

既婚を理由に法的性別取扱い変更を認めないのは違憲！「なんでうちらが離婚せなあかんの？」裁判
【メディア提供・CALL4 掲載用に個人情報や文献の引用箇所を適宜マスキング・省略しています】

家事審判申立書 (性別の取扱いの変更)

2024年(令和6年)7月16日

京都家庭裁判所 御中

申立人	手続代理人	弁護士	水	谷	陽	子
同		弁護士	堀	江	哲	史
同		弁護士	本	多	広	高
同		弁護士	皆	川	洋	美
同		弁護士	仲		晃	生
同		弁護士	壽		彩	子
同		弁護士	向	井	香	織

当事者の記載

別紙当事者目録記載のとおり

性別の取扱いの変更審判申立事件

貼用印紙額 800円

目次

第1	はじめに.....	6
1	本申立ての特徴.....	6
2	本申立書の構成.....	6
第2	特例法第2条および第3条1項各号の要件について.....	7
1	二人以上の医師により性同一性障害であることが診断されていること（特例法第3条2項、第2条）.....	7
2	20歳以上であること（特例法第3条1項1号）.....	8
3	現に婚姻をしていないこと（特例法第3条1項2号）.....	8
4	現に未成年の子がいないこと（特例法第3条1項3号）.....	8
5	「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」という要件について（特例法第3条1項4号）.....	8
6	他の性別の性器の部分に近似する外観を備えていること（特例法第3条1項5号）.....	8
7	小括.....	8
第3	申立人の生活歴.....	9
1	出生.....	9
2	幼少期.....	9
3	学生時代.....	9
4	就職.....	9
5	妻との出会い、結婚.....	10
6	性別移行のみちのり.....	10
7	性別移行を経ても安定的に維持されているふうふ関係.....	10
8	法令上の性別取扱い変更を求める思い.....	11
9	本件申立てを決意した理由.....	11
第4	憲法論の前提となる性自認及び性的指向に関する実情.....	11

1	性自認（ジェンダーアイデンティティ）	11
2	法令上の性別	12
3	出生時等に割り当てられた性別とその人にとっての性別	13
4	性的指向・性自認の医学的な位置づけの変遷	14
	（1）性別に違和感をもつことが「治療」対象であった歴史	14
	（2）性的指向の脱病理化	15
	（3）出生時の性別に違和感をもつことの脱病理化	15
5	性自認が内的に経験される性であること	17
	（1）上川あや氏（トランス女性、世田谷区議会議員）	17
	（2）遠藤まめた氏（トランス男性）	17
	（3）申立人	18
6	性自認と性的指向についての整理	18
	（1）性自認と性的指向は、性に関する別の観点であること	18
	（2）パートナーの性別移行がふうふ関係を妨げない性的指向の存在	20
7	性別移行に関する実情	21
	（1）性別移行のタイミングや進み方は様々であること	21
	（2）性自認を自己理解・自己受容する契機がないことが性別移行の開始時期に影響を与えること	25
	（3）特例法を経ていわば「あるべき性同一性障害者」規範が生じたこと	26
第5	本件規定が侵害する憲法上の権利	28
1	性自認とおりの性別を尊重される権利	28
	（1）憲法上の根拠（13条 自己決定権）	28
	（2）厳格な審査が求められること	32
2	婚姻関係を維持する自由（離婚を強要されない自由）	32
	（1）憲法上の根拠（憲法24条1項、13条）	32
	（2）憲法13条（自己決定権）との関係	33

(3) 憲法24条の制定経緯.....	39
(4) 判例・裁判例.....	42
(5) 厳格な審査が求められること.....	43
第6 本件規定の立法事実は根拠を欠くこと.....	43
1 立法事実.....	43
2 同性カップルに法的家族関係を認めないことそのものが憲法違反であること.....	44
(1) 結婚の自由は法律上同性のカップルに及ぶこと.....	44
(2) 法律上同性のカップルを婚姻制度から排除する現行民法の違憲性を争う訴訟で、違憲判断が相次いでいること.....	46
3 民法・戸籍法上の法整備が未了であることとの関係でも、同性婚状態防止の必要はないこと.....	47
(1) 立法事実自体のずれ.....	47
(2) 民法との関係.....	48
(3) 戸籍制度との関係.....	49
4 小括.....	50
第7 本件規定による権利侵害の重大性.....	50
1 はじめに.....	50
2 二種類の苦痛の二者択一関係とアイデンティティ.....	51
(1) 二者択一関係.....	51
(2) アイデンティティの重要性.....	51
3 妻との婚姻関係を維持している現状において生じている不利益.....	53
(1) 性自認を尊重されないことによる苦痛の甚大性.....	53
(2) 性自認や社会生活における性別と公的書類の性別表記の不一致がもたらす不利益.....	54
(3) 小括.....	59

4	妻との婚姻関係解消を引き受けた場合に生じる不利益.....	60
	(1) 婚姻制度の種々の利益.....	60
	(2) 法律上の効果.....	61
	(3) 民間事業者との関係.....	65
5	精神的苦痛が健康や生命を脅かすほどのものであること.....	66
	(1) 自殺、精神疾患のリスク.....	66
	(2) マイノリティがさらされる差別について近年の研究結果.....	67
6	結論.....	68
第8	他国の状況.....	69
	1 同性婚を実現し非婚要件がなくなる世界的傾向.....	69
	2 同性婚の実現前に司法判断により非婚要件を削除した例ードイツ.....	69
第9	結論.....	70

【申立ての趣旨】

申立人の性別の取扱いを男から女に変更するとの審判を求める。

【申立ての理由】

第1 はじめに

1 本申立ての特徴

申立人は、現在女性として社会生活を送っている。出生時には、身体的特徴を基準に「男」として法律上の性別を割り当てられたが、性自認は女性であり、医学的・社会的な性別移行を経て、女性として生活するに至ったが、現在も法令上の取扱いは「男」のままである。医学的には、「性同一性障害」の診断を受けている。

申立人は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下、「特例法」という）における性別取扱い変更の要件のうち、「現に婚姻をしていないこと」を求める第3条1項2号（以下、「本件規定」という）を除くすべての要件をみたす。

本件規定の要件を満たさないのは、申立人に妻（以下、単に「妻」という）がいるためである。性別移行を経ても円満な婚姻関係を継続させており、申立人にも妻にも離婚の意思はない。しかしながら、本件規定を前提とすると、申立人が性別取扱いを「女」に変更し、社会生活上の性別と法令上の性別を一致させるためには、妻と離婚することが必要となる。

本申立ては、本件規定が憲法の保障する人権を侵害し違憲無効であることを前提に、申立人の性別取扱い変更を求めるものである。

2 本申立書の構成

まず、「第2」では、申立人が本件規定以外のすべての要件を満たすことを

述べ、本件規定の憲法適合性のみが争点であることを明らかにする。

次に、本件規定の憲法適合性の議論の前提として把握されるべき性のあり方の多様性に関する概念や実情を「第3」及び「第4」で整理する。「第3」では、申立人のライフヒストリーを提示し、「第4」では、申立人の性のあり方や申立人と妻の関係を誤解なく把握するために必要・有用な概念や実情について整理する。

憲法適合性については、「第5」から「第8」で展開する。「第5」で、本件規定により誓約を受ける憲法上の権利について整理する。憲法上の権利の制約が正当化されないことについて、「第6」では制約の目的から、本件規定に関する立法事実が制約を正当化するものではないことを論じ、「第7」では、権利制約による不利益の重大性からも制約が正当化できないことを論じる。

「第8」では、「第6」及び「第7」における主張を裏づける国内外の議論を取り上げる。

第2 特例法第2条および第3条1項各号の要件について

1 二人以上の医師により性同一性障害であることが診断されていること（特例法第3条2項、第2条）

医師■■■■（■■■■■■■■■■）は、申立人について、特例法第3条2項が求める性同一性障害者（特例法第2条）に該当すると診断した。同医師は、2024年■月■日、診断結果並びに治療の経過及び結果その他の厚生労働省令で定める事項が記載された診断書を作成した（甲A3：診断書）。

医師■■■■（■■■■■■■■■■）も、2024年■月■日、申立人について同様に診断した（甲A3）。

よって、申立人は、生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持ち、かつ、自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意

思を有する者であって、そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているものであるといえる。

2 20歳以上であること（特例法第3条1項1号）

申立人は、19■■■（昭和■■■）年■月■日生まれで、現在■歳であり、20歳以上である（甲A2：戸籍謄本）。

3 現に婚姻をしていないこと（特例法第3条1項2号）

申立人は、現に妻との間で婚姻をしているが（甲A2）、本件規定は違憲無効であるから本件規定に定める要件は充足する必要はない。違憲であること理由については後述する。

4 現に未成年の子がいないこと（特例法第3条1項3号）

申立人には、現に未成年の子がいない（甲A2）。

5 「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」という要件について（特例法第3条1項4号）

この要件は、2023（令和5）年10月25日、最高裁判所において違憲無効であると判断されたため、充足する必要はない。なお、申立人は、20■■■年、性別適合手術を受けたため、「生殖腺がない」状態になっている。

6 他の性別の性器の部分に近似する外観を備えていること（特例法第3条1項5号）

申立人は、20■■■年■月■日、性別適合手術を受け、女性器に近似する外観を備えている（甲A3）。

7 小括

以上のように、申立人は、特例法にいう「性同一性障害者」であるところ、特例法第3条1項各号の要件について、本審判で違憲無効と判断されるべき同項2号を除きすべて満たしている。したがって、申立人について性別の取扱いを変更する旨の決定が出されるべきである。

第3 申立人の生活歴

詳細は陳述書（甲A1）記載のとおりであるが、以下、概要を説明する。

1 出生

19■■年、■■■■で生まれ、戸籍には「■■」と記載された。

2 幼少期

申立人は、「自分は女の子の側」という帰属意識を持ちつつも、周囲の大人から男の子として扱われていることを理解し、それに順応して過ごしていた。女の子として生きることは、現実的には叶わないことだと諦めて過ごしていた。

3 学生時代

自分が女の子の側に帰属しているという認識は一貫して続いていたが、男の子として生きるしかない現実には順応し続けた。しかし、中学生になると、男女のグループの違いが明確になり、女子グループに混ざることが難しくなってきたため男子グループで過ごすようになったが、その違和感や嫌悪感を意識し、「女の子でいたい」という気持ちはより鮮明に自覚されるようになった。

他方で、申立人が学生時代を過ごした時代には、性別を移行して生きるという選択肢が現実的なものではなく、申立人は自分を「女の子になりたい男の子」と認識することで日々をやり過ごしていた。

4 就職

女性として生きることは現実的ではなく諦めるしかないという思考を続け、男性として就職した。

【省略】

1998年、埼玉医大で性別適合手術が実施されたというニュースで「性同一性障害」という概念を知り、自分がそれに該当すると自覚した。

【省略】

そのため、特例法の下で性別を移行して生きる選択肢があると知っても、今

まで性自認と折り合いをつけて築いてきた人生を投げだせないという思いから、性自認に従って生きる選択をすることはできなかった。

しかし、性のあり方に葛藤を抱え続けたストレスと、業務上のストレスが重なった結果、周囲との人間関係に限界が生じた。

【省略】

5 妻との出会い、結婚

【省略】

妻と知り合い、2014年から交際し、2015年に結婚した。妻には、交際前に「ときどき女性に変身する」とカミングアウトし、肯定的に受け止めてもらっていたが、妻の前では男性として過ごしていた。

6 性別移行のみちのり

2015年の結婚後も、時々女性用の衣服や下着を着用し女性として過ごしていた。2019年夏頃、申立人にブラジャーの跡があるのを妻がを見つけ、「(女性として振舞うのを)隠れてやらないで」と指摘された。妻は、申立人が女性として生きることではなく、妻の知らないところで女性として過ごすことに反発した。

妻の言葉を受けて、申立人は妻の知るところでも女性として生きることを決め、性自認に従って日常的に女性として生きようと決意した。

女性ものの衣服を普段から着用したり、女性ホルモンの摂取をしたり、法律上の名前を女性的な「■■」に変えたり、性別適合手術を受けたりと、数年かけて、性別移行を進めた。

7 性別移行を経ても安定的に維持されているふうふ関係

申立人の性別移行を経ても、二人のふうふとしての関係性に変化はない。むしろ、申立人が男性として社会的に生活するストレスから解放されたことや、共同生活の積み重ねにより、ますます幸せな関係を強固にしている。

8 法令上の性別取扱い変更を求める思い

申立人は、戸籍をはじめとする公的書類に「男性」として表記されることに強い違和感を抱いている。そして、日常生活において、本人確認が必要な場面で混乱が生じたり、事情を説明するために意に沿わず、トランスジェンダーでありかつ女性どうしのカップルであることのカミングアウトを強いられている。これらの不利益は甚大なものである（不利益の具体的な内容は後述する）。

9 本件申立てを決意した理由

妻との間で離婚さえすれば、本件規定を充足することになり、本件規定の違憲性を争わずとも性別取扱い変更が可能になるものの、申立人も妻も、離婚は望んでいない。

申立人と妻は、互いに、生涯を見通して相手と生活を共にしていることに精神的な安定を見出している。仮に申立人の法的性別取扱い変更のために離婚をすれば、二人は、意に沿わず離婚をせざるをえないという苦痛を被るだけでなく、婚姻制度によって関係が保護されるという種々の法的利益や、制度によって関係や生活が守られているという日々の安心感や幸福感も失うことになる。

二人にとって、離婚という選択肢を受け入れる余地はないため、申立人は配偶者との離婚を事実上強制する本件規定の違憲性を争う決意をし、本件申立てに至った。

第4 憲法論の前提となる性自認及び性的指向に関する実情

1 性自認（ジェンダーアイデンティティ）

人は誰しも自らの性別についての自己認識（性自認）をもっている。それは、思弁の末の認識でもなく、即時的な欲求の表現でもない。より詳しくいえば、性自認とは、ある人が深く感じている内的かつ個人的な性別についての体験である。

性自認は、国連や国際人権裁判所においては、gender identity と表記され

ている。gender identity は、日本語訳としては、性同一性という語もあり、性別においてその人自身らしさという要素を正確に表しているものの難解と感じられるせいかあまり使われていない。近年の日本社会では、gender identity にあたる語としては、性自認という語が使われることも多い。

2023年6月16日に成立した「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」では、日本語訳せずに「ジェンダーアイデンティティ」とカタカナ表記され、「自己の属する性別についての認識に関するその同一性の有無又は程度に係る意識」と定義されている（同法2条2項）。

本申立書では、「性自認」の語を用いるが、引用する証拠で「性同一性」「ジェンダーアイデンティティ」との表記がある場合、同じ概念を指している。

2 法令上の性別

特例法は、「法令上の性別」という概念を用いているものの、特段その定義は置いていない。しかし、特例法4条が「民法（明治二十九年法律第八十九号）その他の法令の規定の適用」と述べていることから法令の適用において性別が問題となる場合を念頭においていることがわかる。また、家事事件手続法116条・家事事件手続規則第76条1項6号により戸籍法性別の取扱いの変更の審判があったときには戸籍の記載の嘱託を要する。戸籍法13条4・5号により、戸籍には、各人について実父母・養親との続柄が表示されている。この続柄は、同法施行規則33条及び附録第6号のひな形により、「次男」「次女」といった表記がされている。戸籍の続柄欄の記載が法令上の性別を示すもののひとつであることがわかる。

特例法4条は、審判の効果について、「法律に別段の定めがある場合を除き」との限定を付しており、法律に別段の定めがある場合には、適用される法律ごとに法令上の性別が異なりうる余地を認めている。このことからすれば、法令

上の性別も単一のものではなく、法令ごとに異なりうるものと言わざるをえない。もっとも、人々の認識という次元の話としては、現状として、法令上の性別とは基本的に戸籍上の性別を指すものと認識されている。

戸籍上の性別は、実際上は、出生時の医師等の判断に従い決定される。出生届に添付する医師等の出生証明書には、出生証明書の様式等を定める省令第1条第1号により、「子の氏名及び性別」を記載することになっているからである。医師は、多くの場合、産まれた子の身体的な特徴（外性器の形状）によって、性別を判断している。このように他者から判断される戸籍上の性別は、本人にとってみれば、割り当てられた性別であって、内在するアイデンティティである性自認とは必ずしも一致しない。

3 出生時等に割り当てられた性別とその人にとっての性別

家族や学校などの社会的な関係において、出生時に割り当てられた法令上の性別に従って、男の子として、あるいは女の子として扱われることが通例である。また、成長してからは、他者と社会的な関係を取り結ぶにあたっては、法令上の性別を自らの性別とするのが一般的と認識されている。

しかし、その人自身にとっての性別、つまりは性自認が、他者から割り当てられた性別と一致する人もあれば、一致しない人もある。一致しない場合には、不一致に伴い様々な困難が生じる。社会的な関係（他者からどのような性別として扱われるのか、不一致についてどのような目を向けられるか）における困難を経験する人もいれば、他方で、自らの身体的特徴がアイデンティティと一致していないことへの違和感や、拒否感・絶望感といった困難を経験する人もいる。複数の困難を抱える人もいる。何にどのような困難を感じるか、複数ある場合の強弱や、折り合いのつけ方（あるいは折り合いのつけられなさ）は人それぞれである。

性自認と割り当てられた性別とが一致せず、身体的な性別ないし社会的な性

別に違和感がある人にもいろいろな人がいるが、本申立書では、そのような違和感のある人を総称して「トランスジェンダー」と呼ぶ。とりわけ、女性のアイデンティティをもつが、割り当てられた性別が男性であって、女性として生活を送る（あるいはそれを望む）者について「トランス女性」、男性のアイデンティティをもつが、割り当てられた性別が女性であって、男性としての生活を送る（あるいはそれを望む）者について「トランス男性」と表記する。

4 性的指向・性自認の医学的な位置づけの変遷

(1) 性別に違和感をもつことが「治療」対象であった歴史

特例法は、「性同一性障害」という医学的な概念を使っている（もっとも同法の「性同一性障害」の定義は、医学的な性同一性障害の診断基準とはかならずしも同一ではない。さらに後述するように性同一性障害という診断名は国際的には既に廃止されている。）。さらに、特例法は、医師の判断や医学的な手術が必要となりうる要件を設けている。

そこで、特例法制定までの社会背景と現在の社会状況の違いを明確にするため、割り当てられた性別に違和感をもつことへの医学的な位置づけの歴史をおおまかに整理する（以下、この項は、針間克己「性別違和・性別不合へ」緑風出版2019年（甲B1）、石丸徑一郎「LGBTQに関する医療の歴史」『医療者のためのLGBTQ講座』（甲B2）、康純「性同一性障害／性別不合までの歴史」東京医学社『小児内科』（甲B9）による。）。

かつては、割り当てられた性別あるいは生物学的な性別に違和感をもつことは、精神病として扱われた。19世紀の終わりから20世紀の初めにかけて精神疾患としての概念化が進んだ。性別に違和感をもつものへの治療は1960年代までは主として、性自認を変えさせて身体的性別に一致させようとするものであったが、多くは失敗に終わっていた。

外科的技術と内分泌学が進展し、ハリー・ベンジャミンが、身体的性別を

性自認に一致させるという治療方針を唱え、これが性別に違和感を持つものへの治療の主たる指針となった。具体的には、性別適合手術の実施を内容とする。ハリー・ベンジャミンは、「体に一致させるように心が変えられないとしたら、心に一致させるように体を変えることを考えるべきだ。」と述べたという。ここにあるのは、「男女いずれかの典型的な身体的性別およびそれと一致したジェンダー・アイデンティティを有するものが正常である。そうでない場合、異常であり、一致するようにするのが治療である。」という思想であった。

性別適合手術が行われるようになった当初は、この外科的治療によって、性別に違和感をもつ者が救われるかと予想された。しかし、実際には、手術後に自殺をしたり、精神状態が悪化する者もあった。このため、精神科医が、性別適合手術が適切な患者であるかどうかを選別すべきだと考えられるようになり、その要件が問われるようになった。

(2) 性的指向の脱病理化

性的指向に係る同性愛と性自認に係る性別への違和感は別の問題であるが、近接する問題である。

同性愛もかつては精神疾患とみなされていたが、1980年代には、精神疾患ではないものとされるようになり、1990年、世界保健機関（WHO）は、「同性愛はいかなる意味でも治療の対象とならない」と宣言した。

(3) 出生時の性別に違和感をもつことの脱病理化

同性愛の脱病理化を経て、同様に、性別に違和感をもつことも、それ自体は何ら間違っていることではなく、多様なセクシュアリティのひとつであり、少数の者のことであるからといって精神障害・精神疾患とすることは適切ではないとの意見が提起されるようになった。

そこで、米国精神医学会は、2013年、精神疾患の診断統計マニュアルの第5版である DSM-5 を発表した際に、性同一性障害（gender identity

disorder) の概念を廃止して、性別違和 (gender dysphoria) という疾患名を採用した。その疾患名は、障害 (disorder) という用語が外れている点で、精神病理性が薄れている。この DSM-5 の診断基準における性別違和の条件としては、大要のところ、(A) その人が体験しまたは表出するジェンダー (experienced/expressed gender) と指定されたジェンダー (assigned gender) との不一致が 6 か月以上あること、及び (B) その状態が、著しい苦痛又は社会や職業生活などでの機能の障害と関連していること (そのことでつらい、働いたり、生活をしていくうえで、困難が多い) の 2 つがある。

さらに、WHO は 2019 年に国際疾病分類の第 11 版である ICD-11 を採択し、同様に脱病理化が実現した。これは、2022 年 1 月 1 日から発行され、効力を有している。WHO 各加盟国が少なくとも 5 年以内の移行期間内に国定適用をすることとなっており、日本でも国内適用のための和訳準備が進められている (甲 B 3)。

ICD-11 では、性同一性障害の概念は廃止されて、性の健康に関連する状態の下位分類として、性別不合 (gender incongruence) という概念が採用された。これにより、精神疾患ではなく、病気としてではなく、性の健康に関連する状態と扱うことになった。WHO の国際疾病分類は日本でも使われているので、性別不合の概念は日本でも使われることが予定されている。性別不合の診断基準については、針間克己医師は次のような翻訳している。

(甲 B 1・97 頁。この訳の原文は 2019 年 6 月現在での記述であるが最終版と同一である。)

「HA60 青年期及び成人期の性別不合

青年期と成人期の性別不合は、その人が実感するジェンダーと性別と指定された性別の間の著しく、持続的な不一致によって特徴づけられる。それはしばしば、実感したジェンダーでの人間として生き、受容されるために、「移行」をしたいと望むこととなる。実感したジェンダーへそ

の人の身体を一致させようと、望み、可能な範囲で、ホルモン治療や手術やその他の健康サービスを受ける方法によってである。思春期の開始以前には診断することはできない。ジェンダーに非典型的な行動や嗜好だけでは、診断をする基盤とはならない。」（このHA60 青年期及び成人期の性別不合においては、「思春期の開始以前には診断することはできない。」となっているが、思春期以前の時期の診断については、HA61 子ども期の性別不合において扱われている。）

5 性自認が内的に経験される性であること

今般、トランスジェンダーを巡っては偏見や悪意に根差して誤った情報も社会に流布されており、性自認について、女性／男性になりたいという一時的な主張や願望であるかのように述べる言説も見られる。

しかし、性自認は、ある人が深く感じている内的かつ個人的な性別についての体験であり、その人がその日の気分で選択できるようなものではない。そこで、何名かの人の体験を検討してこの点を明らかにしたい。

(1) 上川あや氏（トランス女性、世田谷区議会議員）

上川あや氏は、著書『変えていく勇気』で以下のとおり振り返っている。

【省略】

上川氏は、自らもなぜだかわからない体験として社会的な性別や身体の特徴について、与えられた性別について、違和を感じていたことを述べている。また、これは男らしさが嫌といったものではなくて、男性ではいられない、性別は女性で生きたいというものである。

(2) 遠藤まめた氏（トランス男性）

遠藤まめた氏は、「この本を書いている私は、31歳のトランスジェンダ

一だ。トランスジェンダーとは、生まれたときの性別と自認する性別が一致していない人のことをいう。」と自己紹介して、以下の経験を述べている（（甲C2：遠藤まめた「オレは絶対にワタシじゃない」はるか書房2018年））。

【省略】

遠藤氏も、自らの性別についての深く感じている内的かつ個人的な体験が先にあって、それがどういうものかを自らで発見している。

（3）申立人

本件の申立人の場合には、幼い頃から自分は男女のうち女性側に帰属すると自然と認識していた。他方で、性別移行をする生き方があると想像もつかない社会背景で幼少期を過ごしたため、女性として生きることを諦めて「男性」という割り当てられた性別に順応しようと生きてきた。

しかし、それでも、男性グループに帰属することへの違和感を抱き続け、「女の子になりたい男の子」「パラレルワールドで女性の姿ももつ」「ときどき女性に変身する」と意識することで、性自認と割り当てられた性別で生きることのギャップをやり過ごそうと努力していた（甲A1）。

日々の葛藤の表現や、葛藤への折り合いのつけ方は三者三様であるが、いずれも、個人的な性別を内的に深く経験しており、幼少期からの一貫した経験として性別が自覚されている。一時的な主張や願望ではなく、その人が自身が何者であるか内在的に経験しているのが性自認であることがわかる。

6 性自認と性的指向についての整理

（1）性自認と性的指向は、性に関する別の観点であること

申立人は、トランス女性であり、同時に、女性である妻とパートナー関係

にある。申立人が性愛関係をもつ相手は一貫して女性であるため、性自認や現在の社会的性別を基準に整理すれば、申立人は同性愛者でもある。

社会的には、トランスジェンダーであり、かつ、性的指向が同性に（同性にも）向く者（すなわち性的指向においてもマイノリティである者）の存在について、認知が進んでいないため、念の為、この点について解説する。

性自認と性的指向は、性のありように関する別の観点であるため、トランスジェンダーであり、なおかつ、異性愛者ではないという性のありようがあることは、医師による整理でも示されている。中塚幹也医師は、雑誌『小児科医』Vol.54「特集 小児科医が知っておくべき性の知識」内の記事において、性を構成する要素の多様性について解説し、性のあり方について表で整理している（甲B4）。表の内容及び注釈において、性自認を基準に異性の相手に性的指向が向くことが典型例である旨を示しつつ「性同一性障害／性別不合の診断では性的指向を問わない」と明記している。

『セクシュアリティの人口学』198～200頁（甲B5）では、トランスジェンダーの性的指向に分布の調査結果が紹介されている。回答者数が少ないために割合表示はされていないが、トランス女性（証拠中「MTF」と表記）6人について、「恋愛的惹かれの相手」及び「性的惹かれの相手」の項目でそれぞれ「男性と女性同じくらい」2名、「女性のみ」1名の分布になっている。「性関係の相手」の項目では、「男性と女性同じくらい」2名、「女性のみ」2名である。

また、性的マイノリティ当事者向けを紹介するウェブページでも、トランスジェンダーであり、性的指向が同性に向きうる人が登場するものが多数ある（甲C4～8）。

以上から、申立人の性的指向が女性に向くことは、申立人が女性としてのアイデンティティを有することと矛盾するものではない。

(2) パートナーの性別移行がふうふ関係を妨げない性的指向の存在

申立人は、妻と婚姻した時点では、割り当てられた性別に従い、日常的には他者から男性として認識されるように振舞って社会生活を送っていた。妻には交際開始前から性自認について打ち明けていたが、日常的に女性として生活を送るようになったのは婚姻後のことである。

男女として結婚した後的一方が性別移行をするというモデルケースが社会に顕在化していないため、念の為、一方が性別移行をしても婚姻関係が円満に継続するカップルも存在することについて解説する。

性的指向には、性愛関係の対象が異性のみである異性愛、同性のみである同性愛の他に、いずれの性別も対象となりうるというありようがある。一般的には、「自分と同じ、または異なる性別／性自認の人どちらにも惹かれうる人」は「バイセクシュアル」、「相手の性のあり方にかかわらず他者に惹かれる人」は「パンセクシュアル」と整理される（甲B6『LGBTQ+医療現場での実践Q&A』3頁）。こうした性的指向の場合には、性愛関係を継続している間に相手が性別移行をしても、それ自体は必ずしも関係維持を妨げない。

なお、こうした整理はあくまで性の多様性の理解を助けるために用いられるものであり、自身の性のあり方について既存の整理のいずれもしっくりこないという人や、ラベリングを好まず一般的な整理に自身の性のあり方を当てはめたくないという人もいる。

申立人の妻は、「好きになるのは男性だが、家族関係を結ぶのに、性別よりも相手がどういう人かの方が重要」という認識している人物であり、本人の言葉では、「性別ではない、その人のもっているもの」に惹かれて申立人と交際・結婚したこと、それゆえ性別移行期間中も性別移行後も変わらぬ関係であったことが語られている（甲A5妻陳述書）。陳述書でも、申立人の人格や、安心できる関係性、互いの趣味を楽しむ経験の積み重ねに重きをお

いて、円満なふうふ関係を維持・構築している様子が語られている。

7 性別移行に関する実情

申立人が日常的に女性として生活するように移行したのは、40代以降のことで、それまでは出生時に割り当てられた性別である男性として日常的に振舞っていた。性別移行が成人してしばらくしてからということは稀有なことではない。この点についても、実情や背景事情を整理しておく。

(1) 性別移行のタイミングや進み方は様々であること

トランスジェンダーの性別移行について、あたかもトランスジェンダーであると自覚した機会や性別適合手術によって一足飛びに性別移行がなされるという誤解を持つ者もいる。しかし実際には、精神的な移行、社会的な移行、医学的な移行などいくつかの観点があり、他者との関係や、健康状態、経済状態といった条件の影響を受けながら、性別移行が進んでいく。そのため、性別移行の段階の踏み方や移行に要する時間は人によって様々である。

周司あきら氏と高井ゆと里氏は『トランスジェンダー入門』において、性別移行を、精神的な性別移行、社会的な性別移行、医学的な性別移行という3つの側面から以下のように整理し、その困難さを説明している（甲B7）。

ア 精神的な性別移行

「精神的な性別移行」（mental transition）は、「出生時に割り当てられた性別は、自分のアイデンティティと違う」「出生時に割り当てられた性別のままでは生きていけない」という気づきに達して、トランスジェンダーとしての自己を発見していくプロセスである。このプロセスは、その人がシスジェンダーのようにして生きてきた時間が長ければ長いほど、険しく、困難なものになりうる（41～42頁）。

また、闘病や貧困など、性別以外のことに多くの身心のエネルギーを

割かなければならなかったり、トランスジェンダーという言葉や存在を知らなかったりすると、トランスとしての自己を発見する機会は必然的に遠ざかる。内面化したトランスフォビア（嫌悪）が深刻な人の場合、自分がトランスジェンダーであることを認めるのに時間がかかることがある（46頁）。

イ 社会的な性別移行

「精神的な性別移行」の先によりやく浮上してくるのが、「社会的にはどう生きていくべきか？」という問いである。トランスの人たちが出生時に割り当てられ命令された性別として生きるのをやめようとするとき、「社会的な性別移行」の試みが始まる。

社会のあらゆる空間は、今のところ男・女二つの性別で分けられている。トイレ・更衣室・公衆浴場などにとどまらず、服売り場や美容院などの商業施設をはじめ、公共交通機関の座席で異性の横を避けるとか、学校の休み時間に何となく同性で集まりがちといった場面まで思い浮かべれば、無意識にせよ誰もが男女でスペース（場所）を区別しつつ生きていることに気づけるだろう。社会的な性別移行を目指すトランスの人は、性別分けされた様々な空間の使い方を変えようと試みることになる。それは同時に、他者との関係性や距離感の保ち方を変えることでもある（47～48頁）。

このプロセスでは、たとえば、通称名の使用、移行後の性別に合った衣服への切り替え、髪型の変更、友人や家族へのカミングアウト、戸籍名の改名、使用する性別分けスペース（トイレや更衣室）の変更、移行後の性別の集団への同化などがなされる。様々な試みが影響し合っ少しずつ進む、かなり複雑な歩みとならざるをえない（55～56頁）。

社会的な性別移行は、ライフステージによって困難さが異なる。たとえば、結婚後に性別違和をはっきり自覚して性別移行する人の場合、結

婚生活を維持するかどうか配偶者と話し合うことになるケースがほとんどで、離婚に至ることも多々ある。子どもがいる人の場合は、「母親」から「父親」、あるいは「父親」から「母親」になったように見えるため、親として期待される役割までもが変わるかもしれない。性別分けに依拠した住居空間である児童養護施設や学生寮などに住み続けなければならない場合、性別を移行するトランスジェンダーの存在がはじめから想定されていないため、社会的な性別移行は本人にとってなおさら危険な試みになる（56～57頁）。

ウ 医学的な性別移行

社会的な性別移行とは別に、医学的措置を通じて身体を変えていくという、「医学的な性別移行」を必要とする人もいる。ただし、ここで忘れてはならないのが、トランスジェンダーだからといって全員が一律の治療を必要としているわけではなく（つまり、医学的な性別移行をしないトランスジェンダーも存在している。）、自分に必要な医療措置を選ぶのはあくまでも個々のトランスジェンダー個人であるということである（66頁）。

医療措置の内容を概観すると、〈男性化していく場合〉の医療措置は、男性ホルモン投与、上半身の手術（top surgery、下半身の手術（bottom surgery））に大別でき、〈女性化していく場合〉の医療措置は、ホルモン投与、下半身の手術、そのほかの3つに大別できる。〈男性化していく場合〉の医療措置では、下半身の手術を受けるためにはそれ以前に男性ホルモンを1年以上投与していることが条件になる場合がある。ホルモン治療には、〈男性化していく場合〉と〈女性化していく場合〉のいずれの場合も、肝臓への負担や生殖機能の喪失、心不全や心筋梗塞のリスクの増大など多くの副作用があるほか、ホルモンによって引き起こされる変化は不可逆的である。必要な医療措置を選ぶ際は、専門家への相談

が重要である（57～67頁）。

エ 性別移行の試みは地道でゆっくりしたものにならざるを得ない

性別移行は、「今日から男」とか「今日から女」とか、そんな簡単なものではなく、とても地道で、ゆっくりしたものにならざるを得ない（72頁）。トランスの人たちは、社会のある場所では移行前の性別として、また他の場所では移行後の性別として、場ごとに異なった認識のされ方をすることがある（「場」による性別の「分散」）。たとえばトランス男性が、ふらっと立ち寄るアパレル店では男性客として存在できたとしても、実家に帰って、兄のいるリビングで「男性」として認められ存在できるようになるまでには、長い時間がかかることもある。性別移行を試みるトランスの人たちは、オセロの盤面を1マスずつ埋めていくように、あるいは1枚ずつ盤面の色を変えていくように、一つひとつの場において自分の性別を移行させていく必要がある。一気にすべてのマスの色が変わるわけではない（67～70頁）。

「場」によって性別が「分散」する状態は、トランスの人にとって快適なものではない。ストレスになるうえ、状況によっては危険を感じさせることもある。そのためトランスの人たちは、性別の「分散」をなるべく減らして、移行後の性別で、どのような場においても一貫して生きることができる状態を目指すことが多くなる。しかし、そうした「収束」には上述のとおり長い時間がかかる。「収束」を実現するためには、過去の友人と一切連絡を取らないようにする、実家と縁を切る、転職するなど、「場」の切り捨てを選ばざるを得なくなる場合もある。自分が自分として生きていくために、自分が自分として生きられない場所を減らすために、少しでも新しい自分の生活を安定させるために、多くの場合はやむを得ず、「場」を切り捨て、多くの人間関係を失う結果になる（71～73頁）。

トランスのジェンダーアイデンティティが十分に尊重される場所がまだまだ足りない現在、そうした性別の分散を減らすための多大なコストを、トランスの人たちは個々人で継続的に払い続けている（72頁）。

（2）性自認を自己理解・自己受容する契機がないことが性別移行の開始時期に影響を与えること

トランスジェンダーという性のあり方について日本社会で認識が進む前に、社会人になった世代に人々は、出生時に割り当てられた性別への違和感やそれと異なる性別への帰属意識を幼少期から抱いていても、トランスジェンダーという性のあり方を知らないために、自身の感覚について理解できないまま成人し社会生活を送った者も少なくない。

上記（1）の整理に沿って言い換えれば、トランスジェンダーについて正しい知識が一般に知られていない社会状況を背景に「トランスジェンダーとしての自己を発見していくプロセス」が遅れ、精神的な性別移行や社会的な性別移行が進んだのが成人後しばらく経ってからという者が少なくない。

以下では、当事者の語る事例を紹介する。

トランス女性で世田谷区議の上川あや氏は、思春期に自分の身体を受け入れられないことの自覚はあったが、「自分で自分のことがわからない。苦しくてたまらないのに、自分で手に入れられる情報は限られていた。」「「私は誰？」。その答えを読み解くヒントは、学校教育からも社会生活からも一切、得ることができなかった。」と述べている（甲C1・44頁）。

そして、上川氏は「男性」として社会人生活をした後に、トランスジェンダー当事者たちと出会ったときのことを以下のように振り返っている。

「「あなたは何ですか？」と聞かれた。まだこれからどうしたいのか見えなかった私は「まだよくわかりません」と答えた。」「初めて心と身体の性を分けて考える概念があると知り、悩みを共有できる人たちに出会い、自

分と彼らを対比して、私の感覚は「女性」に近いのかな…と考えると、これまでの葛藤のすべてが腑に落ちる気がした。」（甲C1・67頁）

原ミナ汰氏は、当事者の相談事業に長年取り組んだ経験から、「自己受容」の困難さを以下のように整理している。

「自己へのカミングアウトとも言われる「自己受容」が難しい理由は、以下の三点に集約できる。

①自己覚知が困難⇒性自認や性的指向をきちんと組み込んだセクシュアリティ教育の不在。自分が何者なのかを知ることが難しく、説明するための言葉をもたない。

②ロールモデルの不在⇒自分探しの助っ人や、手本となる人の存在がみえないため、進むべき道がわからない。

③自尊感情の育成機会の不足⇒自分の全存在を大切に思ってくれる人を見つかけられるか。自分のセクシュアリティが周囲と違うことにいつ頃気づいたかを、LGBT当事者に聞いたところ、性自認の場合、早くは就学前から、性的指向についてはおよそ半数以上が、思春期までに気づいていたと答えている。しかし一方で、「身近には性的マイノリティなんかいない」という社会的偏見があたりに充満しているため、たとえ自分の性自認や性的指向に気づいても、親や友人にカミングアウトしづらいし、何かの拍子で知られてしまったときの周囲の反応に傷つくことも多い。」（甲B8『性のあり方の多様性』103頁）

（3）特例法を経ていわば「あるべき性同一性障害者」規範が生じたこと

さらに、特例法の存在及びその内容も、自己受容のプロセスに影響を与えた。

特例法によって道が拓けて救われた人もいた一方で、あたかも、医師から「性同一性障害」の診断を受け、性別適合手術を受け、特例法の定める要件を全て満たして、法令上の性別を変更するに至るのが正しいトランスジェ

ンダーであるかのような規範が当事者コミュニティの中で生まれてしまった。精神科医として多くのトランスジェンダー当事者の診察に携わってきた針間医師は、特例法3条1項4号・5号要件との関係で「選ばれて手術が施行され、身体的な性移行が達成できたものと、選ばれず手術が施行されず、身体的な性移行が達成できないものの間に階層化、差別化を生み出した。」との見解を述べている（甲B1・51頁）。

針間医師が「階層化、差別化」と指摘する規範が生じたことにより、特例法の全ての要件を満たすことを希望しない／満たせないトランスジェンダーにとっては、あたかも「自分は“正しいトランスジェンダー”ではないのではないか」という不安や疑念を抱かせるものであった。そして、それは、自身の性のあり方についての自己理解・自己受容を妨げる一要素になりうる。

針間医師の指摘はいわゆる手術要件に関するものであるが、本件規定についても同様である。すなわち、特例法に非婚要件があることで、あたかも、性自認を基準に同性（出生時の性別割り当てを基準にすれば異性）に性的指向が向く者は、「特例法に想定されていない」存在であり、そのようなトランスジェンダー当事者にとっては自己理解・自己受容を妨げる一要素になりうるものであった。

（4）小括

以上のとおり、出生時に割り当てられた性別と性自認が異なる者が、必ずしもすぐにその違和を自覚し、性自認に沿った生活を送るようになるわけではない。性別移行が始まる時期や、その道のりは、本人をとりまく環境や、知識を得たタイミング、社会背景などの様々な要因の影響を受けるもので様々な過程がある。

申立人が、出生時の性別に沿う生活を長く送っていたことや、妻からの後押しを受けてようやく日常的な性別移行を開始できるようになったことは、なんら不自然なことではない。

第5 本件規定が侵害する憲法上の権利

1 性自認とおりの性別を尊重される権利

(1) 憲法上の根拠（13条 自己決定権）

ア 憲法と自己決定権

憲法は、個人の尊厳を基本価値とし、同13条前段で「すべて国民は、個人として尊重される」旨宣明する。憲法は、そのことを実現するために「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を承認し（同条後段）、さらに、幸福追求権から分節化された諸権利を列挙して保障する。憲法上の権利とは、上記憲法の基本価値と特別の関係にある法的利益が憲法上の権利に高められたものである（甲D2：「すべての国民を『個人として尊重』する意味」小早川光郎他編『行政法の発展と変革 上巻』・288頁）。

このような憲法上の権利の一つに自己決定権がある。自己決定権は、個人の人格に深く関わることから、公権力の介入・干渉を受けずに自ら決定する権利である（甲D3：芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 第七版』・126頁）。自己決定権は、憲法典に明示的に列挙された権利ではない。しかし、憲法制定後の社会の発展のもと「すべての国民が個人として尊重される」ために不可欠と認識され、幸福追求権（13条）のはたらかきによって、憲法上の権利に高められた権利である。（甲D2・289頁）。

すなわち、個人は多様な個性と価値観を持ち、一人一人異なる存在であるから、すべての人が「個人として尊重される」と言えるためには、個々人が自己の生き方を自由に選択し、その人らしい人生を全うすることが認められなくてはならない。そこで憲法は、「どのような人生を送るかを考えるとき、基本的に重要な意味を持つ」ことから、公権力の介入

や干渉を受けずに自ら決定する権利を憲法上の権利として保障しているものと解される。

なお、後述のとおり、アイデンティティをめぐる苦痛は、憲法適合性を判断するにあたり考慮されるべき有形無形の不利益の一つとして重要な要素になることが、従前の裁判例でも示されている。

イ 性別・性自認が人格的生存に深く関わること

このように、あらゆる人が個人として尊重され、個人の生命や人格は等しく保障されなければならないというのが憲法の根本的な理念（憲法価値）である。そして、個々人の人格を作り上げる属性は多様であるところ、性別は、その中でも主要な属性の一つである。

家族関係、友人、学校、職場など他者との関係や社会での居場所などのすべてに性別は影響する。性別は、身体の問題だけではなく、人格と密接な関係を持つのである。

性自認は、上記「第4. 5」で述べたとおり、内在的に経験される性である。内在的に自身の性別を経験し、そこには斉一性や連続性がある。そして、自身が経験している性別と、出生時に割り当てられた法的性別取扱いが乖離している場合に、性自認に基づいて生き方を選択するという意味で自己決定権ないしは人格権の問題に関わる。

上記「第5. 7」で述べたとおり、性別移行の進み方はさまざまである。性自認に基づいた生き方を選択肢しても、突然一足飛びに実現するわけではなく、その者が置かれた環境や条件に影響を受けながら、あるがままの自分として生活できる生き方を模索していく道りを経る。自己実現の道りであるといえる。

そして、精神面、社会面、医学面などいくつかの局面から性別移行の道りを経ても、立ちふさがる障壁が法的性別取扱いである。性別移行の試みを重ね、社会的に性自認どおりの性別で認識され生活を送るようになっ

でも、出生時に第三者によって割り当てられた法的性別取扱いが第三者に知られるような手続きの場面では、試みの積み重ねにもかかわらず、意に反して事情の説明をせざるをえなかったり、不審の目や否定的な態度を向けられたり、そもそも手続きをとることを諦めたりという事態が生じる。あるいは、それを避けるためには、やむをえず、性別移行の努力に反して、その場面でだけ法的性別取扱いに合わせて社会的に振舞わざるをえない。

こうした出来事は、あるがままの自分を受け入れられないという否定的な経験として、人格を深く傷つけるものである。性自認に従って生活を送る者が、そのアイデンティティや生活実態を尊重され、法的性別が生活の支障になることなく日々の生活を送れることは、人格的な生存にとって不可欠である。

ウ 最高裁での判断

トランスジェンダーに関する法的論点が争われた事案で、最高裁から以下の判断が示されてきた。

(ア) 最高裁令和5年10月25日決定（特例法第3条1項4号要件の違憲性が争点となり、同要件を違憲無効と判断した最高裁決定。甲D4）

最高裁は、「性同一性障害を有する者については、治療を受けるなどして、性自認に従って社会生活を送るようになっても、法令の規定の適用の前提となる戸籍上の性別（以下「法的性別」という。）が生物学的な性別によっているために、就職等の場面で性同一性障害を有することを明らかにせざるを得ない状況が生じたり、性自認に従った社会生活上の取扱いを受けられなかったりするなどの社会的な不利益を受けているとされている。」という状況を指摘した。

その上で、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、性同一性障害を有する

者の置かれた状況が既にみたとおりのものであることに鑑みると、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益というべきである。」と判示した。

(イ) 最高裁令和3年11月30日決定（特例法第3条1項3号要件の違憲性が争点になった事案。甲D5）

最高裁多数意見は、同要件を合憲と判断したが、宇賀克也裁判官は反対意見で以下の指摘をしている。

「もし、生まれつき、精神的・身体的に女性である者に対して、国家が本人の意思に反して「男性」としての法律上の地位を強制し、様々な場面で性別を記載する際に、戸籍の記載に従って、「男性」と申告しなければならないとしたならば、それは、人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利を侵害するものであり、憲法13条に違反することには、大方の賛成が得られるものと思われる。」

「本件原告人も、既に性別適合手術を終え、現在、身体的に女性となり、女性の名前に改名しており、精神的・身体的に女性である者であり、社会的にも女性として行動している。しかしながら、その実態に反して、3号要件のゆえに、戸籍上の性別を女性に変更することができず、法律上は「男性」とされている。自己同一性が保持されていることの保障の必要性は、生来的な女性であれ、医療的措置により身体的に女性となった者であれ、基本的に変わるところはないと考えられる。」

(ウ) 小括

上記判示及び反対意見の指摘は、表現は異なるものの、本件で申立人が性自認とおりの性別を尊重される権利として表現する法益が個人の人格的利益と結びついた法益であることを示すものである。

(2) 厳格な審査が求められること

性別についての認識は、人の人格の核心に関わるものであり、その性自認のとおり性別を尊重される権利は、憲法13条の幸福追求権の保障する人格権の一内容として保障されるものである。

性別が社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして、個人の人格的存在と密接不可分のものであることから、性自認のとおり性別を尊重される権利は、人の人格の核心にかかわる重大な権利である。それゆえ、かかる権利に対する制約が許されるか否かについては、厳格な審査基準によって判断すべきである。

すなわち、権利の制約について、やむにやまれぬ立法目的があり、かつ、その手段が立法目的達成に必要不可欠な場合でない限り、許されないというべきである。

本件規定は、後述のとおり、そもそも立法目的に根拠がなく、さらに権利の制約による不利益があまりに大きく、本件規定は性自認を尊重される権利を不当に侵害し憲法13条に違反する。

2 婚姻関係を維持する自由（離婚を強要されない自由）

(1) 憲法上の根拠（憲法24条1項、13条）

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」と規定する。

これは、人と人の親密な関係に基づく、永続性をもった共同生活について、法律が要件と効果を定めて保護を与え承認・公証する制度（法律婚）の存在を前提に、この法律婚について、人が、国家や第三者に干渉されることなく、望む相手と意思の合致のみによりなしうることを、憲法上の人権として保障したものである。

そして、憲法13条は「すべて国民は、個人として尊重され」と宣言し、個人の尊厳と幸福追求権を保障している。

憲法24条及び13条に基づき、現に婚姻関係にあり、その継続を望むカップルには、婚姻関係を維持する自由（離婚を強要されない自由）が憲法上の権利として保障される。

以下、その理由を述べる。

（2）憲法13条（自己決定権）との関係

ア 憲法と自己決定権

憲法は、個人の尊厳を基本価値としている。同13条前段で「すべて国民は、個人として尊重される」と宣明するのはそのためである。憲法は、個人の尊重を実現するために「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を承認し（同条後段）、さらに、幸福追求権から分節化された諸権利を列挙して保障する。憲法上の権利とは、上記憲法の基本価値と特別の関係にある法的利益が憲法上の権利に高められたものである（甲D2・高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」小早川光郎他編『行政法の発展と変革 上巻』（有斐閣 2001年）288頁）。

このような憲法上の権利の一つに自己決定権がある。

自己決定権は、個人の人格に深く関わることから、公権力の介入・干渉を受けずに自ら決定する権利である（甲D3・芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 第七版』128～129頁）。自己決定権は、憲法典に明示的に列挙された権利ではない。しかし、憲法制定後の社会の発展のもと「すべての国民が個人として尊重される」ために不可欠と認識され、幸福追求権（13条）のはたらきによって、憲法上の権利に高められた権利である（甲D2・289頁）。

すなわち、個人は多様な個性と価値観を持ち、一人一人異なる存在であるから、すべての人が「個人として尊重される」と言えるためには、個々人が

自己の生き方を自由に選択し、その人らしい人生を全うすることが認められなくてはならない。そこで憲法は、「どのような人生を送るかを考えるとき、基本的に重要な意味を持つ」ことがらについて、公権力の介入や干渉を受けずに自ら決定する権利を憲法上の権利として保障しているものと解される。

イ 婚姻関係を維持する自由の意義

自己決定権が及ぶことが確実な場面として、一般に、自らの生命・身体の処分、家族の形成・維持、リプロダクションなどがあげられる。

婚姻するかしないかにかかる自由や、婚姻関係を維持するか否かにかかる自由は、まさに、家族の形成・維持にかかわるもので、自己決定権の重要な内容である。そして、既に婚姻関係にありその継続を望むカップル、すなわち既に法律婚制度の多彩な効果を享受できる地位にあるカップルが、当事者らの意思に反してその身分関係や法律婚制度による利益を奪われないことも、同じく、自己決定権が及ぶべき利益である。

ウ 婚姻関係を維持する自由が個人の自己決定に不可欠であること

(ア) 法律婚の意義

人は、人生の途上で他者と出会い、様々な関係を結んで生きてゆく。その中で、性愛を伴う親密な関係を基礎として、一定の永続性をもって生活をともにしようとすることがある。こうして築かれた関係は、その人にとって、人生の楽しみや喜びあるいは悲しみを分かち合い、活力の維持や安寧の確保といった人生の充実に資するものであり、その人が生存し、その人らしい人生、その人らしい幸福追求をなすうえで重要な意味を持つ。

このような家族の形成について、歴史上それぞれの社会は、一定の要件のもと「婚姻」の名で承認し公証する仕組みを作ってきた。近代社会では、国家が法をもって婚姻の要件を定め、効果を付与する役割を担う。このように、人と人の永続性ある共同生活について、法律が要件と効果を定めて承認・公証する仕組みが法律婚である。

憲法も、法律婚の存在を予定し（憲法 24 条 1 項、同条 2 項）、これを受けて民法は、当事者相互の協力義務（民法 760 条。憲法 24 条 1 項参照）、財産権の公平平等な実現のための制度（相続〔民法第五編。同 882 条以下〕及び財産分与〔同 768 条〕ほか）など、「親密な関係を基礎とする共同生活」という婚姻の特質に応じて、様々な「法的・経済的利益」を集散的に付与する。当事者の関係は、これらの利益と義務により強められる。

また、法律婚には、当事者の結びつきが法的社会的に家族として承認・公証され、そのことを通じて強められるという、無形の、しかし重要な役割がある。婚姻の「心理的社会的利益」である。（甲 D 9・青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)〔復刊版〕』〔上野雅和〕（有斐閣、1989 年）179 頁）。

以上と同趣旨の指摘は裁判例でもされている。すなわち、名古屋地裁令和 5 年 5 月 30 日判決は、法律婚制度について、その制度を利用し婚姻するカップルにとって、法定効果に留まらない様々な法的効果を付与するだけでなく、社会的な効果、精神心理的を含め多彩な効果を一体のものとして享受できる制度であることと指摘している（甲 D 7 「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟・名古屋地裁判決）¹。

このように、法律婚は、親密な関係を基礎に生活をともにしようとする

¹ 名古屋地裁判決令和 5 年 5 月 30 日。

「法律上の効果にとどまらず、事実上の効果として、婚姻制度を利用することにより、社会的な信用が形成され、信任が得られるなどの社会的な効果のほか、そうした地位に立ったことによる精神的心理的効果をも生じさせるもの」「異性カップルであれば、所定の要件を充たすことにより、法律婚制度の下で、法律上及び事実上の多彩な効果を一体のものとして享受することができる。」（37 頁）

当事者の人生に実に多彩で大きな役割を果たしうる重要な制度である。婚姻することで法律婚制度を享受するかどうか、そして離婚することでその法益を放棄するかどうかについて、両当事者の意思で自ら決定できることは、個人の尊重という憲法の基本価値の実現に不可欠である。

(イ) 個人の自己実現に不可欠であること

法律婚が人の生き方や人生のありように深く関わる制度である一方、人は一人ひとりが異なる人格をもち、多様な価値観、多様な個性を持つ。ふうふとなるパートナーの存在を望む者もいれば、そうでない者もいるし、互いにふうふとして生きることを望むカップルでも、婚姻し法律婚制度の利用を希望するカップルや希望しないカップルもいる。婚姻を希望するカップルであっても、それぞれの社会生活や価値観、経済状況など様々な要素を背景に、いつ、どのようなタイミングで婚姻をするのかは重要な選択となる。

したがって法律婚も、婚姻するか否か、いつ誰とするかをひとりひとりが誰からも介入されず自ら決定できてはじめて憲法的価値をなす。この意味での婚姻の自由があってはじめて、その人らしい人生、その人らしい幸福追求が可能となる。望む時に望む相手と法律婚をなすという選択肢を持つことは、個人の自己実現にとって不可欠であり、婚姻の自由は、すべての人が個人として尊重される（憲法13条）という憲法の根本原則と特別の関係にある。

そして、既に婚姻関係にありその継続を望むカップルが、公権力の干渉により離婚を強要されるとなれば、婚姻するかしないかの自由は水泡に帰す。互いに維持を継続するカップルが、公権力を含めた他者から継続を妨げられないということは、婚姻の自由及び自己決定に不可欠である。

(ウ) 民法・家事事件手続法との関係

民法は、離婚について、協議離婚（民法763条）と裁判離婚（民法7

70条) という二つの選択肢を設けている。

協議離婚は、まさに両当事者の自己決定による婚姻関係の終了に他ならない。裁判離婚は、一方から離婚請求を求めて訴訟提起されたとき、一定の要件（民法770条）を満たす場合にのみ裁判上の離婚を認めるという条文構成になっている。すなわち、婚姻関係を継続するか否かについて両当事者で一致した決定ができない場合に、司法という公権力が介入して離婚という結論を導く場合について予め要件を設けておくことで、両当事者の自己決定の齟齬に対し公権力の干渉により結論を強制することを正当化している。

そして、家事事件手続法257条は、調停前置主義を定め、離婚訴訟提起前に調停手続きで合意による解決を図ることを原則としている。司法が強制的に結論を導く前に、両当事者の合意（一致した自己決定）の可能性を探るという道筋を予定している。

これらの各条文は、婚姻関係の維持・終了にあたっては両当事者の自己決定権が尊重されるという憲法的価値の表れといえる。

エ 婚姻関係を維持するという選択肢の憲法上の意義

婚姻関係を維持する自由は、その婚姻当事者が個別に享受する利益だけでなく、憲法上の意義も有している。その内容を以下、説明する。

(ア) 民主政の基盤としての意義

婚姻関係をはじめとする家族との生活の場で、自らの価値観や個性に基づく選択が許され、ありのままの姿で家族として承認されるか否かは、各人の人生にとって重要な意味をもつ。

家族との生活の場は、一番身近な生活の場であるところ、その生活共同体の中で承認を受けることは、社会の一員である自信や安心感、自らにその責任を果たす力があることを意識し実感する助けになる。

このことは、人が政治に参加し社会貢献の意欲を持つことに繋がる。本

来多種多様な存在である個人が、それぞれに望む相手と望む形の家族をつくり、各人の価値観や個性、家族としての経験に基づいて自律的に幸福を追求し、時に不運にみまわれ、また、幸運に恵まれ、失敗や成功を繰り返しながら、それぞれに大切にすべきもの、尊重すべきことを持って存在することは、憲法の標榜する民主政に不可欠な社会の多元性の土台となる。

婚姻関係にあるカップルが婚姻関係を維持する自由は、両当事者が安定して共同生活を営む重要な支えとなる。互いが相手を支えることによる安心感や幸福感、夫婦を適用対象とする各種の法制度による保護が、各婚姻当事者の生活を支える基盤となる。

そして、共同生活の安寧は、各当事者が社会や政治に参加することの支えにもなる。婚姻当事者にとっては、民主政の担い手としての自己実現がいっそう可能となるし、社会全体にとっても、民主制の基盤に資する。そのことを通して、すべての人が個人として尊重されることにつながっている。

芦部教授が「家族のあり方を個人が自律的に決定する権利を保障することによって、はじめて民主主義の基盤である社会の多元性の確保が可能となる」と述べるのは、まさにこの趣旨である（甲D10・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣 1994年）393頁）。

また、長谷部教授が、プライバシーの保護の重要性について「プライバシーの保護は個々人の利益となるだけでなく、社会全体の利益にもつながる。自ら選ぶ相手とのみ親密な関係を取り結ぶ可能性を保護されることのない者は、自らを自律的に生きる存在として尊重されていると感じることもなく、社会公共の問題に真剣に取り組み、貢献しようとする意欲も持たない」と述べるところは、自己決定権の一場面である婚姻の自由の意義を述べたものとしてそのまま妥当する（甲D11・長谷部恭男『憲法 第7版』（新世社、2018年）150頁）。

(イ) 多元的社会のインフラとしての意義

共同生活を営むカップルが、その社会に共通の制度により公証され保護を受けることは、そのカップルを中心とした家族にとって、地域や学校、医療や福祉ほか行政との関係でスムーズに意思疎通しサービスを受けることを可能にする。周囲の者においても、共通の制度を前提に人間関係を説明されることで、相手のプライバシーに必要以上に立ち入ることなく、予測可能性をもって関わりを持つことができる。

当事者の意思が合致しさえすれば、その個性や価値観を問うことなく、どんなカップルでも利用することができる家族形成の仕組みは、すべての人が「個人として尊重される」多元的かつ公正な社会にとって必須の基盤（インフラ）である。ここでも、法律婚は、婚姻をする者の利益にとどまらない重要な役割を担っている。

裏返せば、婚姻関係にあり継続を希望するカップルが公権力により離婚を強要されることになれば、婚姻当事者に留まらず、とりまくその他の家族らや様々な手続きで関わる第三者らにとってもインフラが不安定化することになる。

エ まとめ

以上、人が望む相手と意思の合致のみにより自律的に法律婚をなしうることは、多様な個人が人生のあり方に関わる重要なことについて自ら決定する行為そのものである。婚姻関係を維持する自由は、自己決定権の重要な一内容として、憲法上の権利として保障されるべきものである。

(3) 憲法24条の制定経緯

婚姻関係を維持する自由は、婚姻の自由を前提とするものであるところ、婚姻の自由が憲法上の権利であることは、憲法24条1項がどうしても生まれねばならなかった日本の歴史からも明白である。

ア 憲法24条1項の制定趣旨

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、相互の協力によって維持されなければならない」と規定する。

憲法が婚姻（法律婚）について定める24条の冒頭にこの規定を置いたのはなぜか。

それは、個人の尊重と男女の平等という憲法の理念を実現するためには、個人より家を優位におく明治民法（明治31年公布）の婚姻のあり方を排し、家族生活における個人の尊重と男女の平等を確保することがどうしても必要だったからである。すなわち、家制度をバックボーンとする明治民法のもとでは、婚姻は、家と家の問題であり、妻が夫の家に入る行為とされていた（旧788条「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」）。婚姻には、両家の「戸主」の同意が必要とされ（旧750条）、男性で30歳、女性で25歳までは「其家ニ在ル父母」の同意も必要だった（旧772条）。家の存続を最優先する考えから、法定推定家督相続人は他家に入る婚姻をすることは認められなかった（旧744条）。

このような法律は、人びとの意識にも大きな影響を与え、婚姻は個人の幸福追求よりも家のためにするものであり、本人らが婚姻を望んでも、「家格」にあわないとして反対されたり、いっしょに暮らし始めた後も「家風」にあうかどうか、「あとつぎ」を生むかがわかるまでは戸主や父母が同意を与えないことが当たり前のように行われた。その結果、わけても、法的経済的劣位におかれていた女性は、望む相手との婚姻が果たせず、意に沿わない婚姻を強いられることが少なくなかったのである。

さらに、このような、個人より家を上におく戦前の家族のあり方は、個人が全体の犠牲となることを受け容れる意識や社会の雰囲気醸成し、価値観の多元性や自由な思考の可能性を社会から奪い、それが、「政府の行為によって・・・戦争の惨禍が起こる」（憲法前文）ことにつながった。芦部教授が

「家族のあり方を個人が自律的に決定する権利を保障することによって、はじめて民主主義の基盤である社会の多元性の確保が可能となる」と指摘する所以である（甲D10・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣 1994年）393頁）。

これに対し、憲法24条は、「婚姻の自主性を宣言し、個人を自己目的とする個人主義的家族観に基づいた、家族生活の法律的調整を要求し」（甲D12・法学協会『注解日本國憲法 上巻』（有斐閣、1953年）470頁）、「憲法24条と両立しない旧法の規定は改廃され、婚姻の自由が大幅に増大した」のである（甲D 9・180頁）。

イ 憲法は婚姻の自由が新しい婚姻制度の核心であることを求めた

もともと婚姻は、当事者の親密な関係を前提に生活をともにする関係であるから、自ら望む相手以外のものとの婚姻はことがらの性質上なじまない。しかし、それだけではない。憲法は、戦前の日本で婚姻の自由が保障されていなかったことによって、多くの人々の幸福追求が阻まれ、さらには、民主主義が機能不全に陥ることにもつながった苦い教訓から、「婚姻するかどうか誰といつするか」について何者にも干渉されず自らの意思と判断により決めうることに「すべての国民が個人として尊重される」という憲法の基本価値にとって不可欠と考えた。

だからこそ、憲法は、戸主等が婚姻に容喙することを禁止するにとどめず、「婚姻は両性の合意のみに基いて成立」との普遍的規定をおいた。新憲法下の法律婚では、「平等な意思主体間の自由な婚姻意思の合致」のみによって成立するという近代的婚姻の象徴的部分が死活的に重要であり、制度を貫く本質的属性でなければならないことを示したのである。

ウ まとめ

憲法24条1項は、法律婚について、人が、国家や第三者に干渉されることなく、望む相手と意思の合致のみによりなしうることを（婚姻の自由）を憲

法上の人権として保障したものにほかならない。

そしてその趣旨を貫徹すれば、婚姻したカップルの両当事者がその関係の維持を希望する場合、国家や第三者に干渉されることなく関係を維持できることも、当然、憲法24条により保障される。

(4) 判例・裁判例

婚姻の自由が憲法の保障する人権であることは、司法判断の歴史から裏づけられる。

新憲法下の日本でも、いわゆる結婚退職制に関して、裁判所は「結婚の自由は憲法により国が国民に対して保障した基本的人権の一つ」と判示した（甲D13・茂原市役所結婚退職事件判決・千葉地裁昭和43年5月20日判決判タ221号109頁）。

別の同様の事件では、「憲法第二四条は『婚姻は両性の合意のみに基いて成立する。』旨規定し、国家が国民の結婚の自由を制限する立法を禁じられ、これを制約する要素を排除することが国家的責務であることを宣言する。」、「結婚は男女の永続的結合として人間の一生を左右するに足りる重要事であり、いついかなる時期に、いかなる配偶者を選択するかは人間の尊厳に由来する崇高な選択であることに鑑みれば、著しく不合理であるのに結婚の自由を制約するのは人間の尊厳を否定するものに他ならず、結婚の自由の保障は公の秩序として、これに反する私法上の制約の効力を否定することを要求している」（甲D14三井造船結婚退職制事件・大阪地裁昭和46年12月10日判決判タ271号147頁155頁）と判示してきた。

最高裁判所も、再婚禁止期間違憲訴訟判決（最大判平成27年12月2日民集69巻8号2427頁）において、「（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。』と規定しており、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と解され」「十分尊重に値する」と判示する。同判決は、この「婚姻をするについての自由」が憲法上の権利であることを明示していないが、婚姻の自由が憲法上の権利とされるにふさわしいことは先に述べたとおりであり、「十分尊重に値する」とは憲法上の権利であることと同義と解すべきである。

(5) 厳格な審査が求められること

本件で問題となる婚姻関係を維持する自由（離婚を強要されない自由）が自己決定の中核的要素である以上、違憲審査にあたっては、上記「第5. 1」と同様に厳格な審査が求められる。

もっとも、後述のとおりそもそも立法事実根拠がなく、権利侵害も重大である。本件規定は憲法13条及び24条で保障される婚姻関係を維持する自由（離婚を強要されない自由）を侵害するもので違憲無効である。

第6 本件規定の立法事実は根拠を欠くこと

1 立法事実

特例法立法時に中心的な役割を果たした参議院議員（当時）南野知恵子が監修した『【解説】性同一性障害者性別取扱い特例法』において、「現に婚姻をしていないこと」を要件とした理由について、「婚姻をしている性同一性障害者について性別取扱いの変更を認めると、男と男、女と女のカップルという同性同士の婚姻、すなわち同性婚の状態という現行法秩序において解決困難な問題が生じてしまうためである」と説明されている（甲D1・88頁、130頁）。

すなわち、同性婚状態の発生を防ぐことが、本件規定の立法事実である。

そして、2020（令和2）年3月11日、本件規定の違憲性が争われた事案において、最高裁は、「現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認めた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混

乱を生じさせかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない」と判断した。最高裁も、立法事実について同様に理解していると言える。

しかし、この立法事実は、以下のとおり、根拠を欠くものである。

2 同性カップルに法的家族関係を認めないことそのものが憲法違反であること

(1) 結婚の自由は法律上同性のカップルに及ぶこと

そもそも、婚姻の自由が憲法上の権利であるのは、前述のとおり、それが、憲法の基本価値である個人の尊重（13条）に不可欠だからである。すなわち、婚姻の自由の保障は、①個人のその人らしい自己実現に欠かせず、また、②民主政の基盤として特別の重要性を持ち、さらに、③婚姻制度が人の個性や価値観を問わずすべての人に開かれていることが公正な社会の基盤（インフラ）として重要なのである。

そして、以下のとおり、法律上同性の者との婚姻についても、上記①ないし③は完全に妥当する。

人生の途上でパートナーと出会い、愛情と信頼に基づいて共同生活を営み、また営むことを考えている者たちにとって、婚姻が持つ、相互の協力義務や相続等の「法的・経済的利益」、家族として承認され公証されるという「心理的・社会的利益」は切実な問題であり、これらの者の自己実現、幸福追求に重要な意味を持つ。もし、それが実現すれば、彼ら彼女らの結びつきは、法的な裏付けを与えられ実質化される。だからこそ、そのような婚姻をするか否か、いつするか、誰とするかについて、国家をはじめ何者にも干渉されず自らとの対話の中で自律的に決定しうることが重要なのである。このことは、人である限り、人種や肌の色はもちろん、人の性的指向や性自認、割り当てられた性別が性自認に一致するかどうかといった属性の如何によっ

て何ら異なるところはない。

また、婚姻の自由が、社会の多元性確保に資すること、それが民主政の土台をなし、そのことを通して個人尊重の原理（憲法13条）に重要な意味を持つこともまったく同様である。異性のカップルは、さまざまな理由・目的・動機のもとに婚姻し、時や年齢とともに婚姻の意味や役割・重点が移り変わりながらもそれぞれにそのカップルらしい生活を送り家族の歴史を重ねる。これに対し、本件の申立人らを見れば明らかなように、法律上同性のカップルも、さまざまな価値観、個性を持ち、さまざまな理由・目的・動機で婚姻を望んでいる。彼らもまた、時とともに彼らにとっての婚姻の意味や役割、重点を変化させながら、その人びとらしい家族を形成するはずである。それぞれの家族がそれぞれにその生活に由来する大切なもの、守るべきものを多様に持って存在することはまさに民主主義社会の多元性の基礎となる。そのことは婚姻する者たちの性的指向や性自認、また、法律上の性別が同性であるか異性であるかで何ら異なるところはない。

さらに、婚姻という、多くの人の人生にとって重要な役割を果たし、かつ、極めて身近な制度が、構成員の個性や価値観を問わず、当事者の意思の合致さえあれば、どんな人でも利用することができることは、私たちの社会が多元的かつ公正な社会となるための重要な基盤（インフラ）である。婚姻の自由が、性的指向や性自認にかかわらず、すべての人に開かれていることは、公正な社会を実現するうえで象徴的な意味を持つ。

以上のとおり、法律上同性の者との婚姻を望む者においても、望む相手と婚姻しうること、そして、婚姻するかどうか、いつするのか、誰とするのかを自由に決定しうることは、ひとりひとりの個人がその人らしい人生を送るうえで基本的な重要性を持ち、何者にも干渉されない領域として確保されねばならない。それは、すべての人が「個人として尊重される」と言えるために欠かせない。

憲法が「婚姻の自由」を憲法上の権利に高めた実質的根拠と必然性は、法律上同性の者と婚姻しようとする場合にも完全に妥当する。法律上同性の者との間でも、望む相手と意思の合致のみにより法律婚をなしうることは憲法上の権利でなければならない。

（２）法律上同性のカップルを婚姻制度から排除する現行民法の違憲性を争う訴訟で、違憲判断が相次いでいること

2021年3月には、札幌地方裁判所という司法府の一角が、同性間での婚姻を認める規定を設けていない民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定（以下、「本件規定」という。）について憲法14条に違反する旨の判断を示し、本件規定が違憲であるとの評価が下された。2022年11月、2023年5月、同年6月、2024年3月には、東京地方裁判所、名古屋地方裁判所、福岡地方裁判所でも判決が下され、法律上の同性のカップルが利用可能な婚姻制度も家族となる制度もない状況は、憲法24条2項や憲法14条1項に違反ないし違反する状態であるとの判断が示された（甲D6、7）。

また、2024年3月14日には、札幌高等裁判所という初の高等裁判所判決があり、本件規定について憲法24条及び14条1項に違反するという画期的な判決を言い渡した（甲D8）。

各判決が違憲と評価した対象やその表現にはばらつきがあるものの、総じて、以下の点について、各判決の共有認識となっていると言える。

- ① 「法律婚制度により法的に家族を形成し公証される利益」は個人の尊厳に関わる重要な人格的利益であること。
- ② 「法律婚制度により法的に家族を形成し公証される利益」は、法律上異性のカップルと同様、法律上同性のカップルにとっても、個人の尊厳に関わる重要な人格的利益であること。
- ③ 現行の法律婚制度において、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間で取扱いが区別されていること。

④ 法律上同性のカップルが「法律婚制度により法的に家族を形成し
公証される利益」を享受することができないことによって被ってい
る不利益は甚大であること。

⑤ 個別的な契約や個別的な立法の運用の改善等では解消されないこと
これらの内容は、日本の地方裁判所及び高等裁判所の司法判断による揺るぎ
ない到達点であると言える。本申立てにおいても、判断の前提とされるべき内
容である。

3 民法・戸籍法上の法整備が未了であることとの関係でも、同性婚状態防止の 必要はないこと

(1) 立法事実自体のずれ

民法上、法律上同性どうしのカップルの婚姻が実現していない状況にお
いても、立法事実の指摘は妥当しない。

立法事実で指摘された説明は、下記の趣旨と理解できる。すなわち、
「現に婚姻をしている者に戸籍上の性別変更を認めてしまうと、当該カッ
プルは法律上同性婚状態となる。しかし、現行法上同性婚が認められていない
ことに照らすと、そのような状態は法秩序に混乱をきたすから避けるべきで
ある」、という趣旨である。

しかし、申立人らの婚姻は、婚姻時点においては異性間の婚姻であり、
戸籍上の性別変更により法律上同性になったとしても、その権利享有主体は
何ら変わらない。憲法学者の松井茂記氏が指摘するように、性別変更を求め
る権利ないし自由が人格的生存に不可欠だと考えた場合には、公共の福祉の
ための制約には厳格な基準を満たすか否かが検討されるべきであり、たとえ
同性婚は認められなくても、既に婚姻している場合には性別変更を拒否する
十分な理由はないと考えられる（甲D16）。

また、実質的な観点から見ても、戸籍上の性別変更をすることによって

初めて当事者の生活が変化するという訳ではない。現在、申立人は性自認に沿って女性として生活を送っている。前述のとおり、性別変更の時点において、申立人は女性の名を名乗り、性別適合手術を受けていることなどからしても、婚姻している申立人らカップルは同性の「夫婦」の概観を有している。すなわち、申立人らは、性別の表示を求められない限り、すでに社会的には同性間の婚姻である。

したがって、立法事実の説明は、形式的な法秩序のみを捉え指摘しているにすぎず、実質的な説明としては妥当しない。

(2) 民法との関係

民法戸籍法が法律上同性どうしのカップルの婚姻を不適法とする根拠について、民法739条1項が、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効力を生ずると定めているところ、戸籍法74条1項は、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届け出なければいけない旨規定するなど、諸規定が全体として異性間の婚姻のみを認めているためであると解されている（甲D6～8）。

しかし、民法739条が定めるのは、あくまで婚姻の法的効果を生じさせる要件に過ぎない。同条文が編成されている民法第2章「婚姻」第1節「婚姻の成立」第1款「婚姻の要件」に含まれる他の条文も、同様である。

そして、民法戸籍法は、一度成立した婚姻が取消しや無効にならない限りは、離婚という手段でしか婚姻関係の終了を予定していない。すなわち、一度婚姻した当事者二名が婚姻関係を維持していくことについては要件を設けていない。

したがって、申立人の法的性別取扱いが変更することで申立人と配偶者が女性どうしであり、かつ、婚姻関係にあるという状態になった場合に、民法の諸規定との関係で齟齬が生じるかという問題は、婚姻成立要件との関係で齟齬が生じるかのみを検討すれば足りる。

特例法4条2項は、性別取扱い変更の効果の及ぶ範囲について、「法律に別段の定めがある場合を除き、性別の取扱いの変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼすものではない。」と定めるから、申立人と配偶者が婚姻した時点では、法律上の扱いの上では二人が男女の異性カップルであったという事実が遡及的に変わることはない。したがって、民法の規定との齟齬は生じない。

以上の内容は、民法学者らも指摘するところである（甲D19）。

（3）戸籍制度との関係

戸籍法第3章は、戸籍の記載について規定しているところ、「配偶者」については「夫」と「妻」の組み合わせのみを予定している。これら規定が「妻」と「妻」の組み合わせを予定したものに法改正されていない現状で、申立人の性別取扱いを変更しても、混乱は生じない。

上述のとおり、特例法4条2項は、性別取扱い変更の効果の及ぶ範囲について、「法律に別段の定めがある場合を除き、性別の取扱いの変更の審判前に生じた身分関係及び権利義務に影響を及ぼすものではない。」と規定されている。そのため、配偶者との婚姻関係を維持したまま申立人の法的性別取扱いが女性に変更されれば、現行法の下では、申立人は「夫」という続柄の女性になる。

「夫」という語句は、男性を想定したものであるが、配偶者との関係で「夫」である女性が誕生することは、戸籍の運用に対応し難い混乱をもたらすものではない。なぜならば、既に、日本社会には、親族との続柄の記載から想定される性別と、本人の性別が一致しないということは、既に生じており、法も許容している。

その事例が、子との関係で「父」である女性や、「母」である男性が存在である。特例法第3条1項3号は「現に未成年の子がいないこと」という要件を設けているところ、子どものいるトランスジェンダーは、子の成人後

に法的性別取扱い変更した場合に「父」である女性や、「母」である男性になる。

さらには、子どもが成人前であっても、法的に「女性」であるトランスジェンダー女性が、凍結保存していた精子によって子をもうけた事案で、最高裁は子の認知請求を認め（甲D15。最高裁令和6年6月21日決定）。すなわち、未成年の子どもで「父」である女性が存在することを認める司法判断がなされた。

このように、親族との続柄の記載から想定される性別と、本人の性別が一致しないということは既に生じているが、それにより戸籍制度の運用に混乱が生じているわけではない。したがって、申立人が法的に「夫」である女性という存在になったとしても、戸籍制度や戸籍法との関係で混乱が生じるわけではない。

なお、戸籍法20条の4は、特例法に基づく性別取扱い変更の審判を受けた者の戸籍に記載されている者が他にあるときは、当該審判を受けた者について新戸籍を編製する旨を定めている。この条文との関係では、戸籍法20条を準用するなどして、配偶者もあわせて夫婦として新戸籍を編製するなど、戸籍の運用で齟齬を防ぐ対応が可能である。

4 小括

本件規定の立法目的は、上述の各権利を制約することを正当化するものではなく、本件規定は、性自認のとおり性別を尊重される権利を不当に制約するもので違憲である。

第7 本件規定による権利侵害の重大性

1 はじめに

上記「第6」記載のとおり、そもそも本件規定の立法事実は根拠を欠き、正

当理由はないため、権利の重大性を論じるまでもなく本件規定は違憲無効である。

しかし仮に、立法事実につき根拠があり何らかの正当理由が認められるとしても、人権侵害による不利益の重大性から本件規定は違憲無効であるため、以下その不利益の重大性について詳述する。

2 二種類の苦痛の二者択一関係とアイデンティティ

(1) 二者択一関係

本件規定による制約される人権は、上述のとおり、性自認を尊重される権利と婚姻関係を維持する自由（離婚を強要されない自由）である。

本件規定の下、申立人は、これら二つの法益のうち、一方を全うするともう一方の利益を放棄せざるをえない状況に置かれている。すなわち、婚姻関係の解消を引き受けるか、戸籍上の性別が変えられない苦痛を引き受けるかどちらの苦痛を引き受けるかという二者択一を迫られている。

一方の実現を優先することで他方の苦痛を引き受けることはもとより、そもそもこうした二者択一が迫られる状況に置かれること自体が苦痛をもたらすものである。この択一関係は、権利の内容による当然に択一関係に陥るというものではなく、本件規定の存在により生じているのだから、本件規定の違憲性の判断にあたってはこの二者択一による苦痛も考慮されなければならない。とりわけ、性自認も、婚姻関係を維持する自由も、いずれも自分自身が何者として生きるかというアイデンティティの形成のための核となる要素であり、一人ひとりの人生にとっていずれを優先するか優劣を付けることは容易なことではない。

(2) アイデンティティの重要性

憲法適合性を判断するにあたり考慮されるべき有形無形の不利益の一つとしてアイデンティティをめぐる苦痛が重要な要素になることは従前の判例で

も示されている。

夫婦同氏規定最高裁判決（最大判平成27年12月16日民集 69巻8号2586頁）は、夫婦同氏を強制している民法規定の憲法24条2項適合性の審査にあたって、氏を改めることによる「アイデンティティの喪失感」について考慮すべき要素として扱った。

さらに、おなじくトランスジェンダー当事者が特例法の設ける要件の違憲性を争った事案で、最高裁令和5年10月25日決定は、「性同一性障害者がその性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けることは、法的性別が社会生活上の多様な場面において個人の基本的な属性の一つとして取り扱われており、性同一性障害を有する者の置かれた状況が既にみたとおりのものであることに鑑みると、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益というべきである。このことは、性同一性障害者が治療として生殖腺除去手術を受けることを要するか否かにより異なるものではない。」と述べ、第3条1項4号要件を「身体への侵襲を受けない自由を放棄して強度な身体的侵襲である生殖腺除去手術を受けることを甘受するか、又は性自認に従った法令上の性別の取扱いを受けるといった重要な法的利益を放棄して性別変更審判を受けることを断念するかという過酷な二者択一を迫る」と評価し、違憲無効と判断した。

本件規定の憲法適合性を審査するにあたって、アイデンティティの毀損や差別の内面化、自己肯定感の涵養の困難といった人格の内面に關わる精神的被害の側面と、過酷な二者択一を迫られる甚大な苦痛という側面にも十分着目して判断されるべきである。

以下、申立人及び申立人同様に法律上異性の配偶者のいるトランスジェンダーに生じる不利益を詳述する。

3 妻との婚姻関係を維持している現状において生じている不利益

(1) 性自認を尊重されないことによる苦痛の甚大性

日本社会では従来、シスジェンダーおよび異性愛であることだけが人の性の正しいあり方とされて、異なる性のあり方をする性的マイノリティは社会の偏見や差別にさらされてきた長い歴史があり、そのような意識・認識は現在の日本の人々にも根強く残っている（甲E1「性的少数者（セクシュアル・マイノリティ）など性別にかかわる市民意識調査」・26頁、甲E2釜野さおりほか2016『性的マイノリティについての意識—2015年全国調査報告書』第7章「身近な人に対する嫌悪感」・14頁、123頁）。

法律や様々な社会制度もこの規範意識に基づいて設計され、性的マイノリティは排除され続けてきた。またメディアでは、「オカマ」「オナベ」「ホモ」「レズ」といった言葉が侮辱的な意図で使用され、性的マイノリティは嘲笑や侮辱の対象として扱われてきた。この差別的な価値観を根強く内面かしている者は今でも少なくないため、家庭や学校、職場などで、性的マイノリティがハラスメントやいじめ、不当な待遇の晒される被害が生じ続けている（甲C3：『性的指向および性自認を理由とする私たちが社会で直面する困難のリスト（第3版）』。以下、単に『困難リスト』という）。

例えば、『困難リスト』には「メディアで性別違和や同性愛をおかしいものと話したり、存在しないとしたり、笑いのネタにしたり、カミングアウトした当事者に対しても否定したりするのを見て、深く傷つけられた。」

(g-18)、「メディアによる差別的な表現を周囲がおもしろおかしく真似することで、いじめや差別が横行していた」(g-19)、「メディアに流布する性的指向や性自認に関する差別的な情報から、メンタルヘルスの悪化を招いた」

(g-20)、「性自認や性的指向について不正確な知識をもとに、面白半分テレビや週刊誌が報道しており、正確な知識の習得を阻害され、自尊感情を

深く傷つけられた」（g-21）という事例が紹介されている。

こうした社会的背景の下、性に関するアイデンティティを公的書類で否定する扱いは、時として暗に「性に関する人格のあり方が正しくない」というメッセージ、ひいては「社会制度や人間関係からの排除されるような二流市民である」とのメッセージすらももたらしうる。日常生活において、公的書類を使用する度に、そうしたメッセージを受け取ることは、社会の差別意識を内面化し、自己肯定感の涵養を阻害する。

上述「第5. 1（1）ウ」で引用した最高裁決定等が法律上の性別取扱いについて人格的利益にかかる法益と評価したのは、これが損なわれることによる苦痛の甚大性に真摯に向き合ったからこそである。

（2）性自認や社会生活における性別と公的書類の性別表記の不一致がもたらす不利益

社会生活を送る外見の性別と戸籍の性別が異なる場合、日常生活を送るにあたり様々な困難が伴う。とりわけ、身分を証明し公的な書類を提出する場面で他者の目にはこの不一致が明らかになり不利益が生じることが多い（甲E4，甲E12，甲C3）。

ア 本人確認の煩雑さと意に沿わないカミングアウト

住民票には性別欄があり、戸籍に沿って性別が記載される。住民票の提出が必要な手続きを行う際、本人が自身の住民票を提出しても、そもそも、本人の住民票であると第三者に理解されないことがある。同様に、性別欄のある身分証明書を呈示しても、本人のものと理解されないことがある。

すなわち、担当者は申立人を見て「女性」と認識し、提出された住民票に「男性」と記載があることから、申立人が本人のものではない男性の親族の住民票を持参してしまったと誤解してしまうのである。申立人は、「旦那さんのではなく自分の（住民票や身分証明を）を持ってきて」

等と言われて手続きに混乱が生じた経験がある。

日本社会では、「社会には性別を移行して生活する者がいて、生活実態と法的性別が異なる者もある」という認識は近年広まっているが、知識としてその認識があるということと、目の前に思いがけず該当者が現れる可能性まで認識しているのかは別の問題である。

このように、手続きのために住民票や身分証明書を呈示した相手が、目の前にトランスジェンダーがいるということを理解できていない者であった場合、申立人は、自分がトランスジェンダーであることと、性別取扱い変更が未了であるため社会生活上の性別と記載される性別が異なることを、説明しなければいけない。

これにより、手続きの円滑さが失われるだけでなく、意に沿わずにトランスジェンダーであることを暴露せざるを得なくなる。手続き担当者の人柄がわからず、性的マイノリティに対し差別的な偏見を有しているかもしれないという不安や恐怖、そして、担当者への説明を第三者が聞いているかもしれないという不安もある中で、手続きを進めるためにカムアウトせざるを得ないというのは重大な精神的損害である。

相手との信頼関係がないまま意に沿わないカムアウトをせざるを得ない状況は、その相手によるアウトティング（性的マイノリティの当事者性を本人の了解なく第三者に暴露されること）の危険も伴う。アウトティング被害が生じた場合、いつ誰から奇異の目を向けられ差別的な扱いを受けるかわからない危険に身を置くことになり、日々の生活の安心感が奪われる。近年、その被害を受けた者が自死した事例も存在するほどであり、重大な被害である（甲E3）。

イ 住まいの確保や経済活動での身分証明

不動産契約には通常、住民票の提出が求められる。不動産会社や家主に理解がないと、外見と戸籍の性別が異なる者は賃貸契約の締結が困難な場

合がある。

『困難リスト』では、「住居を借りる際、住民票の性別記載が外見と異なることを理由に大家から断られた」（g-12）、「印鑑登録証明書に性別欄の記載があるため、不動産や自動車の売買、会社登記等に支障を来した」（f-3）、「役所窓口、試験会場、警察、郵便物受取などで本人確認が必要な場合に、身分証明書の性別（戸籍性）と見た目の性別が一致しないことからトラブルがおきた」（f-6）という事例が挙げられている（甲C3）。

ウ 就労

年金、雇用保険、健康保険は原則として一括して申請する必要があるところ、年金手帳の性別記載は戸籍に準じる。勤務先の担当者には、カムアウトをせざるを得なくなる。

雇用主に理解がないと、採用で不利に働いたり、採用後にハラスメントを受けたり退職を迫られるなどのさらなる不利益が生じる。こうした事情から公的書類提出を避けるため正規雇用を諦める者も少なからず存在する。

『困難リスト』では、「望みの性別で就労できないことから、結果的にいつまでたっても就職できなかった」（b-2）、「就職活動の際、履歴書の性別に現在生活している性別を記載した結果、「詐称だ」と言われた」（b-4）、「自らの性的指向や性自認が非典型であることをオープンにした結果、公務員（とくに教員）の採用試験で不当に低い評価を受けた」（b-9）、「性的指向や性自認を理由に、解雇や内定取消をされたり、辞職を強要された」（b-13）、「戸籍性とは別の容姿で就労しようとしたが、企業秩序維持を理由に自宅待機や戸籍性の容姿での就労を命じられ、応じなかったところ、懲戒・解雇された」（b-82）という事案が紹介されている（甲C3）。

エ 医療、介護、福祉

トランスジェンダーの者は、性同一性障害の診断を受けるための診察や身体を性自認に合わせるための治療のために医療機関を受診する以外にも、当然ながら、何らかの疾患が生じればその症状に合わせ、一般的な治療が必要となる。

しかし、健康保険証の性別は戸籍に準じて記載されるため、医療機関で保険証を提示することはトランスジェンダーであることのカムアウトにつながる。健康保険証の代わりとなるマイナンバーカードも、戸籍に沿って性別が記載されるため、同様である。

そのため、医療機関がトランスジェンダーに理解があるかどうかかわからない場合には、不安を感じ、受診をためらう者も少なくなく、健康上のリスクが高まる。

もちろん、診察や治療の前提として、生物学的な性の状態や実施済みの治療（ホルモン治療や性別適合手術など）を医師に告げることが望ましい場面もありうる。しかし、医療機関の受付で健康保険証を提示するにあたっては、診察や治療のためにそのような情報が必要なケースかという判断をする余地もなく外見と戸籍の性の不一致が明らかになってしまい、さらに担当医師以外の医療機関関係者の目にも触れる。さらに、診察や治療のため医師に生物学的な身体の状態を告げる必要があるとしても、専門の診療対象に性同一性障害を含まない分野の医師がトランスジェンダーについてどれだけ理解があるのかは患者側にとって予め確認する手段はなく、担当医師相手への情報提供であっても偏見にさらされることの不安や恐怖が生じる。

『困難リスト』では、「婦人科など性別に特化した病院を利用しようと思ったが、戸籍の性別と異なるため、受診がためらわれた」（d-2）、「性別適合手術を終えているが、戸籍の性別を変更していないため、保険証の性別との違いから、他の病気等の際に受診しづらくなった」（d-4）、

「H I V / A I D S 検査を受けようとしたが、自分が性自認・性的指向に困難を抱えていることを話しても安全なのかわからず、受診をためらった」(d-5)、「男女分けされた共同病室に、性自認に沿って入院できない。」(d-25) という事例が挙げられている(甲C3)。

それほどまでに、トランスジェンダー当事者にとって、保険証上の性別記載は受診の妨げになり、健康や生命のリスクになっているのである。

また、『困難リスト』では、医療以外の場面での困難も紹介されている。具体的には、介護や高齢者福祉での困難として「高齢者向けの施設において、男女分けで施設が運営されているため、性別違和をかかえる当事者の意向を伝えても考慮されず、戸籍の性 で分類され、精神的な負担が大きかった」(e-4)、「高齢の性的指向や性自認に困難を抱える人々が差別を恐れずに安心して通える社会福祉施設がなく、サービスを受けられなかった」(e-5) という事例がある。

さらに、災害時の避難者への福祉の関係では「避難所に届いた支援物資が、登録されている性別ごとに配布されたため、性自認にもとづく肌着や衣類などを入手することができなかった」(f-33)、「避難所のトイレが男女分けのものしかなく、見た目の性と性自認が不一致であったため利用しにくかった」(f-34) という事例が挙げられている(甲C3)。

オ 選挙の投票

投票所入場券には性別記載がある自治体は多い。そのため、投票所で入場券に記載された性別と外見が一致しないことでトラブルが生じたり偏見に晒されたりする恐れがある。このため、投票を諦める者も少なくない。また、自分の自宅近所の投票所の受付で入場券を提示することを避けるため、あえて期日前投票で自宅から離れた役所まで投票に行かざるを得ない者もいる。

『困難リスト』でも「選挙の際、投票所入場券や選挙人名簿に性別欄の

記載があるため、見た目との不一致により、本人確認で不快な質問をされたり、周囲の人に戸籍の性別がわかってしまう場合があり、その不安から、投票へ行けなくなった」（f-9）という声が紹介されている（甲C3）。

カ 海外渡航

日本のパスポートは、戸籍上の性別記載に準じて男性は「M」（MALEの略）、女性は「F」（FEMALEの略）と記載されている。入出国の際にパスポートの記載と外見の性別が不一致であると本人ではないと疑われるトラブルが生じる。渡航先のホテルのチェックイン、買い物でもトラブルが生じるし、トランスジェンダーを排除する差別意識が鮮烈な国においてはヘイトクライム（特定の属性を標的にする憎悪犯罪）の対象とされ身体生命の危険も生じる（以上、甲E4『性同一性障害と戸籍増補 改訂版』・75～78頁参照）。

キ ミスジェンダリング

トランスジェンダーがしばしば受けるハラスメントに、「ミスジェンダリング」（性自認とは異なる性別でカテゴライズすること）がある。性自認は個人のアイデンティティの根幹にかかわるものであり、これを否定する扱いをすることは大きな苦痛を与えるハラスメントとなる。

意図的にミスジェンダリングを繰り返してハラスメントを行う者は、「書類上の性別に従った」旨弁明することが多い。こうしたミスジェンダリングを職場で継続的に受けた労働者が精神疾患を発症した事例で、労災が認められたものもある（甲E5）。

（3）小括

以上のとおり、有形無形の不利益が生じている。これらの不利益は、戸籍上の性別変更が実現していないトランスジェンダーに日々ふりかかり、日常生活や人生の岐路を決定づける様々な場面で意思決定の選択肢が制限され、自己実現の機会が損なわれていく。さらにそれらは、健康リスクの増加や、

就業機会の損失などにもつながりうるもので、金銭評価は困難ではあるものの、確実に小さくない経済的損害ももたらしている。

同時に、こうした不利益に日々直面することは、トランスジェンダーにとって日本社会で生きていく人生設計を難しくさせうる。それによりマジョリティのように人生設計を描くことは自分にはできないとの絶望感や閉塞感が強く生じると、アイデンティティを否定される苦しみも再生産・強化されていく。

憲法適合性の判断にあたって、これらの苦痛の甚大さは軽視されてはならない。仮に本件規定の立法目的に根拠が認められうるとしても、この苦痛を正当化することは到底できない。

4 妻との婚姻関係解消を引き受けた場合に生じる不利益

(1) 婚姻制度の種々の利益

仮に、申立人が性別取扱い変更のために妻と離婚した場合、申立人と妻は、婚姻に伴い享受した法的権利義務および事実上の多数の利益を失うことになる。

婚姻制度の目的と効果について、「結婚の自由をすべての人に」愛知訴訟の名古屋地裁判決（2023年5月30日）は、次の趣旨の整理をしている。すなわち、婚姻の本質は、「両当事者において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、法律婚制度は、「この本質に重要な価値を認め、これを具体化し実現し保護しようとした」ものである（甲D7・40頁）。この共同生活の保護という目的を実現するために、法律婚制度を利用すると、身分関係の公証や民法上の権利義務にとどまらず、社会保障や税制など他の法制度との関係でも多数の法的権利利益が享受可能となっており、そうした多数の法的効果の相乗的な結果、社会的な効果や精神的心理的效果などの事実上も多彩な効果を一体とし

でもたらしめている（甲D7・37頁）。

この整理に沿えば、申立人と妻の営む生活は、「両当事者において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」という婚姻の本質部分が継続するにもかかわらず、離婚によって、法的な効果、社会的な効果、精神的心理的な効果のいずれも手放さざるをえなくなる。

以下、それぞれ詳述する。

（2）法律上の効果

ア 公的書類による関係の公証

現在、申立人を筆頭者とする同一の戸籍に妻も記載されており、筆頭者との続柄が妻であることが明記されている。住民票上も申立人が世帯主で、同一世帯として妻が記載され、続柄が妻であることが明記されている。

他方、一度離婚した上で、申立人と妻が法律上同性になれば、現行法上、婚姻できず、二人の関係性を公証する手段はない。

なお、法律上同性カップルが、住民票上、事実婚として「妻（未届）」「夫（未届）」との記載された事例も今般報道されたが、従来的には「同居人」「縁故者」としての記載しか選択肢がなく、報道された事例のような記載が叶う保証はない。

イ 民法上生じるパートナー間の権利義務

① 同居・協力・扶助義務

民法上、法律婚した夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない義務を負う（民法752条）。この義務に基づき、婚姻したカップルは一方が他方に対し、同居・協力・扶助を要請することができ、それが履行されない場合には離婚事由に該当し慰謝料等の損害賠償請求が認められうる。

婚姻当事者の一方が配偶者を顧みない態度をとる事態が生じたときに、配偶者の生活の安定を守ろうとする法定効果である。この条文は、現に

この条文に基づく請求をする事態にならなくとも存在意義を有する。どのようなふうふでも、意思疎通がうまくとれないことや喧嘩をすることはありうるが、互いの同居・協力・扶助義務を認識していることが関係を修復していく動機付けの一つになることもありうる。すなわち、民法752条に定める効果は、互いの協力で円満な関係を続けているふうふにとっても、その関係維持の一助として間接的に機能するものであるといえる。

申立人と妻は、離婚をすれば互いにその権利を失う。申立人と妻は、これからも互いの協力によって円満な関係を営み続ける意向であるが、それぞれにとって、法定効果による後ろ盾を失うことになる。

① 法定相続権・遺留分

婚姻関係にあるカップルの一方が死亡した場合、遺された者は、死亡した者の法定相続人となり（民法890条及び900条）、寄与分（同法904条の2）や遺留分（改正民法1042条以下）が認められる。

ふうふの一方が死亡した後も、遺された配偶者の生活を守るための法定効果である。

申立人と妻は、離婚をすればいずれの権利も失う。

仮に申立人と妻がそれぞれ遺言を準備したとしても、この不利益が完全に克服できるものではない。自筆証書遺言の場合には、効力が争われ否定される事実上のリスクが小さくない。他方、そうしたリスクが低い公正証書遺言を作成する場合には、公正証書作成のための経済的・時間的負担を要する。

また、遺言により受遺者となったとしても、死亡したパートナーの親族から遺留分減殺請求を受ける余地は、法律上の配偶者が受遺者となる場合に比べて大きい。

② 財産共有推定、婚姻費用分担義務／請求権

関係を解消する際、婚姻関係にあれば、財産共有推定規定の適用があり（民法762条2項）、家事調停及び家事審判において財産分与（同法768条）を求めることができる。

しかし、婚姻関係にない同性カップルには当該条文に基づく請求が当然には認められない。

① 貞操義務／不貞された場合の損害賠償請求権

民法上の明文規定はないものの、婚姻したふうふには互いに貞操義務があると解されており、一方が不貞した場合には、他方は損害賠償請求をすることができる。

近年の裁判例では、同性カップルで不貞による関係破綻について損害賠償請求がされた事案で、当該カップルの関係が「事実婚に準ずる」という理由で請求が認められた（宇都宮地方裁判所真岡支部判決2019年9月18日）。

しかし、婚姻関係と同じ水準で請求が認められるかについては不明である。

ウ 法律上配偶者であることで適用対象となる法制度による効果

② 税制上の配偶者としての扱い（所得税・住民税の配偶者控除、相続税の税額軽減）

法律上の配偶者であれば、所得税・住民税の配偶者控除の適用対象になりうる（所得税法2条1項33号ないし同項33号の4、83条、83条の2、地方税法34条1項10号の2）。また、所得税・住民税の医療費控除について世帯での合算も適用対象になる（所得税法73条、地方税法34条1項2号）。

法律上の「配偶者」でなくなれば、これらの適用を受ける余地はなくなる。

また、申立人か妻の一方が死亡した場合の相続税でも、同様に優遇措

置から排除される。遺された者が「配偶者」であれば、取得した遺産額が法定相続分相当額までであればその額がどんなに高額であっても相続税が課せられない（相続税法19条の2）。仮に、申立人と妻が離婚した場合に遺言により、財産を遺贈したとしても、相続税の配偶者控除の適用対象外となり、法律婚配偶者が法定相続人として相続する場合に比して、相続税額の2割加算が行われるため税の負担は増える（同法18条）。

さらに、婚姻期間が20年以上の法律婚夫婦の間であれば、居住用不動産又は居住用不動産を取得するための金銭の贈与が行われた場合、基礎控除110万円のほかに最高2000万円まで控除することができるという特例が認められているところ（同法21条の6）、離婚すればこうした特例の適用対象からも排除される。

④ 社会保険

法律上異性のカップルの場合、事実婚の配偶者であっても、健康保険の扶養家族の扱いを受けたり、公的年金保険の第3号被保険者になったり、遺族厚生年金の支給を受けたりすることができる（厚生年金保険法3条2項、59条1項）。

離婚し法律上同性のカップルになった場合、男女の事実婚と同様に適用対象とされる保証はない。

【省略】

⑤ 成年後見制度

離婚した場合、将来的に申立人か妻のいずれかが認知症を発症したり障害を負うなどして判断能力を失っても、他方が「配偶者」として後見・保佐・補助の申立てをすることができなくなる（甲C3・c-

10)。

予め任意後見契約を締結しておくことで、申立てを可能にできるが、その場合には、公正証書で任意後見契約を締結するために経済的負担を負うことになる。

(3) 民間事業者との関係

申立人と妻が離婚し、互いに「配偶者」という立場でなくなることは、民間事業者との関係でも「家族」を対象とする取扱いから除外される危険を生じさせる。

ア 医療機関における面会・病状説明・治療方針の同意

法律上同性のカップルの一方が意識不明の状態で見送られた場合に、他方パートナーが患者との面会を求め、病状の説明を求めても、病院は、当該パートナーが患者の法的な親族ではないという理由で面会や病状説明を拒否したり、スムーズに認めなかったりする場合がある。

また、パートナーの延命のために手術を含む医療行為が必要になる場合に、婚姻しているふうふであれば、配偶者の同意をもって患者本人の推定的同意とされることが通常であるが、配偶者でない同性パートナーについては、患者の法的な親族ではないという理由で、病院がそのような同意を認めないことが少なくない。これは、法律上同性のカップルの場合、目の前で生死の境をさまよっているパートナーに必要な医療を受けさせることすらできないことを意味する。

『困難リスト』でも、法律上同性のパートナーについて、病室の付き添いか看護（d-28）、外科手術の同意（d-30、33）、診療情報の提供（d-39）を拒否された事例が挙げられている（甲C3）。

イ 職業生活上の取扱い

一般には、婚姻していない同性カップルの場合、雇用契約関係において、同性パートナーを「配偶者」ないし「親族」等として扱われないと

いう不利益が生じうる。申立人は個人事業主であるため、雇用主との関係での不利益を被る立場にはないが、法令違憲の審査にとって重要な一般的事実として、婚姻関係にない同性カップルが雇用主との関係で被ることのある不利益について述べておく。

『困難リスト』では、「パートナーが業務上の理由で死亡し、使用者に対して遺族補償の給付を申し込もうとしたが、遺族ではないことを理由に拒否された」（b-90）、「パートナーの死別に際して、使用者に対して、死亡退職金の給付を申し込もうとしたが、遺族ではないことを理由に拒否された」（b-91）、「パートナーとの死別などに際して、使用者に対して、見舞金・慶弔金の支給を申し込もうとしたが、配偶者ではないことを理由に拒否された」（b-92）、「パートナーやパートナーの親族との死別に際して、使用者に対して、慶弔休暇・忌引きを申し込もうとしたが、配偶者ではないことを理由に拒否された」（b-93）、「使用者に対して、パートナーと共に育てている子どもの育児休業・看護休暇を取得しようとしたが、法的な親ではなく、養育していると認められないことを理由に拒否された」（b-94）等の事例がある。

その他、パートナーの子どもの育児を理由とする残業免除（b-96）、扶養手当・家族手当（b-97）、委託保健施設・保養所の共同利用（b-98）、寮・職員住宅の共同利用（b-99）、住宅資金の貸付け（b-100）、健康診断・人間ドックの割引（b-102）、キャリア形成などのライフプランに関する情報提供（b-106）などでパートナーを配偶者・家族として扱われず申請が拒まれた事案が挙げられている（甲C3）。

5 精神的苦痛が健康や生命を脅かすほどのものであること

（1）自殺、精神疾患のリスク

上述の様々な不利益を現に被ったり、あるいはいつ不利益が現実化するか

もしれない不安を感じたり、過酷な二者択一を迫られ続ける苦悩は、日々、複合的に生じている。

このような苦痛の集積は、時には精神疾患や自殺すら招くものである。国内の複数の統計調査により、性的マイノリティは自殺念慮や自殺未遂を経験した割合が高いことが報告されている（甲E7）。

政府の「自殺総合対策大綱」においても、同様の指摘がある。同大綱の2012年版（甲E8・8頁）、2017年版（甲E9・11頁、27頁）、2022年版（甲E10・15頁、31頁）でも、一貫してセクシュアル・マイノリティの自殺念慮の割合等の高さについて言及されている。そして、このような自殺念慮等の割合の高さの要因については、「自殺総合対策大綱」においても、「無理解や偏見等がその背景にある社会的要因の一つであると捉え」るべきであると明示されている（甲E9・15頁）。

（2）マイノリティがさらされる差別について近年の研究結果

日々偏見や無理解に晒されることの精神的苦痛の重大性は、近年「マイクロアグレッション」（直訳すると、「小さな攻撃」）という概念としても注目されている。

例えば、デラルド・ウィン・スー『日常生活に埋め込まれたマイクロアグレッション』（甲E11）が著名である。同書の問題意識は、「本書は、私たちの社会の中で周縁化されている人々の集団に日々向けられる先入観、偏見、そして差別がもたらす破壊的影響について書かれている。」「あからさまなレイシストや性差別主義者、同性愛嫌悪者によるヘイトクライムや人種、ジェンダー、性的指向に基づくハラスメントが続く一方で、本書は、有色人種、女性、そして LGBT に対する最大の危害は、これら意識的な加害者によってもたらされるのではないことを主題とする。」と説明される（1頁）。

主題となる意識的な加害者によるものではない危害について、「マイクロアグレッションというのは、ありふれた日常の中にある、ちょっとした言葉

や行動や状況であり、意図の有無にかかわらず、特定の人や集団を標的とし、人種、ジェンダー、性的指向、宗教を軽視したり侮辱したりするような、敵意ある否定的な表現のことである。・・・加害者はたいてい、自分が相手をおとしめるようなやりとりをしてしまったことに気づいていない」と定義している（34頁）。

ここでアグレッション（攻撃）として挙げられるのは、ステレオタイプを押しつけることや、社会参加の機会に平等にアクセスすることを認めないような振る舞い、女性に対する子ども扱いも含まれる。

そして、攻撃が小さい場合には、「今自分は差別意識や偏見にさらされたのだろうか」「差別意識や偏見にさらされたと他の人間にも理解を得られるのか」と戸惑いと不安を生じさせること、攻撃そのものだけでなくこのような心情に陥ること自体もストレスを与えるものであることも指摘されている。日々こうしたストレスに晒されることが健康上のリスクを増大させていることも述べられている。

この理屈は、特例法の影響でトランスジェンダーが晒される偏見にもあてはまる。すなわち、「なぜこの人は見た目と公的書類の記載で性別が異なるのか」「なぜ生殖腺除去手術を受けないのか」「なぜ戸籍を変更しないのか」という視線に日々晒されることは、一つ一つは生活や人格にとって必ずしも甚大な攻撃ではないし、そうした視線を向ける者が必ずしも攻撃的な意図を有しているわけでもない。しかし、日々そのストレスにさらされ、集積されていくことの被害は甚大なものであるし、このことが上記（1）で述べた精神疾患や自殺の背景となっている。

6 結論

以上から、本件規定の立法目的には根拠がないばかりでなく、仮に根拠がありうるとしても、本件規定のために生じる損害はあまりに甚大であり、本件規

定が上述した憲法上の権利を制約することは到底正当化されない。

第8 他国の状況

1 同性婚を実現し非婚要件がなくなる世界的傾向

2020年9月23日に日本学術会議法学委員会「社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会」が発表した提言「性的マイノリティの権利保障を目指して（Ⅱ）—トランスジェンダーの尊厳を保障するための法整備に向けて—」（甲D17）は、世界でも、かつては非婚要件を設けている国が多かったが、今日では同性婚を認める国が増え、非婚要件はなくなる傾向にあること、及び、同提言発表時点で、ヨーロッパ・中央アジア54か国のうち34か国ですでに非婚要件がないことを指摘している。

非婚要件がなくなる傾向にあることは、国立国会図書館調査及び立法考査局の調査報告（甲D18）でも指摘されている。

2 同性婚の実現前に司法判断により非婚要件を削除した例—ドイツ

ドイツは、2017年に同性婚を導入したが、それに先んじて、2008年5月27日、ドイツ連邦憲法裁判所決定によって法的性別取扱い変更の非婚要件が違憲と判断された。そして、この司法判断により、法改正が実現し非婚要件が撤廃された（甲D17）。

法学者である渡邊泰彦氏の翻訳によれば、決定では、以下の指摘がなされた（甲D16）。

「性別違和である夫婦の一方は、性別変更の法的承認のためには、別れたくなくとも、そのパートナーとの関係を解消しなければならないという心理的圧力がかかる。望んでいないにもかかわらず、離婚によりその権利を失うことを配偶者に求めることになるかもしれない」。それに対して、他方は、「婚姻を維持する代わりにその配偶者の性的アイデンティティの法的承認を妨げるこ

とになるのか、あるいは自らの意思に反して離婚して、それにより法的保障を失うことを甘受するのか」という葛藤に見舞われる。

ここで指摘されている葛藤は、まさに、本件規定の下で申立人と妻に生じている上記の二者択一に他ならない。法がこの二者択一を迫るのが酷であることは、ドイツと日本で何ら変わりはないことである。

第9 結論

以上より、「現に婚姻していないこと」を要件とする本件規定は違憲無効である。

申立人は、他の有効な性別の取扱いの変更の要件をすべて満たしているから、申立人の性別の取扱いを変更する旨の決定が出されるべきである。

以上

※この申立書は、既婚を理由に法的性別取扱い変更を認めないのは違憲！「なんでうちらが離婚せなあかんの？」裁判で、2024年7月16日に家庭裁判所に提出した申立書を、メディア提供・CALL4 掲載用に個人情報や文献の引用箇所を適宜マスキング・省略したものです。省略に伴い、実際に提出した申立書とはページ番号にずれが生じています。