

令和4年(ネ)第1675号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 控訴人1 外5名

被控訴人 国

### 第3準備書面

(婚姻類似の制度を選択する余地はなく、国会に広範な立法裁量を認めるべきでないこと)

2023年(令和5年)7月4日

大阪高等裁判所第14民事部B3係 御中

控訴人ら訴訟代理人 弁護士 大畑 泰次郎

(代)

同 弁護士 三輪 晃義

(代)

同 弁護士 寺野 朱美

(代)

同 弁護士 山岸 克己

(代)

同 弁護士 佐藤 倫子

(代)

同 弁護士 宮本 庸弘

(代)

同訴訟復代理人 弁護士 森本 智子

(代)

同 弁護士 松本 亜土

## 目次

第1	本書面の目的	4
第2	婚姻類似の制度として想定される制度について	6
1	はじめに	6
2	登録パートナーシップ制度について	6
3	その他の制度について	7
第3	同性カップルにのみ婚姻類似の制度しか認めないことの問題点	8
1	婚姻類似の制度では、婚姻と同じ法的権利の保障は得られないこと	8
2	婚姻類似の制度によって婚姻と同じ社会的公証は得られないこと	9
3	異なる制度の採用により差別が正当化され、固定化されること	11
4	異なる制度の採用は、性的指向の強制的な暴露につながる	13
第4	同性カップルについて新たな制度を創設する必要性はないこと	14
1	共同生活保護のための規定について別異取り扱いの理由はないこと	14
2	生殖関係における別異取り扱いの必要性は同性カップルを婚姻制度から排除する理由とはならないこと	15
(1)	問題の所在	15
(2)	実子に関する規定(嫡出推定)において支障が生じないこと	16
(3)	養子に関する規定において支障が生じないこと	18
(4)	子の養育について異性カップルと同じ制度を用いても支障がないこと	19
(5)	制度がないことで、同性カップルの生殖及び養育に支障が出ていること	19
(6)	結論	20
第5	婚姻類似の制度を婚姻制度に至る過渡的制度として創設する必要性もないこと	21
第6	同性カップルの権利保障を婚姻類似の制度ではなく婚姻制度で保障することは国際的な潮流であること	22

[リンクはご自由にお貼りください]

[有償配布 及び Web(ホームページ、ブログ、facebook等)へのアップロードや転載はおやめください]

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟(大阪高裁)・第3回期日(2023年7月18日)に提出された書面です。

1	婚姻類似の制度を採用した国は続々と婚姻を同性カップルに開放していること .....	22
2	国連の人権機関からの勧告 .....	22
第7	性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律の制定経緯 .....	23
第8	まとめ .....	27

## 第1 本書面の目的

- 1 原判決は、個人の尊厳の観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益（公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについての利益）を実現する必要があるといえるものの、その方法はさまざまであり、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める方法に限るものではなく、これとは別の新たな婚姻類似の法的承認の制度を創設するなどの方法によっても可能であるとし、どの制度が適切であるかは、民主的過程において決められるべきものであるから、その議論が尽くされていない現段階で、本件諸規定が国会の立法裁量を逸脱するものとして、憲法24条2項及び14条1項に違反するということはできないとする。

東京地判令和4年11月30日（甲A649）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（パートナーと家族になり、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ための制度）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、障害であるが、これを構築する方法については多様なものが想定され、それは立法裁量に委ねられており、必ずしも本件諸規定が定める現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める方法に限られない（現行の婚姻制度とは一部異なる制度を同性間の人的結合関係へ適用する制度とする方法や、同性間でも利用可能な婚姻に類する制度を別途構築する方法を採ること等も可能である。）ことからすれば、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が憲法24条2項に違反すると断ずることはできないとする。

名古屋地判令和5年5月30日（甲A651）も、「両当事者の関係が国の制度により公証され、その関係を保護するのにふさわしい効果の付与を受けるための枠組みが与えられるという利益は、憲法24条2項により尊重されるべき重要な人格的利益であるとし、現在の法律が、その関係を国の制度によって

公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で、国会の立法裁量の範囲を超えているとみざるを得ないような場合に当たるとするものの、同性カップルに対していかなる保護を付与する制度を構築するのが相当かについては、現行の法律婚制度をそのまま開放するのが唯一の方法とは限らず、当該制度とは別の規律を設けることも立法政策としてはありうるとし、憲法が一義的に同性、同性間に対して現行の法律婚制度を及ぼすことを要請するに至っているとは解し難いと判示する。

福岡地判令和5年6月8日(甲A652)も、同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条2項に違反する状態にあると言わざるを得ないとしつつ、現行の婚姻制度を同性カップルに適用する以外にも、諸外国で制度化されてきた同性間の人的結合に関する制度が複数あり、登録パートナーシップ制度もその内容次第では婚姻制度の代替となり得るなどとして、婚姻制度と異なる制度を設けるか否かについても立法府の議論に委ねることが相当であるとし、同性間の婚姻を認めていない本件諸規定が立法府たる国会の裁量権の範囲を逸脱したものとして憲法24条2項に反するとまでは認めることができないとする。

このように、原判決も各地裁判決も、同性カップルの法的承認の方法としては、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める方法に限られず、これとは別の新たな婚姻類似の制度を創設することも、憲法24条2項及び同14条1項に違反するものではなく、その選択は国会の立法裁量に委ねられるものとしている。

- 2 札幌地判令和3年3月17日(甲A327)は、この点について明確には述べていないが、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない(全く同じ制度にはできない)」、「同性愛者のカップ

ルに対し、婚姻によって生じる法的効果を付与する法的手段は、多種多様に考えられるところであり、一義的に制度内容が明確であるとはいえず、どのような制度を採用するかは、(中略)国会に与えられた合理的な立法裁量に委ねられている。」などと判示していることからすれば、原判決及び他の地裁判決と同様の考え方に立つものとも考えられる。

- 3 そこで本書面では、登録パートナーシップ制度のような婚姻制度とは異なる婚姻類似の別制度を導入することでは、同性カップルが異性カップルと同じ法的効果を受けることができないのみならず、同性カップルが「公認に係る利益」を実現し、あるいは「社会的公証」を受けることはできないこと、それどころか、同性愛者らに対する差別を固定化し、その尊厳を著しく損なう結果となり、同性愛者らの人格的生存に対する新たな脅威、障害となることを論じ、国会には、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める以外の立法を選択する余地は認め難いと解されることを論じる。

また、最後には、今般繰り広げられてきたLGBT理解増進法の制定を巡る経緯に照らせば、国会に同性カップルの利益保護について広範な立法裁量を認めることは、差別の温存に加担することになることについても論じる。

## 第2 婚姻類似の制度として想定される制度について

- 1 原判決や各地裁判決が想定する婚姻類似の別制度とはいかなる制度をいうのか、その判示内容からは必ずしも明らかではないが、各地裁が想定しているのは、ヨーロッパにおける立法例であると思われる。
- 2 登録パートナーシップ制度について

1989年、デンマークにおいて、法律上、同性の二者間の関係を公証し、一定の地位や法的効果を付与する制度である登録パートナーシップ制度が導入された。同様の制度(各国によって呼称や具体的な制度内容は異なるが、以下では総称して「登録パートナーシップ制度」という。)は、ヨーロッパ諸国を

中心に広がり、ノルウェー（1993年）、アイスランド（1996年）、ベルギー（同年）、オランダ（1998年）、ドイツ（2001年）、フィンランド（同年）、ルクセンブルク（2004年）、ニュージーランド（同年）、イギリス（同年）、オーストリア（2009年）、アイルランド（2011年）、イタリア（2016年）等において導入された。

これらのうち、多くの国の登録パートナーシップ制度は、同性カップルのみを対象としているが、異性カップルをも対象とするものもある（オランダ、ポルトガル等）。

登録パートナーシップ制度の法的効果は国によって異なるが、婚姻とほとんど同じ法的効果を認める国もあれば、社会保障、税制上の優遇措置、養子制度、関係の解消方法などで婚姻と異なる制度を導入している国も多い（甲A564・32頁、甲A662・11頁の表参照）。そして遺族年金や退職年金の受給権の有無、相続税の控除額や税率、共同養子縁組の可否などの差異は、訴訟やこれを受けた法改正が重ねられることにより、次第に解消されていき、登録パートナーシップ制度の内容は婚姻制度に近似していった、最終的に同性間にも婚姻制度が導入されるに至っている。そして、同性間の婚姻制度の導入に際して従前の登録パートナーシップ制度を維持する国（イギリスなど）も存在するが、そのほとんどは廃止するに至っている（甲A98、甲A181、甲A564、甲A662、甲A663）。なお、イギリスにおいては、異性カップルが登録パートナーシップ制度を利用できないことに関して訴訟提起され、最高裁判所がこれを認めたことで、2019年、異性カップルもまた登録パートナーシップ制度を利用できるようになった（甲A664）。

### 3 その他の制度について

また、登録パートナーシップ制度ほどには強力な法的効果を望まないカップルに関して、一定の同棲関係に対して主に財産法上の法的効果を与える法定同棲と呼ばれる制度を設けている国（ベルギー、スウェーデン）や、当事者の契

約によって権利及び義務を設定し公的機関に登録することで第三者や国に対してカップルであることを対抗することができるようになる市民連帯協約(PACS)の制度を設けている国(フランス)もあるが、これらの制度は、婚姻制度と併存するものであり、異性カップルであるか同性カップルであるかを問わず利用することができる(甲A181)。同性カップルもまた、異性カップル同様、これらの制度と婚姻制度とを選択することができる。

### 第3 同性カップルにのみ婚姻類似の制度しか認めないことの問題点

#### 1 婚姻類似の制度では、婚姻と同じ法的権利の保障は得られないこと

原判決は「婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むことにあ」る(原判決25頁)とするところ、このような共同生活の保護のため、多数の権利や法的利益が婚姻の効果として認められており、それらの効果が身分関係の創設・公証と結びつけて認められていることに婚姻の本質があるというべきである。

そしてこれらの法的権利や社会的公証を受けることができる利益は、原判決を含む各地裁判決も述べるとおり、個人の尊厳に関わる重大な人格的利益であり、憲法13条、憲法24条によって保障されるというべきである。

したがって、同性カップルについても、異性カップルの場合と同一の身分関係が創設・公証され、そのうえで異性カップルと同じ法的効果が認められなければならない。仮に同性カップルについて異性カップルには認められる法的効果の一部を認めないのであれば、それは法の下での平等(憲法14条1項)の観点から「性的指向という本人の意思や努力によっては変えることのできない事柄によって、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについての区別取扱いをするものであることからすると、本件区別取扱いの憲法適合性については、このような事柄の性質に配慮して、より慎重に検討される必要」(原判決39頁)がある。

この点、第2でみたように、ヨーロッパ諸国で同性カップルに認められている(いた)登録パートナーシップ制度などの婚姻類似の制度は、国によって内容はさまざまであり、婚姻制度と比較した場合に、嫡出推定など生殖関係の権利だけでなく、社会保障、税制上の優遇措置、養子制度など様々な場面で婚姻制度と法的効果の違いがみられる。婚姻類似の制度とは、このような法的効果が異なる多様な制度を広く含むものであり、婚姻制度と同じ法的効果を認めることを前提としていない。そもそも同性カップルに異性カップルとまったく同じ法的効果を保障するのであれば、わざわざ膨大な立法作業を経て婚姻制度とは異なる制度を新たに創設する必要はなく、同性カップルについてのみ婚姻類似の制度を新たに創設するということは、むしろ異なる法的効果を前提としているものと考えざるを得ない。

また、仮に婚姻類似の制度が、日本の国内法上婚姻制度とまったく同じ法的効果を有するものであったとしても、日本以外の国で、その制度に婚姻制度と同じ法的効果が認められる保証はない。例えば、日本で婚姻類似の制度を利用している同性カップルが、海外に渡航する場合に、渡航先の国で、婚姻関係と同様の関係にあると法的に認められ、例えば配偶者ビザの取得をすることができるかどうかは、まったくの未知数である。

このように、婚姻制度とは別に婚姻類似の制度を創設するということは、制度の名称のみならず、同性カップルと異性カップルとで、異なる法的効果を認めることを前提としており、婚姻類似の制度では、婚姻と同じ法的権利の保障を得られることにはならない。

## 2 婚姻類似の制度によって婚姻と同じ社会的公証は得られないこと

1で述べたように、同性カップルが、異性カップルと同じ社会的公証を受けられることは憲法上保障された利益である。

そして、原判決や東京地判などが述べるとおり、社会的公証は、「社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができること」(原判決

・ 26頁) ないし社会内において生活する中で家族として扱われること(甲A649・50頁参照)をその重要な要素とするものであるところ、このような社会的公証は、法律や法制度と無関係に成立するものではなく、当該カップルの関係に対する法律による公的承認(公証)ないしは「社会的公認を受けるための制度」(甲A649・50頁参照)を基礎として成立するものである。

この点、例えば、フランスの市民連帯協約(PACS)などのように、カップルの関係を公証する婚姻類似の制度が婚姻制度とは異なるカップルの人的結合関係を公証するための制度として設けられ、それが社会においても定着している場合であって、同性カップルと異性カップルのいずれもが、この2つの制度を選択的に利用できるときは、同性カップルも異性カップルもともに、その選択したカップルの関係に対する婚姻制度又はPACSによる公証を基礎として成立した社会的公証を等しく享受し得ることになり、同性カップルと異性カップルとで受けられる社会的公証の内容が異なることにはならない。

ところが、婚姻制度を利用できるのは異性カップルのみであり、同性カップルは婚姻類似の制度しか利用できないものとした場合には、両者間には、カップルの関係について利用し得る公証制度に関して差異が存することとなり、したがって、享受し得る社会的公証についても差異が生ずることとなる。具体的には、この場合、婚姻と婚姻類似の制度とが法律上区別されていることから、それらを利用するカップルの関係も同等のものではなく、婚姻類似の制度を利用した異性カップルの関係は、同性カップル間の「本物の結婚」と同等の重要性や意義を持たず、婚姻の名に値しないような劣ったものであると社会において受け止められることになるであろうことは、容易に想像されることである。

実際に、イギリス・スコットランドの平等ネットワークが2009年から2010年にかけて実施した調査(甲A665)では、シビルパートナーシップを結んでいる同性カップルの58%が、婚姻しているカップルと同じ権利や尊敬を受けられていないと回答している(甲A665の1・33～34頁、甲A

665の2・33～34頁)。具体的には、周囲から「本当の結婚ではない」と言われた、パートナーが共同口座を希望していることを銀行が理解しなかった、雇用主が書類上の敬称を「ミス」から「ミセス」に変更することを拒否した、病院がパートナーを近親者として認めなかった、病院を受診する際のフォームに婚姻区分の記入欄はあったがパートナーの有無を記載する欄がなく「その他」の扱いになった、などの回答がなされている(甲A665の1・36～37頁、甲A665の2・36～37頁)。

さらに、アメリカ・ニュージャージー州のシビルユニオン検討委員会の最終報告書(甲A666)においても、州法には婚姻配偶者とシビルユニオンパートナーは同等の待遇を受ける権利があると定められているにもかかわらず、雇用主が従業員のシビルユニオンパートナーに婚姻配偶者と同様の福利厚生を提供することを拒否した事例や、パートナーが緊急医療を受けなければならない時に、病院の職員から法的なパートナーであるのかどうか質問された上で、シビルユニオンの証明書のコピーの提出を求められるなど関係性の説明に困難を強いられた事例、パートナーが入院した際に面会を許されず、病院の警備員によって排除された事例などが、公聴会における証言として紹介されている(甲A666の1・11～15頁、甲A666の2・12～16頁)。

以上のような諸外国の例に照らしても、たとえ同性カップルの関係を公証する婚姻類似の制度が設けられ、それに対して婚姻と同等の法的効果が与えられたとしても、同性愛者に対する差別的な取扱いの歴史も相まって、同性カップルの関係が社会内において婚姻と同等のものとして受け止められることにはならず、同性カップルが異性カップルと同等の社会的公証を享受し得ることにはならないことが明らかである。

### 3 異なる制度の採用により差別が正当化され、固定化されること

アメリカでは、1950年代に、「ブラウン対教育委員会」判決(1954年)をはじめとする人種分離の解消に関する諸判例において、「分離すれど平

等」の法理が違憲とされた。これは、分離すること自体が、歴史的に劣位に取り扱われてきた集団に対する差別を正当化し、固定化するからである。

そして、歴史的に差別的な扱いを受けてきた同性愛者らについて、合理的理由なく、社会に根付いた婚姻制度から排除し、異性カップルとは異なる別の制度を設けることは、まさにこの「分離すれど平等」にほかならない。これにより、同性カップルの関係や同性愛者らの存在それ自体が、「二級の婚姻」「二級市民」と位置付けられ、同性愛者らに対する劣等感やスティグマの付与というネガティブな作用が生じる。

アメリカのカリフォルニア州、コネティカット州などの最高裁判所は、シビルユニオンの合憲性が争われた訴訟の判決において、この「分離すれど平等」の問題点を指摘しており（甲A667の1・2～3頁、甲A667の2・2～3頁）、オーストリアの憲法裁判所も、2017年12月4日の判決で、「結婚と登録パートナーシップとに分離することは、同性間のパートナーシップと異性間のパートナーシップは、その性質や本人にとっての意義において同等であるにもかかわらず、同性の性的指向を持つ人が異性の性的指向を持つ人と同等でないことを依然として示唆するものである。したがって、今日この区別は、同性カップルを差別することなくして維持することはできない。」と判示して、異性間関係と同性間関係を2つの法制度によって区別することは、性的指向等の個人の属性を理由とする差別を禁止する平等原則に違反しているものと結論づけた（甲A98・77頁、甲A668）。また、近時ではスロベニアにおいても、憲法裁判所は、2022年6月16日の判決において、同性カップルの結婚や養子縁組を禁じる法律は憲法に違反すると結論づけた（甲A663・27頁）。

そして日本においても、大阪地判、東京地判の評釈等の中で同様の議論がなされている。木村草太教授は、東京地判の判断内容に対する批判として、婚姻と同じ効果を与えるために、わざわざ別制度を設ける合理的理由はないとした

上で、「理由もないのに婚姻制度を分けるなら、分離すれど平等の一種であり、差別感情を満足させるための区別だと認定せざるを得ない」(甲A658・90頁)と述べている。また憲法学者の松原俊介氏も、「婚姻の法的効果の一部を認める婚姻類似の制度を設けることで、同性カップルに対して婚姻制度への参加を認めないということは、彼らにスティグマを与え、『二級市民』に貶めるものであり、この点は、婚姻制度とまったく同等の法的効果を定めるパートナーシップ制度を設けることによっても解消されるものではない」(甲A669・22頁)と述べている。

さらに、このスティグマの付与は、同性カップル当事者だけにとどまらず、同性カップルに養育されている子にも及ぶことになる。ニュージャージー州のシビルユニオン検討委員会の最終報告書(甲A666)では、同性カップルの子どもたちが、婚姻による社会的認知を受けられない家族の一員であるという偏見に対処しなければならないこと、シビルユニオンから生まれた子どもは婚姻外で生まれた非嫡出子であるという偏見にも直面する可能性があることが指摘されており、実際にかかる葛藤にさいなまれた子どもたちの声が紹介されている(甲A666の1・15～20頁、甲A666の2・17～21頁)。

#### 4 異なる制度の採用は、性的指向の強制的な暴露につながる

もう一つの無視できない問題点として、婚姻類似の制度を利用できるのは同性カップルのみということになれば、婚姻類似の制度を利用していることを明らかにすることが、性的指向や性自認のカミングアウトに必然的につながってしまうという問題がある。

前述のスコットランドの平等ネットワークによる調査(甲A665)では、シビルパートナーシップを利用している回答者が、「婚姻状況について尋ねられた際に、『シビルパートナー』と答えることは、つまりカミングアウトで、時として得られる反応は良くて驚愕、最悪な場合は嫌悪です。申請書類によくある婚姻状況関連の質問は、推定的な性的指向を明らかにするように強制され

るものであってはならないはずです。もし、シビルパートナーシップが男女のカップルでも可能だったら、『シビルパートナー』という言葉から公的にあなたの性的指向がこのように特定されることはなくなるでしょう」と述べている(甲A665の1・36頁、甲A665の2・36～37頁)。

また、オーストリア憲法裁判所の2017年12月4日判決においても、「この区別(控訴人ら代理人注:結婚と登録パートナーシップとに分離すること)による差別的効果は、登録パートナーが特定の家族状況(登録パートナーシップとしての生活)に言及するたびに、性的指向がまったく問題にならない、あるいはしてはならない場合であっても、性的指向の開示を避けることができず、差別される危険性があることである」と指摘されている(甲A98・77頁、甲A668)。

#### 第4 同性カップルについて新たな制度を創設する必要性はないこと

第3では、同性カップルについてのみ婚姻類似の制度を設けることの問題点について述べたが、そもそも同性カップルについて、異性カップルに認められる婚姻制度とは異なる制度を設けなければならない合理的理由は存在しない。

##### 1 共同生活保護のための規定について別異取り扱いの理由はないこと

原判決が述べるように「婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として公的承認を得て共同生活を営むこと」(原判決26頁)にあり、この点札幌地判もまた、婚姻は子どもを産み育てることだけでなく、共同生活自体を保護することも重要な目的としているとしている(甲A327・25頁)。そして、共同生活保護の必要性は同性カップルと異性カップルとで何ら異なるところはないから、婚姻にかかる規定のうち、夫婦間の夫婦財産制(民法755条以下)、夫婦相互の同居・協力・扶助義務(同法752条)、配偶者の相続権(同法890条)など、共同生活保護を目的とする規定については、同性カップルについて異性カップルと異なる規定を設けなければならない理由はな

い。

民法以外では、遺族厚生年金や労災・公務災害における遺族補償年金、寡婦年金など社会保障関係の制度の中に、男性である「夫」と女性である「妻」とで、受給開始年齢や受給要件などにおいて異なる取り扱いをしている制度がある（厚生年金保険法59条1号、63条5号、65条の2、労働者災害補償保険法16条の2、16条の3、国民年金法49条等）が、これらの別異取り扱いの理由は、男女間の経済的・社会的格差に着目したものであるから、「夫」を男性配偶者、「妻」を女性配偶者とした上で、同性カップルにも適用可能である。

## 2 生殖関係における別異取り扱いの必要性は同性カップルを婚姻制度から排除する理由とはならないこと

### (1) 問題の所在

ア 原判決や東京地判（甲A649号証）は、生殖や子の養育に着目して、同性間の場合は異性間の婚姻制度をそのまま適用できないことを前提に、現行婚姻制度を定める本件諸規定が違憲であるとの判断を回避しているように見受けられる。

イ 札幌地判（甲A327）は、同性カップルが婚姻の効果の一部ですらも享受できないことは憲法14条1項に反すると判示しながらも、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない（全く同じ制度にはできない）こと」を理由として、立法府の裁量判断を待たなければならないと判示する（甲A327・31頁）。

ウ 他方、これらの判決においては、生殖と子の養育に関して、異性カップルと同性カップルの取扱いを「全く同じ制度にはできない」という結論が前提とされるのみであり、本当に「全く同じ制度にはできない」のかどうかについての具体的な検討がまったく見られない。

エ そのため、これらの判決においては、両親が同性となる場合には、何らかの支障が生じるのではないかという抽象的で漠然とした疑問が、「異性間に適用される現行婚姻制度をそのまま同性間には適用できない」という評価につながっているのではないかと考えられる。

オ しかしながら、そもそも、異性カップルであっても年齢や病気、障害などによって生物学的に生殖可能性がない場合はあるのだから、生殖と子の養育に関して、異性カップルと同性カップルの取扱いを全く同じにできないと言い切る理由はない。そして、この点について具体的に検討してみても、以下に論ずるとおり、生殖及び子の養育に関する現行の諸規定をそのまま同性カップルに適用することも可能であり、仮にそうしたとしても、法適用に関して支障は生じない。したがって、各地裁判決のように、生殖及び子の養育に関して「全く同じ制度にはできない」ことを前提とするのは誤りである。

## (2) 実子に関する規定（嫡出推定）において支障が生じないこと

ア まず、実子に関する規定として問題になるのは、嫡出推定（民法722条）の規定である。現行法が「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と定めるところ、これを「一方配偶者が婚姻中に懐胎した子は、他方当事者の子と推定する」となどと表記を改めることは必要であるが、同性カップルへの適用には、文言の修正で足りる。この規定は、配偶者の一方が妊娠・出産することを前提とする規定であるから、女性カップルにのみ適用される。したがって、女性カップルの一方が出産した場合、出産していない方の母に嫡出推定が及び、二人の母が共同親権を得ることができる<sup>1</sup>。

この点については、京都産業大学の渡邊泰彦教授は、同性間で婚姻できる場合、「民法772条を適用または類推適用して、異性婚と区別しない

---

<sup>1</sup> 公益社団法人 MarriageForAllJapan は、2023年3月これにしたがった法案として「婚姻平等マリフォー法案」を公表した（甲A670）。

ことも考えられる」として適用を肯定したうえ、嫡出推定の規定を適用しないことで同性婚を異性婚と区別するという考えは、「異性婚と同性登録パートナーシップの区別の基礎にあった考えは過去のものとなっている」ことから、「将来的に維持できるかは疑問である。」と指摘している（甲A671）。

イ 他方、男性カップルの場合は、婚姻当事者が妊娠・出産することはあり得ないから、そもそも嫡出推定規定の適用の余地がない。また、日本では認められていないが、仮に精子提供により代理母出産をすとしても、生まれた子の母は代理母となり（最高裁昭和37年4月27日判決・民集16巻7号1247頁。最高裁平成19年3月23日決定・民集61巻2号619頁）、当該男性カップルについて嫡出推定が問題となることはない。今後、代理懐胎を認めるか、認めた場合の親子法制をどう考えていくかは問題になり得るものの、それは不妊治療に悩む異性カップルにもまったく同じ問題が生じる話であり、同性カップル特有の問題ではない。

ウ 女性カップルが嫡出推定によって二人とも母になるとする場合、生物学上あるいは遺伝学上親となり得ない「出産していない方の母」に嫡出推定を及ぼしてよいかどうか問題となり得る。しかし、すでに最高裁は、性同一性障害特例法に基づき性別変更をしたトランスジェンダー男性について、遺伝学上の父となり得ないことは明らかであるにもかかわらず、その妻が懐胎した子の嫡出推定適用を認めている（最高裁判所平成25年12月10日決定）。

エ また、生物学上の親とはなり得ない「出産していない方の母」は、DNA鑑定によって親子関係がないことを証明することが可能であるが、子の出生後に嫡出否認の訴えを起こすことができるとすれば、子の福祉を害することになりかねないという問題がある。しかし、この点も、異性カップルにおいて第三者の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した場合に同じ

問題が生じるため、すでに法整備がされている。生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律第10条は、「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子（その精子に由来する胚を含む。）を用いた生殖補助医療により懐胎した子については、夫は、民法第七百七十四条の規定にかかわらず、その子が嫡出であることを否認することができない。」と定め、子の地位の安定を図っている。

オ なお、精子提供者である遺伝学上の父は法律上の父となれないのかという点も問題となり得るが、民法779条は認知できる子を「嫡出でない子」としており、婚姻している女性間の子を認知することはできない。この点も、第三者の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した異性カップルにも同じ問題が生じるため、同性カップル特有の問題ではない。

カ したがって、嫡出推定の制度において、同性カップルへの適用は文言の修正で足り、同性カップル特有の問題について特別な別途の配慮や制度構築を要するものではない。生殖補助医療に関していえば、女性カップルは夫が無精子症の場合の異性カップルと類似し、男性カップルは妻が卵子をつくれず、懐胎もできない場合の異性カップルと類似するから、生殖補助医療特有の問題は、異性間・同性間問わず同じように生じ、同じように立法による解決が必要とされる。そして、生殖補助医療について未解決の課題を残しつつ、異性カップルは婚姻制度を利用できているのであるから、同性カップルも同様に利用できるはずである。

### (3) 養子に関する規定において支障が生じないこと

ア 同性間の婚姻を認めた先行諸外国では、養子縁組資格も認めている国が多いが、それによって法制度上の支障が生じたとの報告は見受けられない。

イ 婚姻が認められれば、共同親権が認められるので、子と養子縁組をしてふうふ（夫夫、夫婦）共同で親権を行使することができるようになる。この点も、同性カップルにそのまま適用することが可能である。

ウ また、特別養子縁組を定める民法817条の3は、養親となる者は既婚者であることを要件としているところ、同性カップルが婚姻できるようになれば、特別養子縁組を認めることも可能となり、そのまま適用することが可能である。

エ したがって、養子に関する諸規定は、そのまま同性カップルに適用することができ、同性カップル特有の問題は生じない。

(4) 子の養育について異性カップルと同じ制度を用いても支障がないこと

まず、親権を定める民法818条には「父母」という言葉が用いられているため、これを「両親」などに修正する必要があるが、そのような文言の修正により同性カップルに適用することが可能となる。

親権に関しては、女性カップルのみならず、男性カップルにも適用される。例えば、女性と婚姻し子をもうけた後、親権者を父と指定して離婚した男性が、男性と再婚する場合には、再婚相手の男性と子が養子縁組をすることにより、共同親権を得ることができる。

したがって、親権の制度において、同性カップルへの適用は文言の修正で足り、同性カップル特有の問題は生じない。

(5) 制度がないことで、同性カップルの生殖及び養育に支障が出ていること

上記のとおり、生殖及び子の養育についても、文言の修正をする程度で、異性カップルが使っている現行制度をそのまま同性カップルに適用することは可能である。したがって、これらを含めた法律の整備をすることは、特に難しいことではない。<sup>2</sup>

しかしながら、国がそれを怠っている間に、多くの同性カップルは、現

---

<sup>2</sup> 二宮周平氏も、異性カップルを前提とする「語句の修正(性中立化)」のみで同性婚の実現は可能であるとし、むしろ「登録パートナーシップ制を導入すると、戸籍とは別の登録制度を設けるか、戸籍の中に記載欄を設けるか、新たなシステム構築が必要になる」とし「同性婚導入の方がはるかに簡易であり、かつ、権利義務の保障が同一になるので、メリットが大きい」とする(甲A672)。

に子を産み、子育てをしていく中で、様々な困難や不利益に直面する。この点は、アンケート調査に関する令和4年11月2日付報告書(甲A613)の93頁以下にも多くの具体的な回答が記載されている。

特に、同性カップルの一方が外国籍である場合、その不利益はさらに複雑多岐にわたる。原告3番と原告4番は、14年間パートナー関係を続け、日本で一緒に暮らしてきたカップルであるが、①原告4番が出産した子について原告3番は親権者となれない、②親権者となるために原告3番が養子縁組をすると原告4番が親権を失う、③原告4番が外国籍なので、子に漢字の名をつけても記載してもらえない、④原告3番が育児休業を取得しても育児休業給付金が支給されない、⑤子が日本国籍を取得できない等、様々な壁にぶつかっており、そのたびに尊厳を傷つけられ不利益に苦しんでいる(甲C6)。

#### (6) 結論

以上に論じたとおり、生殖と子の養育についても、現行の法制度をそのまま同性カップルに適用することは可能であり、同性間の婚姻を認めていない本件規定が違憲であるとされた場合においても、同性カップル特有の事情に配慮して新たな法制度を構築することが必然的であるとはいえない。この点について、京都産業大学の渡邊泰彦教授は、嫡出推定規定を含む親子法制を同性カップルに適用できることを具体的に論証したうえで、「本件において憲法14条違反となる区別取扱いを「婚姻によって生じる効果」ではなく、「婚姻」そのものにみることもできた。同性カップルによる家族形成の一環としての同性婚という視点から、親子関係の規定の適用を含めて同性婚を認める方向へと進むべきだと考える。」と論じている(甲A671)。

上記のような現実の支障や困難が生じていることを無視し、立法裁量の名のもとに差別を放置することは決して許されない。既に述べたとおり、同性カップルに婚姻制度を適用することに何の支障もないのであるから、裁判

所としては、端的に、そのような差別を放置することは違憲であり、その不作為は立法裁量の逸脱であると判断を示すべきである。

## 第5 婚姻類似の制度を婚姻制度に至る過渡的制度として創設する必要性もないこと

東京地判は、パートナーと家族になるための法制度を導入する場合にいかなる制度とすべきかについては、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、立法府において十分に議論、検討がされるべきであると判示する(甲A649・52頁)。その背後には、同性カップルの法的保護について、登録パートナーシップ制度のような婚姻類似の制度を経て婚姻制度へと段階的に実現していくべきである、少なくともそういった段階的な進展もあり得るとの認識があるものと思われる。

しかし、ヨーロッパ諸国で登録パートナーシップ制度の導入が広がった1990～2000年代のように、同性間の婚姻を認める国がほとんどなく、同性カップルに対する社会的承認の進んでいなかった時代であればともかく、同性間の婚姻は2023年2月の時点ですでに34カ国で法制化されており(甲A673)、日本においても、パートナーシップ制度を有する自治体が人口比にして6割以上を占めるなど(甲A645)、同性カップルに対する社会的承認は進んでいる。そして世論調査においても、朝日新聞社が2023年2月に行った調査では、同性間の婚姻を「認めるべきだ」と回答した人が72%に上り、「認めるべきではない」と回答した人(18%)の4倍にも及んでいる(甲A646)。2015年に同新聞社が行った調査では、同性間の婚姻を「認めるべきだ」と回答した人が41%、「認めるべきではない」と回答した人が37%と拮抗していたとのことであるから、同性間の婚姻に対する社会的承認は、この8年間でも大きく進んでいることが分かる。そしてこの数字は、アメリカのオーバーガフェル判決(2015年)や台湾における同性間の婚姻の法制化

(2019年)の時点での両国における同性間の婚姻に対する支持率を大きく上回り、2021年時点での両国における支持率(アメリカ70%、台湾60.4%)をも上回っている(甲674、甲675)。

婚姻制度とは異なる新しい制度を創設するためには、膨大な立法作業を要することが見込まれる(甲672)ところ、同性間の婚姻に対する社会的承認が進む中で、その労力をかけてまで段階を踏まなければならない理由は何ら認められない(甲A669・23頁参照)。

## 第6 同性カップルの権利保障を婚姻類似の制度ではなく婚姻制度で保障することは国際的な潮流であること

### 1 婚姻類似の制度を採用した国は続々と婚姻を同性カップルに開放していること

2023年2月時点で、同性間の婚姻を制度化している国は34カ国であり、登録パートナーシップ制度など婚姻類似の制度を導入した国として、第2の2及び3において述べた国々では、現時点において、イタリアを除くすべての国で同性間の婚姻が認められている(甲A673)。

同月時点で、同性カップルに婚姻制度の利用は認めていない一方、登録パートナーシップ制度等の婚姻類似の制度を認めている国は、イタリアのほかイスラエル、ギリシャ、チェコ、ハンガリーなど10カ国ほどであるが(甲A673)、登録パートナーシップ制度を持っていたアンドラ公国が2023年2月17日に同性間の婚姻を認める34カ国目の国となった(甲A673)ように、今後も続々と婚姻を同性カップルに開放する国が増えてくるものと思われる。

### 2 国連の人権機関からの勧告

条約機関が国家報告制度のもとで発出する総括所見や、国連人権理事会における普遍的定期審査において、日本に対し、同性カップルに対する権利保障について、たびたび勧告がなされている。

例えば2008年10月に自由権規約委員会が、その総括所見において同性のカップルの人権状況について懸念を示し、自由権規約26条についての解釈に沿って、婚姻していない同居している異性のカップルに付与されている便益が、婚姻していない同居している同性のカップルに対しても同等に付与されることを確保すべきであるとの勧告を行った(甲A95)。その後、同様の懸念と勧告が、社会権規約委員会から2013年5月に(甲A97)、自由権規約委員会から2014年8月に示された(甲A96)。

そして2022年11月に出された自由権規約委員会の総括所見(甲A625)では、はじめて同性間の婚姻に直接言及がなされ、同性カップルが、同性間の、婚姻を含む規約に規定されたすべての権利を全国で享受できるようにすることが勧告されている(甲A625)。

また、2023年2月に出された国連人権理事会の普遍的定期審査の報告書(甲A676)では、5か国が、同性間の婚姻の法制化を日本に勧告している。

## 第7 性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律の制定経緯

1 2021年5月14日、LGBTに関する課題を考える議員連盟において、与野党の協議に基づき「LGBT理解増進法」に「性的指向及び性自認を理由とする差別は許されない」が明記されることとなり、自民党の党内手続きを経て国会提出されることとなっていた。しかし、同月20日の自民党内会議において上記与野党合意案に対し自民党内保守派議員からの強い反発があり、法案提出が暗礁に乗り上げた(甲A525)。

これに対して、鬼丸かおる元最高裁判事ら23名の弁護士が呼びかけ人となり、濱田邦夫元最高裁判事を含む弁護士1207名、法学者79名が賛同者となった「LGBT法案の今国会提出を求める、弁護士・法学者緊急声明」が自民党党本部に提出されるなどしたもの(甲A526)、結局、第204回通

常国会での同法案の成立は見送りとなった(甲A527)。

上記5月20日の自民党内会議においては、自民党議員から、「道徳的にLGBTは認められない」、「人間は生物学上、種の保存をしなければならず、LGBTはそれに背くもの」との発言があったことも報道されている(甲A525、528)。

- 2 2023年2月以降、荒井勝喜前首相秘書官による差別的発言(控訴人第1準備書面7頁参照)を受け、同年5月に開催されるG7サミットを前に、改めてLGBT理解増進法の立法の機運が高まった。

与野党内では、2021年に自民党内の反発によって立法が見送られた超党派合意案を前提に議論が進んでいたが、2023年5月12日、自民党「性的マイノリティに関する特命委員会」が開催され、超党派合意案を反故にすることが事実上決定された。具体的には、超党派合意案の「差別が許されない」との条文を「不当な差別はあってはならない」に改めるなど、党内保守派への配慮から、理念を後退させるような修正がなされることとなった(甲A677)。

自民党による上記修正に関連して、自民党議員から「もう十分に骨抜きになった」とか「差別を禁止するということではなく、みんなで理解しあって社会を作っていくのが法案の目的だ」とか「あくまでも理解増進にとどめるべきだ。それ以上の話は同性婚議論につながりかねない」などの発言がなされた(甲A678)。

同年5月18日、自民党及び公明党は上記修正案を国会に提出した(甲A679)。これは、翌日から開幕するG7サミットで議長国としての対面を保つために、駆け込みで提出されたものであった。他方、立憲民主党、社会民主党及び共産党は、2021年の超党派合意案からの後退は認められないとして、同超党派合意案を国会に提出した。

同年5月26日には、日本維新の会と国民民主党が、LGBTへの理解増進に関する独自の対案を国会に共同提出した。この維新・国民案では、「全ての

国民が安心して生活することができるよう留意する」との条文が盛り込まれていた(甲A680)。

- 3 同年6月9日、自民党、公明党、日本維新の会及び国民民主党の4党の国会対策委員長が会談し、上記維新・国民案の内容を盛り込んで与党案を修正するとの合意がされた。その結果、自民・公明案に、「この法律に定める措置の実施等に当たっては、性的指向又はジェンダーアイデンティティにかかわらず、全ての国民が安心して生活することができることとなるよう、留意するものとする。」との条項が加えられることとなった。

自民党の保守系議員からは「この法案はむしろ自治体による行き過ぎた条例を制限する抑止力が働く」とかLGBTに関する教育を「規制するためにLGBT法案が必要だ」などの発言がなされた。

自民・公明・維新・国民案は「性的指向又は性自認を理由とする差別の解消等の推進に関する法律案」として同年6月13日に衆議院を、同年6月16日に参議院を通過し、同年6月23日から施行された(甲A681)。

- 4 今回成立したLGBT理解増進法は、その目的を「性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に寛容な社会の実現に資すること」にあると謳うが(同法第1条)、「この法律に定める措置の実施等に当たっては、(略)全ての国民が安心して生活することができることとなるよう、留意するものとする。」との条項(同法第12条)が加えられた。それにより、あたかもLGBTQが国民の安心を害するかのような誤った前提に立つこととなり、マイノリティとマジョリティとの間の分断を招き、法の理念である共生社会の実現の方向に逆行するとの批判が呈されている(甲A682)。

また、認定特定非営利活動法人ウィメンズアクションネットワークは2023年6月14日、「LGBTQ+への差別・憎悪に抗議するフェミニストからの緊急声明」を発出した。同声明では、「4党修正法案に『全ての国民が安心して生活することができることとなるよう留意』という文言が入ったことで、

マイノリティの権利保障に向けたはずの法律がマジョリティの権利尊重を謳うことになってしまっています。学校における教育・啓発・相談体制の整備についても、『家庭及び地域住民その他の関係者の協力』を得るという条件が付記されたことで、性的マイノリティへの理解増進が抑制的に運用される懸念があります。」と述べられ、「以前よりSNSを中心に不安を煽るような言説が広がっていましたが、LGBT理解増進法の成立が迫るなか、事態は一層深刻になっています。例えば、LGBT理解増進法ができると『身体的には男性の人が『心は女性』と言えば女性風呂に入れるようになる、それを拒めば差別だとされるので拒否できない』などという発言が頻出しています。このような事実誤認や偏見が広がることで、モラルパニックが起き、その結果、トランスジェンダーへの憎悪がますます強まっていることを懸念します。」とも述べられ、LGBT理解増進法がLGBTへの理解増進を抑制することやトランスジェンダーへの憎悪がますます強まることへの強い懸念が示された(甲A683)。

実際に、LGBT理解増進法案が審議されていた最中である2023年6月3日から同月5日にかけて、大阪弁護士会に所属するトランスジェンダーを公表している弁護士に対して、「男のクセに女のフリをしているオカマ野郎」「メッタ刺しにして殺害する」など書いた殺害予告のメッセージが匿名の者から断続的に送られてくるという事件が発生している(甲A684)。

- 5 以上の立法経過を見ると、国会ではLGBTに対する差別を解消するための議論ではなく、LGBTに対する差別を許容する余地を残すための議論や同性婚の導入に向けた検討を回避するための議論ばかりがなされていたというほかない。

原判決は、同性カップルの公認に係る利益に実現のためにどのような制度が必要であるかについては民主的過程において決められるべきであると繰り返し述べる。しかし、原判決を除く各地の「結婚の自由をすべての人に」訴訟で違憲判断が相次いでいるにもかかわらず、LGBT理解増進法ですら骨抜きにさ

れて与野党合意もできず、「全ての国民が安心して生活することができることとなるよう、留意するものとする。」などと差別の解消よりも社会の多数派の安心を優先させるような立法がされるのが国会の現状である。このような国会に同性カップルの利益保護について広範な立法裁量を認めることは、差別の温存に加担することになる。このことを裁判所は認識しなければならない。

## 第8 まとめ

以上に述べたように、同性カップルを婚姻制度から排除し、同性カップルのみが利用可能な婚姻制度とは異なる婚姻類似の制度を創設することにより、同性カップルは、異性カップルと同じ法的効果や社会的公証を受けられないばかりか、同性カップルや同性愛者らの存在は、「二級の婚姻」「二級市民」に貶められ、差別が固定化されるとともに、制度の利用にあたって、常に性的指向や性自認の暴露の危険にさらされることになる。このような婚姻類似の制度をわざわざ創設しなければならない合理的理由は何ら認められず、同性カップルの権利保障を婚姻制度で保障しようとする国際的潮流にも反している。

結局のところ、婚姻類似の制度の導入は、同性カップルの尊厳を著しく損なう結果しかもたらさず、個人の尊厳（憲法13条、24条2項）及び法の下での平等（憲法14条1項）に反するものであって、国会には、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める以外の立法を選択する余地は認め難い。

そして、LGBTに対する差別を解消するための議論ではなく、LGBTに対する差別を許容する余地を残すための議論や同性婚の導入に向けた検討を回避するための議論ばかりがなされてきたLGBT理解増進法の制定経緯に照らせば、国会に同性カップルの利益保護について広範な立法裁量を認めることは、差別の温存に加担することになる。

裁判所は、今般、国会の広範な立法裁量に委ねるのではなく、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含めることこそが憲法上の要請であるということ

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web(ホームページ、ブログ、facebook等)へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」関西訴訟(大阪高裁)・第3回期日(2023年7月18日)に提出された書面です。

明確に示すことが求められているというべきである。

以 上