

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

令和5年(ネ)第292号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 大江千束 外

被控訴人 国

控 訴 理 由 書

【第2分冊】

2023(令和5)年3月10日

東京高等裁判所第2民事部 御中

電話

ファクス

控訴人ら代理人 弁護士 上杉 崇子

弁護士 寺原真希子

ほか

控訴人らの控訴理由書第2分冊は以下のとおりである。

なお、本書面では原判決の憲法24条1項に関する判断に対して、控訴人らの主張を述べる。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

目次

第1	はじめに	4
1	問題の所在	4
2	控訴人らの主張と本項の構成	5
第2	憲法24条1項の文言や、憲法制定時の帝国議会における審議の過程において同性間の婚姻について議論が行われた形跡がないことをもって、婚姻の自由が同性間にも及ぶことを否定した原判決の誤り	7
1	原判決の判断方法	7
2	憲法24条は個人の尊厳などに立脚して解釈する必要があり、「両性」の文言の辞書的な意味を根拠に婚姻の自由が同性間に及ぶことを否定する解釈は誤りであること	8
3	憲法24条1項が「両性」「夫婦」という文言を用いていることや、憲法制定時の審議過程において同性間の婚姻について議論がないことは、婚姻の自由が同性間にも及ぶことを否定する根拠とはならないこと	14
4	控訴人らの主張(憲法24条1項のあるべき解釈)	18
第3	法律上同性のカップルが婚姻することについて「社会的な承認」が生じているかを基準とする原判決の判断は、個人の尊厳を害すること	23
1	原判決の判断方法	24
2	婚姻の自由の保障範囲を「社会的な承認」を基準に判断することの誤り	25
第4	法律上異性のカップルの人的結合関係が婚姻としての社会的承認を受けてきた背景には自然生殖可能性があるという原判決の理解は誤りであること	32
1	原判決の判断の誤り	32
2	子を産み育てないカップルも憲法上「婚姻」によって保護され、社会的に承認されてきたこと	34

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

3	原判決は法律上同性のカップルの出産・養育を劣位に捉えていること	38
4	小括	42
第5	まとめ(原判決の「社会的な承認」を踏まえた判断の誤り) ...	42
第6	補論 原判決の世論調査等の結果の評価が恣意的であること ...	44
1	はじめに	44
2	原判決の判断	44
3	憲法解釈における世論調査等の位置づけ	45
4	世論調査等の結果の評価の方法が恣意的であること	55
5	憲法24条1項の保障する婚姻の自由が法律上同性のカップルにも及ぶと解釈をすべき社会の合意は優に認められること	60
第7	総括	63

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

第1 はじめに

1 問題の所在

(1) 憲法24条1項の保障内容

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」と定めている。

人が望む相手と自律的に婚姻をなしうることは、すべての人が個人として尊重され、その人らしい幸福追求をする上で不可欠であり(憲法13条)、憲法24条1項は、婚姻及び家族の法制が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚することを求める憲法24条2項を受けて、婚姻制度の核心として婚姻の自由を保障したものである(甲A156・山岸令和 [500頁] [川岸])。

この点、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)も、憲法24条1項は、「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」であり、「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。

(2) 法律上同性のカップルが婚姻制度から排除されていること

しかし、法律上同性のカップルは、当事者間の自由かつ平等な意思決定に基づき真摯に婚姻することを望んでいても、本件諸規定が婚姻を法律上異性のカップルのものとして定めているため、婚姻することができない。

これにより、法律上同性のカップルは、婚姻による法的効果を享受

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

できないだけでなく、誰に迷惑をかけるわけでもない自分たちの幸福追求が阻害され、個人として尊重されず、自分たちの関係が社会的に劣ったものと扱われ、ひいてはその個人の尊厳が害されるという深刻な不利益に直面している（本控訴理由書第1分冊参照）。

このように、本件諸規定が法律上同性のカップルを婚姻制度から排除していることが、婚姻の自由を保障する憲法24条1項に違反しないかが本件における問題の所在である。

2 控訴人らの主張と本項の構成

(1) 控訴人らの主張（要旨）

憲法は、人の自由と尊厳を確保するうえで不可欠と認識された権利とルールを最高法規として定める（憲法97条、98条1項）。

憲法24条が法律婚制度の構築を要請している（原判決38頁）のも、人が人生の途上で、「永続的な精神的及び肉体的結合を目的とし、真摯な意思をもって共同生活を営む」とする時の選択肢として法律婚があることが、個人の尊重や幸福追求（憲法13条）に欠かせないからである。

そして、最高裁は、「婚姻の本質」（婚姻制度によって保護されるべき関係の本質的内容）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以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）にあると指摘するところ、法律上同性のカップルはこの「婚姻の本質」を伴った共同生活の実態があり、法律上異性のカップルとその価値において違いはない（原判決46頁。法律上同性のカップルも、婚姻の本質を伴う共同生活を送っていることを示す具体的事実について、本控訴理由書第1分冊、最終準備書面第3の4(2)[22頁]及び同(3)ア[24頁]等参照）。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

よって、婚姻という選択肢を持つことが個人の尊重や幸福追求に欠かせないことについて、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと何ら変わりなく、憲法24条が婚姻制度の構築を要請し、婚姻の自由を保障した趣旨が等しく妥当する。

また、「家族の在り方を定める法制は……政治体制にも深く関係する」と指摘されているとおり（甲A156・山岸令和 [496頁]）、当事者が、社会の基礎的な構成単位となる婚姻を自律的に決定できることによつて、民主主義の基盤である社会の多元性の確保が可能になる。憲法24条1項は、かかる観点からも婚姻の自由を保障していると解されるどころ（訴状第5の2（1）イ（ウ）[22頁]、最終準備書面第3の3（4）[17頁]等参照）、法律上同性のカップルは、過去から現在に至るまで、社会においてごく当たり前に存在しており、このようなカップルが婚姻により社会の基礎的な構成単位となることを否定することは、民主主義の基盤である社会の多元性を損ね、憲法24条1項が婚姻の自由を保障した上記の趣旨にも反する（最終準備書面第3の4（3）イ [26頁]）。

したがって、憲法24条1項が婚姻の自由を保障した趣旨は、法律上同性のカップルにも等しく妥当するものであって、憲法24条1項が、法律上同性のカップルについても婚姻の自由を保障していると解釈すべきである（訴状第5の3 [29頁以下]、最終準備書面第3の4（3）ウ [29頁以下]等参照）。

（2）本項の構成

ところが、原判決は、憲法24条1項の文言や制定経緯から同項は

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

異性間の婚姻について定めたものであるとし、更には、婚姻を異性間のものとする背景には、「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきた事実」(原判決40頁)、「古くから続いてきた男女が共同生活を送る中で子を産み育てるという営み」(原判決41頁)があるなどとし、「同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ『婚姻』とすることの社会的承認があるものとまでは認め難い」として、同性間の婚姻には憲法24条1項の適用がない旨論じた(原判決42頁)。

しかし、憲法24条1項の文言や制定経緯は、法律上同性のカップルに婚姻の自由を保障することを否定する理由にはならない(下記第2[7頁以下])。また、原判決が憲法24条1項の保障範囲を社会通念や「社会的な承認」の有無を基準に決しようとする点は憲法解釈として誤りであるし(下記第3[23頁以下])、「社会的な承認」の判断にあたって合理的な根拠なく自然生殖可能性を重視する点も解釈として誤っている(下記第4[32頁以下])。

以下、各点について詳述する。

第2 憲法24条1項の文言や、憲法制定時の帝国議会における審議の過程において同性間の婚姻について議論が行われた形跡がないことをもって、婚姻の自由が同性間にも及ぶことを否定した原判決の誤り

1 原判決の判断方法

原判決は、憲法24条1項が、「両性」や「夫婦」という通常男性と女性を示す文言を用いていること等をもって、「同条[注:24条]にいう『婚姻』は、異性間の婚姻を指すものと解するのが自然である。」

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

とし、また「憲法制定時の帝国議会における審議の過程においても同性間の婚姻について議論が行われた形跡は見当たらず、婚姻は男女間のものであることが当然の前提とされていたことがうかがわれ、これは、憲法24条等の制定に伴い改正された現行民法の審議の過程においても同様である」などとして、「憲法24条にいう『婚姻』とは、異性間の婚姻を指し、同性間の婚姻を含まないものと解するのが相当である。」と判示する(38・39頁)。

しかし、憲法24条1項の文言や、憲法制定時の帝国議会における審議の過程において同性間の婚姻について議論が行われた形跡がないことは、いずれも婚姻の自由が法律上同性のカップルにも及ぶことを否定する根拠とはならない。

2 憲法24条は個人の尊厳などに立脚して解釈する必要があり、「両性」の文言の辞書的な意味を根拠に婚姻の自由が同性間に及ぶことを否定する解釈は誤りであること

(1) 憲法は原理の体系であること

憲法は、人の自由と尊厳を確保するうえで不可欠と認識された権利とルールを最高法規として定めており(憲法97条、98条1項)、個人の尊厳を究極的な価値とする原理の体系である。

すなわち、憲法の各条項の定める権利やルールは、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(甲A150・高橋和之[144頁])。

よって、憲法の、とりわけ人権規定の解釈においては、当該条項が個人の尊厳の原理といかなる関係に立ち、すべての人が個人として尊重されるためになぜその権利が憲法上の権利とされる必要があったの

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

かを十分にふまえる必要があり、条項中の文言が持つ意味も、憲法がその条項に全体として何を託し、その文言は其中でどのような役割を託されているのかをふまえて解釈する必要がある。

(2) 憲法24条は憲法の原理に立脚して解釈されるべきであること

ア 憲法24条が婚姻制度の構築を要請している趣旨

そして、憲法24条1条の趣旨を理解するためには、まず、同条があえて婚姻という制度的・法的な基盤を設けることを明示的に要求している点が重要である。

すなわち、人と人が真摯な人格的結びつきを形成すること、さらにそれを制度として保護することは、憲法13条によって既に保障されていると解することも十分可能である。

しかし、憲法24条1項は、社会生活上親密な人的関係に対して、法律で要件と効果を定めて保護を与え承認・公証する法律婚制度の構築をあえて要求している。これは、法律婚制度に基づき、他者からの恣意的な干渉を排して当事者間の関係性の保護や公証を行うことが、真摯な意思をもった共同生活の安定化に資するからである。

そして、婚姻制度が当事者間の関係性を公証するものとしてあり、それが多くの人に開かれ、誰もが利用できる一律の法律制度であることによって、個々の婚姻関係は社会における一つの共同体の単位として容易に認識され、社会生活上の様々な便益とも結びつく。

婚姻は、このような社会生活上の便益との結びつきによって、単なる当事者間の法的な関係を超えて、社会からの承認という実感を伴うものとなり、真摯な意思をもった共同生活を営もうとする者の幸福追求の基盤となる。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

イ 憲法24条1項が、婚姻は「合意のみ」に基づいて成立すると定めた趣旨

次に、憲法24条1項が、婚姻は「合意のみ」に基づいて成立すると定めているのは、婚姻制度を利用する選択肢を可能な限り広げることにより、真摯な人格的結びつきの形成を選択した個人の自律的決定を尊重し、婚姻による個人の幸福追求を支えるためである（家制度の否定のために憲法24条が定められたことについて、訴状第5の2(3) [19頁以下] 等も参照。）。

また、いうまでもなく、実際に婚姻を望むか否かは個人の善き生の構想の問題であって、それぞれの生き方は等しく尊重されるものである。しかし、婚姻をする／しないという生き方が尊重されていると言えるためには、そもそも婚姻という選択が可能でなければならず、婚姻制度を利用する選択肢がなければ、婚姻をしないという生き方が尊重されているとはいえない。

社会生活上の便益と結びつき幸福追求においても重要な選択肢である婚姻制度が、自らにも等しく開かれていること自体が、個人として尊重されるために必要不可欠であり、社会に生きる者としての「尊厳」を守ることになるのである。

ウ 憲法24条2項や憲法制定時の審議過程からも、憲法24条を原理に基づいて解釈すべきことが裏付けられること

憲法24条2項は、婚姻に関する法律は、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と明示的に命じている。これも、婚姻が個人の尊厳や両性の本質的平等と密接に関わるものであり、婚姻制度の内容を多数決原理を基礎とする間接民主制（憲法43条1項等）に委ねるのみでは個人の尊厳や両性の本質的平等を害す

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

る危険があるという理解があるからである。

よって、憲法24条2項を受けて、特に婚姻制度の核心として婚姻の自由を保障している憲法24条1項の解釈においても、個人の尊厳や両性の本質的平等といった憲法の原理に基づかなければならない。

また、この点は、憲法制定時の審議過程からも確認できる。

例えば、1946（昭和21）年7月30日の第90回帝国議会における衆議院帝国憲法改正案委員小委員において、当時の国務大臣であった金森徳次郎氏は、「大体此の憲法の22条[注：現行憲法24条]の趣旨と云ふものは、今まで個人の尊重が足りなかつたと云ふことと、両性が不合理に差等をつけられて居つたと云ふ2点に着眼をして、さう云ふ弊害を打破する、世俗的に申しまする封建制度の遺物的である弊害を打破すると云ふことを眼目にして此の規定 [注：現行憲法24条] が出来たものであります、随て是等の文字 [注：現行憲法24条の文言] は其の趣旨の下に解釈することが一番妥当であると考へて居る訳であります」と述べ、憲法24条は、個人の尊重や平等の観点から封建制度の弊害を打破するために制定されたという趣旨の下に解釈すべきであることを述べている（下線は控訴人ら代理人による。）【¹】。

エ 小括

このように、憲法24条は、婚姻制度を利用する選択肢があることが、すべての個人が尊厳ある存在として生きてゆくために欠かせず、また、民主主義社会の土台という意味でも重要であるとの認識にたっ

¹ 第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員小委員会第5号昭和21年7月30日 <https://teikokugikai.ndl.go.jp/#/detail?minId=009012530X00519460730&spkNum=228&single> 参照

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

て、婚姻制度の構築を要請し、婚姻の自由を保障し、婚姻に関して、個人の尊厳を守ることや不合理な差別を解消することを求めている。

これらが憲法24条に託された役割である以上、憲法24条1項の解釈も個人の尊重や個人の尊厳という憲法の原理に立脚したものでなければならぬ。

(3) 憲法24条を憲法の原理に立脚して解釈することによる帰結

憲法24条1項を憲法の原理に立脚して解釈するということは、憲法24条1項が婚姻の自由を保障した趣旨に立ち返り、個人の尊重や個人の尊厳という観点から婚姻の自由を保障した趣旨が妥当する範囲であれば、憲法24条1項の保障が及ぶという、ごく一般的な法の解釈を検討するということである。

すなわち、文理上は必ずしも直接言及されない対象であっても、当該条文の趣旨が論理上当然に及ぶ場合や、同趣旨が合致する場合には、当該条文を適用することが求められるのである。

この点、千葉勝美元最高裁判事も、「憲法13条の個人の尊重・幸福追求の権利の理念や14条の法の下での平等の理念は、婚姻及び家族についての特別規定である24条においても、当然に実現されなければならないはずである。」としたうえで、「24条の趣旨Ⅱ【²】を採用せず、その文言を、その後の状況から、同性同士の婚姻も排除しない、すなわち許容していると解すことのできる別の用語の意味として捉えることが許されるような状態に変遷していると考えることができよう。」と指摘し、「このような考え方を実現するためには、『憲法の変遷』

² 同論文では、「24条が置かれたことにより、その文言からして、異性どうしの婚姻が憲法の想定している社会制度としての「婚姻」であり、立法府としては、それに従った婚姻の具体的な内容を法律によって制定していくことが義務付けられたという趣旨」を「24条の趣旨Ⅱ」と定義している。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

などという講学上の概念を判決文で明示する必要はなく、要するに、
憲法24条の文言の今日的解釈として司法部がなし得るところであろ
う。」と指摘する(甲A443・千葉勝美[207頁～208頁])。

▶ その他にも、甲A228・木村意見書[11頁]は、憲法が文理上ある対
象に特定の効果を与える条文を置いているときも、それ以外の対象にはそ
の効果を及ぼさないことを積極的に規定する趣旨である場合と、そのよう
な趣旨が認められない場合があるとしたうえで、「憲法の文言が、〈刑事手
続に適正手続を要求して、行政手続には要求しない〉とか、〈国民に平等
権を保障し、外国人には保障しない〉といった不合理な区別を規定してい
るように見える場合、類推適用によって、その区別を解消し、あるべき結
論を導くのが一般的である。この点は、最高裁判例も複数の例で確認して
きた。そして、同性間でも、親密関係は成立する。そうすると、憲法24
条1項に言う「婚姻」を親密関係ととらえた場合、同項の保障は、同性カ
ップルに類推適用すべきである。」とする。憲法31条に関する最大判平
成4年7月1日(成田新法事件判決)等、判例における解釈手法について
は、原告ら第3準備書面第1の2(2)[4頁以下]、最終準備書面第3の
4(1)[21・22頁]等参照)。

▶ また、甲A241・駒村意見書[2頁]も、「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24条1項の保障
するそれを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。そして、そうである
からこそ、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」として、文

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

言の辞書的表現に拘泥するのではなく、憲法13条の観点から憲法24条の保護範囲が拡張されることを正面から肯定している。

- この点、甲A429・渋谷意見書[6頁]は、非原意主義が有力であることの理由として、「憲法が制定された後、社会状況・経済状況は、その時には予想できなかったほどの変革をとげた。憲法制定時の考え方だけを墨守していたのでは、その変革には対応できない。そこで、それぞれの条文の背景にあって、基本的と考えられた理念あるいは価値はそもそも何であったか、にまで遡って考え、その基本理念に照らして、憲法の条文を解釈し、その解釈に抵触する法律の条項にも解釈または立法によって修正を施していくのが、合理的で正義にかなった結論を導き出すことができる」と説明されていると指摘する。原意を絶対のものとしてせず、憲法の条文の趣旨に立ち返って解釈することは、憲法24条1項の保障内容を検討するうえでの前提となる解釈方法である。

したがって、憲法24条1項の解釈は、婚姻の本質とは何か、なぜ婚姻の自由を憲法24条1項が保障しているのかという趣旨に立ち返り、法律上同性のカップルにも同様の趣旨が及ぶのかという観点から検討されるべきものであって、単に憲法上の文言の辞書的意味を明らかにすればよいというものではない。

- 3 憲法24条1項が「両性」「夫婦」という文言を用いていることや、憲法制定時の審議過程において同性間の婚姻について議論がないことは、婚姻の自由が同性間にも及ぶことを否定する根拠とはならないこと**
- (1) 憲法24条1項において「両性」という文言が用いられた経緯からは、法律上同性のカップルの婚姻を排除すべき積極的な理由はないこと

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

上記2のとおり、憲法24条1項の保護範囲は「両性」「夫婦」という文言の辞書的な意味によって限定されるものではないが、憲法24条1項が「両性」や「夫婦」という文言を用いた経緯からしても、婚姻制度から法律上同性のカップルの婚姻を積極的に排除すべき理由はない。

憲法24条1項が「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、相互の協力によって維持されなければならない」と規定したのは、明治民法の下における「家」制度を全面的に改めるため、婚姻を含む家族生活について民主主義の基本原則である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を特に定める必要があったからである。

このように、憲法24条1項は、あくまでも「家」制度における戸主の同意権を否定し、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ためのものであって、婚姻を定義して憲法上の保護が及ぶ者の範囲を規律するための規定ではなく(甲A443・千葉勝美[207頁])、当時議論の対象となっていなかった者を排除する積極的な意図はない(訴状第5の2(3)[30～32頁]及び第5の4[52～54頁]等も参照)。

(2) 憲法24条には、「できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築すべき憲法上の要請」があること

そして、婚姻は上記2のとおり、個人の尊重(憲法13条)の発現としてあり、真摯な意思をもって共同生活を営むことを望む当事者に広くこれを認めることが、様々な価値観をもつ共同体が社会に共生することになり、民主主義の基盤である社会の多元性の確保が可能になるのであるから(甲A17・芦部信喜[393頁]、甲A18・長谷

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

部恭男 [145頁] も参照)、憲法24条1項及び2項が法律婚制度の構築を求め(原判決38頁)、同時にその制度が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚し、とりわけ婚姻の自由を保障した趣旨が妥当する範囲において、「できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築すべき」ことは、憲法上の要請」と解される(甲A554・土井真一 [2頁])。

以上から、憲法制定時に議論の対象となっていなかったことは婚姻の自由の保障が及ばないことの論拠とはならず、むしろ憲法24条1項の趣旨が同様に妥当する者に対しても、婚姻の自由の保障が及ぶと解すべきである。

(3) 同性愛等に関する誤った認識や「異性愛規範」が前提にあった憲法制定時の議論は、法律上同性のカップルに婚姻の自由が保障されないことの論拠とはなりえないこと

また、憲法制定当時、同性愛は精神疾患の一つであり、治療の対象であるとするという誤った認識、知見が前提となっていたのであるから(原判決21頁以下)、憲法制定時の審議過程において、法律上同性のカップルの婚姻が議論の対象となっていなかったことは、同性カップルに婚姻の自由の保障が及ばないことの原因としてはならない。

すなわち、帝国議会において憲法24条が審議されていた1946(昭和21)年当時、同性愛が精神疾患とされていたことを含め、同性愛に関する誤った認識、知見が前提とされ、異性愛だけを正常とし、同性愛を病理・異常・未熟、そして変態性欲として劣ったものと位置づけ蔑視する「異性愛規範」が社会全体で共有されていた。

憲法制定時の審議過程において同性間の婚姻について議論がないまま「両性」などの文言が用いられたのは、このような誤った認識、知

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

見や異性愛規範を背景として、同性間の親密な関係や共同生活がおよそ法的保護を及ぼすべき対象として意識されることがなかったからである(甲A217・風間・赤枝意見書[9～11頁、29頁～30頁]、甲A444・風間・赤枝・川口意見書[21頁]、原告ら第22準備書面第3の4(4)イ(イ)[34頁以下]等参照)。

しかし、上記の同性愛に関する誤った認識、知見は、20世紀半ば以降、実証的研究によって根拠が無いことがあきらかにされ、アメリカ精神医学会がDSMの診断項目から同性愛を削除することを決定し(1973(昭和48)年)、アメリカ心理学会が同様の見解を採択してすべての精神保健専門家に同性愛に対する偏見除去の先頭に立つよう呼びかけて(1975(昭和50)年)以降、同性愛が精神障害ではないという医学的知見が世界的に確立していった。この医学的知見の転換は、法的倫理的認識に高められ、男女の性愛だけが正常であり、同性愛等を異常とする異性愛規範は、正当性と合理性を完全に失った。

現在では、異性愛以外の性的指向、あるいは身体的性別(法律上の性別)とアイデンティティ(性自認ないし性同一性)が一致しないことも、人間の性の自然なあり方の一つであり(甲A3の2・アミカス意見書訳文[9頁])、そのままに尊重されるべきことが国連を中心とする国際社会の共通認識となっている(本控訴理由書第1分冊、訴状第7の2(1)ウ[62頁以下]、原告ら第11-1準備書面第2の5[30頁以下]、原告ら第22準備書面第3の4(4)イ(イ)[34頁以下]等参照)。

このように、憲法制定当時、同性愛は精神疾患の一つとされ、差別と侮蔑の対象であった。憲法制定や民法改正の過程で、法律上同性のカップルの婚姻や法的保護が議論された形跡がないのは、上記のような差別と偏見の意識が社会全体に共有され、法律専門家や立法担当者

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

も例外ではなかったからである。

そうであれば、憲法制定時の審議過程において、法律上同性のカップルの婚姻について議論がされた形跡がないことを根拠として婚姻を法律上異性間に限定することは、憲法制定当時の誤った規範ないし偏見を追認、助長することにほかならず、憲法の基本原理である個人の尊厳ないし個人の尊重に反すること甚だしく、憲法解釈として許されない。

4 控訴人らの主張（憲法24条1項のあるべき解釈）

(1) はじめに

前述のとおり、憲法24条1項が「両性」、「夫婦」という文言を用いていることや、憲法制定時の審議過程において同性間の婚姻について議論が行われた形跡が見当たらないことは、婚姻の自由が同性間にも及ぶことを否定する根拠とはならない。

そして、婚姻制度が自らにも等しく開かれていること自体が、社会に生きる者としての「尊厳」を守ることになるのであり、憲法24条には、「できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築すべき」ことの要請があることからすれば（甲A554・土井真一）、「両性」という文言にかかわらず、憲法24条1項が婚姻の自由を保障した趣旨が等しく妥当する者についても、等しく婚姻の自由の保障が及ぶと解さなければならない。

(2) 憲法24条1項が婚姻の自由を保障した趣旨は法律上同性のカップルにもあてはまること

上記2(2)で述べたとおり、憲法24条1項は、法律婚制度に基づき他者からの恣意的な干渉を排して当事者の真摯な共同生活を保護

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

することが個人の自律的自己決定を尊重し、その幸福追求を支えるために重要であること、婚姻を望むか否かにかかわらず婚姻という選択肢を保障すること自体が個人を尊重し、個人の尊厳を守るために必要であること、そしてこのような婚姻制度の構築が社会の多元性を確保し民主制の基盤となることから憲法上の権利とされた。

そして、法律上同性のカップルについても、婚姻の本質に適った共同生活が営まれている。この点、原判決も「原告らの本人尋問の結果及び弁論の全趣旨によれば、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」(49頁)と認めている。よって、このような法律上同性のカップルの自律的自己決定権を尊重し幸福追求を支えるために、法律婚制度を利用できることが何よりも必要である点について、法律上異性のカップルと何ら差異はない。

また、法律上同性のカップルは、自らが望む相手と婚姻をすることができず、婚姻をする／しないという社会生活において重要な選択肢がそもそも与えられていないという点で、個人として尊重されておらず、尊厳が害されているという事態に直面している。このような法律上同性のカップルについて、個人を尊重し、個人の尊厳を守るためには、婚姻という選択肢が保障されていることが必須である。

加えて、過去から当たり前に存在していた法律上同性のカップルが婚姻により社会の基礎的な構成単位となることを否定することは、民主主義の基盤である社会の多元性を損ねるものである。

したがって、憲法24条1項が婚姻の自由を憲法上の権利として保

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

障した趣旨は、法律上同性のカップルにも等しく妥当する。

そうであれば、憲法24条1項が、文理上は「両性」という通常男女を意味する文言を用いていたとしても、同条項が規定する婚姻の自由の保障は、法律上同性のカップルに対しても法律上異性のカップルと同様に及ぶものと解さねばならない。

このように、文理上必ずしも直接言及されていないものについて憲法上の保障を及ぼす解釈は、憲法第3章の標題や同11条、12条及び13条が「国民」の文言を用いていても、基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみを対象としていると解されるものを除いて外国人にも等しく及ぶとしたマリククリーン事件判決や、文言上刑事手続を想定していることが明白な憲法31条が行政手続にも準用されうることを認めた成田新法事件判決（最大判平成4年7月1日）等からして確立された憲法解釈である（最終準備書面 [21頁]）。

（3）憲法24条1項の婚姻の自由が及ぶ範囲は社会の変化と憲法の基本原理に照らして問い直されるべきこと

ア 憲法の解釈は、憲法の原理に照らして、社会の変化に応じて不断に問い直される必要があること

そして、以下のとおり、憲法制定後の社会の変動を考慮すればなおさら、婚姻の自由は相手が法律上異性か同性かを問わず保障されることが憲法の原理に沿った解釈である（訴状 [31頁～39頁、63頁以下]、原告ら第11-1準備書面 [23頁～41頁]、最終準備書面第3の4（4） [31頁以下] 等参照）。

人は社会の中で生き各人の幸福追求も社会の中にある。そして社会は変化するから、社会の変化に応じて、個人にとっての善き生の構想は異なり、尊重されるべき人の自律的決定に関する理解は変遷する。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

また、科学的・倫理的知見等の進歩によって、個人の尊厳を守るために必要な事柄の理解も変遷する。そのため、個人の尊厳の内実に関わるような社会と人智の変化が生じた場合には、どのような関係性について憲法24条1項の婚姻の自由の保障が及ぶかについても、憲法の文言や憲法制定時の想定（審議過程等）のみならず、その後の社会の変化に応じて不断に検討されなければならない。

イ 憲法24条のできる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築する要請は、時間的広がりの中でも実現されなければならないこと

そして、特に憲法24条についてみれば、同条は、「できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築す（る）」ことを「憲法上の要請」としており（甲A554・土井真一）、この要請は、時間的広がりの中でも実現されねばならない。

憲法24条は、社会において形成される婚姻その他の家族関係について、憲法が家族に期待する役割・機能に照らし重要なものを取りあげて規律しようとするものであるが、社会に形成される婚姻は、時間とともに変化を免れない（甲A211の28・我妻栄 [1頁]）。しかし、憲法24条が求める「個人の尊厳と両性の本質的平等」の原理（2項）や婚姻の自由の保障（1項）は人が人たるが故に必要とされる時代を越えた要請であるから、「できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築す（る）」という要請も、時間を越えて実現される必要がある。憲法24条は、婚姻が時代とともに姿を変えることを当然に前提とした上で、上記「要請」が将来においても実現されることを求めている。

よって、憲法制定の時点で同性間の婚姻が審議されなかったとしても、人智の発展の中でそれが個人の尊厳に必須と認識されるに至れば、

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

そのような新たな時代の婚姻は法律上異性どうしか同性どうしかを問わずに包摂する制度となることを憲法24条はあらかじめ義務付けているのである。

ウ 今日における憲法24条1項の解釈として、法律上異性のカップルに保障されている法律婚制度と婚姻の自由は、法律上同性のカップルにも等しく保障されねばならないこと

これを本件についてみるに、上記3(3)に記載のとおり、同性愛等を異常とする「異性愛規範」がその正当性、合理性を完全に失い(異性愛規範の正当性、合理性が失われ人間の性についての認識が根本的に転換されたことについて最終準備書面第3の4(4)イ(イ)[34頁]参照)、人の性の多様性が国際社会の普遍的な共通認識となったいま(訴状第5の3(2)イ[35頁以下])、法律上同性のカップルが、永続的な肉体的及び精神的な結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営もうとするものの価値は、憲法の基本原理である個人の尊重原理や同条が保障する自己決定権や幸福追求権の観点からみても、法律上異性のカップルと全く等しい(性的指向に関する社会の変動について最終準備書面第3の4(4)イ(ウ)[36頁以下]参照)。

異性愛以外の性的指向、あるいは身体的性別(法律上の性別)とアイデンティティ(性自認ないし性同一性)が一致しないことも、人間の性の自然なあり方の一つであり、ありのままに尊重されるべきことが共通認識となっており、このような法律上同性のカップルの真摯な意思をもった共同生活の価値を、法律上異性のカップルのそれよりも劣位に置くことは、法律上同性のカップルの個人の尊厳を害するものであって許されない。法律上同性のカップルの共同生活は、法律上異性のカップルの共同生活とまったく同様に尊重されねばならない。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

そして、憲法24条は、人が人生の途上で、望む相手と真摯な意思をもった共同生活を営もうとすることが、「人生に充実をもたらす極めて重要な意識を有し、その人生において最も重要な事項の一つである」(原判決48頁) 事実に鑑み、個人の尊重、個人の尊厳を確保するための無くてはならない基盤として婚姻の自由を核心とする婚姻制度が構築されることを求めている(原判決38頁)。法律上同性のカップルが真摯な意思を以って共同生活を営もうとすることに関して、法律上異性のカップルと同じ価値を有し同じように尊重されねばならない以上、法律上異性のカップルに保障されている法律婚制度と婚姻の自由は、法律上同性のカップルにも等しく保障されねばならない。仮に、憲法24条1項が男女の婚姻のみを保障していると解すると、憲法13条で同程度に保障されるべき真摯な共同生活の保護のあり方や、婚姻に対する個人の自由な意思決定について不合理な差が生じるのであって、かかる解釈は採りえない。

(4) 小括

以上、憲法24条1項の婚姻の自由は異性か同性かを問うことなく保障されると解するほかない。

第3 法律上同性のカップルが婚姻することについて「社会的な承認」が生じているかを基準とする原判決の判断は、個人の尊厳を害すること

ところが、原判決は、「同性愛者等を取り巻く社会状況に大きな変化があることを踏まえれば、今日においては憲法24条の『婚姻』に同性間の婚姻を含むものと解釈すべきとの原告らの主張を直ちに否定することはできない。」(40頁) としながらも、今度は「本件諸規定が

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

対象としている異性間の婚姻と同じ『婚姻』と捉えるべきとの社会通念や社会的な承認が生じているか否か(41頁)といった「社会的な承認」という基準を持ち出して、憲法24条の「婚姻」に同性間の婚姻も含むものと解することはできないと結論付けた。

そこで以下では、上記立論について、まず本項では憲法24条1項の解釈にあたって「社会的な承認」に依拠することの誤りを論じ、その後、「社会的な承認」が生じているか否かの評価において自然生殖可能性を重視することの誤り(後記第4～第6)を論じる。

1 原判決の判断方法

原判決は、「婚姻とは、当事者間の親密な人的結合全般ではなく、その時代の社会通念に従って婚姻とみられるような関係、いわば社会的な承認を受けた人的結合関係をいうものと解されてきた」(39頁)との命題から出発し、①歴史上、人間は男女の性的結合関係によって、子孫を残し、種の保存をはかってきたところ、このような前国家的な関係を規範によって統制するために婚姻制度(法律婚制度)が生じ、その中で、婚姻とは、伝統的に、男女の生活共同体として子の監護養育や共同生活の維持によって家族の中核を形成するものと捉えられてきたことが認められるとし(認定事実(2)ア[24頁])、②伝統的に男女間の人的結合に対して婚姻としての社会的承認が与えられてきた背景、根底には、夫婦となった男女が子を産み育て・・次の世代につないでゆくという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきた事実がある(40頁)としたうえで、同性間については、「現段階において、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ『婚姻』とすることの社会的承認があるものとまでは認め難いものといわざるを得ない。」(42頁)として、「憲法24条の『婚姻』に同性間の婚姻を含む

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

ものと解することはできず、憲法24条1項が同性間の婚姻に関する立法に関し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要請したものと解することはできない。」(43頁)と結論する。

しかし、このように、憲法24条1項が構築を命じた法律婚制度で保護される者の範囲を「その時代の社会通念」「社会的な承認」(原判決39頁)のみを決定的基準として判断する解釈は、婚姻を法律事項として個人の尊厳(憲法13条)と両性の本質的平等(同14条)という憲法全体の基本原理を婚姻制度に貫こうとした憲法24条2項の趣旨に反するものである。

以下、この点について詳述する。

2 婚姻の自由の保障範囲を「社会的な承認」を基準に判断することの誤り

(1) 憲法24条1項が婚姻について当事者の自由な意思決定に委ねた趣旨に反すること

憲法24条1項が婚姻は「合意のみ」に基づいて成立するとした趣旨は、家制度における戸主の同意権や推定家督相続人どうしはそのままでは婚姻できない等の、家制度に基づく婚姻に対する制約を否定し、当事者本人以外の第三者の意思や家の存続という原理によって婚姻の成立が妨げられないことを明らかにし、婚姻における自由かつ平等な意思決定を保障する点にある。

言い換えれば、同条が婚姻の自由を保障することの意義は、人が望む相手と当事者の意思の合致のみに基づき婚姻する選択肢を持つことは、個人が尊厳ある存在としてその人らしい人生を生きるうえで中核

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

的意義を有する要請であるとの考えに立って、「他者（社会）から婚姻関係を認めてもらう」のではなく、当事者の自律的な意思決定により「他者（社会）に対して婚姻関係を認めさせる」という点にあるのであって、憲法24条1項は、婚姻として社会的に承認された関係を追認するためにあるのではない。

ところが、原判決のように婚姻の自由の保障をその時代の社会通念や社会的承認にかからしめるということは、いかに人と人が真摯に共に生きることを望んでも、社会の多数者の考え、古くからの慣例が社会通念として尊重され、それらに合致しないが故に婚姻できないことがありうることを意味する。

しかし、そもそも憲法24条は、「個人の尊重と両性の本質的平等」の理念や「婚姻の自由」の要請が、時として社会通念に反してでも実現されねばならないことを前提としている。

例えば、憲法制定当時に国民が「婚姻」や「家族」のあり方に対して抱いている意識は、明治以来の家制度の存在に大きく影響されていた（憲法施行直前の世論調査の状況については、後記第6の3（2）イ）も参照）。

しかし、前出の第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員小委員会第5号1946（昭和21）年7月30日において、金森徳次郎は憲法24条について、「今まで個人の尊重が足りなかつたと云ふことと、両性が不合理に差等をつけられて居つたと云ふ2点に着眼をして、さう云ふ弊害を打破する、世俗的に申しまする封建制度の遺物的である弊害を打破すると云ふことを眼目にして此の規定が出来たものであります」（下線は控訴人ら代理人による。）と述べ、新憲法は施行され民法も改正された。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

このように、憲法24条は、戸主の同意権に象徴される家制度を容認する意識がなお残存している中で、そのような意識に基づく当時の社会における婚姻のあり方を否定し、新たな個人の尊厳や両性の本質的平等に立脚する婚姻を実現するために制定された。

憲法24条は、人間の社会や法制度は、時として、少数者の人権や尊厳、あるいはそれまで十分に理解されずにきた価値を侵害し、歴史に大きな禍根を残すことがある事実を直視し、ただ単に「その時代の社会通念」において「婚姻」と理解されているものを追認するためには、親密な関係を婚姻として保護するにあたって個人の尊重や法の下での平等といった憲法の原理を貫徹させることが不可欠であり、仮に憲法の理念や婚姻の自由が要請する婚姻のあり方に対して社会の多数者が反対していたとしても、それが「個人の尊厳と両性の本質的平等」や婚姻の自由の要請を不合理に制約するものである場合には、そのような意識や社会通念に反してでも婚姻の自由に対する制約を憲法が否定せねばならないとの前提に立っている。憲法24条は、「個人の尊厳と両性の本質的平等」を守るためであれば、仮にそれが当時の伝統や「その時代の社会通念」に反していた場合であっても、個人の尊厳や両性の本質的平等を侵害する状態を否定し、婚姻の自由を実現する役割を負わされている。

にもかかわらず、憲法24条の婚姻の自由の保護を受けるためには、「社会的な承認」が必要であり、同性間の関係には異性間の関係と同様の社会的承認が無いとして憲法24条1項の婚姻の保護を否定する原判決の手法と判断は、上記のような憲法24条に託されている役割を正面から否定するものであり、この点でも憲法解釈として誤っている。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(2) 最高裁判例も国民の意識や国民感情等は個人の尊重や法の下での平等の原理に照らして合理性を検討、吟味したうえで考慮されるべきものとして位置付けられていること

ア 婚外子相続分差別違憲決定における判断方法

上記のとおり、憲法解釈は個人の尊厳等の基本原理に照らして行われるべきものであり、このような基本理念に反する結論が、国民の単純な多数決や意見によって正当化される余地はない。「その時代の社会通念」や「社会的な承認」を要求することは、ともすると婚姻の自由の保障範囲を多数決原理によって決しようとするものであって、不当である。

この点、最高裁判例も憲法適合性判断において国民感情等を考慮する場合であっても、個人の尊厳と法の下での平等という憲法の要請に照らして合理性が吟味され、重みづけされたうえで限定的に考慮されるべきとの立場に立っている。

すなわち、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、「相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。」とする一方、嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする本件諸規定の合理性は、「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」であるとして、当時の国の伝統や国民感情等の内容を明らかにすることではなく、あくまでも「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして」検討すべき事項であることを明らかにした。

また、その具体的な判断においても、「法律婚を尊重する意識が幅広

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

く浸透しているということ」「嫡出でない子の出生数の多寡」等は、上記法的问题の結論に直ちに結びつくものではないとした一方、「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ものということができる。」とした。

すなわち、「個人の尊厳と法の下での平等」という規範（要請、指針）によって重みづけをして、「法律婚を尊重する意識」を、家族形態の多様性を受容する国民の意識に対して劣位におくことで、憲法14条1項違反の結論を導いたのである（以上の分析について、甲A241・駒村意見書[19頁以下]も参照）。

具体的には、当該社会通念や国民の意識の内容自体が憲法の基本原理に反している場合はもちろん、当該社会通念等を、法制度の構築や運用において重視すると憲法の基本原理等に対する重大な脅威や障害が生じたり、個人尊重の理念に反する差別・偏見を助長するような場合、あるいはそのことが明らかとなった場合には、いかに社会の多数が共有する通念や意識であっても、憲法の理念の要請の前に退くほかないのである。

法定相続分差別規定が改正されなかったのは「法律婚を尊重する意識」が依然として浸透していたからであり、またそのような法定相続分の差別規定が残存していること自体が、「法律婚を尊重する意識」ひいては婚外子への差別意識を強固にしうる関係にある。

多数者の意識を区別の合理性の根拠とすることは、このように多数者の少数者に対する差別を追認、助長することになる危険があるが、婚外子相続差別違憲決定は、「個人の尊厳と法の下での平等」という規範（要請、指針）によって重みづけをして、安易に差別を追認、助長しないよう統制を図った点で評価できる。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

イ 小括

法律上同性のカップルの婚姻が排除されていることが憲法24条1項に違反しないかという問題を検討する際に、「社会的な承認」を考慮すること、差別を追認、助長することになる危険がある。

すなわち、原判決自身も「婚姻は、親密な人的結合関係について、その共同生活に法的保護を与えるとともに、社会的承認を与えるもの」(48頁。下線は控訴人ら代理人による。)と判示しているように、婚姻はその関係性を社会的に承認させるという機能を持つ。

仮に法律上同性のカップルを婚姻として保護する「社会的な承認」がないのだとしても、それは法律上同性のカップルは婚姻ができず、その関係性を社会的に承認させる手段を持っていないことにこそ原因がある。

そして、本件は、このように法律上同性のカップルが婚姻できないことが差別であり憲法に違反することが問題とされているのであるから、仮に法律上同性のカップルを婚姻として保護する「社会的な承認」がないのだとしても、そのことは法律上同性のカップルが婚姻できないことの正当化根拠にはなりえない。

法律上同性のカップルに憲法24条1項の婚姻の自由の保障が及ぶか否かの判断において、無批判に「社会的な承認」を考慮することは、差別による結果を追認、助長することになる。婚外子相続分差別違憲決定を踏まえると、個人の尊重や個人の尊厳という憲法の原理に照らして解釈されなければならない、「社会的な承認」を考慮する原判決は不当である(婚外子相続分差別違憲決定における具体的な考慮方法や、本件における世論調査等の評価については、後記第6[44頁以下]にて詳述する。)

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(3)「異性愛規範」等の影響により、法律上同性のカップルの人的結合関係は劣ったものであるとの偏見が社会に根付いている事実を無視していること

また、「異性愛規範」やその前提となる同性愛等に関する誤った認識等は、現在では正当性と合理性は否定されている一方で、これまで長年にわたって通用してきた影響により、今日においてもなお、異性愛以外の性愛は異常であるとの規範（異性愛規範）や、異性愛以外の性愛は精神疾患であるとの誤った認識等は社会的にも根強く残っており（甲A58・「平成30年度啓発活動強調事項」（14）（15）、甲A59・「主な人権課題」（13）（14））、法律上同性のカップルは、その人的結合関係は劣ったものであるとの不当な偏見に多くさらされている（控訴理由書第1分冊も参照。）。

このように、本件は、社会的にマイノリティである法律上同性のカップルが、不当な偏見や差別ゆえに婚姻制度から排除されていることの違憲性が問われており、その判断において「社会的な承認」などというマジョリティによる多数決原理のようなものを基準に持ち込むことは、違憲性判断において性的マイノリティである法律上同性のカップルが、マイノリティであるがゆえに婚姻できない不利益や苦悩を斟酌しないもので不当である。

また、法律上同性のカップルが婚姻することについての「社会的な承認」を要求することは、上記のような法律上同性のカップルに対する差別や偏見を解消しなければ、法律上同性のカップルの人的結合関係は婚姻として保障されないということに等しいが、差別を受けている者に対して、差別を解消するための負担を強いる点でも不当である。

このような解釈は法律上同性のカップルに対する差別や偏見を追認、助長するものであって、個人の尊厳に立脚したものとはいえない。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

第4 法律上異性のカップルの人的結合関係が婚姻としての社会的承認を受けてきた背景には自然生殖可能性があるという原判決の理解は誤りであること

1 原判決の判断の誤り

上記第3のとおり、法律上同性のカップルの婚姻が憲法24条1項により保障されるかを検討するにあたって、「その時代の社会通念」や「社会的な承認」を判断の基準とすることは誤っている。さらにまた、その「社会的な承認」があると言えるためには「男女が子を産み育てる関係」(自然生殖可能性)という古くからの営みに裏付けられている必要があるかのようにいう点でも、誤っている。

すなわち、原判決は、憲法24条の婚姻と言えるためには社会通念ないし社会的承認が必要であるとの立論を前提に、「伝統的に男女間の人的結合に対して婚姻としての社会的承認が与えられてきた背景、根底には、夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきた事実があることは否定できないところであろう。」(40頁)とした上で、「当事者間における自然生殖の可能性がないことが明らかである同性カップルについて、その人的結合関係に対して一定の法的保護を与えることを超えて、本件諸規定が対象としている異性間の婚姻と同じ『婚姻』と捉えるべきとの社会通念や社会的な承認が生じているか否かについては、更なる慎重な検討を要する」(41頁。下線部は控訴人ら代理人による。)としている。

しかし、上記判示が前提とする、法律上異性のカップルの人的結合関係が婚姻としての社会的承認を受けてきた背景には自然生殖可能性があるという理解は誤りである。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

後述するとおり、子を産み育てない法律上異性のカップルの人的結合関係も、明治民法時より婚姻としての保護を受けると解されてきた。戦後、憲法24条1項の制定により、子を産み育てない法律上異性のカップルの人的結合関係も憲法上「婚姻」として保護された。現在、民法上及び判例上、婚姻の成立や維持について、法律上異性のカップルは、子を産み育てるか否かによって区別されることはない。

このように、法律上異性のカップルは、自然生殖可能性の有無に関わらず社会的承認を受けている。したがって、「婚姻」に関する社会的承認の有無を、自然生殖可能性の有無に照らして判断することは誤りである。

また、子を産み育てて次の世代につないでいくことが社会的に重要であるとしても、法律上同性のカップルも、共同生活を送る中で子を産み育てるという営みがなされることがある。すなわち、原判決も認めるとおり、法律上同性のカップルも生殖補助医療を受けることなどにより子を出産したり、子を養育する場合があります(41頁)、法律上同性のカップルも、子を産み育てて次の世代につないでいくという社会的に重要な役割を果たす可能性がある。

にもかかわらず、原判決は、自然生殖が「古くから続いてきた」という一点のみをもって自然生殖可能性のない法律上同性のカップルには社会的承認が必要であるとする。原判決は、法律上同性のカップルの生殖・養育を劣位に捉えていると解するほかない。

以下、この点について詳述する。なお、原判決が補強的に引用する世論調査等の評価の問題については、後記第6[44頁以下]にて詳述する。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

2 子を産み育てないカップルも憲法上「婚姻」によって保護され、社会的に承認されてきたこと

(1) 自然生殖可能性は明治民法の頃から婚姻の要件とは解されなかったこと

明治民法により、「自由な意思による婚姻」(親密な人的結合関係それ自体の保護)という近代的婚姻の原則が導入された。自然生殖可能性があることは婚姻の要件とされず、自然生殖可能性がないことは婚姻の無効原因又は離婚原因とされなかった(甲A211の17・穂積重遠[61頁])。

ここで、自由な意思による婚姻を前提とすると、生殖能力がない者の婚姻も有効となる。この点に関し、明治民法制定直後、そのような婚姻も有効としてよいか議論された。しかし、婚姻の本質は「心の和合」「終生の共同生活」であるから、生殖能力のない者の婚姻を無効とする見解は「我民法の精神を得たるものにあらず」とされ(甲A211の33・熊野敏三)、有効説が通説的地位を確立した(原告ら第11-1準備書面第2の2も参照)。

このように、自然生殖可能性は、明治民法の頃から婚姻の要件とは解されていなかった。

(2) 憲法24条1項は、子を産み育てるか否かにかかわらず、婚姻の自由が保障していること

もっとも、後述するとおり、明治民法下の近代的婚姻の原則は、「家」制度の桎梏によって不徹底に終わった。これに対する反省から、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」と定めた(下線部は控訴人ら代理人による。)

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

これは、婚姻の成立及び維持の場面において、個人の尊厳と両性の本質的平等（憲法24条2項）の実現のために、婚姻当事者の意思決定の自由と平等を保障する趣旨である。

よって、カップルが子を産む／育てるという選択をする場面においても、カップルの自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであり、憲法24条は、子を産み育てるか否かによって婚姻の可否について差別してはならないことを要請していると解される。

このように、憲法24条1項は、婚姻の本質は「心の和合」「終生の共同生活」である（婚姻は親密な人的結合関係それ自体を保護する）とする近代的婚姻の原則を前提としており、子を産み育てるか否かに対して中立的であることによって、婚姻におけるカップルの自由かつ平等な意思決定を保障している。

（3）現在、子を産み育てない法律上異性のカップルは、子を産み育てる法律上異性のカップルと同様に「婚姻」による保護を受けていること
ア 現行民法上、自然生殖可能性の有無によって婚姻当事者を区別する規定は存在しないこと

明治民法によって近代的婚姻の原則が導入された一方で、明治民法等には、「家」制度の観点から、妻に夫の子を産み育てることを求める規定もあった。例えば、妻の姦通の禁止（明治刑法183条、明治民法768条）は、妻の産む子が夫の子（「家」の血統を継ぐ子）であることを確保する趣旨であった（甲A210の1・二宮意見書[7頁]）。

戦後、憲法24条により「家」制度は廃止されることになった。明治民法における「家」制度を前提とした諸規定（妻の財産管理を否定する諸規定や「家」の血統を継ぐ子の確保を目的としていた諸規定）は削除され、同居・協力・扶助義務（民法752条）や婚姻費用分担

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(民法760条)・夫婦財産共有(民法762条)、共同親権(民法818条1項)等が定められた。

現在、法律上異性のカップルは、子の生殖・養育の可能性の有無にかかわらず、婚姻制度を利用することができる。そして、民法及び戸籍法は、子を産み育てない法律上異性のカップルの婚姻を、子を産み育てる法律上異性のカップルの婚姻と比較して、その効果等において別異に取り扱う事実も認められない。

イ カップルが「婚姻」によって保護されるか否かは、婚姻の本質を伴った共同生活の有無によって判断されていること

子を産み育てない法律上異性のカップルの人的結合関係も「婚姻」として保護されるのは、自然生殖可能性があるからではなく、そのようなカップルも婚姻の本質を伴った共同生活を送ることができるからである。

この点に関し、有責配偶者からの離婚請求の可否が争点となった最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁は、「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つて共同生活を営むことにある」としたうえで、その具体的な判断においても「夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至った場合」には婚姻を継続させるべきではないと判断しており、カップル間の自然生殖可能性の有無は問題とされていない。

ここで、被控訴人国は、嫡出規定(民法772条以下)の存在を強調し、婚姻制度の目的は、カップルが子を産み育てながら共同生活を

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

送るという関係を保護することであると主張してきた(被告第3準備書面第3の3(1)イ、被告第6準備書面第3の3(2)イほか)。

しかし、嫡出子としての身分を取得することができるのは、(カップル間の自然生殖を前提とする)実子に限られず、(カップル間の自然生殖を前提としない)養子も縁組の日から養親の嫡出子の身分を取得する(民法809条)。

また、実親子関係にのみ定められている嫡出規定(民法772条1項)も、その要件は妻が婚姻中に懐胎したことのみであって、カップルの自然生殖可能性を問題としていない【³】。

よって、親子関係についてみても、現行民法上、自然生殖可能性によって区別をしているとは解されず、嫡出規定があることでもって、婚姻制度の目的が(自然生殖可能性を前提に)子を産み育てながら共同生活を送るという関係のみを保護するものであることの根拠とはならず、婚姻の本質を伴う法律上同性のカップルを婚姻から排除すべき理由はない。

(4) 小括

このように、子を産み育てない法律上異性のカップルも明治民法時より婚姻としての保護を受けることが可能であり、戦後には、憲法上も子を産み育てるか否かについて問うことなく、婚姻の自由を保障するに至った。婚姻制度は、婚姻の本質を伴った共同生活を送るカップルが保護されることが必要条件であり、婚姻するにあたって、子を産み育てるか否かによって差別されてはならないものである。

³ この点に関し、最高裁は、性同一性障害特例法に基づいて、性別の取扱いを女性から男性に変更する審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した場合において、自然生殖可能性が認められないにもかかわらず、嫡出推定の適用を認めた(最三判平成25年12月10日民集67巻9号1847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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

婚姻した法律上異性のカップルが子を産み育てていなくとも、婚姻として何ら欠けるところはなく、子を産み育てる法律上異性のカップルと同様に社会的に承認されていることは明らかである。

原判決は、「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきた事実があることは否定できない」(40頁)という理解のもと、法律上同性のカップルを、カップルとしての実態が法律上異性のカップルと同じであるにかかわらず、単に自然生殖可能性がないという理由のみによって、婚姻の保護対象とすることについて慎重な態度を示している。このような態度は、突き詰めると、社会的な承認の内容次第では、子を産み育てる意思がある者ないし子を産み育てることが可能である者に婚姻を限定することも可能ということにもなりかねないが、それは憲法24条1項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」と規定していることに違反しているといわざるを得ない。

原判決は、法律上同性のカップルを自然生殖可能性がないことを理由に差別するにとどまらず、子を産み育てない法律上異性のカップルの尊厳をも害しかねないものであって、極めて不当である。

3 原判決は法律上同性のカップルの出産・養育を劣位に捉えていること

(1) 原判決の判断

原判決は、法律上同性のカップルについて「当事者間における自然生殖の可能性がないことが明らかである」とした点に関し、「この点は、女性の同性カップルであっても生殖補助医療を受けることなどにより

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

出産することが可能であることや同性カップルが子を養育することが可能であることを否定するものではない」としつつ、「古くから続いてきた男女が共同生活を送る中で子を産み育てると言う営みが同性カップルには当てはまらないことをいうものである」とする(41頁)。

(2) 子を産み育てる手段は自然生殖に限定されていないこと

原判決は、「歴史上、人間は男女の性的結合関係によって、子孫を残し、種の保存を図ってきた」こと、そして「種の保存」において「夫婦となった男女」が「重要かつ不可欠な役割」を果たしてきたことを指摘し、そのことのゆえに法律上異性のカップルの人的結合は「婚姻としての社会的承認」を受けてきたとする(40頁)。これは、「夫婦となった男女」が特に自然生殖により子を産み育てることに社会的な価値を見出すものである。

しかし、子を産み育てることそれ自体は社会的に重要であるとしても、(それと婚姻の要件と結びつけること自体が問題である点は措くとしても)子を産み育てる手段は自然生殖に限定されていない。現在、生殖補助医療が発達しており、性交による自然生殖でなくとも、受精・着床等を経た出産が可能となっている。

そして、決して少なくないカップルが生殖補助医療によって子を産み育てており、子を産むための手段として自然生殖は絶対的なものではなくなっている。

よって、子を産み育てることそれ自体は社会的に重要であるとしても、子を産む手段の一つである自然生殖の可能性を、婚姻としての社会的承認の有無の根拠とする合理性は極めて希薄である。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(3) 法律上同性のカップルも子を産み育てていること

そして、本控訴理由書第1分冊にて述べたとおり、法律上女性同士のカップルは、現に子を産み育てている。

控訴人小野及び西川、並びに本控訴審関連訴訟(東京地方裁判所令和3年(ワ)第7645号「結婚の自由をすべての人に」訴訟請求事件)の原告一橋及び武田のように、自然生殖によりもうけた互いの子を共同で養育するカップルがいる。また、訴外金由梨は、パートナーの訴外ベネッサとの間に生殖補助医療を利用して二子をもうけ、共同生活を送っている(本控訴理由書第1分冊)。

子を産み育てることそれ自体は社会的重要性であるとしても、このような法律上同性のカップルの営みも同じく社会的に重要なものとして考えられなければならない。

(4) 原判決は法律上同性のカップルによる出産・養育を劣位に捉えていること

原判決は「夫婦となった男女」が「婚姻としての社会的承認」を受けてきた「背景、根底」には、「子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきた事実」(原判決40頁)、「古くから続いてきた男女が共同生活を送る中で子を産み育てるという営み」(原判決41頁)があるなどとする。しかし、法律上同性のカップルも同様に子を産み育てるという役割を果たすことができるのであるから、両者の間に差異があるとすれば、原判決の理解からすると、「自然生殖」による「種の保存」が「古くから続いてきた」という点のみである(41頁)。

本件の問題の所在は、法律上同性のカップルを「婚姻」という個人の人格的生存において極めて重要な意味を持つ選択肢から排除するこ

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

との合理性である。「自然生殖」による種の保存が「古くから続いてきた」という事実が、婚姻の本質を伴う共同生活を営んでいる法律上同性のカップルを婚姻制度から排除する根拠になりうるかが問われなければならない。

この点、法律上異性のカップルは、「古くから続いてきた」「自然生殖」が可能か否かにかかわらず婚姻制度によって保護されてきた。生殖補助医療を利用した出産や、養子の養育等も法律上異性カップルにおいて広く受け入れられているものである。

それに対して、法律上同性のカップルに対してのみ、単に「古くから続いてきた」「自然生殖」を伴わないことを理由に婚姻制度によって保護されないと考えるのであれば、法律上同性のカップルの出産・養育を劣位に捉えていると解するほかない。このような理解は、法律上同性のカップルの個人の尊厳を害するものであって、受け入れられるものではない。

(5) 小括

法律上同性のカップルの出産・養育の実態は、法律上異性のカップルのそれと本質的には何ら変わらない。

また、法律上同性のカップルが婚姻すること（場合によっては子を産み育てること）と、法律上異性のカップルが婚姻すること（場合によっては子を産み育てること）とは、なんら相矛盾することなく両立する人の営みであり、両者を区別する合理的理由は見当たらない。

それにもかかわらず、原判決は、「古くから続いてきた男女が共同生活を送る中で子を産み育てると言う営みが同性カップルには当てはまらないこと」を理由に、法律上同性のカップルには「婚姻」としての社会的承認は認められないと判断している。原判決は、法律上同性の

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

カップルの生殖・養育を「否定するものではない」と述べているが(41頁)、結局のところ、法律上異性のカップルのそれよりも劣位に捉えていると解するほかない。

原判決は、法律上同性のカップルを劣ったものとする過去の誤った規範や認識に起因する今日における差別や偏見を追認、助長するものであり、個人の尊厳を害するといわざるを得ない。

4 小括

このように、自然生殖可能性は、法律上同性のカップルの人的結合関係に対して「婚姻」としての「社会的な承認」を否定する根拠にはならない。これは、子を産み育てない法律上異性のカップルの人的結合関係も「婚姻」として「社会的な承認」を受けてきたこと、生殖補助医療等が発達した現在においては法律上同性のカップルが子孫を残せることから明らかである。

原判決は、「古くから続いてきた」という理由のみをもって自然生殖を殊更に重視し、それが法律上同性のカップルには「当てはまらない」として、合理的な根拠なく法律上同性のカップルの婚姻を否定する。このような原判決の解釈は、法律上同性のカップルに対する差別意識の発露と言うほかない。

第5 まとめ(原判決の「社会的な承認」を踏まえた判断の誤り)

私たちのこの社会のなかで、多くの法律上同性のカップルたちが、今日も共同生活を送っている。その実態は、法律上異性のカップルの共同生活と何ら異なるところはない。

しかし、この二人には、法律上異性のカップルと異なり、婚姻が認められていない。その結果、法律上同性のカップルは、婚姻の諸効果

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

や配偶者の身分に伴って生じる様々な経済的利益を享受できないにとどまらず、社会的公証を受けることができず、個人の尊厳を害されるという深刻な事態に直面している。

法律上同性のカップルは常に、その関係性を、近隣の住民、職場の同僚、医療機関等から承認してもらえないのではないかという深刻な不安を抱えて共同生活を送っている(本控訴理由書第1分冊参照)。法律上同性のカップルに与えられた限りある時間は、こうした不安を解消するために費やされ、そして不安が実現した場合にはその対応のために奪われ、幸福追求を阻害されている。

しかし、原判決は、異性間の夫婦と同じ「婚姻」とすることの社会的承認があるかという基準を立て、結論として、法律上同性のカップルの婚姻の自由を否定した。

法律上同性のカップルは、現在も不当な偏見にさらされ、深刻な不安を抱えている中で、真摯に婚姻をすることを求めている。しかし、原判決は、「社会的な承認」を要求することは差別を追認、助長する危険があることについて無自覚であり、また差別を受けている法律上同性のカップルに対して差別を解消するための負担を強いている点で不当である。

また、原判決は、「社会的な承認」の具体的な検討において、法律上同性のカップルには、「古くから続いてきた」営みである自然生殖の可能性がないことを指摘する。しかし、現在、多くの法律上同性のカップルが子を産み育てており、その点についても法律上異性のカップルと何ら異なるところはない。原判決の評価は、法律上同性のカップルの出産・養育を、法律上異性のカップルのそれよりも劣位に扱っているとも評価できるものであって、到底受け入れられるものではない。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

婚姻の本質は、当事者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、憲法24条1項はこのような共同生活を望む当事者の婚姻の自由を保障することで、幸福追求を支え、婚姻をするか否かにかかわらず、個人の尊厳を守る基盤となっている。

よって、婚姻や家族に関する制度は、婚姻の本質を伴った共同生活を送るカップルに婚姻の自由が保障されていること必要条件であり、その上で、子どもや家族に関する規定が整備されるべきものである。合理的な根拠のない「社会的な承認」によって、婚姻の本質を伴った法律上同性のカップルの生活が脅かされてよい理由はない。

原告らの時間は有限であり、原告らの抱える不安は日々深刻さを増しており、法律上同性のカップルが婚姻制度から排除する本件諸規定は憲法24条1項に反すると、速やかに司法判断を下すことが求められている。

第6 補論 原判決の世論調査等の結果の評価が恣意的であること

1 はじめに

原判決は、補強的に世論調査等の結果を引用するところ、その世論調査等の結果の評価は恣意的なものであり、特に同性間の婚姻の導入に対する反対意見が依然として一定の割合を占めていることを過大視している。本項では、この点について補足する。

2 原判決の判断

原判決は、法律上同性のカップルにも憲法24条1項の婚姻の自由が保障されているかについて、「異性間の婚姻と同じ『婚姻』と捉える

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

べきとの社会通念や社会的な承認が生じているか否か」を問題とし、
「我が国における世論調査等の結果によれば、同性間の婚姻の導入について反対意見を有する人の割合は減少傾向にあることが認められるものの、依然として一定の割合を占めており、社会内において価値観の対立がある」として反対意見の存在を指摘した上、このような「反対意見の多くは、婚姻を男女間の人的結合関係と捉える伝統的な価値観に根差したものであると考えられるところ、そのような伝統的な価値観が、夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みに由来するものであることからすれば、これを一方的に排斥することも困難である。」などと評価する(41頁)。

しかし、以下の検討からも明らかなおおりに、原判決は、「反対意見」や「伝統的な価値観」を、個人の尊重(憲法13条)や「個人の尊厳」(憲法24条2項)等の憲法に照らした検討なしに考慮している点で重大な誤りがある。のみならず、そもそも、法律上同性のカップルを現行の婚姻に包摂すべきことについては、既に、十分な社会の合意がある。原判決は、このような国民の意識の変化とその意味を十分に踏まえない点でも不当である。

3 憲法解釈における世論調査等の位置づけ

(1) 個人の尊厳を害する国民感情等を考慮してはならないこと

憲法解釈は、憲法自身はその存立の基礎とする個人の尊厳という基本理念に照らして行われるべきものであり、憲法24条2項は、婚姻を法律事項としたうえで、婚姻及び家族に関する法律は「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と規定する。憲法24条は、戦前、「家」制度に基づく社会通念が婚姻や家族の

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

あり方を歪め人々を苦しめた歴史に鑑み、私的領域にある婚姻及び家族に関しても、憲法全体の理念である個人の尊厳(13条)と平等(14条)が、社会通念に反してでも貫かれねばならないことを大前提にしている。そうであれば国民の単純な多数派の意見を無批判に憲法解釈の前提とし、それらによって憲法上の自由や権利の及ぶ範囲が狭められることがあってはならない(甲A241・駒村意見書[21頁]も参照)。この点、本訴訟と同種の訴訟において、札幌地方裁判所は、「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比して、自らの意思で同性愛を選択したのではない同性愛者の保護にあまりにも欠けるといわざるを得ない」とし、裁判所が法律上同性のカップルの婚姻を排除する本件諸規定の憲法適合性を検討する場面においては、「同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観を有する国民が少なからずいる」という事実は、限定的に斟酌できるととどまる旨判示している(甲A401・札幌地裁令和3年3月17日判決[29頁])。

以上のとおり、憲法解釈は、個人の尊厳を基礎とした法的問題であり、憲法解釈において、「個人の尊厳」というフィルターを通さない世論調査の結果や裸の国民感情等を考慮することは誤りである。

これは、以下のとおり、現行憲法の制定過程及び民法改正の過程や最高裁判所の姿勢などからも裏付けられる。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

(2) 憲法制定及び民法改正の過程

ア 憲法制定の審議過程で「家」制度が個人の尊厳等に反するとして排斥されたこと

戦後、現在の憲法が制定され(1946年11月3日公布、1947年5月3日施行)、憲法24条がおかれた。この憲法制定の審議の場においては、「家」制度の廃止に反対する議員が一定数存在した。すなわち、反対派の議員は、「日本ノ国民ガ天皇ニ帰一スル国体護持、祖先ヨリ子孫ヘト家ヲ護リ抜ク家族制度維持ノ此ノ二ツが根幹ヲ成シテ、車ノ両輪ノ如ク表裏一体トナツテ国家社会秩序ヲ完成シテ行クモノダト思ヒマス……若シ家督相続ト云フヨウナコトニ、大ナル変革が来ルトスレバ、是ハ日本ノ国民ノ誇リ国民ノ間ニ存シテ居ル国体ハ、大ナル変革ヲ受ケル」、「家族制度は日本古来の淳風美俗の賜であって、家族制度のために日本は非常なる発展をし、また家族相扶けまして家をなし、家が隣組、村というようなものに発展して強固なものとなっておる」などとして、戸主権や「家」制度そのものを廃止することに反対していたのである(甲556・依田精一[196・197頁])。

しかし、このような「家」制度の存置が、個人の尊厳及び両性の本質的平等の原理に反することは明らかである。そのため、家制度の廃止に反対する意見は、「此ノ戸主ヲ中心トスル家族制度ハ、如何ニモ封建的色彩ヲ帯ビテ居リ、幾多ノ弊害ヲ生ズル」ため憲法の趣旨に反する、あるいは、「法律上の従来のような家の制度は、これは憲法の認めがたいところ」であるとして、最終的に否定された(甲556・依田精一[197頁・198頁])。このように、憲法を制定しようとする時点で、「家」制度の廃止に反対する意見が一定数存在した。しかし、そのような国民意識の状況があっても、個人の尊厳等の憲法の基本原理の見地からは家制度を廃止することが不可欠であるとして、憲法2

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

4条が置かれたのである。

イ 民法改正の過程における国民の意識

一方で、憲法改正に伴い、憲法の理念に反する家族制度を改める必要が生じ、民法が改正された(昭和22年〔1947年〕12月22日法律第222号、1948年から施行)。改正作業中である1947(昭和22)年3月25日に毎日新聞が実施した世論調査によれば、「法律上の「家」廃止を是とする」回答は57.9%、「非とする」回答は37.4%であった(甲A556〔190頁])。憲法改正過程において「家」制度が憲法の基本理念に反することが確認されたにもかかわらず、なお、「家」制度の廃止に反対する意見が40%近く存在したのである。しかし、個人よりも家を上におく家制度が憲法24条に反することは明らかであったから(乙6、乙7 民法改正提案理由)、このように、「家」制度の廃止に反対する意見が一定数を占め、その存置を主張する議論が盛んになされたにもかかわらず、「家」制度は廃止され、「家」制度の思想に結びついた修正議案はいずれも否定されたのである(甲A556〔195頁・196頁])。

このように、憲法24条は、「個人の尊厳」や「両性の本質的平等」という憲法の基本理念を婚姻及び家族の法制に実現するにあたり、同条の理念・要請と矛盾するような国民感情や社会通念等が存在していたとしても、そのような国民感情や社会通念に反してでも、「個人の尊厳と両性の本質的平等」の要請を婚姻及び家族に関する法制に実現されねばならないことを前提としている。同条は、その生い立ちにおいて、伝統やその時々々の社会通念との緊張関係を当然の前提とし、それらに反してでも自らの要請を貫く役割を負わされている。このような憲法24条の歴史と性格に照らしても、「その時代の社会通念」や国民

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

感情、国民の意識を無批判に憲法24条の上に置き、婚姻の自由の及ぶ範囲を制約する原判決の議論は誤っている。

(3) 婚外子相続分差別事件決定

ア 国民感情等は個人の尊厳や法の下での平等の要請に劣後すること

上記第3の2(2)で述べたとおり、婚外子相続分差別違憲決定は、国民の意識も考慮要素として列挙しつつ、「個人の尊厳と法の下での平等」という規範(要請、指針)によって重みづけをして、「法律婚を尊重する意識」を、家族形態の多様性を受容する国民の意識に対して劣位におくことで、憲法14条1項違反の結論を導いた。

このような最高裁判所の姿勢は、裁判所はあくまでも「個人の尊厳」等の基本原理に適合するか否かという観点から審理を行うべきであり、憲法の基本原理に矛盾・抵触する社会観念によって左右されるべきものではないこと、換言すれば、社会通念に反してでも「個人の尊厳と両性の本質的平等」の要請が貫かれなければならないことを示すものといえる。

イ 婚外子相続分差別違憲決定における国民感情等の具体的考慮方法

国民感情等は個人の尊厳及び法の下での平等という憲法の基本理念や憲法上の権利・自由の要請に照らしてその合理性が検討、吟味されなければならない。この点、世論調査の結果と婚外子相続分差別違憲決定における判断との関係が示唆的である。

下記【表1】は、婚外子相続分差別違憲決定日(平成25年9月4日)までに実施された世論調査等の結果である。この【表1】のとおり、同決定の時点で、嫡出でない子の相続分を嫡出子の2分の1とする当時の制度について、「現在の制度を変えない方が良い」(すなわち

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

嫡出でない子の相続分は2分の1のままよい)という回答は35.6%であったのに対して、相続分を「等しくすべき」であるとの回答の割合は25.8%であった。相続分は2分の1のままよいと考える回答の割合は、等しくすべきと考える国民の割合より、約10%程度高かったのである。

それでも婚外子相続分差別違憲決定は、婚外子と嫡出子で相続分を別異に扱う民法の規定を違憲とした。同決定が、「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」してきたと述べるように、最高裁判所は、相続分の区別を容認する伝統的な考えの者の割合が相当程度にのぼることや、その割合が相続分を等しくすべきだという者の割合を上回っている事実にとらわれることなく、憲法の基本原理である個人の尊重の原理が家族に関する法律のあり方についても重視されるべきとする考えが「確立してきた」という点に着目して上記の結論を導いている。

【表1】内閣府・世論調査（嫡出でない子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1とする制度について、甲A557。単位はいずれも「%」。）

	平成8年6月	平成18年12月	平成24年12月
現在の制度を変えない方がよい	38.7	41.1	<u>35.6</u>
相続できる金額を同じにすべきである	25.0	24.5	<u>25.8</u>
どちらともいえない	30.8	31.2	34.8

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

わからない	5. 6	3. 2	3. 8
-------	------	------	------

この点、下記【表2】で示すとおり、「嫡出でない子の法律上の取扱い」という、より一般的な設問についての回答をみると、最大決平成7年7月5日（婚外子相続分差別合憲決定）の翌年である平成8年6月に内閣府が実施した世論調査から、婚外子相続分差別違憲決定がなされた平成25年までの間に、嫡出でない子について「不利益な取扱いをしてはならない」との回答が漸次増加する一方、「正式な婚姻を保護すべきであり・・・不利益な取扱いをすることがあってもやむを得ない」との回答が漸次減少し、2012（平成24）年12月の調査では「不利益な取扱いをしてはならない」が60.8%、「やむを得ない」が15.4%となっている。

最高裁判所は、このような状況の中で、2013（平成25）年の婚外子相続分差別違憲決定において、「個人の尊厳」の理念に沿う前者の国民の意識の変化について、昭和22年民法改正時における「法律婚以外の男女関係……の中で生まれた子に対する差別的な国民の意識」からの変化・脱却として積極的に評価し、不利益な取扱いもやむを得ないとする意見が一定数（15.4%）存在しているにもかかわらず、「父母が婚姻関係になかった・・・子に不利益を及ぼすことは許され」ないとの考えが確立されてきていると判示して、上記「やむを得ない」とする意見を排斥したのである。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

【表2】内閣府・世論調査（嫡出でない子の法律上の取扱いについて、甲
A558。単位はいずれも「%」。）

	平成8年6月	平成18年12月	平成24年12月
配偶者以外の異性との間に生まれた子どもであっても、生まれてきた子どもに責任はないのだから、そのことだけで子どもについて不利益な取扱いをしてはならない	54.5	58.3	60.8
正式な婚姻をした夫婦が配偶者以外の異性との間に子どもをもうけることはよくないことをはっきりさせて正式な婚姻を保護すべきであり、そのためには、配偶者以外の異性との間に生まれてくる子どもについて、ある面において不利益な取扱いをすることがあってもやむを得ない	21.9	18.5	15.4
どちらともいえない	20.4	21.0	21.2
わからない	3.2	2.2	2.5

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

以上から、最高裁判所は、①平等原則違反や憲法上の権利・利益の不当な制約が問題となる法律の憲法適合性審査においては、裁判所がまず重視すべきは憲法の基本原理やそれを具現する憲法条項の要請であること、他方、②「国民の意識」や「国民感情」は、世論調査等に表れた回答結果の割合の大小を単純に比較して結論を導いたり、差別や権利の制約を是認する伝統的意見が一定程度存在することをもって法律の憲法適合性を肯定してはならず、あくまで、個人の尊厳という憲法の基本的価値に照らしてそれぞれの意識・意見の合理性を検討したうえで斟酌されるべきとの立場に立っていることが分かる。

婚外子相続分差別違憲決定において嫡出でない子に対する差別的な意識も問題とされていたところ、そのような事案において国民感情等を考慮する場合に、単純な多数決ではなく、個人の尊厳や法の下での平等といった憲法の基本原理から検討、吟味し、これに沿わない反対意見を排斥した判断は、本件においても参照されなければならない。

(4) 原判決の誤り

原判決は、婚姻は、「人生において最も重要な事項の一つであり(48頁)、「婚姻により得ることができる、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて家族としての法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」であって、それは同性愛者等についても同様である(49頁)として、婚姻による保護が個人の尊厳という観点から重要であることを認めている。

そして、世論調査等の結果によれば、法律上同性のカップルの婚姻に対する反対意見の割合は近年、年を追うごとに減少傾向にある。すなわち、

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

- 2020(令和2)年3~4月の世論調査等の結果によれば、同性間の婚姻について、「賛成」又は「どちらかと言えば賛成」と回答した者は46%であり、「反対」又は「どちらかと言えば反対」と回答した者の23%の倍以上となっている(原判決第3の1(5)ク[34頁]⁴⁾。
- また、共同通信社が2023(令和5)年2月11日から13日にかけて実施した全国緊急電話世論調査によれば、「同性婚を認める方がよい」との回答が64.0%を占め、「認めない方がよい」との回答の24.9%を大きく上回った(甲A559)。
- さらに、産経新聞社とFNN(フジニュースネットワーク)が2月18日、19日の両日に行った合同世論調査によれば、同性婚の法制化に賛成する回答が自民党支持層において60.3%、立憲民主党支持層において74.0%、日本維新の会支持層において86.9%、無党派層において76.3%となり、いずれも半数を大きく上回っている(甲A560)。

婚姻による保護が個人の尊厳の観点から重要であることに照らすと、同性間の婚姻について既に社会的な承認があると評価するに十分である。

また、かつての同性愛等に関する誤った認識や、いわゆる「異性愛規範」の影響により、法律上同性のカップルに対する差別、偏見が今なお根強く存在することに照らすと(甲A58・「平成30年度啓発活動強調事項」、甲A59・「主な人権課題」)、法律上同性のカップルの

⁴ なお、平成30年度に国立社会保障・人口問題研究所が行った調査によれば、同性婚を法律で認めることについて「まったく賛成」又は「どちらかといえば賛成」と回答した者は69.5%であり、「まったく反対」又は「どちらかといえば反対」と回答した者の30.5%よりも39%上回っている。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

婚姻について反対意見があるとしても、かかる反対意見やその前提にある「伝統的な価値観」自体が法律上同性のカップルに対する差別、偏見を含意していないか、同意見に配慮することが上記差別、偏見を追認、助長することにならないか、個人の尊厳の観点から慎重に検討、吟味されなければならない。

それにもかかわらず、このような検討を何らすることなく、「これを一方的に排斥することも困難であるといわざるを得ない」とした原判決の評価は、前述の最高裁判決に照らしても、国民の意識や伝統的考え方に対する斟酌の仕方を誤っている。

4 世論調査等の結果の評価の方法が恣意的であること

(1) 世論調査等の結果によれば婚姻と「子を産み育てること」の結びつきは必須とはいえないこと

原判決は、「生涯を独身で過ごすのは望ましい生き方ではないとの回答や、結婚をする理由として子供を持ちたいことを挙げる回答が過半数を占める調査結果も存在することが認められ、法律婚を尊重する考え方や婚姻と子供を持つことを結び付ける考え方を有する人は今なお一定の割合を占めていることが認められる」ことをもって、「当事者間における自然生殖の可能性がないことが明らかである同性カップルの人的結合関係を異性間の婚姻と同じ「婚姻」と捉えるべきとの社会通念や社会的な承認が生じているか否かについて「更なる慎重な検討を要する」とする(41頁)。

しかし、まず「生涯を独身で過ごすのは望ましい生き方ではないとの回答」が過半数を占めていることは、原判決が認めるとおり、文字どおり、「婚姻による法的効果や社会内での公証を受けられることについての価値が大きいと考えられていることの証左」である(48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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

49頁)。仮にこれを「法律婚を尊重する考え方」と要約するとしても、それは婚姻することの価値が大きいと理解されていることを示すものであり、他者が婚姻に参入することを排斥したいという考えがあることの論拠にはなりえない。むしろ、法律上同性のカップルについても婚姻に包摂される必要の大きいことを基礎付ける事実といえる。

よって、かかる世論調査等の結果は、当事者間における自然生殖の可能性がない同性カップルが婚姻することについて「更なる慎重な検討を要する」ことの根拠とはならない。

また、原判決は、「結婚をする理由として子供を持ちたいことを挙げる回答」が過半数を占めていることを踏まえて「婚姻と子供を持つことを結び付ける考え方を有する人は今なお一定の割合を占めている」と評価して、「当事者間における自然生殖の可能性がないことが明らかである同性カップル」の婚姻について「更なる慎重な検討を要する」とした点も、これは恣意的な評価である。

原判決が問題としているのは、法律上同性のカップルが婚姻の保護に値すると考えられているかどうかということだったはずである。「結婚する理由として子を持つことを考える」ということと、子を持つ意思や能力が無い者は結婚する資格がないと考えることはまったく別である。「結婚をする理由として子供を持ちたいことを挙げる回答」を、同性カップルの婚姻に対する「社会的な承認」の否定に結びつけること自体が非論理的であり不当である。

加えて、同性カップルにおいても、生殖補助医療や養子縁組等、それらを利用する男女が行うのとまったく同じ方法により子を持つことが可能であり、実際に同性カップルの中にも、婚姻という安定した制

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

度のもとで子どもを育てたいと希望する者は多数存在する。この意味でも、「結婚をする理由として子供を持ちたいことを挙げる回答」が多い事実をもって同性カップルの婚姻に対して社会的承認が無いとする要素とすべき根拠は無い。

他方、原判決が認定するように、「結婚したら、子どもをもつのが当たり前だ」との項目や、「夫婦は子どもを持ってはじめて社会的に認められる」との項目といった、子を持つ意思や能力の無い者の婚姻を否定することにつながるような内容の項目について「まったく賛成」又は「どちらかといえば賛成」との回答は、3分の1を下回っている。かえって、「結婚しても、必ずしも子どもをもたなくてよい」との回答は、過半数を占めているおり(36頁)、婚姻の可否自体と子を持つこととは無関係との認識が大多数と考えるのが自然である。

さらに、2021(令和3)年6月に国立社会保障・人口問題研究所が実施した第16回出生動向基本調査においても、「結婚したら子を持つべき」とする意見に賛成する者の割合は、女性では36.6%、男性では55.0%となっており、2015年(平成27年)実施の第15回調査よりもそれぞれ30.8%、20.4%も低下している(甲A561「結果の概要」[93頁])。

それにもかかわらず、原判決が「婚姻と子供を持つことを結び付ける考え方を有する人は今なお一定の割合を占めている」との評価をしたことは、極めて恣意的に世論調査等の結果を操作するものであって不当である。

むしろ、以上の世論調査等の結果からすると、婚姻の在り方やこれに対する国民の意識の多様化に伴い、「婚姻と子供を持つことを結び付ける考え方」は大きく減退し、両者の結びつきは必須のものではない

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

と考える国民の意識が広がっていると評価することが可能であり、法律上同性のカップルに自然生殖の可能性がないことを過大にとらえることは許されないし、生殖補助医療や養子縁組によって子を迎え養育する同性カップルが多数存在することからすればなおさら、同性カップルを婚姻に包摂することについて、「更なる慎重な検討」をする必要などない。

(2) 原判決は、反対意見の背景に不当な偏見がある可能性についての検討に欠けていること

原判決は、同性間の婚姻に対する反対意見の多くが「婚姻を男女間の人的結合と捉える伝統的な価値観に根差したもの」であり、そのような伝統的価値観は、「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営みに由来するものである」として、「これを一方的に排斥することも困難」(41頁)などと述べる。しかし、この点も「我が国における世論調査等の結果」から何ら読み取ることはできず、証拠に基づかない単なる憶測にすぎない。

むしろ、原判決自身も「明治時代に同性愛を変態性欲として治療の対象とする考え方が広まり、法律上、男性同士の性行為が犯罪とされていた時期もあった」こと(22頁)、「我が国においても、かつては同性愛が治療の対象となるとの考え方があった」こと(23頁)とかつて同性愛等に関する誤った認識があったことを認定しているところ、このような事実からは、反対意見がこのような誤った認識やそこから生じる法律上同性のカップルに対する差別や偏見・侮蔑の意識に根差したものであることが強く疑われる。

この点、戦後の民法改正に大きな役割を果たした中川善之助にして、

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

同性間の婚姻については、「學問を妻とするとか、書籍を配偶者とするとかいふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻といふ如きことが婚姻的法律要件として否認されなければならない」というようにことさらに揶揄して論じている(甲A218・中川善之助[189頁])。他方、自然生殖をしない男女が婚姻しうることについては、「人は子を得る目的のために婚姻するものでは決して無い」(甲A211の41・中川善之助[101頁])として、婚姻の目的を生殖に単一化する議論を批判していたことに照らせば、人々の意識において、法律上同性のカップルが婚姻から排除されてきたのは、自然生殖ができない点から説明することはできず、同性間の性愛を病理・異常性欲とし侮蔑・嫌悪する意識が広く共有され、そのような意識の直接の結果として、あるいは、男女は生殖と関係なく婚姻できることとの対比が反省されなかったがために、法的保護を論ずべき対象とすら見なされなかったからと考えられる。

そして、現在の「反対意見」も、生殖の可否から説明することは困難であり、異性愛規範に基づく端的な差別意識こそがその実体である。2019年に本件訴訟が提起された際、同性愛や同性愛者の存在そのものを嫌悪する投稿が多数なされたこともこの事実を示している(甲A254)。

原判決は、同性カップルをはじめ性的マイノリティ当事者が日本社会の中で直面してきた差別の現実を直視しない点で不当である。このような差別的な意識に基づく反対意見を「伝統的な価値観」として尊重することは到底許されることではない。

法律上同性のカップルは既に家族として生活している実態があり(本控訴理由書第1分冊参照)、仮に「婚姻」という形をとったとしても、婚姻して子を産み育てたいと考える法律上異性のカップルの営み

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

に何ら影響をあたえるものではない。

それにもかかわらず、単に同性間の婚姻を法的に認めることについて反対の者がいるというだけで、合理的な理由もなく法律上同性のカップルを婚姻制度から排除することは、憲法の基本原理である個人の尊厳を余りにもないがしろにするものである。

5 憲法24条1項の保障する婚姻の自由が法律上同性のカップルにも及ぶと解釈をすべき社会の合意は優に認められること

原判決も認めるとおり、多くの意識調査において法律上同性のカップルの婚姻を認めることに賛成する意見が過半数を超えている(33頁・34頁)。これは、前記婚外子相続分差別違憲決定に関し、嫡出でない子の相続分に関する差別的制度の存置に反対する意見(1996(平成8)年6月において25%、2006(平成18)年12月において24.5%、2012(平成24)年12月において25.8%)を大きく上回る割合である。

また、原判決も以下の事実を認めている(原判決39・40頁)。

- ▶ 精神医療等の専門家の間では同性愛を疾病とする見解が否定されるに至ったこと(原判決・認定事実(1)イ(ウ))
- ▶ かつて同性間の性交渉を処罰する法律を有していた国においても当該法律を廃止する動きが進んでいること(原判決・認定事実(1)イ(イ))
- ▶ 多くの国において同性カップルに一定の地位や法的保護、公証を与える登録パートナーシップ制度が導入され、さらに、平成13年以降、約30の国・地域において、同性間の婚姻を認める立法が次々にされてきたこと(原判決・認定事実(3)ア、

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

同イ(ア)及び(イ))なお、原審口頭弁論終結後にもスイス(令和4年7月)、スロヴェニア(同年同月)及びキューバ(同年9月)の3か国において同性間の婚姻が実現している(甲A562～564)。

- ▶ 我が国においても、多くの地方公共団体においてパートナーシップ証明制度が導入されるなど、同性カップルについて一定の法的保護を与えようとする動きがあること(原判決・認定事実(4)ア)。なお、原審口頭弁論終結後にもパートナーシップ証明制度の導入拡充は進み、現在において全国の人口普及率が65.2%となっている(甲A565)。また、企業においても、配偶者に適用される慶弔休暇や家族手当などの制度を同性パートナーにも等しく適用する取り組みが広がっている(原告ら第17準備書面[6頁・7頁]も参照)。

これらの事実に加えて、以下の事実も指摘できる。

- ▶ 「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」(平成15年法律第111号)の成立により、出生時に割り当てられた性別が同一であるカップルに対しても婚姻の自由が開かれるに至ったこと。
- ▶ 日本政府は、国連内では、性的マイノリティに対する差別の撤廃を推進する「LGBTIコアグループ」(甲A196)に2008年の結成時から参加し、上記趣旨の共同声明発出に取り組み、2011年と2014年の国連人権理事会における性的指向と性自認に基づく差別に反対する決議(甲A34の1、甲A204の1)に賛成していること(甲A242・谷口意見書[15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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

- 2013年(平成25)年9月26日には、国連のLGBTコアグループが主催したLGBTの人権に関する会合に日本も出席し、差別的な法律を破棄し、憎悪に基づく暴力への対処を改善すると共に、性的指向と性自認に基づく差別からの十分かつ適切な法的保護を確保するよう求める宣言に了承するなど、国全体をあげて性的マイノリティの人権問題に取り組むことを宣明したこと(甲A566)

これらの事実は、性的指向や性自認に基づく差別が許されないこと、法律上同性のカップルも婚姻として保護すべきとの社会的承認を基礎づける事情の一部であるが、これらの事実からしても、国内外において、性的指向や性自認にかかわらず全ての人が価値において平等であり、その有する権利に差異があってはならないという認識が確立してきているといえる。よって、同性愛者等を性的指向や性自認を理由に排除することは許されず、これらの者を個人として尊重すべきことについては確立した国民意識となっていると言ってよい。

以上によれば、憲法24条1項に基づく現行の「婚姻」に同性カップルを包摂すべきであるという社会的合意は十分に存在し、そのような社会の変化に照らせば、「現段階において、同性間の人的結合関係を異性間の夫婦と同じ「婚姻」とすることの社会的承認があるものとはまでは認め難い」(42頁)として憲法24条1項の婚姻の自由に法律上同性のカップルの婚姻を含まないとする解釈が不当であることは明白である。

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

第7 総括

「伝統」が憲法の基本原理と反する時には、それを排し、個人の尊厳を全うならしめることこそ憲法の責務である。そして、性的指向や性自認にかかわらず人間は価値において平等な存在であること、「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」営む「共同生活」が性的指向等にかかわらず等しく個人の人格的生存において重要なものであり(原判決46頁)、その保護の重要性に何ら差異のないことが明らかになっている現在において、憲法が一定のカテゴリーの者の共同生活を保護し、他のカテゴリーの者の共同生活を保護しないと意思決定しているのだとすれば、それは憲法自身が存立の基礎とする個人の尊厳の原理を冒し、自らの価値を毀損するものにほかならない。憲法が最高法規としての威厳を持ち続けるためには、憲法自身が個人の尊厳に立脚した存在でなければならないのである。

原判決は、「同性カップルでも共同生活を営むこと自体は自由であって、…それ自体を制約するものではない」とするが(49頁)、婚姻が、当事者間の人的結合関係を承認、公証することを通じ、安定した共同生活を営むことを可能にするという意義を有することに鑑みれば、一定の範囲の者だけに婚姻制度の保護を与え、その共同生活の安定を図ることは、その表裏として、この保護から漏れた者たちの共同生活を不安定化、脆弱化させ、幸福追求に重大な障害を抱えることとなる。この点で、共同生活を送ることに対する制約が存在するというべきである。個人の尊厳を貫き、個人の幸福追求を保障する憲法が、このような事態を許容するはずがない。したがって、憲法24条1項は、性的指向等に問わず、婚姻の本質に合致する者たちの婚姻の自由を等しく保障していると解すべきほかないのである。

以上より、法律上同性のカップルについても、婚姻の自由が憲法2

【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第1回期日(20230623)提出の書面です。

4条1項により保障されることは明らかであるから、これらの者の婚姻を排除する本件諸規定は、憲法24条1項に違反する。

以上