

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

令和3年(ワ)第7645号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟請求事件

原告 山縣 真矢 ほか7名

被告 国

## 原告ら第14準備書面

(憲法24条2項に関する主張の補充)

2023(令和5)年1月19日

東京地方裁判所民事第44部甲合議1A係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 上 杉 崇 子

同 寺 原 真希子

他

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

第1	はじめに.....	3
第2	憲法24条2項の有する強い規範的統制力について.....	3
1	被告の主張.....	3
2	原告らの反論.....	3
	(1) 憲法24条2項のもつ規範的統制力.....	3
	(2) 上記の規範的統制力が、立法・司法の場で実際に機能していること.....	4
第3	憲法24条1項と2項の関係性及び憲法24条の保障内容.....	6
1	被告の主張.....	6
2	原告らの反論.....	7
	(1) 憲法24条1項は法律上の同性の者どうしの婚姻の自由を保障すること.....	7
	(2) 憲法24条1項が同2項の保障範囲を決定するのではなく、同2項を前提に憲法24条全体を整合的に解釈すれば、24条全体が法律上同性の者どうしの婚姻を保障すること.....	7
第4	立法裁量と憲法24条2項適合性審査の厳格さについて.....	12
1	被告の主張.....	12
2	原告らの反論.....	12
	(1) 審査の厳格さについて.....	12
	(2) 原告らの主張は判例・裁判例の示した判断準則に沿うこと.....	13
	(3) 本件規定による制約は法律上同性の者の「個人の人格的生存に対する重大な脅威、障害」であり、厳格に審査がなされるべきであること.....	14
	(4) 平成27年夫婦別姓最高裁判決の意義.....	15
第5	「国の伝統」や「国民感情」を過度に重視してはならないこと.....	16

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

## 第1 はじめに

本書面では、被告第4準備書面に対して必要と認める範囲で反論すると共に、法律上同性同士のカップルを婚姻から排除する本件規定は、憲法24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」に適合しないとの原告らの主張を補充する。

## 第2 憲法24条2項の有する強い規範的統制力について

### 1 被告の主張

被告は、原告らによる、憲法24条2項が婚姻及び家族に関する立法に対し、その指針を示すと同時に、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反する法律を排除する強い規範的効力をもって規律統制するとの主張に対し、「その意味するところは必ずしも判然としないが」などと述べる(被告第4準備書面第1の1[2頁])。

### 2 原告らの反論

#### (1) 憲法24条2項のもつ規範的統制力

しかし、原告らの主張は、①憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する法令が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に適うものであることを要請しており、②その要請に反し、婚姻及び家族に関する法令のある条文、法令それ自体あるいはそれらに基づく区別取扱いが例えば「個人の尊厳」に反する場合には、当該法令の当該条文や当該法令自体が違憲となるというものであり(原告ら第5準備書面第2の1[4頁～5頁])、その意味するところは明瞭である。

また、③憲法24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」は、単なる抽象的なお題目ではなく、特定の時代と社会を前提に憲法解釈によってその内容を具体的に特定することが可能であって、具体的な指針を与えるものである。憲法24条1項は、そのような内容のうち憲法制定当時にとりわけ重要と解された事項を実定化したものであり、上記解釈実践の重要な手掛かりとなる。「個人の尊厳と両性の本質的平等」の中核的部分が憲法解釈により特定され具体化

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

された場合には、その範囲の限りで、制定されるべき法の内容が特定され、憲法が立法府を直接拘束する。憲法が国の最高法規である以上(憲法98条1項)、この点に関し、立法府の裁量が認められる余地はない(原告ら第5準備書面第2の2[6頁~11頁])。

以上は、有力な学説の考え方とも一致する。すなわち、高橋和之教授は、憲法上の人権を、保障内容が憲法上確定されている人権(内容確定型人権)と保障内容が憲法上完全には確定されておらず、多かれ少なかれ法律による確定に委ねている人権(内容形成型人権)とに区別している。内容確定型人権は典型的には精神的自由権に属する人権である。内容形成型人権の典型は制度を前提にする権利であり、生存権、選挙権、財産権などがある。そして、内容形成型人権は、「憲法上想定された核心的部分」と「法律による具体化に委ねられた部分」から構成され、前者の「憲法上想定された核心的部分」については、保障内容が確定されているため内容確定型人権と同じ扱いになり、違憲審査においては、法律が人権を制限しているのかどうか、制限している場合それは公共の福祉による制限として正当化されるかどうか審査されることとなり、立法裁量を前提にその濫用の有無を検討する緩やかな審査はなされないと、高橋教授は説いている(甲A344・『立憲主義と日本国憲法 第5版』87~88頁、甲A345・巻美矢紀 法律時報118頁)。

## (2) 上記の規範的統制力が、立法・司法の場で実際に機能していること

憲法24条2項が、婚姻及び家族に関する法令に対して上記のような強い規範的効力を有する規定であり、かつ、具体的な規範性を持つものであることは、新憲法制定後に立法府による家族法制の改正がなされたことや、その後の判例・裁判例からも裏付けられる。

例えば、1947年5月に憲法が施行された際、立法府である国会は、改正未了であった民法親族編・相続中の家制度を体現する諸規定が違憲無効となることを回避するために「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

律」(昭和22年法律第74号)(甲A213)を制定した(甲A19号証・註解日本国憲法上巻470頁から471頁)(原告ら第5準備書面第2の2(1)ウ[8頁～9頁])。

同法によって、例えば、明治民法に存在した妻又は母であることに基づいて法律上の能力その他を制限する規定が、家族形成に伴って女性の法律上の能力その他を制限する点で「両性の本質的平等」に立脚しないものとして適用されなくなった(同法2条)。

また、戸主・家族その他家に関する規定、家督相続に関する規定などが家族や子らの中に法的な地位の優劣をつける点で「個人の尊厳」に立脚するものではないとして適用されないことになると共に(同法3条、7条1項)、個人の選択に父母が介入することは個人の自由意思を否定するものであり「個人の尊厳」に適合しないため、成年者の婚姻・離婚・養子縁組及び離縁に父母の同意を要しないこととされた(同法4条)。

また、再婚禁止期間違憲判決(最大判平成27年12月16日民集第69巻8号2427頁)において、最高裁は、女性に対してのみ、前婚の解消又は取消しの日から起算して6箇月を経過した後でなければ再婚することが出来ないとしていた当時の民法733条1項のうち、100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分を憲法14条1項・24条2項に違反すると判示した。この大法廷判決を受けて、立法府たる国会は、2016(平成28)年6月1日、女性の再婚禁止期間を離婚後100日に短縮する旨の改正法を成立させ、同改正法は同月7日に公布・施行された。

更に、本件と同種事件の東京一次訴訟(東京地方裁判所平成31年(ワ)第3465号国家賠償請求事件)につき2022(令和4)年11月30日に言い渡された判決(以下、「東京一次訴訟地裁判決」という。)(甲A322)において、裁判所は、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえない」として、現

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

行法自体を憲法24条2項に違反する状態と判示した(同判決52頁)。憲法24条2項が上記のように強い規範的効力を有する規定であることに鑑みれば、東京一次訴訟地裁判決の上記判示部分は、憲法24条2項により、立法府に「同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度」を整備する義務があることを明言したのと同義である。

このように、憲法24条2項が具体的な規範性を持つものであり、婚姻及び家族に関する法令に強力な規範的統制力を及ぼすことは、立法府・司法府双方において確認され、憲法24条2項に沿う形での法令の改廃という形で実践もされてきたのである。

### 第3 憲法24条1項と2項の関係性及び憲法24条の保障内容

#### 1 被告の主張

被告は、憲法24条1項が法律上の同性の者どうしの婚姻の自由を保障していないという解釈を前提として、そのことから論理必然に同条2項による立法府への要請・指針の対象が法律上の異性間の人的結合関係に限定されると主張する。

そのことは、例えば、被告の「憲法24条1項が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象としており、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定して」おらず、「同条2項は、飽くまで婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請するものであ」との主張(被告第4準備書面第1の1第2段落[2ないし3頁])や、「憲法24条2項における立法上の要請及び指針は、形式的にも内容的にも、同条1項を前提とすることが明らかであるから、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決が判示する、上記要請および指針の一内容である「婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること」も、同条1項における婚姻を前提としていると解するのが相当である」との主張(同第1の2第2段落[4頁])などから明らかである。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

## 2 原告らの反論

しかし、上述の被告の主張は、憲法24条2項の解釈を誤ったものである。

### (1) 憲法24条1項は法律上の同性の者どうしの婚姻の自由を保障すること

まず、憲法24条1項が法律上の同性の者どうしの婚姻の自由を保障していないという点において、被告の主張は誤っている。原告らがこれまで述べているとおり、憲法24条1項により、法律上同性の者どうしの婚姻の自由も保障されている(原告ら第3準備書面第2の1(4)[9ないし13頁])。

### (2) 憲法24条1項が同2項の保障範囲を決定するのではなく、同2項を前提に憲法24条全体を整合的に解釈すれば、24条全体が法律上同性の者どうしの婚姻を保障すること

さらに、憲法24条2項における立法上の要請及び指針が形式的にも内容的にも同条1項を前提とするという点においても、被告の主張は誤っている。

下記で述べるとおり、憲法24条1項が同2項の保障の範囲を決定するのではなく、まず、一般原則を述べる憲法24条2項により憲法24条の保障の範囲が決定され、その保障の範囲と整合的に同1項の「婚姻」の意味も解釈されなければならない(下記ア)。そして、憲法24条2項による保障の範囲は、「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して」との文言のうち憲法が究極的な価値とする「個人の尊厳」と整合的に決定されるべきであり(下記イ)、性的少数者を変態性欲と位置づけてきた異性愛規範が合理性・正当性を失ったこと(下記ウ)をも併せ考慮すれば、憲法24条2項により法律上同性の者どうしの婚姻は保障されており、同1項を含む、憲法24条全体でも保障されていると解すべきである(下記エ)。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

## ア 憲法24条の保障範囲は、憲法24条2項により決定されるべきこと

そもそも、新憲法起草過程の昭和21年2月13日に日本政府に提示されたGHQ草案の23条においては、同条は1項と2項に分離されることなく一つの条文案として策定された(甲A199)。その後の帝国議会による審議・修正を経て、現行憲法24条と同様に1項と2項が分離されるに至った。

上記の起草過程に加え、現行憲法24条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項」という、24条1項の「婚姻」を包含しつつ、より広範な事項につき規律を及ぼす規定となっている。

こうしたことからすれば、憲法24条は、その2項で婚姻及び家族に関する法令一般に対する規律の基本原則を規定したと解すべきである。同条1項が、2項に先んじて「婚姻」に関して規定しているのは、あくまで「婚姻及び家族に関する」事項の中でも特に重要な「婚姻」について、「家」制度における婚姻についての戸主の同意権等を排除し、当事者本人以外の第三者の意思によって婚姻の成立が妨げられないことを明らかにする趣旨であり、憲法24条2項や憲法24条全体の解釈を同条1項の文言に委ねる趣旨ではない(以上につき、原告ら第3準備書面第2の3(2)、同(3)[15~17頁]、原告ら第5準備書面第2の2(1)ア[6頁~7頁]、甲A198[9頁])<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> この点について、東京一次訴訟地裁判決(甲A322)は、「憲法24条は、その2項において、婚姻及び家族に関する事項についての具体的な制度の構築を国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たって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する要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものであり、1項は、その中でも婚姻に関する立法すなわち法律婚制度の構築にあたっては、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについて、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられることとすることを立法府に対して要請する趣旨のもの」と述べ(同判決38頁)、憲法24条1項と2項の関係について、原告らの主張と同様の理解に立っている。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

したがって、一般原則を述べる憲法24条2項により憲法24条の保障の範囲が決定され、その保障の範囲と整合的に同1項の「婚姻」の意味も解釈されなければならないのである。

#### イ 憲法24条の解釈は、憲法が究極的な価値と置く「個人の尊厳」の原理に整合的になされるべきこと

憲法24条の解釈にあたり念頭に置かれるべきは、憲法は、「個人の尊厳」を究極的な価値とする原理の体系であり、憲法の各条項は、「個人の尊厳」を出発点として、ひとりひとりが「個人として尊重」(憲法13条前段)されるために不可欠と判断されたが故に、法律でも破れない権利・規範として憲法に規定されたということである(甲A193 [144頁])。

「両性の本質的平等」も結局は「個人の尊厳」から導かれる要請である。

これらのことから、憲法24条の解釈は、1項と2項の条文の配置の順番や、「両性」という文言が1項と2項で共通しているといった憲法24条内部での形式的な整合性のみならず、憲法が究極的な価値とする「個人の尊厳」という原理との整合性をもつようになされる必要がある。

また、条文の文言という形式面に着目しても、憲法24条2項が婚姻及び家族に関する法令を統制するにあたって「個人の尊厳」という法律上の男女のカップルを当然の前提としない文言を置いていることは、2項を含めた24条全体を解釈するに際して当然に斟酌すべき事項である。

#### ウ 現代においては、人の個人としての価値や、真摯な意思に基づく共同生活の価値において、シスジェンダーの異性愛者とそれ以外の者との間に何ら違いはないこと

憲法24条1項で「両性」や「夫婦」との文言が用いられてきた背景には、性的少数者を変態性欲と位置づけてきた異性愛規範の存在があった。

しかし、現代においては、同性愛やトランスジェンダー等の性的少数者

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

であることを異常とする見解には全く根拠が無いことが医学的に実証され、同性愛やトランスジェンダー等の性的少数者についての科学的知見や法的・倫理的な知見がかつてからは180度転換し、人の個人としての価値や、真摯な意思に基づく共同生活の価値において、シスジェンダーの異性愛者とそれ以外の者との間に何ら違いはなく、異性愛規範が法的にも社会的にも正当性と合理性を失ったことが明らかとなった(原告ら第3準備書面第3[29頁～45頁]、原告ら第5準備書面第3の1(6)[20頁～21頁]など)。

こうした、同性愛やトランスジェンダー等の性的少数者やその形成する人的結合関係への知見や価値観の更新・転換は、同種事件における裁判例の判示においても認定されているところである。

例えば、本件訴訟と同種訴訟に関する札幌地裁令和3年3月17日判決(甲A171)(以下、「札幌訴訟地裁判決」という。)は、「異性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があると理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である。」としている(同判決23頁)。

また、東京一次訴訟地裁判決(甲A322)においても、「同性愛者においても、親密な人的結合関係を築き、パートナーと共同生活を送り、場合によっては子供を養育するなどして、社会の一員として生活しており、その実態は、男女の夫婦と変わるところがない」(同判決49頁)と認定されている。

こうした同性愛者やトランスジェンダー等の性的少数者やその形成する人的結合関係への知見や価値観の更新・転換及びそれに伴う異性愛規範の合理性・正当性の喪失は、憲法24条2項の「個人の尊厳」による要請・

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

指針が立法府になす規範的統制の内容を確定させるにあたり、大前提となされるべきものである。

## エ 憲法24条2項により法律上同性の者どうしの婚姻が保障されていること

これまで述べてきた、憲法24条1項と2項の関係、憲法24条は「個人の尊厳」と整合的に解釈されなければならないこと、性的少数者に対する知見や価値観の変化とそれに伴う異性愛規範の合理性・正当性の喪失、性的少数者とシスジェンダーの異性愛者との間に「婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の価値に差異があるとする理由はな」いことなどに鑑みれば、憲法24条2項の「個人の尊厳」が、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項」を定める法律を規律するにあたって、法律上同性のカップルの婚姻にかかる権利・利益をも保障する趣旨であることは明らかである。

そのみならず、「個人の尊厳」という憲法の原理と24条全体を整合させるためには、憲法24条1項を含めた同条全体が、法律上同性のカップル間の婚姻の権利をも保障した規定と解釈されるべきものであり、同条1項による婚姻をするについての自由は、法律上同性のカップルにも及ぶものと解する他ない。

被告は、憲法24条2項の「個人の尊厳」が規律する範囲は、同条1項の解釈と当然に一致することを前提とし、被告の依拠する24条1項の解釈から同条2項の意味内容が当然に定まるかの如く主張するが、被告の主張は憲法解釈の根本から誤ったものと言わざるを得ない<sup>2</sup>。

---

<sup>2</sup> なお、本件と同種訴訟に関する大阪地裁令和4年6月20日判決(甲A248)及び東京一次訴訟地裁判決も、本件規定の憲法適合性を判断するに際して、憲法24条1項適合性の審査とは別個独立に同条2項適合性を審査している。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

## 第4 立法裁量と憲法24条2項適合性審査の厳格さについて

### 1 被告の主張

被告は、「同性婚を定めるか否かについては、憲法24条2項の解釈と整合的にされるべきとの観点からも、立法府に広範な裁量が認められるべき」であり、本件規定が憲法違反となるのは、「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な場合に限られる」と主張する(被告第4準備書面第2の2(2)[5~6頁])。

そして、かかる緩やかな審査が許容される理由として、法律上同性どうしの者が婚姻できないのは「本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果に過ぎない」であるとか、法律上同性の者どうしの婚姻をするについての自由は「憲法上保障されものとは言えない」などと述べる(被告第4準備書面第2の2(2)[5頁])。

### 2 原告らの反論

しかし、本件規定により法律上の同性の者どうしの婚姻が認められないことは「婚姻の自由」の直接の制約であり、それゆえ、再婚禁止期間違憲訴訟判決や旧優生保護法の憲法適合性に関する札幌地裁判決令和3年1月15日(甲A216)が行ったのと同様に厳格に本件規定の憲法24条2項適合性が審査されるべきである(原告ら第5準備書面)。

以下、上記の点について、原告ら第5準備書面での主張を補足しつつ、再整理する。

#### (1) 審査の厳格さについて

憲法24条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項」について、立法府に広範な裁量を許

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

さず、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に反する法令を排除するのみならず、上記の事項に関する法令の不存在をも同条への違反とする強い規範的効力をもつ規定である。

そして、憲法24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」は、その中核的部分が憲法解釈により特定され具体化されることが可能であり、具体化された場合には、その範囲の限りで、制定されるべき法の内容が特定され、憲法が立法府を直接拘束する。

「個人の尊厳と両性の本質的平等」の内容は社会の変動に伴って更新されていくものであるところ、婚姻の自由とりわけ「配偶者の選択」についての自由は「個人の尊厳と両性の本質的平等」から直接発し、そのもっとも重要な具体化の1つであり中核であり、だからこそ憲法24条1項と同条2項はこれを明定した。

そうである以上、法律がこの「婚姻の自由」とりわけ「配偶者の選択」の自由を直接否定したり、婚姻の成立や配偶者の選択に個人の人格を否定するような条件を設けて自由な意思決定を制約するような場合には、かかる制約に真にやむをえない理由が存在するか否かが厳格に審査される必要があり、その論証がない限り、かかる制約の根拠となっている法令は「個人の尊厳と両性の本質的平等」に則ったものとはいえず、憲法24条2項に違反する(以上につき、原告ら第5準備書面第1の2(3)[10ないし11頁])。

## (2) 原告らの主張は判例・裁判例の示した判断準則に沿うこと

原告らの上記主張は、判例・裁判例の示した判断準則に沿うものである(原告ら第5準備書面第2の3[11頁から15頁])。この点、京都大学の憲法学者である土井真一教授も、令和3年の夫婦別姓訴訟大法廷判決(最大判令和3年6月23日判時1770号3頁)の評釈において、憲法24条2項による立法府への統制の厳格さの程度は、憲法24条2項が対象とする事項や捕捉する権利・利益が多岐にわたることから、問題となる事項や権利・利益の

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

内容・性質等に照らして具体的に設定されるべきものであると指摘している  
(甲A346 TKCローライブラリー 新・判例解説Watch◆憲法No.195)。

### (3) 本件規定による制約は法律上同性の者の「個人の人格的生存に対する重大な脅威、障害」であり、厳格に審査がなされるべきであること

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ころ(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)、法律上異性のカップルが、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のと同様に、原告ら法律上同性のカップルもまた、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んでいる。

にもかかわらず、原告らは、本件規定の存在により、性的指向及び性自認(性同一性)という、自己の意思では変更し難い個人の人格に深く結びついた要素を理由として、婚姻制度から排除され、婚姻をするについての自由を侵害されると共に、婚姻制度のもとで認められる、パートナーや養育する子らとの間で家族としての法的保護を受け、その関係を社会的に公証される権利・利益を半永久的に制約されている状態にある(原告ら第5準備書面第3の1[16頁~21頁])。

それだけでなく、法律上同性のカップル及び当該カップルのもとで養育されている子供らも、現行の婚姻制度・家族法制度からは外れた異質な存在、或いは二級市民の如く取り扱われる状態に置かれている。

かかる権利・利益の制約は、東京一次訴訟地裁判決(甲A322)が指摘するとおり、「個人の人格的生存に対する重大な脅威、障害」(同判決52頁)という他なく、憲法24条2項の「個人の尊厳」の源泉である幸福追求権(憲法13条)そのものへの侵害とも評価すべきものであることに鑑みれば、その制約の強度は極めて重大である。

本件規定による上述した権利・利益への制約の強度は、再婚禁止期間違憲

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

訴訟判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁)(甲A217)で審査の対象となった、女性についてのみ前婚の解消又は取消の日から6カ月の再婚禁止を定めた改正前民法733条1項や、札幌地裁判決令和3年1月15日(甲A216)において審査の対象となった、本人の同意を要件としない優生手術を認める旧優生保護法による権利・利益の制約に勝るとも劣らない。

故に、本件規定の憲法24条2項適合性審査においてはかかる制約に真にやむをえない理由が存在するか否かが厳格に審査される必要があり、本件規定による同性愛者やトランスジェンダー等の性的少数者に対する権利・利益制約に真にやむをえない理由が存在することの論証がない限り、「個人の尊厳と両性の本質的平等」に則ったものとはいえ、憲法24条2項に違反するのである。そして、そのような真にやむをえない理由が存在しないことは、原告ら第5準備書面第3の1[16頁～21頁]で述べたとおりである。

平成27年夫婦別姓最高裁判決では、法律婚の効果により夫婦の姓が同じとなることは事実上の制約に過ぎないとの前提に立ち、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を称すると定める民法750条の規定の憲法24条2項適合性を緩やかに判断した。

しかし、本件規定によって原告らが制約されている権利・利益の内容や制約の程度に鑑みれば、平成27年夫婦別姓最高裁判決でおこなわれたように、本件規定の憲法24条2項適合性審査が緩やかにされることはあってはならない。

#### (4) 平成27年夫婦別姓最高裁判決の意義

被告は、平成27年夫婦別姓最高裁判決を根拠に、立法府は婚姻や家族に関する立法に関し広範な裁量を有し、司法による憲法24条2項の適合性審査は極めて限定的になされるべきなどと主張するが(被告第4準備書面第2の2(1)[5頁])、平成27年夫婦別姓最高裁判決のそのような理解は正し

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

くない。

同判決が憲法上の権利や人格権のような「個人の尊厳と両性の本質的平等」の中核部分に位置する権利・利益が直接的な制約を受けていない場合でさえ、法令の憲法24条2項適合性を審査したこと、同判決及び再婚禁止期間違憲訴訟判決並びにそれ以降の判例・裁判例が憲法24条2項による立法府への統制の厳格さの程度は問題となる事項や権利・利益の内容・性質等に照らして具体的に設定していることなどからすれば、平成27年夫婦別姓最高裁判決の示す基準によった場合でも、「個人の尊厳と両性の本質的平等」の中核に位置する権利・利益が制約されている本件では、当然に、当該制約が憲法24条2項の「個人の尊厳」に鑑みて許容されるか否かについては、厳格に審査がなされなければならないのである<sup>3</sup> (原告ら第5準備書面第2の3(3) [13頁～15頁])。

## 第5 「国の伝統」や「国民感情」を過度に重視してはならないこと

被告は、「いかなる人的結合関係をその対象(原告ら代理人注:婚姻の対象)とするかは、正に家族の在り方の根幹に関わるものであるから、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決が判示したとおり、「国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における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」として国会における立法裁量に委ねられるべき事項である。」などと主張する(被告第4準備書面第2の2(1) [5頁])。

---

<sup>3</sup> 東京一次訴訟判決(甲A322)も、平成27年夫婦別姓最高裁判決が示した基準によりつつ(同判決47頁)、憲法24条2項適合性審査を厳格に行い、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にあるということが出来る。」と判断した(同判決52頁)。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

しかし、既に述べたとおり、本件規定によって法律上同性の者どうしが婚姻から排除されているという人権の侵害が生じているのであり、その侵害の程度は「個人の人格的生存に対する重大な脅威、障害」というほかないほど重大なものであること、しかも、それが性的指向及び性自認という個人の意思によって変更困難な事項を理由として生じていることを正しく認識すべきである。

また、法律上同性の者どうしのカップルを婚姻制度に包摂したからといって、現行婚姻制度を利用する法律上異性の者どうしのカップルの権利・利益がその分縮減されることにならず、法律上異性の者どうしのカップルの権利・利益は何ら影響も受けない。むしろ、法律上同性の者どうしのカップルを婚姻制度に包摂することにより、法律上同性の者どうしの人的結合関係を強め、その中で養育される子どもを含めた共同生活の安定に資するものであり、社会的基盤を強化させ、シスジェンダーの異性愛者も含めた社会全体の安定につながるのである<sup>4</sup>。

被告が主張する歴史的かつ伝統的な慣習は、実際の婚姻制度の歴史的経緯と一致しておらず、被告が言う「国の伝統」がどこまで客観的な裏付けのある事実か疑わしいことは、原告ら第7準備書面第3[31頁～39頁]で述べたとおりである。

さらに、「国民感情」についていえば、いわゆる「同性婚」を法律で認めることについて賛成派が多数であり、反対派の数を上回っている(甲A128、甲A133、甲A185、甲A186)(原告ら第7準備書面第3の3(5)[41頁～42頁])。いわゆる「同性婚」に反対する者も一定数いるが、その背景には、同性愛者やトランスジェンダーなどの性的少数者に対する根深い差別意識がある(原告ら第11準備書面第3[11頁～18頁])。

これらのことからすれば、本件規定によって法律上同性の者どうしが婚姻から排除されていることの憲法24条2項審査に当たっては、被告の主張するような

---

<sup>4</sup> 東京一次訴訟判決(甲A322)も、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度を設けることに関し、同趣旨のこと述べる(同判決51頁～52頁)。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第7回期日(20230126)提出の書面です。

「国の伝統」や「国民感情」は考慮すべきではないし、考慮するとしても過度に重視されるようなことがあってはならない。

以上