

※提出後に判明した誤字を訂正したところがあります。

上告提起事件番号 札幌高等裁判所令和6年（ネオ）第21号

損害賠償請求上告提起事件

上告人 番号1から6まで

被上告人 国

上告理由書

2024年5月17日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人 弁護士 加藤 丈晴

同 弁護士 綱森 史泰

同 弁護士 須田 布美子

同 弁護士 皆川 洋美

同 弁護士 上田 文雄

同 弁護士 林 拓哉

同 弁護士 高橋 友佑

同 弁護士 本橋 優子

第 1	事案の概要.....	6
1	事案の要旨.....	6
2	第 1 審及び原審の判断.....	7
3	他の下級審裁判所の判断.....	8
第 2	上告理由の要旨.....	10
第 3	本件規定の規範内容及び趣旨・理由.....	11
1	本件規定の規範内容.....	11
(1)	婚姻の成立に関する民法及び戸籍法の規定の概要等.....	11
(2)	政府答弁及び実務上の取扱い.....	12
(3)	同性間の婚姻の成否についての学説.....	12
(4)	本件規定の立法経緯に照らした検討.....	14
(5)	小括.....	16
2	本件規定の立法趣旨・立法理由.....	17
(1)	これまでの議論状況.....	17
(2)	本件規定の立法趣旨・立法理由についての検討.....	27
第 4	本件規定の憲法適合性に関する判例・学説等の状況.....	28
1	本件規定の憲法適合性に関する判例等.....	28
2	本件規定の憲法適合性に関する学説等.....	29
3	小括.....	33
第 5	本件規定が憲法 24 条 1 項及び 13 条に違反すること.....	33
1	婚姻の自由の保障についての先例及び本件における問題.....	33
(1)	婚姻の自由の保障についての先例.....	33
(2)	本件における問題.....	35
2	婚姻の自由と婚姻制度の関係についての前提理解.....	36
(1)	「誰と婚姻をするか」の自由は法律婚制度に優先すること.....	36
(2)	婚姻の自由の保障は制度化要請に対して優先すること.....	38

(3) 現行の法律婚制度は婚姻の自由の行使を可能とする制度の原則形態を示したものと解されること.....	39
3 婚姻の相手として同性のパートナーを選択することも婚姻の自由に含まれると解すべきこと.....	40
(1) 憲法24条の文言は婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由を否定する根拠とはならないこと.....	40
(2) 憲法の基本原理・理念や憲法制定後の事情等を踏まえると婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由も保障されると解すべきこと.....	44
(3) 小括.....	55
4 本件規定が同性間の婚姻を認めていないことは婚姻の自由の制約に当たること及びその憲法適合性の判断方法.....	57
(1) 本件規定が同性間の婚姻を認めていないことが婚姻の自由の制約に当たること.....	57
(2) 婚姻の自由の制約の態様及びそれを踏まえた本件規定についての憲法適合性の判断方法.....	58
(3) 本件規定についての憲法適合性審査の厳格度.....	59
5 本件規定による婚姻の自由の制約に合理的な理由が認められないこと....	59
(1) 諸外国の立法の状況.....	59
(2) 婚姻制度の趣旨・目的についての理解.....	60
(3) 同性愛を精神疾患であるとする知見.....	63
(4) 婚姻を異性間のものとする社会通念.....	63
(5) 憲法24条の趣旨についての理解.....	64
(6) 小括.....	65
6 本件規定の憲法24条及び13条適合性判断の結論.....	67
第6 本件規定によって生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反すること及び本件規定が憲法24条2項に違反すること.....	68

1	本件規定によって生じている区別取扱いの内容及びその区別の事由.....	68
2	本件区別取扱いについて憲法24条を理由に憲法14条1項適合性審査が排除されるものとは解されないこと.....	69
3	本件区別取扱いの憲法14条1項適合性の審査方法.....	71
(1)	違憲審査の基準.....	71
(2)	本件区別取扱いについての合理的な根拠の有無の審査方法.....	72
4	本件区別取扱いに合理的な根拠が認められないこと.....	73
5	本件区別取扱いの憲法14条1項及び本件規定の憲法24条2項適合性判断の結論.....	73
第7	本件規定の憲法違反を解消する立法措置として現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが要請されること.....	73
1	本件規定の憲法違反を解消する立法措置に関する憲法の要請.....	73
2	婚姻代替制度を設けることに合理的な根拠が認められないこと.....	76
(1)	現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することに支障はないこと....	76
(2)	過渡的制度として婚姻代替制度を設ける必要性及び合理性がないこと..	77
(3)	婚姻代替制度を設けることで差別意識を生じさせかねないこと.....	78
(4)	婚姻代替制度を設けることは性的指向の暴露につながる.....	80
(5)	小括.....	81
3	本件規定の憲法違反を解消するために憲法から要請される立法措置についての結論.....	81
第8	本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法と評価されること....	82
1	立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断基準.....	82
2	本件立法不作為の違法性.....	84
(1)	原審の判断.....	84
(2)	本件規定の憲法違反は明白であったと認められること.....	85
(3)	国会が正当な理由なく長期にわたって本件規定の改廃等の立法措置を怠る	

	ものと認められること.....	88
3	本件立法不作為の違法性判断についての結論.....	89
第9	結語.....	89

(以下空白)

上告人ら（第1審原告ら、原審控訴人ら。以下同じ。）は、本書面において、上告理由を明らかにする。

なお、略語等については、本書面で新たに定義するもののほかは、原判決及び原判決が引用する第1審判決の例による。

第1 事案の概要

1 事案の要旨

上告人らは、それぞれ、その人生の途上でパートナーと出会い、恋に落ち、交際を始め、同居して寝食を共にし、共同生活を営むことにより、精神的及び肉体的に親密な関係を築き、お互いを唯一のパートナーに選び、扶け、支え合い、生涯添い遂げることを真摯に誓い合った3組のカップルである。上告人らの共同生活の具体的な状況については、事柄の性質上、本書面で詳らかにすることはできないことから、陳述書（甲B4から10まで）並びに第1審における本人及び証人尋問の調書を参照いただきたい。

上告人らは、それぞれパートナーと婚姻する意思を有し、その意思に基づいて婚姻の届出をしたが、同性同士を当事者とする婚姻届は不適法であるとの理由で、これらを不受理とする処分を受けた（甲B1から3まで）。上告人らの婚姻届が不適法であるとされたのは、上告人らが婚姻の相手として選んだパートナーが同性であったためであり、婚姻に関する民法及び戸籍法の規定（以下「本件規定」といい、その具体的内容については後述する。）が、法律上（戸籍上）の性別が同性である者の間での婚姻（以下、単に「同性間の婚姻」という。）を認めていないからである。

本件は、同性間の婚姻を認めていない本件規定のために、望む相手との婚姻を妨げられている上告人らが、①本件規定が同性間の婚姻を認めていないことは憲法13条、14条1項、24条1項及び2項に違反するものであり、②国会において同性間の婚姻を認めていない本件規定を改廃する立法措置がとられ

なかったこと（以下「本件立法不作為」という。）により、婚姻をすることができず精神的苦痛を被ったとして、被上告人に対し国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求める事案である。

本件で問われているのは、諸外国においては、2001年にオランダで初めて同性間の婚姻が認められた以降、今日までに合計37の国及び地域において同性間の婚姻が認められたことで、それまで望む相手との婚姻を叶えられずにいた多数の人々が幸福追求のために婚姻をすることが可能となる状況が出現しており、我が国においても、性的指向及び性自認の多様性に関する国民の理解が進み、国民の多数が同性間の婚姻に対して賛成の意見を持つに至っているなどの今日的な社会状況下において、少なくない数の国民が、旧民法の制定から130年以上変わらない本件規定のために現行の法律婚制度から排除され、望む相手との婚姻を叶えることができず、そのことにより幸福追求を妨げられ、個人の尊厳を毀損されている状況が、国民に対して婚姻の自由を保障し、すべて国民は、個人として尊重され、法の下に平等である旨を宣言した憲法に適合的な事態であるといい得るのかという、上告人らのみならず、現在及び将来の多数の国民の幸福・福利に関わる重大な問題である。

2 第1審及び原審の判断

第1審及び原審は、上告人らの請求を棄却すべきものとしたが、その理由中において、本件規定の憲法適合性について判断を示した。

第1審（札幌地判令和3年3月17日判例時報2487号3頁）は、本件規定は、憲法13条、24条1項及び2項には違反しないが、「本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱い、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たる

と解さざるを得ない」とし、本件規定は上記の限度で憲法14条1項に違反するとの判断を示した。他方で、本件規定を改廃していないことは、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断した。

原審（札幌高判令和6年3月14日公刊物未登載）は、本件規定は、憲法13条には違反しないが、「異性間の婚姻のみを定め、同性間の婚姻を許さず、これに代わる措置についても一切規定していないことから、個人の尊厳に立脚し、性的指向と同性間の婚姻の自由を保障するものと解される憲法24条の規定に照らして、合理性を欠く制度であり、少なくとも現時点においては、国会の立法裁量の範囲を超える状態に至っていると認めることが相当である」から、憲法24条に違反すると判断し、また、「国会が立法裁量を有することを考慮するとしても、本件規定が、異性愛者に対しては婚姻を定めているにもかかわらず、同性愛者に対しては婚姻を許していないことは、現時点においては合理的な根拠を欠くものであって、本件規定が定める本件区別取扱いは、差別的取扱いに当たると解することができる」とし、憲法14条1項にも違反するとの判断を示した。他方で、本件規定を改廃していないことは、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断した。

3 他の下級審裁判所の判断

本件と同様に同性間の婚姻を認めていない本件規定の憲法適合性が争われた事案についてのこれまでの下級審裁判所の判決として、以下のものがある。

- ① 大阪地判令和4年6月20日判例タイムズ1507号186頁（以下「大阪地判」という。）
- ② 東京地判令和4年11月30日判例タイムズ1515号157頁（以下「東京地判」という。）
- ③ 名古屋地判令和5年5月30日LLI/DB07850619（以下「名古屋地判」という。）
- ④ 福岡地判令和5年6月8日LLI/DB07850497（以下「福岡地判」という。）

判」という。)

⑤ 東京地判令和6年3月14日公刊物未登載（令和3年（ワ）第7645号）

（以下「第2次東京地判」という。）

これらの判決は、いずれも原告らの請求を棄却すべきものとしたが、その理由中において本件規定等（同性間の婚姻又は同性カップルの家族形成を認める制度の不存在を含む。）の憲法適合性についての判断を示している。その概要は下表のとおりである。

【他の下級審裁判所の判断の概要】

判決	憲法13条	憲法14条1項	憲法24条
大阪地判	違反しない	違反しない	違反しないが、同性間の婚姻等の制度の導入について何ら法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に2項に違反するものとして違憲になる可能性はある。
東京地判	違反しない	違反しない	1項には違反しないが、現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、2項に違反する状態にある。
名古屋地判	違反しない	同性カップルに対して、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違反する。	1項には違反しないが、同性カップルに対して、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2項に違反する。
福岡地判	違反しない	違反しない	1項には違反しないが、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2項に違反する状態にある。
第2次東京地判	違反しない	違反しない	1項には違反しないが、本件諸規定が、同性カップル等の婚姻を認めず、また、法律上、同性カップル等が婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度も何ら設けられていない状況は、2項に違反する状態にある。

第2 上告理由の要旨

- 1 原審は、本件規定が同性間の婚姻を許していないこと（同性愛者に対しては婚姻を許していないこと）が憲法24条及び14条1項に違反すると判断したが、その憲法違反を解消する立法措置については、国会の立法裁量を理由に、同性間の婚姻に「代わる措置」（同22頁）をとる余地を認め、同性間の婚姻又はこれに代わる措置の「制度の設計についても議論が必要である」（同28頁）などとして、「同性婚につき異性婚と同じ婚姻制度を適用すること」（同28頁）が本件規定の憲法違反を解消する唯一の立法措置であるとの判断を示さなかった。

しかしながら、憲法13条、14条1項、24条1項及び2項の正しい解釈によれば、本件規定は、同性間の婚姻につき異性間の婚姻と同じ現行の法律婚制度の適用していない点において憲法に違反するものであり、その憲法違反を解消する立法措置としては、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが要請されると解すべきであるから、原審は、その旨の憲法判断をなすべきであった。

したがって、原判決には、上記の点において憲法違反がある。

- 2 以上から、本件の憲法上の論点は、同性間の婚姻を認めていない本件規定が憲法13条、14条1項、24条1項及び2項に違反するか否か（殊に、憲法14条1項に関しては、本件規定が同性間の婚姻を認めていないことによって国民の間に婚姻の可否に関し性的指向に基づく区別取扱いを生じさせていることが憲法14条1項に違反するか否か）であり、参照条文は、憲法13条、14条1項、24条1項及び2項、民法第4編第2章第1節（婚姻の成立）、戸籍法（婚姻の当事者が男女であることを前提に「夫」「妻」「夫婦」「父母」などの文言を用いている6条、13条、14条、16条、18条、20条、74条等の諸規定）である。

第3 本件規定の規範内容及び趣旨・理由

1 本件規定の規範内容

裁判所が特定の法令の規定について違憲審査権を行使するに当たっては、まず当該法令の規範内容を確定することが前提となることから、本件規定の憲法適合性を検討する前提として、まず、同性間の婚姻についての本件規定の規範内容を明らかにする。

(1) 婚姻の成立に関する民法及び戸籍法の規定の概要等

民法739条1項は、「婚姻は、戸籍法（昭和22年法律第224号）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、民法740条は、「婚姻の届出は、その婚姻が第731条から第736条まで及び前条第2項の規定その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理することができない」と定めている。

民法739条1項には、届出によって「効力を生ずる」とあるが、婚姻届は、婚姻の単なる効力発生要件ではなく、婚姻の成立要件であると解するのが通説である¹。また、婚姻届は、その婚姻が法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ受理することができないとされていることから、婚姻は、届出の受理により成立するものと解されている²。民法740条の定める婚姻届の受理要件については、①婚姻成立の実質的要件（民法713条から736条まで）と、②民法739条2項やその他の法令の規定（戸籍法や戸籍法施行規則など）に違反していないこと（形式的要件）とに分けて論じられるのが通例である³。

以上のような婚姻の届出及び受理の仕組みは、法律行為の許認可制にも類

¹ 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（有斐閣、1989年）249～250頁、二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（有斐閣、2017年）134～135頁等参照。

² 大判昭和16年7月29日大民集20巻16号1019頁、前掲『新版注釈民法(21)親族(1)』253、281～282頁、前掲『新注釈民法(17)親族(1)』134～135頁等参照。

³ 前掲『新版注釈民法(21)親族(1)』282～283頁、前掲『新注釈民法(17)親族(1)』135頁等参照。

似するところ⁴、そのような仕組みを設ける理由としては、当事者に内容決定の自由がある契約一般にあっては、その内容が法の理想に反する場合に事後的・個別的に強行規定違反又は公序良俗違反として法的保護を拒否すれば足りるが、内容決定の自由がない法定の制度である婚姻にあっては、制度としての婚姻の尊厳と安定性を保つため、重婚、近親婚、不適齢婚等の婚姻障害事由がないことを事前に審査し、不適法婚の成立を防止する必要のあることが指摘される⁵

(2) 政府答弁及び実務上の取扱い

民法には、婚姻成立の実質的要件として、婚姻の当事者の性別が異性であること又は同性でないことを定める明文の規定はない。

しかしながら、政府答弁では、民法や戸籍法において「夫婦」とは婚姻の当事者である男である夫及び女である妻を意味していることから、現行法令上、同性間の婚姻は認められず、同性婚をしようとする者の婚姻の届出を受理することはできないとされている⁶。また、戸籍行政上も、民法は男女の婚姻を前提としており、その民法を前提としている戸籍法も当然そのような構造であると解されることを理由に、同性間の婚姻届については、不適法なものであるとして不受理とする取扱いがなされている⁷。

したがって、同性間の婚姻届は受理されず、同性間の婚姻は成立し得ないこととなっている。

(3) 同性間の婚姻の成否についての学説

学説上は、「伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた婚姻は男女の

⁴ 小早川光郎『行政法上』（弘文堂、1999年）208頁、興津征雄『行政法Ⅰ 行政法総論』（新世社、2023年）93頁参照。

⁵ 前掲『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A16）177頁参照。

⁶ 「衆議院議員逢坂誠二君提出日本国憲法下での同性婚に関する質問に対する答弁書」（平成30年5月11日内閣衆質196第257号）（甲A12）参照。

⁷ 山崎耕史（法務省民事局民事第一課長〔当時〕）「戸籍行政をめぐる現下の諸問題について」戸籍時報739号（2016年）（甲A13）43頁参照。

結合でなければならないという命題」の合理的根拠に疑問を呈する見解⁸があり、現行法の解釈としても同性間の婚姻が認められる可能性はゼロではないとの指摘⁹も見られるものの、同性間の婚姻は認められないとの解釈で一致している。

その根拠については見解が分かれており、①婚姻意思の欠如（民法742条1号）を根拠とする説（婚姻意思説）¹⁰と、②（明文のない）婚姻障害事由を根拠とする説（婚姻障害説）¹¹があるほか、③戸籍法の定めに従った適式な婚姻の届出（の受理）の欠如を根拠とする説（届出欠如説）¹²も見られる。もっとも、この点については、「解釈論が未だ発展せず、同性婚の成立が否定される理由も判然としないのが現状である。」¹³との評価もある。

以上の見解のうち、①の婚姻意思説に対しては、婚姻意思の有無による婚姻の有効・無効が問題となるのは形式上（戸籍上）婚姻できる関係について

⁸ 前掲『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A16）179頁参照。

⁹ 鈴木伸智「同性婚と婚姻・婚姻意思」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012年）269頁参照。

¹⁰ 中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社、1965年）160～161頁、我妻榮『親族法』（有斐閣、1961年）（甲A208）14、18頁、中川淳『親族法逐条解説』（日本加除出版、1977年）（甲A210）72頁、佐賀家審平成11年1月7日家裁月報51巻6号71頁等参照。棚村政行「同性間の婚姻は法的に可能か」法学セミナー476号（1994年）（甲A224）21頁は、婚姻意思説が通説的見解であるとする。

¹¹ 星野英一『家族法』（放送大学教育振興会、1994年）59頁、星野茂「わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題」法律論叢69巻3・4・5合併号（1997年）（甲A225）246頁、大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2010年）133～134頁、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続〔補訂版〕』（東京大学出版会、2004年）75頁、本山敦「結婚の条件と婚姻の要件」法学セミナー605号（2005年）106頁、松川正毅「民法 親族・相続〔第7版〕」（有斐閣、2020年）28、70頁等参照。なお、これらの見解の中には、「男は……、女は……」と規定する民法731条を根拠に挙げるものも見られるが、民法の一部を改正する法律（平成30年法律第59号）により、同条から「男」「女」という表現は削除されている。また、これらの見解の中には憲法24条に触れるものも見られるが、憲法が法律の規定を介することなく同性間の婚姻の成立を妨げる直接的な効力を有すると解するのは困難である。

¹² 清水雄大「日本における同性婚の法解釈<上>」法とセクシュアリティ2号（2007年）86～87頁参照。

¹³ マシャド・ダニエル「日本における同性カップルの法的処遇」ジュリスト1578号（2022年）102頁。

であり、同性間の婚姻が婚姻とはいえないのであれば婚姻意思の有無はそもそも問題とならないから、「同性婚の如きは婚姻ではなく、これに向けられた意思も婚姻意思とはいえない」¹⁴というのは、同性間の婚姻は認められないことを前提にその当然の帰結を述べたに過ぎないとする指摘がある¹⁵。

他方、②の婚姻障害説に対しては、婚姻障害事由に該当する婚姻は取消しの対象となるに過ぎない（民法744条以下）から、同性間の婚姻が婚姻障害事由に当たるとしつつ、「同性カップルの婚姻につき誤って婚姻届が受理されたような場合には、その性質上、取消の対象となるのではなく、無効となる」¹⁶というのは、解釈論として無理があるとの指摘がある。

(4) 本件規定の立法経緯に照らした検討

ア 現行民法の親族法の規定は、旧民法人事編（明治23年法律第98号）を全面改正（民法中修正案〔明治31年6月21日法律第9号〕）した明治民法の全面改正（民法の一部を改正する法律〔昭和22年法律第222号〕）により成立したものであるところ、同性間の婚姻の可否に関し、旧民法人事編第1草案の起草者は、「婚姻ハ男女ノ会社ニシテ、若シ肉性ノ錯誤アリテ両男又ハ両女ノ間婚姻ヲ為シタルトキハ、其ノ婚姻ノ不成立ナルコトハ論ヲ俟タズト雖モ、之ヲ明示スルノ必要ヲ見ズ」¹⁷と述べており、また、明治民法の起草者は、「外国ノ法律中ニハ往往当事者双方共ニ男子ナルカ又ハ女子ナル場合ニ於テハ婚姻無効ナルコトヲ云ヘリト雖モ、是レ固ヨリ言フヲ俟タザル所ナリ。蓋シ婚姻トハ男女間ノ関係ヲ定ムルモノナルガ故ニ、男子間又ハ女子間ニ於テ婚姻ナルモノアルベカラザルハ言ハズ

¹⁴ 前掲中川善之助『新訂親族法』196頁。

¹⁵ 前掲鈴木伸智「同性婚と婚姻・婚姻意思」261～262頁参照。

¹⁶ 前掲星野茂「わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題」（甲A225）246頁。

¹⁷ 熊野敏三『民法草案人事編理由書上巻』（1888年頃）（甲A183）74丁表裏参照。

シテ明カナリ。故ニ我民法ニ於テハ之ガ規定ヲ設ケズ」¹⁸と述べている。

以上のような起草者らの説明によると、旧民法及び明治民法の制定時には、当時の諸外国の法制を参照した上で¹⁹、法律上の婚姻とは男女間の人的結合関係を規律するものであるから、同性間で婚姻が成立しないことは明らかであり、民法中にその旨の明文規定を設けるまでの必要もないと解されていたことが窺われる。

そして、現行民法の制定時には、この点について議論された形跡は見当たらないが、関連する規定の変更（同性間の婚姻を無効又は婚姻障害事由とするなど）や理解の変更があったことも窺われないから、旧民法及び明治民法下における上記のような立法的判断は、現行民法下にも引き継がれたものと解することができる。

以上のような本件規定の立法経緯に照らすと、現行民法は、明文の規定はないものの、同性間の婚姻は不成立（当然無効）であると定めているものと解するのが相当である。

イ 上記のような理解によると、民法や戸籍法が用いている「夫婦」「夫」「妻」などの文言は、同性間の婚姻を不成立とする立法的判断を反映したものとみるべきものであり、これらの文言自体が同性間の婚姻を認めない根拠（明文規定）であると解するのは適当でないことになる。

¹⁸ 梅謙次郎『民法要義卷ノ四』（和仏法律学校・明法堂、1899年）（甲A188）118頁参照。

¹⁹ 旧民法人事編第1草案の理由書には、参照条文としてフランス民法、イタリア民法、ベルギー民法草案が挙げられたほか、同草案と8か国（フランス、イタリア、オランダ、デンマーク、スイス〔ベルン州〕、アメリカ合衆国〔ルイジアナ州〕、ロシア、イギリス）の外国法とを対比した資料（「民法草案人事編九国対比」）も作成された。前田陽一「民法七四二条・八〇二条（婚姻無効・縁組無効）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅳ』（有斐閣、1998年）（甲A184）3～4、7頁参照。このような外国法の参照は、不平等条約の改正交渉における欧米諸国からの泰西主義（西洋法原理）に基づく法典整備の要請を背景としたものである。青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A177）21頁（山脇貞司執筆部分）、浅古弘ほか編『日本法制史』（青林書院、2018年）（甲A178）307頁参照。

また、同性間の婚姻が認められないとする根拠に関する、①婚姻意思説は、明文の規定（民法742条1号）に根拠を求める点で、②婚姻障害説は、その効果（婚姻障害事由違反の効果は婚姻の取消しである。）の点で、③届出欠如説は、民法上は同性間の婚姻の成立が認められると解する点で、それぞれ上記のような立法経緯に基づく理解に沿わない点があり、採用できないものであることになる。

なお、従前、婚姻意思説が有力に説かれていたのは、民法が婚姻の無効事由を限定列挙していること（明治民法778条、民法742条）から、同性間の婚姻の無効についても列挙事由である婚姻意思の欠如により説明するほかないと解されていたことによるものと考えられる²⁰が、上記のとおり、旧民法及び明治民法の起草者らは、同性婚については明文の規定がなくても不成立（当然無効）であると解していたものである²¹から、そのような解釈は、立法経緯の正しい理解に基づくものとはいえない。

(5) 小括

以上に論じたとおり、現行民法は、明文の規定はないものの、同性間の婚姻は不成立（当然無効）であると定めており、同性間の婚姻の成立を認めて

²⁰ 同説の代表的論者は、ヨーロッパの婚姻法における無効婚と不成立婚の区別（「明文なければ無効なし」の原則の下で、明文の規定はないが有効視することのできない同性間の婚姻を否定するために、「無効となし得る婚姻」とは別に「当然無効なる婚姻」ないし「不成立の婚姻」なるものがあるとする。）が、我が国には「甚だしく歪曲されて入っており、明治民法は、ヨーロッパの婚姻法にいう不成立婚についても「明文なければ無効なし」の原則を適用して無効事由を限定列挙した（明治民法778条）ものと解した上で、同性間の婚姻は、婚姻意思が欠如する（同条1号）から無効であると説いている。中川善之助『日本親族法』（日本評論社、1942年）（甲A194）213～216頁参照。

²¹ 旧民法及び明治民法の起草者ら（司法省明法寮・司法省法学校に学び、フランス留学も経験している。）は、ヨーロッパの婚姻法における無効婚と不成立婚の区別（あるいは、より一般的に「無効」と「不成立」の区別）にも当然に通じていたものと考えられる。熊谷芝青「フランス民法における『無効』と『不成立』の関係」田山輝明ほか編『民法学の新たな展開』（成文堂、1993年）65頁以下は、ボワソナードが当然の前提としていた「不成立」の概念が19世紀フランスにおいて婚姻に関して確立した後に法律行為一般に拡張されたものであり、ボワソナードの考え方が明治民法の起草者である梅謙次郎にも継承されたことを指摘している。

いないものと解される（これを換言すると、配偶者が異性であることが明文のない婚姻の要件として定められているものともいい得る。）。

したがって、本件において憲法適合性が問われている本件規定とは、上記のような規範内容を有する現行民法であるということになる。

なお、以上のことからすると、本件規定の特定のために現行民法中の明文の条項を指摘することはできないことになるが、敢えて挙げるならば、同性間での婚姻の成否が問題であることから、「婚姻の成立」について定めた民法の諸条項（民法第4編第2章第1節）が参照条項となるべきものと解される（なお、仮に、民法上は同性間の婚姻の成立が認められたとしても、現行戸籍法の規定のままでは同性間の婚姻届を受理することができないと解されるのであれば、その受理の妨げとなる戸籍法の規定〔具体的には、婚姻の当事者が男女であることを前提に「夫」「妻」「夫婦」「父母」などの文言を用いている6条、13条、14条、16条、18条、20条、74条等の諸規定を指摘し得る。〕も含まれることになる。）。

2 本件規定の立法趣旨・立法理由

(1) これまでの議論状況

前記1のとおり、本件規定は、同性間の婚姻の成立を認めていないと解されるが、その根拠が不明確であったことにも起因して、本件規定の立法趣旨・立法理由についても、これまで明確であったとは言い難い状況にある。

以下に、これまでの議論状況を概観する。

ア 政府答弁及び戸籍行政上の考え方

政府答弁及び戸籍行政上の取扱いでは、現行法令上、同性間の婚姻は認められず、同性婚をしようとする者の婚姻の届出を受理することはできないことが前提とされているが、同性間の婚姻を認めないこととした立法趣旨・立法理由については、特に述べられていない。

なお、かつては、同性間の婚姻届が提出された場合に、憲法上の問題が

ある旨が不受理証明に記載されることもあったようであるが、最近ではそのような記載はなされなくなっている²²。

イ 旧民法及び明治民法下の考え方

旧民法及び明治民法の起草者らは、当時の諸外国の法制²³を参照した上で、法律上の婚姻とは男女間の人的結合関係を規律するものであるから、同性間で婚姻が成立しないことは明らかであると述べるにとどまり、同性間の婚姻を認めないとする立法趣旨・立法理由についてそれ以上詳しく論ずるところは見られない。

もっとも、旧民法の起草者らが、自生的な社会的慣習・儀礼としての婚姻を自由放任に委ねるのではなく、法律上の婚姻制度を設けて男女間の人的結合関係を規律する趣旨・目的として、①社会生活上の紛争混乱を防止するために、男女間の精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を婚姻の中心に据えた上で、野合や私通と区別して、その当事者間の関係を公的に承認し、確定する必要があること、②子の養育及び母の保護のために親子（父子）関係を確定する必要があることを挙げていること²⁴

²² 前掲山崎耕史「戸籍行政をめぐる現下の諸問題について」（甲A13）43頁参照。

²³ 参照された当時の欧米諸国の法制の背景には、婚姻を一男一女菅野結合関係であるとし、（特に男性間の）同性愛は自然に反する忌まわしいものであり、倫理的にも法的にも非難されるべきものであるとする宗教上の観念が存したものと考えられる。大島梨沙『法律上の婚姻』とは何か(2)』北大法学論集62巻3号（2011年）633頁、ダグマ・ケスター＝バルチェン（床谷文雄訳）「ヨーロッパにおける同性婚の導入と養子法の問題」名古屋大学法制論集281号（2019年）（甲A248）299～300頁等参照。

²⁴ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壺』（1890年）（甲A186）141～142頁は、「法律上婚姻ノ制度ヲ設定シ、男女ノ自由聚合ト異ニスルノ必要何ニ在ルヤ」について、「第一、男女ノ関係ハ、若シ単ニ肉体上ノ満足ヲ求ムルニ過ギザルトキハ、実ニ卑ムベキ所ノ醜事タルベシ。其高尚ニシテ徳義ヲ存センニハ、夫婦和合シ苦楽ヲ分チ、以テ其天性ヲ遂グルニ在リ。故ニ婚姻ハ、男女ノ関係ニ高尚ナル徳義ノ性質ヲ与フルモノナリ」、「第二、若シ男女ノ関係確定スルニ非ズンバ、社会ニ於テ紛争混乱已ム可カラザルコト、父子ノ関係確定セザルコト、子ノ幼年中母一人ニテハ養育シ能ハザルコト、懐胎中又ハ分娩後婦ヲ保護スル者ナカルベキコト等ヲ觀察セバ、婚姻ノ制度ハ、実ニ社会ノ基礎タルコトヲ了解スベシ」とする。また、磯部四郎『大日本新典民法釋義人事編』（1891年）（甲A477）117～118頁は、「古来我国ノ慣習ニ依レバ、婚姻ヲ以テ四礼中ノ一ニ置キ、其婚姻ヲ結了スルニハ啻ダニ合卺花燭ノ礼式ヲ要スルノミナラズ、之ニ付随

からすると、諸外国においても同性間の婚姻を認める法制が存在しなかった当時の社会状況下では、そのような婚姻制度の趣旨・目的に照らし、同性間の人的結合関係を婚姻として法的に規律する必要性があるとは考えられなかったものと推測される。

他方で、旧民法の起草者が、生殖の能力を有しない男女が婚姻し得ないものとする見解を「我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ」とし、「婚姻ハ両心ノ和合ヲ以テ性質ト為スモノニシテ、産子ノ能力ハ一般ニ具備スベキ条件ナレドモ必要欠ク可カラザル条件ニアラズ」と説明していること²⁵や、明治民法下の民法学説でも、「婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ。故ニ子無キヲ去ルコトナク、老年者ノ婚姻ヲ禁ズルコトナク、生殖不能ヲ以テ離婚又ハ婚姻ノ無効取消ノ原因トスルコトナシ」と述べられていること²⁶からすると、この時代には、本件規定の立法趣旨・立法理由として、生殖不能（同性間の婚姻では生殖が不能であること）という理由は想定されていなかったものと考えられる。

なお、大正・昭和期になると、優生思想の隆盛を背景に、種族保存・種族改良の目的から、不能、遺伝的、伝染的疾患のないことなどを婚姻要

スル礼式数多アリテ、之ヲ一見スルトキハ、全ク有式ノ行為タリシガ如シ。然レドモ、其礼式ニ違背スルモノハ之ヲ無効ト為スベキヤ、将マタ私通ノ部類ニ置クベキヤニ至テハ、漠然トシテ之ヲ判定スルノ法則ナク、殊ニ近時ニ至リテハ其礼式顛敗シテ殆ンド無式ノ行為タルガ如キ情况ヲ呈スルニ至レリ。斯ノ如キハ吾人ニ自由ニ与フルノ致ス所ナルガ如シト雖モ、真ノ夫婦タルモノト夫婦タルニアラズシテ男女同居スルモノトヲ区別セズ、之ヲ各自ノ自由ニ放任スルハ又是レ社会ノ秩序ヲ紊乱シ、人倫ノ大礼ヲ破壊スルモノト云ハザルベカラズ。……是レ民法上ニ於テ之ヲ規定シタル所以ナリ」とする。梅謙次郎「法典ニ就テ」国家学会雑誌8巻84号（1894年）（甲A478）も、「統計ヲ見ルトキハ、東京ナドニテハ大抵離婚ノ数ハ婚姻ノ数ノ3分ノ1ヲ占メ居ル程多キ割合ナリ。斯ク多数ノ離婚アル国ハ世界中無比ナリト聞ケリ。離婚ノ数ノ多キコト既ニ斯ノ如シ。故ニ寡婦ノ多キコト亦從ツテ知ルヲ得ベシ。此等ハ甚ダ面白カラヌ有様ナレドモ、従来慣習トシテ存在セルモノアルコト争フベカラズ。然レドモ、斯ル悪慣習ハ断然矯正セザル可カラザルナリ」と述べている。

²⁵ 前掲熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（甲A186）192～193頁。

²⁶ 穂積重遠『親族法大意』（1917年）（甲A196）61頁。

件又は婚姻障害とする諸外国の立法例を参照し、我が国でも将来の改正に際してこの点の考慮を怠ることは許されないと述べる学説²⁷も見られるようになるが、明治民法の解釈としては、「我国は今日の文明諸国と同様に、民法を以て婚姻は一男一女の共諾（合意）に基く終生的な共同生活であるとする基調の上に婚姻制度を形成してゐる。……あくまで当事者男女の意思に基くべきものとされ……祖先祭祀の承継者を得ること若くは子孫を残すことのみが目的とはせられることな〔い〕」²⁸とされており、生殖が婚姻に必要な不可欠であるとはされていない。また、1940年に制定された国民優生法（昭和15年5月1日法律第107号）では、優生手術を受けた者の婚姻における通知義務が定められた（15条）が、厚生省予防局の解説書は、同規定について、「婚姻ハ必ズシモ子供ヲ得ルコトヲ絶対ノ条件トハセザルモ、優生手術ヲ受ケタル者ハ……絶対ニ妊娠不可能ナルヲ以テ、カヽル事実ヲ事前ニ知り居ラバ或ハ婚姻ヲ躊躇スルモノモアルベク、其ノ知ルト知ラザルトハ婚姻ノ成立ニ重大ナル関係ガアル故ニ……道徳的規定トシテ相手方保護ニ遺憾ナキヲ期セントスルモノデアル。勿論本規定ハ婚姻ニ関スル民法ノ婚姻ノ取消無効原因又ハ離婚原因ノ特例ヲ設ケタモノデハナイ」と説明しており、生殖可能性が婚姻要件（又は生殖不能が婚姻障害）とされることはなかった²⁹。

²⁷ 谷口知平『日本親族法』（弘文堂書房、1935年）（甲A199）252～253、255頁参照。なお、それ以前の穂積重遠『婚姻制度講話』（福永重勝、1925年）は、新婦人協会が帝国議会に対し、花柳病者の婚姻の防止を目的として男子の健康診断書の提出を民法上の婚姻の要件とする提案を含む請願をしたことについて、「私は花柳病者結婚禁止の根本趣旨については至極同感であるが、此方法で果して其目的を達し得るかを疑い、目的を達し得ずして却って大害を惹起しはせぬかと恐れる」と評している。

²⁸ 前掲谷口知平『日本親族法』（甲A199）210頁。

²⁹ 厚生省予防局『国民優生法釈義』（1940年）44頁参照。同書61～63頁は、国民優生の方策として、ほとんどすべての諸外国において結婚禁止、結婚制限、結婚無効（取消）、離婚許可、結婚有効証明又は健康診断書の提出を内容とする健康結婚の制度が実施されており、その対象とされる事由の一つに「陰萎其の他重症身体欠陥者」があることを指摘した上で、「陰萎が殆んど各国共通に問題とされて居る事は性生活を格別重要視

ウ 現行民法下の学説

(ア) 婚姻意思説

婚姻意思説は、「当該社会の習俗的觀念に照らして客觀的に婚姻とみらるべき結合を作らんとする意思」を欠く点で同性間の婚姻は否定されるべきものであるとするが、その婚姻意思の内容は明確でなく、そのため、同性間の婚姻について婚姻意思が否定されるべきとする実質的な理由も明らかでない（「学問を妻とするとか、芸術と結婚するというのが一片の比喩に過ぎなく、眞の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻というようなものも婚姻的法律要件としては否認されなければならない」³⁰というのも、結論を先取りした比喩の域を超えない。）。）。。

この点、現行民法施行の直後には、「婚姻意思とは、当事者に社会の習俗によって定める夫婦たる身分を与え、また将来当事者間に生れ出ずる子に、社会の慣習によって定まる子たる身分を取得せしめようとする意思であって、……同性婚にはこの意味における婚姻意思ありとは考えられ〔ない〕」として、婚姻意思の内容に生殖及び親子関係の形成を含むものとし、同性間の婚姻はそれらの要素を欠くために婚姻意思を欠くものとする見解も見られた³¹。

もっとも、その後の学説は、「婚姻は、法によって承認・保護された男女の性結合であり、永続的な共同生活関係である（したがって、男性

する欧米の風習の現れであって我国では一寸理解し難い点である」としている。昭和23年に制定された優生保護法の解説書である谷口彌三郎・福田昌子『優生保護法解説』（研進社、1948年）も、優生手術を受けた者の婚姻における通知義務規定（26条）につき、「婚姻は必ずしも子供を得る事が絶対条件ではない」、「本規定は婚姻に関する民法の取消、無効原因または離婚原因の特例を設けたものではない」と説明している。

³⁰ 中川善之助『親族法（上）』（青林書院、1958年）（甲A207）158～159頁。

³¹ 中川善之助監修『註解親族法』（法文閣、1949年）（甲A206）61～62頁（山中康雄執筆部分）。現行民法施行年（昭和23年〔1948年〕）に優生保護法（昭和23年法律第156号）が制定されていることから明らかであるとおりに、当時もなお優生思想が盛んであった。

同士もしくは女性同士の同性愛は婚姻ではない)」³²とする一方、「子の出生は婚姻の本質と密接に結びついているけれども、婚姻に不可欠の目的ではない……婚姻の本質である夫婦の結束（固い結合）は生殖（行為）がなくても可能であり、したがって生殖能力のない老人にあっても実際に婚姻を締結することができる」³³として、生殖及び親子関係の形成の可否と婚姻意思の存否とを結び付けておらず、むしろ、「同性同士の結婚を認めるべきか否かがアメリカや西欧で論議されているが、同性婚が当該社会で社会的に承認されるならば、当然法的保護の対象になる」³⁴と述べるものも見られる。

（イ）婚姻障害説

婚姻障害説においては、同性間の婚姻が認められないことの説明として婚姻障害という理由が持ち出されているものの、同性間の婚姻関係が婚姻障害とされる他の関係と同様に「反倫理性、反公益性の大きい関係」³⁵であるから、その成立を防止すべきであるとするような積極的な議論は見られない。

むしろ、同説の中には、今日の社会におけるライフスタイルの変化・多様性や各個人の価値観の多様化等に照らすと、婚姻制度の目的（①男女の性欲の統制・鎮静化、②子どもの出産と育成、③性を媒介とする夫婦の相互協力と親密さの深化、④同一人の維持的な性欲の充足、⑤家族集団の形成と存続維持）も従前のままであるとはいえず、婚姻に求めら

³² 泉久雄『親族法』（有斐閣、1997年）（甲A226）49頁。

³³ 前掲泉久雄『親族法』（甲A226）51頁。

³⁴ 有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』（甲A195）73～74頁。

³⁵ 最判平成19年3月8日民集61巻2号518頁は、婚姻障害の一つである「民法734条1項によって婚姻が禁止される近親者間の内縁関係」が、「社会倫理的配慮及び優生学的配慮という公益的要請を理由とするもの」であり、「一般的に反倫理性、反公益性の大きい関係というべきであ〔り〕」、「殊に、直系血族間、二親等の傍系血族間の内縁関係は、我が国の現在の婚姻法秩序又は社会通念を前提とする限り、反倫理性、反公益性が極めて大きいと考えられる」と判示している。

れる目的は、主として経済生活の問題及び愛情の問題としてのパートナーの選択（家族集団の形成と存続維持）と捉えられることになるとして、同性カップルに婚姻制度に則った保護を与えることも決して不自然ではなく、当事者が同性であるということだけで保護を否定することには疑問があるとする見解も見られる³⁶。

他方で、同説の中には、民法は、婚姻とは「子どもを産み・育てる」ためのものであるという観念を前提に、「同性では子どもが生まれないので、同性のカップルの共同生活は婚姻とはいえない」ことから、婚姻の当事者が性別を異にすることを生物学的な婚姻障害事由として定めたものであるとする見解もある³⁷。同説の論者は、「結果として子を持つことはないにせよ定型的には子を持ちうる異性カップルが婚姻制度を利用するのは社会的に許容できることである。しかし、このことと、生殖の伴うべくもない同性のカップルに婚姻を認めるかどうかとは別の問題であろう。日本においては今日でも依然として、婚姻は継続的な共同生活を営み子を産み育てようとする男女の利用を念頭に置いた制度であると考えられているというべきであろう」とも述べている³⁸。

Ⅱ これまでの裁判例に現れた本件規定の立法趣旨・立法理由

本件規定の立法趣旨・立法理由について、これまでの裁判例の判示に現

³⁶ 前掲星野茂「わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題」（甲A225）244～245頁参照。

³⁷ 前掲大村敦志『家族法〔第3版〕』133頁参照。

³⁸ 大村敦志「性転換・同性愛と民法（下）」ジュリスト1081号（1995年）64～65頁参照。石川稔「新・家族法事情④同性愛者の婚姻〔その2〕」法学セミナー356号（1984年）（甲A222）60頁も、「一つのカテゴリーを婚姻として設定すれば、そのなかに多少の雑物（本筋でないもの）が混入するのはやむをえないのである（高齢者の婚姻を雑物というのは言いすぎで恐縮であるが）」として、子の生殖と養育を伴わない男女の婚姻は、社会的に容認された「雑物」に過ぎないとする見方を示す。もっとも、同説は、そこから「同性婚の許否は、社会との関係において判断される」（同頁）とし、別稿では、社会状況の変化により同性間の人的結合関係について法制度上の対応も必要となり得るとする方向に議論を進めている。石川稔「新しい家族現象と家族の機能」判例タイムズ540号（1985年）10頁参照。

れたところを見ると、以下のとおりである。

(ア) 同性愛を精神疾患とする知見を理由とするもの

本件第1審判決は、本件規定の立法趣旨・立法理由に関し、「同性愛は、明治民法下においては、変質狂などとされた精神疾患の一種とされ、これは治療すべきものであり、また禁止すべきものとされていたのであり……、昭和22年民法改正がされた頃以降においても、同様に精神疾患とされ、治療すべきもの、禁止すべきものとされていたものであること……からすれば、同性愛とは精神疾患にり患した状態であり、同性愛者間において婚姻を欲したとしても、それは精神疾患が原因となっているためであって、同性愛者間においては社会通念に合致した正常な婚姻関係を営むことができないと考えられたことから、法令によって禁止するまでもないとされたものと解される」（24頁）と判示している。

上記の各当時に同性愛が精神疾患であるとする知見があったこと、そのために同性愛者間の婚姻関係というのも想定し難かったであろうことは判示のとおりであると考えられるが、上記のような判示に対しては、同性間の婚姻が認められてこなかった理由を同性愛に対する医学上の評価に帰着させることができるのかには疑問があると指摘されている³⁹。

(イ) 婚姻制度が生殖及び子の養育を目的とすることを理由とするもの

大阪地判は、本件規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、「婚姻を、単なる婚姻した二当事者の関係としてではなく、男女が生涯続く安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係として捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係に、社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨による

³⁹ 毛利透「婚姻を異性間に限ることの合憲性」法学教室492号（2021年）127頁参照。

ものと考えられる」と判示しており、福岡地判も、「旧民法から現行民法制定当時までの学説の理解……や現行民法の嫡出推定、親子関係に係る規律の存在からすれば、当時の婚姻制度の目的は、婚姻の法的効果や戸籍制度との関係上、その要件を明確にする必要があるところ、その範囲を生物学的に生殖可能な組合せに限定することで、国が一对一の男女（夫婦）の間の生殖とその子の養育を保護することにあつたと認められる」と判示している。

これらの判示は、本件規定の立法趣旨・立法理由として、婚姻制度が生殖及び子の養育を伴う男女の共同生活の保護を目的とするものであることを強調するものであるが、このような理解については、①我が国においては、旧民法以来、生殖能力が婚姻成立の要件とされたり、生殖不能が婚姻の無効・取消原因とされたりしたことがなく、生殖と子の養育を伴わない婚姻も法律上有効な婚姻であるとされてきたこと⁴⁰、②性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の適用を受けたことにより、事実上あるいは証明の問題ではなく、法律上の要件として生殖能力を有しないこと（同法3条1項4号）が明らかな男女間⁴¹でも婚姻が認められていること、③既に破綻しており将来的にも生殖や子の養育を伴う可能性の乏しい内縁の男女（婚姻の届出を欠いており、婚姻制度の利用意思を認めることもできない。）に対してまで、「男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合であるという点においては、婚姻関係と異なるものではなく、これを婚姻に準ずる関係というを妨げない」（最判

⁴⁰ 二宮周平「同性婚導入の可能性と必然性」立命館法学393・394号（2020年）（甲A419）615～617頁参照。

⁴¹ 最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁に付された岡部喜代子裁判官の反対意見（性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者について、「特例法自身が生物学的には女性であることを要件としているのであるから、証明の問題ではなく特例法の適用を受けたこと自体によって男性としての生殖能力のないことが明らかなのである」とする。）参照。

昭和33年4月11日民集12巻5号789頁)として国家の側から積極的に婚姻に準ずる効果が付与されてきたことなどとの整合性が問題となる。

この点について、名古屋地判は、嫡出推定に関する規定群の存在を考慮すると、「民法は、法律婚制度の構築に当たり、子孫の生殖を伴う男女の結合関係とそれを中核とする家族関係の安定化を少なくともその目的の一つとしていたと評価できる」とし、「我が国では、旧民法以来、一貫して生殖不能は婚姻障害事由に掲げられてこなかったが、この点は、上記評価を妨げるものではない」としている。

しかしながら、嫡出推定に関する規定は、子の養育のために親子(父子)関係を画定することを目的とするものと解されるのであり⁴²、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づく性別の取扱いの変更の審判を受けており、およそ生殖が想定できない夫の妻が婚姻中に懐胎した子についても嫡出推定の規定の適用があると解されている(最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁参照)のであるから、そのような規定の存在をもって、婚姻制度が「子孫の生殖を伴う」男女の共同生活の保護を目的としたものであると断じることは困難であり、上記のような整合性の問題を不問に付すことはできないと解される。

(ウ) 婚姻に関する伝統・社会通念及び憲法の要請を理由とするもの

東京地判は、「伝統的に男女間の人的結合に対して婚姻としての社会的承認が与えられてきた背景、根底には、夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくとい

⁴² 小貫芳信元最高裁判事は、再婚禁止期間違憲判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁)の多数意見が、「日本の民法の家族法関係では嫡出推定という規定を設けてあり、この制度が家族法の根幹にあるという理解の仕方」を採ったものであるとし、「嫡出推定の制度を重視していこうというのは、親のない子どもをつくりたくないということにある」とその趣旨を説明している。小貫芳信「最高裁裁判官としての四年間」亜細亜法学51巻2号(2017年)xx頁参照。

う社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきた事実がある」とし、本件規定が婚姻を異性間のものに限り同性間の婚姻を認めていないことについては、そのような「夫婦となった男女が子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという古くからの人間の営み」に由来する「婚姻を異性間のものとする社会通念」を前提とした、「憲法24条1項の法律婚制度の構築に関する要請」（憲法24条が、異性間の婚姻についてのみ法律婚としての立法を要請していること）という合理的根拠がある旨を判示しており、福岡地判及び第2次東京地判も、本件規定の憲法14条1項違反を否定する理由として概ね同旨の判示をしている。

上記のような判示は、本件規定の立法趣旨・立法理由として、憲法24条の要請を挙げるものと解されるが、規範的な議論（この点は後述する。）としては別としても、事実の問題としては、先述のとおり、同性間の婚姻を認めないこととする立法的判断が最初になされたのは憲法制定以前のことであり、憲法制定の際あるいは制定後にそのような立法的判断が意識的に変更された事実は窺われないから、本件規定の立法趣旨・立法理由の中心に憲法24条の要請があると解するのは無理がある。

また、憲法24条の要請をいう点を除外してみると、同性間の婚姻が認められないものとされてきた理由ないし事情として、「婚姻を異性間のものとする社会通念」が少なくとも過去において存在したことは事実であると考えられるが、以上に見てきたところに照らすと、同性間の婚姻を認めないこととする立法的判断が、そのような社会通念のみに依拠したものであるとみるのが適当であるとは考え難い。

(2) 本件規定の立法趣旨・立法理由についての検討

前記(1)で見たような議論状況に照らすと、本件規定の立法趣旨・立法理由が、公益的要請（反倫理性、反公益性や弊害防止）から同性間の人的結合関

係を禁止することにあるとするような見方⁴³は、事柄の実態に即さないものであり、本件規定が同性間の婚姻を認めないこととしてきたことについては、単一の立法趣旨ないし立法目的に基づくものではなく、大別すると、①諸外国の立法の状況（諸外国にも同性間の婚姻を認める国が見られなかったこと）（前記(1)イ）、②婚姻制度の趣旨・目的についての理解（婚姻制度の趣旨・目的に照らし、同性間の人的結合関係を婚姻として法的に規律し保護する必要性がないと考えられてきたこと）（前記(1)イ、ウ（イ）及びエ（イ））、③同性愛を精神疾患であるとする知見（前記(1)エ（ア））、④婚姻を異性間のものとする社会通念（前記(1)ウ（ア）及びエ（ウ））、⑤憲法24条の趣旨についての理解（前記(1)エ（ウ））という種々の事柄が婚姻制度を設ける立法に際して複合的に作用した結果であるとみるのが、実態に即したものであると考えられる⁴⁴。

したがって、本件規定については、上記のような立法理由・立法趣旨を基礎としたものであるとする理解に立った上で、その憲法適合性の検討を進めるのが相当である。

第4 本件規定の憲法適合性に関する判例・学説等の状況

1 本件規定の憲法適合性に関する判例等

同性間の婚姻を認めていない本件規定の憲法適合性について判断した最高裁判例は存しない。

同性間の婚姻を認めていない本件規定等の憲法適合性について判断したこれ

⁴³ 先に見たとおり、近親婚については、最判平成19年3月8日民集61巻2号518頁がそのような見方を示している。

⁴⁴ 窪田充見『家族法〔第4版〕』（有斐閣、2019年）155頁も、同性間での婚姻が認められていないことについて、「社会秩序という観点から、異性間の婚姻以外のこうした関係を認めないという考え方もありうるだろう」が、現行民法は、現行の法秩序として、「異性間の関係としての婚姻という制度を用意しているということにすぎない」との見方を示している。

までの下級審裁判例は、先述のとおり、本件第1審及び原審を含めて7件あり、そのうち3件（本件第1審、名古屋地判、原審）が違憲、3件（東京地判、福岡地判、第2次東京地判）が違憲状態、1件（大阪地判）が合憲（ただし、将来的に違憲になる可能性はある。）との判断を示している。

2 本件規定の憲法適合性に関する学説等

学説等においては、従前、「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説である」⁴⁵とされており、「『両性』の本質的平等とのべているかぎりで、同性の結合による『家族』を憲法上想定するほどには徹底していない」⁴⁶（樋口陽一）、「〔憲法24条が——引用者注〕近い将来（同性カップル等からなる）『超現代家族』への展開にブレーキをかける方向に機能することも十分に可能である」⁴⁷（辻村みよ子）、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」⁴⁸（渋谷秀樹）、「『両性の合意』という文言からすると、憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮に値するものとは考えていないように思われる」⁴⁹（長谷部恭

⁴⁵ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017年）153頁。もっとも、「教科書では、同性婚の記述がそもそも存在しないものが多い」との指摘がある。西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性」関西大学法学論集69巻3号（2019年）（甲A303）158頁参照。

⁴⁶ 樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）（甲A421）278頁。

⁴⁷ 辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、2008年）250頁。

⁴⁸ 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣、2017年）（甲A249＝乙13）463頁。

⁴⁹ 長谷部恭男『憲法 第7版』（新世社、2018年）（乙14）187頁。もっとも、長谷部教授は、同性カップルの婚姻に関し、「私人に対して何らかの権限を与える。家族を構成するとか、あるいは、その構成した家族と一緒に暮らしていくとか、という選択を認めるか認めないかという点でも、法制度は社会生活あるいは社会意識に対して強いインパクトを持っていますから、そのレベルで憲法の趣旨にあっているかいないかという、そういう話はできるでしょうね」、「典型的な家族というのはどういうものかという点については24条は一定の想定をおいているかもしれませんが、典型的でない家族像を否定しているかどうか、ということについてまでは24条はそれほど強い観念を持っていないという理論も、私は十分にありえるとおもいますけどね」とも述べている。長谷部恭男＝木村草太「〔座談会〕憲法を使いこなす」Law and practice9号（2015年）（甲A250）19頁。

男)、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろうと思われる」⁵⁰

(川岸令和) などとして、本件規定の憲法適合性(主として憲法24条適合性)には問題がないとする見解が通説的見解であるとされてきた。

もっとも、他方で、従前から本件規定の憲法適合性に疑問を呈する見解⁵¹もあり、近時では、「法律婚制度の目的を生殖から形成される核家族の保護ととらえるならば、生殖不可能な高齢異性カップルや共同生活の可能性すらない臨終婚までも含む点で過大包含であり、目的をカップルの共同生活の人格的及び財産的側面の保護と考えるならば過小包含となり憲法違反となるのではないかと、極めて単純ではあるが考えている」⁵²(齊藤笑美子)、「日本法における同性婚の不保護は、……同性カップルと異性カップルとの区別が不合理だという論理で、憲法違反だと解するのが適切だ」⁵³(木村草太)、「13条の自己決定権、14条の性別に基づく差別の禁止という点からすれば、同性婚を認めないことは違憲である」⁵⁴(大野友也)、「法律婚という制度の目的が生殖の奨励や核家族の保護であっても、共同生活を営むことへの法的承認であっても、同性婚を認めない現行法はもはやその正統性が疑わしく、憲法13条、14条1項に違反すると考えられる」⁵⁵(榎透)、「同性カップルにそれを承認

⁵⁰ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)(甲A146=乙15)510頁(川岸令和執筆部分)。

⁵¹ 横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊総合特集シリーズ31号(1985年)(甲A227)94頁、大野友也「同性婚と平等保護」法学論集43巻2号(2009年)(甲A297)38頁、松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』(有斐閣、2010年)(甲A299)5~6頁、同「明文根拠を欠く基本的人権の保障」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(2012)年(甲A300)157頁、福嶋敏明「同性婚と憲法」時の法令1976号(2015年)(甲A301)54~56頁等。

⁵² 齊藤笑美子「家族と憲法」憲法問題21号(2010年)(甲A163)113頁。

⁵³ 木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編『岩波講座現代第4巻 グローバル化のなかの政治』(岩波書店、2016年)98頁。

⁵⁴ 大野友也「日本国憲法と同性婚」月報全青司452号(2017年)(甲A298)14頁。

⁵⁵ 榎透「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集135号(2019年)(甲A302)44頁。

する法的枠組みがなんら存在しない現状は、憲法13条及び14条1項に違反する」⁵⁶（西村枝美）、「親密な結合の相手の選択という自律的な選択を、国家が異性に限定し同性婚を否定することは、婚姻の自由に対する侵害となる」⁵⁷（巻美矢紀）、「同性間を認めないことは、原則、誰もが参加できる婚姻制度において、ある範疇に属する個人または集団を排斥することであり、同性カップルの尊厳を害するが故に平等権違反となると考えられる」⁵⁸（白水隆）、「同性婚の否定は、『配偶者の保護』という目的からみて異性婚と同一の状況にあるにもかかわらず性指向による差別を行うものであること……から……憲法14条1項に反するものである」⁵⁹（植木淳）、「同性婚を認めていない本件規定は、憲法24条の趣旨Iにそぐわず、13条、14条に違反するものであって、その点で、これを是正するために必要な立法措置を講ずる必要があると判断されることとなろう」⁶⁰（千葉勝美）などと、本件規定の憲法違反を明言する見解が増えている。

また、近時は、前記のような通説的見解にも揺らぎが生じており、「『両性』の本質的平等とのべている点で、同性の結合による『家族』を憲法上の公序として想定することについて一般的な一致が見られるまでにはなっていない」⁶¹（樋口陽一）、「憲法24条解釈の問題として、憲法制定当時においては、同性婚が念頭になかったことは明らかと思われるような立法事実を認めつつも、状況の変化によってこれを認めようとする動きもあるなど、解釈の幅は広がっている。24条1項の『両性の合意のみ』は、戦前の家制度において当事者以外の承認を必要としていたことに対応する規定であり、憲法制定時には同性婚

⁵⁶ 前掲西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性」（甲A303）202頁。

⁵⁷ 巻美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」憲法研究4号（2019年）（甲A158）113頁。

⁵⁸ 白水隆『平等権解釈の新展開』（三省堂、2020年）107頁。

⁵⁹ 植木淳「日本国憲法と家族制度」名城法学71巻1号（2021年）39～40頁。

⁶⁰ 千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」判例時報2506＝2507合併号（2022年）（甲A501）208頁。

⁶¹ 樋口陽一『憲法〔第4版〕』（勁草書房、2021年）（甲A422）279頁。

はまったく念頭になかったと思われる反面、上記のような状況の変化を理由とする今日の学説の変化も、個人の尊重や幸福追求権が重視される昨今では、あながち無理な解釈とは言えないのが現状である」⁶²、「憲法制定時に同性婚が念頭になかったのは事実だとしても、規定は『合意のみに基づく』という点に主眼がある。婚姻は当人の合意があればよく、親などの承諾はいらないという意味だ。『両性』は男女の夫妻に限らないというのが今では多数説となっている」⁶³（辻村みよ子）と見解を改めたり、「『憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている』」と改説したい」⁶⁴（渋谷秀樹）と明言したりするに至っている。

以上のような変化から、近時は、「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の結婚まではカバーしていないというのが通説であった」⁶⁵と過去形で述べられる状況となっている。

なお、以上のような個別の学説のほか、日本学術会議法学委員会社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会は、平成29年の提言において、本件規定に関し、「今日の社会では、法制度上、婚姻と生殖・養育との不可分の結合関係は失われ、婚姻法は主として婚姻当事者の個人的、人格的利益の保護を目的とするものになっている。個人の利益を否定するに足る強力な国家的ないし社会的利益が存しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されない。日本社会でも顕著な家族の多様化と欧米諸国の動向に照らして考えるならば婚姻の性中立化は必須であり、そのための民法改正が求められる」との提言をし

⁶² 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版、2016年）（乙16）129頁。

⁶³ 日本経済新聞ウェブサイト「私の考える憲法 有識者に聞く」（2021年5月3日掲載）における辻村みよ子教授の見解（甲A423）。

⁶⁴ 渋谷秀樹「憲法理論からみた同性婚の省察」判例時報2515号（2022年）112頁。

⁶⁵ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』（有斐閣、2017年）（甲A305）156頁。

ている⁶⁶。

3 小括

以上のとおり、近時の裁判例及び学説等においては、同性間の婚姻を認めていない本件規定の合理性について疑問が投げかけられる状況となっており、そのことは、立法政策の当否の問題にとどまるものではなく、憲法違反の問題を生ずるものであるとする見解が強くなっているものとみられる。

第5 本件規定が憲法24条1項及び13条に違反すること

1 婚姻の自由の保障についての先例及び本件における問題

(1) 婚姻の自由の保障についての先例

憲法24条の法意を明らかにした先例として、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁は、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とし、婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法890条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法772条1項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか、近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると、上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができるとしている。

⁶⁶ 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「提言 性的マイノリティの権利保障をめざして－婚姻・教育・労働を中心に－」（2017年9月29日）（甲A114）ii頁。

上記の判示の趣旨について、調査官解説は、「憲法24条1項があえてこのように規定していることから、例えば法律婚制度自体の廃止は許されないであろうし、法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得ると考えられることからすると、少なくとも、『婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、『婚姻をするについての自由』が保障されているということとはできるであろう」、「このような『婚姻をするについての自由』については、上記……の『婚姻の自由』をめぐる議論の状況からその外延等が明確ではなく、これを憲法上の『権利』としてどのように構成すべきかについてはなお検討の余地があるが、意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背後には憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念することができるように思われる。上記のような法律婚の効果及び国民の意識等も考慮すれば、『婚姻をするについての自由』の価値は憲法上も重要なものとして捉えられるべきであり、少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるべきものと解することは可能であろう」、「なお、本件では、憲法上の『婚姻の自由』の侵害の有無が直接的には問われていないこともあって、本判決は、その権利又は利益としての具体的内容や位置付けについてまでは必ずしも明示的には述べず、平等原則違反の枠組みの中で考慮すべき要素として必要な範囲での判示にとどめたものと推測される」と敷衍している⁶⁷。

以上からすると、先例は、憲法24条1項が、法律による婚姻制度の構築の要請（法律婚制度の廃止の不許）を前提とした上で、少なくとも、「婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか」を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味における「婚姻をするについての自由」

⁶⁷ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）669～670頁。

を保障しているところ、その背後には憲法13条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念することができることから、事案の解決に必要な限りでは、少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるものとする判断を示す一方で、憲法上の「婚姻の自由」の侵害の有無が直接的に問題となる事案においては、「婚姻をするについての自由」を憲法上の「権利」としてどのように構成すべきかやその具体的内容等について改めて検討されるべきものとし、敢えて判断を示さなかったものと解される。

(2) 本件における問題

本件では、同性間の婚姻を認めていない本件規定の憲法24条及び13条適合性が争われているところ、前記(1)のような先例にも照らすと、まず、婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由も、憲法24条及びその背後にある13条（以下、単に「憲法24条及び13条」という。）により保障される婚姻の自由の内容に含まれるのか否かが問題になるものと考えられる。

その上で、含まれるとした場合には、同性間の婚姻を認めていない本件規定が、上記のような自由とどのような関係に立つのかが、その自由の位置付けとも関連して問題になり、その結論に応じて憲法適合性の判断方法も定まることになると思われる。

そして、以上に対する回答も踏まえた上で、最後に、本件規定の憲法適合性についての具体的判断が示されるべきことになる。

したがって、以下では、これらの点について順に論ずる。

なお、先例は、「婚姻の自由」の内容的及び質的な一部（少なくとも「『婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味」における「憲法上保護されるべき人格的利益」）を「婚姻をするについての自由」と称しているものと解されるが、本書面では、これらの区別が問題となる場合及び引用を除き、

「婚姻の自由」の語を統一的に用いる。

2 婚姻の自由と婚姻制度の関係についての前提理解

婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由も憲法24条及び13条により保障される婚姻の自由の内容に含まれるのか否かを検討する前提として、婚姻の自由と婚姻制度の関係について検討する。

(1) 「誰と婚姻をするか」の自由は法律婚制度に優先すること

本件で問題となる婚姻の自由は、カップルが事実上の共同生活を営むというような自然的な自由ではなく、法律により設けられた一定の婚姻制度の存在を前提に、その法制度上において婚姻をする自由である⁶⁸ところ、仮に、憲法24条及び13条により保障される婚姻の自由が、民法により定められた現行の法律婚制度を前提とする自由に過ぎないのであれば⁶⁹、現行の法律婚制度では同性間の婚姻が認められていない以上、婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由が婚姻の自由の内容に含まれると解する余地はないことになる。

この点、婚姻の自由のように一定の法制度を前提とする自由については、その具体的内容を画定する際に、憲法のみならず、前提となる法制度を定めた下位法の内容を含む検討が必要不可欠であるが、その具体的内容がすべて法律によって定まるものとするのであれば、憲法上保障された自由の内容が何故下位法の解釈によって決せられるのかという疑問を生ずることになる⁷⁰

⁶⁸ 婚姻の自由の性質について、長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）133頁は、「婚姻は、それに関わる法制度の存在を前提としており、婚姻の自由とは、法の設定する様々な効果へのアクセスを保障する権利である」とする。また、曾我部真裕「憲法24条と婚姻の自由」法学教室487号（2021年）106頁も、「婚姻制度は国家の法律によって設けられる制度であることを重視すれば、婚姻の自由は自然的な自由ではなく、制度的な権利であることになる」とする。

⁶⁹ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）667頁は、「『婚姻の自由』が法律によって定められる婚姻（法律婚）を前提とするものであることから、その具体的内容をもって憲法上保護されているとはいえないという見解も考えられる」旨を指摘している。

⁷⁰ 畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A246）737頁参照。

し、憲法上保障された自由が法律により制約されるという場面をおよそ想定し難くなるからしても、明らかに不合理である⁷¹。

そうすると、憲法と民法の関係については、「憲法を基礎に置きつつ、互いに協働しながら、国家・社会の基本法を重層的に構成しているとみる」考え方（憲法基底的重層論）⁷²に立った上で、婚姻に関する民法の規定については、それが、憲法の趣旨を踏まえた法制度の具体的内容形成に関するものであって婚姻の自由に対する制約とはみられないものであるのか、あるいは、憲法上保障された婚姻の自由に対する制約とみるべきものであるのかを、個別に検討することが適切であると解される⁷³。

以上の観点を踏まえて検討すると、先述のとおり、「婚姻をするについての自由」が「誰と婚姻をするか」という婚姻の相手の選択の自由を含むものであり、また、法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得るものと解されていることに照らすと、婚姻に関する民法の規定のうち、婚姻の成立自体に関わるものとして婚姻の相手の選択について制約を設ける部分については、法制度の具体的内容形成に関するものとして婚姻の自由との矛盾抵触が問題にならないものとはいえず、憲法上保障された婚姻の自由との矛盾抵触が問題となり得るものと解すべきである⁷⁴。

⁷¹ 仮に、法制度を前提とする自由の内容がすべて法律によって画定されるとすれば、女性について6か月の再婚禁止期間を定める規定を有する法律婚制度の下では、婚姻の自由は、「6か月の再婚禁止期間を経過した後に婚姻をする自由」に過ぎないことになり、再婚禁止期間規定も、婚姻の自由に対する制約であるとみることはできないことになろう。

⁷² 畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A246）739頁参照。

⁷³ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）667頁（「婚姻及び家族に関する事項を定める法律の規定といってもその内容には幅があり、制度設計の具体的内容に関わるものと、本件規定のように婚姻（法律婚）をすること自体を制約するものがあ〔る〕」とする。）参照。

⁷⁴ 古くは、法学協会編『註解日本國憲法上巻』（有斐閣、1948年）（甲A19）476頁も、「配偶者の選択に関しては、身分、階級、人種、信仰等によって、制限を設けることができないのはもちろん、一般にその範囲も自由でなければならない。ただ、生理的理由に基く婚姻年齢の定めとか（新731条）、一夫一婦制を尊重するための重婚禁止とか（同732条）、人倫最小限度の近親婚の禁止（同734条）のような制限は是認される」

したがって、憲法の解釈として婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由も婚姻の自由の内容に含まれると解されるならば、同性間の婚姻を認めていない本件規定は、婚姻の自由に対する制約とみられることになる。

(2) 婚姻の自由の保障は制度化要請に対して優先すること

前記(1)のとおり、憲法24条及び13条により保障される婚姻の自由は、一定の法制度を前提とする自由であり、制度なくしては行使し得ないものであるから、憲法は、その行使を可能とする法制度を必要不可欠なものとして要請しているものと解される。憲法24条1項が婚姻の自由を保障した趣旨からすると「法律婚制度自体の廃止は許されないであろう」⁷⁵というのは、このことを裏から述べたものと解される。

このように、憲法24条は、婚姻の自由の保障と共に、上記のような制度化要請をその趣旨に含むと解されるところ、両者の関係について、憲法は、婚姻の自由の保障という目的のために、その行使を可能とする法制度を要請しているものとみるのが適切であると考えられる⁷⁶。

したがって、憲法の解釈においては、まず、憲法上保障される婚姻の自由の内容が画定されるべきであり、それを踏まえて、次に、その婚姻の自由の行使を可能とするためにいかなる制度が要請されるかが検討されるべきであ

として、婚姻の相手の選択は自由が原則であり、その制約には合理的な根拠が必要であるとの見解を示している。米村滋人「『婚姻の自由』に関する基本的な問題状況」法律時報94巻6号(2022年)も、「同性婚の問題は、『誰と』婚姻をするかの問題であり、平成27年判決が婚姻の内容に関する自由を含まないとする立場をとったとしても、なお同判決で婚姻の自由の問題に位置づけられるべき問題であることになる」と述べている。

⁷⁵ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度(下)』(甲A156)669頁及びそこで引用されている前掲長谷部恭男『憲法の理性』133頁参照。

⁷⁶ 小山剛「『憲法上の権利』の作法〔第3版〕」(尚学社、2016年)157～158頁は、法制度としての所有権が「この基本権の保障に奉仕する」ものであると判示したドイツの連邦憲法裁判所の判決(BVerfGE 24, 367)も引用した上で、「財産権や婚姻自由、契約自由などの憲法上の権利は、私法上の法制度によって初めて実効性を持つ。私法上の法制度の保障は、自己目的ではなく、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成するための条件(法的インフラ)を整備するためにある」と述べる。

ると解される⁷⁷。

この点、これまでの裁判例には、「憲法24条1項が同性間の婚姻について規定していない以上、同条により社会制度として設けることが求められている婚姻は異性間のもののみであるといえ、同項から導かれる結婚をするについての自由も、異性間についてのみ及ぶものと解される」（大阪地判）というように、まず、（憲法24条の文言を主たる根拠に）憲法が制度化を要請する婚姻が異性間の婚姻に限られるとした上で、それを前提にすると、憲法が保障する婚姻の自由も異性間の婚姻の自由に限られるとするような議論（東京地判、名古屋地判も同旨）が見られるが、主客転倒の議論であるといわざるを得ない。

(3) 現行の法律婚制度は婚姻の自由の行使を可能とする制度の原則形態を示したものと解されること

前記(2)のとおり、憲法24条の趣旨に婚姻の自由の保障と共に制度化要請が含まれるものとしても、同条2項は、婚姻制度の具体的内容の構築については第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねており、その立法の要請、指針を示すことでその裁量の限界を画するにとどめているから、憲法が要請する婚姻制度の具体的内容を憲法解釈のみで確定することは困難である⁷⁸。

⁷⁷ これに対しては、赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』（有斐閣、2005年）154～155頁（工藤達朗執筆部分）は、「婚姻を個人の自由だけで説明しようとする、同性のカップル、一夫多妻制、一妻多夫制さらには多夫多妻制など、様々な人的結合を、憲法がなぜ婚姻と認めないのか説明しがたい」が、「もし婚姻を制度的保障であると説明すれば、その対象となる制度は、歴史的・伝統的に形成された、既存の制度でなければならない」から、「男女1対1の結合が婚姻であることは、制度の核心部分に含まれているので、同性カップルなどを婚姻と取り扱うことはできない、ということになる」と述べる。しかし、同説が自認するとおり、「根本的な理由づけを省略するために制度的保障ととらえるのは確かに堂々と提案できることではな〔く〕」、上記のような意味での「制度的保障」論は賛同を得難いものと思われる。前掲曾我部真裕「憲法24条と婚姻の自由」106頁も、「婚姻制度が憲法上保障されることには異論はないが、制度的保障だということは婚姻の自由の主観的権利性を否定することになるのだろうか」と疑問を呈している。

⁷⁸ もっとも、憲法24条1項及び2項の規定に照らすと、婚姻制度の内容として、少なくとも、婚姻の成立に関する事項、住居の選定及び相互の協力・扶助等の権利義務に関する

もともと、婚姻の自由の行使を可能とする制度としては、憲法制定後に憲法の基本原理に適合するように明治民法を全面的に改正することで成立した現行民法によって構築された単一の法律婚制度が既に存在しており、その基本的な内容（婚姻の成立、婚姻の効力、夫婦財産制、離婚に関する定めのほか、親子、親権及び相続に関する定めを含む。）は、異性間での婚姻の自由を可能とする法制度として見た場合には、憲法の趣旨を踏まえたものであると評価することができる。

そうすると、現行の法律婚制度は、婚姻の自由の行使を可能とする制度として憲法が要請する制度の原則的な形態（ベースライン）をなすものとみるのが相当であり、婚姻の自由を制約する法律の規定についての憲法適合性の審査に当たっても、（憲法適合性が争われる部分を除いては）現行の法律婚制度を念頭においた上で検討を進めるのが適当であると考えられる⁷⁹。

3 婚姻の相手として同性のパートナーを選択することも婚姻の自由に含まれると解すべきこと

(1) 憲法24条の文言は婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由を否定する根拠とはならないこと

ア 原意を重視した素朴な文言解釈に依拠することはできないこと

事項、財産に関する事項、相続に関する事項、離婚に関する事項を法律で規定することが想定されているものとはいえる。

⁷⁹ 前掲長谷部恭男『憲法の理性』133～134頁（「国家による制度の設営があつてはじめて存立しうる権利であっても、各制度の内容について、きわめて広範な立法裁量が認められる抽象的な権利にとどまるとの結論が直ちに導かれるわけではない。婚姻の自由に関する日本国憲法の規定のように、憲法の条項自体が立法裁量を限定している場合もあるが、そうした憲法明文の制約がない場合であっても、当該制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解がある場合には、そうした理解に対応する立法裁量の限定を想定することができる。そうした法律家集団の共通理解は、その制度に関する当該社会の社会通念に対応していることが通常であろう」とする。）参照。このような思考は、先例（最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁、最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁、最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁等）の背後にも窺われる。長谷部恭男「国籍法違憲判決の思考様式」同『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）（甲A359）61頁以下参照。

婚姻の自由の保障根拠である憲法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」と規定している。

そこで、同項の「両性」や「夫婦」という文言は男女を表すものであり憲法制定時には婚姻は男女間のものであることが当然の前提とされていたことからしても、同項にいう「婚姻」とは異性間の婚姻を意味するものと解され、同性間の婚姻を含むものとは解されないから、同項が同性間の婚姻の自由を保障していると解することはできないとするような素朴な文言解釈が生ずることになる。

しかしながら、憲法の解釈に当たり文言が重視されるべきことは当然であるが、それが唯一の解釈の基準となるものではなく、憲法の条項が用いる個々の文言の辞書的な意味を確定することで解釈として足りるものでもない。憲法の条項が用いる個々の文言やそれを含む条項、規範の総体を解釈するに当たっては、他の憲法規定や憲法の全体構造、憲法の基本原理・理念等をも参照した上で、整合的な解釈をする必要があるものであり、素朴な文言解釈が明らかに不当な場合もある（例えば、「何人も」と「国民は」という文言の相違にこだわって外国人の人権享有主体性を決定しようとするような解釈⁸⁰が挙げられる。）⁸¹。

また、上記のような文言解釈は、憲法制定時における憲法の文言の意味（原意）に特に着目するものであると解されるところ、このような原意主義の解釈手法に対しては、原意なるものを一義的に確定することは困難であり、それに固執して憲法の基本原理・理念や憲法制定後の事情等

⁸⁰ 最大判昭和53年10月4日32巻7号1223頁は、そのような解釈（文言説）を採用していない。

⁸¹ 横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』（信山社、2002年）（甲A139）104～108、129頁参照。

を排除しては現実が要請する妥当な解釈となり得ないとの批判がある⁸²ほか、憲法制定者の元来の意図を持ち出すことは、それ自体が価値評価であり保守的・伝統主義的な解釈の言い換えであることも少なくないとの指摘⁸³もある。東京地判及び福岡地判が、原意を重視した文言解釈に基づき憲法24条の「婚姻」には同性間の婚姻を含まないと判示する一方で、憲法制定時からの社会状況の変化等や、婚姻についての社会通念や国民の意識、価値観の変遷により、同条の「婚姻」に同性間を含むとする解釈が相当とされる可能性を認めているのも、原意を重視した憲法解釈を妥当な解釈として貫徹することが困難であることを示すものとみざるを得ない。

したがって、上記のような素朴な文言解釈に依拠して、婚姻の相手として同性のパートナーを選択することが婚姻の自由に含まれないものと断ずることはできない。

イ 憲法24条の文言は同性間の婚姻を排除する趣旨と解されないこと

憲法の制定に当たって一定の解釈を排除する趣旨で特定の文言が意図的に選択されたものと解される場合には、その文言は、解釈の上で重要な考慮要素ないし基準として機能するものと解されるが、そのような趣旨で特定の文言が選択されたわけでないとするれば、その文言の辞書的な意味に拘泥して解釈をすることが適切であるとはいえない⁸⁴。

これを憲法24条1項についてみると、同項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力によって維持されなければならない」と規定したのは、明治民法

⁸² 前掲横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』（甲A139）103～104頁参照。

⁸³ アンдреアス・フォスクーレ（元ドイツ連邦憲法裁判所長官）「講演 憲法の変遷とその限界」司法研修所論集132号（2022年）25～27頁参照。

⁸⁴ 前掲横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』129頁参照。

下における「家」制度を全面的に改めるため、婚姻を含む家族生活について民主主義の基本原則である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を特に定める必要があったからであり、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立〔する〕」というのも、家制度における婚姻についての戸主の同意権を否定し、当事者本人以外の第三者の意思によって婚姻の成立が妨げられないことを明らかにする趣旨であるとするのが、一致した解釈である⁸⁵。また、政府答弁においても、「現行の憲法において、『婚姻は、両性の合意のみに基づいて』と書いてある。その『のみ』となぜ書いたかということでございますけれども、……明治憲法の下においては、婚姻する本人の意思ではなくて、むしろ家長など他の者の意思決定に基づいて婚姻が成立するというか、実際上も含めてでございますけれども、婚姻が成立するという制約があったと。まさにそれを取り外したと、取り外すというところにこの現行憲法の意味があるということを明らかにするためにあえて両性の合意のみということを明記したというふうに考えられます」⁸⁶との説明がなされているところである。

他方で、憲法24条1項の制定過程において、同項の「両性」「夫婦」という文言が同性間の婚姻を排除する趣旨で意図的に選択されたことを

⁸⁵ 前掲法学協会編『註解日本國憲法上巻』（甲A19）469～471頁、宮澤俊義・芦部信喜『全訂日本國憲法』（日本評論社、1978年）（甲A142）261頁、佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）〔新版〕』（有斐閣、1983年）（甲A143）413～414頁、樋口陽一ほか『注解法律学全集2 憲法Ⅱ〔第21条～第40条〕』（青林書院、1997）（甲A144）131～132頁（中村睦男執筆部分）、芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）（甲A145）211頁（武田万里子執筆部分）、前掲長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（甲A146）495～500頁（川岸令和執筆部分）、辻村みよ子・山元一編『概説憲法コンメンタール』（信山社、2018年）（甲A147）152～154頁（糖塚康江執筆部分）、木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』（日本評論社、2019年）（甲A148）301～303頁（木下智史執筆部分）等参照。

⁸⁶ 第193回国会参議院予算委員会会議録第1号（甲A149）9頁。

示すような検討や議論の形跡は見当たらない⁸⁷。

そうすると、同項の「両性」「夫婦」という文言は、婚姻とは当然に男女間のものであるとする憲法制定時の社会状況（認定事実(5)）の下で婚姻の当事者を指し示す呼称として用いられたものに過ぎず、これを今日の社会状況に置き換えると「当事者」や「双方」という意味に解釈することが可能であり⁸⁸、そこに同性間の婚姻を憲法上の「婚姻」から排除しようとする趣旨を認めることは困難であるといえる⁸⁹。

したがって、婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由も婚姻の自由の内容に含まれるのか否かを、「両性」「夫婦」という文言の辞書的な意味に拘泥した憲法解釈により決することは適切でなく、問題の解決のためには、憲法の基本原理・理念や憲法制定後の事情等を踏まえた考察が必要になるものと解される⁹⁰。

- (2) 憲法の基本原理・理念や憲法制定後の事情等を踏まえると婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由も保障されると解すべきこと

⁸⁷ 帝国議会における憲法24条に関する審議内容につき、清水伸編『逐条日本国憲法審議録第二巻』（有斐閣、1962年）481～545頁参照。

⁸⁸ 前掲千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」（甲A501）208頁、同『同性婚と司法』（岩波新書、2024年）136～138頁参照。植野妙実子『基本に学ぶ憲法』（日本評論社、2019年）（甲A420）115頁も、「両性を男性と女性ではなく単に『二つの性』と解す〔る〕」可能性を示唆する。

⁸⁹ 言語は差異の体系であるから、婚姻の当事者として「男女」の他に「男男」や「女女」も想定される社会状況を前提に、特に「男女」を意味する文言が用いられたとすれば、積極的にではないにしても、そこに「男男」や「女女」を排除する趣旨を読み取ることが可能であるが、そもそも「男女」の婚姻しか想定されていない状況では、そのような読解をすることは困難である。それにもかかわらず、「男女」を意味する文言の使用が同性間の婚姻を排除する趣旨を含むとするような理解（誤解）が生ずるのは、同性間の婚姻も当然に想定される今日の社会状況を憲法制定時にも無意識に投影してしまっているためであると思われる。「同性婚」という言葉が語られるようになって、翻って、それまで「結婚」と呼ばれてきたものが実は「異性婚」のことであったことが明らかにされたことを指摘する、阪井裕一郎『結婚の社会学』（筑摩書房、2024年）215頁参照。

⁹⁰ 最大判平成23年11月16日の調査官解説である西野吾一・矢野直邦『最高裁判所判例解説刑事篇平成23年度』309頁は、憲法の明文から結論が容易には導き出せない解釈上の論点を考察する際には、憲法の文理のみならず、憲法の基本原理に加え、歴史的、国際的視点からも問題を考察する必要性のあるとする。

ア 婚姻の自由の憲法上の保障の趣旨、根拠に照らせば婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由も保障されるべきこと

(ア) 先にも見たとおり、先例は、婚姻の自由は、「憲法 24 条 1 項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる」として
いるところ、ここでいう「憲法 24 条 1 項の規定の趣旨」とは、「婚姻
をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由か
つ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨」のことであり、
そこには、「意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背後には
憲法 13 条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念する
ことができる」とされている⁹¹。

婚姻の自由の保障の趣旨が上記のようなものであることからすると、
国民がその幸福追求のために自由な意思決定により選んだ婚姻の相手が
異性であるか同性であるかによって、その意思決定が有する意義や価値⁹²
に相違を認めることはできないというべきであり、婚姻の当事者では
ない社会や国家の観点からその意義や価値に差異を設けることは、「す
べて国民は、個人として尊重」されることを宣言し、国民個々人が「ど
のような人生を送るかを自らの意思に基づき選択・決定し、自己にとっ
て『善き生』(good life)と自らが考えた生き方を実践していくこと」
⁹³を認めた憲法 13 条、及び法の下における平等の原則を謳った憲法 1
4 条 1 項の趣旨にも反し、許されないものと解される。

この点、同性愛が精神疾患(異常性欲)であり、治療すべきものとす

⁹¹ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度(下)』(甲 A 156) 669 頁。

⁹² 最大決令和 3 年 6 月 23 日集民 266 号 1 頁に付された三浦守裁判官の意見は、「そもそも、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかということは、単に、婚姻という法制度を利用するかどうかの選択ではない。婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つである」としている。

⁹³ 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・宇賀克也編『行政法の発展と変革 上巻』(有斐閣、2001 年)(甲 A 14) 271 頁。

る知見が支配的であった過去の社会状況（認定事実(2)、(4)）の下では、同性の相手との婚姻を望む者がいたとしても、それは精神疾患が原因となっているものであって、自由な意思決定による選択であるとはみられず、したがって、それを尊重すべきものとする規範的な認識が形成されることは困難であったと考えられる。

しかしながら、今日までには、同性愛を精神疾患とする過去の知見は払拭され、恋愛感情や性的感情の対象が同性の相手に向かうことも異性愛と同様の人の性的指向の一つの在り方であるということが認識され（認定事実(1)ア、(6)）、「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ない個人として尊重されるものであるとの理念」及びそれに則った「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ものであるとの認識」（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3条）が法律上も表明されるに至っている⁹⁴。

そうすると、今日においては、「誰と婚姻をするか」の選択において同性の相手を選ぶことも、国民が幸福追求のためする自由な意思決定として尊重されるべきものであり、婚姻の自由として保障されるべきことが明白になったものといえる。

（イ）以上に対しては、憲法制定審議過程での議論や戦後初期の学説に照らすと、憲法24条の「婚姻」の意義については、婚姻した男女には子を

⁹⁴ 最高裁判所の先例（最大決令和5年10月25日民集77巻7号1792頁）においても、性自認に関して、「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」との認識に基づき、「性的少数者の人権保障の観点から憲法13条違反を理由とする法令違憲の判断」（野中伸子「性同一性障害特例法違憲最高裁大法廷決定の解説」ジュリスト1595号〔2024年〕75頁）が示されるに至っている。

産み育てることが期待できることから、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送ること」にあると捉えられていたとし、憲法は、将来世代の育成が国家にとっても重要な関心事であることから、自然生殖の可能性に注目して、子を産み育てることが期待できる男女の共同生活関係を「婚姻」として特別に保護したものであると解する見解も見られる⁹⁵。

しかしながら、既に見たとおり、先例には、婚姻の自由の保障の趣旨について上記見解のような考え方を述べるところは見当たらない⁹⁶。

また、上記見解が指摘する帝国議会での審議中には、当時、婚姻とは当然に男女間のものであると考えられていたことを窺わせる発言⁹⁷は認

⁹⁵ 篠原永明「憲法24条の『婚姻』の意義と同性婚」判例時報2533号（2022年）112頁参照。

⁹⁶ なお、我が国と異なり、婚姻及び家族は国家秩序の特別の保護を受けるとし、子の監護及び教育が両親の自然的権利であり、かつ義務であると定める基本法（6条）を有するドイツにおける連邦憲法裁判所の生活パートナーシップ法合憲判決（BVerfGE 105, 313）においても、婚姻は子の親としての責任を人々に持たせ国家と社会の未来に貢献するがゆえに基本法により特別に保護されるものであるとして、パートナーシップ法を違憲とする立場は、少数意見にとどまっており、多数意見を形成するに至っていない。前掲アンドレアス・フォスクレー「講演 憲法の変遷とその限界」8～9頁、三宅雄彦「生活パートナーシップ法の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）191頁参照。

⁹⁷ 「一夫一婦ノ原則ハ、私個人ノ考ヘデアリマスガ、是ハ全ク世界通有ノ一大原則ダト思ヒマス、ドウシテモ一夫一婦デナケレバ相成ラヌト考ヘテ居リマス」、「婚姻ハドウシテモ此ノ男女ガ相寄り相助ケル所ニ基礎ガアルノデアリマス、男女ノ本当ノ意味ノ理解ガナクシテ真ノ結婚生活ハアリ得ナイト思ヒマス」などとする木村篤太郎司法大臣の発言参照。もっとも、「一夫一婦の原則」への言及は、一夫多妻（妾制度）を否定する趣旨であり、婚姻の当事者が「男女」であることに力点を置くものではない。なお、上記発言では、一夫一婦の原則が「世界通有ノ一大原則」であるとされるが、我が国においては、明治以前には妻妾制が存在し、明治3年の刑法（新律綱領）でも妾が夫の二等親の親族に位置付けられるなど「男子妻妾ヲ並迎スルハ本邦ノ習俗ニシテ従来法律ニ公認ス」るものであったところ、不平等条約の改正を行う上で「締盟各国ノ律ニ公認セザルモノヲ我法律ニノミ公認イタシ候シテハ恐クハ外国人ノ信服上ニモ関係可致」ことから、明治13年公布の旧刑法（明治13年太政官布告第36号）で妾に関する規定が削除されるに至ったという経過がある（西田真之「近代日本における妾の法的諸問題をめぐる考察（一）」明治学院大学法学研究102巻〔平成29年〕〔甲A176〕96～103頁参照）。一夫一婦の原則について、明治民法の起草者が「我邦に於ては既に千有餘年前より此主義を認め〔る〕」（前掲梅謙次郎『民法要義卷ノ四』〔甲A188〕90頁）とする点は、「我国従来ノ慣習ヲ考フルニ一夫一婦ノ制未ダ十分ニ確定スルニ至ラズ」（熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壺』〔甲A186〕156頁）とする旧民法人事編の起草者の認識にも反しており、史実を正しく反映するものではなく、意図的に「創られた伝統」の一種とみざるを得ない。

められるものの、憲法24条が将来世代の育成を目的とし、生殖及び子の養育が期待できる男女の共同生活を「婚姻」として特別に保護する趣旨で制定されたことを窺わせるような議論は見当たらない。かえって、上記見解が指摘する審議の内容⁹⁸を見ると、当時の議員らの間には、婚姻と生殖・親子関係とを結び付ける意識が見られ、そのような結び付きを憲法上も規定しようとする意見もあったにもかかわらず、憲法上において婚姻と生殖・親子関係とを結び付けてそれらの保護を規定することについては、意図的に避けられたものとみるのが適切であると考えられる⁹⁹。

上記見解が指摘する戦後初期の学説¹⁰⁰についても、憲法24条が「婚姻を基礎とし、夫婦が幼少の子女を養育する共同消費生活態としての小家族制度」を予定しており、婚姻及び家族生活が「相互の幸福追求と満足という個人的目的」と「次代の国民である子女の監護教育という社会的機能」を有すると述べる部分は見られるものの、他方で、同条は、

⁹⁸ 前掲篠原永明「憲法24条の『婚姻』の意義と同性婚」110～111頁が指摘するのは、①（憲法24条の基となった）憲法草案22条は、国家は男女という立場の両性の平等の原理を認めているが、母性については別に考慮しないのかとの質問（武田キヨ）に対し、木村篤太郎司法大臣が、憲法も母性を閑却する意味は毛頭ないが、結局、母性が生ずるのは結婚からであると回答していること、②母子の保護に関する規定を憲法草案22条3項に挿入することを希望する旨を述べる質問（越原はる）に対し、金森徳次郎国務大臣が、憲法のレベルで母子の保護に関する具体的規定を置くことは不適切であり、その内容は法律によって具体化されるべきであると回答していること、③男女関係だけでなく親子関係等に関する立法の指針を示すために国民の家庭生活を保障する条項を設ける方針の有無を問う質問（黒田寿男）に対し、金森国務大臣が、憲法はそのようなことも念頭に置いた上で「家族に関するその他の事項」（草案22条2項）との肩書をもって、個人の権威と両性の本質的平等に立脚して制定されるべきことを規定しており、その他の事項については憲法の精神に基づく個々の立法による目的達成が期待されている旨の回答していることである。

⁹⁹ 駒村圭吾教授は、憲法制定審議過程を概観した上で、金森国務大臣が、家族観は時代とともに変遷するものであり、それは時代に応じた形で立法によって制度化されるものであると喝破し、家族観を憲法レベルで固定化せず、むしろ時代状況に応じて立法により制度化してゆくべきことを示唆していたことを指摘する。駒村圭吾「憲法24条2項についての意見書」（甲A309）16頁参照。

¹⁰⁰ 前掲法学協会編『註解日本国憲法上巻』（甲A19）471頁参照。

「家族生活における個人の尊厳と両性の平等を要求し、封建的家族制度における家のため、男子のための拘束から、個人特に婦人を解放することを目的とする。この点で、第13条の個人尊重及び第14条の法の下
の平等の立法を通じての私人間の身分関係、家族生活関係における発現にほかならないともいえる。それだけに又本条は、国民にとって消極的な自由権的人権を保障するに過ぎない」、「このために、婚姻や家庭に、国家的社会的意義を認め、それを維持保護しようとする態度をとるところまではいっていない。この点で、ワイマール憲法及びこれにならった諸憲法や世界人権宣言が、婚姻及び家族について規定するのと趣を異にしている」と述べているから、このような学説が上記見解の的確な裏付けになるものとはいえない¹⁰¹。

以上のほか、上記見解によれば、生殖及び子養育を伴わない男女に対する婚姻の保護は、子を産み育てることへの期待から「広く男女のカップルに対し婚姻制度へのアクセス可能性を開いておくことを憲法24条が要請している……結果」¹⁰²に過ぎないということになるが、そのような見方は、生殖及び子の養育を伴わない男女の婚姻をいわば「憲法が期待していない婚姻」と位置付けるものであって、大方の賛同を得られないものであると考えられる。

¹⁰¹ その後の学説も、「本条が『婚姻』についての規定からはじめられていることは、家族というものの基礎的構成単位が夫婦でありその基軸をなすものが夫婦すなわち婚姻関係（いわば対等の横の関係）であるとする思想を示しているといえよう。すなわち、この点は旧憲法下の旧民法においては親子関係（いわば上下の縦の関係）が家族の基軸であるとされていた思想を根本的に改める意味をもつ」（前掲佐藤功『ポケット註釈全書憲法（上）〔新版〕』〔甲A143〕413頁）、「家族に関する憲法上の規定には、先の条文〔ワイマール憲法119条を指す——引用者注〕に代表されるように、家族形成、子どもの養育に対する国家の支援という社会保障的な観点と、家族関係における自由と平等の実現という観点がみられる」、「本条には、先の後者の観点、すなわち家族関係における自由と平等の実現が濃厚に現れている」（前掲木下智史ほか『新・コンメンタール憲法（第2版）』〔甲A148〕301～302頁）などとしており、上記見解を裏付けるような理解は示されていない。

¹⁰² 前掲篠原永明「憲法24条の『婚姻』の意義と同性婚」113頁。

したがって、上記のような見解は、採用することができない。

イ 今日の社会状況の下では「婚姻」に同性間の婚姻も含まれるとする解釈の合理性や正当性を支える事実的基礎が認められること

(ア) 法令の規定の憲法適合性が、その必要性や相当性を基礎付ける社会的事実（「立法事実」）を踏まえて審査されるべきものであり、社会状況の変化に伴う立法事実の変化により当初は合憲であった規定も違憲となり得るということは広く認められているところである¹⁰³が、憲法の解釈も、一切の社会的事実から切り離されたところで成り立つものではなく、その合理性や正当性を支える社会的事実（「憲法事実」ないし「憲法解釈事実」）の上に成立するものであるから、社会状況の変化に伴いその事実的基礎に変化が生じれば、それに応じて憲法の解釈も変化し得るものであり、また、社会状況の変化に対応するために変化するべきものともいえる¹⁰⁴。そのため、憲法の解釈に当たっても、その背景にある社会状況及びその変化は、十分に考慮される必要がある¹⁰⁵。

¹⁰³ そのような判断を示した先例として、最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁、最大決令和5年10月25日民集77巻7号1792頁を挙げることができる。

¹⁰⁴ 江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（有斐閣、1987年）77～78頁、高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）12～13頁参照。

¹⁰⁵ 直接的に社会状況の変化に触れるものではないが、取材の自由の保障に関する憲法21条1項の解釈についての先例の判断は、「憲法の右規定は一般人に対し平等に表現の自由を保障したものであつて、新聞記者に特種の保障を与えたものではない」（最大判昭和27年8月6日刑集6巻8号974頁）、「新聞が真実を報道することは、憲法21条の認める表現の自由に属し、またそのための取材活動も認められなければならないことはいうまでもない」（最大決昭和33年2月17日刑集12巻2号253頁）、「報道のための取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値いする」（最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）と経時的に変遷しており、昭和44年決定についての調査官の解説は、「最近、本件の取材フィルム提出事件をはじめ、週間朝日事件、東北放送事件、京都のテレビフィルム録画事件等、報道機関の取材の取材フィルムが刑事裁判の証拠として申請され、あるいは取り調べられて、これに対する報道機関の不服の申立あるいは抗議があいつき、刑事裁判の適正と報道の自由との抵触が、にわかに社会の耳目を惹くにいたり、これをめぐる論争も活発である」との社会的事実に触れた上で、取材の自

これを本件で問題となる憲法 24 条の解釈についてみると、憲法制定時には、同性愛が精神疾患（異常性欲）であり、治療すべきものとする知見が支配的であり（認定事実(2)、(4)）、諸外国においても同性間の婚姻を認める例は未だ見られず（認定事実(7)ア（イ））、国民の意識においても、婚姻は男女間のものであることが当然の前提とされていたと考えられる（認定事実(5)）から、そのような社会状況の下では、同条及び 13 条により保障される婚姻の自由に婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由が含まれるとする解釈の合理性や正当性を支える事実的基礎が存したものと認めることは困難であると思われる。

しかしながら、今日までには、同性愛を精神疾患とする知見は払拭されて異性愛と同様の人の性的指向の一つの在り方であるということが認識され（認定事実(1)ア、(6)）、諸外国においては、2001 年（施行）にオランダが初めて同性間の婚姻を認めた後、同性間の婚姻を認める国・地域は 30 を超える増加を見せ（認定事実(7)ア（イ））¹⁰⁶、2022 年には、国連自由権規約人権委員会から我が国に対して、同性間の婚姻を含む、市民的及び政治的権利に関する国際規約に規定されたすべての権利を享受できるようにすることが指摘され（認定事実(8)ア）、国内においても、平成 27 年以降、同性カップルが社会生活上のパートナーであることを地方公共団体が公的に認定するパートナーシップ認定制度を導入する団体が急速に増加し、日本全体の人口の大部分をカバーするに至り（認定事実(8)ア）¹⁰⁷、同性間の婚姻の法制化に賛同を表明する企業

由が憲法 21 条において占める地位について、従来の判例及び学説では必ずしも見解が一致していなかったところ、同決定が初めての判断を示したものであると述べている。船田三雄「時の判例」ジュリスト 444 号（1970 号）86 頁参照。

¹⁰⁶ その後の 2024 年 3 月時点では、37 の国・地域に上る。最新の状況は下記の公益社団法人 Marriage For All Japan のウェブサイト参照。

<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/world/>

¹⁰⁷ その後の 2024 年 4 月 1 日時点では、導入自治体は少なくとも 456 に上り、日本

や団体も増加し（認定事実(8)ウ）、日本弁護士連合会や各弁護士会連合会、各弁護士会等が同性間の婚姻の法制化を求める意見書等を発表し、学術団体からも同性間の婚姻を認める規定の新設提案や民法改正の提言が発表され（認定事実(8)エ）、国民に対する各種調査においても、同性間の婚姻に賛成の意見が増加し、最近では賛成の意見がほぼ半数を超える状況となっており（認定事実(10)）、国会においても同性間の婚姻につき議論がされるようになってきており（認定事実(8)オ）、更には、「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」及びそれに則った「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ものであるとの認識」（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 3 条）が法律上も表明され、最近の先例（最判令和 6 年 3 月 2 6 日〔令和 4 年（行ツ）第 3 1 8 号、同年（行ヒ）第 3 6 0 号〕）では、犯罪被害者と同性の者も、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律 5 条 1 項 1 号括弧書きにいう「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」に該当し得るとする判断が示されるに至っている。

以上のような今日の社会状況の下では、婚姻及び家族に関する事項や性的指向についての国民の意識もかつてとは大きく変化しており、そのような認識の変化に伴い、性的指向という自らの意思によって選択ないし変更することのできない事柄（認定事実(1)ア）を理由として不利益を及ぼしたり、差別をしたりすることは原則として許されず、性的指向の

全体の人口に対するカバー率は約 8 5 %（小数点第 4 位以下切り捨てで 8 4 . 9 2 5 %）となっている。最新の状況は下記の公益社団法人 Marriage For All Japan のウェブサイト参照。

<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/japan/>

如何にかかわらず、個人として尊重され、その権利が保障されるべきであるという考えが確立されてきており、そのような考えは、法律婚制度における平等な自由の保障にも及ぶに至ったものとみることができる。

そうすると、今日においては、憲法24条にいう「婚姻」に同性間の婚姻も含まれるとし、同条1項及び13条により保障される婚姻の自由に婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由が含まれるとする解釈についても、その合理性や正当性を支える事実的基礎が認められるものといえることができ、そのような解釈こそが国民の意識にも合致するものとして採用されるべきであるといえることができる。

(イ) 以上に対しては、国民の中には、「婚姻の意義は男女が子を産み育てながら共同生活を営むことにある」とする伝統的な価値観に基づき、自然生殖の可能性のない同性間の人的結合関係を婚姻と認めることはできないとして同性間の婚姻に反対する意見も依然として少なからず存在し、社会内において価値観の対立が見られることや、諸外国の中には同性間の婚姻を認めるのではなく同性カップル等のために婚姻類似の制度（登録パートナーシップ制度等）を設ける例も見られ、同性間の婚姻に賛成する国民の意見の中にも同性間の婚姻を認めるのではなく婚姻類似の制度を設けることを想定した意見も含まれる可能性があることなどからすると、憲法制定後の社会状況の変化に伴い婚姻についての社会通念や価値観も変遷しつつあるとはいっても、現時点では、同性間の人的結合関係を異性間の婚姻と同様のものとするについての社会的承認があるものとは認め難く、したがって、憲法24条にいう「婚姻」に同性間の婚姻も含まれるとし、婚姻の自由に婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由が含まれるとする解釈を採用することはできないとする異論が想定される（東京地判、名古屋地判、福岡地判、第2次東京地判参照）。

しかしながら、同性間の婚姻を認めることについて国民の間に賛否両論があり、そこに価値観の対立の存在が窺われることが事実であるとしても、国民に対する各種調査において同性間の婚姻¹⁰⁸に賛成の意見が増加し、最近では賛成の意見がほぼ半数を超える状況となっていることは先述のとおりであるから、国民の意識は、全体としては、性的指向の如何にかかわらず、個人として尊重され、その権利が保障されるべきであるという考えが法律婚制度における平等な自由の保障にも及ぶに至ったものとみるのが相当であり、賛成意見の中には婚姻類似の制度を設けることを想定した意見も含まれる可能性があるなどと指摘して、上記のような調査結果に見られる国民の意見を恣意的に分断し、その意義を矮小化するのは妥当でない¹⁰⁹。

¹⁰⁸ 各種調査においては、「同性どうしの結婚を法で認めること」（甲A104の2、786）、「男性同士、女性同士で結婚する同性婚」（甲A105）、「男性どうし、女性どうしが結婚すること」（甲A105、106）、「同性婚を法律で認めるべきか」（甲A109）、「同性同士や、女性どうしの結婚（同性婚）を法律で認めるべきだ」（甲A174）、「日本では現在、男性と女性の結婚のみ認められています。あなたは同性婚を認める方がよいと思いますか、認めない方がよいと思いますか」（甲A789）、「男性同士、女性同士が結婚する『同性婚』を法的に認めることに賛成ですか」（甲A790）、「同性婚を法律で認めるべきか」（甲A791）、「男性や女性同士で結婚する同性婚を法的に認めること」（甲A792）についての賛否が問われているところ、我が国には単一の法律婚制度しか存在しないのであるから、回答者としては、これらの質問に対し、同性間の「婚姻」として現行の法律婚制度による婚姻のことを想定した上で賛否の回答をするのが通常であると考えられる。

¹⁰⁹ 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』（有斐閣、令和元年）（甲A237）250～251頁は、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁に関し、内閣府が行った「家族の法制に関する世論調査」の集計表24において、法定相続分に着目した質問に対する回答として、嫡出でない子の相続分につき、現在の制度を変えない方がよいという考えの者が35.6パーセントを占めており、同じにすべきだ（制度を変えるべきだ）とする者は25.8パーセントに止まっていたにもかかわらず、同集計表23において、「嫡出でない子の法律上の取扱い」という一般的なテーマの形にして聞いてみると、「配偶者以外の異性との間に生まれた子どもであっても、生まれてきた子どもに責任はないのだから、そのことだけで子どもについて不利益な取扱いをしてはならない」という考えをとった者の割合が60.8パーセントに及んだことから、「その結果は、嫡出でない子の、『個人としての尊厳』に着目し、不利益な取扱いをしてはならないとする意識が圧倒的な多数となっていると見るべき」と指摘しており、先例においても、各種調査結果に見られる国民の意見について、その細部にとらわれない総体的な把握が的確なものとなされていることが窺われる。

また、上記の異論は、同性間の人的結合関係を異性間の婚姻と同様のものとする事についての社会的承認があるものとは認め難いとするが、上述のことからすると、既にそのような社会的承認が形成されているものと認めることに差支えはないものと解される。また、憲法上の権利や自由が問題となる事柄について、国民の中に反対意見や価値観の対立が見られない状況になるまでは社会的承認があるものとは認められないとし、そのことを理由に権利や自由の保障を否定するのであれば、およそ少数者の権利や自由の保障は困難となろう¹¹⁰

したがって、上記のような異論は、理由のあるものとはいえず、採用できないものである。

(3) 小括

ア 以上に論じたとおり、憲法24条の文言が婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由を否定する根拠となるものとは解されないこと（前記(1)）、今日においては、婚姻の自由の憲法上の保障の趣旨、根拠に照らし、「誰と婚姻をするか」の選択において同性のパートナーを選ぶことも国民が幸福追求のためする自由な意思決定として尊重されるべきものであり、婚姻の自由の内容として保障されるべきことが明白になったものということができること（前記(2)ア）、憲法24条にいう「婚姻」に同性間の婚姻も含まれるとし、同条1項及び13条により保障される婚姻の自由に婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由が含まれるとする解釈についても、その合理性や正当性を支える事実的基礎が認められること（前記(2)イ）からすると、婚姻の相手として同性のパートナーを選択することも憲法24条及び13条により保障される婚姻の自由に含まれる（相

¹¹⁰ 「人権の問題は単純に多数決によって結論を出すべきものではない」というのが「憲法論（人権論）の基本」である。伊藤正晴『最高裁判所判例解説民事篇平成25年度』373頁参照。

手が異性であるか同性であるかを問わず「誰と婚姻するか」についての婚姻の自由が認められる）と解するのが相当である¹¹¹。

イ なお、以上のような憲法24条の解釈に関しては、いわゆる憲法変動ないし憲法変遷論との関係について触れる見解も見られること¹¹²から、この点について検討すると、これまでの政府答弁では、「憲法24条第1項は、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立』すると規定しており、当事者双方の性別が同一である婚姻……の成立を認めることは想定されていない」¹¹³との見解が示されてきたものの、憲法24条にいう「婚姻」に同性間の婚姻を含むものとは解釈し得ないとする見解が明確に示され、それが確立していたものとは認められないし、先例においても、憲法24条にいう「婚姻」に同性間の婚姻を含まないとか、同条1項により保障される婚姻の自由に婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由が含まれないとするような解釈が示されたことはない。そうすると、上述のような憲法24条の今日的解釈については、その変動や変遷を論ずる前提となる状況を欠くものとも考えられる。

また、憲法は、変転する社会の動態の下で「生ける法」であるから、憲法の文言の意味や憲法全体の理念、論理構造等により定まる可能な解釈の枠内において憲法規範の意味に変化が起こることは当然の現象であり、その法的性格を（憲法変遷等として）特に問題とする必要はないとされ

¹¹¹ 戸松秀典「なぜ日本は後れているのかー権利・自由の保護（第19回）」J-CAST BOOK ウォッチ（2019年）（甲A424）3頁は、憲法24条に「婚姻の自由が保障されているが同性婚は含まれていない」といった説明は、同性婚排除の内心の意図を正当化しているにすぎ「ない」と喝破している。

¹¹² 前掲千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」（甲A501）207頁、同『同性婚と司法』140～142頁、栗島智明「憲法の解釈とその変動」論究ジュリスト38号（2022年）70～71頁等参照。

¹¹³ 「衆議院議員逢坂誠二君提出日本国憲法下での同性婚に関する質問に対する答弁書」（平成30年5月11日内閣衆質196第257号）（甲A12）、「衆議院議員初鹿明博君提出制定当時は想定していなかった同性婚と憲法との関係に関する質問に対する答弁書」（令和2年2月14日内閣衆質201第34号）（甲A254）。

るところ¹¹⁴、これまでに論じたところからすると、上述のような憲法24条の今日的解釈も可能な解釈の枠内におけるものであるとみられるから、その法的性格を特に問題とする必要はないと考えられる¹¹⁵。

4 本件規定が同性間の婚姻を認めていないことは婚姻の自由の制約に当たること及びその憲法適合性の判断方法

(1) 本件規定が同性間の婚姻を認めていないことが婚姻の自由の制約に当たること

前記3で論じたとおり、憲法24条1項及び13条により保障される婚姻の自由に婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由が含まれると解されることからすると、本件規定が同性間の婚姻を認めていないことは、国民が婚姻の相手として同性のパートナーを選択することを不可能にするものとして、上記の自由に対する制約であるとみられることになる。

これに対し、憲法が要請する婚姻の自由の行使を可能とする制度としては、現行の法律婚制度以外のものも想定し得ることからすると、本件で憲法適合性が問題となるのは、本件規定ではなく、同性間の婚姻を認める法制度の不存在であるとする捉え方¹¹⁶も成り立ち得ないものではないように思われる。

しかしながら、我が国においては、憲法が要請する婚姻の自由の行使を可能とする制度として民法によって構築された単一の法律婚制度しか存在しておらず（前記第5の2(3)）、その法律婚制度の構築において同性間の婚姻を認めないという立法的判断がなされていること（前記第3の1(4)）からすると、上述のとおり、本件規定によって上記の自由の制約が生じているものと

¹¹⁴ 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、1992年）82頁、前掲高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』（476頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）53～54頁等参照。

¹¹⁵ 前掲千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置」（甲A501）208頁、同『同性婚と司法』146頁参照。

¹¹⁶ 前掲千葉勝美『同性婚と司法』147～150頁参照。

みるのが相当であると考えられる¹¹⁷。

(2) 婚姻の自由の制約の態様及びそれを踏まえた本件規定についての憲法適合性の判断方法

その上で、本件規定による婚姻の自由の制約の態様について検討すると、本件規定は、同性間の人的結合関係を公益的要請に基づき禁止したものとは解されない（前記第3の2(2)）から、本件規定が婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由そのものを制約することを目的とするものであるとはいえない。

しかしながら、本件規定は、諸外国の立法の状況、婚姻制度の趣旨・目的についての理解、同性愛を精神疾患であるとする知見、婚姻を異性間のものとする社会通念、憲法24条の趣旨についての理解という種々の事柄が複合的に作用した結果としての立法的判断（前記第3の2(2)）に基づき、同性間の婚姻の成立を認めないこととしているものであり（前記第3の1(5)）、それにより、婚姻の相手として同性のパートナーを選択することが法的に不可能になっているものであるから、本件規定による自由の制約は、そのような意味で直接的なものであり、間接的なもの、あるいは事実上のものにとどまるとはいえない。

そうすると、本件規定の憲法24条1項及び13条適合性については、本件規定が、上記のような立法的判断に基づいて婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由を直接に制約していることについて、合理的な理由が認められるか否かという観点から審査されるべきものと解される。

なお、本件で問題となるのは、以上のように、本件規定が同性間の婚姻を

¹¹⁷ この点は、同性間の婚姻を認めないという「立法裁量権の行使があったと評価すべきか否か」（森英明『最判解民事篇平成20年度』304頁）という問題と解されるところ、本件規定が、明文の規定はないものの、同性間の婚姻は不成立と定めたものと解され、そこに同性間の婚姻を認めないという立法的判断を見出すことができるものであることは、前記第3の1(4)のとおりである。

認めないこととした立法的判断の合理性であって、現行民法の定める法律婚制度の目的自体の合理性ではないから、後者に合理性が認められることをもって、前者についても当然に合理性が認められるということにはならない。

(3) 本件規定についての憲法適合性審査の厳格度

憲法24条1項及び13条により保障される婚姻の自由に婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由も含まれることからすると、同性間の婚姻を認めていない本件規定については、婚姻制度の具体的内容の構築に係る立法裁量が問題となるものではなく、少なくとも憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられる婚姻の自由の制約が問題となるものであるから、その制約に合理的な理由が認められるか否かについては、少なくとも慎重な検討が求められるべきものと解される。

そして、上記のような検討の結果として本件規定による婚姻の自由の制約に合理的な理由が認められないとの結論が導かれるのであれば、婚姻の自由の憲法上の権利又は利益としての位置付けについては、それ以上特に問題とする必要がないものと考えられることから、その点についての検討は留保した上で、上記の合理性の有無についての検討を進める。

5 本件規定による婚姻の自由の制約に合理的な理由が認められないこと

本件規定による婚姻の自由の制約の合理性に関わる種々の事柄及びその変遷等の概要をみると、次のとおりである。

(1) 諸外国の立法の状況

諸外国の状況をみると、憲法制定時には、諸外国においても同性間の婚姻を認める例は未だ見られなかったが、2001年（施行）にオランダが初めて同性間の婚姻を認めた以降、同性間の婚姻を認める国・地域は30を超える増加を見せており（認定事実(7)ア（イ））、2022年には、国連自由権規約人権委員会から我が国に対して、同性間の婚姻を含む、市民的及び政治的権利に関する国際規約に規定されたすべての権利を享受できるようにする

ことが指摘されていること（認定事実(8)ア）は、先に見たとおりである。

(2) 婚姻制度の趣旨・目的についての理解

婚姻制度の趣旨・目的についての理解をみると、婚姻制度は、生殖及び子の養育を目的とするものであり、同性カップルには定型的にみて自然生殖の可能性が認められないから、定型的にみて自然生殖の可能性が認められる男女のカップルと異なり、同性間の人的結合関係を婚姻として法的に規律し保護する必要性がないとして、本件規定に合理的な理由が認められるとするような見解は、しばしば見られるものである（前記第3の2(1)ウ、エ）。

しかしながら、我が国においては、旧民法以来、生殖能力が婚姻成立の要件とされたり、生殖不能が婚姻の無効・取消原因とされたりしたことがなく、生殖と子の養育を伴わない男女の婚姻も（法律上の要件として生殖を伴わないことが明らかである婚姻も含めて）有効な婚姻であるとされてきたものであり、そのことは、優生思想に基づき婚姻及び生殖に対する国家的及び社会的な関心や介入が最も高まったと考えられる時期においても不変であったことや、生殖と子の養育を伴わず婚姻制度の利用意思を有しない内縁関係の男女にまで婚姻に準ずる関係であるとして婚姻に準ずる効果が認められてきたこと（前記第3の2(1)イ～エ）などに照らすと、婚姻制度の目的が生殖及び子の養育にあるとするような理解の適切性には疑問がある。そのような疑問は、晩婚化、非婚化、少子化が進むなど、婚姻、家族の形態が著しく多様化し、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化も進んだ今日の社会状況（認定事実(9)）の下では、ますます大きなものになっており（前記第3の2(1)ウ）、漫然と婚姻と生殖及び子の養育との結び付きを念頭に置いてきた「伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた婚姻は男女の結合でなければならないという命題」は、既にその大きな根拠を失ったものとみられる。

他方で、我が国において初めて近代的な婚姻法が設けられた時期には、法

律上の婚姻制度を設けて男女間の人的結合関係を規律する趣旨・目的として、①社会生活上の紛争混乱を防止するために、男女間の精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を婚姻の中心に据えた上で、野合や私通と区別して、その当事者間の関係を公的に承認し、確定する必要があること、②子の養育及び母の保護のために親子（父子）関係を確定する必要があることを掲げられていたところ（前記第3の2(1)イ）、近時、同性カップルが社会生活上のパートナーであることを地方公共団体が公的に認定するパートナーシップ認定制度を導入する団体が急速に増加し、日本全体の人口の大部分をカバーするに至っていること（認定事実(8)ア）、同性カップルの関係の認定やその当事者間及び第三者との間の法律関係、各種の法律や条例等の上での取扱いなどに関わる紛争が生じており、裁判例も多数見られるようになっていること¹¹⁸、異性カップルのみならず同性カップルも子の生殖や養育を伴うことがあ

¹¹⁸ 先に見たとおり、①犯罪被害者の同性パートナーが犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律5条1項1号括弧書きにいう「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」に該当するかが争われた最判令和6年3月26日〔令和4年（行ツ）第318号、同年（行ヒ）第360号〕があるほか、②地方自治体の職員の同性パートナーが職員の給与に関する条例及び地方公務員等共済組合法にいう「届出をしないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者」に該当するか否かが争われた札幌地判令和5年9月11日LLI/DB07850816、③アメリカ合衆国において日本人男性と婚姻した外国人男性に対する「定住者」への在留資格変更申請の不許可処分等の違法が争われた東京地判令和4年9月30日判例タイムズ1513号163頁及び同控訴審の東京高判令和5年11月2日LLI/DB07820416、④不貞行為による同性カップルの関係破綻について不貞行為の成否が争われた宇都宮地真岡支判令和元年9月18日判例時報2473号51頁及び同控訴審の東京高判令和2年3月4日判例時報2473号47頁、⑤死亡した同性パートナーの葬儀で喪主を務めたいとする申出を同性パートナーの親族が拒否したことなどが不法行為となるか否かが争われた大阪地判令和2年3月27日LLI/DB07550284及び同控訴審の大阪高判令和3年1月15日LLI/DB07620094、⑥同性カップルの関係継続を動機・目的とする養子縁組の有効性が争われた東京地判平成29年7月11日LEX/DB25555661及び同控訴審の東京高判平成31年4月10日LEX/DB25570294などがある。また、令和6年3月の名古屋家裁の審判では、同性パートナーと共同生活をする男性が婚姻に準じる関係にあるとして同性パートナーの氏と同じ氏に変更することが認められたと報じられている。

るという当然の事態が認識されるとともに¹¹⁹、意識調査においても同性カップルが子ども持つことについて賛成する意見が多数派を占めており¹²⁰、同性カップルの間に出生した子の親子関係の確定が問題となる裁判例も見られるようになってきていること¹²¹などからすると、上記のような趣旨・目的に照らし、同性間の人的結合関係についても婚姻として法的に規律する必要性を基礎付ける立法事実は、既に生じているものと認められる。

以上のような社会状況の変化等を背景にすると、現行の婚姻制度が、専ら生殖及び子の養育を目的とするものであるとするならば、生殖及び子の養育の能力及び意思を有しない男女のカップルにも婚姻を認めている点において過剰包含であり、カップルの共同生活の人格的及び財産的側面の保護を目的とするものであるとするならば、そのような保護の対象を異性カップルに限定し同性カップルに婚姻を認めていない点において過少包含なものであって、合理性を欠いたものであると考えられることについては、多くの学説が一致して指摘するところである¹²²。

¹¹⁹ これまでの下級審裁判例（東京地判、第2次東京地判）の判示中にも子どもと共同生活を営む同性カップルの存在は現れている。また、大阪地判の原告らの中にも子どもを持つ女性カップルがいる（甲A517）。

¹²⁰ 国立社会保障・人口問題研究所が令和元年9月13日に公表した第6回全国家庭動向調査の結果によると、「同性どうしのカップルも、男女のカップルと同じように、子どもを育てる能力がある」への賛成割合は69.4パーセント、「男性どうしや、女性どうしのカップルが養親や里親になってもよい」への賛成割合が66.7パーセントであった（甲A174〔58～59頁〕）。

¹²¹ 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律に基づき男性から女性への性別の取扱い変更の審判を受けた者（精子提供者）と女性パートナー（母）との間に生殖補助医療により出生した子らが、精子提供者に対する認知を求めた事案について、東京家判令和4年2月28日判例時報2560号57頁が請求を棄却したのに対し、控訴審の東京高判令和4年8月19日判例タイムズ1511号144頁は、性別変更審判前に出生していた長女の請求を認めた。同事件については、令和6年5月31日に最高裁で弁論が開かれる予定であり、性別変更審判後に出生した次女の請求を認めなかった原審の判断が見直される可能性があると報じられている。

¹²² 前掲齊藤笑美子「家族と憲法——同性カップルの法的承認の意味」（甲A163）115頁、前掲大野友也「同性婚と平等保護」（甲A297）37頁、同「日本国憲法と同性婚」（甲A298）10頁、前掲松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法』（甲A299）5～

(3) 同性愛を精神疾患であるとする知見

同性愛を精神疾患であるとする知見をみると、かつては同性愛が精神疾患（異常性欲）であり、治療すべきものとする知見が支配的であった（認定事実(2)、(4)）が、我が国でも昭和５６年頃までには同性愛を精神疾患とする知見は払拭され、今日では異性愛と同様の人の性的指向の一つの在り方であるということが認識されるに至っていること（認定事実(1)ア、(6)）は、先に見たとおりである。

(4) 婚姻を異性間のものとする社会通念

婚姻を異性間のものとする社会通念をみると、平成２７年以降、同性カップルが社会生活上のパートナーであることを地方公共団体が公的に認定するパートナーシップ認定制度を導入する団体が急速に増加し、日本全体の人口の大部分をカバーするに至り（認定事実(8)ア）、同性間の婚姻の法制化に賛同を表明する企業や団体も増加し（認定事実(8)ウ）、日本弁護士連合会や各弁護士会連合会、各弁護士会等が同性間の婚姻の法制化を求める意見書等を発表し、学術団体からも同性間の婚姻を認める規定の新設提案や民法改正の提言が発表され（認定事実(8)エ）、国民に対する各種調査においても、同性間の婚姻に賛成の意見が増加し、最近では賛成の意見がほぼ半数を超える状況となっており（認定事実(10)）、国会においても同性間の婚姻につき議論がされるようになってきており（認定事実(8)オ）、更には、「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」及びそれに則った「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

６頁、前掲松井茂記「明文根拠を欠く基本的人権の保障」（甲Ａ３００）１５７頁、前掲福嶋敏明「同性婚と憲法」（甲Ａ３０１）５５～５６頁、前掲榎透「日本国憲法における同性婚の位置」（甲Ａ３０２）３７頁、前掲西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性」（甲Ａ３０３）１９５～１９６頁、木村草太「意見書」（甲Ａ２９６）５頁、二宮周平「意見書」（甲Ａ３０８）３１～３２頁、駒村圭吾「憲法２４条２項についての意見書」（甲Ａ３０９）２３頁等参照。

不当な差別はあってはならないものであるとの認識」が法律上も表明され、最近の先例では、犯罪被害者と同性の者も、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律5条1項1号括弧書きにいう「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」に該当し得るとする判断が示されるに至っていることは、先に見たとおりであり、同性間の人的結合関係を異性間の婚姻と同様のものとするところについての社会的承認は既に形成されているものと認められる（前記第5の3(2)イ）。

(5) 憲法24条の趣旨についての理解

憲法24条の趣旨についての理解をみると、かつては、「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説である」とされていたが、近時は、「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の結婚まではカバーしていないというのが通説であった」と過去形で述べられる状況となっており（前記第4の2）、同性間の婚姻を法律で認めることが憲法24条に違反するというような見解は見られなくなっている。

その上で、今日においては、婚姻の自由の憲法上の保障の趣旨、根拠に照らし、「誰と婚姻をするか」の選択において同性のパートナーを選ぶことも、国民が幸福追求のためする自由な意思決定として尊重されるべきものであり、婚姻の自由の内容として保障されるべきことも明白になったものといえることができ、また、憲法24条にいう「婚姻」に同性間の婚姻も含まれるとし、同条1項により保障される婚姻の自由により婚姻の相手として同性のパートナーを選択する自由が含まれるとする解釈の合理性や正当性を支える事実的基礎も認められる（前記5の3(2)）。

これに対しては、憲法24条は、「婚姻を異性間のものとする社会通念」を前提に異性間の婚姻についてのみ法律による制度化を要請していると解されるから、そのような要請に基づく本件規定には合理的な理由が認められる

とする異論も見られるが（前記第3の2エ（ウ））、このような異論は、本件規定の立法趣旨・立法理由や憲法24条による婚姻の自由の保障とその行使を可能とする法制度の要請との間の関係を正解しないものであるし（第5の2(2)）、「婚姻を異性間のものとする社会通念」も変化し、今日では同性間の人的結合関係を異性間の婚姻と同様のものとする事について社会的承認が既に形成されているものと認められる（前記(4)）。したがって、このような異論は、採用できないものである。

(6) 小括

ア 以上のような本件規定による婚姻の自由の制約の合理性に関わる種々の事柄及びその変遷等を総合的に考察すれば、本件規定による婚姻の自由の制約についての合理的な理由は既に失われていることが明らかである¹²³。

これまでの下級審裁判例が、以上のような種々の事柄及びその変遷等について詳細に認定した上で、違憲（本件第1審、名古屋地判、原審）、違憲状態（東京地判、福岡地判、第2次東京地判）、将来的に違憲になる可能性がある（大阪）との判断を示してきたことも、本件規定による婚姻の自由の制約に合理的な理由が認められないことの証左であるといえる。

イ これに対しては、以上のような種々の事柄及びその変遷等を踏まえたとしてもなお、社会制度及び法制度としての「婚姻」については異性婚であるという歴史的、伝統的な観念があり、それが長年にわたり認知され、定着していると考えられ、同性間の婚姻を認めることについて国民の間に賛否両論があり、そこに価値観の対立の存在が窺われることなどからすると、本件規定に合理的な理由が認められないものと断ずることはできず、対立

¹²³ 本件規定による婚姻の自由の制約については、緩やかな審査を適用したとしても合理性を認め難いことを指摘するものとして、前掲松井茂記「明文根拠を欠く基本的人権の保障」（甲A300）157頁、前掲巻美矢紀「Obergefell 判決と平等な尊厳」（甲A158）113頁参照。

する価値観の一方に司法が軍配を上げることは適当でなく、その解決は民主的な議論に委ねられるべきとする異論があり得るかもしれない¹²⁴。

しかしながら、社会状況の変化に伴い婚姻についての歴史的、伝統的な観念も大きく揺らいでいることは既に見てきたとおりであり、歴史や伝統の名の下にこのような国民の現実の意識の変化を覆い隠し、等閑視することはできない。

また、本件規定の憲法適合性は、婚姻の自由を保障し、個人の尊重と法の下での平等を定める憲法に照らし、本件規定の合理性に関わる種々の事柄及びその変遷等を総合的に考察することにより判断されるべき事柄であるから、国民の意識の中に上記のような歴史的、伝統的な観念がなお存するとしても、そのことのみで本件規定の合理性の十分な基礎付けとなるものではない¹²⁵。

更に、司法の役割は、同性間の婚姻を認めるべきか否かという価値観の対立に決着を付けることではなく、上記のような観点から本件規定の憲法適合性を審査し、そのことを通じて少数者の権利や自由の保障を図ることにあるのであるから、本件規定に合理性が認められないと判断されるのであれば、本件規定についての違憲判断を示すべきであり、国民の間に意見や価値観の対立があることは、それを躊躇すべき理由とはならない。

ウ なお、同性間の婚姻を認めることに対する懸念として、同性間の婚姻を認めるならば複婚（重婚）や近親婚等も際限なく認められることになるの

¹²⁴ 前掲千葉勝美『同性婚と司法』181頁参照。

¹²⁵ 欧州評議会（我が国もオブザーバー国となっている。）の司法機関である欧州人権裁判所の判例（最近のものとして、同性カップルの関係についての法的な承認及び保護を欠くことの条約違反が争われた、*Przybylska and Others v. Poland*, 12 December 2023）は、欧州人権条約14条（差別の禁止）の下では、特定の国における伝統や固定観念、一般的な社会的態度（traditions, stereotypes and prevailing social attitudes）は、それ自体では性的指向に基づく別異取扱いを正当化する十分な理由とはみなされないとしている。

ではないかとする意見もしばしば見られる¹²⁶。

しかしながら、複婚（重婚）や近親婚等を認めない法律の規定の憲法適合性は、同性間の婚姻を認めない本件規定の憲法適合性とは別個の問題として検討されるべき事柄であり、同性間の婚姻を認めることにより複婚（重婚）や近親婚等の様々な人的結合関係が際限なく婚姻と認められることになるという論理的关系は認められないから、上記のような意見も、同性間の婚姻を認めない本件規定の合理性を裏付けるものとはいえない。

6 本件規定の憲法24条及び13条適合性判断の結論

以上に論じたとおり、婚姻の相手として同性のパートナーを選択することも憲法24条及び13条により保障される婚姻の自由に含まれる（相手が異性であるか同性であるかを問わず「誰と婚姻するか」についての婚姻の自由が認められる）ものと解するのが相当であり（前記3）、本件規定が同性間の婚姻を認めていないことは、上記のような婚姻の自由の直接的な制約に当たるところ（前記4）、本件規定による婚姻の自由の制約について合理的な理由が認められないことからすると（前記5）、本件規定は、婚姻の自由を合理的な理由なく制約するものとして、憲法24条及び13条に違反する¹²⁷。

¹²⁶ アメリカ合衆国最高裁判所の Obergefell 判決の反対意見中にも、そのような意見が見られる。尾島明「同性婚を認めない州法の規定と合衆国憲法」法律のひろば69巻3号（2016年）（甲A155）58頁参照。

¹²⁷ 以上に対しては、婚姻の自由は制度を前提とする自由であるところ、憲法24条から制度化要請が導かれるとしても、婚姻制度の存在を前提として婚姻についての意思決定の自由（「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」の意思決定の自由）を保障するに過ぎない憲法13条が制度化要請を含むものと解するのは困難であることから、本件規定が、婚姻の自由を制約するものとして憲法24条に違反するとしても、憲法13条に違反するとはいえないとの異論が考え得る。しかしながら、後記第7のとおり、本件規定の憲法違反を解消する立法措置として、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが憲法により要請されると解すべきことからすると、そのようなあるべき婚姻制度を前提とする婚姻についての意思決定の自由が憲法13条により保障されると解すべきであり、本件規定は、そのようなあるべき婚姻制度の下で同性の相手と婚姻するという意思決定の自由を合理的な理由なく制約するものとして、憲法13条にも違反すると解すべきである。

第6 本件規定によって生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反すること及び本件規定が憲法24条2項に違反すること

1 本件規定によって生じている区別取扱いの内容及びその区別の事由

本件規定は、同性間の婚姻は不成立（当然無効）であると定めており、同性間の婚姻の成立を認めていない。

憲法24条1項及び13条が婚姻の自由を保障した趣旨に照らしても、婚姻は当事者が自由な意思決定により選択した望む相手との間でなし得るのでなければ意味がなく、望まない相手との間で精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を営むということはおおよそ想定し難いものと考えられるところ、人の性的指向が、人生の初期か出生前に決定されるものであり、自らの意思により選択したり、変更したりすることのできない事柄であること（認定事実(1)ア）からすると、自己の性的指向を基礎とする意思決定により同性の相手との婚姻を望む国民は、同性間の婚姻の成立を認めていない本件規定のために、実質的には婚姻をすることを断念せざるを得ない状況に置かれているものといえる。

そうすると、本件規定は、直接的には国民の性的指向に着目した区別を設けるものではないものの、同性間の婚姻の成立を認めていないことにより、自己の性的指向を基礎とする意思決定に基づき異性の相手との婚姻を望む国民は、望む相手と婚姻をすることができるのに対し、自己の性的指向を基礎とする意思決定に基づき同性の相手との婚姻を望む国民は、婚姻をすることができないという、婚姻の可否に関する区別取扱い（以下「本件区別取扱い」という。）を生じさせているものであり、本件区別取扱いは、性的指向という事由に基づくものであるとみることができる。

以上に対しては、本件規定は、婚姻制度を利用することができるか否かの基準を当事者の性的指向に置くものではなく、性的指向の如何を問わず、国民は婚姻制度を利用することができるのであり、同性愛者も異性の相手との間で婚

姻することができるのであるから、同性愛者を殊更に差別するものであるとはいえないとする異論も見られるが、そのような形式論が採用し難いものであることは、上述したところからも明らかであり、これまでの下級審裁判例でも採用されていない¹²⁸。

2 本件区別取扱いについて憲法24条を理由に憲法14条1項適合性審査が排除されるものとは解されないこと

これまでの下級審裁判例には、憲法24条が異性間の婚姻の自由のみを保障し、異性間の婚姻のみの制度化を要請しているものと解される以上、その要請に従って法律によって設けられた婚姻制度の利用の可否について異性カップルと同性カップルとの間に区別取扱いが生ずることは、憲法が当然に想定したものであるといえるから、本件区別取扱いが憲法14条1項に違反すると解することは困難であるとするかのような見解も見られる（大阪地判、東京地判、福岡地判、第2次東京地判）。

しかしながら、上記のような見解が、憲法24条が異性間の婚姻の自由のみを保障し、異性間の婚姻のみの制度化を要請していると解する点において誤ったものであることは、既に論じたとおりである。

上記の点を措くとしても、これらの裁判例も述べるとおり、憲法24条が同性間の婚姻を法律で認めることを禁止する趣旨まで含むものであるとは解されないから、本件区別取扱いについては、憲法24条の要請から必然的に生ずる結果であるとみることはできず、同性間の婚姻を認めないものとする立法的判断の結果として生じたものとみざるを得ないから、憲法24条の要請を理由として憲法14条1項の観点からする合理性の検討を免れるべきことにはならない。憲法が立法府の裁量判断に委ねたものと解される事項に関しても、立法府

¹²⁸ 同性間の婚姻を認めていない法令を違憲とした諸外国の裁判所の判決（アメリカ合衆国連邦最高裁判所のオーバーゲフェル判決〔甲A99、100〕、台湾司法院大法官の判断〔甲A101〕及びオーストリア憲法裁判所の判決〔甲A554〕）においても、性的指向に基づく不平等が問題とされている。

による裁量権行使の結果として定められた法律の規定によって生じた区別が合理的な理由のない差別的扱いとなるときは、憲法 14 条 1 項違反の問題を生ずることはいうまでもないとされていること（最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁参照）からも、上記のような立法的判断の結果として生じたものとみられる本件区別取扱いについて、同項違反の問題を生じないものということとはできない。

この点、学説においても、「国会は〔憲法 24 条 1 項を根拠として——引用者注〕『婚姻』を他の結合よりも優遇しうるにとどまり、しかもそのことから生じる不利益取扱いは、同条 2 項ないし憲法 14 条 1 項の観点から合理的な根拠に基づくものでなければならない」¹²⁹とされているから、憲法 24 条の要請に従って法律によって設けられた婚姻制度の利用の可否についての区別についても、憲法 14 条 1 項（及び憲法 24 条 2 項）の観点からする合理性の検討を免れないとする見解が示されているところである。なお、ドイツの連邦憲法裁判所の判例（BVerfGE 124, 19）においても、「基本法 6 条 1 項〔「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と規定する——引用者注〕の婚姻の保護に基づき、婚姻を他の生活形式に対して優遇することは立法者に禁止されていない。ただ、他の生活形式が規律された生活実態や規範化によって追求される目標から婚姻と比較可能（vergleichbar）であるにもかかわらず、婚姻の特権化がそのような他の生活形式の不利益と同時に現れるならば、婚姻の保護を単に指摘するだけでそのような区別を正当化することはできない」、「他の生活形式が婚姻との距離を置いて内容形成され、少ない権利しか与えられないということを婚姻の保護から導き出すということは、憲法上根拠づけられない」として、憲法が婚姻と同性カップルの（2001 年に施行された登録生活パートナーシップ法に基づく）生活パートナーシップとの間に差異（距離）を設け

¹²⁹ 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権〔第 2 版〕』（日本評論社、2023 年）485 頁（穴戸常寿執筆部分）。

ることを要請しているものとする理解（距離要請）が否定され¹³⁰、平等原則の適用により婚姻と同性カップルの生活パートナーシップとの間の取扱いの相違が次々と違憲とされているところである¹³¹。

3 本件区別取扱いの憲法14条1項適合性の審査方法

(1) 違憲審査の基準

憲法14条1項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解される（最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁、最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁等）。したがって、本件区別取扱いについても、その区別が事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には、憲法14条1項に違反することになる。

前記1のとおり、本件区別取扱いは、性的指向という事由をもって婚姻の可否に関して区別を生じさせるものであるところ、婚姻は、これにより婚姻当事者及びその家族間の身分関係が形成され、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分関係に応じた種々の権利義務を生ずるなどの法的効果を伴うものであり、国民の意識においてもなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているとみられることからすると、婚姻をなし得ることは、国民が幸福追求のために望む相手との間で精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を営もうとする上で重要な権能であるといえる。一方、人の性的指向は、人生の初期か出生前に決定されるものであり、自らの意思により選択したり、

¹³⁰ 井上典之「遺族扶助における生活パートナーの排除と一般的平等原則」ドイツ憲法判例研究会『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2018年）（甲A257）111～114頁参照。鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブックドイツの憲法判例』（信山社、2021年）164頁は、ドイツの基本法と異なり、憲法24条の解釈については、個人を抑圧した戦前の家制度への反省が強く、婚姻と家族の特別の保護という発想は弱いことから、距離要請が引き出される可能性は低いとしている。

¹³¹ 前掲西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性」（甲A303）203～204頁（本文及び注98）参照。

変更したりすることのできない事柄であり（認定事実(1)ア）、今日、そのような事柄を理由として不利益を及ぼしたり、差別をしたりすることは、原則として許されないものと考えられている（前記第5の3(2)イ）。

そうすると、婚姻制度に関わる立法として、本件規定が性的指向という事柄に基づいて婚姻の可否に関する区別を生じさせていることについては、その合理的な根拠の有無について以上な事柄の性質を十分に考慮に入れた上で慎重な検討をすることが必要であると解される。

(2) 本件区別取扱いについての合理的な根拠の有無の審査方法

既に確認したとおり、本件規定の立法趣旨・立法理由が、公益的要請（反倫理性、反公益性や弊害防止）から同性間の人的結合関係を禁止することにあるとするような見方は、事柄の実態に即さないものであり、本件規定が同性間の婚姻が認めないこととしてきたことについては、単一の立法趣旨ないし立法目的に基づくものではなく、諸外国の立法の状況、婚姻制度の趣旨・目的についての理解、同性愛を精神疾患であるとする知見、婚姻を異性間のものとする社会通念、憲法24条の趣旨についての理解という種々の事柄が婚姻制度を設ける立法に際して複合的に作用した結果であるとみるのが、実態に即したものであると考えられること（前記第3の2(2)）からすると、そのような立法的判断の結果である本件規定によって生じている本件区別取扱いについての合理的な根拠の有無について、その立法目的を厳密に認定した上で、①立法目的に合理的な根拠が認められるか否か、②具体的な区別と上記立法目的との間に合理的関連性があるか否かという2点から判断するには適さないことから、端的に合理的な根拠が認められるか否かを検討することが相当であると解される¹³²。

¹³² 伊藤正晴『最高裁判所判例解説民事篇平成25年度』370頁は、憲法14条1項違反が問題とされた区別が事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものであるといえるか否かについて、最高裁は事案に応じた枠組みで判断しており、事案によっては、立法目的

4 本件区別取扱いに合理的な根拠が認められないこと

本件区別取扱いの合理性に関わる種々の事柄及びその変遷等の概要については、前記第5の5で論じたところと同様であり、これらの種々の事柄及びその変遷等を総合的に考察すれば、本件区別取扱いについての合理的な根拠が既に失われているものというべきことは明らかである。

5 本件区別取扱いの憲法14条1項及び本件規定の憲法24条2項適合性判断の結論

以上に論じたとおり、本件区別取扱いは、性的指向という事由をもって婚姻の可否に関して区別を生じさせるものであるところ、その区別が事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものとは認められないことから、憲法14条1項に違反する。

なお、以上に論じたところからすると、婚姻制度に関わる立法として、同性間の婚姻の成立を認めていない本件規定は、自己の性的指向を基礎とする意思決定により同性の相手との婚姻を望む国民を実質的には婚姻をすることができない状況に置くものとして、国民が婚姻することを不当に制約するものとみられるから、憲法24条の要請、指針¹³³に照らして合理性を欠くものとして、同条2項にも違反することも明らかである¹³⁴。

第7 本件規定の憲法違反を解消する立法措置として現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが要請されること

1 本件規定の憲法違反を解消する立法措置に関する憲法の要請

を厳格に認定した上で区別の合理性を検討したりするよりは、端的に区別の合理性の有無を検討することが相当である場合もあることを指摘する。

¹³³ 国民に婚姻の自由を保障する憲法24条は、「婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること」についても十分に配慮した法律の制定を求めるものである。最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁参照。

¹³⁴ 畑佳秀『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A246）754頁は、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が憲法13条や14条1項に違反する場合には、同時に憲法24条にも違反することになる」とする。

(1) 以上に論じたとおり、同性間の婚姻を認めていない本件規定は憲法に違反するものと解されるが、本件規定の立法経緯（法律上の婚姻とは男女間の人的結合関係を規律するものであるとの前提で婚姻制度が設けられたこと）や、現行の法律婚制度において同性間の婚姻を認める場合には、少なくとも婚姻に関する民法等の規定についての所要の整備（例えば、夫婦、妻、夫、父、母等、婚姻の当事者が男女であることを前提とした用語の変更等）が必要になるものと考えられることなどに照らすと、本件規定のうち憲法に違反する部分（配偶者が異性であることが明文のない婚姻の要件とする部分）を違憲無効とし、残部の民法及び戸籍法の規定の適用により直ちに同性間の婚姻を認めることは困難であると解されることから、本件規定の憲法違反を解消するためには、本件規定の改正等の立法措置が必要不可欠であると考えられる。

その上で、本件規定の憲法違反を解消する立法措置については、本件規定の憲法適合性判断の内容を踏まえたものである必要があるところ、前記第5の3で論じたとおり、相手が異性であるか同性であるかを問わず「誰と婚姻するか」についての婚姻の自由が憲法24条及び13条により保障されると解されることからすると、国民が婚姻の相手として選択するのが異性であるか同性であるかによって、婚姻の自由の行使を可能とするために要請される婚姻制度が異なるものと解すべき憲法上の理由はないことになる。

また、前記第6で論じたとおり、人の性的指向が、人生の初期か出生前に決定されるものであり、自らの意思により選択したり、変更したりすることのできない事柄であることが認識され、そのような事柄を理由として不利益を及ぼしたり、差別をしたりすることは、原則として許されないものと考えられていることからすると、性的指向という事柄に基づいて国民が利用し得る婚姻制度に区別を設けることについては、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には、憲法14条1項に違反するものと解されることになる。

以上のことに加えて、憲法が要請する婚姻の自由の行使を可能とする制度として、現行民法によって構築された単一の法律婚制度が既に存在しており、その基本的な内容は、異性間の婚姻の自由を可能とする法制度として見た場合には憲法の趣旨を踏まえたものであると評価することができること（前記第5の2(3)）も踏まえると、本件規定の憲法違反を解消する立法措置としては、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが原則として憲法の要請するところであり、国民の婚姻の自由の行使を可能とする制度として、異性間の婚姻と同性間の婚姻とで異なる制度を設けて、性的指向という事柄に基づいて国民が利用し得る制度自体を区別することは、それが上記のような憲法の要請に照らし、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない限り許されないものと解すべきである。

- (2) これに対し、これまでの下級審裁判例には、現行の法律婚制度には、嫡出推定の規定等その重要部分において、夫婦が自然生殖可能であることを前提に設けられた規定もあり、これらの規定の存在が法律婚制度全体と密接不可分に結び付いていると考えられることや、諸外国においても、同性間の婚姻を婚姻制度に包摂するほか、同性カップルのための登録パートナーシップ制度を設ける例も見られることなどからすると、同性間の婚姻についての立法措置としては、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂する以外にも、パートナーシップ認定制度等のこれに代替する類似制度（以下「婚姻代替制度」という。）を設けることも選択肢として考えられるものであり、そのような制度選択については立法府の裁量判断に委ねられるべき事項であるとするような見解が見られる。

しかしながら、前記(1)で述べたとおり、本件規定の憲法違反を解消する立法措置としては、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが原則として憲法の要請するところであると解されるから、同性カップルのために婚姻代替制度を設けて、性的指向という事柄に基づいて国民が利用し得る制度

自体を区別することは、それが上記のような憲法の要請に照らし、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない限り許されないものであって、立法府の裁量判断に委ねられる事項であるとして、その憲法適合性が問題にならないものであるということとはできない。

2 婚姻代替制度を設けることに合理的な根拠が認められないこと

(1) 現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することに支障はないこと

これまでの下級審裁判例には、現行の法律婚制度には、嫡出推定の規定等その重要部分において、夫婦が自然生殖可能であることを前提に設けられた規定もあり、これらの規定の存在が法律婚制度全体と密接不可分に結び付いていると考えられることから、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが相当であるとは直ちにいい難いとするような見解も見られる。

しかしながら、現行の法律婚制度が婚姻と生殖及び子の養育の結び付きを必要不可欠のものとはしておらず、生殖及び子の養育を伴わない男女も利用し得ることであることからしても、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂し、婚姻に関する民法の諸規定を同性間の婚姻に適用することによって、特段の支障が生ずるものとは考えられない（生殖及び子の養育を伴わない婚姻の場合は、それが異性間の婚姻であれ同性間の婚姻であれ、生殖及び子の養育を前提とする規定が適用されることはないというだけのことであり、それによって何らかの支障が生ずるということは想定し難い。）。

現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することの支障となるものとされる規定として、具体的には、「妻が婚姻中に懐胎した子は、当該婚姻における夫の子と推定する」ものと定める嫡出推定の規定（民法772条1項）が挙げられるところ、男性同士の婚姻の場合には、婚姻の当事者が妊娠、出産することは想定されないから、そもそも同規定が適用される余地はない。他方、女性同士の婚姻の場合には、出産していない婚姻の当事者と子との間には血縁関係が存しないことから、嫡出推定の規定の適用を認めるべきかが問

題となり得るが、最大決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁は、嫡出推定の規定が婚姻の主要な効果であるとし、婚姻をすることを認めながら、他方で、血縁関係が存在しないことが明らかであることを理由に嫡出推定の規定を認めないことは相当でないとしているのであるから、そのような現行の法律婚制度の解釈に沿って嫡出推定の規定の適用を認めることに特段の支障はないものと考えられる¹³⁵。

また、近親者間の婚姻の禁止（民法734条から736条まで）については、これを専ら優生学的配慮に基づくものとみれば、自然生殖の可能性のない同性間の婚姻には適用されないとすることも考えられるが、最判平成19年3月8日民集61巻2号518頁は、これが社会倫理的配慮にも基づくものとしているから、そのような現行の法律婚制度の解釈によると、同性間の婚姻にも適用されることになろう。

なお、仮に、以上のような規定の適用に関して何らかの支障が生ずるものとした場合も、それを解消する手段としては、当該規定について必要な改正等を行うことで足りるから、婚姻代替制度を設ける必要性があるものとは認められない。このことは、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律の適用を受けたことにより法律上の要件として生殖能力を有しないことが明らかな男女の婚姻も現行の法律婚制度に包摂されていることから明らかである。

(2) 過渡的制度として婚姻代替制度を設ける必要性及び合理性がないこと

婚姻代替制度を設ける理由として、同性間の婚姻についての制度の設計に

¹³⁵ なお、女性同士の婚姻において一方の婚姻の当事者が懐胎した子について他方の婚姻の当事者の嫡出であることを否認され得る（民法774条1項及び3項）ものとする、子の利益が害されることになるが、同様の事態は、男女の婚姻において妻が夫以外の男性の精子を用いた生殖補助医療により子を懐胎した場合にも生ずるものであり、後者の場合については、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10条が、民法774条1項及び3項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て、子の地位の安定を図る立法的解決を既に行っていることから、前者についても同法の規定を適用することとすれば足りる。

はいくつかの考え方があり、検討の過程が必要であることからすると、まず、過渡的的制度として婚姻代替制度を設けた上で、その状況を確認し、婚姻制度を設けるべきとするような見解も見られる。

しかしながら、国民の多数が同性間の婚姻に対して賛成の意見を持つに至っており、諸外国においても登録パートナーシップ制度ではなく同性間の婚姻を認める国が増加している現状に鑑みれば、そのような段階を踏むべき必要があるものとは認められない¹³⁶。

また、仮に、婚姻代替制度を設けるものとした場合には、その内容をどのようなものにするかを検討するほか、現行の法律婚制度や戸籍との関係についても整理することが必要となるなど、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することとした場合よりも、その検討に多大な労力と時間を要することになると考えられる上、婚姻代替制度の内容が法律婚制度と異なるものとされ、異性カップルと同性カップルとで享受し得る法的効果に相違が生ずる場合には、そのような区別取扱いの合理性について異性カップルと同性カップルの双方から問題が提起され得ることになる（同性カップルが法律婚制度を利用できないことに加えて、異性カップルが婚姻代替制度を利用できないことも新たな問題として生ずることになる。）。更には、将来的に法律婚制度に同性間の婚姻を包摂する場合には、婚姻代替制度の存廃や婚姻代替制度の下で認定を受けた同性カップルの処遇等も問題となることになる。

以上のことからすると、婚姻代替制度を設けることについては、過渡的なものであるとしても、その必要性及び合理性を認めることが困難である。

(3) 婚姻代替制度を設けることで差別意識を生じさせかねないこと

¹³⁶ 渡邊泰彦「結婚から生じる法的効果の享受＝同性婚？（結婚の自由をすべての人に北海道訴訟事件第一審判決）」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.118（2021年）（甲A405）3頁も「世界的に同性婚が広がる現在において、同性婚を認めないというメッセージを有し、過渡的な制度である同性登録パートナーシップをあえて導入する理由は乏しい」と指摘する。

同性愛者は、歴史的に差別的な偏見に晒され、不利益を受けてきた少数者である¹³⁷ところ、同性間の婚姻について婚姻代替制度が設けられ、異性間の法律婚制度と区別されることとなった場合、その内容が法律婚制度と同等のものであるとしても、そのような法律上の区別自体から、異性間の婚姻と比べて同性間の婚姻を劣位に置くような差別意識を生ずることになりかねない。

この点は、これまでの下級審裁判例の判示に関し、「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」¹³⁸、「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」¹³⁹などと指摘されているところである。

諸外国の例を見ても、オーストリアの憲法裁判所は、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とを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

¹³⁷ 前掲芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』（甲A145）119頁（武田万里子執筆部分）参照。

¹³⁸ 木村草太「差別のしくみ」朝日新聞出版『一冊の本』（2023年）（甲A555）90頁。

¹³⁹ 松原俊介「同性婚問題からみる平等の救済方法」法学セミナー818号（甲A556）22頁。

する平等原則に違反すると判断している¹⁴⁰。

また、以上のような差別意識は、同性カップルだけでなく、同性カップルに養育されている子にも及び得るものであり、アメリカ合衆国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、実際にこのような葛藤にさいなまれた子どもたちの声が紹介されている¹⁴¹。

このような差別意識を生じさせかねない婚姻代替制度を敢えて設けることについて、合理性を認めることは困難である。

(4) 婚姻代替制度を設けることは性的指向の暴露につながる

同性間の婚姻について婚姻代替制度が設けられた場合、婚姻代替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（自らの性的指向又は性自認を公表すること）につながってしまうという問題もある。

諸外国の例を見ると、スコットランドで行われた調査では、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

¹⁴⁰ 藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向」レファレンス805号（2018年）（甲A98）77頁、オーストラリア憲法裁判所2017年12月4日判決（甲A554）参照。

¹⁴¹ ニュージャージー州シビルユニオン検討委員会最終報告書（甲A552の2）17～21頁参照。

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¹⁴²。

また、先述のオーストリア憲法裁判所の判決も、「この区別〔結婚と登録パートナーシップとに分離すること——引用者注〕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¹⁴³。

カミングアウトの強制が許されるべきものでないことは、カミングアウトの強制を禁止する条例を設ける地方自治体が多数あること¹⁴⁴からも明らかであり、意に反したカミングアウトにつながるような婚姻代替制度を設けることには、合理性を認めることができない。

(5) 小括

以上に論じたところからすると、同性カップルのために婚姻代替制度を設けて、性的指向という事柄に基づいて国民が利用し得る制度自体を区別することについて、合理的な根拠があるものとは認められない。

3 本件規定の憲法違反を解消するために憲法から要請される立法措置についての結論

以上に論じたとおり、本件規定の憲法違反を解消する立法措置としては、現

¹⁴² スコットランド平等ネットワーク結婚の平等についてのLGBTの人々の意識調査報告書（甲A551の2）36～37頁参照。

¹⁴³ 前掲藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向」（甲A98）77頁、オーストラリア憲法裁判所2017年12月4日判決（甲A554）参照。

¹⁴⁴ 例えば、国立市女性と男性及び多様な性の平等参画を推進する条例（甲73）は、基本理念として「性的指向、性自認等に関する公表の自由が個人の権利として保障されること」（3条2号）を掲げ、「何人も、性的指向、性自認等の公表に関して、いかなる場合も、強制し、若しくは禁止し、又は本人の意に反して公にしてはならない」（8条2項）と規定している。

行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが原則として憲法の要請するところであり、国民の婚姻の自由の行使を可能とする制度として、異性間の婚姻と同性間の婚姻とで異なる制度を設けて、性的指向という事柄に基づいて国民が利用し得る制度自体を区別することは、それが上記のような憲法の要請に照らし、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない限り許されないものと解されるところ、同性カップルのために婚姻代替制度を設けて、性的指向という事柄に基づいて国民が利用し得る制度自体を区別することについて、合理的な根拠があるものとは認められないことからすると、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが憲法の要請するところであるということになる。

以上のような検討を経てみると、本件規定は、同性間の婚姻を現行の法律婚制度から排除し、異性間の婚姻と同じ法律婚制度の適用を認めていない点において憲法13条、14条1項、24条1項及び2項に違反するものであるというべきことになる。

第8 本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法と評価されること

1 立法不作為の国家賠償法上の違法性の判断基準

国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであるところ、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法

不作為が直ちに同項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、同項の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。そして、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠るときは、上記の例外的な場合に当たるものと解するのが相当である（最判60年11月21日民集39巻7号1512頁、最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁、最大判27年12月16日民集69巻8号2427頁、最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁参照）。

上記のうち、「憲法上保障され又は保護されている権利利益」という点は、既にある法律の規定が違憲とされた後、国家賠償法上違法となり得るのは、選挙権のような明確に人権とされる権利の侵害のみならず、憲法上保護される利益が合理的な理由なく制約された場合も含まれるはずであるという理解に基づくものである¹⁴⁵。

また、「明白」性は、立法行為を行う国会にとって明白か否かが問題とされるものであり、違憲とされる憲法上の権利の性質や当該法律の規定によるその侵害の内容・程度に加え、立法事実の変化等を判断要素として、立法状態の違憲性が明白であるといえるかが判断されることになる¹⁴⁶。なお、「明白である」というのは、通常は異論を生じない場合を意味するものであるが、この場合に

¹⁴⁵ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）694～695頁。

¹⁴⁶ 加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A156）696頁。

問題になる「明白」性は、一般的な用法とは異なり、もっと緩い程度を指すものである（最大判27年12月16日民集69巻8号2427頁に付された千葉勝美補足意見参照）。

2 本件立法不作為の違法性

(1) 原審の判断

原審は、本件規定は憲法24条及び14条1項違反するものとなっていたといえるものの、以下のような諸事情に照らせば、そのことを国会において直ちに認識することは容易でなかったといわざるを得ないから、そのことが明白であったものとはいえず、我が国の同性愛者は最も少ない統計で見積もっても数百万人は存在することが窺われ（認定事実(1)イ）、本件規定が同性間の婚姻を許さずに憲法に違反していることにより、国民の重要な利益に対する侵害が生じているものと認められることや、諸外国の動向のみならず（認定事実(7)ア、イ）、我が国の動向（認定事実(8)ア～オ）、とりわけ国会においても平成12年5月以降折に触れて同性間の婚姻の法制化に関する発言等がなされてきたこと（認定事実(8)オ）を前提としてもなお、同性間の婚姻の立法の在り方には多種多様な方法が考えられ、設けるべき制度が一義的に明確であるとはいえないこと、同性間の婚姻に対する法的保護に否定的な意見や価値観を有する国民も存在し、議論の過程を経る必要があること等からすると、国会が正当な理由なく長期にわたって本件規定の改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできないとして、本件立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないと判断した（原判決27～28頁）。

- ① 昭和22年民法改正当時における同性愛を精神疾患とする知見は、昭和55年頃には米国で、平成4年頃には世界保健機関によって否定され、その頃には我が国においても同性愛を精神疾患とする知見は否定されたこと
- ② 諸外国における登録パートナーシップ制度又は同性婚制度の導入は20

00年（平成12年）以降であり、我が国における地方公共団体による登録パートナーシップ制度の広がりも平成27年10月以降のことであること

- ③ 国民の多数が同性婚又は同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的になったのは比較的近時のことと推認されること
- ④ 国会において初めて同性婚に言及された機会は平成16年11月のことであり、国会において同性婚について議論されるようになったのは平成27年に至ってからであること
- ⑤ 同性婚や同性愛者のカップルに対する法的保護に否定的な意見や価値観を有する国民が少なからず存在すること
- ⑥ 昭和22年民法改正以後、本件第1審判決に至るまで本件規定の合憲性についての司法判断が示されたことがなかったこと

(2) 本件規定の憲法違反は明白であったと認められること

しかしながら、前記1のとおり、「明白」性の判断に当たっては、違憲とされる憲法上の権利の性質や当該法律の規定によるその侵害の内容・程度が、まずもって考慮されるべきところ、本件規定が同性間の婚姻を許さずに憲法に違反していることにより、国民の婚姻の自由及びこれに係る重要な利益に対する侵害が生じていることは、「明白」性を肯定する方向に働く積極的要素であるといえる。

また、「明白」性は、立法行為を行う国会にとって明白か否かが問題とされるものであるところ、婚姻及び家族に関する事項については、その具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられる事柄であること（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁参照）、婚姻制度に関わる立法に際して考慮されるべき種々の事柄や要因が時代とともに変遷するものであり、その定め合理性については個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味される必要があること

（最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁参照）、本件規定が同性愛等の性的指向に基づく別異取扱いをもたらすものであり、国会議員には、「その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請され〔る〕」（東京高裁平成9年9月16日判例タイムズ986号206頁）と解すべきことに照らせば、国会議員は、その職務上の法的義務として、本件規定が合理的なものとして憲法に適合するものと認められるか否かについて不断に検討し、吟味すべき能動的な義務を負っていたものと解されるのであり、そのような検討、吟味を行うために、議員の活動を補佐するために設置されている衆参両議院の事務局及び議院法制局の助力を得たり、外部の有識者を招いて意見を聴取したりするなどの手段を講ずることも可能であったと考えられる。

その上で、原判決が指摘するような事情に加えて、①平成12年12月に人権教育及び人権啓発の推進に関する法律が制定され、平成14年には、同法に基づき閣議決定された「人権教育・啓発に関する基本計画」において、「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」について「その解決に資する施策の検討を行う」ことが明記されたこと（甲A57）、②平成20年10月に国連自由権規約委員会の日本に対する総括所見において、「レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル及び性同一性障がいの人々に対して、雇用、住居、社会保障、健康保険、教育及び法によって規制されたその他の領域における差別があること」への懸念が表明され、「差別禁止の事由に性的指向を含めるよう法律を改正することを検討すべきであり、また委員会の規約第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」との勧告がなされ（甲A95）、その後も、平成25年5月に社会権規約委員会から（甲A97）、

平成26年8月に自由権規約委員会から（甲A96）、同様の懸念と勧告が示されていること、③2000年（平成12年）以降の諸外国における登録パートナーシップ制度又は同性婚制度の導入の動向については、両議院、委員会および議員に対し国政審議に役立つ資料・情報を提供することその職務とする国立国会図書館調査及び立法考査局が刊行する「各分野の国政課題の分析、内外の制度の紹介、国政課題の歴史的考察等、国政の中長期的課題に関する本格的な論説を掲載した月刊の調査論文集」（甲A427）である「レファレンス」誌の平成22年（2010年）4月号に掲載された調査論文である鳥澤孝之「諸外国の同性パートナーシップ制度」（甲A355）により包括的な紹介がなされており¹⁴⁷、そこでは、我が国では「民法上の婚姻が成立しない同性カップルは、就労、住宅、医療、相続、税金、在留資格などの面で、法律婚の夫婦と同等の法的保護が受けられていない」が、「諸外国の一部には同性間の婚姻や、婚姻に準じた法的地位を認めるパートナーシップ制度を制定するところがあり、関心が寄せられている」として、国会（平成21年4月3日開催の第171回国会衆議院法務委員会）における議論にも言及されていること、④本訴提起後の事情であるが、令和元年には、司法判断を待つことなく本件規定を改正する具体的な法律案（民法の一部を改正する法律案）が国会に提出されていること（甲A115、116）などの事情に照らせば、本件規定の憲法適合性について不断に検討し、吟味すべき能動的な義務を負い、かつ、その能力も有する国会において、本件訴訟が提起されて本件第1審判決において本件規定についての違憲判断がなされる

¹⁴⁷ なお、これ以前にも、国立国会図書館調査及び立法考査局が「法案の立案や審議に際し、主要国の立法例を参照したいとの要望に応じて」、「外国の法令の翻訳紹介、制定経緯の解説、外国の立法情報を収録し」ている「外国の立法」誌（甲A428）に、「【アメリカ】カリフォルニア州最高裁同性婚容認」（平成20年7月）（甲A429）、「【スウェーデン】同性婚及び挙式に関する改正法」（平成21年5月）（甲A430）、「【アメリカ】カリフォルニア州最高裁の同性婚非合法化判決」（平成21年7月）（甲A431）と題する記事が掲載されている。

までの間、本件規定が憲法に違反するものであるとの認識を形成することが困難であったとは認め難く、本件訴訟提起の相当以前（遅くとも平成２２年頃まで）には、本件規定が憲法に違反するものであることは、立法行為を行う国会にとって明白であったと認められるものというべきである。

(3) 国会が正当な理由なく長期にわたって本件規定の改廃等の立法措置を怠るものと認められること

前記(2)のとおり、本件訴訟提起の相当以前には、本件規定が憲法に違反するものであることは、立法行為を行う国会にとって明白であったと認められるものというべきところ、更に、原審口頭弁論終結までには、本件規定に関し、令和３年３月１７日の本件第１審判決が憲法違反との判断を示した後、令和４年６月２０日の大阪地判が将来的に違憲になる可能性を指摘し、同年１１月３０日の東京地判が違憲状態、令和５年５月３０日の名古屋地判が憲法違反、同年６月８日福岡地判が違憲状態とする司法判断が積み重ねられてきたなどの事情が存するにもかかわらず、国会においては、本件規定の憲法違反を解消するための立法措置をとる動きは見られず、そのための準備作業としての調査や検討も開始されていないという不作為が継続している。

そうすると、遅くとも原審口頭弁論終結時点では、本件規定について改廃等の立法措置をとることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠ったものといえる。

これに対し、原審は、同性間の婚姻の立法の在り方には多種多様な方法が考えられ、設けるべき制度が一義的に明確であるとはいえないことや、同性間の婚姻に対する法的保護に否定的な意見や価値観を有する国民も存在し、議論の過程を経る必要があること等から、国会が正当な理由なく長期にわたって本件規定の改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできないとするが、前記第７で論じたとおり、本件規定の憲法違反を解消する立法措置としては、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが憲法の要請す

るところであると解されるから、同性間の婚姻の立法の在り方には多種多様な方法が考えられ、設けるべき制度が一義的に明確であるとはいえないし、同性間の婚姻に対する法的保護に否定的な意見や価値観¹⁴⁸を有する国民が存在することは、憲法に違反する本件規定の改廃等の立法措置をとらないことを正当なものとする事情であるとみることはできない。

3 本件立法不作為の違法性判断についての結論

以上に論じたところによると、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものというべきである。

第9 結語

- 1 我が国においては、立法府において、同性間の婚姻をめぐる問題についての解決を避けようとする姿勢が窺われ、動き出さない、あるいは動き出せない政治的・社会的閉塞状況があると指摘される¹⁴⁹。これまでの下級審裁判例の中には、立法府における議論による問題解決に期待し、本件規定の憲法違反を解消するための立法措置についても広く立法府の裁量に委ねるような考え方が見られるが、上記のような状況からすると、現行の法律婚制度に同性間の婚姻を包摂することが要請されるところとする明確な司法判断が示されるのであれば、本件規定が違憲とされたとしても、本件規定の憲法違反を解消する立法措置が速やかになされることは到底期待し難いというのが現実的な認識であると考えられる。

その間、同性の相手との婚姻を望む国民は、その望みを叶えることのできないまま年齢を重ねることになり、健康を害したり、望みを叶えることのできな

¹⁴⁸ 穴戸常寿・曾我部真裕編『判例プラクティス憲法〔第3版〕』（甲A515）88頁（浅野博宣執筆部分）は、「同性婚に対する否定的意見や価値観は克服すべき同性愛嫌悪^{ホモフォビア}なのではないのだろうか。わたしたちの中にそれがあるのが現実だとしても、立法府が限定的であれ斟酌することが正当かは別の問題である」と指摘している。

¹⁴⁹ 前掲千葉勝美『同性婚と司法』165頁参照。

いまま最期を迎えたりすることにもなる。実際に、東京地判の原告らの一人は提訴後の令和3年1月に無念のうちに亡くなっている。

東京地判の控訴審の結審に際しての意見陳述において、同事件の原告（控訴人）の一人は、東京地判の判示には、同性間の婚姻について社会的承認を得るには、外国の例に倣い、まずは婚姻類似制度を設け、その後に婚姻制度に移行するという段階を踏むのが妥当であるとする「知識人としての認識が垣間見えるが、その認識には「時間というのは個人にとっては命であるという視点」が欠落しているという痛烈な指摘をしている。

- 2 上告人らも、また、それぞれパートナーとの婚姻を切望し、その実現を心待ちにしながら日々生活している。

[Redacted text block containing multiple lines of obscured content]

3 Justice delayed is justice denied.

「結婚の自由をすべての人に」を速やかに実現する司法判断を望む。

附属書類

- 1 上告理由書副本 7通

以上