

令和6年(ネオ)第936号 上告提起事件

上告人 大江千束 外6名

被上告人 国

上 告 理 由 書

2025(令和7)年1月14日

最高裁判所 御中

上告人ら代理人

弁護士 上 杉 崇 子

弁護士 寺 原 真 希 子

ほか

目次

第1	はじめに	5
第2	法律上同性のカップルの人的結合関係について、配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けるには、現行の婚姻制度への包摂以外の方法はないこと	9
1	主張の概要	9
2	法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと等しく尊重されるべき存在であること	11
3	法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂することは法技術的に可能であること	13
4	婚姻制度の目的や社会的機能に照らしても「婚姻とは別の制度」を新設する必要性はないこと	14
5	法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用することで具体的な支障が生じることもないこと	16
6	現行の婚姻制度に包摂しなければ法律上同性のカップルの人格的存在が脅かされることになること	17
7	法律上同性のカップルないし性的少数者にスティグマを与えるものであること	22
8	段階的な制度移行は「婚姻とは別の制度」を新設することの正当化根拠にならないこと	25
9	原判決を敷衍した結論	27
第3	憲法24条1項違反	28
1	はじめに	28
2	憲法24条1項の文言にとらわれない解釈の必要性	30
3	法律上同性のカップルにも婚姻の自由の保障が及ぶこと	33

4	本件諸規定は憲法 2 4 条 1 項に違反すること	41
第 4	憲法 2 4 条 2 項違反	42
1	主張の概要	42
2	憲法 2 4 条 2 項審査の内容・基準	43
3	法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しないことは、法律上同性の カップルの個人の尊厳を侵害するものであること	46
4	本件諸規定は憲法 2 4 条 2 項に違反すること	48
第 5	憲法 1 4 条 1 項違反	49
1	はじめに	49
2	本件別異取扱いは、人の人格に深く関わり、かつ、自らの意思や努力によっ ては変えることのできない属性に基づくこと	49
3	本件別異取扱いによる不利益	53
4	本件別異取扱いの憲法適合性は厳格に審査されること	56
5	本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はないこと	57
6	憲法 2 4 条 1 項は本件別異取扱いの合理的根拠とならないこと	58
7	本件諸規定は憲法 1 4 条 1 項に違反すること	60
8	婚姻制度から排除したまま「婚姻と別の制度」を構築することは新たな差別 であること	60
第 6	憲法解釈の合理性を基礎づける事実の重要性	62
第 7	司法府による積極的な判断	68
1	問題意識	68
2	国会の機能不全	69
3	司法府の使命	76
第 8	結語	77
別紙 1	憲法解釈の合理性を基礎づける事実（各論）	79
第 1	法律上同性のカップルの共同生活や子育ての実態	79

1	共同生活の実態	79
2	子育ての実態	83
第2	社会的な公認にかかわる不利益	86
1	法律婚と社会的な公認の結びつき	86
2	性的少数者に対する差別	87
3	性的少数者の尊厳の回復と法律婚	91
4	まとめ	97
第3	憲法制定後の社会状況等の変化	99
別紙2	目を通していただきたい資料一覧	102
1	法律上同性のカップルの共同生活及び子育てについて	102
2	社会的な公認にかかわる不利益について	103
3	憲法制定後の社会状況等の変化について	104

【表記について】

※法律上同性のカップル／法律上異性のカップル 本書面では、法律上、戸籍上の性別が同性同士のカップルを法律上同性のカップル、異性同士のカップルを法律上異性のカップルと表記している。あえて「法律上同性」と記載しているのは、カップルの一方が戸籍上の性別を変更していないトランスジェンダーである場合を包摂するためである。例えば、本訴訟関連訴訟である東京二次訴訟の控訴人である一橋はトランスジェンダーの男性だが戸籍上は女性である。一橋はそのパートナーである武田（シスジェンダーの女性）との関係を異性カップルと認識している（甲A812・5頁）。単に「同性カップル」と記載すると一橋と武田のようなカップルが包摂されないこととなる。

※準備書面の表記 本書面では第一審で提出した準備書面を原告ら準備書面、原審で提出した準備書面を控訴人ら準備書面等と表記している。

第1 はじめに

- 1 原判決は、「現行の法令が、民法及び戸籍法において男女間の婚姻について規律するにとどまり、同性間の人的結合関係については、婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことは、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益について、合理的な根拠に基づかずに、性的指向により法的な差別的取扱いをするものであって、憲法14条1項、24条2項に違反する」(56頁)と判断した。

原判決が、法律上同性のカップルの実態やそれぞれが現に直面している困難等に向き合い、各所で適切な事実認定、事実評価に基づいて、(違憲状態という曖昧な判断ではなく)明確に違憲の結論を示した点は高く評価できるものである。

例えば、①現行の婚姻制度について、「男女が婚姻をして共に生活すると、夫婦間に子が生まれ、夫婦と親子から成る家族が形成される」という「一般的な想定 of 全体に当てはまるものだけを社会的に正当な家族の在り方と認めて規律の適用対象としているわけではない」(原判決45頁)として、婚姻当事者間の生殖可能性の有無と婚姻の規律の適用対象とを区別したことは、現行の婚姻制度が多様な家族の在り方を包摂していることを的確に評価するもので、個人の尊重(憲法13条)という憲法の基本原則にも沿う事実評価であり適切である。また、②上告人らも、「自らの性的指向に基づき同性の者との間で……永続的な人的結合関係を形成し、その関係に社会的公認を受けることを望む者」であって、「それぞれ同性の交際相手を得て、お互いを人生の伴侶とすることを望み、家事や生活費を分担し、子がある控訴人西川と控訴人小野においてはお互いの子を共同して養育するなど、その実態において、婚姻関係にある夫婦と異なるところのない共同生活を営んで

きた」(原判決50頁)とした点も、実態を的確に認定したものである。
さらに、③法律上同性のカップルにおいても「自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であることに変わりがなく、男女間の関係におけるのと同様に十分に尊重されるべきものであるといえる」(原判決50頁)としたことも、配偶者としての法的身分関係の形成が性的指向や性自認にかかわらず等しく尊重されるべきことを示したもので重要である。

そのため、原判決が、「同性間の人的結合関係」について、「婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないこと」が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するとした点は高い説得力を有するものである。

- 2 もっとも、原判決は、合理的な理由なく「婚姻とは別の制度」を新設することの差別的な意味合いを具体的に検討していないにもかかわらず、「婚姻とは別の制度として、同性間の人的結合関係について婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を新設する立法をする方法もある」(55頁)とした。すなわち、法律上同性のカップルの人的結合関係に関する「具体的な制度の構築は国会の合理的な立法裁量に委ねられている」とし(55頁)、「その立法裁量は、個人の尊厳(憲法13条)と法の下での平等(憲法14条)という基本原則に立脚した制度とすべきであるという憲法上の要請が、その裁量の限界を画するものである。」(55頁)と適切な留保を示しつつも、法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用できないことについて憲法に違反するとは判断しなかった。

しかしながら、原判決が適切に認定した事実やその評価を敷衍すれ

ば、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと等しく尊重されるべき存在として、同じ現行の婚姻制度に包摂されるべきものであり、それにもかかわらず「婚姻とは別の制度」を新設することには、「その立法裁量は、個人の尊厳（憲法 1 3 条）と法の下での平等（憲法 1 4 条）という基本原則に立脚した制度とすべきである」という憲法上の要請が、その裁量の限界を画する」（5 5 頁）という原判決の定式に照らしても合理的な理由はない。

したがって、原判決は、憲法 1 4 条 1 項及び憲法 2 4 条 2 項違反の判断において、婚姻に関する現行の民法及び戸籍法の規定（以下「本件諸規定」という。）のうち、法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点が憲法に違反すると判断すべきであった（第 2 にて詳述）。

- 3 そもそも本件は、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと等しく尊重されるべき存在であることに照らせば、本件諸規定が法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていないことの合理性について、憲法 2 4 条 1 項及び 2 項並びに憲法 1 4 条 1 項の観点から検討すれば足りるし、またそのように検討されなければならない。現行の婚姻制度を利用できないという上告人らに対する人権侵害が問題になっている以上、上告人らに現行の婚姻制度の利用を認めるべき理由（上告人らに現行の婚姻制度の利用を認めないまま別の制度を新設してあてがうことの不合理性）について上告人らが主張責任を負うというのは違憲審査の手法として適切ではない。

そして、原判決は、憲法 2 4 条 1 項違反について判断を示していないが、憲法 2 4 条は、原判決も指摘するとおり、「婚姻及び家族に関する事項について、封建的な規律を撤廃して、個人の尊重（憲法 1 3 条）と法の下での平等（憲法 1 4 条）という基本原則に立脚した制度が制定

されなければならないことを明らかにし」たものであるから（原判決 48 頁）、憲法 24 条 1 項の解釈においても、憲法 13 条及び憲法 14 条という憲法の基本原則と整合的に解釈する必要があるところ、このように実質的に解釈すれば、憲法 24 条 1 項は法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由を保障しており、本件諸規定のうち法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点は憲法 24 条 1 項に違反する（第 3 にて詳述）。

また、本件諸規定は、法律上同性のカップルが法律上異性のカップルと等しく尊重される存在であるにもかかわらず、法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点で、「個人の尊厳」を侵害し憲法 24 条 2 項に違反するものであり（第 4 にて詳述）、本件諸規定が法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていないことは、性的指向や性別による差別であり、その別異取扱いに合理的な理由はなく憲法 14 条 1 項に違反する（第 5 にて詳述）。

4 以上より、原判決には、「本件諸規定のうち、法律上同性のカップルに対して、現行の婚姻制度の利用を認めていない点（婚姻当事者が法律上異性のカップルであることを前提としている部分）は、憲法 24 条 1 項及び 2 項並びに憲法 14 条 1 項に違反する」と判断しなかった点で、各条の憲法解釈に誤りがある（民事訴訟法 312 条 1 項）。

5 最後に、各条文の憲法解釈に通底する議論として、憲法解釈の際には、その合理性を基礎付ける社会的、文化的、歴史的事実を踏まえることが、公正かつ公平な判断を導くうえで必須であること（第 6 にて詳述）、そして法律上同性のカップルの人的結合関係に関する法的保障について、国会における解決に期待することができず、性的少数者の人権擁護のためには司法における積極的な判断が必要であること（第 7 にて詳述）について論じる。

第2 法律上同性のカップルの人的結合関係について、配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けるには、現行の婚姻制度への包摂以外の方法はないこと

1 主張の概要

原判決は、「婚姻とは別の制度として、同性間の人的結合関係について婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を新設する立法をする方法もある」が、「どのような選択をするかは、現代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべき事柄であり、それによって定まる具体的な制度の構築は国会の合理的な立法裁量に委ねられている」(55頁)としたうえで、「その立法裁量は、個人の尊重(憲法13条)と法の下での平等(憲法14条)という基本原則に立脚した制度とすべきであるという憲法上の要請が、その裁量の限界を画するものである。」(55頁)とする。

しかし、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと等しく尊重されるべき存在であり、その幸福追求(憲法13条)に照らしても、現行の婚姻制度に包摂することが、まさに法律上同性のカップルを個人として尊重し、平等に取り扱うものである(下記2)。法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂することは法技術的には容易に可能であり(下記3)、婚姻制度の意義や社会的機能に照らしても同じ現行の婚姻制度に包摂することが素直であり「婚姻とは別の制度」とする必要性はない(下記4)。また、法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用することで、何ら具体的な支障は生じない(下記5)。

他方で、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂せず「婚姻とは別の制度」を新設した場合、仮に当該制度の法的効果が現行の婚姻制度と同等であったとしても、社会的効果(公証)は等しいものに

はなりえない。さらには性的指向や性自認を理由に、その家族関係の公証のためには現行の婚姻制度とは異なる専用の制度を利用する選択肢しか与えないことは、意に反するセクシュアリティの暴露（アウティング）となるおそれもあり、法律上同性のカップルの人格的存在が脅かされることになる（下記6）。したがって、法律上同性のカップルの存在を法律上異性のカップルと等しく尊重するのならば、同じ現行の婚姻制度に包摂されなければならない。

それにもかかわらず、法律上同性のカップルに対して、現行の婚姻制度を利用させず、それよりも社会的効果（公証）が劣る新たな制度を「あえて」新設し、当該制度を利用する選択肢しか与えないことは、法律上同性のカップルないし性的少数者の地位を格下げしたり、ステイグマを与えるものであり、個人の尊厳と人格の尊重を宣言する憲法13条及び等しきものは等しく取り扱うべきという法の下での平等を定める憲法14条に反するものである（下記7）。また、社会の受容のための段階的な移行として過渡的に現行の婚姻制度とは別の制度を設け、その後に現行の婚姻制度に包摂するという方法論も、別制度の構築の正当化事由にならない（下記8）。

よって、「個人の尊重（憲法13条）と法の下での平等（憲法14条）という基本原則に立脚した制度とすべきであるという憲法上の要請」がその裁量の限界を画しているという原判決の判断を敷衍して検討すれば、法律上同性のカップルの人的結合関係について「婚姻とは別の制度」を新設するような立法裁量はなく、原判決には、端的に「本件諸規定のうち法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点は憲法14条1項及び24条2項に違反する」と判断しなかった点で、憲法の解釈に誤りがある（民事訴訟法312条1項）。

以下、各点について順に詳述する。

2 法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと等しく尊重されるべき存在であること

(1) 性的指向・性自認にかかわらず等しく尊重されるべきであること

日本では、かつて同性愛が「変態性欲」として紹介され、異性愛が自然で、同性愛が病理であるとの認識が広く社会に浸透していた（別紙1・第2の2も参照）。

しかしながら、精神医学や国際人権法の分野での見直しを背景に、国内外において、上記の認識が根本的に見直され、現在では“すべての人はその性自認や性的指向にかかわらず、等しく尊重される”という法規範が確立している（原判決29～32頁）。

それに加えて、いわゆる同性婚の国際的な広まりなども背景に、家族制度の分野においても、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同等に取り扱われるべきであるとの規範意識が、国外だけでなく日本国内においても広く共有されるに至っている（原判決32～36、39～41頁。関連する判例として、法律上同性のカップルであっても、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った者」に該当し得るとした最判令和6年3月26日民集第78巻1号99頁（甲A806。以下「犯罪被害者給付金事件最高裁判決」という。）がある。）。

(2) 現行の婚姻制度に包摂することが法律上同性のカップルを尊重し平等に取り扱うものであること

婚姻制度の目的は、子の自然生殖の保護にあるのではなく、婚姻当事者間の人的結合関係自体の保護にあり（原判決46頁等）、婚姻当事者間の生殖可能性の有無や子を産み育てる意向の有無は、その享有主

体の範囲を画する事項になっていない。つまり、現行の婚姻制度は、家族関係の公証を求めるすべての人に利用可能なものとして構築された開放的な制度であり、多様な家族の在り方や個人の幸福追求に対して価値中立的であることによって、個人の尊重の実現を図ったものであるから（憲法 13 条）、人の属性や生き方によって享有主体の範囲を画することは本来予定されていない（憲法 24 条 1 項との関係については下記第 3 の 3（2）参照）。

現行の婚姻制度は、法律上異性のカップルであれば誰もが利用できるため、多くの国民にとって極めて身近で当たり前の制度として位置付けられている。しかし、これは現行の婚姻制度が、あえて法律上異性のカップルだけを特別視して婚姻制度の享有主体と定めたのではなく、異性愛だけが正常で同性愛等は病理との誤った認識が社会に浸透していたために、法律上同性のカップルの人的結合関係は法的保護及び社会的公認の対象に値しないと考えられていたからにすぎない。

そして、上記（1）のとおり、異性愛だけが正常で同性愛等は病理であるとの認識は誤りであることが確立し、性的指向・性自認にかかわらず、人権はすべての人に平等に適用されることが国内外で確認されている。

したがって、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度への包摂することが法律上同性のカップルを尊重し（憲法 13 条）、平等に取り扱う（憲法 14 条）ものとしてふさわしく、それがまさにすべての人が利用可能な開放的な制度たる婚姻制度のあるべき姿である。

この点に関連して、同種訴訟の福岡高判令和 6 年 12 月 13 日（甲 A 838。以下、単に「福岡高裁判決」という。）が、「婚姻の成立及び維持について法制度による保護を受ける権利」は憲法 13 条の定める「幸福追求権の内実の一つ」とし、その説明の中で、「現行の法

制上、男女間の婚姻すなわち異性婚については、(中略)、婚姻について法的な保護を受ける権利が憲法上の権利であると明確に認識されることはほとんどないが、これは、全ての者が婚姻について法制度による保護を受けることがあまりにも当然のことであることの裏返しともいえる。」(12頁)と述べているのは、現行の婚姻制度がすべての人が利用できる開放的な制度であることを適切に踏まえた上で、法律上同性のカップルの現行の婚姻制度の利用を拒否する余地はなく、同じ現行の婚姻制度への包摂こそが要請されることを幸福追求権の観点から述べたものであり、上告人らの上記主張の趣旨と合致する。

3 法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂することは法技術的に可能であること

現行の婚姻制度は、婚姻当事者が法律上異性のカップルであることを前提とした用語について、法律上同性のカップルも含む用語に修正するといった技術的な手当てをしさえすれば、法律上同性のカップルにもそのまま適用可能である(控訴人ら第7準備書面、控訴人ら第8準備書面4～5頁。特に控訴人ら第7準備書面は民法の婚姻及び家族に関する法制度を通覧して詳細に論じたものであるから上告審においても改めて参照されたい。)

このことは、嫡出推定規定についても同様であるが(控訴人ら第7準備書面8～9頁)、仮に嫡出推定規定を法律上同性のカップルにそのまま適用するの可否かについて国会の合理的な立法裁量に委ねられるとしても、それは現行の婚姻制度の内容の規律をどのようにするかという事柄として捉えることで足りる。「婚姻制度とは別の制度」を新設することは、現行の婚姻制度を法律上異性のカップル専用のものでして維持しつつ、法律上同性カップル専用の別の制度を新設(構築)す

ることを意味するが、そのような構築が必要とされる事情はない。

この点、福岡高裁判決（甲 A 8 3 8）も、「同性婚を認める場合、実親子や養親子関係の成立等につき、現行と異なる法制度を要するとの見解もあるが、法律上の親子関係の成否や戸籍への記載方法等の問題は、法令の解釈、立法措置等により解決を図ることが可能なものである」〔12頁〕として、現行の婚姻制度とは別の制度とすることの合理性を認めていない。

したがって、法技術的に法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂できないやむを得ない事情はなく、むしろ容易に可能である。

4 婚姻制度の目的や社会的機能に照らしても「婚姻とは別の制度」を新設する必要性はないこと

(1) 婚姻制度の目的に照らしても同じ現行の婚姻制度を利用できるようにすることが素直であること

婚姻制度については、子の自然生殖よりも、婚姻当事者間の永続的な人的結合を重視した理解がされてきており、現行の婚姻制度は、「婚姻当事者間の人的結合関係自体に社会共同体の基礎を成す構成単位としての意義を認め、これを法的身分関係として制度化し、法的保護を与えてきたものである」（原判決46頁）。

そのため、婚姻当事者間の生殖可能性の有無はその享有主体の範囲を画する事項にはならず、現に婚姻することを望む法律上異性のカップルは、婚姻当事者間の自然生殖可能性の有無にかかわらず、現行の婚姻制度を利用することができる。

これに対し、法律上同性のカップルも、「その実態において、婚姻関係にある夫婦と異なるところのない共同生活を営んできたものである」（原判決50頁）。

そして、「同性間の関係においても、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であることに変わりがなく、男女間の関係におけるのと同様に十分に尊重されるべき」(原判決50頁)であり、上告人らも、法律上異性のカップルと同じ現行の婚姻制度を利用することで、社会において、法律上異性のカップルと等しく尊重される存在として扱われることを望んでいる(別紙1・第2の3)。

したがって、婚姻することを望む法律上同性のカップルについても、自然生殖可能性の有無にかかわらず、既に制度として存在している現行の婚姻制度を利用できるようにすることが素直であり、「婚姻とは別の制度」を新設する必要性はない。

(2) 社会的機能に照らしても同じ現行の婚姻制度を利用できるようにすることが素直であること

婚姻の歴史的背景及びこれを踏まえて構築された現行法体系の下で、婚姻した夫婦による子の生殖と養育が社会の次世代の構成員の確保につながる重要な社会的機能を果たしてきたことは否定し難い(原判決52頁)。

しかし、現在でも、婚姻した夫婦間における子の養育は、夫婦間の自然生殖によってもうけた子のみを対象として行われるものではなく、一方のみと血縁関係にある子のほか、血縁関係のない養子や里親としての養育の委託を受けた児童を対象としても行われるものであるところ、法律上同性のカップルが子を共同で養育することは多数あり、このような次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たしてきた

という点においても、法律上異性のカップルと異なるところはない(原判決 53 頁。本書面別紙 1・第 1 の 2、控訴人ら第 1 準備書面。)

また、養育される子の観点からしても、自身の親が法律上同性のカップルであるという自らの意思や努力によっては変えることのできない事柄でもって、法律上異性のカップルの子とは異なる制度の下で養育されなければならない理由もない。

したがって、社会の次世代の構成員の確保につながる社会的機能に照らしても、既に制度として存在している現行の婚姻制度を法律上同性のカップルも利用できるようにすることが素直であり、「婚姻とは別の制度」を新設する必要性はない。

5 法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用することで具体的な支障が生じることもないこと

法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用した場合、現行の婚姻制度を利用し、法的に家族を形成し、公証される利益を得たいと考えていた法律上同性のカップルがかかる利益を享受できるようになるだけであり、これまで現行の婚姻制度のもとで行われてきた社会的な営みに何ら支障を来すことはない。

海外において最初にいわゆる同性婚が認められるようになってから 20 年以上が経ち、その間に多くの国でいわゆる同性婚が認められるに至っているが(原判決 32～33 頁)、これまで法律上同性のカップルが婚姻することで家族秩序に社会的な混乱が生じたような状況はなく、むしろ両者の関係性を安定化させるという肯定的な結果が出ている(甲 A 748・オランダにおける「同性婚合法化がパートナーシップの安定性に及ぼす影響」調査結果)。そのため、法律上同性のカップルが婚姻することに対する懸念として具体的に想定されるものもない。

この点、福岡高裁判決（甲 A 8 3 8）は、「公共の福祉とは、人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理であると解される。しかし、同性のカップルによる婚姻が法的に認められることで、既存の異性婚カップルの権利や法的地位に何らかの侵害・制約が生じたり、異性のカップルの婚姻が妨げられたりするような事態はおよそ想定できないから、人権相互の調整という問題は生じない」（13頁）と指摘する。

また、原判決自身も、法律上同性のカップルに法的保護が与えられることにより、「男女間の婚姻に与えられてきた法的保護は何ら減ずるものではなく婚姻制度がこれまで果たしてきた次世代の構成員の確保につながる社会的機能を今後も引き続き果たしていくことに支障を来すとは考えられない。」（53頁）と指摘する。

6 現行の婚姻制度に包摂しなければ法律上同性のカップルの人格的存在が脅かされることになること

- (1) 法的身分関係の形成が「安定的で充実した社会生活を送る基盤」となるためには、国民の中に当該制度を尊重する意識が幅広く浸透していることが必要であること

原判決も述べるとおり、日本における家族の在り方やこれに関する国民の意識の多様化が進んでいるものの、「婚姻件数は令和3年においても年間約51万件に上り、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」（原判決46頁）。

そして、現行の婚姻制度が、日本社会に定着し、それを尊重する意識が国民に幅広く浸透しているからこそ、婚姻による配偶者としての法的身分関係の形成が、単に法的効果を享受することのみならず、「居住、就労、療養その他の社会生活上の様々な場面において、配偶者と

して公認されたものと扱われること自体により、共同生活の安定と人生の充実を得ることができる」ことになり、婚姻による法的な保護が「安定的で充実した社会生活を送る基盤」を成し、「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」となる（原判決46～47頁）。

そのため、単に「配偶者としての法的身分関係の形成」ができたとしても、それが国民の中で尊重する意識が幅広く浸透していない制度の下で形成されたものであったとすると、「安定的で充実した社会生活を送る基盤」としての前提が欠け、個人の人格的存在がなおも脅かされることになる。

（２）仮に法的効果が同等であっても、現行の婚姻制度に包摂されなければ、社会的効果（公証）は等しくならないこと

法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂せず、「婚姻とは別の制度」を新設するということは、上記3でも指摘したとおり、現行の婚姻制度を法律上異性のカップル専用のもので維持しつつ、法律上同性カップル専用の別の制度を新設（構築）することを意味するが、そのようにして構築された制度は、当該制度は日本社会にこれまで存在しなかった新しい制度である以上、国民の理解や信頼は現行の婚姻制度に遠く及ばないものとなる。

ア 現行の婚姻制度の公証手段である戸籍制度

現行の婚姻制度の公証手段である身分登録制度は戸籍制度である。戸籍制度は、日本社会における唯一の全国統一の家族関係に関する登録公証制度として長期にわたって維持され、人々の間で定着してきた。そのため、戸籍によって公証されることが、正当な関係として社会に認められるための極めて有力な手段になっており、身分関係を証明す

るための手段として戸籍謄本を利用することが実務的にも確立されている。

このように、現行の婚姻制度は戸籍制度と一体的な関係にあり、日本社会における法律婚を尊重する意識の強さは戸籍制度の定着や信頼によるところも大きい。婚姻することが「入籍」と表現されることがあり、「籍を入れて一人前の関係」という風潮がいまだに根強くあることも、婚姻制度と戸籍制度が一体的な関係にあることを物語っている。

以上からすると、戸籍制度は、その問題点や改善すべき点について議論はあるものの、婚姻を含む国民の身分関係を公証する手段として存在し、個人の人格的存在を支える基盤として国民にも幅広く浸透している制度といえ、その戸籍に婚姻したという身分関係が記載されることは日本社会では重要な地位ないし社会的ステイタスとして根付いているといえる。

したがって、法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用できず、配偶者としての法的身分関係を公証する手段が戸籍制度とは異なるものであった場合、戸籍制度への信頼が幅広く浸透している社会において、「戸籍に載らない関係」として、戸籍によって公証された関係とは同等には扱われないということを意味し、婚姻関係よりも一段低いものとして社会に受け止められることは避けられない。

イ 現行の婚姻制度と比べて信用力が確実に劣ること

法律上同性のカップル専用の婚姻制度が構築された場合でも公証の手段として戸籍制度が採用される可能性はある。また、法律上異性のカップルについても、戸籍は登録されていても常時携帯するようなものではないから、日々の日常生活上で戸籍による公証を意識することは多くないかもしれない。そうすると、身分登録制度が同じか別かと

いうのは重大な差異ではないという見方もあるかもしれない。

しかし、身分登録制度の相違を措いたとしても、現行の婚姻制度を法律上異性のカップル専用のもので維持しつつ、法律上同性のカップル専用の別の婚姻制度が構築されること自体が、社会生活上配偶者として公認された者と扱われることに差異を生じさせる。

すなわち、同じ「配偶者」という名称が使われたとしても、歴史的に形成され、国民の中に尊重する意識が幅広く浸透している婚姻制度であるか、そうではない「婚姻とは別の制度」であるかは、必然的に、公証・公認の利益に質的な差異が生じる。そのため、「婚姻とは別の制度」を新設しても、既に国民の中で尊重する意識が幅広く浸透している現行の婚姻制度に対して、その公証の度合いは遠く及ばないものになるのは必至である。むしろ、これまで「正常ではない」という扱いをされてきた性的少数者が、引き続き「異なる存在」「劣った存在」と扱われる危険がある（下記 7 及び本書面別紙 1・第 2 も参照）。

そうすると、「婚姻とは別の制度」では、「居住、就労、療養その他の社会生活上の様々な場面」で現行の婚姻制度による配偶者と等しい身分関係として認知され、等しく扱われることは極めて困難である。将来的に社会生活上の様々な場面で等しく扱われるようになる可能性がゼロではないとしても、その実現まで多大な時間を要することは確実であり、それが実現するという保証もない。

このことは、かつて諸外国で婚姻とは別の制度が導入されていた際の実例からも裏付けられる。それらの国では、法律上同性のカップル用の別の制度は「本物の結婚ではない」ものとして扱われるという深刻な差別が残ったことが報告されている（控訴理由書第 4 分冊 4 2 ～ 4 4 頁、甲 A 5 8 0 - 2 ・ 3 3 ～ 3 4 頁、3 6 ～ 3 7 頁）。

(3) 法律上同性のカップル専用の「婚姻とは別の制度」を利用させることがアウティングになりかねないこと

また、個人のセクシュアリティは、人格権ないしプライバシー権に属する事柄である。

特に性的少数者は、歴史的にも現実的にも脆弱な立場に置かれており、現代においてもなお根強い差別にさらされている。同性愛者やトランスジェンダーといったセクシュアリティは他者や社会からの攻撃を誘発しやすいため、自身のセクシュアリティを意に反して暴露（アウティング）されないことは、法的に保護された重要な利益である（一橋大学法科大学院アウティング事件東京高判令和2年11月25日参照）。

しかしながら、法律上同性のカップルに対して、現行の婚姻制度を利用させず、「婚姻とは別の制度」を利用する選択肢しか与えないことは、法律上同性のカップルからすると、自身が利用している制度を開示することが、同時に自身のセクシュアリティを開示することを意味する（例えば、同じ現行の婚姻制度を利用できれば、単に誰かと婚姻したと言っても本人のセクシュアリティの開示には直結しないが、婚姻制度を利用できない場合、「パートナーシップの登録をした」等と言う他ないが、パートナーシップの登録をしたということから、本人のセクシュアリティが推察されることになる。）。

そのため、現行の婚姻制度に包摂されなければ、法律上同性のカップルは不意なアウティングの危機を感じながら「婚姻とは別の制度」を利用するか、そもそも制度を利用しないという判断をするかを迫られることになり、かかる観点からも法律上同性のカップルの人格的存在が脅かされることになる。

(4) 小括

このように、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しないまま、「婚姻とは別の制度」を新設する場合、当該制度は現行の婚姻制度に比べて信用力が劣らざるを得ず、社会生活上配偶者として公認された者と扱われるという点において法律上異性のカップルと同等になることはない。

そして、セクシュアリティの開示を伴う「婚姻とは別の制度」の利用はアウティングを意味することも加味すれば、法律上同性のカップルが当該制度を利用できたとしても「安定的で充実した社会生活を送る基盤」になりえず、個人の人格的存在がなおも脅かされることになる。

7 法律上同性のカップルないし性的少数者にスティグマを与えるものであること

ここまで、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しない合理的な理由はなく、法律上同性のカップルに「婚姻とは別の制度」を新設しても現行の婚姻制度と同じ社会的効果（公証）をもたらさないことについて論じた。

以下では、そのような「婚姻とは別の制度」を新設することは、法律上同性のカップルないし性的少数者に対する差別を助長するという深刻な弊害があることについて論じる（本書面別紙1・第2、控訴人ら第5準備書面も参照）。

(1) 地位の格下げ

現行の婚姻制度を利用する権利ないし地位は、これを前提とした様々な権利・利益の享有につながる源泉であり、いわばゲートウェイ

の権利ともいえ、これを否定されると種々の権利・利益の分配における劣遇につながり、ひいてはその者の社会における地位の格下げにまで至ることになる（甲A792・安西文雄教授意見書7頁）。

現行の婚姻制度とは別の制度で配偶者としての法的身分関係が形成されたとしても、あくまで別の制度である以上、婚姻を拒否された者として地位の格下げが生じることに変わりはない（同6頁）。

また、現行の婚姻制度とは別の制度による場合、現行の婚姻制度ではない別の制度の配偶者として公認されることになる。法的効果が同じであっても制度が異なることにより法律上異性の夫婦とは異質な配偶者というレッテルが付きまとい、既に社会に定着している現行の婚姻制度の配偶者よりも劣位のものとして扱われることになり、地位の格下げが生じる。すなわち、現行の婚姻制度とは別の制度による場合、法律上異性の夫婦とは異質な配偶者として公認されるのであって、現行の婚姻制度の配偶者として公認されることはないことに留意しなければならない（上記6（2）参照）。この点について高橋和之教授は、法律婚を尊重する意識の強い日本社会で、「婚姻というステータスの社会的承認」を得られないことは、「社会の中で他者と交流しながら生きる」上で、「交流の輪に加わる対等な資格（地位）を否定され、格下げされ交流から分離・排除され」ることであり、「自己の『幸福』を追求し、自律的生を遂行することはきわめて困難となってしまう」と指摘している（甲A839・高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第6版〕』（有斐閣、2024年）315頁）。

このように、現行の婚姻制度とは別の制度の構築は、国民の中で尊重する意識が幅広く浸透している現行の婚姻制度を利用させないという意味で、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度から「排除」し、法律上異性の夫婦とは異質な配偶者として公認することであるから、

法律上同性のカップルの地位が法律上異性のカップルの地位よりも格下げされることになる。

(2) 社会的差別の脈絡の中で検討する必要があること

人類の歴史上長きにわたって、異性愛だけが正常・自然で、同性愛は異常・病理であるとの認識（同性愛嫌悪）が広く社会に浸透し、同性愛者等の性的少数者は異常な存在として公然と差別の対象とされてきた（原判決49頁）。

このような社会的差別の脈絡の中で捉えれば、現行の婚姻制度を法律上異性のカップル専用のもので維持しつつ、新しく法律上同性のカップル専用の別の婚姻制度を構築することは、「同性愛者等は異性愛者だけが利用してきた婚姻制度を利用することを許されないほどに劣っている」というメッセージが込められており、それにより同性愛者等は異性愛者よりも劣等であるという差別意識が助長され、スティグマを強化するものとなる（甲A792・安西文雄教授意見書6頁参照）。

この点、物的条件が同じであっても別の制度にすることが不合理な差別にあたるとされた事例として、1954（昭和29）年の *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483. がある。アメリカでは州法が黒人の分離を強制していても、白人と同等の扱いを受けていれば平等保護条項に違反しないという、いわゆる「分離すれども平等 (separate but equal)」の法理があった。しかし、同事件は、白人とアフリカン・アメリカン（黒人）が別々の学校に通うものとされていたことについて、「人種のみを理由として [アフリカン・アメリカン（黒人）の] 子どもたちを隔離するとき、彼らの社会的地位に関わって劣等感を抱かせ、精神的に回復し難い損失を与えうる」として、たとえ双方の学校の物

的条件が同等であっても平等保護条項に反するとの判断が下された
(甲 A 7 9 2・安西文雄教授意見書 6 頁。同事件により、「分離すれども平等」の法理は否定されたとされている。)

現行の婚姻制度の目的が子の自然生殖ではない以上、配偶者としての法的身分関係の形成を可能にするための方法として婚姻制度を法律上異性のカップル専用のもので法律上同性のカップル専用のもので分離する理由は、性的指向等のセクシュアリティのみである。社会的差別の対象とされてきた同性愛等のセクシュアリティのみを理由に別の制度にすることは、たとえ制度の内容・効果が同等であっても、国民の中で尊重する意識が幅広く浸透している現行の婚姻制度を利用させないという意味で、現行の婚姻制度から「排除」するものであって、同性愛者等の性的少数者の差異化を顕在化し、差別を助長するものである。したがって、そのようなことは「分離すれども平等」の法理が否定されたことと同様に、平等原則違反として許されない。

8 段階的な制度移行は「婚姻とは別の制度」を新設することの正当化根拠にならないこと

なお、社会的軋轢を理由とした、社会の受容のための段階的な移行として、過渡的に現行の婚姻制度とは別の制度を設け、その後に現行の婚姻制度に包摂するという方法論は、別制度の構築の正当化事由にならない(本書面別紙 1・第 2 の 3 (4)、控訴人ら第 5 準備書面 1 7 頁以下、甲 A 7 4 3・渡邊泰彦教授意見書)。

(1) 個人の尊重に反すること

まず、上記 7 のとおり、別の制度の構築には同性愛者等の性的少数者に対する差別を助長するという弊害があることからすれば、社会の

多数派が受容する準備のために過渡的にでも別制度を構築することは、多数派の利益のために少数派の人権を犠牲にするものであるから、あまりにも個人の尊重を蔑ろにするものであって許されない。

(2) 日本社会は既に法律上同性のカップルが現行の婚姻制度に包摂されることを受容していること

次に、そもそも、今日の日本社会は法律上同性のカップルが現行の婚姻制度に包摂されることを受容している。

すなわち、原判決時点でも、既に世界の37の国・地域でいわゆる同性婚が認められている(原判決54頁)。また、日本社会では地方公共団体におけるパートナーシップ制度の導入が拡大し続け、導入自治体は442(全人口の85%の居住地域)に達しているし、民間企業においても、法律上同性間の人的結合関係を婚姻関係と同等に扱う動きが広がっている(同上)。さらに、年を追うごとに法律上同性のカップルの婚姻を認めることに賛成する国民の割合が増え、近時ではほぼ全ての意識調査で賛成が過半数を超え、2023(令和5)年の調査でも賛成する者の割合が多いものでは72%に上るのに対し、反対する者の割合はすべての調査で3割未満となっている(原判決54～55頁)。このような社会的事実を踏まえれば、性的指向・性自認にかかわらず個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えは既に国民の意識としても確立しており、法律上同性のカップルが現行の婚姻制度に包摂されることを日本社会は既に受容している。

(3) 社会の軋轢が繰り返されること(控訴人ら第5準備書面18頁以下)

段階的な移行によりかえって社会の軋轢が増し、それにより法律上同性のカップルの尊厳が損なわれる事態が繰り返される危険もある。

渡邊泰彦教授は、当初から法律上同性のカップルが現行の婚姻制度に包摂されるという方法が採られれば社会の軋轢は1回で済むのに対し、別制度という段階を踏むとすると少なくとも社会の軋轢を1回から2回に増やす働きをすると指摘する（甲A743・12～13頁）。

また、社会の軋轢が繰り返し生じ、その結果、性的少数者の尊厳が損なわれる事態が繰り返される可能性が高いことは、2023（令和5）年6月に制定された「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」（以下「理解増進法」という。）の成立をめぐって発生した様々な差別的な言動からも裏付けられる（控訴人ら第5準備書面19頁以下）。

段階的移行により社会の軋轢の発生を増やすことは、法律上同性のカップル等の性的少数者が差別や偏見に晒される機会を増やすことであり、個人の尊厳、個人の尊重の観点から許されない。

9 原判決を敷衍した結論

以上論じたとおり、法律上同性のカップルの人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設ける方法として、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しないまま、「婚姻とは別の制度」を新設することは、現行の婚姻制度が本来的にすべての人が利用できる開放的な制度であり、多様な幸福追求に対して価値中立的であることによって、個人の尊重の実現を図った趣旨にも反するものである。また、「婚姻とは別の制度」では現行の婚姻制度と社会的効果（公証）が同等になることはない上に、法律上同性のカップルないし同性愛者等の性的少数者に対する差別を助長するという弊害を生じさせる有害なものでしかない。さらに、今日の日本社会の状況においては段階的な移行は別制度構築の正当化事由にならない。

「個人の尊重（１３条）と法の下の平等（１４条）という基本原則に立脚した制度とすべきであるという憲法上の要請」（原判決５５頁）に照らせば、婚姻による法的保護を受けることができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的存在に関わる重要な法的利益であり、性的指向・性自認にかかわらず等しく尊重されなければならないから、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しないまま「婚姻とは別の制度」を新設することは、憲法の基本原則に反する。

よって、法律上同性のカップルの人的結合関係について、配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けるには、現行の婚姻制度への包摂以外の方法はなく、原判決を敷衍すれば、本件諸規定のうち法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点は、憲法１４条１項及び憲法２４条２項に違反することになる。

第３ 憲法２４条１項違反

１ はじめに

憲法２４条１項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解されている（再婚禁止期間違憲訴訟最大判平成２７年１２月１６日民集６９巻８号２４２７頁。以下「再婚禁止期間違憲訴訟大法廷判決」という。）。

そして、憲法２４条１項がこのように規定している以上、「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」が憲法２４条１項によって保障されており、また当事者が利用可能な婚姻制度自体をそもそも立法しないことや婚姻制度を廃止す

ることは許されないし、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ることになる（甲A167・加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』669頁参照。以下では、婚姻制度を利用できること、当該婚姻制度を当事者の自由な意思決定に基づいて利用でき、故なくこれを妨げられないことを総称して「婚姻の自由」という。）。

婚姻の自由は、人が人であることのみを根拠に認められるべきものとして憲法24条1項によって保障された人権であり、個人の性的指向及び性自認に関わらず、すべての個人について保障されるべきものである。しかし、本件諸規定が婚姻できる相手を法律上異性の者に限定していることによって、性的指向が法律上同性に向く者においては、婚姻をしないか、自らの性的指向に反して法律上異性の者を配偶者として婚姻をするかのいずれかを選択するしかなく、性的指向や性自認といった本人の意思で選択や変更をすることができない属性によって、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手と婚姻することができない状態にある。

そのため、本件諸規定のうち法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点について、憲法24条1項に違反しないかが検討されなければならない。なお、婚姻制度の内容は法制度ができて初めて具体化されるものではあるが、上記のとおり、当事者が利用可能な婚姻制度自体をそもそも立法しないことや婚姻制度を廃止することは許されず、憲法上の婚姻の自由の内容には、当事者の自律的な意思決定でもってその人的結合関係を保護するための婚姻制度の形成の要請も含まれている。そのため、現在、法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用できないからといって、法律上同性のカップルに対する憲法上の婚姻の自由の保障が否定されることにはならな

い。憲法上の婚姻の自由は、婚姻制度の形成自体と、形成された法制度において自律的意思決定による家族形成が保障されることを同時に求めているのである（甲A442・巻美矢紀「救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成—同性婚訴訟を手がかりとして」120頁右4行目から10行目も参照）。

しかしながら、原判決は、憲法24条1項違反についての判断を示していない点で不当であり、本件諸規定のうち法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点は憲法24条1項に違反すると判断しなかった点で、憲法の解釈を誤っている。

2 憲法24条1項の文言にとらわれない解釈の必要性

（1）判例において文言にとらわれない憲法解釈が行われてきたこと

憲法24条1項は「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と定め、「両性」「夫婦」という男女を想起させる文言を用いているが、単に「両性」「夫婦」という文言を用いていることのみでもって、法律上同性のカップルには婚姻の自由が保障されないということにはならない。

法令の解釈をする場合、文言や表現のみならず、その目的とするところを踏まえて解釈することは一般的に行われており、これは憲法の解釈においても変わるところはない（例えば、法人や外国人の人権が問題となった事例として、最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁、最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁等参照）。

また、仮に憲法制定時に想定されていなかったとしても、社会の状況の変化に伴い、憲法の規定の趣旨に照らして社会生活に適する解釈

をすることも、一般的な憲法解釈方法として当然に行われている（例えば、石井記者事件最大判昭和27年8月6日刑集6巻8号974頁は取材の自由に憲法21条の保障は及ばないとしたが、その後、博多駅テレビフィルム事件最大決昭和44年11月26日刑集23巻9号1146頁は憲法上の保障が及ぶことを明らかにした。詳細は原告ら第3準備書面20頁以下参照）。

憲法は、基本的人権を「侵すことのできない永久の権利」（憲法11条）として定め、個人の尊厳を究極的な価値とする原理の体系であり、原判決も憲法24条について「婚姻及び家族に関する事項について、封建的な規律を撤廃して、個人の尊重（憲法13条）と法の下の平等（憲法14条）という基本原則に立脚した制度が制定されなければならないことを明らかにし」たものとする（原判決48頁）。

したがって、その解釈においては、国家との関係で本来保護されるべき国民の権利・利益が不当に見落とされることのないよう、憲法が当該条文に込めた意味や当該条文の趣旨、そして、憲法の基本原理である「個人の尊厳」、「法の下での平等」から当該条項が導かれた関係・必然性を十分に踏まえ、その現代的・実質的意義を探究しなければならない。そして、人が生きる社会は変化するから（本書面別紙1、訴状31頁以下参照）、刻々と変化を続ける社会の中で、個人の尊重や個人の尊厳の求める内実を不断に検証することも不可欠である。

（2）マイノリティの人権の問題であることを踏まえた解釈の必要性

特に本件はマイノリティの人権が問題になっていることにも留意し、解釈方法の選択が性的少数者に対する構造的差別を再生産するものにならないように留意しなければならない。

すなわち、婚姻は人の人生と人格に深くかかわることであり、婚姻

の自由は、意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背景に憲法 13 条が基盤とする個人の尊重や幸福追求の権利がある（甲 A 167・加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（下）』669 頁参照）。この点、最大決令和 3 年 6 月 23 日判タ 1488 号 94 頁三浦守意見も、「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」であるとする。

しかしながら、特に法律婚の要件は、「婚姻」として保護される家族とそれ以外を線引きすることになるという意味で、家族の在り方を規格化することになるため、必然的にその規格から外れた関係に対して、婚姻関係と同等には公証しないという不利益を与えることになる（不利益の具体的な内容については上記第 2 の 6 参照）。

そうした中で、例えば社会の多数派が「婚姻」は法律上異性のカップルのものであると考えていることのみでもって、法律上同性のカップルに対して憲法 24 条 1 項の保障は及ばないとすることは、社会における性的少数者に対する構造的差別を再生産するものとなり許されない（差別の文脈を考慮すべきことについて第 2 の 7 も参照）。

よって、憲法 24 条 1 項の保障内容は、同項の文言や表現のみならず、その目的とするところを踏まえて、性的少数者に関する知見や、個人の尊重がより明確に認識されるようになったとの背景のもとで解釈する必要がある（以上について、同種訴訟の札幌高判令和 6 年 3 月 14 日（甲 A 813。以下、単に「札幌高裁判決」という。）16～17 頁）も同旨。）。

このように性的少数者を、マイノリティであるがゆえに婚姻制度から排除するという解釈を否定し、憲法 24 条 1 項の趣旨・目的に照らして婚姻の自由の保障範囲を検討することは、婚姻制度がより多様な

人的結合関係を社会の基礎的な構成単位として認める枠組みとなり、憲法の標榜する民主政の土台となる社会の多元性が確保されることにもつながるものである（訴状 21 頁。甲 A 17・芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』393 頁、甲 A 19・『註解日本國憲法上巻』470 頁、甲 A 156・『注釈日本国憲法（2）』496 頁 4 行目〔川岸令和〕）。

3 法律上同性のカップルにも婚姻の自由の保障が及ぶこと

（1）憲法 24 条 1 項は同性間の婚姻を禁止する趣旨ではないこと

憲法 24 条は、婚姻及び家族に関する明治民法の規律が、個人の尊重に欠け、男女間の不平等が顕著なものであったことから、封建的な規律を撤廃して、個人の尊重（憲法 13 条）と法の下での平等（憲法 14 条）という基本原則に立脚した制度が制定されなければならないことを明らかにする趣旨で設けられたものであり、婚姻については、戸主の同意権のような制限を排除して、婚姻当事者の自由意思の尊重と婚姻当事者間の平等を保障することを目的としていた（原判決 47 頁）。

一方、憲法制定当時、法律上同性の者との間での婚姻の可否については議論されなかった。それは、当時、同性愛者等が「異常」「病理」と捉えられており、法律上同性間の人的結合関係が保護の対象となるとはおよそ考えられなかったからにすぎない（原判決 27～29 頁）。

したがって、憲法 24 条 1 項において「両性」や「夫婦」といった男女を想起させる文言が用いられているとしても、それは婚姻を法律上異性のカップルのものとする積極的意図はなく、特定の属性を有する者を婚姻制度から排除する特別な意図もない。

この点、原判決も、憲法 24 条の規定をもって、同性間の人的結合関係には同様の法的保護を与えないことを憲法自体が予定し、許容する趣旨であると解することはできないと指摘する（48～49 頁）。

(2) 憲法 24 条の趣旨を踏まえると法律上同性のカップルにも婚姻の自由を保障すべきこと

ア 人と人が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な共同生活を営もうとして人的結びつきを形成することは、人生に充実をもたらし、その人らしい幸福追求に重要な意味を持つ。そのため、そのような親密かつ永続性のある人的結合関係を国家その他の第三者に干渉されることなく形成する自由が、家族の維持形成にかかわる自己決定権（幸福追求権）として、憲法 13 条により保障される（甲 A 241・駒村圭吾教授意見書 2 頁、甲 A 167・加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（下）』669 頁も参照）。

そして、憲法 24 条は、人と人との親密かつ永続性のある人的結合関係を国家その他の第三者に干渉されることなく形成するという家族の維持形成にかかわる自己決定権（幸福追求権）をより具体的に保障する規定であり、法律婚の要件が「婚姻」として保護される家族とそれ以外の関係とを線引き（規格化）する場合であっても、すべての人の幸福追求に優劣をつけず、個人として尊重することが求められる。そのため、婚姻は対等で自律的な意思決定に委ねられるべき幸福追求の選択肢であり、自らが望む相手との間で、両者の合意のみで婚姻することができるという普遍的な観念ないし原理が婚姻制度の中核的要素として位置付けられている。

婚姻制度は、このような観点から、それを求めるすべての人に利用可能なものとして構築された開放的な制度である。多様な家族の在り方や個人の幸福追求を尊重し、価値中立的であることによって、憲法 13 条が求める「個人の尊重」の実現を図ったものであるから、人の属性や生き方によって享有主体の範囲を画することは本来予定されて

いない。したがって、憲法の理念と多様な社会的要請を適切に調整して、できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築すべき憲法上の要請がある（甲 A 5 5 4・土井真一「婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さない民法 7 5 0 条及び戸籍法 7 4 条 1 号の合憲性」 2 頁）。

イ そして、原判決が「控訴人らも、…それぞれ同性の交際相手を得て、お互いを人生の伴侶とすることを望み、家事や生活費を分担し、子がある控訴人西川と控訴人小野においてはお互いの子を共同して養育するなど、その実態において、婚姻関係にある夫婦と異なるところのない共同生活を営んできたものである」（5 0 頁）と認定するように、法律上同性のカップルは、法律上異性のカップルと同様、「婚姻の本質」（最大判昭和 6 2 年 9 月 2 日民集 4 1 巻 6 号 1 4 2 3 頁）を満たしうる関係を築くことができ、現にそのような人的結合関係を築いている者が多数存在する。共同生活の実態という面でも、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとで何ら異ならない（本書面別紙 1・第 1 参照）。

また、婚姻が果たしてきた社会の次世代の構成員の確保につながる重要な社会的機能に着目するとしても、法律上同性のカップルも子を共同で養育することは多数あり、このような次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たしてきたという点においても、法律上異性のカップルと異なるところはない（上記第 2 の 4）。

そして、現在においては、同性愛等が「異常」、「病理」であるとの認識の誤りが明らかとなり、すべての人の人権がその性的指向及び性自認にかかわらず平等に尊重されるべきであるとの認識が国内外で広く共有されており（原判決 2 9 ～ 3 3 頁）、性的指向や性自認の在り方にかかわらず家族形成の営みが等しく尊重されるべきとの理解が確立している（上記第 2 の 2）。

したがって、憲法 13 条により保障される家族の維持形成に関する自己決定権（幸福追求権）は、法律上同性のカップルにも法律上異性のカップルと等しく保障されるものであるから、憲法 13 条の保障内容をより具体化し、すべての人の幸福追求に優劣を付けず、個人として尊重するために、婚姻があくまで対等で自律的な意思決定に委ねられるべきことを婚姻制度の中核的要素（制度的核心）として定めた憲法 24 条においても、法律上異性のカップルと同様に、法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由が保障されると解さなければならない。

（３）婚姻の意義に照らしても法律上同性のカップルに婚姻の選択肢が保障されている必要があること

ア 婚姻は、当事者間の親密な人的結合関係を一定の要件の下に社会的に正当なものと認め、これに一定の効果を与える制度であり、婚姻当事者間の関係が婚姻制度のもとで公証されることで、居住、就労、療養その他の社会生活上の様々な場面において、配偶者として公認されたものと扱われることにより、共同生活の安定と人生の充実を得ることができるという意義がある（原判決 46 頁）。

それゆえに、「婚姻をすることで、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すものであり、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益として十分に尊重されるべきもの」となる（原判決 46～47 頁）。

イ 法律上同性のカップルにとっても、「自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益で

あることに変わりがなく、男女間の関係におけるのと同様に十分に尊重されるべきものである」(原判決50頁)。

また、婚姻が「安定的で充実した社会生活を送る基盤」を成す背景には、「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」という実態がある(原判決46頁)。そのため、仮に法律上同性のカップルの間での法的身分関係を形成する規定が、婚姻制度とは別に作られたとしても、それは国民に尊重する意識が幅広く浸透している法律婚ではない以上、(法的効果は同等であったとしても)かかる制度では「安定的で充実した社会生活を送る基盤」とはならず、法律上同性のカップルの人格的存在が脅かされることになる(上記第2の6参照)。

ウ したがって、婚姻の意義に照らしても、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと区別する理由はなく、法律上同性のカップルに婚姻の選択肢が保障されていることが必要である。

(4) 婚姻の目的は生殖と子の養育の保護のみにあるのではないこと

ア 被上告人は、現行の婚姻制度の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、法律上同性のカップルが婚姻できないことの合理性を主張する。

イ しかしながら、このような被上告人の理解は誤りである。

旧民法及び明治民法の起草者や明治民法下の学説は、婚姻の目的は「両心の和合」「終生の共同生活」「共同の生存」にあり、生殖や子を得ることは必ずしも婚姻の目的ではないと解するものが大勢であったし、戦後の学説においても同様である。

また、明治民法以来、現行法令に至るまで、生殖の意思、能力のあることは婚姻の要件とはされておらず、婚姻の解消事由ともされてい

い。本件諸規定の内容についても、その多くは生殖や子の養育を伴わずとも、人と人が人生を共にしようとするときその関係を家族として認め、保護・規律する意味を持つ規定である。

加えて、子に関する規定であっても、例えば夫婦と血縁関係のない子を共同で養子にする場合の規定は生殖とは無関係である。嫡出推定規定についても、それは夫婦に子が生まれた場合に法的親子関係をどのように形成するかという問題であって、嫡出推定規定の存在から婚姻制度の目的が生殖関係の保護にあるとの結論を導くことはできない。

ウ 原判決もこれらの点を的確にとらえて、「民法は、男女が婚姻をして共に生活すると、夫婦間に子が生まれ、夫婦と親子から成る家族が形成されることを一般的に想定して、婚姻と親子を密接に結び付けた規律をしているが、この一般的な想定全体に当てはまるものだけを社会的に正当な家族の在り方と認めて規律の適用対象としているわけではない」(45頁)と指摘し、「我が国の婚姻制度は、婚姻当事者間の人的結合関係自体に社会共同体の基礎を成す構成単位としての意義を認め、これを法的な身分関係として制度化し、法的保護を与えてきたものであるといえる。」(46頁)と評価した。

このように、原判決が、現行の婚姻制度の目的や意義について、「夫婦間に子が生まれ、夫婦と親子から成る家族」のみならず、多様な家族の在り方を内包していることを的確に踏まえて評価していることは、「個人の尊重」(憲法13条)という憲法の基本原則にも沿ったもので適切である。

(5) 法律上同性のカップルが婚姻することに対する反対意見について

ア なお、日本ではこれまで婚姻が法律上異性のカップルにのみ認められてきたため、国民の中に、法律上同性のカップルが婚姻することに

否定的な考えを持つものが、近年は相当減少しているものの、なお一定数存在することが指摘されている（原判決53頁）。

しかしながら、本件は法律上同性のカップルの人権問題である。「人が生まれながらに由来する自由と権利、これに係る個人の尊厳の実現には、家族とこれに対する社会的な制度の保障が不可欠であるといえるのであって、同性間で婚姻ができない不利益を解消する必要性は非常に高い」（甲A813・札幌高裁判決21頁）ものであって、反対意見があるということのみを理由に、法律上同性のカップルの婚姻を許さないということにはならない。

イ また、同性愛者等の性的少数者に対しては、未だに偏見、無理解も残存しているのであるから、法律上同性のカップルが婚姻することに反対する意見や、婚姻とは男女が子を産み育てる関係を保護するものだという一定の人々の意識をそのまま憲法解釈に直結させることは、残存する偏見、無理解を是認し、性的少数者に対する構造的差別を再生産するものである。そのような憲法解釈は、「個人の尊厳」と「法の下での平等」という憲法の基本原理に照らして許されない。

ウ 仮に、本件において国民感情や婚姻についてのいわゆる「社会的承認」を何らか考慮するとしても、憲法24条1項が法律上同性のカップルの婚姻を保障しているかは、「個人の尊厳」と「法の下での平等」という基本原理に照らし、現代における社会的事実を十分に踏まえた上で判断されるべき法的問題であるから、国民感情や社会的承認の事実評価は上記原理によって篩（ふるい）にかけられたものでなければならぬ（婚外子相続分差別違憲訴訟最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁（以下「婚外子相続分差別違憲大法廷決定」という。）の評価方法について、控訴理由書第2分冊28～30頁、49～53頁を参照。）。

そうすると、同性愛者やトランスジェンダー等の性的少数者に対する嫌悪感や偏見、無理解を背景とする国民感情や社会的承認は、個人の尊厳の観点からも考慮すべきではない。また、現行の婚姻制度が長らく法律上異性のカップルを基本的な単位として続いてきたことから、これとは異なる法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用することに対する違和感をもつことはあり得るが、これは法律上同性のカップルも現行の婚姻制度が利用できるようになることで次第に解消されるものであり、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂することを否定する理由とはなりえない。

この点、札幌高裁判決（甲 A 8 1 3）は「同性間の婚姻について、同性愛に対する違和感、これが高じた嫌悪感、偏見を持つ場合があると考えられる。もともと、この点は、感覚的、感情的な理由にとどまるものといえ、現在も実施されているように、啓蒙活動によって、同性愛は、生まれながらの器質、性質に由来し、合理的に区別する理由がないことを説いていくことによって解消していく可能性がある。」（21 頁）とし、福岡高裁判決（甲 A 8 3 8）も、法律上同性のカップルが婚姻することに対する反対意見について、「新たな法制度の登場に対する不安や違和感によるものとみられるところ、このような不安等は、同性のカップルによる婚姻について法制度が整えられ、法的な地位が明確にされることで払拭され则认为られる。」（14～15 頁）と指摘している。

加えて、そもそも、法律上同性のカップルの婚姻に関する世論調査では、賛成する者の割合はほぼすべての調査で過半数を超え、2023（令和 5）年の調査では賛成する者の割合が多いものでは 72%に上るのに対し、反対する者の割合はすべての調査で 3 割未満となっているなど、性的指向・性自認にかかわらず個人として尊重し、その権

利を保障すべきであるという考えは既に国民の意識としても確立しており、現在では「同性間の人的結合関係に男女間の婚姻と同様の保護を与えることについて、否定的な考え方が国民一般に広く共有されている状況にあるとはいえず、むしろ社会的受容度は相当程度高まっている」(原判決54～55頁)。

エ したがって、以上のような状況の中で、なおも少数の反対派の存在を踏まえて、いまだ法律上同性のカップルが婚姻することについて社会的承認がないなどとして、法律上同性のカップルに対して婚姻の自由の保障を認めないことは、性的少数者に対する構造的差別を再生産するものであって、「個人の尊厳」と「法の下での平等」という基本原理に照らして許されない。

4 本件諸規定は憲法24条1項に違反すること

以上のとおり、憲法24条1項が婚姻の自由を保障する趣旨は、憲法13条により保障される人格的結合関係の形成を保護するにあたって、自らが望む相手との合意のみでもって婚姻することができることを明確にすることによって、多様な家族や個人の幸福追求の在り方を尊重することにある。そして、性的指向や性自認の在り方にかかわらず、家族や個人の幸福追求は等しく尊重されるべきであり、これに対する法的保護が与えられるべきこと及びその程度も法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとで異なるところはない。

よって、憲法24条1項は、法律上同性のカップルの婚姻について、法律上異性のカップルの場合と等しく保障しているというほかになく(甲A813・札幌高裁判決17頁)、本件諸規定のうち、法律上同性のカップルに対して、現行の婚姻制度の利用を認めていない点は、憲法24条1項に違反する。

第4 憲法24条2項違反

1 主張の概要

(1) 原判決の判断

原判決は、現行の法令が、民法及び戸籍法において男女間の婚姻について規律するにとどまり、同性間の人的結合関係については、婚姻の届出に関する民法739条に相当する 配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことは、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益について、合理的な根拠に基づかずに、性的指向により法的な差別的取扱いをするものであって憲法24条2項に違反するとした(原判決56頁)。

この点、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するかについての意思決定、とりわけ誰と婚姻するかという配偶者の選択に係る意思決定は、その人の人格に深くかかわり、個人の幸福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り(最大決令和3年6月23日判タ1488号94頁三浦守意見)、もし、婚姻、とりわけ「配偶者の選択」(憲法24条2項)を自由に行えないのであれば、個人が尊厳ある存在として尊重されたとは到底いえない。なぜならば、「個人の尊厳」は、個人に根源的価値を認め、個人の自由と自主性を平等に尊重しようとする原理であり(甲A546・宮澤俊善＝芦部信喜『全訂日本国憲法』注10・266頁)、憲法24条2項が「配偶者の選択」を明示するのも、それが個人の尊厳に関わる重要な事柄だからである。

したがって、法律が婚姻の自由、とりわけ「配偶者」の選択の自由を直接否定したり、婚姻の成立や配偶者の選択に個人の人格を否定するような条件を設けて自由な意思決定を制約したりするような場合には、その制約に真にやむを得ない理由が存在するか否かが厳格に審査される必要があり、その観点からすると、原判決が婚姻の届出に関す

る民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことを憲法24条2項に違反するとした点は重要である。

(2) 法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しないことは、法律上同性のカップルの個人の尊厳を侵害するものであること

もっとも、原判決は、端的に法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用できないことが憲法24条2項に違反するかについて具体的な検討を行わなかった。

その背景には、法律上同性のカップルの人的結合関係について、「配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設ける方法としては、婚姻を男女間のものとしている民法及び戸籍法の規定を改正して、婚姻を同性間でも認める立法をする方法だけではなく、婚姻とは別の制度として、同性間の人的結合関係について婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を新設する立法をする方法もある」(原判決55頁)との考えがあると思われる。

しかし、上記第2で指摘したとおり、法律上同性のカップルの人的結合関係について、配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けるには、現行の婚姻制度への包摂以外の方法はなく、本件諸規定のうち法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点は、法律上同性のカップルの個人の尊厳を侵害し、憲法24条2項に違反すると判断しなかった原判決は不当である。

2 憲法24条2項審査の内容・基準

(1) 憲法24条2項の意義

憲法 24 条は、1 項において、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趣旨を明らかにするとともに、2 項において、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねつつ、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものであると解される。

そして、憲法 24 条が、本質的には様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなければそれで足りるというのではなく、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと等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り、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる(以上について、再婚禁止期間違憲訴訟大法廷判決、夫婦同氏訴訟最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁(以下「夫婦同氏訴訟大法廷判決」という。)参照)。

(2) 法律上同性のカップルが婚姻すること自体が制限されていることを踏まえた審査が必要であること

ア 婚姻及び家族に関する事項を定める法律の制定について国会に合理的な立法裁量があるとはいえ、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、婚姻(法律婚)をすること自体を制約するものとのがあり(甲 A167・加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度(下)』667 頁参照)、国会の立法裁量の広狭は、問題となる事項や権利・利益の内容・性質等に照らして具体的に設定される

べき」である（甲 A 5 5 4・土井真一「婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さない民法 7 5 0 条及び戸籍法 7 4 条 1 号の合憲性」 3 頁参照）。

そのため、婚姻という枠組み自体の利用を認めないようにすることと、同じ婚姻という枠組みの中で、様々な立場や他の諸利益と調整する等しながら、どのような制度目的のもとで位置付けるかということでは、自ずと立法裁量の広狭に差が生じるものである。

イ そして、本件諸規定は、現行の婚姻制度の利用を法律上異性のカップルに限り、法律上同性のカップルに対してその利用を認めていない。すなわち、性的指向が法律上同性に向く者においては、婚姻をしないか、自らの性的指向に反して法律上異性の者を配偶者として婚姻をするかのいずれかを選択するしかなく、「自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について、配偶者としての法的身分関係が形成できること」において中核的な要素である「配偶者の選択」（憲法 2 4 条 2 項）をして、その相手との関係について公証を受けることができない。

しかしながら、人の性的指向・性自認は、性愛や親密関係の基礎をなす重要な人格的属性であり（訴状 1 1 頁以下）、これを社会においてあるがままに尊重されること自体が重要な人格的利益であり（憲法 1 3 条、理解増進法 3 条）、すべての人の人権がその性的指向及び性自認にかかわらず平等に尊重されるべきであるとの認識が国内外で広く共有されている（原判決 2 9 ～ 3 3 頁）。

そうすると、法律上同性のカップルに対して、その性的指向・性自認を理由に婚姻の利用を認めないとしていることは、性的指向・性自認といった、等しく尊重されるべき属性であり、かつ、本人の意思や努力によって変えることのできない事由によって、現行の婚姻制度の中核的な要素である「配偶者の選択」をしてその相手との関係につい

て公証を受けることを否定するという重大かつ直接の制約を課していることになるため、その点についての立法裁量は極めて狭い。

ウ したがって、本件諸規定のうち、法律上同性のカップルに対して、その性的指向・性自認を理由に婚姻の利用を認めていない点は、その合理性について厳格に審査する必要がある、現行の婚姻制度とは別の制度とすべきやむを得ない理由がない限り、法律上同性のカップルの「個人の尊厳」を侵害するものであって憲法 24 条 2 項に違反する。

3 法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しないことは、法律上同性のカップルの個人の尊厳を侵害するものであること

(1) 法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しないことについて合理的な理由がないこと

ア 親密な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係が形成されること、すなわち婚姻をなしうることの価値は、法律上同性のカップルと法律上異性カップルとの間で全く異なるところはない。かかる価値に差異を見出すことは、性的指向、性自認を理由とする差別であって許されない（憲法 13 条、14 条、理解増進法 3 条）。

そして、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同じ現行の婚姻制度に包摂することは法技術的には容易に可能であり（上記第 2 の 3 参照）、婚姻制度の意義や社会的機能に照らしても同じ現行の婚姻制度に包摂することが素直である（上記第 2 の 4 参照）。法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用した場合、現行の婚姻制度を利用し、法的に家族を形成し、公証される利益を得たいと考えていた法律上同性のカップルがかかる利益を享受できることになるだけであり、これまで現行の婚姻制度のもとで行われてきた社会的な営みに何ら支障を与えず、法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用すること

が公共の福祉に反するものでもない（上記第2の5参照）。

また、上告人らは、法律上異性のカップルと同じ現行の婚姻制度に包摂されることを望んでいる者であり、現行の婚姻制度とは別の制度とすることが、法律上同性のカップルにとって積極的な利益になることもない（別紙1・第2の3参照）。

イ 一方で、法律上同性のカップル専用の、現行の婚姻制度とは異なる新たな制度を新設した場合、仮に法的効果が現行の婚姻制度と同等であったとしても、社会的効果（公証）が等しいものにはなりえない。それどころか、法律上同性のカップルに対して「婚姻とは別の制度」を利用させ、当該制度でしか家族としての関係を公証できないようにすることは、法律上同性のカップルに対するアウティングを意味する。そのため、「婚姻とは別の制度」では「安定的で充実した社会生活を送る基盤」とはなりえず、法律上同性のカップルの人格的存在が脅かされることになる（上記第2の6参照）。

ウ したがって、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂しないことについて合理的な理由はない。

（2）法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂することに反対する意見があるとしても、そのことは結論を左右しないこと

これに対して、被上告人からは、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂することについて、反対利益と称すべき具体的な主張は一切されていない（婚姻の目的を自然生殖関係の保護であるとして法律上同性カップルを排除する被上告人の議論が誤りであることは上記第3の3（4）に記載のとおりである。）。

そうすると、法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めないことの理由として残るのは、現行の婚姻制度が長らく法律

上異性のカップルを基本的な単位として続いてきたことから、これとは異なる法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用することに対する違和感、嫌悪感をもつ者への配慮というものである。

しかし、第 1 に、現行の婚姻制度は男女のものだという愛着や、法律上同性のカップルが婚姻することに対する嫌悪感は、単に感情的・感覚的なものにすぎず、このような人の属性に対する好き嫌いでもって制度を区別することは、まさに法律上同性のカップルを「違う存在である」というメッセージやスティグマを与えるものとなり、差別的な偏見を固定化し助長するものであるから許されない（上記第 3 の 3（5）参照）。

第 2 に、法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用することに対する違和感、嫌悪感というのは、まさに法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用できていないことに起因して生まれているものにすぎず、法律上同性のカップルが現行の婚姻制度を利用することができるようになり、それが社会に浸透することによって解消されるものである（上記第 3 の 3（5）参照）。

（3）小括

以上からすれば、法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めないことにやむを得ない理由はなく、法律上同性のカップルの個人の尊厳（憲法 24 条 2 項）を害するものであって許されない。

4 本件諸規定は憲法 24 条 2 項に違反すること

よって、本件諸規定のうち、法律上同性のカップルに対して、現行の婚姻制度の利用を認めていない点は憲法 24 条 2 項に違反する。

第5 憲法14条1項違反

1 はじめに

原判決は、同性間の人的結合関係について婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことが憲法14条1項に違反するとしたものの、法律上同性のカップルの婚姻を認めない本件諸規定が憲法14条1項に違反すると端的に判断しなかった。また、原判決は、本件諸規定は性別に基づく差別的取扱いでもあるとの上告人らの主張（控訴理由書第3別冊8～9頁等）について判断しなかった。

しかし、本件諸規定の下では法律上異性のカップルは婚姻することができ、婚姻に伴う身分関係の公証、当該身分関係に応じた法的地位、当該地位に基づく法的効果及びそれらに伴う社会的承認を当然に享受しているのに対し、法律上同性のカップルは婚姻することができず、それに伴う利益を剥奪されているのであって（以下「本件別異取扱い」という。）、本件別異取扱いは性的指向及び性別に基づく法的な差別的取扱いとして憲法14条1項に違反する。

以下、原判決の判断と照らし合わせつつ、改めて整理する。

2 本件別異取扱いは、人の人格に深く関わり、かつ、自らの意思や努力によっては変えることのできない属性に基づくこと

(1) 性的指向に基づく別異取扱い

婚姻の本質は、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるところ（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁参照）、そのような本質に合致する婚姻は、必然的に、本人の性的指向による影響を強く受けることになる。

同性愛の性的指向を有する者、あるいは本人の性的指向・性自認の

在り方により結果として性的指向が法律上同性の相手に向いている者がその性的指向と合致する同性との間で婚姻することを妨げられているのは、本件諸規定が法律上異性のカップルの婚姻のみを認めていることによって永続的に生じる直接的な帰結であるから、法律上異性のカップルの婚姻を認め、法律上同性のカップルの婚姻を認めない本件諸規定により、同性愛者等は婚姻することを直接的に制約されている。すなわち、本件諸規定は、婚姻を希望する者の性的指向に基づき、婚姻の可否について別異取扱いを行うものである（甲A100・オバーガフェル判決235頁、甲101の2・台湾大法官解釈4頁、甲A170・巻美矢紀教授論考115頁、甲A211の7・日弁連意見書8頁、甲A228・木村草太教授意見書2頁及び甲A429・渋谷秀樹教授意見書15頁も同旨。）。

この点、原判決は、「性的指向が異性に向く者は、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について、婚姻により配偶者としての法的身分関係の形成ができるのに対し、性的指向が同性に向く者は、これができないという区別」を「本件区別」と定義した上で（50頁）、「現行の法令が同性間の人的結合関係については配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことにより、性的指向という本人の意思で選択や変更をすることができない属性によって、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益の享受の可否につき、本件区別が生じている。」（51頁）とした。性的指向に基づく別異取扱いの存在を認めた点は妥当であるが、端的に別異取扱いの中身を「本件諸規定が法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていないこと」としなかった点は不十分であり、憲法14条1項の解釈を誤っている。

(2) 性別に基づく別異取扱い

婚姻しようとする相手が法律上の女性である場合、自身が法律上の男性であれば婚姻できるが、法律上の女性であれば婚姻できない。反対に、自身が法律上の女性である場合、婚姻しようとする相手が法律上の男性であれば婚姻できるが、法律上の女性であれば婚姻できない。

つまり、婚姻できるか否かが、自分自身の性別あるいは婚姻を希望する相手の性別によって区別されているのであるから、これが性別による別異取扱いであることは明らかである（甲 A 4 3 5・大野友也准教授意見書、甲 A 4 2 9・渋谷秀樹教授意見書 1 4 頁及び甲 A 5 4 3・木村草太教授論考も同旨。）。

この点、原判決が、本件別異取扱いが性別によるものでもあると判断しなかったことは、憲法 1 4 条 1 項の解釈を誤ったものである。

(3) 後段列挙事由による別異取扱いであること

憲法 1 4 条 1 項後段に列挙される各事由は、歴史的に存在した不合理な差別事由、すなわち、差別の歴史が長く、容易に根絶できなかった事由であるから、これらの事由による差別は、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものである（甲 A 1 5・芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第 6 版〕』1 3 4 頁）。

そして、上記のとおり、本件別異取扱いは、性的指向及び性別に基づく別異取扱いであるところ、異性愛以外の性的指向については、長い間社会的に、異常性愛、変態性欲等の偏見・侮蔑・無理解の対象とされ、同性愛者等は様々な差別を受けてきた。しかし、性的指向は、個人の人格に深く関わる、あるがままに尊重されるべき属性である上、自らの意思や努力によっては変えることのできないものであるから、これを根拠に差別することは到底許されない。同性愛者等が古くから

差別や偏見に晒されてきたこと、また、差別が原則として不合理といえる属性に基づくことからすれば、性的指向に基づく別異取扱いは、まさに憲法 14 条 1 項後段の各列举事由が想定する場面である。

具体的には、甲 A 5 7 0・長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』[川岸令和執筆部分]が、「性的指向・疾病・住所・外見など列举されていない事項であっても、人を差別する理由となるものは現実に存在しており、時代の変遷に応じて新たなものが生み出されてくるかもしれない。憲法はそうした差別にも対応できるものとして解釈されなければならない」(172 頁)、「性的指向も社会的身分に含めて捉えることは可能であろう。同性愛の性向は本人の意思や努力で変えられるものではないと理解されるようになってきているからである」(190 頁)と指摘するとおり(下線部は上告人ら代理人による。以下同じ。)、性的指向は憲法 14 条 1 項後段の「社会的身分」に該当する。

また、憲法 14 条 1 項後段が「性別」による差別の禁止を明示したのは、歴史上長きにわたって女性が男性と同等の権利主体とみなされず、女性差別が恒常的に存在したからである。女性差別は社会的・経済的マイノリティである女性という「性」に関する差別であるところ、性的少数者もまた、長きにわたって偏見・差別の対象とされてきたことからすれば、性的少数者に対する差別も「性」に関する差別に他ならない。この点、国連自由権規約委員会も、自由権規約第 2 条第 1 段及び同第 26 条の「sex」は性的指向を含むとの判断を示している(原判決 30 頁)。したがって、性的指向に基づく本件別異取扱いは、憲法 14 条 1 項後段の「性別」に基づく別異扱いにも該当する。

さらに、本件別異取扱いは、婚姻できるか否かが自分自身の性別あるいは婚姻を希望する相手の性別によって区別されているという点でも、憲法 14 条 1 項後段の「性別」に基づく別異扱いに該当する。

この点、原判決が「性的指向は、出生前又は人生の初期に決まるものであって、本人の意思で選択や変更をすることはできないことが明らかになっている」(49頁)としたことは妥当であるが、性的少数者に対する差別が憲法14条1項後段に列举される各事由による差別ないしそれに匹敵するような不合理な差別であることを踏まえなかったことは、不十分であり、本件諸規定が法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていないことは憲法14条1項に違反するとの端的な判断に至らなかった要因の一つといえる。

憲法14条1項適合性の審査においては、「区別事由の検討に加え、当該事案に横たわる偏見、ステレオタイプ、差別の歴史の存在を踏まえ、被侵害利益がどのように(差別的に)奪われているのかを審査することが求められている」(甲A568・白水隆「平等違反基準の変更にき変更一目的手段審査か総合衡量か?」大林啓吾ら『憲法判例のエニグマ』46頁)ところ、「同性婚を求める人々は同性愛者やトランスジェンダー等の性的少数者であり、社会におけるマイノリティである。彼らに対しては社会的に偏見が存在した。いや偏見をもってみられてきたというより、無視されてきたといった方がよい。そうだとすれば、同性婚問題それだけを切り取って検討するのではなく、社会的差別という大きな脈絡のなかでとらえようとするとところから、平等が論じられる」(甲A792・安西文雄教授意見書9～13頁)べきである。

3 本件別異取扱いによる不利益

本件諸規定により、同性愛者等は婚姻することを直接的かつ永続的に制約されているのであって、同性愛者等は、婚姻に伴う身分関係の公証、当該身分関係に応じた法的地位、当該地位に基づく法的効果及びそれらに伴う社会的承認を享受することができない。

本件別異取扱いの憲法 14 条 1 項適合性を審査する際には、婚姻による法的効果一つ一つについて、法律上同性のカップルにそれを与えない合理的な理由があるかが審査されなければならないと共に、法律上同性のカップルに婚姻に伴う身分関係の公証や法的地位が与えられないことによって性的少数者の社会的地位が格下げされることを正当化する理由が果たしてあるのかが精査されなければならない。

(1) 法的効果

法律上同性のカップルは、婚姻による法的効果（例えば配偶者の法定相続権など）を一切享受することができない。言い換えれば、本件別異取扱いには、法律上同性のカップルが現行の法律婚制度が定める法的効果の一つも享受できていないこと、つまり個々の効果における別異取扱いも含まれる。

上告人らは、婚姻に伴う効果の一つ一つについて別異取扱いをされているのであり、その一つ一つについて合理的根拠が示されない限り、当該別異取扱いは正当化されないところ（甲 A 2 2 8・木村草太教授意見書 3～4 頁も同旨。）、婚姻に伴う各法的効果について、それぞれの趣旨に照らして、法律上同性のカップルにそれを与えない理論的根拠は存在しない（訴状 5 6～5 8 頁及び控訴人ら第 7 準備書面。甲 A 2 2 8・木村草太教授意見書及び甲 A 5 4 3・木村草太教授論考 5 0 頁も同旨。）。

(2) 身分関係の公証及びそれに応じた法的地位

また、国籍法違憲最高裁大法廷判決（最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 6 2 巻 6 号 1 3 6 7 頁）が国籍を「基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等」の源泉となる「重要な法的地位」と位置付けたの

と同様、民法上の配偶者たる地位が、包括的な権利・利益の源泉として、極めて重要な法的地位であることに疑いの余地はない。そして、再婚禁止期間違憲訴訟大法廷判決が「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」と述べる通り、婚姻には「尊重すべき関係性である」という社会的承認が伴う。

しかし、法律上同性のカップルは、現行の婚姻制度を利用できないために、パートナーとの関係性を正当なものとして承認されず、社会を構成する「家族」として扱われない。身分関係の公証やそれに応じた法的地位が法律上同性のカップルに与えられないということは、すなわち、法律上同性のカップルが、婚姻した法律上異性のカップルと同等の社会的承認（国が認めた「正当な関係性」であるとの社会的承認）を得られないことを意味する（上記第2の6及び7も参照）。法制度が人々の差別的意識に影響を及ぼすことについては、婚外子相続分差別違憲大法廷決定が、当該規定の「存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねない」と指摘し、また、婚姻にかかる法的地位が与えられないことによる性的少数者の社会的地位の格下げについては、安西文雄教授が、「権利・自由のなかには、その重要性ゆえに、もしその享有を認めなければ当該犠牲者は社会的に劣位の位置づけを押しつけられる、というものがある。単なる権利・自由の問題にとどまらず、人の市民的地位に関わるものだ、という認識ゆえに平等を援用することがあるわけである。婚姻の地位などはまさにその例であり、これを拒否された人々は、社会的にはまともな存在ではないという劣位者扱いにつながりかねない。」（甲A792・6頁4～8行目）と指摘する通りである。

（3）原判決の判示

この点、原判決が、「本件区別によって性的指向が同性に向く者に生ずる不利益は重大なものである。」(51頁)、「性的指向が同性に向く者にとっても、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について 配偶者としての法的身分関係の形成ができることが、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益である」(52頁)として、法律上同性のカップルが被っている不利益の重大性を認定した点は妥当であるが、婚姻に伴うすべての法的効果について法律上同性のカップルにそれを与えない理論的根拠が存在しないこと及び現行の婚姻制度の利用が認められないことで性的少数者の社会的地位が格下げされていることを明示的に踏まえていない点は不十分である。

4 本件別異取扱いの憲法適合性は厳格に審査されること

本件別異取扱いが、人の人格に深く関わり、かつ、自らの意思や努力によっては変えることのできない属性(性的指向・性別)に基づくものであること(上記2)、本件諸規定によって同性愛者等が被っている不利益は重大であること(上記3)及び本件別異取扱いについては民主政の過程での救済が期待できないこと(下記第7)からすれば、本件別異取扱いに合理的根拠が認められるかの審査においては、真にやむを得ない理由が存在するか否かが厳格に問われなければならない(甲A101の2・台湾大法官解釈4頁、甲A170・巻美矢紀教授論考115頁、甲A211の7・日弁連意見書9～10頁、甲A228・木村草太教授意見書2頁及び甲A442・巻美矢紀教授論考122頁も同旨)。

この点、同種事案における札幌地裁判決(甲A401・22頁)は、「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であると

いえ、性別、人種などと同様のものということができる。このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」として厳格な審査の必要性を指摘し、また、同性間の婚姻を認めないことを憲法違反とした台湾大法官解釈（甲 A 1 0 1）も、同性に性的指向が向かう人が、事実上ないし法律上の排斥に遭い差別を受けてきたこと、社会的少数派であったこと、通常の民主的手続を通じて劣勢な法律上の地位を回復することが難しいこと等を理由に、厳格な審査基準を適用して合憲性を判断している。

5 本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はないこと

以上のとおり、本件別異取扱いにかかる合理的根拠の有無は、真にやむを得ない理由が存在するか否かという観点から厳格に審査されなければならないところ、すべての人はその性的指向や性自認にかかわらず等しく尊重されるべき存在であること、そして、婚姻に伴う身分関係の公証、法的地位、法的効果及びそれらに伴う社会的承認を等しく享受させなければ、法律上同性のカップルを尊重し平等に取り扱うことにはならないことからすれば、本件別異取扱いに真にやむを得ない理由は認められない。

この点、原判決が、「性的指向という本人の意思で選択や変更をすることができない属性により個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益の享受の可否につき本件区別が生じている状態を現在も維持することに合理的根拠があるとはいえない。」（55頁）として、原判決が定義する「本件区別」（性的指向が異性に向く者は、自らの自由意思に

より人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について、婚姻により配偶者としての法的身分関係の形成ができるのに対し、性的指向が同性に向く者は、これができないという区別（50頁）に合理的根拠はないと断言したことは妥当であるが、本件諸規定が法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていないことには合理的根拠がないと端的に判断しなかったことは不十分であり、憲法14条1項の解釈を誤っている。

6 憲法24条1項は本件別異取扱いの合理的根拠とならないこと

なお、本件別異取扱いが憲法14条1項違反であるとの上告人らの主張は、憲法24条1項の保障が法律上同性のカップルに及ぶことを必ずしも前提とするものではない。仮に、憲法24条1項の「婚姻」が法律上異性のカップルの婚姻を指し、本件諸規定が憲法24条1項に違反しないとしても、つまり、憲法24条1項が法律上同性のカップルの婚姻について直ちには保障していないとしても、そのことは、論理上、法律上同性のカップルについて法律上異性のカップルと必ず異なる扱いをすべきことを意味しない。

立法が、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルを等しく扱うことができ、それは憲法の基本原理に照らして望ましいことである（上記第2の2ないし4も参照）。それにもかかわらず、あえて等しく扱うことをせず、その結果、重大な不利益を生じさせているとすれば、その結果生じる法律上同性のカップルと法律上異性のカップルの別異取扱いが平等原則に照らして合理的根拠のない差別となることはあり得るから、本件別異取扱いの憲法14条1項適合性は、「平等」の観点から独立して審査されなければならない。

憲法24条1項と憲法14条1項との関係を論じた学説においても、

「憲法 24 条 1 項が『婚姻』以外の結合を『婚姻』と同等に扱うことは憲法上許されない、と解すべきではなかろう。むしろ国会は『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」(甲 A 37・渡辺康行ほか『憲法 I 基本権』456 頁〔宍戸常寿〕)、「配偶者の選択範囲の制限は、結婚の権利の制限とともに、平等の侵害として構成すべきである」(甲 A 442・巻美矢紀論考 122 頁)として、本件諸規定にかかる憲法 24 条 1 項適合性審査と憲法 14 条 1 項適合性審査を区別している(甲 A 429・渋谷秀樹教授意見書 14 頁も同旨。)

この点、原判決も、「憲法 24 条は…婚姻については、戸主の同意権のような制限を排除して、婚姻当事者の自由意思の尊重と婚姻当事者間の平等を保障する趣旨で設けられたもの」(48 頁)とした上で、『両性』、『夫婦』という文言を用いる憲法 24 条の規定をもって、性愛の対象とする相手を人生の伴侶と定めて共同生活を営むという永続的な人的結合関係が、性的指向によっては、同性間で成立し得ることを想定した上で、男女間の人的結合関係のみを法的な保護の対象とし、同性間の人的結合関係には同様の法的保護を与えないことを憲法自体が予定し、許容する趣旨であると解することはできず、憲法 24 条の規定があることを根拠として、男女間の婚姻のみを認め、同性婚は認めないことにつき、憲法 14 条 1 項違反の問題が生じ得ないということとはできない。」(48～49 頁)として、憲法 24 条の存在をもって本件別異取扱いの合理的根拠とすることを否定している。

憲法 24 条が家族制度・家庭生活において憲法 13 条と憲法 14 条という基本理念を反映するものであると解されているのは、明治民法における家族制度・家庭生活における男女不平等を反省してのことで

あるところ、それを法律上同性のカップル排除のために悪用すること
は許されない。

7 本件諸規定は憲法 14 条 1 項に違反すること

以上より、本件別異取扱いは性的指向及び性別に基づく法的な差別的取扱いに該当し、法律上同性のカップルの婚姻を認めない本件諸規定は憲法 14 条 1 項に違反する（甲 A 1 0 0・オーバーガフェル判決、甲 1 0 1 の 2・台湾大法官解釈 1 頁、甲 A 2 1 1 の 7・日弁連意見書 1 2 頁、甲 A 2 2 8・木村草太教授意見書 1 2 頁、甲 A 4 2 9・渋谷秀樹教授意見書 1 5 頁及び甲 A 4 4 3・千葉勝美元最高裁判事論考 2 0 7～2 0 8 頁も同旨。）。

この点、原判決が、端的に本件諸規定が法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていないことは憲法 14 条 1 項に違反すると判断しなかった点は不十分であり、憲法の解釈を誤るものである。

8 婚姻制度から排除したまま「婚姻と別の制度」を構築することは新たな差別であること

原判決が、「同性間の人的結合関係について、配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設ける方法」として「婚姻とは別の制度」を新設する余地を残すかのような判断をしたことの不当性は第 2 で述べたとおりであるが、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度から排除したまま、法律上同性のカップル用の「婚姻とは別の制度」を構築することは、新たな差別として憲法 14 条 1 項に違反する。

すなわち、憲法 14 条 1 項は「すべて国民は…社会的関係において差別されない」と定めているところ、法律上異性のカップルと法律上

同性のカップルを異なる制度に分類することは、仮に付与される法的効果が同一であったとしても、現行の婚姻制度の利用が認められる法律上異性のカップルとそうでない法律上同性のカップルという社会的承認の差異を生じさせるものであり、まさしく「社会的関係」において法律上同性のカップルを「差別」することにほかならない。身分制度の否定は平等原則の出発点であって、もっとも基本的な要請であるところ（憲法 14 条 2 項も貴族の制度について「これを認めない」と明示する。）、「婚姻とは別の制度」を法律上同性のカップルにあてがうことは、人を変更困難な人格的属性によって劣位に固定するに等しく、平等原則の出発点において否定した身分制度と変わらない。

この点、木村草太教授も、婚姻と同じ効果を与えるために、わざわざ別制度を設ける合理的理由はないとした上で、「理由もないのに婚姻制度を分けるなら、分離すれど平等の一種であり、差別感情を満足させるための区別だと認定せざるを得ない」とする（甲 A 578・『『差別』のしくみ』90頁）。また、安西文雄教授も、「同性婚に対し異性婚と同等の処遇を与えること、換言すれば異性婚に対する場合と同じく法律上の婚姻としての位置づけを与えることしか、違憲を回避する方途はないのではないか、と考えられる。」、「同性婚は…、14条の要請上、異性婚と同等に扱われるべきであるがゆえにやはり法律上は婚姻として扱われることが義務づけられる、という構成になる」とする（甲 A 792・安西文雄教授意見書 12～13頁）。

原判決自身も述べるように、「立法裁量は、個人の尊重（憲法 13 条）と法の下での平等（憲法 14 条）という基本原則に立脚した制度とすべきであるという憲法上の要請が、その裁量の限界を画するものである」（55頁）ところ、法律上同性のカップルについて婚姻とは別の制度を新設することは、「婚姻当事者の性別や子の生殖可能性の有無にかか

わらず」与えられるべき、「配偶者としての法的身分関係の形成」について、「男女間の婚姻とは異なる規律とすること」であって、合理的根拠を見出せず、憲法 14 条 1 項違反となる。

第 6 憲法解釈の合理性を基礎づける事実の重要性

- 1 上告理由は以上のとおりであるが、憲法 24 条 1 項及び 2 項並びに憲法 14 条 1 項違反の有無を審査する際には、明治民法や現行の民法・戸籍法の制定の経緯や現行憲法制定時の議論などの立法事実に加え、憲法解釈の合理性を基礎づける社会的、経済的、文化的及び歴史的事実（以下「憲法解釈の合理性を基礎づける事実」という。）としてどのような事実があるのかを踏まえることが、本件において公正かつ公平な判断を導くうえで必須であることを、今一度、強調しておきたい¹⁾。

本件において憲法解釈の合理性を基礎づける事実は様々あるが、婚姻の意義・目的などのほかに、特に重要なものは、下記の①共同生活と子育ての実態、②婚姻できないことによる不利益及び③規範や規範意識の変化の 3 点に関する事実である。

- ①共同生活と子育ての実態：婚姻をしている法律上異性のカップルと婚姻を希望し家族として生活している法律上同性のカップルとの間にその共同生活と子育ての実態において実質的な違いがあるか。

¹ 憲法解釈の合理性を基礎づける事実の重要性は学説でも指摘されている。例えば、高橋和之教授は、「こういった社会的・経済的・文化的・歴史的事実は、憲法解釈の合理性を支える事実であり、立法の合理性を支える事実ではありませんから、立法事実ではありません。しかし、だからといって、裁判所の憲法解釈がこういった事実を基礎にする必要がないということにはならないと思います。それどころか憲法解釈を条文の観念的操作によって行うことを避け、十分な事実の上に基礎づけることが、解釈論論争を不毛な論争にしないためにも不可欠のことと思います。」と述べる（高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）（甲A840）13頁）。

②婚姻できないことによる不利益：婚姻が認められないことにより、法律上同性のカップル（とその子）はどのような不利益を被っているのか。

③規範や規範意識の変化：国内外において、同性愛者、トランスジェンダーなどの性的少数者に対する規範や規範意識が憲法制定当時から現在に至るまでどのように変化してきたか。

上告人らは、上記①（共同生活と子育ての実態）に関し、上告人ら本人尋問、陳述書などの具体的な証拠に基づき、上告人らのように婚姻を希望し家族として生活する法律上同性のカップルの共同生活の実態は、婚姻をしている法律上異性のカップルと何ら変わらないこと、法律上異性のカップルにも法律上同性のカップルにも子を産み、育てることを選択しないカップルもいること、子を産み、育てることを選択する法律上同性のカップルの数は決して少なくなく、法律上異性のカップル同様、親としての責務を立派に果たしてきていることなどを主張してきた²。

また、上記②（不利益）に関し、上告人ら本人尋問や陳述書、学術調査など具体的な証拠に基づき、法律上同性のカップル（とその子）と法律上異性のカップル（とその子）との間に家族としての実態になんら違いがないにもかかわらず、法律上同性のカップル（とその子）は、婚姻ができないことにより「正式」な家族としての社会的な認知を得られず、それが法律上同性のカップルとその家族に対する差別やステイグマを強化する一因となっていること、婚姻する法律上異性のカップル（とその子）が受けられる様々な法的な利益や行政サービスを法

² 主張を基礎づける事実の要点を別紙1でまとめている。また、代表的証拠や関連する準備書面等を別紙2で列挙している。②及び③についても同じ。

律上同性のカップル（とその子）は受けることができず、法的に不安定な状態に置かれていること、したがって、法律上異性のカップル（とその子）にとって、“婚姻により法的に家族としての身分を形成し、当該身分が社会的に公証され、ふさわしい法的効果が付与される利益”が人格的存在に重要であるように、これらの利益は法律上同性のカップル（とその子）の人格的存在にとって重要であることなどを主張してきた。

さらに、上記③（規範や規範意識の変化）に関し、意見書、学術資料を含む豊富な証拠資料に基づき、憲法制定当時、今日でいう同性愛者やトランスジェンダーなどの性的少数者は「異常」で「劣った存在」と認識され、一般的に性的少数者が法律上同性の相手と婚姻をし、家族を形成するとは考えられていなかったこと、しかし、その後、精神医学や国際人権法の分野での見直しを背景に、国内外において、上記の認識が根本的に見直され、現在では“すべての人はその性自認や性的指向にかかわらず、等しく尊重される”という法規範が確立していること、いわゆる同性婚の国際的な広まりなどを背景に、家族制度の分野においても、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同等に取り扱われるべきであるとの規範意識が国外だけでなく日本国内においても広く共有されるに至っていることなどを主張してきた。

そして、訴状以来、本件においてこれらの事実が憲法解釈の上で極めて重要であることを繰り返し主張してきた。

これに対し、原判決は、上記①（共同生活と子育ての実態）について、上告人らの生活状況等に関する事実を認定したうえで（43～44頁）、上告人らも自らの性的指向に基づき同性の者を人生の伴侶と定めて永続的な人的結合関係を形成し、その関係に社会的公認を受けることを望む者であり、「それぞれ同性の交際相手を得て、お互いを人生

の伴侶とすることを望み、家事や生活費を分担し、子がある控訴人西川と控訴人小野においてはお互いの子を共同して養育するなど、その実態において、婚姻関係にある夫婦と異なるところのない共同生活を営んできた」(50頁)、「同性同士の共同生活においても、一方のみと血縁関係のある子、養子又は里親として養育の委託を受けた児童を共に養育している例が実際に存在しているのであって、次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たすことが、男女間の婚姻であれば実現可能で、同性間の人的結合関係では実現不能であるというわけではない」(53頁)などと評価した。

また、上記②(不利益)について、原判決は、「婚姻をすることで、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すものであり、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益として十分に尊重されるべきもの」としたうえで(46～47頁)、「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益の享受の可否につき、本件区別が生じている。」、「婚姻をすることで、配偶者としての法的身分関係が形成されると、それにより当然に生ずる民法その他諸法令に定められた法的効果を享受することができることのみならず、居住、就労、療養その他の社会生活上の様々な場面において、配偶者として公認された者と扱われること自体により、共同生活の安定と人生の充実を得ることができることに照らすと、本件区別によって性的指向が同性に向く者に生ずる不利益は重大なものである。」(51頁)などと評価した。

さらに、上記③(規範や規範意識の変化)に関しても、原判決は、前提となる事実を詳細に認定し(23～43頁)、概ね上告人らの主張に沿った評価をした(53～55頁)。

そのうえで、原判決は、上記の各評価を踏まえ、「婚姻及び家族に関する事項は国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえて定めるべきであることを考慮しても、性的指向という本人の意思で選択や変更をすることができない属性により個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益の享受の可否につき本件区別が生じている状態を現在も維持することに合理的根拠があるとはいえない。」と結論付けた（55頁）。

原判決の上記認定と評価は、各証拠に基づき、上告人らが原審にて行った意見陳述等を弁論の全趣旨として、本件における憲法解釈の合理性を基礎づける事実の重要性を正しく理解し、上告人らの訴えに真摯に向き合ったことによるものであり、極めて重い。民事訴訟法321条1項は「原判決において適法に確定した事実は、上告裁判所を拘束する。」と定めており、上告審においても、原審の憲法解釈の合理性を基礎づける事実の認定と評価を当然の前提としたうえで、公正かつ公平な憲法解釈が示されなければならない。

- 2 ところで、憲法解釈の合理性を基礎づける事実が重要であることは憲法解釈のプロである最高裁判事にとっては当然のことであり、上記1は釈迦に説法なのかもしれない。それにもかかわらず、上告理由の後にあえて上記1のようなことを述べたのは、犯罪被害者給付金事件最高裁判決（甲A806）における今崎裁判官の反対意見がきっかけである。例えば、同反対意見では「単なる同性同士の共同生活と何が異なるのか」「同性同士の関係において何をもち『事実上婚姻関係と同様の事情』と認めるかは、私はそれほど簡単に答えの出せる問題ではないと考えている」と述べるが、このような反対意見が付される背景には、法律上同性のカップルの実際の共同生活や子育ての実態等が、

社会からの差別的な扱いを避けるためにそのほとんどが公にされないために、法律上異性のカップルと変わらないことが最高裁判所内でも必ずしも実感を伴った認識として浸透していないことがあるように思われる。

しかし、本件は法律上同性のカップルがいないものとして社会から扱われてきたという差別を背景とする問題であるから、その共同生活の実態やそれぞれが現に直面している困難等について、まずは真摯に受け止める必要があることは繰り返し強調されるべきことであり、また真摯に受け止めようとする最高裁判所に応えたいと考えている。

具体的には、本件では、婚姻が認められていないことにより同性愛者等の性的少数者の「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」(原判決 55 頁) が合理的な理由なく侵害されているという状況に対し、婚姻を保障することによって憲法上の救済を与えるべきではないかが問われており、これに最高裁が正面から答えることが求められている。この点に関し、公正かつ公平な判断を行うためには、法律上同性のカップルの共同生活や子育ての実態等について正確に把握することが欠かせない。そこで、本書面別紙 1 において、上記①から③までのそれぞれについて、提出済みの証拠資料から裏付けられる事実の要点をまとめたので、まずはこれに目を通していただきたい。また、本件では、上告人らの本人尋問、陳述書など一級の証拠資料が豊富に顕出されている。その中でも、特に目を通していただきたい資料の一覧を本書面別紙 2 に整理した。最高裁判事が多忙であり、下級審で提出された準備書面や証拠資料に逐一目を通す時間などないことは重々承知しているが、本書面別紙 1 記載の事実関係や原判決が認定した事実だけでなく、時間の許す限り、本書面別紙 2 に掲げる資料にも目を通していただきたい。それらだけでは実感がわからないということであれ

ば、弁論期日において上告人らに直接問いかけていただきたい（この点、口頭弁論活性化の一環として、最高裁判所においても、裁判長が、口頭弁論期日において、民事訴訟規則149条1項に基づき、当事者に対し、上告事件等に関する質問をした事例が積み重ねられていると理解している（村田一広「最高裁判所における口頭弁論の実情等について」民事訴訟法雑誌68号44頁以下参照）。）。そうすることにより、より実感をもって、法律上同性のカップルの共同生活や子育ての実態等を把握でき、原判決が詳細に前提事実を認定したその意味と重みも理解できるはずである。そして、そのことが、公正かつ公平な憲法判断につながることになる。

第7 司法府による積極的な判断

1 問題意識

2021（令和3）年3月の札幌地裁による違憲判断を皮切りに、これまで全国各地の裁判所が違憲ないし違憲状態との判決を言い渡してきた。中でも、札幌高裁判決に至っては、「同性婚につき異性婚と同じ婚姻制度を適用することを含め、早急に真摯な議論と対応することが望まれる」（28頁）という異例のメッセージが付記された。

しかし、司法府による積極的な判断がこれだけ積み重なってもなお、国会では、法律上同性のカップルの人的結合関係に関する法的保障に関する議論への着手すらなされない。法律上同性のカップルないし同性愛者等の性的少数者の人権侵害が問題となっているにもかかわらず、国会での審議は、まともになされておらず、今日に至るまで、人権侵害が放置されているのである。もはや、国会は機能不全に陥っているというほかなく、そうであれば、本件を解決に導くのは司法の最高機関である御庁をおいてほかはない。

本書面の締めくくりの章として、法律上同性のカップルの人的結合関係に関する法的保障について、国会が完全に機能不全に陥っており、到底解決を期待することができないこと、それ故、御庁による積極的な判断が求められていることを述べる。

2 国会の機能不全

(1) これまでの立法審議状況

これまでの国会の審議状況については、原告ら第16準備書面第4の2・16～33頁、控訴理由書第5分冊17～41頁及び控訴人ら第6準備書面第2・5～17頁で詳細に論じたため、ここではその概略を述べる。

いわゆる「同性婚」について国会で具体的に質問がされたのは、2015（平成27）年2月にさかのぼる。当時の安倍晋三首相は「極めて慎重な検討を要するものと考えております」（甲A258・25、27頁）との答弁を行ったものであるが、そこから現在までに約10年が経過したにもかかわらず、首相・閣僚の答弁は、当時の安倍首相の答弁と概ね変わっていないのが現状である。

具体的には以下のとおりである。

- ア 例えば、2015（平成27）年2月の安部首相の答弁から4年が経過し、本訴訟が提起された2019（平成31）年2月14日、本訴訟の提起とあわせて野党議員が当時の山下貴司法務大臣にいわゆる同性婚について質問を行ったところ、同大臣は「同性婚を認めるか否かということについて、我が国の家族のあり方の根幹にかかわる問題である、極めて慎重な検討を要するものというふうに考えているところでございます。」と答弁した（甲A140・23頁、原告ら第16準備書面21頁参照）。

イ その後、同年10月23日に野党議員が当時の河井法務大臣に対していわゆる同性婚について議論を開始すべきではないかと質問したところ、同大臣も「慎重な検討が必要である」と答弁した。

これに対して野党議員が「検討を要するんだったら、今検討していないので、検討してもらえませんか」と迫ったところ、同大臣は「検討するか否か、そのこと自体を含めて検討が必要である」と、検討を開始しないと述べたも同然の答弁を行った（甲A263・11頁、原告ら第16準備書面23～29頁参照）。

ウ 2019（令和元）年6月3日、国政野党3党は同性間の婚姻を可能とする民法改正法案（甲A141）を提出したが、審議は開始されなかった。同年10月7日、枝野幸男衆議院議員が、「既に同性婚を認める民法改正案を国会提出しております…。与党の皆さんは、常々、反対なら対案を出せと言っておられますので、まさか対案も出さずにたなざらしにすることはないと信じます」と呼び掛けたが（甲A265・2頁）、やはり検討が開始されず、提出された法案は廃案となった。

エ その後も状況は変わらない。2021（令和3）年3月、札幌地裁が違憲判断を言い渡した際も、当時の菅義偉首相は「他にも同趣旨の裁判が行われている…。そういう状況でありますので、まさに…状況を見守る」と答弁した（甲A628・控訴理由書第5分冊18頁）。

オ 2023（令和5）年3月、再度、野党が法律上同性のカップルの婚姻を可能とする民法改正案を国会に提出したが（甲A750、甲A731）、同法案についても、やはり審議されずに廃案となった。

カ 同年6月には理解増進法が成立し、その第3条においては「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」「不当な差別はあってはならない」との理念が謳われた。しかし、この法律の成立を受けても、法律上同性のカップルの人的結合関係の法的保障につ

いて、議論や検討が開始されることはなかった。

キ 2024(令和6)年3月、高等裁判所による初の判断として札幌高裁が違憲判断を下したが、林芳正官房長官は、「いずれも現段階では確定前の判決であり、ほかの裁判所で同種の訴訟が係属しているので、その判断も注視していきたい」と述べるにとどまった。原判決及び福岡高裁判決の違憲判断についても、同様の発言が繰り返されている。

ク このように、2015(平成27)年に慎重な検討が必要であるとの答弁がなされてから約10年が経過し、その間に司法院の違憲判断が重なり、法案まで提出されたにもかかわらず、法律上同性のカップルの人的結合関係の法的保障について検討が開始される兆しすらない。

国会(議院内閣制を採用している日本では、とりわけ政府与党)は、法律上同性のカップルの人的結合関係に関する法的保障について、真摯に向き合う姿勢がないものと言わざるを得ない。

(2) 政府与党に影を落とす差別心

このように国が法律上同性のカップルの人的結合関係に関する法的保障について、具体的な検討どころか、そもそも頑なまでに審議や検討自体を行わないとする姿勢の背後には、政府や国会において同性愛者等に対する偏見が広く共有されていることや、同性愛者等に対して無理解、偏見を有する団体の影響等が指摘されているところである。

この点についても、控訴理由書第5分冊〔3〕7～14頁、控訴人ら第6準備書面〔2及び3〕9～17頁にて詳細に論じたところであるが、要約すると以下のとおりである。

ア 政府与党の国会議員及び政府中枢幹部の差別発言

2023(令和5)年2月1日、国会議員であり内閣総理大臣であ

った岸田文雄首相（当時）は、衆議院予算委員会において、「（同性同士の婚姻について、制度を改正するとなると）家族観や価値観や、そして社会が変わってしまう、こうした課題であります」と述べ（甲 A 6 1 4）、同月 3 日には、荒井勝喜首相秘書官（当時）が、「（同性婚に）反対している人は結構いる。秘書官室は全員反対で、私の身の回りも反対だ。」「同性婚導入となると、社会のありようが変わってしまう。国を捨てる人もいる」「僕だって（同性婚の人を）見るのも嫌だ。隣に住んでいるのもちょっと嫌だ」と述べた（甲 A 5 5 3、6 1 5）。

このような同性愛者等に対するあからさまな差別・偏見を、首相の側近が堂々と口にするということ自体、政府や国会において同性愛者等に対する偏見が広く共有されていることを物語っている。

同性愛者等に対する差別発言は、残念ながら上記に限られず、下記（肩書は当時）のとおり、これまでに幾度となく繰り返されている。

日付	発言者	発言内容	証拠
2015/11/29	鶴指海老名市議 (自民)	「最近のマスコミの報道は倫理観に欠けている、(中略)一例が同性愛とやらだ！生物の根底を変える異常動物だということをしっかり考えろ！」	甲 A 208
2018/7/29	谷川衆議 (自民)	(性的指向・性自認について)「趣味みたいなもの」	甲 A 208・ 2 頁
2018/8/18	杉田衆議 (自民)	「彼ら彼女ら（L G B T のカップル）は子供を作らない、つまり『「生産性」がないのです。そこに税金を投入することが果たしていいのかどうか」。	甲 A 208、 甲 A 617

		※その後、同議員は総務政務官を辞任 するに際して「発言に対する信念を 貫きたいと思う一方で、内閣の一員 として迷惑をかけるわけにはいか ない」と、自らの発言の「信念」を 貫くことを強調している。	
2019/1	平澤衆議 (自民)	(同性愛者らの存在について)「国が つぶれちゃう」	甲 A 208・ 3 頁
2021/5	築衆議 (自民)	(性的少数者をめぐって)「生物学上 の種の保存に反する」	甲 A 413
2022/9	渡辺愛知県議 (自民)	「同性結婚なんて気持ち悪い事は大 反対！」	甲 A 618
2023/1/24	渡辺愛知県議 (自民)	「同性婚が気持ち悪いと言って何が いけないんですか」「まともな人が思 うことをありのままに投稿しただけ」	甲 A 619
2023/2/2	柳川浜松市議 (自民)	(男性教諭が男性の住むアパートに 侵入して再逮捕された事件について) 「このような人はちょっと異常な性 癖だよね」	甲 A 620

イ 神道政治連盟国会議員懇談会での配布パンフレット

以上に加えて、政府与党内における同性愛者等に対する認識を推察
 するにあたって、神道政治連盟国会議員懇談会において、性的少数者
 に対する差別的な内容が記載された文書（甲 A 6 2 1。以下「本件文
 書」という。）が同懇親会の席上で参考資料として配布されているこ
 とも指摘する必要がある（甲 A 6 2 4 の 2）。

神道政治連盟は、「日本の伝統や文化を後世に正しく伝えること」を目的として設立された政治団体であるが、「問題意識を共有する多くの国会議員」が神道政治連盟国会議員懇談会を結成し、2022（令和4）年7月末日時点で257名の衆参国会議員が参加している（甲A622）。これは衆議院465名、参議院245名の合計の4割に及び、故・安倍晋三元首相が会長を務めてきたこともあって（甲A623）、神道政治連盟の考え方は、政府与党、とりわけ国政に対して強い影響力を有していると言われている。

その政治連盟において配布された本件文書には、「同性愛は…後天的な精神の障害、または依存症です。」「同性愛者の中にはアルコール中毒者が多く、健康状態が影響して短命となる傾向がある」などの説明が並んでいる（甲A621、625及び626）。

「同性愛は人の自然な性のあり方の一つ」であり何らの障害を意味しないことは専門家の共通認識であって（甲A1及び甲A3・9頁）、国際社会も、また日本政府も、この共通認識に立って性的指向・性自認に基づく差別解消の取り組みを進めている（甲A34、204の1及び115～117など）。しかしながら、本件文書は、これまでの実証的科学の営為と知見や国際社会の共通認識をも無視するものであり、そのような誤りや偏見を含む差別的な内容の文書が国政に対して強い影響力を有している神道政治連盟内で堂々と配布され、それに沿った報告が行われ、しかも今日時点において、神道政治連盟から本件文書の内容は誤りであったといった声明が出された事実もない。

この事実は、政府与党内において、同性愛者等に対して無理解、偏見を有する団体が存在することを意味し、その団体が政府与党、とりわけ国会内における法律上同性のカップルの人的結合関係に関する法的保障についての議論を阻害していることを窺わせるものである。

(3) 石破首相の姿勢の変化

その影響は首相においても例外ではない。例えば、石破茂衆議院議員は自民党総裁選に先立つ2024(令和6)年8月に著書を発表しており、同書ではいわゆる同性婚について「基本的人権の保障という観点から、権利を阻害されている国民が存在する以上は、最高裁の判決を待つまでもなく早急な法制化が必要ではないか」と語っていた。

しかしながら、石破茂衆議院議員は、首相に就任すると、同年10月8日の参議院代表質問において、「国民一人一人の家族観とも密接に関わる。国民の意見や国会の議論、訴訟の状況を注視する必要がある」と答弁し、いわゆる同性婚に関する自身の見解からは大きく後退するに至った。

本人としては法律上同性のカップルの人的結合関係に関する法的保障について前向きに考えていたとしても、政府与党の責任者になるやいなや、その姿勢を大幅に後退せざるを得なくなり、結局、国会において議論すらなされないという状態が続くこと自体、政府与党、とりわけ国会そのものに健全な議論が行われる素地がないことを示すものである。

(4) 小括

国会は国権の最高機関である(憲法43条)。しかし、現在の国会及び政府は、法律上同性のカップルの人的結合関係に関する法的保障にかかる議論を回避し続けてきたところ、その背景には性的少数者に対するあからさまな偏見・差別意識を持つ国会議員等の存在がある。

性的少数者について正しい理解を持たない議員集団もあり、国会における健全な議論を阻み、政府のみならず与党総裁の政策決定にも強

く影響を与えている。

したがって、今後も国会による解決を期待することはできず、国会は完全に機能不全に陥っていると言わざるを得ない。

3 司法府の使命

立法府が完全に機能不全に陥っているときにこそ、司法府が果たす役割は重要となる。本訴訟で争われているのは、長く社会の差別と嫌悪にさらされ、今なお根強い差別の対象となっている（甲A58、甲A254）、圧倒的少数者の人権の問題である。

上記のとおり、政府与党である自民党内に同性愛等に対する偏見・差別意識を持つ議員が集団として存在し、国会における健全な議論が阻まれているのが実態であって、まさに本件は「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係」り、「民主主義的プロセスによる公正な検討への期待」が阻害されている事案である（夫婦同氏訴訟大法廷判決の寺田補足意見）。そのため、本件において御庁が積極的な判断を下すことは、司法府の使命といえる。

政府与党とは対照的に、国民においては、法律上同性のカップルの婚姻への賛成割合は高い。原判決が認定したように、2023（令和5）年5月に実施された共同通信社の世論調査では、賛成割合は71%に上っている。性的指向・性自認にかかわらず個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えは既に国民の意識としても確立しており、法律上同性のカップルに婚姻を認めることが司法に求められている。

そして、御庁による判断に際しては、是非、国会における生産的な討議を導くことを意識いただきたい。

この点、原判決は「婚姻当事者の性別や子の生殖可能性の有無にか

かわらず、配偶者の地位にあることにより当然に生ずるものとされている財産的権利について、男女間の婚姻とは異なる規律とすることは、直ちにその合理的根拠を見出し難く、憲法 14 条 1 項違反の問題が生じ得ると解される」(55～56 頁)として、人権保障の観点から立法府の裁量を統制した。御庁においては、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂する以外に人権侵害を解消する方法はないことを明言いただきたい。

第 8 結語

以上のとおり、本件諸規定のうち、法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点は、憲法 24 条 1 項及び 2 項並びに憲法 14 条 1 項のいずれにも違反する。そして、原判決が適切に認定した事実やその評価を敷衍しても、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと等しく尊重されるべき存在として、同じ現行の婚姻制度に包摂されるべきことになる。それにもかかわらず、端的に「本件諸規定のうち、法律上同性のカップルに対して現行の婚姻制度の利用を認めていない点（婚姻当事者が法律上異性のカップルであることを前提としている部分）は憲法 24 条 1 項及び 2 項並びに憲法 14 条 1 項に違反する」と判断しなかった点において、原判決には憲法の解釈に誤りがある（民事訴訟法 312 条 1 項）。

なお、控訴人ら第 8 準備書面第 3 の 5 (1) (53～54 頁)にて整理したとおり、上告人らが本件において憲法適合性判断の対象として主張しているのは、①本件諸規定が法律上同性のカップルを現行の婚姻制度から排除し別異に取り扱っていること、②本件諸規定が法律上同性のカップルを家族になるための法制度が存在しない状態に置いていること、③本件諸規定が法律上同性のカップルに対して法的な家族

として保護される一切の利益を与えていないこと及び④法律上同性のカップルと自然生殖可能性のない法律上異性のカップルとの間の別異取扱いである。上記②ないし④は①に包含されるため、①が違憲と判断されれば②ないし④の憲法適合性判断は不要となるが、仮に①が違憲と判断されない場合、上告人らは、②ないし④の各主張について御庁が憲法適合性判断（及びそれぞれに対応する違法性判断）を明示的に行うことを求めるものであることを、念のため申し添える。

以上

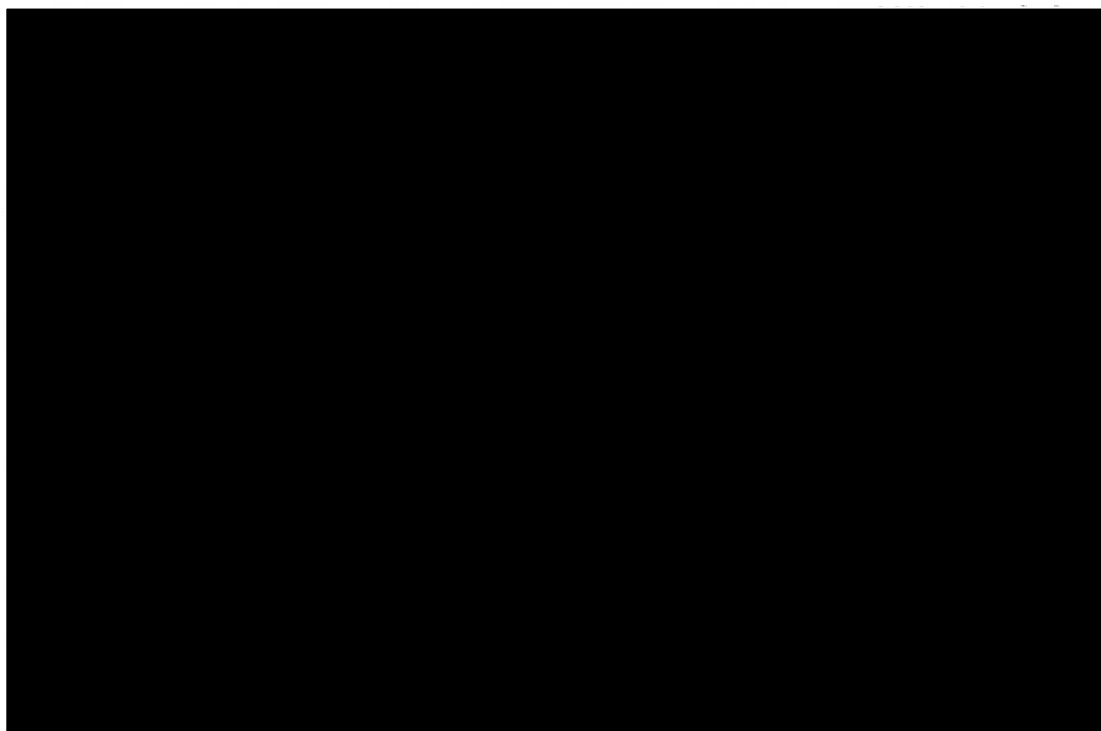
別紙 1 憲法解釈の合理性を基礎づける事実（各論）

第 1 法律上同性のカップルの共同生活や子育ての実態

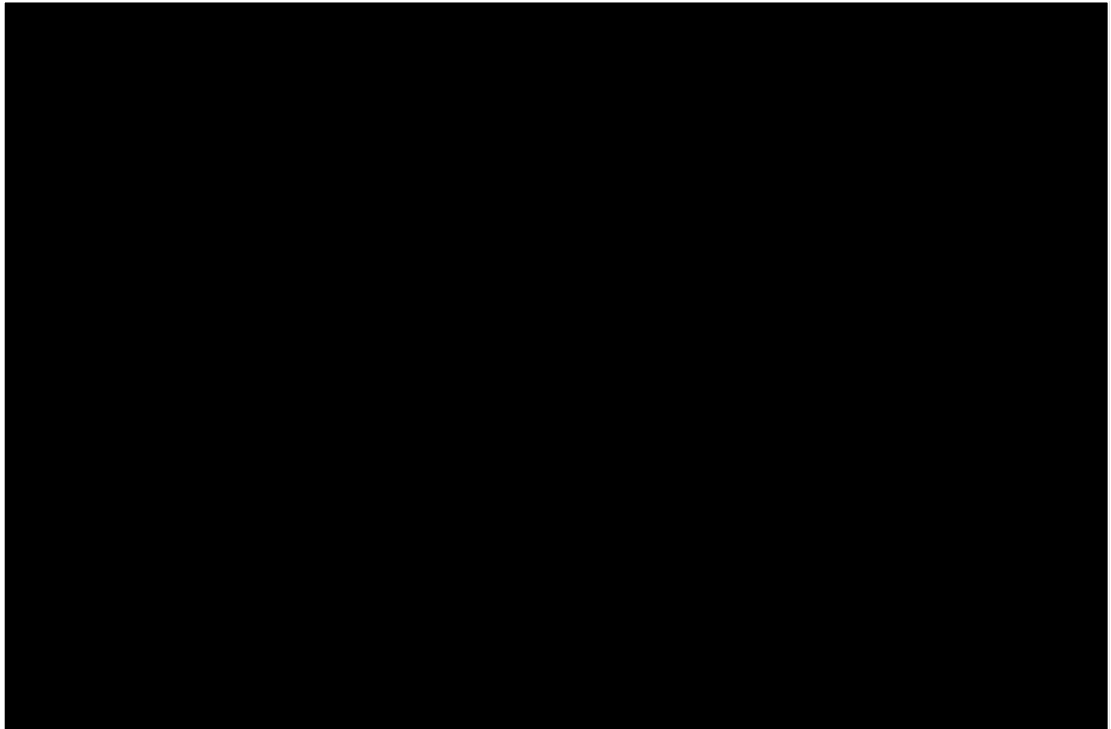
1 共同生活の実態

まず、婚姻を望む法律上同性のカップルの共同生活の実態について述べる。この点、単なる同性同士の共同生活と異ならないのではないか、同性同士の関係において何をもって事実上の婚姻関係と同様の事情と認めるかは簡単に答えの出せる問題ではないといった意見もある（上告理由書第 6 の 2）。しかし、以下に述べるように、婚姻を望む法律上同性のカップルは、単なる知人や友人同士の関係を超えて、愛情に支えられ、人生を共に生きるパートナーとして精神的にも経済的にもお互いを支えあって生きており、婚姻する法律上異性のカップルと何ら違いのない共同生活を送っている。

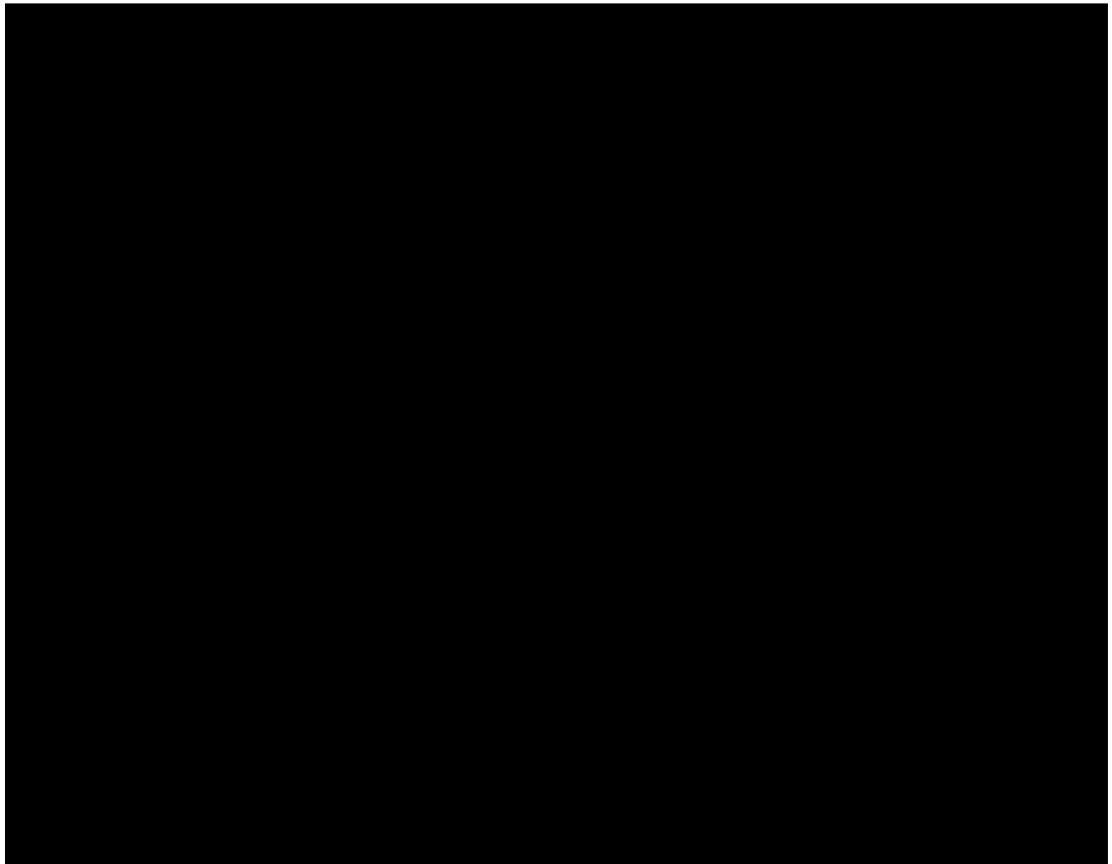
（1）上告人大江と上告人小川の例



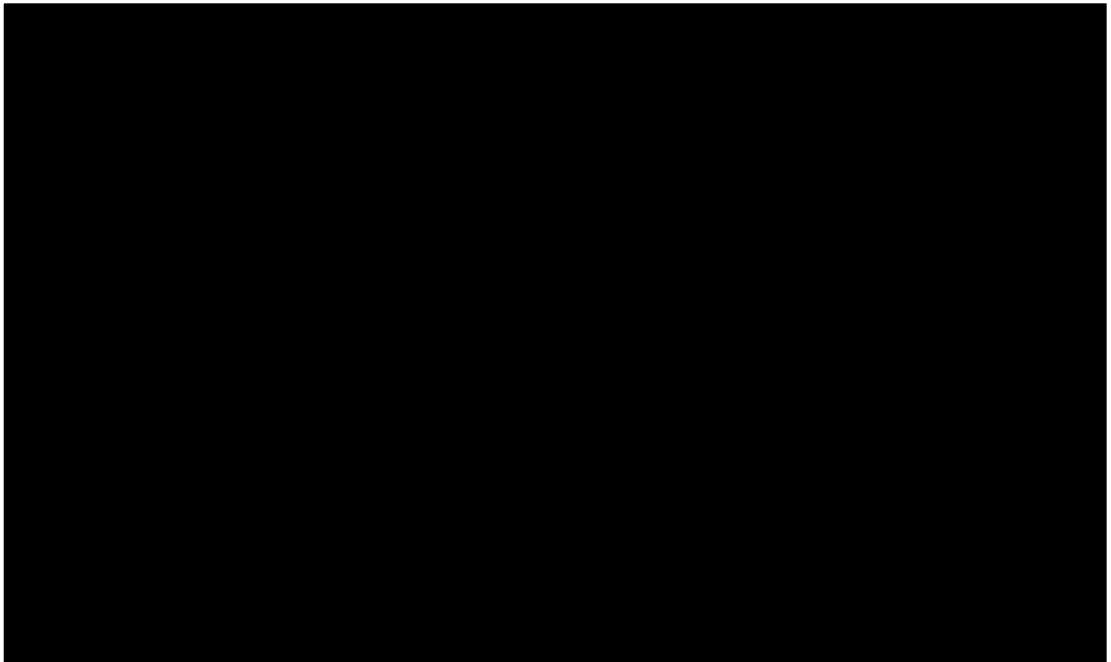
【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京一次訴訟上告審提出の書面です。



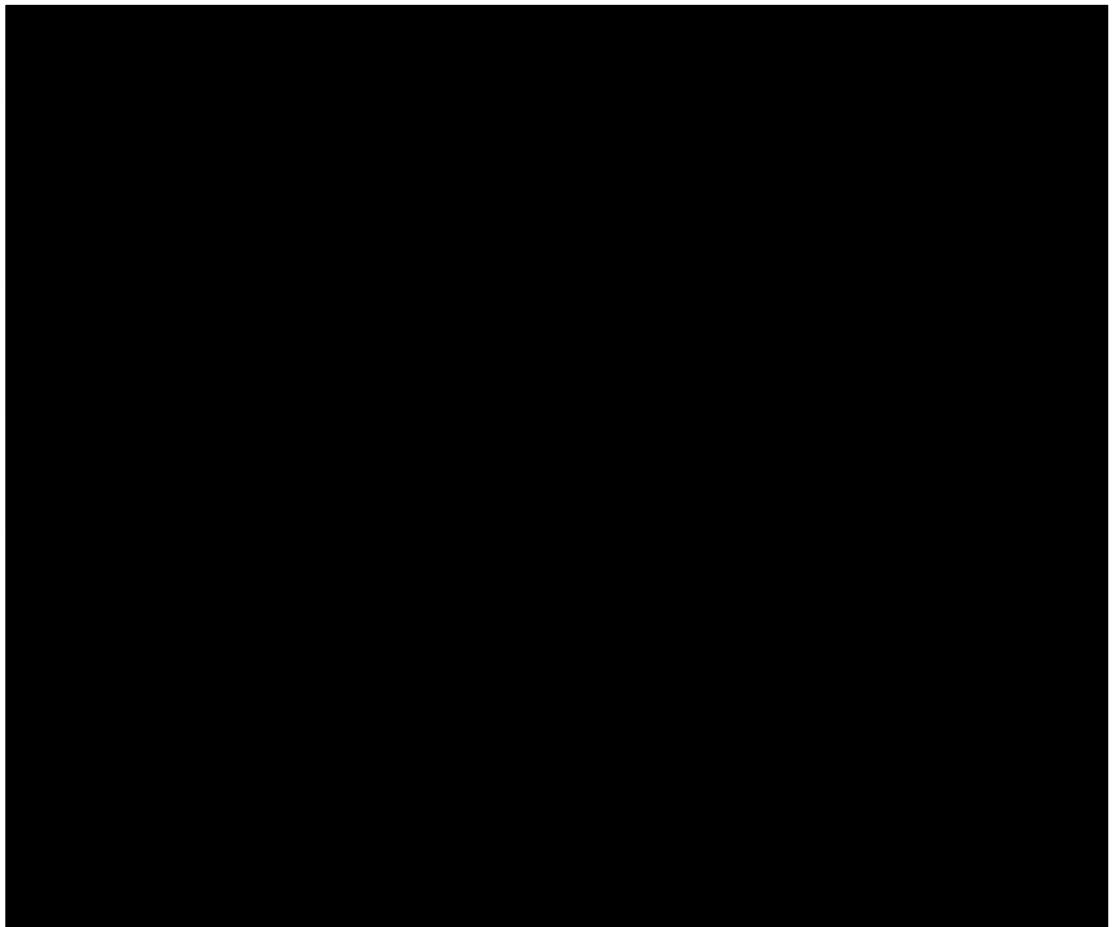
(2) 上告人廣橋正と上告人かつの例



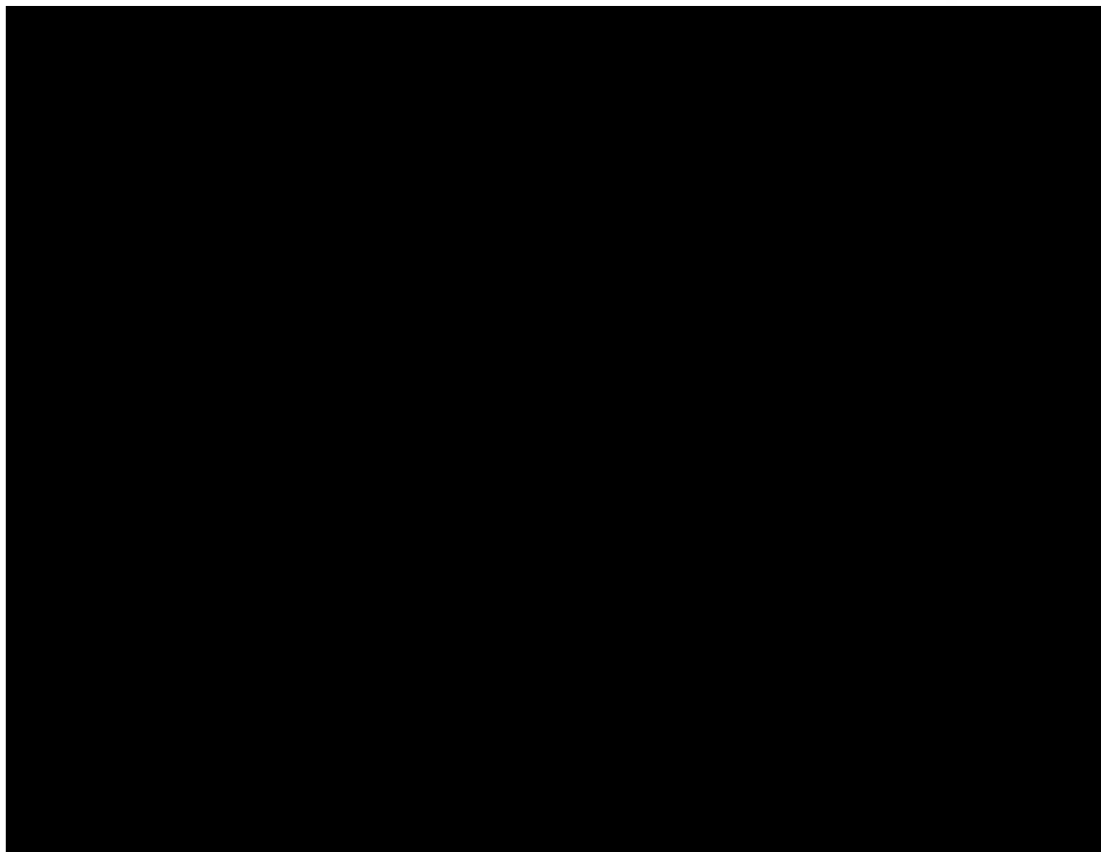
【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京一次訴訟上告審提出の書面です。



(3) 上告人バウマン・クリスティナの例



(4) 一審原告佐藤郁夫と一審原告よしの例



(5) 小括

上記は上告人らの共同生活に関する事実のごく一部であるが、原判決で認定された事実(同3～4頁、43～44頁)に加えて、上記で述べた事実と引用した証拠資料³⁾を読めば、上告人らが、単なる知人や友人同士の関係を超えて、愛情に支えられ、人生を共に生きるパートナーとして精神的にも経済的にもお互いを支えあって生きている、婚姻する法律上異性のカップルと何ら違いのない共同生活の実態を見るはずである。

³⁾ これらの証拠資料は別紙2での再掲している。

2 子育ての実態

次に、法律上同性のカップルによる子育ての実態について述べる。

(1) 上告人西川と上告人小野の例



(2) そのほかの子育ての例

上告人西川、上告人小野以外にも、子育てをする性的少数者の実例は少なからず存在する。

原判決では認定されていないが、例えば、本訴訟関連訴訟である関西訴訟の当事者である坂田麻智とサカタ テレサ エベリンも、パートナーとして共同生活を開始後、両名で話し合ったうえで、ドナーから精子提供を受ける方法を利用することとし、当該方法によりテレサ

が妊娠し、2022（令和4）年8月に出産した娘を共同して養育している（甲A548～551）。また、東京二次訴訟の当事者である一橋、武田も、武田の実子と3人で同居して生活している（甲A812・5頁）。

また、原判決が認定するように、一般社団法人こどもまっぷが、2021（令和3）年にインターネット上で実施したアンケート調査（対象は性的少数者で出産・子育てを考えている人）では、分析対象者数534人のうち、「現在付き合っている（あるいは婚姻関係にある）恋人やパートナーがいる」と回答した者が80%（428人）であり、そのうち、「実際に子育てしている／していた」と回答した者は33%（141人）であった（原判決42頁）。原判決では認定されていないが、「実際に子育てしている／していた」と回答した上記141名のうち、子の人数について1人と回答した者は52%（73名）、2人と回答した者が31%（44名）であった。子育ての方法に関しては、上記141名のうち、「自分とパートナーの二人で」と回答したものが72%（102名）いた（甲A790の1・36～37頁）。

さらに、これも原判決が認定するように、児童福祉法に基づく里親制度に係る現在の各都道府県の運用では、法律上同性のパートナーと共同生活を送る者も要保護児童の養育里親となることができる扱いがとられており、実際にこの制度を利用して養育里親として委託を受け、法律上同性のパートナーと共に子育てを行う者も存在する（原判決35頁）。原判決では認定されていないが、2016（平成28）年12月に大阪市が男性カップルを養育里親に認定したことについて、塩崎恭久厚生労働相（当時）は、2017（平成29）年4月7日の記者会見で、「いずれにしても、同性カップルでも男女のカップルでも大事なことは、里親として育てていただく子どもさんのために愛着形成がし

っかりなされ、そして健康で経済的にも安定している家庭の中で、子どもさんがしっかりと真っ直ぐ育っていることが大事でありますので、どのようなカップルであろうとそれが達成できれば我々としてはありがたいと思います。」と述べ、法律上同性のカップルを里親として積極的に歓迎する姿勢を示した(甲A655)。また、2023(令和5)年3月2日の参議院予算委員会において、岸田首相(当時)も、法律上同性のカップルに里親委託することをプラスと認識しているかという質問に対し、「御指摘の点においてプラスの面がある、こういった指摘については、もちろんプラスの面があると私も思います」と答弁している(甲A784・15頁)。

(3) 小括

法律上同性のカップルによる子育てに関しては、法律上同性のパートナーが重婚的内縁のような関係にあり、子どもと同居していない場合を想定し、そのことに懸念を示す意見もないわけではない⁴⁾。しかし、原判決の認定やすでに提出済みの各証拠によれば、それが法律上同性パートナーとその子の関係の実態であるとは認定できない。上

⁴⁾ 例えば、今崎反対意見は、「仮に1号にいう『犯罪被害者の配偶者(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を含む。)]に同性パートナー…が含まれるとすると、それまで犯罪被害者の収入によって生計を維持していた子らは同性パートナーに劣後し、支給対象から外れることとなる。」と指摘し、「犯罪被害者の収入に依存していた子らの生活保障」の観点から懸念を示す。

犯罪被害者とそのパートナーが重婚的内縁の関係にある場合に犯罪被害者の収入に依存していた子の生活保障が問題になるとの問題意識自体は正当と考える。しかし、法律上異性のカップルの場合も重婚的内縁の関係にあることはあり、この問題は法律上同性のカップルに限った問題ではない。なお、法律上異性のカップルの重婚的内縁の取扱いについては、既に一定の実務的な解決がされている。例えば、遺族厚生年金などの受給に関し、「生計維持関係等の認定基準及び認定の取り扱いについて」(平成23年3月23日年発0323第1号厚生労働省年金局長通知)において、「届出による婚姻関係がその実体を全く失ったものとなっているときに限り、内縁関係にある者を事実婚関係にある者として認定するものとする」といった要件が示されているところである。

記のとおり、少なくない数の法律上同性のカップルが子を産み、子を育てるという選択をし、法律上異性のカップルと同様、様々な困難に直面しながらも、共に協力して親としての責任を立派に果たし、子どもを受け入れているのである。また、里親制度に関する塩崎恭久厚生労働相（当時）や岸田首相（当時）のコメントにあるように、国も、このことを当然の前提としている。

第2 社会的な公認にかかわる不利益

次に、現行の婚姻制度の利用を認められないことにより法律上同性のカップル（とその子）が被る不利益について述べる。そのような不利益は様々あるが、ここでは、社会的な公認にかかわる不利益に焦点を当てる。この点に焦点を当てるのは、原判決が、現行の婚姻制度と基本的に同じ内容になるとしつつ別制度を許容しているためである（同55～56頁）。この別制度の憲法論上の問題については上告理由書の本文で既に検討を行っているが、ここでは、社会的・歴史的な事実などの観点からどのような不利益を被っているのかについて整理する。

1 法律婚と社会的な公認の結びつき

現在の日本では、現行の婚姻制度に基づく法律婚を尊重する意識が依然として強いといわれている。

例えば、原判決も認定するとおり、「婚姻の件数は、近年減少傾向にあるが、戦後最少となった令和3年においても、なお約51万件に上る」（同36頁）。また、「国立社会保障・人口問題研究所が平成27年に実施した第15回出生動向基本調査（対象は18～34歳の未婚者）では、『いずれ結婚するつもり』との回答が男性で85.7%、女性で

89.3%、『結婚に利点がある』との回答が男性で64.3%、女性で77.8%」であった。また、「令和3年に実施した第16回出生動向基本調査」では、『いずれ結婚するつもり』との回答が男性で81.4%、女性で84.3%」であった（同38頁）。

これらの統計が示すように、「国民の意識としても、一般に、性愛の対象とする相手を人生の伴侶と定めてその関係に社会的公認を受け、安定的に生活を共にすることに婚姻の意義の多くを見出しているのが実情」である（同46頁）。それが良いか悪いかは別として、法律婚をすることが人生のモデルコースの一つとして位置付けられ、法律婚をしているか否かが、社会の正式かつ正統な構成員として認められるかどうか深く結びつけられている。

2 性的少数者に対する差別

(1) 性的少数者を社会的に認められない存在として扱ってきた社会

他方、現行憲法の制定当時、既に性的少数者を「異常なもの」、「劣ったもの」とする認識が社会に広く浸透していた。このような認識は、「個人の尊重」、「法の下での平等」を謳う現行憲法制定後もなかなか改められず、長い間、性的少数者は社会的に認められない日陰の存在として扱われてきた。

原判決も、「我が国でも、明治時代には、法律上、男性同士の性行為が犯罪とされていた時期もあった」、「大正時代に流行した性欲学によって同性愛が『変態性欲』として紹介され、異性愛が自然で、同性愛が病理であるとの認識が広く社会に浸透した」、「第二次世界大戦後も、医学文献において、同性愛は『変態性欲』として言及され、昭和54年1月に当時の文部省が発行した中学校、高等学校の生徒指導のための資料には、同性愛は健全な異性愛の発達を阻害するおそれがあるな

どと記載されていた」などと認定している（同29頁）。

精神医学や国際人権法などの分野における動向も踏まえ、日本国内でも、徐々に、性的指向、性自認にかかわらず人の性の在り方として自然であり、性的指向・性自認に基づく差別は許されないと認識されるようになった。いわゆる府中の青年の家事件に係る1994（平成6）年の東京地裁判決（甲A4）、1997（平成9）年の東京高裁判決（甲A51）がその嚆矢であるが、2002（平成14）年には、「人権教育・啓発に関する基本計画」において取り組むべき人権課題の一つとして「同性愛者への差別といった性的指向にかかわる問題」が明記され、国も人権問題として取り組むようになった（甲A57～59）。

しかし、憲法制定当時と比較すれば理解が進んできたとはいえ、偏見、差別は依然強いままである。

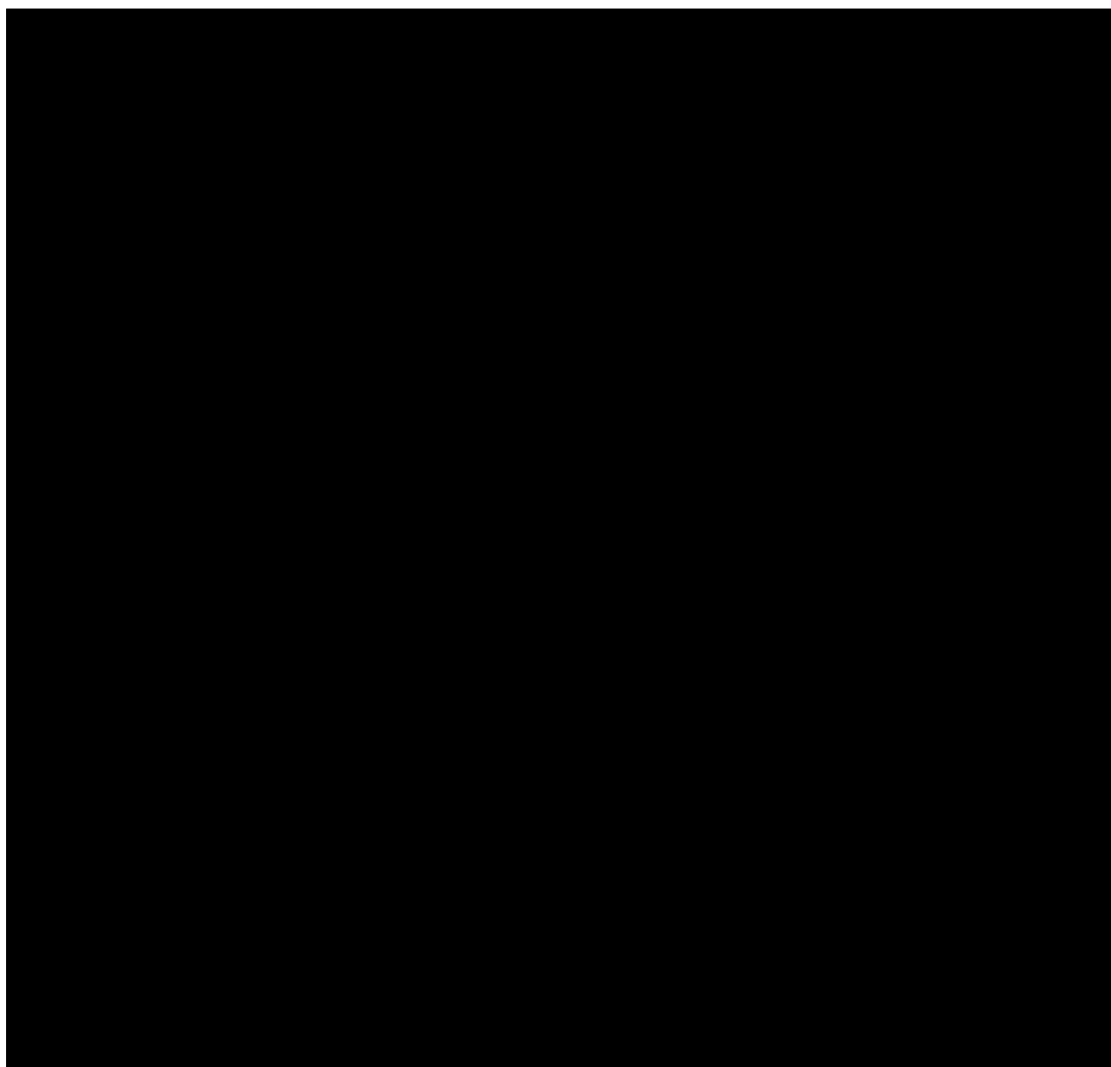
例えば、本訴訟が2019（平成31）年2月14日に提訴された際には、「生物学的に非常に気持ちが悪い。隣にいたら軽蔑するし、近寄らないでほしい。ひっそりと生きてください。キモい。」（甲A254・6頁）、「同性愛者はやっぱり病気だなあと、思う。そもそも親が居るから自分が生まれてくるのに、自分は子孫を残そうとは考えないのだからね」（同7頁）、「結婚する必要があるのですかね？付き合っているだけでよいのでは？自分の考え、趣味嗜好を社会に押し付けるのはいかがと？思うけど、この件に限らず声を大にして叫べばなんでも通ると勘違いしてる人が多いですぬ（ママ）」（同4頁）、などと、同性愛者等に対する嫌悪と偏見をあらわにするコメントがヤフーに多数投稿された。

2023（令和5）年2月3日には、首相秘書官（当時）が性的少数者に対し「僕だって見るのも嫌だ。隣に住んでるのもちょっと嫌だ。」

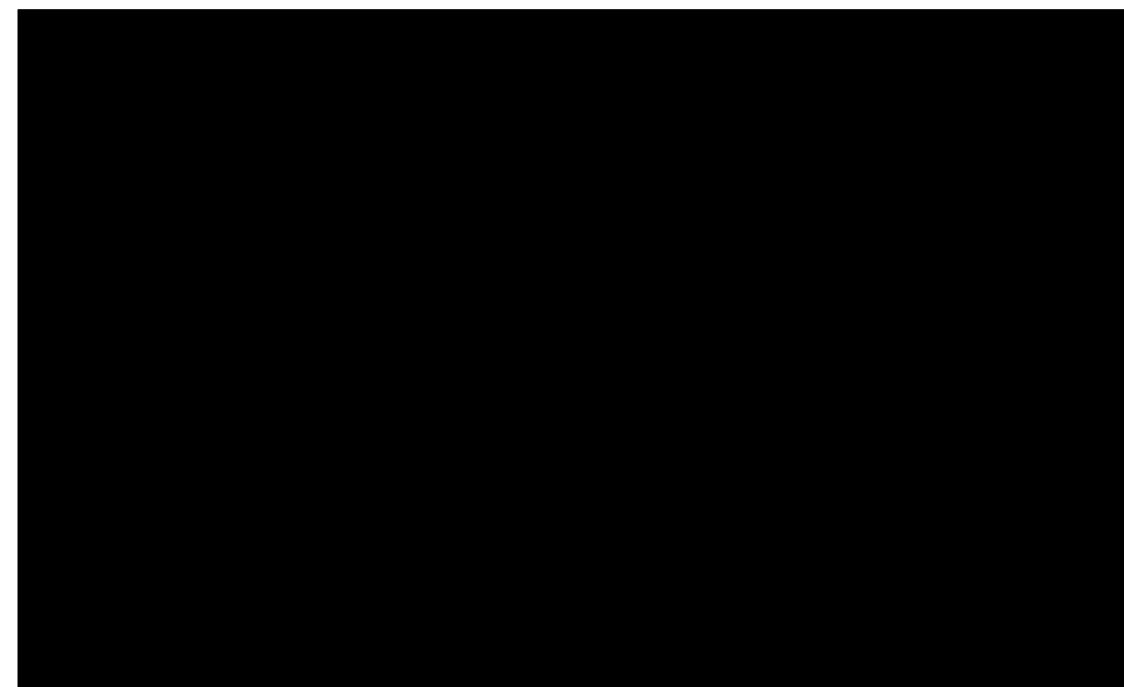
と発言するなどしたことは記憶に新しい(甲 A 5 5 3 の 1、甲 A 5 5 3 の 2)。

(2) 人格が否定され、そのことに苦しんできた性的少数者

ア このように性的少数者を「異常なもの」「劣ったもの」とし、社会に認められない存在と位置付ける社会に、多くの性的少数者がその人格が否定されたと感じ、そのことに苦しんできた^[5]。



⁵ この点に関しては、原告ら第 1 5 準備書面、控訴理由書第 1 分冊第 2 の 3・2 3 ～ 2 8 頁、控訴人ら第 4 準備書面などでまとめている。



イ 人格を否定され、苦しんできたのは上告人らだけではない。性的少数者には、社会における差別や偏見などが背景となって、自身の将来に希望を見いだせず、死んだら楽になるのではないかなどと自殺念慮を抱く者の割合が高いことが、複数の統計調査により報告されている(甲A45・51～52頁)。

例えば、日高教授⁶が2016(平成28)年に実施した調査によれば、ゲイ男性の58.5%、バイセクシュアル男性の53.2%に小中高のいずれかで、「ホモ・おかま・おとこおんな」などの言葉によるいじめ、服を脱がされるなどのいじめの被害にあった経験があった(甲A440の1・5～6頁、同図2・15頁、同図3・16頁)。1999(平成11)年の調査では、ゲイ・バイセクシュアルの男性当事者のうち15.1%に自殺未遂の経験があり、2005(平成1

⁶ 日高教授の調査の大半は厚生労働省労働科学研究費補助金によるもので、一連の研究成果は国などが設置する研究成果発表会での発表や研究報告書を通じて厚生労働省に報告されている(甲A440の1・3頁)。

7) 年に実施した調査でも自殺未遂経験率は14%と高率のままであった(同6頁)。2001(平成13)年の調査では、異性愛者でない男性の自殺未遂経験率は、異性愛男性と比べて5.98倍高いことが確認された(同6頁、同図6[19頁])。2016(平成28)年の調査でも、異性愛男性の自殺未遂リスクを1とすると、異性愛女性の自殺未遂リスクはほぼ同程度であるのに対し、レズビアン3.3倍、ゲイ2.6倍、バイセクシュアル男性2.3倍、バイセクシュアル女性3.4倍、トランス女性4.2倍、トランス男性4.8倍などという結果となった(同7頁)[⁷]。

性的少数者に関し自殺念慮の割合等が高いと指摘されていることは国も認識しており、2012(平成24)年8月(甲A46)、2017(平成29年)7月(甲A47)、2022(令和4)年10月[⁸]にそれぞれ閣議決定された政府の「自殺総合対策大綱」でも、性的少数者に対する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とらえ、社会や教育現場などにおいて理解の促進の取組みを推進することが定められている(甲A46・15～16頁、甲A47・11頁、15頁、27～28頁、35頁)。

3 性的少数者の尊厳の回復と法律婚

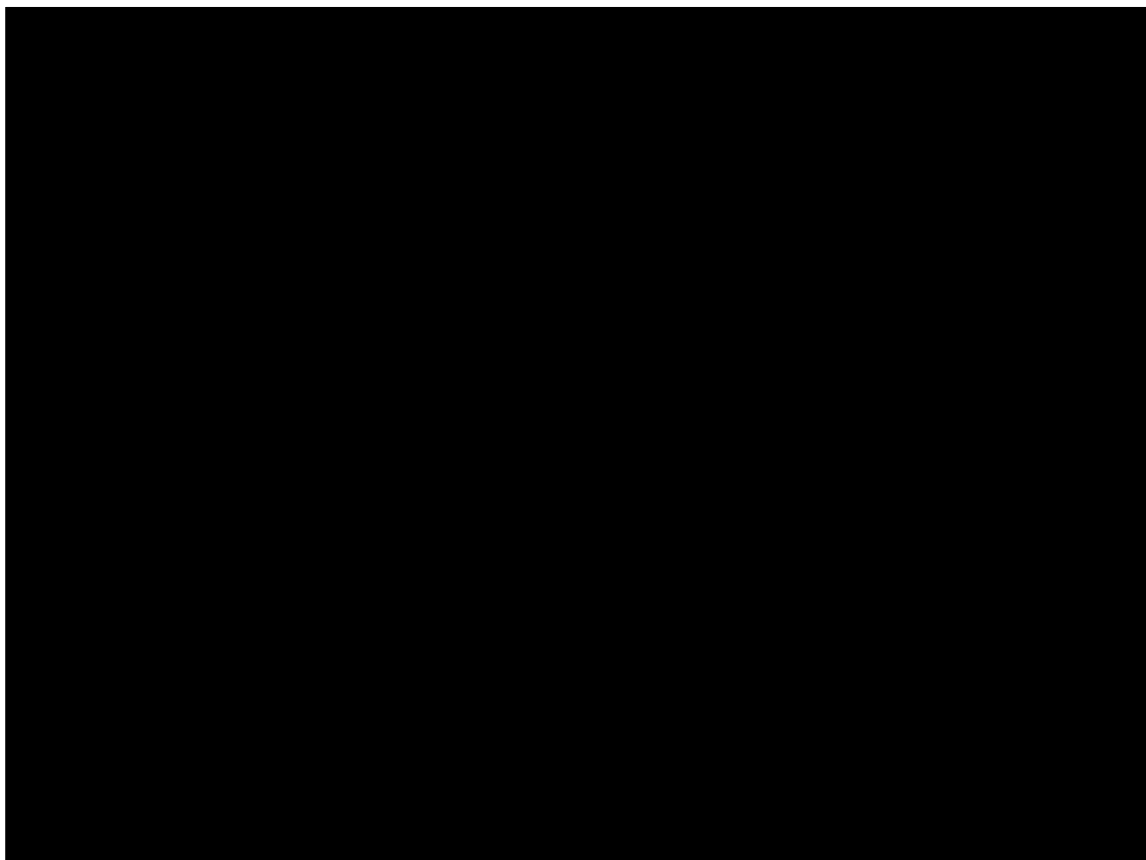
(1) 以上のとおり、日本の社会では法律婚が尊重され、法律婚をしているか否かが、社会の正式かつ正統な構成員として認められるかどうか深く結びついているという現実がある。そして、法律上異性のカップルはその自由意思により婚姻をすることができ、法律婚と結びつ

⁷ 日高教授の調査の概要については、控訴人ら第4準備書面第2の3・6～10頁参照。

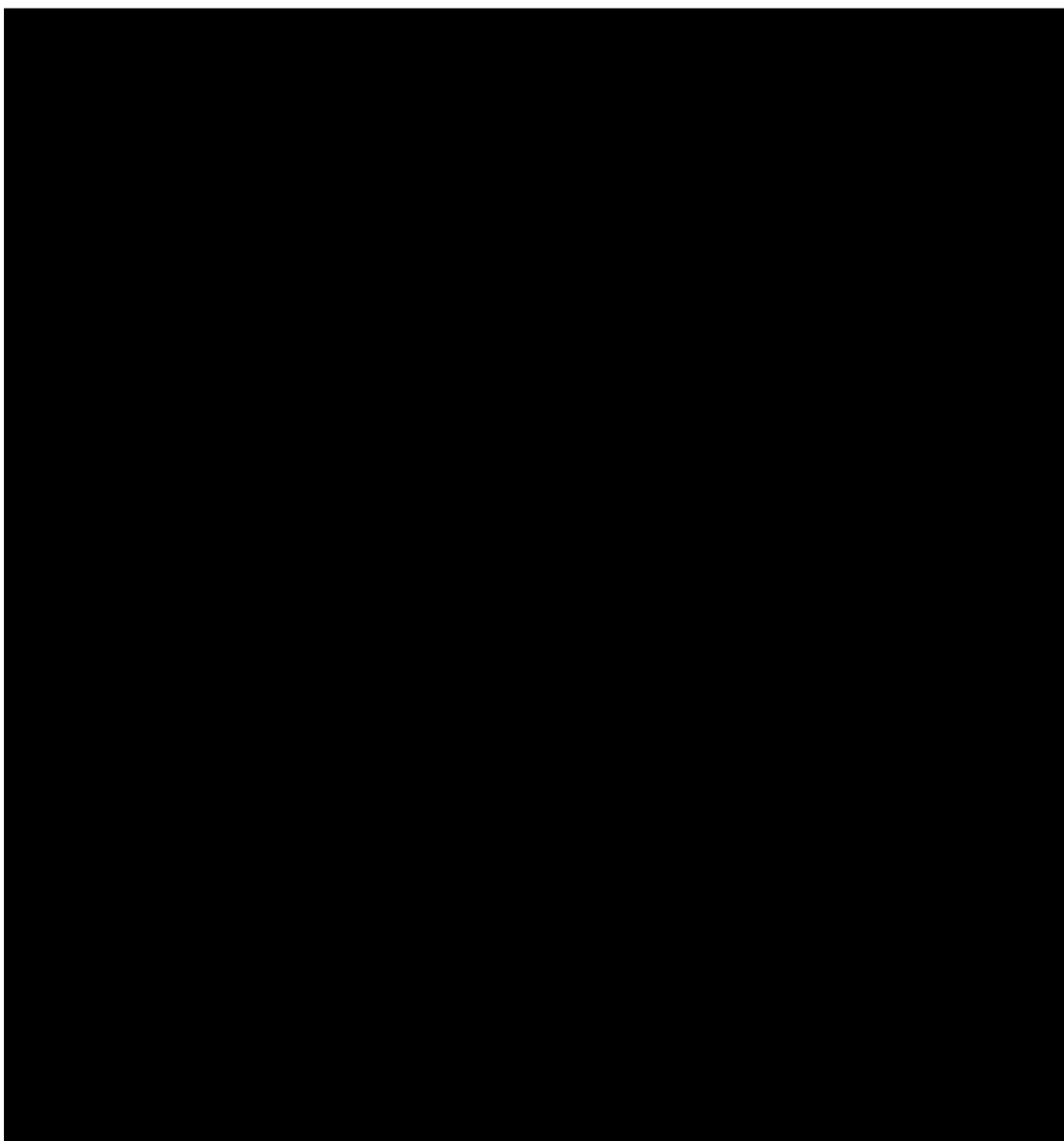
⁸ 厚生労働省のホームページの「自殺総合対策大綱～誰も自殺に追い込まれることのない社会の実現を目指して～|自殺対策|」から入手可能である。

けられている社会的な公認の利益を享受することができる（上記１）。
その一方で、性的少数者に対してはいまだに根強い偏見が社会全体にはびこり、「異常なもの」、「劣ったもの」であり、社会的に認められない存在として扱われ、性的少数者はその人格を否定され、自尊心が深く傷つけられてきたという状況が長く存在してきた（上記２）。

このような社会的・歴史的な事実関係の下において、性的少数者の人格的な尊厳を回復するためには、すべての人はその性自認や性的指向にかかわらず人格的に同等であり、家族としての身分においてもそれは同じであること、すなわち、婚姻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は同等であることを正面から認めることが不可欠である。



【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京一次訴訟上告審提出の書面です。

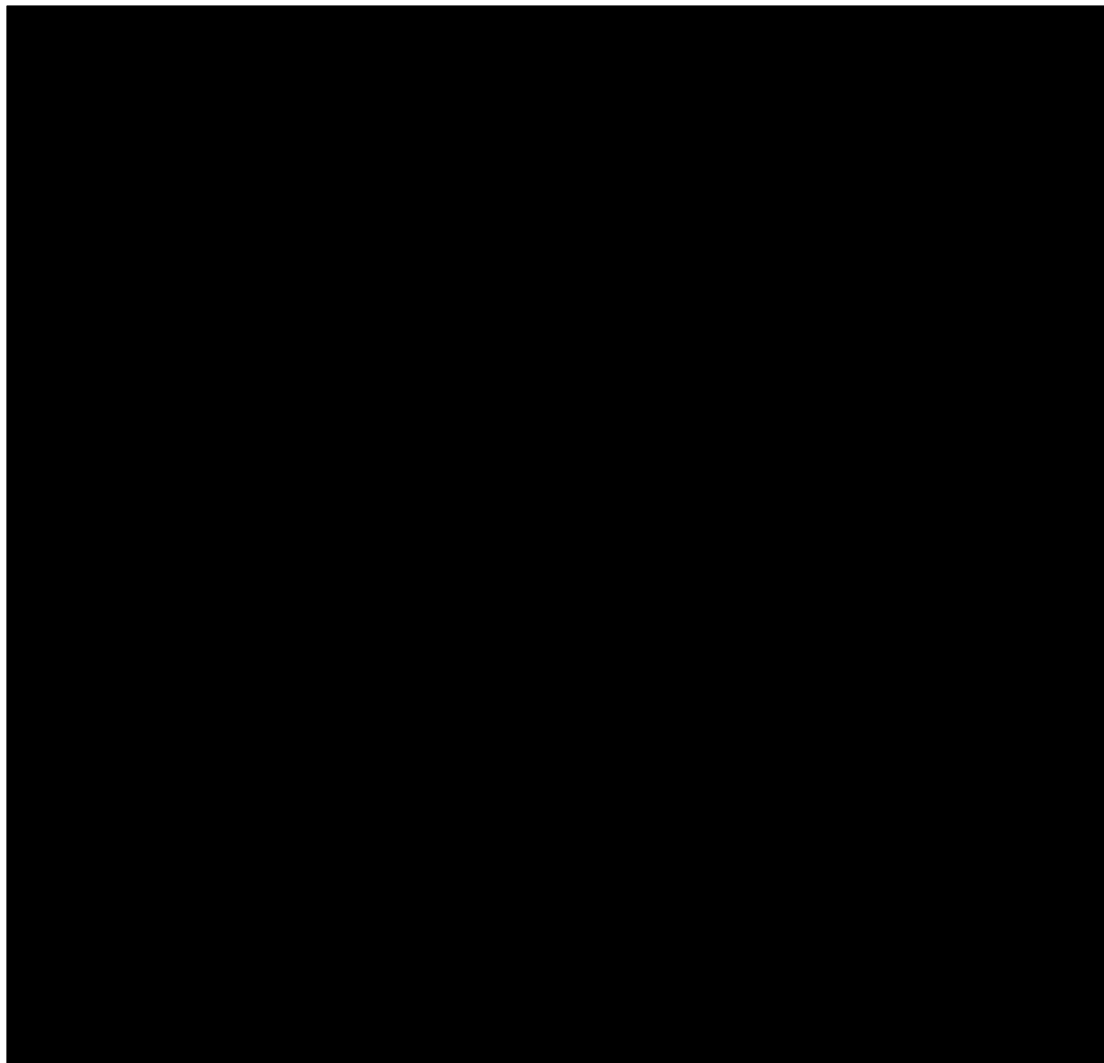


さらに、日高教授らが2003（平成15）年2月28日から5月16日にかけてゲイ・バイセクシュアル男性を対象に実施したインターネット調査（有効回答数2062人）（甲A440の2・16頁）でも、「同性に惹かれる存在もあること、そういう指向の人でも人間的価値は同じであることを初中等教育を通じて広めてほしい。」（同24頁）、
「同性を愛することについて長い間苦しんできて、ようやくある男性と出会ったが、自分がこれからどうなるのか？どうすればいいのか？

いまだ将来が不安。」、「将来を真剣に考えるのはストレスです。一人で野垂れ死ぬ自分の姿が目に見えますから。」、「同性同士でも結婚できるようにして欲しいし、それが変に思われずに周囲から認められるような社会になってほしい。」、「お付き合いをしても同性だと『どうせずっと一緒に入れるわけじゃない』と遊ぶ人が多い。だから同性婚を認める国を羨ましく思う。」、「良いパートナーがいるが、老後、自分が死ぬ時の財産分与や面会権を考えると、同性婚・D P 法だけは確立してほしい。」、「同性愛者が何年つきあっても制度的に何も守られていない。即ち、国から何も期待されていないということ。社会から期待されていない私たちは何を活力源として生きて行けばよいのか?」(同 25 頁)といった回答が寄せられた。

(3) このように上告人ら性的少数者は法律上同性であるパートナーとの関係が社会的に正式・正当な関係と認められず、法的保障も何もないことにより不安を抱え、また差別を受けることへの恐れからその関係を公にすることができないという理不尽な事態に直面している⁹⁾。しかし、このような理不尽な事態は、すべての人はその性自認や性的指向にかかわらず人格的に同等であるとの原則に立ち、家族としての身分関係においても法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを同等に扱い、法律上同性のカップルに対し、法律上異性のカップルと同様に現行の婚姻制度の利用を認めていれば、回避できたはずである。

⁹⁾ 上告人ら以外の性的少数者らの経験については、控訴人ら第 4 準備書面第 3 の 3・14～19 頁など参照。



さらに、前述の日高教授も、自身の調査結果の分析を踏まえ、「性的指向と性自認の多様性が認められないばかりか、法律によっても保護されておらず、平等な扱いが確保されることなく差別的取り扱いが看過されていることは改めて言及するまでもない事実である。」と指摘する（甲A440の1・9頁）。そして、「筆者が20年に渡り実施してきた一連の調査から示されるLGBTQの当事者が直面する生きづらさを軽減させるためには、法律をはじめとする社会的システムの中に異性愛以外の性的指向を肯定的に捉えていくこと、異性愛者と平等な扱いをしていくこと、多様な性自認の有り様を尊重していくこと、こ

これらの取組と周知を繰り返し行っていくことである。法の整備を通じてこれらの課題を国民に啓発することが叶い、意識を変容させ新たな価値観と規範を涵養していくことを通じて、多様性を尊重する社会の実現に寄与するであろう。」と指摘し(同上)、性的少数者の生きづらさ・社会生活上の不利益を解消するためには、法律をはじめとする社会的システムの中で性的少数者をマジョリティであるシスジェンダーの異性愛者と平等な扱いを保障することが不可欠であると述べる。

- (4) この点、性的少数者への理解がいまだ進んでいないこと、社会の急激な変化への懸念などを理由に、まずは、現行の婚姻制度とは別の制度で現行の婚姻制度とほぼ同じ内容の制度(例えば、諸外国のように婚姻制度とほぼ同じ内容の登録パートナーシップ制度)を導入するのが穏当という意見(いわゆる時期尚早論)もないわけではない。しかし、そのような方法で性的少数者の尊厳が損なわれているという問題は解消するのであるか。

全く法的な保障がない現状が改善するのであるから、性的少数者の尊厳が損なわれているという問題は一定程度は改善するであろう。しかし、法律上異性のカップルは現行の婚姻制度を利用できるが、法律上同性のカップルはこれを利用できず、別制度を利用するほかないという区別は依然として残る。現時点で性的少数者に対する差別偏見が近い将来完全に解消されることは期待し難いことからすれば、そのような区別は相当の確実性を以って、性的少数者に対する差別を温存し、法律上同性のカップル(とその子)を法律上異性のカップル(とその子)よりも一段低い存在、現行の婚姻制度を利用できない「二級市民」として固定化することにつながるであろう。

先行して法律上同性のカップルを対象とした登録パートナーシップ

を導入した諸外国における経験がこれを裏付ける。例えば、スコットランドやアメリカのニュージャージー州などでは、婚姻制度と同等の内容の制度であったとしても、別制度とされていることによって、依然として差別が残り、婚姻と同等の社会的な公認が得られていないという研究結果が報告されている^[10]。米州人権裁判所は2017年の勧告的意見において、法律上同性のカップルに別制度を設けることは、差異やスティグマ化や見下しにつながり、米州人権条約違反にあたるとした(甲A441・5～7頁、甲A673の1、同2、甲A674・428～434頁)。さらに、オーストリア憲法裁判所は、2017年12月の判決において、婚姻と登録パートナーシップ制度の違いがごく僅かであっても、法制度の名称が「婚姻」と「登録パートナーシップ」とに分かれていることから、同性への性的指向を有する者は、性的指向が重要ではない場面又は重要であってはならない場面においても自らの性的指向を明らかにせざるを得なくなり、差別を受けるおそれがあるとの理由から、異性関係と同性関係とを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する平等原則に違反すると判断した(甲A98・77頁、甲A584の1、同2)。

4 まとめ

以上のとおり、日本においては、法律婚を尊重する意識が依然強く、法律婚をすることが人生のモデルコースの一つとして位置付けられ、法律婚をしているか否かが、社会の正式かつ正統な構成員として認

¹⁰ この点に関しては、原審控訴理由書第4分冊第10の3(1)42～44頁(スコットランドの例、アメリカニュージャージー州の例)、同控訴人ら第5準備書面第3・11～15頁(海外の調査研究)を参照。

められるかどうかには深く結びつけられている(上記1)。他方、日本においても、性的少数者を「異常なもの」、「劣ったもの」であり、社会的に認められない者として扱ってきた歴史がある。2000年代以降、国内でも対策が取られ始めてきたが、性的少数者に対する偏見や差別意識はいまだに根強く、性的少数者の人格は否定され、その尊厳を傷つけられ続けている(上記2)。このような社会的・歴史的事実の下において、性的少数者の人格的尊厳を回復するためには、すべての人はその性自認や性的指向にかかわらず人格的に同等であり、家族としての身分においてもそれは同じであること、すなわち、婚姻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は同等であることを正面から認めることが不可欠である。法律上同性のカップルには別制度しか認めない場合、たとえその内容が現行の婚姻制度と同じ内容であったとしても、相当の確実性を以って、法律上同性のカップルは婚姻をした法律上異性のカップルと同等の社会的公認は得られないし、性的少数者に対する差別は温存され、性的少数者(とその子)を「二級市民」として扱い、固定化することにつながる。これは、日本に先行して法律上同性のカップルについて法的保護を与えてきた欧米諸国などにおける経験からも裏付けられる(上記3)。

このように法律上同性のカップルに現行の婚姻制度の利用を保障するか、別の制度を許容するかは、性的少数者の人格そのものに直接かわる問題である。そのような問題であるにもかかわらず、時期尚早といった理由で、憲法の番人である最高裁が別制度にお墨付きを与えることが、はたして憲法論として正当化できるのか。上告理由で述べた憲法論を検討する際に、この点を真剣に考えていただきたい。

第3 憲法制定後の社会状況等の変化

最後に、同性愛者など性的少数者に対する認識や取扱いが憲法制定後どのように変化してきたのか、すなわち、性的少数者をめぐる憲法制定後の社会状況等の変化について述べる。

この点に関し、原判決は、29～43頁において、上告人らの主張に沿った事実についてポイントを押さえ、簡潔に整理して認定しているので、熟読することをお願いしたい。

しかし、原判決では事実が単純に列挙されるにとどまり、事実相互の関係やそれらの事実が意義を持つのかといった点までの認定がなされていない。そのため、歴史の流れ、すなわち、歴史が、

憲法制定当時、今日でいう同性愛者やトランスジェンダーなどの性的少数者は「異常」で「劣った存在」と認識され、一般的に性的少数者が法律上同性の相手と婚姻をし、家族を形成するとは考えられていなかった



精神医学や国際人権法の分野での見直しを背景に、国内外において、上記の認識が根本的に見直され、現在では「すべての人はその性自認や性的指向にかかわらず、等しく尊重される」という法規範が確立した



いわゆる同性婚の国際的な広まりなどを背景に、家族制度の分野においても、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同等に取り扱われるべきであるとの規範意識が国外だけでなく日本国内においても広く共有されるに至った

と流れてきたことが若干わかりにくくなっているようにも思われる。

また、原判決の認定から漏れた部分も少なくない。例えば、アメリカ合衆国の連邦最高裁判所が2015（平成27）年に同性婚を認めない州法の規定は違憲と判断したことは認定されているものの（同33頁）、ドイツやオーストリアで、登録パートナーシップと婚姻との間の制度の内容の差についてヨーロッパ人権条約や憲法の平等原則違反だとした判決が積み重ねられたことや、オーストリアの憲法裁判所が2017（平成29）年12月の判決で法律上同性のカップルは登録パートナーシップしか利用できず、法律上異性のカップルは婚姻しか利用できないことは平等原則違反と判断したこと¹¹などは触れられていない。日本国内の動向についても、例えば、法律上同性のカップルが養育里親としての委託を受けることは可能であり、事例もあることは認定しているものの（35頁）、前述のとおり厚生労働大臣や首相が歓迎の姿勢を示したことなどは認定から漏れている¹²。

原判決は関連する事実関係を比較的正確かつ簡潔にまとめているものの、上記のような限界があるため、原判決の事実認定だけでは、性的少数者をめぐる憲法制定後の社会状況等の変化を正確に理解することは難しい面もあるように思われる。控訴人ら第11準備書面別紙においてこれら原判決の認定から漏れた事実も含めて憲法制定後の社会状況等の変化を整理しているので、是非、同別紙も参照していただきたい。そのことにより、原判決が「現在では、我が国において、同性間の人的結合関係に男女間の婚姻と同様の保護を与えることについて、否定的な考え方が国民一般に広く共有されている状況にあるとはいえ

¹¹ 控訴人ら第11準備書面別紙1の4（4）・12～13頁など参照。

¹² 控訴人ら第1準備書面第4の2・14～17頁、同第7準備書面脚注18～20・15～16頁、同第11準備書面別紙1の7（3）ウ・23～24頁など参照。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京一次訴訟上告審提出の書面です。

ず、むしろ社会的受容度は相当程度高まっているといえる。」(55頁)
と認定したことの正しさ、つまり、時期尚早という段階はすでに過ぎ
ているということが実感を以って理解できるはずである。

別紙 2 目を通していただきたい資料一覧

下記に是非目を通していただきたい資料を掲げた。中でも優先度が高いものに★をつけている。

1 法律上同性のカップルの共同生活及び子育てについて

(1) 上告人らの共同生活及び子育てについて

(関連する証拠)

- ①上告人及び一審原告ら本人調書 (★)、証人 〇〇〇 尋問調書 (★)
- ②上告人大江陳述書 (甲 C 5) (★)、上告人小川陳述書 (甲 C 6) (★)、
両名追加陳述書 (甲 C 7) (★)
- ③上告人西川陳述書 (甲 D 3、甲 D 5) (★)、上告人小野陳述書 (甲 D 4、甲 D 7) (★)、〇〇〇 陳述書 (甲 D 6) (★)、絵日記 (甲 D 8) (★)
- ④上告人廣橋正陳述書 (甲 E 2、甲 E 7) (★)、上告人かつ陳述書 (甲 E 3) (★)
- ⑤一審原告佐藤郁夫陳述書 (甲 F 5) (★)、一審原告よし陳述書 (甲 F 6、甲 F 9) (★)、「よしへ」で始まる書面 (甲 F 3) (★)、「誓いの言葉」 (甲 F 4) (★)、遺言 (甲 F 8) (★)、写真 (甲 F 10) (★)
- ⑥上告人バウマン・クリスティナ陳述書 (甲 G 6) (★)

(関連する準備書面)

- ⑦上告人大江・小川関係：原告ら第 5 準備書面
- ⑧上告人廣橋正・かつ関係：原告ら第 4 準備書面、同第 12 準備書面
- ⑨上告人西川・小野関係：原告ら第 8 準備書面、同第 14 準備書面
- ⑩一審原告佐藤郁夫・よし関係：原告ら第 9 準備書面、同第 10 準備書面

⑪上告人バウマン・クリスティナ関係：原告ら第13準備書面

⑫控訴理由書第1分冊

(2) 上告人ら以外の子育てについて

(関連する証拠)

①坂田麻智とサカタ・テレサ関係：甲A548～551

②一般社団法人こどもまっぶのアンケート調査の結果その他：意見書（甲A790の1）（★）

③里親関連：塩崎恭久厚生労働相（当時）の記者会見（甲A655）、岸田総理大臣（当時）の答弁（甲A784・15頁）、根本厚生労働大臣（当時）の答弁（甲A785・19頁）、厚生労働省子ども家庭局局長（当時）のコメント（甲A786）

(関連する準備書面)

④控訴理由書第1分冊

⑤控訴人ら第1準備書面、同第7準備書面脚注18、19、20〔15～16頁〕

2 社会的な公認にかかわる不利益について

(関連する証拠)

①上記1(1)に掲げた上告人及び一審原告ら本人調書、陳述書

②日高教授の実施した調査結果関係（★）：甲A440の1、甲A440の2

(関連する準備書面)

③スティグマ関連：原告ら第15準備書面、控訴理由書第1分冊、控訴

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京一次訴訟上告審提出の書面です。

人ら第4準備書面

- ④現行制度をそのまま適用可能関連：控訴人ら第7準備書面
- ⑤別制度関連：控訴理由書第4分冊第10・38～52頁、控訴人ら第5準備書面

3 憲法制定後の社会状況等の変化について

(関連する準備書面)

- ①全体的な流れ：控訴人ら第11準備書面別紙(★)
- ②国際人権法：原告ら第6準備書面、控訴人ら第2準備書面