

【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  
2 回期日(20231031)提出の書面です。

令和 5 年 (ネ) 第 2 9 2 号 国家賠償請求控訴事件

控訴人 大江千東 外

被控訴人 国

## 控 訴 第 6 準 備 書 面

— 立法府の自主的解決は期待できない —

2 0 2 3 ( 令 和 5 ) 年 1 0 月 3 1 日

東京高等裁判所第 2 部 c d 係 御中

控訴人ら代理人 弁護士 上杉 崇子

弁護士 寺原真希子

ほか

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

本準備書面においては、立法府による自主的解決を期待することはできないということ等について、主張を行う。

## 記

### 第 1 本書面の位置付け及び問題提起

#### 1 原審の判断

原審は、本件諸規定が同性愛者を法律上の家族の枠組みから排除しており、その結果、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「憲法 24 条 2 項に違反する状態」であるとしながらも(52 頁、53 頁)、同性愛者等が家族となるための法制度を構築する「方法」は、立法裁量に委ねられているとして、同性間の婚姻を認めない本件諸規定は憲法 24 条 2 項に違反するとは言えないとした(53 頁)。

また、婚姻制度からの排除が差別や偏見を助長するとの控訴人らの指摘についても、「それによって立法府が採り得る選択肢が、現行の婚姻制度に同性間の婚姻を含める立法という一つの方法に収れんし…本件諸規定が憲法 24 条 2 項に違反するとはいえない」として退ける(54 頁)。

#### 2 原審判断の誤り

このような原審判断の背景には、つまるところ、婚姻に法律上同性のカップルも含めるかどうかといった法制度の在り方に関する問題は立法府に委ねることが適当であり、かつ、それ

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

が現実的であるとの価値判断がある。それは、「同性間の婚姻を認めることや同性カップルに対して法的保障を認めることについての議論、検討を第一次的には立法府に委ねることが必ずしも現実的でないとはいえない」(54頁)との判示に端的に表れている。

しかし、原審判断は、議論を立法府に委ねることが「現実的でないとはいえない」とする点において重大な誤りを含んでいる。

まず、控訴理由書及び他の準備書面で述べたとおり、憲法24条1項、2項及び同14条1項は、それぞれ、法律上同性のカップルも現行の婚姻制度に包摂することを義務付けており、嫡出推定の規定を含む現行規定も、技術的な手当てをしさえすれば法律上同性のカップルにもそのままの内容で適用可能であり、異なる内容とする必要はないのだから(控訴審第7準備書面参照)、立法府に対し、「同性間の婚姻を認めることや同性カップルに対して法的保障を認めることについての議論、検討」を委ねる理由がない。

また、立法府は、この間、複数の地方裁判所において本件諸規定が「違憲」「憲法に違反する状態」であるとの明確な判断がなされているにもかかわらず、それを是正しようとする動きを全く見せていない。また、国会議員とりわけ政権の主力を担う最大与党内部にセクシュアルマイノリティに対する差別や偏見、フォビア(差別的嫌悪感)が非常に根深いものとして内在している。これらを考え合わせると、立法府が、立法府のみの意思と力で法律上同性カップルの婚姻を認める立法措置の

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

ための議論に取り組むこと自体が阻まれているのであり、将来的にもこうした状態が是正され、積極的な議論が自主的に開始されることは全く期待しえない(以下、第2で論ずる)。

さらに、2023年6月には、全ての人が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、かけがえのない個人として尊重されるべきとの理念を述べる「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(令和5年法律第68号)」(以下「LGBT理解増進法」と略称する。)が成立したが(甲A749、甲A729)、同法の成立に至る過程では、同法の本来の意義とは裏腹に、政権中枢にも広がる根強い差別意識の存在が次々と明らかになり、裁判所が事実と法に照らして審理をなし明確な違憲判断を下すこと無しには、立法府が同性カップルの法的保障について議論を始めることすら困難であることが実証されたとすらいえる。

### 3 本書面の目的

以下、本書面では、第2において、立法府が立法府自身の意思と力で法律上同性カップルの婚姻を認める立法措置のための議論に取り組むことは全く期待しえず到底現実的ではないことを論じ、第3において、LGBT理解増進法の成立に至る過程で明らかになった問題を通じて、立法府の自主的解決が期待できないであろうことが実証されたことを論ずる。

これらの議論から明らかになるように、原審の判断にある「議論、検討を第一次的には立法府に委ねることが必ずしも現実的でないとはいえない」(53頁)とした点は明白に誤りであり、

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

このことを前提に本件諸規定の憲法適合性審査がなされねばならない。

## **第2 立法府における議論が行われることは到底期待しえないこと**

同性間の婚姻や同性カップルに対して法的保障を認めるための法制度としてどのような制度設計をするかについて、その具体的な議論を立法府に委ねることは全く「現実的」ではない。

### **1 地裁判決を受けても国会は立法に向けた動きを見せていないこと**

#### **(1) 全国5地裁の判決**

本訴訟と同様に法律上同性のカップルの婚姻を求める訴訟は、札幌地方裁判所、東京地方裁判所(第二次)、大阪地方裁判所、名古屋地方裁判所、福岡地方裁判所の各地裁に提訴され、東京第二次提訴以外の各訴訟においては既に判決が言い渡されている。

そして、最初の判断となった札幌地方裁判所が、本件諸規定について明確な憲法14条1項違反の判断を示した(甲A401)のに続き、名古屋地方裁判所(2023年5月30日、平成31年(ワ)第597号、甲A681)は憲法24条2項及び憲法14条1項違反と判断し、原審である東京地裁も、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が存在しないという現状は憲法24条2項に違反する状態にあると述べ、福岡地方裁判所(2023年6月8日判決、令和元年(ワ)第2827号及び令和3年(ワ)第447号、甲A680)も本件諸規定は憲法24条2項に違反する状態にあると述べた。

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

唯一違憲と判断しなかった大阪地裁判決（平成31年（ワ）第1258号、甲A555）も、同性カップルが法的保障の上で生活することは「人格的尊厳に関わる重要な人格的利益」であるとしたうえ、現状を放置することは将来的に憲法24条2項違反となりうると指摘している。

このように、各地裁が、理由や判断過程は異なるものの、共通して、同性カップルが家族になることができないという現状や、それを許容する本件諸規定は憲法違反であると断じている。各地裁判決が指摘しているように、同性カップルが何ら法的な保障を受けることもなく暮らしている現状は、「同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害」であり（原審50頁、52頁）、同性カップルや同性愛者等が、こうした自身の尊厳と生存に対する重大な脅威に晒され続けていることを意味している。各地裁が、こうした現実を受け止めたということの意義は極めて大きい。

複数の裁判所がある法律事項について正面から憲法問題を検討し、その結果、揃って憲法違反である、あるいはその可能性があるとの判断を下したことは、日本の裁判史上でも極めて稀有であり、異例の事態である。一連の判決の最後に出された福岡地裁判決では、「同性カップルに婚姻制度によって得られる利益を一切認めていない本件諸規定は、憲法24条2項に反する状態にあり、立法者としてはこの状態を解消する措置に着手すべき」（甲A680・福岡地裁判決40頁）とまで明記する。

【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2回期日(20231031)提出の書面です。

これら一連の判決により、司法府から、立法府に対し、違憲状態を解消する立法措置へ着手すべきことがまさに現実の義務として突き付けられたのである。

## (2) 国会の対応

ところが、本来であれば直ちに自ら違憲状態を解消する立法措置を行うべき立法府の動きは現実にはあまりにも鈍く、司法府から投げられた課題を、真剣に受け止めようとする動きは全く見られない。

国会では、野党が2019年(令和元年)6月3日、法律上同性の当事者間の婚姻を法制化すること等を内容とする民法改正案を国会提出した(甲A141)。しかし、政府与党はその審議に着手することすらせず、この法案は立法府において全く俎上に載せられないまま廃案となった。2023年3月には、野党は、再度、法律上同性の当事者間の婚姻を法制化すること等を内容とする民法改正案を国会提出したが(甲A750、甲A731)、これも結局審議されることはなかった。

一連の訴訟で最初に言い渡された札幌地裁の判決が、本件諸規定が違憲であると明確に判断して以降、同判決を含め5つの判決のうち4つの判決が「違憲」ないし「違憲状態」と明記したにもかかわらず、札幌判決から2年半も経過した現時点まで、立法府は、違憲状態を解消する措置を取っていない。それどころか、原審が「人格的生存に対する重大な脅威、障害」と述べ

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

た同性カップルの直面する深刻な困難解消に向けて着手している様子すら全く見受けられない。

さらに、政府も、法務大臣は、「法務省としては、婚姻に関する民法等の諸規定が憲法に反するものとは考えていない」との立場を一貫して採り（甲 A 7 5 1・甲 A 7 5 2）、一連の判決についても「現段階では確定前の判決であり、また、他の裁判所で同種訴訟が係属していることもありますので、その判断も注視してまいりたい」と述べるなど（甲 A 7 5 2）様子見に終始している。岸田首相も「議論を深める姿勢は必要だ」との答弁を繰り返す一方で、「同性カップルに公的な結婚を認めないことが国による不当な差別であるとは考えていない」と述べるなど（甲 A 7 5 3・甲 A 7 5 4）、頑なに否定的な結論を繰り返すのみで、検討のための議論の開始を指示する様子もない。議院内閣制を採用しているわが国において、国会の最大与党である自由民主党を主体に組成される政府のこのような消極的な姿勢は、最大与党の姿勢でもあり、ひいては国会多数の姿勢であるといわざるを得ない。

その自由民主党は、2016年に発表した政策パンフレット（甲 7 5 5）で、「同性婚容認は（憲法 2 4 条）と相容れません」との考えを表明していたが、上記一連の判決の全てが、憲法 2 4 条は同性間の婚姻の法制化を禁止していない旨を明確に判示した現時点でも、上記の立場を見直していない。その結果、司法府たる地方裁判所が違憲判決という極めて重い判断を行ったにもかかわらず、しかも、複数の裁判所から続けてそのような判断を示されたにもかかわらず、立法府・与党は、本問



【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  
2 回期日(20231031)提出の書面です。

題について、議論すら行わないという頑なな姿勢を崩す様子もないのである。

このような政府与党の姿勢も踏まえると、立法府は今後も自主的に法律上同性のカップルの法的保障の問題について議論を開始することはないであろう。同性愛者等が法律上の家族となるための手段をどのように保障するのかという問題が立法府に議論、検討を委ねれば解決されると考えることは、全くもって「非現実的」というほかない。

## 2 立法府における差別意識

### (1) 政府・与党に存在する差別意識

このように、法律上同性のカップルの法的保障に向けた積極的な議論が開始されていない背景には、そもそも、立法府、とりわけ政権与党である自民党内に、同性愛等に対する偏見・差別意識と当事者らの社会活動に対する不信感を持つ議員が集団として存在し、同党の政策や政府の姿勢に強い影響力を持っていることを直視する必要がある。

#### ア 岸田首相・荒井秘書官の「社会が変わる」発言

2023年2月1日、国会議員であり行政の長たる岸田総理大臣は、衆議院予算委員会において、同性婚等をめぐる問題について言及し、「(同性同士の婚姻について、制度を改正するとなると)家族観や価値観や、そして社会が変わってしまう、こうした課題であります」と述べた(甲A614)。

さらに、同日3日夜には、荒井勝喜首相秘書官(当時)が、岸田首相の上記答弁に関連して(甲A758)、「社

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

会の在り方が変わる。「(引用者・同性間の婚姻に)反対している人は結構いる。秘書官室は全員反対で、私の身の回りも反対だ。」「同性婚導入となると、社会のありようが変わってしまう。国を捨てる人もいる」と発言した(甲 A 5 5 3、6 1 5)。同氏はさらに、「僕だって(同性婚の人を)見るのも嫌だ。隣に住んでいるのもちょっと嫌だ」とも述べた(甲 A 6 1 5)。

## イ 上記発言に合理的な裏付けはなく、偏見による差別的なものであること

上記発言に合理的な裏付けなど全くなく、偏見によるものとしか言いようがない。

そもそも、各地裁判決がそれぞれ判示するように、同性愛者と異性愛者の違いは性的指向の違いのみであり(甲 A 4 0 1 [・札幌判決](#) 2 5 頁)、法律上同性であっても異性であっても婚姻の本質に即した共同生活が可能である。そして、同性カップルの婚姻が可能になっても、異性カップルは今までどおり婚姻し、何ら利益を害されることはない。同性愛者・異性愛者を問わず、婚姻を望む者は婚姻でき、子を望む者は子を迎え養育しうることは、同性間の婚姻が可能となっても全く変わらない。法律上同性で婚姻を望む者の数は人口比において圧倒的少数ではあるが、その数が、同性カップルの婚姻を法制化することによって変わることもない。すなわち、同性カップルの婚姻を法的に認めることにより、婚姻制度の本質も役割も変わることはなく、

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

客観的な弊害も存在しないのであり、同性カップルの婚姻を認めることによって、「社会の根本が変わる」などと考える合理的な根拠は全くない。

そうであるにもかかわらず、同性婚を認めれば「社会が変わってしまう」と述べるのは、荒井秘書官(当時)の発言がそうであったように「いやなものはいやなんだ」と理由もなく感覚だけで拒絶しているだけであり、ひいては、同性愛者に向けた「あなたたちは異質だ、だからこの社会には簡単には入れてあげられない」という排除のメッセージでもある。

岸田首相のこのような答弁は、政権中枢の人々に広く共有される「(同性婚の人を)見るのも嫌だ。隣に住んでいるのもちょっと嫌だ」という同性愛者らに対するあからさまな差別・偏見の眼差しの反映である。荒井秘書官(当時)がオフレコ取材で思わず口にした「秘書官室は全員反対で、私の身の回りも反対だ。」との言葉がそれを裏付けている。

#### ウ 国民の意識とも乖離したものであること

企業や自治体では、同性カップルを家族として扱い、差別や偏見を解消する取り組みが急速に進んでいる。首相や官邸中枢の人々の意識と考えは、このような社会全体の動きや国民の意識とも著しくかけ離れている。2023年2月に行われた世論調査でも、同性婚を認めるべきとした人は全体の約70%という結果も出ているなかで(甲A687、甲A587)、実際に、岸田首相のこの発言について

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

は、「適切でない」と考える国民が57.7%にものぼり  
(甲A607)、岸田首相の発言に対する批判が相次いだ  
(甲A756)。

さらには、海外でも、荒井氏の発言をきっかけに、同氏の発言と日本で性的少数者が置かれた状況は大きく報道された。ロイター通信は「日本以外のG7の国では、同性の結婚もしくは結婚に準じるパートナーシップが認められていると説明。荒井氏の発言は…5月にG7の首脳を迎える準備をしている岸田氏にとって、困惑の種だ」と報じ、AP通信は、「日本では性的少数者らへの偏見が根強く残ると指摘」と報じている。ロシアのタス通信も、「(日本は)G7で同性婚を認めないただ一つの国。保守的な与党・自民党のメンバーには同性婚に反対する者が多い」と伝えたとされる(甲A759-1・甲A759-2)。

## エ 政府中枢に広く差別・偏見が共有されており、政府・立法府の姿勢を示すものであること

岸田首相の答弁と荒井秘書官(当時)の発言は、「(同性婚の人を)見るのも嫌だ。隣に住んでいるのもちょっと嫌だ」という同性愛者らに対するあからさまな差別・偏見の眼差しの反映である。そして、こうした差別・偏見は、国民の意識とはかけ離れて、政府や国会議員・立法府の多数に広く共有されていると考えざるを得ない。荒井秘書官(当時)がオフレコ取材で思わず口にした「秘書官室は全員反対で、私の身の回りも反対だ。」との言葉がそれを裏付けている。

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

そして、岸田首相が上記の答弁をした時点では、すでに、法律上同性の当事者同士の婚姻が認められないことにより「人格的生存に対する重大な脅威と障害」が生じており、これらの当事者が、婚姻による利益や家族となる枠組みを一切奪われていることは憲法違反であるとの判決も複数言い渡されていた。そうであるにもかかわらず、変わらず、同性同士が婚姻すると社会が変わってしまうなどと述べるのは、同性カップルの法的保障の問題について正面から取り組む意思・姿勢がないことを如実に示すものである。

#### オ 政府の姿勢は現在も変わらないこと

その後、上記の荒井秘書官（当時）の発言について、岸田首相は翌4日、「多様性を尊重し包摂的な社会を実現していく内閣の考え方には、まったくそぐわない。言語道断だ」と批判し、同日付で荒井氏を首相秘書官から解任した（甲A615、甲757）。さらに、同6日、松野博一官房長官は、衆院予算委員会で荒井秘書官（当時）の発言を謝罪し、「岸田政権は多様性のある包摂的社会を一貫して目指しており、国民に誤解を生じさせたことは遺憾であると認識しております」「共生社会の実現に向け、引き続き、様々な国民の声を受け止め、しっかりと取り組んでまいります」と述べ、表面的には、政府としてはこのような発言は許容されないとのポーズを取った（甲A760）。

ところが、荒井元秘書官は、わずか5か月後の7月4日、経産省通商政策局担当官房審議官という重要な役職に就

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

任した(甲 A 7 6 1)。荒井元秘書官の短期間での政権中枢への復帰は、政府の本音としては、荒井元秘書官の発言が問題であることを深刻に受け止めていなかったことを如実に示すものである。これは、政府として、同性愛者等に対する偏見・差別心に対して断固として抵抗する意思はないということであり、上記の岸田首相の発言、これまでの国会議員の差別発言(控訴理由書〔第5分冊〕9頁～11頁)などもあわせ考えると、政府・与党内においては、少なからず、同性愛者に対する偏見・差別心が根強く存在していると考えざるを得ない。

そうであるとする、国会において、偏見を是正することを目的とした立法の議論が「現実的に」行いうるわけがない。

## (2) 差別的勢力の影響

さらに、岸田首相らを含む政権党国会議員の発言の背景としては、当該国会議員の主要な支持基盤に、同性愛者らに対する差別と偏見の意識を強固に持った宗教勢力が存在し、政権与党の少なくない国会議員がそれを無視できないという構造があることも指摘せざるを得ない。

すなわち、神道政治連盟国会議員懇談会の会合で「同性愛は後天的な精神の障害、または依存症」などと記載する、LGBTら性的マイノリティに対して差別的な内容の文書が配布された(甲 A 6 2 1)。同文書には、「同性愛は…後天的な精神の障害、または依存症です。」「同性愛者の中にはアルコール中毒者が多く、健康状態が影響して短命となる傾向があ

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

る」などの説明が並んでおり、このような文書が配布され、勉強会が開かれたという事実が大きく報道された(甲 A 6 2 5、甲 A 6 2 6)。このことは報道等でも大きく批判されたが、現状であっても、この文書の内容が正式に撤回された事実はないし、与党総裁が謝罪をした記録はない。上記文書(甲 A 6 2 1)とは異なる、性的マイノリティの人権保障に対して肯定的な見解が示されたこともない。

控訴理由書〔第5分冊〕11頁以下でも論じたように、神道政治連盟国会議員懇談会には多数の国会議員が名を連ねており(甲 A 6 2 2)、神道政治連盟は、与党、ひいては立法府に対して大きな影響力を持つと考えられる。その国政に大きな影響力を持つ団体が、上記のように実証的科学的の営為と知見、国際社会の共通認識を無視するような冊子を配布しても、与党はこの差別的な内容を正式に撤回していない。つまり、与党の主要な支持基盤に偏見及び差別心が浸透していても、与党に大きな影響力を持っているがゆえに、それを無視できない構造が存在するのである。

このような構造に照らせば、ますます、与党ひいては立法府において同性愛者の権利擁護に舵を切る議論、すなわち、法的保障を前向きに検討することは到底期待できない。

### 3 小括

大阪地裁判決は、「差別や偏見の真の意味での解消は、むしろ民主的過程における自由な議論を経た上で制度が構築されることによって実現されるものと考えられる。」と述べた(大阪地裁判決35頁、甲 A 5 5 5)。もちろん、社会の差別や偏見

【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  
2 回期日(20231031)提出の書面です。

を解消するうえでは、国民の間での議論と差別に反する意識の浸透が必要であることは言を俟たない。そして、民主制を採る立法府において活発な議論を行うことも当然に期待される。

いまこの訴訟で争われているのは、長く社会の差別と嫌悪にさらされ、今なお根強い差別の対象となる（甲 A 5 8、同 5 8 ほか）圧倒的少数者の人権の問題であり、この差別と人権侵害の状況が、漫然と立法府に議論を委ねることで果たして解消されるのか否かである。合理的理由の無い差別や偏見は、啓発によっても容易にはなくなることが特徴であり、その結果、このような集団の問題については、性質上、議論することすら忌避されがちとなり、多数決を原則とする民主政の過程による解決が極めて困難とされる（最大判平成 2 7 年 1 2 月 1 6 日夫婦別姓最高裁判決における寺田裁判官補足意見も、「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係る」場合には「民主主義的プロセスによる公正な検討への期待」が「妨げ」られると指摘する。）。このような問題で民主制に本来の機能を果たさせるためには、立法府に議論を委ねるだけでなく、立法以外の二権も適切な役割を果たすことが求められ、国政全体に責任を負う行政のトップ（内閣総理大臣）については、差別解消に向けた強いリーダーシップを発揮することが求められ、政権与党にはこれを支える責任がある。

しかしながら、上記に述べたところからわかるように、現在の立法府及び政府においては、首相やその周辺の人物に問題の深刻さに対する認識が希薄であるうえ、性的少数者に対するあからさまな偏見を持つ者が多数存在する。また、与党全体とし



【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」東京第一次訴訟控訴審(東京高裁)第2 回期日(20231031)提出の書面です。

て、差別・偏見をまとう政治家が力を持っている結果、首相は、各地裁が認定した婚姻の不平等という「人格的生存に対する重大な脅威・障害」をなんとしても解消しようとする強力なリーダーシップを発揮するどころか、性的少数者の排除につながる発言をしているのである。この問題について、行政も立法府も、完全に機能不全に陥っている。立法府が、裁判所が期待するようにあるべき民主的な議論を行うことは「現実的」ではなく到底期待することはできない。

このように行政と立法府が機能不全に陥っている以上、三権分立の下で、法原理機関としての司法が、多数決によっても否定しえない権利とルールを定めた憲法規範に照らして問題の所在を明らかにし、厳格な憲法適合性審査を行い、明確な違憲判決によって、多数決民主主義が前提とすべき事実と法規範を提示することが不可欠である。下級審を含めた裁判所が、本件諸規定の問題点や、ここで問題とされている婚姻の不平等とは「人格的生存に対する重大な脅威・障害」であるという点を整理し、現行法に対して明確に違憲と宣言する以外に道はない。

### **第3 L G B T 理解増進法の審議過程は、この問題を立法府に委ねられないことを実証したこと**

#### **1 はじめに**

2023年6月「L G B T 理解増進法」が成立した（甲A749、甲A729）。同法は、「全ての国民が、その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、等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重されるものであ

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

る」との理念や、「性的指向及びジェンダーアイデンティティを理由とする不当な差別はあってはならない」との認識を基本理念として謳う点で(同法3条)、大きな意義を有する立法である。

しかし、同法の成立に至る過程では、性的マイノリティに対するあからさまな差別や偏見を述べる発言が中央・地方の政治家から繰り返され、法律の成立が近づくほど同法の目的を置き去りにするかのような議論や発言がなされ、これを反映した修正がなされた。立法府の実情からは、この法律が成立したという事実から、婚姻を含む同性カップルの法的保障についても道が拓けたとの期待を抱くことは到底できない状態である。むしろ、同法の成立に至る過程は、図らずも、同法の理念に背理して、立法府での同性カップルの法的保障の問題についての自主的な議論・解決は到底難しいことを実証してしまい、下級審を含めた司法府が明確な違憲判決を言い渡すことなしに、立法府が本来の役割を果たすことは到底期待できない状況が露呈されたといえる。

## **2 LGBT理解増進法案の制定経緯及び審議過程**

### **(1) LGBT理解増進法が成立するまでの審議過程の概略**

#### **ア 2021年超党派合意**

LGBT理解増進法案は、2021年5月10日の「LGBTに関する課題を考える議員連盟」において、内容について合意がされていた。これは、自民党が2016年5月にとりまとめた「性的指向及び性同一性の多様性に関する国民の理解の増進に関する法律案」と、立憲民主党など

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

野党 6 党・会派から提出された「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」も踏まえて、改めて協議が行われ、議連内で合意に至った法案であった。ここでは性的指向及び性自認を理由とする「差別は許されない」と明記されていた(甲 A 7 6 2 - 1・甲 A 7 6 2 - 2)。

すべての会派の議員が参加している議員連盟において合意をみたものは、その前提として各政党審査では同意を得ているのであり、委員会、本会議を通過してほぼ問題なくそのとおり成立することが通例である。

ところが、2021年5月20日、自由民主党の党内会議において、急遽、同法案に対する自民党一部議員からの強い反発が示された。例えば、議員からは「道徳的に L G B T は認められない」とか「生物学上の種の保存に反する」という極端な性的マイノリティに対する差別的発言がなされている(甲 A 4 1 2・4 1 3)。その結果、結局、第204回国会で法案が成立することは見送られるという異例の事態となった。

## イ 性的マイノリティの権利保護への機運

その後、この法案は審議されることなく放置されたが、2023年5月に日本が議長国を務める G 7 広島サミットが予定されたことから、この会議までに法律を成立させることが目指された。G 7 加盟国中、同性カップルを家族として保護する国レベルの法制を持たないのは日本だけであり(他の6カ国中イタリア以外は法律婚が可能)、世

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

界でも広く報じられていた(甲 A 7 6 4 - 1・甲 A 7 6 4 - 2・甲 A 7 6 4 - 3)。性的マイノリティの人々が直面するその他のさまざまな困難についても、EUでは、性的指向による差別を禁止する欧州人権条約と同司法裁判所のもと差別解消の取り組みがなされつつあるのに対し、日本は国としての差別を禁止する法制や救済の仕組みを持たず、それが内外の批判を集めるに至った。

岸田首相が前記答弁をなし、荒井秘書官(当時)が差別発言をして内外の注目を集めたのはこのようなかであった。サミット直前の2023年5月12日には、駐日アメリカ大使館が、ウェブサイトにおいて「婚姻の平等に対する支持」を表明した(甲 A 7 6 3)。

## ウ 法制定に向けた議論

こうした中、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」が開催された。ところがここで決定されたのは、2021年に超党派議連内で合意された法案を事実上反故にするというものであった。

その後、自民党・公明党の内部の議論が行われ、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」に改められ(甲 A 7 6 5)、その結果、与党案としての提出法案が決定された(甲 A 7 6 6)。

2023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 A 7 6 7)。これに対し、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

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

に提出し(甲 A 7 6 2 - 1・甲 A 7 6 2 - 2)、同月 2 6 日、日本維新の会と国民民主党が L G B T 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。

## エ 法案の成立

翌 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(甲 A 7 6 7)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、成立した法律が現在の L G B T 理解増進法である(甲 A 7 6 8・甲 A 7 4 9)。

### (2) 成立した L G B T 理解増進法の不必要な修正

このようにして成立した L G B T 理解増進法は、2 0 2 0 年の超党派合意案に、いくつかの修正が加えられたものであった。主たる例が次のものである。

#### ① 3 条 (修正)

「差別が許されない」との文言は「不当な差別はあってはならない」に改められた。

#### ② 1 2 条 (追加)

「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

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

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た。

これらの条文の修正ないし追加は、単なる文言の調整、あるいは利益衡量の結果のようにも見える。しかし、国会で制定された法律は、審議経過も斟酌して解釈される。特に、原案から修正された条項については、どのような意見と議論に基づいてその修正がなされたのかは重要な意味を持つ。いったん超党派で合意されていた法案に、あえて新たな文言が修正・追記された場合は特にそうである。

この点から見ると、「差別が許されない」という差別解消に向けた力強い禁止の文言は、「不当な差別はあってはならない」という当然の内容を平易に述べただけの文言となり、「不当ではない差別」がありうるという解釈の余地を残した。全ての国民の安心な生活に「留意する」という文言は、(性的マイノリティではない)「マジョリティの権利尊重を謳う」との評価をすることも可能であり(甲769)、性的指向やジェンダーアイデンティティを尊重することにより、多数派である「国民が安心して生活する」ことが侵害されるかのようなメッセージを発することとなった(甲A770)。

### (3) 建設的・良心的な議論がなされたとは言いがたいこと

そして、このような追記・修正がなされるにあたり立法府で行われた議論は、残念ながら、法の理念・目的に照らし、建設的・良心的とは言いがたいものであった。

#### ア トランスジェンダーへの不当な偏見を煽る発言

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

L G B T 理解増進法案の審議過程では、トランスジェンダーへの不当な偏見を招きかねない議論が国会の内外で盛んになされた。

たとえば、自民党の山谷えりこ参議院議員は、2021年5月20日の自民党内会合で、当時の法案(超党派合意案)の目的と基本理念に「性自認を理由とする差別は許されない」との文言があった点に関連して、「体は男だけど自分は女だから女子トイレに入れろとか、アメリカなんかでは、女子の競技に男性の身体で心が女性だからって行って競技参加して、いろいろメダル取ったり、そういう不条理なこともある」との発言をしていたが(甲A772)、本年6月15日の内閣委員会においても、今回の法案に関し、「アメリカで学校のトイレの使い方でPTAの問題になったり、女子の競技に男性の体で心が女性だからと参加してメダルを取ったり」ということが「今は、しかし二年たって現実のものとなってきた(る)」(甲A771)と述べた。

しかし、そもそも、法律に上記のような規定を置く意味は、すべての人にとって性自認に即した社会生活をするのが重要かつ切実な法的利益であり(いわゆる経産省事件における東京地方裁判所令和元年12月12日判決及び同高等裁判所令和3年5月27日判決、最高裁第三小法廷令和5年7月11日判決における各補足意見参照)、社会の側にさまざまな場面での合理的配慮が義務付けられることを確認することにある(社会生活上利用の

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

必要性が高く基本的に個室であるトイレについては、原則として性自認どおりの利用が許されるべきであると思われるのに対し、衣服を着用しないことが通常である浴場は身体的特徴を基準に利用の可否を決めることが許される)。この法律ができれば自分は女性と言いさえすればどんな施設も入れるようになることなどありえないことは法案審議においても明確に答弁されている(甲A774)。

そして、トランスジェンダー女性の女性トイレ利用が認められると性犯罪等が増加するとの「主張」には根拠が無いことを示す実証的調査も報告されている(甲A775-1・775-)。女性トイレ等での安全の問題は、社会全体で取り組むべき別個の問題である。女子競技についても、種目ごとの競技特性や競技レベルに応じて、トランスジェンダーの選手のスポーツに参加する権利及び尊厳と、公平性との調整をはかる「ルール作り」の努力が積み重ねられている(甲A776)。

他方、トランスジェンダーの人々は、人生の早くから、不登校、就職・就労上の困難等さまざまな問題に直面し、貧困や自死企図等の指標がきわめて高いことが報告されている。今回の法律は、性的指向・性自認の多様性についての社会の理解を増進することで、少しでもそれを解消しようとするものであり、上記のように、法律が定めてもいないことをあたかも法の内容であるかのように述べて、法律が一般国民の利益と対立したり性的少数者が生活を



【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

脅かすかのような議論をすることは、およそ国政に責任を持つ国会議員・国務大臣の発言とは思えない。なお、山谷議員は、2021年の時点で、すでに同様の発言を行い、社会からトランスジェンダーを排除するものであり（甲A772・4頁）、差別・偏見を助長するものであるとの批判がされていた（甲A772・4頁―）。それにもかかわらず、山谷議員は、同様の発言を繰り返したのである。

このような発言をするのは山谷議員だけに限らない。自民党の赤沢亮正議員は、内閣委員会の冒頭で「この法案が成立したら、外形は男性だが自身は女性であると称する人は女湯や女性用手洗いには行けるようになるというのは本当ですか」と質問し、「本法案が成立した場合、もし特定の個人が、外形は男性だが自身は女性であるから女湯や女性用お手洗いに入れろと主張したら、制止できますか。もし制止を振り切ったらどうなりますか」などと重ねて発言した（甲A773）。

政府は、明白にそのような懸念がないことを否定している（甲A774）にもかかわらず、少なくない議員が、法律が制定するというだけで、性的マジョリティへの権利侵害を生みかねないとの言説を大々的に取り扱い、この懸念の解消が議論の中心となっていた。

こうした中で、因果関係は不明であるが、2023年6月5日、トランスジェンダーであることを公表する仲岡弁護士の元に「男のクセに女のフリをしている」「メッタ

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

刺しにして殺害する、必ず決行する」など書かれた脅迫メールがなされる(甲 A 7 7 7)という事件も起きている。

## イ 骨抜き発言

審議の過程において修正を経ていく中で、与党議員から「もう十分に骨抜きになった」「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ていたことが報じられた。また、自民党のなかには、一度は、超党派議連で成立した法律案から、数多くの修正文言をいれることで野党が反対しても「国会に提出さえすれば、国際社会に示しがつく」との発言もあったことが報道された(甲 A 7 7 8)。

## ウ 「行き過ぎた人権」発言

さらには、本法を成立させること自体に反対かのような発言もあった。例えば、2023年5月12日、自民党の宮沢博行議員は、性的マイノリティへの理解を増進するという目的を謳うだけの理念法の成立でさえ、「行き過ぎた人権の主張、もしくは性的マジョリティー(多数派)に対する人権侵害、これだけは阻止していかないといけない」と述べた(甲 A 7 7 9)。

## エ 「訴訟を煽る」発言

また、「性的指向及び性自認を理由とする差別は許されない」という文言について、自民党の議員からは、「許されないと明記すれば訴訟が乱発されかねない」との懸念も示されている(甲 A 7 6 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2 回期日(20231031)提出の書面です。

## オ 小括

このように、L G B T 理解増進法の審議過程で行われていた議論の中身とは、法の目的とするところとは相反して、法の成立とマジョリティへの権利侵害を結びつけ、性的マイノリティの一つであるトランスジェンダーへの不当な偏見を煽りかねないもの、性的マイノリティの人権を保障すること自体への懸念を示すもの、国際政治情勢を反映した妥協の産物であることを示すものなどに溢れていたといわざるを得ず(甲 A 6 7 8)、非建設的な議論・審議がなされていた。

## 3 まとめ

L G B T 理解増進法第3条は、「全ての国民が、その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、等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重されるものであるとの理念」等を定める。この内容は、憲法13条の「個人の尊重」という理念に沿うものであり、L G B T 理解増進法の理念や目的それ自体は憲法の趣旨に適合的である。

ところが、その審議過程に目を転じれば、残念ながら、その議論は、法が謳う理念を実現するための建設的・良心的なものとは言いがたく、その審議は非合理的な議論が多くなされていた。このような議論は、果たして、「民主的な議論」(大阪地裁判決・甲 A 5 5 5)として、立法府に期待されるものであったであろうか。

(L G B T 理解増進法を)「同性婚につなげちゃいけない」という自民党議員の発言にあるように(甲 A 7 8 0)、具体的

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

な権利にも踏み込む法律上同性のカップルの法的保障についての議論は、原則として理念法である L G B T 理解増進法以上に、国会内外において強い抵抗が予想される。そして、立法府・政府中枢における性的マイノリティに対する誤解や偏見が広がっている現状では、上記の審議過程でみたように、正当な議論ではなく、非合理的・非良心的な議論が展開されることが現実的におおいに予想されるところであり、客観的な事実に基づいたメリット、デメリットなどを踏まえ冷静な議論が展開されることは到底期待できないであろう。

つまり、L G B T 理解増進法が成立したことは、法律上の同性同士のカップルの法的保障に関して、良心的かつ建設的な議論がなされないことを実証してしまったのである。

#### 第 4 結論

1 法律上同性のカップルは、婚姻制度から排除され、「人格的生存に対する重大な脅威・障害」に直面している（原審判決）。

「累計的には膨大な数になる同性カップル」が「70 年以上」の長期間にわたって法律上の家族として保護される枠組みを与えられず重大な人格的利益の享受を妨げられてきた（名古屋判決 46 頁、48 頁。甲 A 681）。立法府は、この、憲法違反の深刻な権利侵害を解消するための立法措置に直ちに着手する義務がある。それこそがわが国の民主政の現下の重要課題である。

ところが、これまで見てきたように、現在、立法府及び政府は完全に機能不全に陥り、本来果たすべき役割を果たせず、機

【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2 回期日(20231031)提出の書面です。

能不全が解消される見通しや兆しも無い。L G B T 理解増進法の制定という壮大な社会実験は、法律上の同性同士のカップルの法的保障に関し、建設的な議論・検討がなされないという意味で、図らずもそのことを実証してしまった。

原審が述べた「同性間の婚姻を認めることや同性カップルに対して法的保障を認めることについての議論、検討を第一次的には立法府に委ねることが必ずしも現実的でないとはいえない」という判示は誤りである。

- 2 社会の差別・偏見の標的とされてきた同性愛者等の権利が侵害された時、その救済は多数決民主主義に本来的になじまない。

憲法は、そのように長く差別にさらされ今なお偏見や嫌悪の標的となっている少数者の権利侵害について、厳格な審査基準、審査密度をもって憲法適合性審査がなされることを求めている。司法は、憲法の命じるこの使命を正面から受け止め、機能不全に陥った立法府に対して、明確な違憲判決を下すことで、議論の前提とされるべき事実と原則を整理し、立法府の義務を厳しく指摘すべきである。

以上