三権分立のもとで差別を解消することとしている。

性別または性的指向といった自らの意思で選択変更の不可能な属性に基づく別異取扱いについては、立法府に広範な裁量を認めて民主的過程でいっかは解消されるとするのではなく、司法府で判断されなければならない。

(4) 結論

以上のとおり、民法及び戸籍法が、婚姻するについて性別又は性的指向を要件とし、法律上同性同士の者の婚姻を認めていないことには、その別異取扱いに合理的な理由がなく、婚姻制度の目的と別異取扱いとの間に合理的関連性も認められないから、憲法14条1項に違反する不合理な差別である。

以上