

令和6年1月26日

令和5年（家）第454号

申立人 渡邊 礼

同 プロスペル, コガリ

## 補 充 書 面 (2)

(民法の立法過程やこれまでの民法学説の議論状況を、同性婚に関する法解釈や  
憲法判断の論拠としてはならないこと)

神戸家庭裁判所尼崎支部合議係 御中

申立人ら手続代理人弁護士 作 花 知 志 代

(担当) 同弁護士 宮 井 麻 由 子

## 目 次

第1 本書面の概要等	8
第2 国家賠償請求訴訟の各地裁判決が、同性婚禁止解釈や、同性婚禁止制度の憲法適合性の判断にあたり、民法の立法過程や学説の議論状況そのものを「所与の事実」として論拠としていること	9
第3 各時代における同性愛者らの歴史的社会的状況と民法における同性婚の議論状況の対比	10
1 はじめに	10
2 明治民法制定時までの状況	10
(1) 明治民法制定時までの同性愛者等の置かれていた社会的状況	10

ア	男性間性行為が刑罰の対象でもあったこと	10
イ	男性同士のセクシュアリティは、「野蛮」「不道德」「言葉にするのもはばかられる」ものであったこと	11
ウ	同性愛は「病的の一現象」等とされたこと	11
(2)	明治民法制定前までの民法及び民法学説における同性婚の扱い	12
ア	我妻榮は、婚姻制度の起源を探ることは不可能に近いと述べること	12
イ	前記(1)の時代の婚姻制度	12
ウ	前記(1)の時代、同性間の婚姻は「肉性の錯誤」等とされたこと	12
エ	前記(1)の時代にも、生殖は婚姻の要件でないとされたこと	13
3	明治民法制定（明治31年）後、終戦までの間の状況	14
(1)	明治民法制定（明治31年）後、終戦までの間の同性愛者等の置かれていた社会的状況	14
ア	同性愛は「変質狂」として治療対象とされたこと	14
イ	同性愛は「変態性欲」とされたこと	14
ウ	教育分野においても同性愛は「常軌を逸した変態的行為」とされたこと	15
(2)	明治民法制定から終戦までの民法及び民法学説における同性婚の扱い	15
ア	前記(1)の時代の婚姻制度	15
イ	1899年、梅謙次郎は同性間の婚姻なるものがないことは「言ハズシテ明カ」としたこと	15
ウ	1900年初頭、牧野菊之助は、同性婚は「肉性の錯誤」としたこと	16
エ	1937年、中川善之助は「同性結婚の如きは婚姻意思なき無効婚」としたこと	17
オ	1942年、中川善之助は、同性婚は、「学問を妻とするとか、書籍を配偶者とするといふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全	

く同様」としたこと	17
カ 1917年～1935年頃、婚姻の目的は子を得ることのみでないと言われたこと	18
4 現行憲法及び昭和民法制定から昭和50年頃までの状況	19
(1) 同性愛者等の置かれていた社会的状況	19
ア 戦後の精神医学においても同性愛は「変態性欲」「異常性欲」とされたこと(1946年～1977年)	19
イ 文部省は、同性愛を「健全な社会道徳に反し、性の秩序を乱す行為」としたこと(1979年)	20
ウ 1969年～1983年、『広辞苑』は同性愛を「異常性欲の一種」と記したこと	20
エ 1969年、東京地裁は、刑事裁判の判決において同性愛を「異常性欲」として挙げたこと	21
オ 1972年、名古屋地裁は、離婚裁判において同性愛関係のある当事者を「性的に異常な性格を有していることは明らか」としたこと	21
(2) 日本国憲法制定と民法改正における同性婚の取扱い	22
(3) 日本国憲法制定、昭和民法改正後における民法学説の状況	23
ア 1949年、山中康雄は、「同性婚に婚姻意思ありとは考えられず」としたこと	23
イ 1958年、中川善之助は、明治民法下におけるのと同様、同性婚は、「学問を妻とするとか、書籍を配偶者とするといふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様」としたこと	23
ウ 1961年、我妻榮は、前記イの中川善之助の記述を引用して、「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」としたこと	24
エ 1966年、上野雅和は、「同性婚はもちろん成立しない。」としたこと	24

オ	1977年、中川淳は、「同性婚のごときは、社会観念上、婚姻意思の存在を肯定することはできない」としたこと	24
カ	小括	25
5	1980年頃以降の状況	25
(1)	1980年頃以降の同性愛者等が置かれた社会的状況等	25
ア	アメリカ精神医学会が同性愛を精神障害とする取扱いを変更したことは、1980年代以降、我が国でも紹介されたこと	25
イ	1987年、DSMから同性愛は削除されたこと	26
ウ	1992年、ICDでも「性的指向それ自体は障害とみなされない」とされたこと	26
エ	厚生省（1994年）及び日本精神神経学会（1995年）も、同性への性的指向それ自体を精神障害とみなさないこととしたこと	26
オ	1990年頃、文部省は、同性愛に関する見解を改めたこと	26
カ	1991年、『広辞苑』は同性愛に関する記述を改めたこと	27
キ	1991年、府中青年の家事件が提訴され、1994年に地裁判決、1997年に高裁判決がなされたこと	27
ク	2002年、「性的指向」による差別を禁止する人権擁護法案が提出されたこと	28
ケ	2000年代以降、同性婚を導入する国が現れたこと	28
コ	2015年（平成27年）頃以降の国内世論調査では、同性婚に賛成する意見が多数となったこと	28
サ	2015年（平成27年）以降、自治体のパートナーシップ制度の整備が進んだこと	28
シ	2015年から2019年、国内の同性カップルが同性婚の法整備を求めて法的手続に至ったこと	29
ス	現在の国民においても同性愛を精神疾患とみなす誤解は残っていること	…

セ	現在においても国民にとって同性愛者は可視化されていないこと	……29
ソ	現在の国民においても同性愛者に対する嫌悪感情は根強いこと	……30
(2)	1980年頃以降の学説における同性婚の議論の状況	……30
ア	1980年、山田卓生は、婚姻と生殖の関係は「元々結びついていたこと」を前提に、それが「切りはなされるか」を論じていること	……30
イ	1984年、石川稔が同性婚を論じている状況	……31
ウ	1987年、憲法研究者内野正幸は、同性愛への「嫌悪感」を法学セミナー掲載論文で公言している状況	……32
エ	1989年、上野雅和は、『新版注釈民法(21)』で、婚姻は男女の結合でなければならないという命題に疑問を呈しつつ、「婚姻と生殖との不可分の結合関係」が「かつては存在した」とすること	……33
オ	1990年、二宮周平が同性カップルの事実婚としての保護を論じている状況	……34
カ	1994年、棚村政行は同性間の婚姻を論じている状況	……35
キ	1994年、星野英一は、同性であることは「どこでも民法に規定がないようだが」婚姻障害であるとしていること	……35
ク	1995年、大村敦志は、「民法の「婚姻」に同性婚をも含めるという解釈論は不可能ではない。」としつつ、「定型的に子を持ちうるか否か」を基準として同性婚を否定したこと	……36
ケ	1997年、星野茂は、「明文の規定はないが、現行法上婚姻障害に当たる」等とし、「婚姻と生殖との関係」は、「かつては密接不可分であった」としたこと	……38
コ	1997年においても、泉久雄は当然のごとく同性婚を否定していたこと	……39
サ	2003年、日本弁護士連合会は、当然のごとく同性婚を否定していたこと	

.....	40
シ 2004年、棚村政行は、最高裁判所と家庭裁判所調査官研修所が発行する「調研所報第41号特別号」に掲載した論文において、同性婚を論じたこと …	
41	
ス 2005年、有地亨は、「社会的に承認されるか否か」を、婚姻としての法的保護の対象かどうかの基準としたこと …	41
セ 2010年、大村敦志は、『家族法〔第3版〕』で、臨終婚の事例は「抽象的・定型的」には「子どもを育てることを合意して共同生活を送る」という目的を満たす、とする一方、同性カップルはこの意味で婚姻の目的が満たされない、としたこと。当該書籍において、性的マイノリティに関する基本的な記述の誤りが幾つもあること …	42
ソ 2015年、大村敦志は、『民法読解 親族編』で、同性であることは「民法に規定がない婚姻障害」とした。その際、明治民法制定以来の民法学説の議論状況を自説の論拠としたこと …	46
タ 2016年、日本家族〈社会と法〉学会のシンポジウムで婚姻の性中立化規定が提案されたこと …	47
チ 2017年、日本学術会議法学委員会が婚姻の性中立化のための民法改正を提言したこと …	47
ツ 2022年、憲法研究者渋谷秀樹は、同性婚が異性婚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」としていたかつての自説は、「異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学と心理学において前記の知見の変更があったことを不覚にも知らずに記したものであった。」と記述したこと …	47
6 まとめ（各時代における同性愛者らの社会的状況と民法における同性婚の議論の対比） …	48
第4 国家賠償請求訴訟の各地裁判決の誤りについて	51

第5 本件の各主張が認められること	52
1 主張Ⅰが認められること	52
2 主張Ⅱが認められること	53
3 主張Ⅲが認められること	55
第6 まとめ	57

## 第1 本書面の概要等

- 1 本書面では、主張Ⅰ、Ⅱ、Ⅲのいずれにも関連する主張を述べる。
- 2 明治時代から現在まで、民法の立法や改正の過程（以下あわせて「民法の立法過程」ともいう。）、民法学説の議論において、同性婚は、議論自体がなされていなかったり、当然のごとく無効とか不成立とされ、ほぼ一貫して、現行法は同性婚を禁じていると説かれてきた。
- 3 本件に関連する一群の国家賠償請求訴訟の5つの地裁判決においては、このような民法の立法過程や学説の「議論状況そのもの」を、「事実」として、現行法が同性婚を禁止しているという解釈（同性婚禁止解釈）や、同性婚禁止制度が憲法の関連規定に違反しないという判断の論拠としている。
- 4 しかしながら、同性婚禁止解釈や同性婚禁止制度が憲法の関連規定に適合しているか否かの解釈にあたり、明治時代から現在までの民法の立法過程や学説の議論状況を、所与の事実として論拠とすることは、相当ではない。

なぜならば、明治時代から現在までの民法の立法過程や学説の議論状況は、特に1980年頃までの、同性愛・同性愛者に根強い偏見、差別感情を有してきた我が国の歴史的社会的状況を反映し、直接または間接にその影響を受け継いでいるからである。そのことは、明治時代から現在まで、各時代における同性愛・同性愛者を取り巻く社会的状況と、民法における同性婚の議論とを対比することによって確認することができる。

- 5 そのため、明治時代から現在までの民法の立法過程や学説の議論状況そのものは、所与の事実として、同性婚禁止を是とする論拠とすることはできない。

むしろ、同性婚に関する現在までの法的状況（法の文言、なされる法解釈）に、同性愛・同性愛者への偏見、差別感情が影響を及ぼしている面があることを適切に考慮すべきである。かかる考慮とこれまで述べた点も併せれば、主張Ⅰ、Ⅱ、Ⅲの各論点において、申立人らの主張は認められるべきである。

以下、詳述する。

## 第2 国家賠償請求訴訟の各地裁判決が、同性婚禁止解釈や、同性婚禁止制度の憲法適合性の判断にあたり、民法の立法過程や学説の議論状況そのものを「所与の事実」として論拠としていること

1 本件に関しては、平成31年から令和3年の間に、全国各地の複数組の同性カップルが、現行法は同性婚を禁じているという前提（同性婚禁止制度）に立った上で、国会が同性同士の婚姻を認める立法措置を講じていないことは国家賠償法上の違法であると主張して、順次計6件の国家賠償請求訴訟を提起し、これまでに5つの判決がなされている（甲A225、甲A275～278、以下単に「札幌地裁判決」などとも言う。令和6年3月に一群の訴訟の東京二次訴訟の地裁判決が予定されているため、令和4年11月30日になされた東京地裁判決（甲A276）は「東京地裁令和4年判決」とも呼ぶ。）。

2 このうち、大阪地裁令和4年6月20日判決（甲A275の1・21～22頁）は、裁判所の判断として、現行法が同性婚を禁止しているという解釈（同性婚禁止解釈）を採る旨判示した。それにあたり、同判決は、「明治民法から現行民法に至るまでにおいても、一貫して、婚姻は男女間によるものであることが当然の前提とされ、同性間については、婚姻の意思を欠くなどと解釈されて、婚姻として取り扱われてこなかったこと（認定事実）」を論拠の一つとしている。

（なお、大阪以外の4つの地裁判決は、「現行法が同性婚を禁止している」という理解を、「当裁判所の判断」に入る以前の前提として取扱っている。）

3 また、同性婚禁止制度の憲法適合性審査において、札幌地裁判決（甲A225の1・17頁以下）は同制度が憲法24条1項及び同2項に違反しないとの結論を導くにあたり、大阪地裁判決（甲A275の1・23頁以下）、東京地裁令和4年判決（甲A276の1・38頁以下）、名古屋地裁判決（甲A277の1・25頁以下）及び福岡地裁判決（甲278の1・25頁以下）は同制

度が同24条1項に違反しないとの結論を導くにあたり、福岡地裁判決（甲278の1・31頁以下）は同制度が同14条1項に違反しないとの結論を導くにあたり、それぞれ、明治時代から現在までの民法の立法過程や学説の議論において、同性婚は議論自体されていなかったり、当然に無効ないし不成立とされていた、という状況そのものを「所与の事実」として扱い、各々の憲法判断の論拠としている。

4 そこで、以下では、明治時代から現在までの民法の立法過程や学説の議論において、同性婚が議論自体されなかったり、当然に無効ないし不成立とされていた、という状況を、「所与の事実」として扱うことの誤りについて述べる。

### 第3 各時代における同性愛者らの歴史的社会的状況と民法における同性婚の議論状況の対比

#### 1 はじめに

以下では、我が国における同性愛や同性愛者を取り巻く歴史的社会的状況と、民法における同性婚に関する議論状況とを、各時代ごとに並行して概観する。（掲記する事実等は、おおむね国家賠償請求訴訟の各地裁判決で事実認定されている。例えば札幌地裁について、甲225の1・4～10頁）

これにより、民法における同性婚に関する議論状況には、各時代における同性愛や同性愛者を取り巻く社会的状況が反映していることを示すものである。

#### 2 明治民法制定時までの状況

##### (1) 明治民法制定時までの同性愛者等の置かれていた社会的状況

###### ア 男性間性行为が刑罰の対象でもあったこと

明治以前の我が国には、男性間の（性愛も伴う）親密な関係性を意味する「男色」の文化が存在し、江戸時代には「衆道」などと呼ばれた。男色や衆道は、その後の「同性愛」の概念とは異なり、これらに対応する女性間の同性愛関係

を示す語は見られなかった。これらは、統治の観点から幕府による取り締まりの対象とされた。(甲A287・94～96頁、甲A288・50～51頁、甲A289・53～54頁)

男性間の性行為は、1873年(明治6年)に公布された改定律令では、鶏姦(男性間の性行為)が犯罪として処罰の対象とされた。その背景には、男子学生の勉学に差し障りがあるとして取り締まりを企図した白川県(現在の熊本県)から司法省への伺いがあったとされる。

1880年(明治13年)に公布された旧刑法では、ボワソナードの影響もあり同罪は削除された(甲A287・97～98頁、甲A290・37～40頁)。

しかし、その後も刑法の注釈書等には、「鶏姦ハ人倫ニ戻ルノ甚キモノニシテ、其害最モ大」などとして、男性間の性行為を犯罪とする鶏姦罪の復活を求める見解が存在した(甲A291・28頁)。

イ 男性同士のセクシュアリティは、「野蛮」「不道德」「言葉にするのはばかられる」ものであったこと

また、明治期の一般的な言説において、男性同士のセクシュアリティ(男色)は、「野蛮な」「不道德な」あるいは「言葉にするのはばかられる」といった表現を用いられ周縁化されていた。直接禁止する法令は廃止されていたものの、明治期の我が国において、男性間の性行為が道徳的な問題行為とされ、排除しようとする価値観が強く存在していた。(甲A291・28頁)。

ウ 同性愛は「病的の一現象」等とされたこと

1894年(明治27年)、ドイツの精神科医クラフト＝エビングの『性的精神病質』(1886年刊)が、日本法医学会の翻訳により『色情狂編』として出版され、我が国にも紹介された。

同書は、「凡そ人類は有情なり、情は男女の愛情を以てその本源とす」、「男子にして女子を忌畏し、女子にして淫事を嗜好するものは即ち病的の一現象な

り」とし、また、病理的な色情として、「他性に対する情欲非常に減退したるか或は全く廃滅し之に代ふるに同性に対する情欲大に亢進せるもの」を挙げ、具体的な「症例」を多く紹介した。(甲A 290・46、55頁、甲A 292・1、6、119～194頁)

## (2) 明治民法制定前までの民法及び民法学説における同性婚の扱い

ア 我妻榮は、婚姻制度の起源を探ることは不可能に近いと述べること

はじめに述べておくと、我妻榮は、「人類は、男女の性的結合によって子孫の増殖をはかり、集団を形成して、外的と自然の暴威を防いで、その存続・発展を遂げてきた。」としつつ、「その起源を探ることは、不可能に近く、その将来を<sup>ぼく</sup>卜することは、夢にひとしい。」と述べている(甲A 341・1頁(甲A 50と同じ書籍))。

イ 前記(1)の時代の婚姻制度

前記(1)の時代の婚姻制度をみると、明治初年にあつては、婚姻の実質的要件は慣習に委ねられており、統一的な実体法は存在せず、個別的な指令あるいは間接的に刑法によって旧来の慣習の確認あるいは是正がなされたに過ぎなかった(甲A 52・179頁)。

明治政府は、不平等条約の改正交渉における欧米諸国からの法典整備要請を背景として、民法典の編纂が進め、1886年(明治19年)に法案起草のために法律取調委員会が設置され、1888年(明治21年)には法律取調報告委員の熊野敏三により民法草案人事編(第1草案)が起草された。草案の修正、元老院及び枢密院での審議を経て、1890年(明治23年)に旧民法人事編(明治23年法律第98号)が公布されたが、いわゆる法典論争が起こり、施行には至らなかった。(甲A 293・21～25頁、甲A 294・6～7頁。甲A 295・307～311頁)

ウ 前記(1)の時代、同性間の婚姻は「肉性の錯誤」等とされたこと

前記(1)の時代、同性間の婚姻については、旧民法草案起草者熊野敏三は、

第1草案の理由書である『民法草案人事編理由書上巻』において、「第八十五條 人違ニ由リ若シクハ心身喪失ノ時為シタル婚姻ハ不成立トス」等と題する項目において、「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」と説明し（甲A296・74丁表裏）、同性間で婚姻がなされるのは、「肉性の錯誤」によるものであるという決めつけのもと、「不成立であることは論を俟たないものの、そのことを明示する必要がない」と述べている。ここでは、同性間の婚姻は、「人違い」や「心神喪失」と同視されている。

エ 前記(1)の時代にも、生殖は婚姻の要件でないとされたこと

他方で、婚姻と生殖との関係については、熊野敏三らによる解説書においては、「産子ノ能力ヲ有セザル男女ト雖モ婚姻ヲ為スヲ得ベキカ」が論じられ、「一見スレバ、産子ノ能力ハ婚姻ノ性質上必要ナル一条件タルガ如シ。実ニ産子ノ能力ナキ者ハ男ニシテ男ニアラズ、女ニシテ女ニアラズ、婚姻ノ材料欠缺シ、其目的ヲ達スル能ハザルモノナリ。故ニ婚姻ヲ為スヲ得ズト謂フヲ得ベシ」、「然レドモ、是ハ我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ。先ズ法文上ヨリ論ズレバ、上ニ述ベタル如ク婚姻ヲ為スノ能力ハ元則ニシテ無能力ハ例外ナリ。故ニ婚姻ノ条件ハ明文ニ依ルコトヲ要シ、之ヲ補足スルコトヲ得ズ。而シテ、本章中、産子ノ能力ナキ男女ニ婚姻ヲ禁ズルノ法文アルヲ見ズ。且ツ、法理上ヨリ観察セバ、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、必要欠ク可ラザル条件ニアラズ。故ニ、老年、不具又ハ切割等ニ依リ産子ノ能力欠缺スルモ、婚姻ヲ為スノ妨碍ト為ル可ラズ」と説明されている（甲A7・192～193頁）。

明治民法の起草者熊野敏三は、同性婚が不成立であることの説明において、「自然生殖の可能性がない」という「理由」を挙げてはいない。むしろ、生殖の能力がないことをもって婚姻できないというのは、民法の精神を得た解釈で

はなく、生殖能力があることは婚姻の要件でない、と明記している。

### 3 明治民法制定（明治31年）後、終戦までの間の状況

#### (1) 明治民法制定（明治31年）後、終戦までの間の同性愛者等の置かれていた社会的状況

##### ア 同性愛は「変質狂」として治療対象とされたこと

1906年（明治39年）、石田昇『新撰精神病学』は、「変質狂」のうち「色情感覚異常」の項目において色情倒錯ないし同性的色情を挙げ、「男子は女子に対して情欲冷淡なる代りに年少の男子に対して色情あり、鶏姦……をなす。之に反して女子は男子に向つて色情を表せずして女子を愛し、互に相擁するもの之をトリバヂー……と云う。是れ変質徴候の第一なり」とし、その治療法として「催眠術を試むべし、最初の暗示は色情的興奮を鎮静せしむるに努め、其後従来への刺激に対する無感覚、忘却及び最後に異性に対する自然傾向を与ふべき。其他臭素剤、身体的労働及び冷水浴、境遇の変化等を試むべし」と述べた（甲A297・236～237頁）。

##### イ 同性愛は「変態性欲」とされたこと

1910年代から1920年代にかけては、在野の医師やジャーナリストにより、通俗的な性研究雑誌や性科学書が次々と刊行された。1913年（大正2年）には、クラフト＝エビングの『性的精神病質』が『変態性慾心理』という題名で翻訳され、一般大衆向けに出版された。1920年代頃には、「ホモセクシュアリティ」の訳語として「同性愛」が定着し、同性愛は「変態性欲」の一つであり、予防や治療の対象となる病気であるとする認識が通俗性科学により広められた。通俗性科学書の中には、「同性間性欲に対する法律は、決して峻厳を要するものにあらずれども、これに対する制裁なきときは、忽ち弊害百出して、社会を壊乱するに至るべし。同性姦淫の罰するべきものたるは、姦通罪と同じくして、決して不問に附すべきものにあらざるなり」として、同

性間の性行為の犯罪化を主張するものも見られた。

このように、同性愛を「変態性欲」であり病気であるとする認識は同性愛者にも内面化され、同性愛者であることを周囲に対して打ち明けられないことなどの苦悩が雑誌の匿名投稿で語られるようになった。(以上について、甲A 287・99～102頁、甲A 288・48～49頁、甲A 290・43～50頁、甲A 291・23～56頁)

ウ 教育分野においても同性愛は「常軌を逸した変態的行為」とされたこと

教育の分野においても、同性愛は問題行動の一つに挙げられた。例えば、「多感多情な青年はどうかすると異性に注ぐ恋情を同性の友に注ぐやうなことが起り、二人は永久に離れないとか、身体は二つでも心は一つだとか誓ひ、服装又はその他持物などを全く同じくしたり、更に進んではこれに感覚的成分が混入して抱擁接吻となり、甚しき時は一方が男となり他方が女となつて夫婦の生活を営んだりする。斯の如き常軌を逸した変態的行為……」とされ、「遂に不純な同性愛へ向かうことさえもある。この点は頗<sup>すこぶ</sup>る注意すべきことである」などと説かれた(甲A 298・163～164頁)。

## (2) 明治民法制定から終戦までの民法及び民法学説における同性婚の扱い

ア 前記(1)の時代の婚姻制度

前記(1)の時代の婚姻制度をみると、1893年(明治26年)、民法編纂のために新たに法典調査会が設けられ、法典調査会及び帝国議会での審議を経た後、1898年(明治31年)、旧民法人事編を廃止して親族編とする民法中修正案(明治31年6月21日法律第9号)が公布され、同年から施行された(明治民法)。(甲A 293・25頁、甲A 295・312～313頁)

明治民法の施行に伴い、1898年(明治31年)、旧戸籍法(明治31年6月15日法律第12号)が制定された(甲A 295・316頁、373頁、甲A 294・4～5頁)。

イ 1899年、梅謙次郎は同性間の婚姻なるものがないことは「言ハズシテ明

カ」としたこと

前記(1)の時代、同性間の婚姻については、家事審判申立書で繰り返し指摘したとおり、起草者である梅謙次郎の解説書において、「外国ノ法律中ニハ往々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シテ明カナリ。故ニ我民法ニ於テハ之ガ規定ヲ設ケズ」と説明された(甲A9・118頁)。

ここでは、同性間の婚姻というものが無いことは、「言ハズシテ明カ」であるとされた。

ウ 1900年初頭、牧野菊之助は、同性婚は「肉性の錯誤」としたこと

そして、前記(1)のように、同性愛が、変態性欲、常軌を逸した変態的行為であるなどに見なされた時代の民法学説を見ると、牧野菊之助は、1901年(明治34年)『法律教科書親族法』で、「婚姻には当事者双方の承諾を必要とするものなれば、婚姻を為すの意思なきときは承諾の全く欠缺したるものなるを以て、これを無効とすべきは当然なり。而して、当事者に婚姻を為すの意思なき場合に種々あり。或は人違いの如き、或は肉性の錯誤ありたる如きの如きなり」と論じ(甲A299・59頁)、1908年(明治41年)『日本親族法論』には、「肉性ノ錯誤アリテ両男又ハ両女ノ間婚姻シタルトキノ如キ」場合は「畢竟当事者間ニ全ク婚姻ヲ為スノ意思ノ存在セザルモノナレバ、之ヲ無効トセザルベカラズ」と論じた(甲A300・198～199頁)。

ここでは、同性間で婚姻をした場合は「肉性の錯誤」によるものとされ、同性の二人が真摯な共同生活関係を営むことがあるといった立法事実は認識されていない。そして、同性間で婚姻をする場合、「当事者間にまったく婚姻をするという意思が存在しないため、無効としなければならない。」とのみ述べられている。

エ 1937年、中川善之助は「同性結婚の如きは婚姻意思なき無効婚」とした  
こと

中川善之助は、1937年（昭和12年）、「婚姻意思とは、主観的に婚姻  
なりと思ふ結合に入らんとする意思ではなく、客観的に婚姻なりと見られる結  
合に入るべきの意思である。客観的にといふは、当該社会の習俗的観念に従つ  
て決定されるといふ意味である。」とした上、同性結婚の如きはこの意味で婚  
姻意思なき無効婚と見らるべきものである」と論じている（甲A301・20  
頁）。ここでは、「当該社会の習俗的観念」に合わないという理由で、同性婚  
は「婚姻意思なき無効婚」とされている。

オ 1942年、中川善之助は、同性婚は、「学問を妻とするとか、書籍を配偶  
者とするといふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと  
全く同様」としたこと

中川善之助は、1942年（昭和17年）には、「学問を妻とするとか、書  
籍を配偶者とするといふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られ  
ないのと全く同様に、同性間の婚姻といふ如きことが婚姻的法律要件として否  
認されなければならないのである」と論じている。また、中川善之助は、ヨー  
ロッパの教会法における無効婚の理論に関し、「民法典の注意深き予見にも拘  
はらず、実際はどうしても有効視することの出来ない婚姻的關係であつて、無効  
婚の列挙から漏れたものが出て来た。同性婚がその著しい例である。『明文な  
ければ無効なし』の原則と、かかる変態關係との間に板挟みとなつた民法学者  
が遂に見出した血路は『無効となし得る婚姻』の外に『当然無効なる婚姻』も  
しくは『不成立の婚姻』なるものがあるといふ理論であつた。Nichtige Eheで  
はなくNicht=Eheだといふのである。mariage nulではなくmariage inexiste  
ntなのである」とした上で、我が国の婚姻に関し、「婚姻意思とは当事者の主  
観によって婚姻たる關係を創設せんとするだけの意思ではなく、常該社會の習  
俗的観念に照らして客観的に婚姻と見らるべき結合と造らんとする意思でなく

てはならない。同性婚の如きはこの意味で無効なのである」と論じた（甲A 54・189、214頁以下）。

「学問を妻とする」とか「書籍を配偶者とする」ことができないのは、学問や書籍が「人」ではないためであるが、中川善之助は、同性婚はそれらの「一片の比喩」と「全く同様」と論じられる。同性婚は、「一片の比喩」すなわち、言葉としては発することができるものの実際には存在しえない空想上の事象として扱われ、法解釈において、まともに論じる価値なきものと位置づけられていたことが読み取れる。

カ 1917年～1935年頃、婚姻の目的は子を得ることのみでないと言われたこと

他方で、婚姻と生殖との関係については、穂積重遠が、1917年（大正6年）『相続法大意』において、「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」とした（甲A 8・61頁）。

穂積重遠は、1933年（昭和8年）『親族法』においても、改めて、「(五)婚姻は夫婦の共同生活を目的とする。必ずしも子を得ることを目的としない。それ故、子無きは去るとか、老年者の結婚を禁ずるとか、生殖不能を婚姻の無効若くは取消の原因とし又は離婚原因にするとか云ふような制度を設けない。」と記載した（甲A 235・224～225頁）。

また、1935年（昭和10年）には、谷口知平は、『日本親族法』において、我が国の婚姻制度に関し、「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く（無子、生殖不能の如きは離婚原因乃至は婚姻の無効や取消原

因となされない) ……」とした(甲A302・210頁)。谷口知平は、「婚姻より見て重大な人的性質(頭脳明晰、芸術的天分などの精神的性質、善良、誠実、前科、万引癖など道德性質、処女性、第三者の子を懐胎してみた事実、健康、不妊症、変態性欲、不能、不治の性病其他伝染性疾病、精神病の有無など)の誤認があったときでも……婚姻は無効とはならない。取消すことさえも許されないものと解される」と述べた(同255頁)。

このように、明治民法下の民法学説においても、婚姻は、「夫妻ノ共同生活」を目的とするものであって、「必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ」とされた。そして、生殖は、婚姻の要件でも取消事由でもないことが明言された。

他方で、当該時代には、民法が同性婚を禁止しているという見解の説明において、「自然生殖の可能性がない」という「理由」はやはり挙げられていない。

#### 4 現行憲法及び昭和民法制定から昭和50年頃までの状況

##### (1) 同性愛者等の置かれていた社会的状況

戦後も、同性愛を病気であり異常なものであるとする認識が続いた(甲A287・104～105頁)。

ア 戦後の精神医学においても同性愛は「変態性欲」「異常性欲」とされたこと(1946年～1977年)

1946年(昭和21年)の小南又一郎『実用法医学綱要』では、「猥褻行為—変態性欲」の項目において、「かかること〔猥褻行為——引用者注〕は多くは痴患者、精神異常者又は性欲倒錯者(変態性欲者或は性欲異常者ともいう)などに多く見られるのである」と述べられ、変態性欲として「鶏姦」及び「同性愛或いは女子相姦」が挙げられた(甲A303・82～83頁)。

1953年(昭和28年)の日本応用心理学会編『心理学講座第8巻』では、「同性間の親愛が、何らかの機会によって、抱擁・接吻・相互自慰などの性的な接触にまで進むばあいもまた、少なくない。ことに戦後の社会事情は、この

種の交渉を多からしめているといわれる」、「多くの同性愛者は、自分の傾向に安定しているのではなく、それを自ら病的とかんがえて、困惑し、そこから何とかして脱却しようと苦闘する者が少なくない」、「この種の同性への病的愛着は、一般の健康な親愛とはちがって、性的不適応の一種である」としていた（甲A304・26～30頁）。

1955年（昭和30年）の加藤正明「異常性欲」は、性欲の質的異常（性的倒錯）の一つとして同性愛を挙げ、その分類、原因、症例等を論じた上で、「神経症の根元が対人関係の障害であるのと同様に、同性愛者にも独特の対人関係がみられ、異性に対して性的無関心や嫌悪があるばかりでなく、人格的な融合のないものがあり、また同性に対してもある点で排他的であり、愛情関係も執拗かつ嫉妬がはげしく、なかには傷害、殺人のような悲劇的な結末に終る例さえある」と述べ（甲A305・19～28頁）、1967年（昭和42年）版でも同旨を述べた（甲A306・274～287頁）。

1977年（昭和52年）の大熊文雄「同性愛の精神病理」でも、「同性愛とは異性を性対象とせず、自己と同性のものを対象として求める異常性愛ならびにその傾向をいうのである」とした（甲A307・29頁）。

イ 文部省は、同性愛を「健全な社会道徳に反し、性の秩序を乱す行為」としたこと（1979年）

教育の分野においては、1979年（昭和54年）の文部省「生徒の問題行動に関する基礎資料」の中で、同性愛が倒錯型性非行の一つに挙げられ、「この同性愛は……一般的に言って健全な異性愛の発達を阻害するおそれがあり、また社会的にも、健全な社会道徳に反し、性の秩序を乱す行為となり得るもので、現代社会にあっても是認されるものではないであろう」と記述された（甲A308・63頁）。

ウ 1969年～1983年、『広辞苑』は同性愛を「異常性欲の一種」と記したこと

『広辞苑』では、1969年（昭和44年）出版の第二版から1983年（昭和58年）出版の第三版まで、同性愛は「同性を愛し、同性に性欲を感じる異常性欲の一種」と記述された（甲A309の1、甲A287・105頁）。

エ 1969年、東京地裁は、刑事裁判の判決において同性愛を「異常性欲」として挙げたこと

1969年（昭和44年）、性転換手術（当時の用語）の違法性が争われたブルーボーイ事件判決（東京地判昭和44年2月15日判タ233号231頁、甲A310）では、「そもそも異常性欲は性欲の質的異常（いわゆる広い意味での性的倒錯 Sexual perversion）と量的異常（例えば色情狂や男性のインポテンツ、女性の冷感症）とに大きく分けられ、質的異常には性対象の異常（Inversion）と性目標の異常（Perversion 例えば露出症、窃視症、サディズム、マゾヒズム等）とがあり、同性愛は、自体愛、服装倒錯、小児愛、獣愛等とともに性対象の異常に含まれ、性対象として自分と同性のものを求める傾向を意味している」と判示された。この際、加藤正明「異常性欲」井村恒郎ほか編『異常心理学講座第4巻』（甲A306）が同事件の証拠とされた（甲A310・232頁）。

オ 1972年、名古屋地裁は、離婚裁判において同性愛関係のある当事者を「性的に異常な性格を有していることは明らか」としたこと

1972年（昭和47年）の離婚事件の判決（名古屋地判昭和47年2月29日判例時報670号77頁、甲A311）では、夫（被告）の同性愛関係から、「被告は、性的に異常な性格を有していることが明らかである。もっとも、それがいかなる程度のものであるかは明らかでなく、場合によっては、被告自身の努力と適確な医学的措置によって矯正することも可能なのではないかと考えられる」と判示され、同性愛関係を持ったことを理由に、被告を「性的に異常な性格」と判示し、しかもそれは、「本人の努力」や「医学的措置」によって「矯正可能」とされた。

## (2) 日本国憲法制定と民法改正における同性婚の取扱い

ア 1946年（昭和21年）制定の日本国憲法24条において、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等が規定された。

昭和22年、明治民法の家族法規定のうち、憲法に抵触する規定を中心として改正が行なわれ、憲法に抵触しないと考えられた規定については、明治民法の規定が踏襲された（昭和22年法律第222号による改正）。

日本国憲法24条制定にあたっても、民法の家族法規定の改正に当たっても、同性間の婚姻について検討された形跡はない。（甲225の1・7～8頁）

イ 民法の改正経緯を述べておくと、1947年（昭和22年）4月、日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律（昭和22年4月19日法律第74号）が制定され、妻の無能力規定、家に関する規定、夫婦関係規定で両性の本質的平等に反する規定の不適用や成年者の婚姻についての父母の同意の不要等が定められた。その後、同年12月、民法の一部を改正する法律（昭和22年法律第222号）が制定され、1948年（昭和23年）から施行された（現行民法）（甲A293・29～31頁、甲A294・9頁、甲A295・374～376頁）。

現行民法では、婚姻の実質的要件について、婚姻適齢の引上げ（男女とも1歳ずつ）、相姦者婚の禁止の廃止、父母の婚姻同意権の未成年者への限定、継父母・嫡母の婚姻同意に関する規定の廃止が行われ、また、婚姻の要件外の規定においても、戸主の婚姻同意権の廃止、戸主又は法定推定家督相続人の他家に入る婚姻の禁止の廃止が行われた（甲A336・186～187頁〔上野雅和執筆部分〕）。（明治民法と現行民法の規定を対照したものとして、「新旧規定対照表（我妻榮編）」我妻榮編『戦後における民法改正の経過』（日本評論新社、昭和31年）（甲A312・351～378頁）参照。）

形式的要件については、明治民法の法律婚主義が継承された（甲A336・180頁〔上野雅和執筆部分〕）。

民法改正に伴い、1947年（昭和22年）、戸籍法も改正され（昭和22年法律第224号）、1948年（昭和23年）から施行された（現行戸籍法）。従前の戸籍が戸主を中心とした家を単位としていたのに対して、現行戸籍法は、夫婦は婚姻とともに新たな戸籍を作るものとして一戸籍一夫婦の原則を確立し、三代戸籍を禁止した。

このように、日本国憲法の制定を受けて民法の家族法規定は改正されたが、同性婚については、議論自体がなされなかった。

ウ ただし、日本国憲法24条の制定を受けた民法家族法の改正によって、「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」（旧788条）といった明治民法の規定は廃止され、全ての規定において夫と妻は対等とされたことにより、民法の条文中、同性婚と両立しない規定は存在しなくなった、とすることができる。

この点について、同性婚と両立しない個別条文がないことについては、家事審判申立書において逐条的に述べたとおりである。

### (3) 日本国憲法制定、昭和民法改正後における民法学説の状況

ア 1949年、山中康雄は、「同性婚に婚姻意思ありとは考えられず」としたこと

山中康雄は、現行民法施行直後の1949年（昭和24年）の中川善之助監修『註解親族法』において、「婚姻意思とは、当事者に社会の習俗によつて定ま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、社会の慣習によつて定まる子たる身分を取得せしめようとする意思であつて、単に不定限の性関係を許容せんとする意思ではない。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ず、また科学的な産児制限により子の出生を防止しようとする合意を含む、いわゆる友愛結婚にも婚姻意思ありとなしうるかどうかは極めて疑問である。」と述べた（甲A313・61～62頁（山中康雄執筆部分））。

イ 1958年、中川善之助は、明治民法下におけるのと同様、同性婚は、「学問を妻とするとか、書籍を配偶者とするといふのが一片の比喩に過ぎなく、真

の婚姻意思とは見られないのと全く同様」としたこと

家事審判申立書17頁でも述べたとおり、中川善之助は、1958年（昭和33年）発刊の『親族法（上）』において、明治民法下におけるのと同様、「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、真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」とし、「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」と論じている（甲A49・158～159頁）。

日本国憲法24条において、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等が規定され、それに伴って民法家族法の規定が改正された後も、中川善之助は、同性婚については、明治民法下と同様、「学問」とか「書籍」など一方が人ではない場合の「一片の比喩」と「全く同様」と論じている。

ウ 1961年、我妻榮は、前記イの中川善之助の記述を引用して、「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」としたこと

我妻榮は、1961年（昭和36年）発刊の『親族法』において、「婚姻をする意思（婚姻意思）とは、夫婦関係を成立させるという意味である。しからば、夫婦関係とは何か、といえ、その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合というべきである」とし、中川善之助の前記イの記述を参照として表示して、「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」と論じている（甲A50・14頁、18頁）。

エ 1966年、上野雅和は、「同性婚はもちろん成立しない。」としたこと

1966年（昭和41年）の『注釈民法(20)親族(1)』では、上野雅和が、「婚姻が男女の結合であることは、婚姻の社会的本質からいって当然である。このような意味で、同性婚はもちろん成立しない。」と述べている（甲A48・189～190頁〔上野雅和執筆部分〕）。

オ 1977年、中川淳は、「同性婚のごときは、社会観念上、婚姻意思の存在

を肯定することはできない」としたこと

1977年（昭和52年）、中川淳『親族法逐条解説』は、「婚姻意思とは、社会観念上、婚姻的共同生活関係にはいる意思をいう（通説・実質意思説）。したがって、同性婚のごときは、社会観念上、婚姻意思の存在を肯定することはできない」と述べている（甲A51・72頁）。

#### カ 小括

このように、中川善之助、我妻栄、上野雅和、中川淳は、いずれも、生殖や養育との関係に言及することなく、当然に認められないと説明している。子の生殖と養育との関係に言及しているのは前記の中では山中康雄のみである。

## 5 1980年頃以降の状況

### (1) 1980年頃以降の同性愛者等が置かれた社会的状況等

ア アメリカ精神医学会が同性愛を精神障害とする取扱いを変更したことは、1980年代以降、我が国でも紹介されたこと

本件の家事審判申立書18頁において、アメリカ精神医学会が1973年（昭和48年）から1987年（昭和62年）にかけ、同性愛を精神障害とする取扱いを変更したことを述べたが、このことは、我が国でも紹介された。

例えば、1981年（昭和56年）には、「要するに1952年には精神病に近いものと見られていたのが、1980年には病気でも何でもない、と考えられるにいたった。これは文明ないし科学が＜性に関する考え方＞を変えた好例である」とされた（甲A314・180頁）。

また、「同性愛について現代の精神医学がどのような態度をとっているかという、それが病気とみなされて治療の対象となるのは、本人自身がそのために悩んだり、精神的苦痛を訴えたりする場合に限るとする見方が、欧米の先進国などでは一般的になっている」、「同性愛は……それが第三者からみてどんなに異常にみえても、普通に社会生活を送っていれば、精神医学的には問題に

ならないし、問題にすべきでもない。双方あるいは一方が精神的苦痛を訴えるときだけ治療の対象となる」とされた（甲A315・111～113頁）。

イ 1987年、DSMから同性愛は削除されたこと

その後、1987年（昭和62年）に刊行されたDSM-III改訂版では同性愛に関する疾患概念は完全に削除された（甲A316、317）。

ウ 1992年、ICDでも「性的指向それ自体は障害とみなされない」とされたこと

1992年（平成4年）には、世界保健機関（WHO）の国際疾病分類であるICD-10でも「同性愛」の分類名が削除され、「性的指向それ自体は障害とみなされない」ことが明記された（甲A318、319）。

エ 厚生省（1994年）及び日本精神神経学会（1995年）も、同性への性的指向それ自体を精神障害とみなさないこととしたこと

これを受けて、日本の厚生省は、1994年（平成6年）、WHOのICD-10を採用した。

また、日本精神神経学会は、1995年（平成7年）、ICD-10に準拠し、同性への性的指向それ自体を精神障害とみなさないとの見解を明らかにした。（以上について、甲A287・91頁、甲A289・56～57頁）

ただし、2013年（平成25年）に改訂版が出版された医学書（なお、初版は1980年（昭和55年）発刊）には、未だに同性愛を「性欲の質的異常」とする記述も見られる（甲A320・104頁）。

オ 1990年頃、文部省は、同性愛に関する見解を改めたこと

教育の分野においては、1986年（昭和61年）の文部省「生徒指導における性に関する指導」では同性愛に関する記述は見られなくなり、1993年（平成5年）には、文部省が「生徒の問題行動に関する基礎資料」（甲A308）の同性愛に関する記述が不適切であったことを認めた（甲A289・58頁）。

カ 1991年、『広辞苑』は同性愛に関する記述を改めたこと

同性愛を「異常性欲の一種」であるとしていた『広辞苑』の記述は、1991年（平成3年）出版の第四版（甲A309の2）において改められた（甲A287・105頁）。

キ 1991年、府中青年の家事件が提訴され、1994年に地裁判決、1997年に高裁判決がなされたこと

1991年（平成3年）、ゲイとレズビアン当事者らのグループが、東京都の公共施設である「府中青年の家」の使用申込の不承認処分等を争う訴訟（府中青年の家事件）を提起した。同事件は、「日本の社会において表面に出ることの少なかった同性愛者が自ら裁判上その権利を主張した事件としてマスコミにも取り上げられ話題になった」（甲A28・163～164頁）。

1994年（平成6年）、東京地判平成6年3月30日判タ859号163頁（甲A28）は、①DSM及びICDの改訂並びに我が国における診断基準の検討状況を踏まえ、「心理学、医学の面では、同性愛は病的なものであるとの従来の見方が近年大きく変化してきている」とし、②同性愛についての辞書等の記述の変遷から「同性愛を異常視する従来の傾向の見直しが行なわれている状況にあるといえるであろう」とし、③文部省発行の生徒指導資料における同性愛に関する記述の変遷、④サンフランシスコ市で同性カップルの内縁関係の認定制度が発足したことにも触れた上で、「同性愛についての状況は、近年急激に変化しているが、従前の状況下においては、同性愛者は孤立しがちとなり、自分の性的指向に関し悩み苦しんでいたことがうかがわれる」と判示した。そして、同判決は、都教育委員会の不承認処分に係る詳細な事実経過を認定した上で、青年の家所長の不受理指示及び都教育委員会の不承認処分を違法と判断し、過失も認めて東京都の損害賠償責任を肯定した。

1997年（平成9年）の東京高裁平成9年9月16日判タ986号206頁（甲A29）も、不承認処分の違法性及び都教育委員会の過失を認め、「平

成二年当時は、一般国民も行政当局も、同性愛ないし同性愛者については無関心であって、正確な知識もなかったものと考えられる」、「しかし、一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、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ているものというべきであって、無関心であつたり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである」、「このことは、現在ではもちろん、平成二年当時においても同様である」と判示した。この高裁判決の判断に関しては、「医学、心理学の発達に伴い、同性愛者らに対する理解の深まったことが本判決の背景にあると見られる」との指摘がなされている（甲A29・207頁）。

ク 2002年、「性的指向」による差別を禁止する人権擁護法案が提出されたこと

2002年（平成14年）には、内閣（総理大臣は小泉純一郎自由民主党総裁）から「性的指向」を含む事由を理由とする不当な差別的取扱いを禁止することなどを内容とする人権擁護法案が国会に提出された（甲A321）。（ただし、衆議院解散により廃案。）

ケ 2000年代以降、同性婚を導入する国が現れたこと

家事審判申立書20頁以下で述べたとおり、2000年代以降、同性婚を導入する国が現れ、その動きは加速化した。

コ 2015年（平成27年）頃以降の国内世論調査では、同性婚に賛成する意見が多数となったこと

家事審判申立書23頁以下で述べたとおり、2015年（平成27年）頃以降の国内世論調査では、同性婚を認めることに賛成する意見が多数となった。

サ 2015年（平成27年）以降、自治体のパートナーシップ制度の整備が進んだこと

家事審判申立書25頁以下で述べたとおり、2015年(平成27年)以降、自治体が同性カップルの関係性を承認・保護する施策を導入する動きが進み、令和5年5月末時点で、328自治体、人口カバー率7割に達し、利用件数は5000組を超えた。

シ 2015年から2019年、国内の同性カップルが同性婚の法整備を求めて法的手続に至ったこと

家事審判申立書27頁以下で述べたとおり、2015年(平成27年)、全国の455人の同性カップルが、同性婚の法制化を求めて日本弁護士連合会に人権救済申立てを行ない、2019年には、13組の同性カップルが、同性婚を認めないことは憲法に違反するとして、全国5地裁に、国家賠償請求訴訟を提起した。

ス 現在の国民においても同性愛を精神疾患とみなす誤解は残っていること

とはいえ、現在の国民においても、同性愛を精神疾患とみなす誤解を持ち続ける者は少なくない。家事審判申立書160頁においても述べたとおり、平成27年(2015年)に行なわれた全国調査のなかで、「知識」として、『日本で同性愛は精神病とされている』の正否」を問う質問項目において、全体の正答率は55%にすぎない。特に、男性の正答率(50.8%)は、女性(58.9%)よりかなり低く、また、60～70代の回答者の正答率は、44.9%と極めて低い(甲A57・43～50頁)。

ここで、同性愛は精神疾患でないという「知識」が不足する者の男女別・年齢別の割合が、同性婚への賛成割合(同154頁～155頁)と相関していることは、家事審判申立書160頁に指摘したとおりである。

セ 現在においても国民にとって同性愛者は可視化されていないこと

また、同性愛者が国民にとって可視化されたとも言いがたい。前掲平成27年(2015年)の前掲全国調査(甲A57)では、「周りに同性愛者がいるか」という質問に対して、54.2%は「いない」と答え、33.6%は「い

ないと思う」と答えている（72頁）。実際のLGBTQの人口割合（甲A281）からすれば、これらの回答者の周りに同性愛者が「実際にいない」ことは考えがたく、多くの同性愛者が、自分が同性愛者であるということを周囲に隠して暮らしていると言える。

ここで、性的マイノリティが「周りにいない」と答えた男女別・年代別の割合（甲A57・77頁）は、同性婚への賛成割合（同154頁～155頁）と相関している。

ソ 現在の国民においても同性愛者に対する嫌悪感情は根強いこと

国民において、同性愛者に対する嫌悪感情もなお根強い。前記全国調査で、「近所の人/職場の同僚/きょうだい/子どもが同性愛者だったらどう思うか」という質問に対して、関係性によるものの、きょうだい場合に「嫌だ」38.0%、「どちらかといえば嫌だ」28.9%、子どもだった場合に「嫌だ」45.6%、「どちらかといえば嫌だ」26.8%との回答があり（97頁）、いまだ国民の中には、同性愛者に対する根強い嫌悪感情、否定感情がある。

なお、上記のいずれの質問においても、「嫌だ」「どちらかといえば嫌だ」と答えた割合は、男性の回答者のほうが女性の回答者より高く（98頁）、年代別では、特に60代や70代は、「嫌だ」「どちらかといえば嫌だ」と答えた回答者の割合が、他の年代に比べて極めて高い（99～100頁）。

ここで、同性愛者を「嫌だ」等と答える男女別・年代別の割合は、同性婚への賛成割合（同154頁～155頁）と相関している。

## (2) 1980年頃以降の学説における同性婚の議論の状況

以上に見た社会状況の変化に呼応し、1980年頃以降、民法学説も同性婚を議論するようになった。以下にその議論を概観する。

ア 1980年、山田卓生は、婚姻と生殖の関係は「元々結びついていたこと」を前提に、それが「切りはなされるか」を論じていること

1980年（昭和55年）、山田卓生「私事と自己決定 結婚と離婚1――

結婚の自由をめぐって」法学セミナー300号（甲A322・74頁）において、アメリカ合衆国の同性婚に関する議論を紹介した上で、以下のように論じる。

「わが国でも、民法上は（婚姻が）男女間であることを明示していない。あたり前のこととされているからであろう。広辞苑では、「結婚」は、「男女が夫婦となること」、「婚姻」は、「一对の男女の継続的な性的結合を基礎とした社会的経済的結合で、その間に生れた子供が嫡出子として認められる関係」、としていて、異性間である事が、明示されている。」（76頁）

「結婚の権利というよりは、平等保護違反との関係で、同性間の結婚を認むべしとする議論がある。」、「このように考えれば、結婚の相手を選ぶ権利には、性別を選ぶ権利も含まれることになり、結婚と生殖とは切りはなされることになる。」（74頁）

「婚姻と生殖の関係」は、「元々それが結びついていたこと」を前提にして、同性婚の議論の中で「切りはなされるかどうか」が論じられている。

イ 1984年、石川稔が同性婚を論じている状況

1984年（昭和59年）には、石川稔「新・家族法事情 同性愛者の婚姻〔その2〕」法学セミナー356号（昭和59年）（甲A323・59～60頁）が、アメリカ合衆国の同性婚に関する議論を紹介しつつ、次のように論じる。

「わが民法においても、婚姻は男女間の法的結合であるといった定義規定は見付からない。ただ「夫婦」という言葉が男女間の結合であることを示唆するだけである（この点はアメリカでもhusband and wifeが男女を示唆するのと同じである）。そして、わが国でも通常の用法として婚姻は男女間の結合であるとして使われてきている。だから、民法をみるかぎり、その状況はアメリカと異ならない。ところが、わが国では憲法24条が「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し……」と規定しており、右の憲法上の婚姻概念が民法上の

婚姻概念と同義であるとするれば、婚姻は男女間の結合を意味するものと解されるのである。(ちなみに、英文憲法では両性はboth sexesとなっている)。憲法24条1項の制定趣旨は右のような男女の結合を表示するところにあったものではないけれど、両性という言葉は同性婚を排除する理由の一つに使うことができるということである。だから、右のような文理解釈によるのではなく、根本的には、社会制度としての婚姻という観点から目的解釈によって同性婚の許否は決せられるべきものである。」

「生殖と種の保存が婚姻と直接結びつくわけでは決してない。子を産むことのない高齢の男女であっても婚姻することはできるのだから、要するに、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いすぎで恐縮であるが)。だから、その雑物が社会的に容認されるものかどうか問題なのである。」

「同性婚の許否は社会との関係において判断されるものということになろう。そうであれば、ホモが社会的に容認されるべきかどうか、容認されるとすればどこまでか、が決め手となる」(引用者注-現在は「ホモ」は差別語とされている。)

石川論文においても、「婚姻と生殖の関係」は、同性婚を議論すべき状況下、「直接結びつくかどうか」という文脈において取り上げられる。

また、石川は、同性愛者が「社会的に容認されるかどうか、容認されるとすればどこまでかが決め手となる」とするが、同性カップルの婚姻の承認を、同性愛や同性愛者に偏見や差別感情を向けてきた「社会」に行なわせることの適否等は論じられない。

ウ 1987年、憲法研究者内野正幸は、同性愛への「嫌悪感」を法学セミナー掲載論文で公言している状況

この時期の法学研究者の意識が垣間見えるものとして、1987年(昭和6

2年)に法学セミナーに掲載された内野正幸の論文では、以下の記載がなされている(甲A337、下線は引用者)。

「〈同性愛とエイズ〉といえば、両者の関係はよくわかるが、〈同性愛と憲法〉といわれると、どのようなつながりがあるのだろう、と首をかしげる読者も少なくあるまい。」(18頁)

「なお、よりラジカルなホモ権論者は、同性愛のための婚姻制度が憲法上要請される、とまで主張している。すなわち、男女間の結婚を認めておきながら男どうし(女どうし)の結婚(?)を否認するのは、同性愛者に対する不当な差別だというのである。しかし、そこまでいわれると、大多数の者は、ついでいけないものを感じるであろう。」(21頁)

「ホモ権論に好意的な論稿を書いたりすると、もしかしたら執筆者の私自身がホモなのではないか、という疑いをかける読者もみるかもしれない。残念ながら、私は、ホモの気がないばかりか、同性愛にある種の嫌悪感を抱いている一般人の一人にほかならない。」(21頁)

「同性愛をめぐる憲法問題の焦点は、まさに、社会の多数者の倫理観や道徳観状を根拠に、少数者たるホモの権利を規制できるか、という点にあったのである。価値観の相対性と個人の自由を重んじる憲法理論に立脚する以上 — 感情論はさておき — 憲法学者としては、日本国憲法の解釈論の問題としても(以下、略)」(21頁)

ちょうどこの頃、アメリカ精神医学会では、同性愛を精神障害とする取扱いを変更し、その情報は前記のとおり日本にも伝えられていたのであるが、憲法学者である内野は、同性愛・同性愛者への「嫌悪感」を表明して憚らない。また、同性婚の要請についても、内容を検討することもなく「大多数の者はついでいけないだろう」などと記載している。

エ 1989年、上野雅和は、『新版注釈民法(21)』で、婚姻は男女の結合でなければならないという命題に疑問を呈しつつ、「婚姻と生殖との不可分の結合

関係」が「かつては存在した」とすること

本件の家事審判申立書19～20頁でも述べたとおり、上野雅和は、1989年（平成元年）の『新版注釈民法(21)』（甲A52）では、旧版の記述を改め以下のように論じた。

〔1966年（昭和41年）の『注釈民法(20)親族(1)』（旧版）の記述〕

「婚姻が男女の結合であることは、婚姻の社会的本質からいって当然である。このような意味で、同性婚はもちろん成立しない」（甲A48・189～190頁）

〔1989年（平成元年）の『新版注釈民法(21)』（甲A52）の記述〕

現在では、「婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われると、婚姻の成立および維持についての社会的利益も重要性を減じ、婚姻法は主として夫婦の個人的利益の保護を目的とするものになる。」、「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も、必ずしも当然に合理的根拠があるとはいえなくなる」（甲A52・178～179頁）。

ここでも、「婚姻と生殖との不可分の結合関係」が「かつては存在した」ものとして扱われているが、上野は、これまでも民法学説は、「婚姻と生殖の関係」を不可分には扱ってこなかったことには触れない。

オ 1990年、二宮周平が同性カップルの事実婚としての保護を論じている状況

1990年（平成2年）、二宮周平『事実婚の現代的展開』（甲A324）は、「同性カップルは、異性愛でないこと、法的な家族の枠組みに入らないことで、二重の偏見にさらされている。それは、セックスの面だけ興味本位に強調された煽情的な見方や、異常な性格という病理的な見方で捉えられ、一人の人間としての在り方を無視される原因となっている。」とし（258頁）、同性愛者が「社会的には少数で、カムアウトすること（同性愛であることを宣言

すること) 自体困難」であるという実態を指摘した上で(259頁)、同性カップルの存続の準婚的保障に関し、「保護を与えたからといって、全ての人が同性をパートナーとして選ぶわけではない。種の再生産を崩壊させるほど多数になるとは考えられない。だから、法的保護を否定するような制裁を加える必要はない」と論じた(345頁)。

カ 1994年、棚村政行は同性間の婚姻を論じている状況

1994年(平成6年)には、棚村政行「同性愛者間の婚姻は法的に可能か」法学セミナー476号(甲A325・21頁)が、前記山中、前記中川善之助の見解を紹介して、「このような通説的立場からは男どおしや女どおしの同性カップル間の婚姻は法的には認められないことになる。」とした上、「最近では少数ながらこの通説的見解に疑問を提起する立場もでてきた。」と指摘し、前記上野や前記石川の見解を紹介している。

ただし、棚村の上記論文では、民法上の婚姻のどの要件(ないし婚姻障害)を論じているのか明記はない。

キ 1994年、星野英一は、同性であることは「どこでも民法に規定がないようだが」婚姻障害であるとしていること

同じ1994年(平成6年)には、星野英一『家族法』(放送大学教育振興会、甲A326・59頁)が、「婚姻障害」の項において、「男女の結合であることを要すると解される。どこでも民法に規定がないようだが、外国では要件として取り上げられている。」としている。

もともと、同じ著作の「婚姻法の理念」「性、生殖、愛、同棲-婚姻」の中で、星野英一は、「とりわけ近代において婚姻および性と愛との結合が強調されてきたと述べる(47頁)。そして、「人間は弱くもろい存在であり、愛も何らかの社会的支えを必要とするのではないか、が問題であろう。」「肉体を持ち物質的条件に左右される人間にとっては、種々の面で社会的・国家的保護を要するものであるのと同様に、……(最低二人の関係として)社会的な

ものである愛は、社会・国家の保護をより必要とするのではないか。」「普通の人間にとって、愛は社会・国家によって守られる必要があるように思われる。」とした（48頁）。「さらに、今日の医学に由来する医学の技術は、性と生殖のつながりをも断ち切ることを可能とした（人工授精、代理母など）。」とし、「かくて今日、性、愛、生殖、同棲は、分断可能となった。この見地からすると、法律制度である婚姻とはそれらを統合するという大きな意味を持つことが明らかになろう。」と述べる（48頁）。

ここで、人間は弱くもろい存在であって愛に社会・国家の保護が必要であるならば、愛や性と生殖が切り離される今日、なぜ同性同士の婚姻が禁じられるのか、という点は論じられない。

この点、相手が同性であることが「民法に規定がないようだが」婚姻障害である、とする説明に関しては、木村草太は、同性間の婚姻を認めないことを明記した条文はない、とし、現行法上同性婚が認められない根拠としては、「婚姻障害説」（同性婚も婚姻に含まれるが、相手方同性であることが不文の婚姻障害である、という説明）と「定義説」（そもそも現行法の婚姻の定義に同性婚が含まれない、という説明）が考えられる、とする（甲A329・60頁）。

星野英一は、木村の分類で言う「婚姻障害説」に立つものであるが、木村においても「不文の」とするおりに、星野英一も、「どこでも民法に規定がないようだが」とのみ述べ、規定がないのになぜ同性同士の婚姻を禁じることができるのかについては論じない。

ク 1995年、大村敦志は、「民法の「婚姻」に同性婚をも含めるという解釈論は不可能ではない。」としつつ、「定型的に子を持ちうるか否か」を基準として同性婚を否定したこと

1995年（平成7年）には、大村敦志「性転換・同性愛と民法（上）（下）」ジュリスト1080、1081号（甲A327の1、2）が、「家族観・性道徳が変化し性転換・同性愛に対するタブー視が弱まりつつあるということ、こ

れを受けてまた人権意識の高揚」等もあってこの問題に対する関心が高まりつつある、と指摘しながら（甲327の1・68頁）、同性カップルの法的保護について、フランスにおける議論状況を紹介しつつ論じている。

大村は、「同性カップルが婚姻類似の生活関係を持つ意思を持っていてもこれ（婚姻意思）にはあたらないという解釈が支配的である」としつつ、「民法の「婚姻」に同性婚をも含めるという解釈論は不可能ではない。」とし、「しかし、そのためには、婚姻保護の思想的根拠を問い直す必要があるだろう。」と述べる（甲327の2・64頁、傍点は引用者）。

続いて大村は、「(3) 婚姻保護の思想的根拠」として、社会が「婚姻という制度を設けてきた理由は必ずしも明らかでない。」とし、「婚姻＝再生産という図式はその通用力を失いつつあるともいえる。」「異性のカップルでなく同性のカップルであっても、「愛」があれば、その共同生活に婚姻としての保護を与えるべきではないかという議論が出てくることにもなる。」とする。一方で、「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ところである」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」とし、「日本においては今日でも以前として、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。」とする（甲327の2・64～65頁）。

大村はこのように、「定型的に子を持ちうるか否か」を基準として、男女でありさえすれば婚姻できるとし、同性カップルは婚姻できない、と述べる。

そして、大村は、具体的に民法のどの規定が同性婚を禁止する根拠規定かは論じない。大村は、フランス民法における、婚姻適齢の規定（144条）を根拠に「婚姻は、本質上、性の相違を予定している。民法典はこのことを明示的に述べていないが、エレガントな仕方で示唆している（144条）」とする解説を紹介しているが（甲327の1・71頁）、法律による行政の原理との関

係において、「エレガントに示唆」することで足りるかについては論じない。

大村においては、「民法の「婚姻」に同性婚をも含めるという解釈論は不可能ではない。」と述べるため（甲327の2・64頁、傍点は引用者）、前記木村の分類における「定義説」（そもそも現行法の婚姻の定義に同性婚が含まれない、という説明、甲A329・60頁）については、否定しているようにも見える。

ケ 1997年、星野茂は、「明文の規定はないが、現行法上婚姻障害に当たる」等とし、「婚姻と生殖との関係」は、「かつては密接不可分であった」としたこと

1997年（平成9年）、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（甲A328）は、次のように論じた。

「同性カップルの保護を前向きに考えていこうとする見解も散見できるが、同性カップルの婚姻を法律上積極的に認める見解は今日までのところほとんど見当たらない。」として、その論拠として、「同性愛的共同生活には、いくら当事者が夫婦的感情をもっている、婚姻意思ありということとはできない」とする「婚姻意思説」、「明文の規定はないものの、婚姻障害の一つとして男女の結合以外の婚姻を排除する」「婚姻障害説」を紹介した上、「これに対し、同性婚を法律婚姻として認めないことに疑問を呈する見解」として前記上野や二宮の見解を紹介している。

さらに、「結論的には同性婚を法律婚として認めることには消極的だが、民法の解釈論としては同性婚を民法の「婚姻」に含めることも可能であるとする見解」（引用者注－前記大村のジュリスト論文（甲A327の2））を紹介する。

そして、婚姻制度の目的を5つ挙げたうえ、「婚姻と生殖との関係は必ずしも密接不可分であるとは言い得なくなっているとも考えられる。そうすると、

婚姻に求められる目的は、経済生活の問題及び愛情の対象としての人生のパートナーの選択（「家族集団の形成と存続維持」）ということになろう。そうした意味では、必ずしも婚姻が異性間のカップルにおいてのみ認められるべきであるというこれまでの伝統的な婚姻観とは異なり、同性カップルについても婚姻制度に則った保護を与えることも決して不自然なことではないともいえる」とし、婚姻意思説が、「当事者が同性であるということだけで「婚姻意思」はないと断じていることが果たして今日でもいえるのか疑問であると言わざるを得ない。」とする（245頁）。

星野茂は、自身の見解としては、「現行法は、文言の上からも「夫婦」、「夫」、「妻」という男女の別を示す語を用いており、婚姻法についても、親子法についても男女の夫婦とその間の子どもを前提に規定されているのであり、同性カップルをも保護の対象と考えて立法されているわけではない」ことを理由に、「明文の規定はないが、現行法上婚姻障害に当たると考えるのが妥当であると思われる。」とする。

ここでも、「婚姻と生殖との関係」は、「かつては密接不可分であった」ものとして取扱われている。

また、星野茂は、「明文の規定はないが、現行法上婚姻障害に当たる」として、木村草太（甲A329・60頁）の分類にいう「不文の婚姻障害説」に立つが、やはり、なぜ「明文の規定がない」のに二人の人の婚姻届を不受理処分にしうるのかは述べない。

コ 1997年においても、泉久雄は当然のごとく同性婚を否定していたこと

前記のように同性婚について一応は正面から議論する学説とは異なり、1997年（平成9年）泉久雄『親族法』（甲A66）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、男性同士もしくは女性同士の同性愛は婚姻ではない）」と当然のように論じている（49頁）。

他方で、婚姻と生殖との関係については、「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、婚姻に不可缺の目的ではない（明治民法以前においては無子は棄妻の一事由とされていた）。夫婦の間で子を生まないことにしようという合意をしたとしても、その合意に拘束力はないし、配偶者の生殖能力に錯誤があったとしても、そのことを理由とする婚姻無効の訴えは認められない。かくして、婚姻の本質である夫婦の結束（固い結合）は生殖（行為）がなくとも可能であり、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」とする（50頁）。

泉は、子の出生を「婚姻に不可缺の目的ではない」としつつ、そうであるならば何故「同性愛は婚姻ではない」と言えるのかは説明しない。

サ 2003年、日本弁護士連合会は、当然のごとく同性婚を否定していたこと

2003年（平成15年）、日本弁護士連合会は、性同一性障害者特例法の制定に向けて意見書を発出したが、そこでは、日弁連みずから、戸籍（法令上）の性別の変更の要件として「婚姻していないこと」を要件とすることを求め（非婚要件）、その説明として、「家族法等との調整も勘案し、婚姻していないことも要件とすべきである。この要件を満たさない場合には、同性婚を認めるか、離婚や婚姻無効といった法的な処理までを行わねばならないからである。」との意見を公表している（甲A330）。

この点、性同一性障害者特例法の非婚要件については、翌2004年（平成16年）公刊の書籍において、法律の専門家ではない著者（筒井真樹子）が、「性同一性障害をもつ者に限って言えば、現行の民法の下でも同性婚の状態を許容することは可能である。」「この場合婚姻は一旦法律上有効に成立している以上、「特例法」の非婚要件がなければ、法律上の婚姻の継続は可能である。にもかかわらず、同性婚の状態を許容しないのは、ホモフォビア（引用者注—同性愛に対する嫌悪感情）以外に果たしてどのような説明が可能なのだろうか。」と指摘しているが（甲A33・212頁）、日弁連において、かかる検

討をした形跡はない。

また、家事審判申立書80頁に述べたとおり、日弁連は、同性同士の婚姻を望む当事者らによる人権救済申立てを受け、2019年（令和元年）7月18日、同性婚を認めないことは憲法13条、憲法14条1項に反する重大な人権侵害に当たる旨の意見を発し、そこでは「法律（民法や戸籍法）が」同性婚を禁じている旨の表記を避けているが（甲A251）、平成15年の段階では、かかる検討をした形跡はない。

シ 2004年、棚村政行は、最高裁判所と家庭裁判所調査官研修所が発行する「調研所報第41号特別号」に掲載した論文において、同性婚を論じたこと

2004年（平成16年）、棚村政行は、最高裁判所と家庭裁判所調査官研修所が発行する「調研所報第41号特別号」に掲載した論文「事実婚・同性婚保護の現状と課題」（甲A331）において、次のように述べる。

日本国憲法下においても、「同性婚は、社会観念上婚姻的共同生活とは認められず婚姻意思に欠け無効とする立場、明文の規定はないが婚姻の本質から婚姻障害の一つとして男女の結合でなければならないとし同性婚を無効と解する立場が通説とされてきた。」としつつ（49頁）、「これに対して、少数ながらこれらの通説に異論を唱える立場も出てきている。」として、前記上野、前記石川らの見解を紹介している。

そして、「しかし、これらの見解は少数説にとどまり、同性婚を無効と解するのが現在の通説である。」と述べる（50頁）

ス 2005年、有地亨は、「社会的に承認されるか否か」を、婚姻としての法的保護の対象かどうかの基準としたこと

2005年（平成17年）の有地亨『新版家族法概論』（甲A332）は、「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」と論じている（73～74頁）。

有地は、前掲石川と同様、「社会的に承認されるか否か」を、婚姻としての法的保護の対象かどうかの基準とする。

セ 2010年、大村敦志は、『家族法〔第3版〕』で、臨終婚の事例は「抽象的・定型的」には「子どもを育てることを合意して共同生活を送る」という目的を満たす、とする一方、同性カップルはこの意味で婚姻の目的が満たされない、としたこと。当該書籍において、性的マイノリティに関する基本的な記述の誤りが幾つもあること

2010年（平成22年）、大村敦志は、『家族法〔第3版〕』（甲A333）（甲A19と同じ書籍）（初版は平成11年）で、次のように述べる。（286頁）

「同性のカップルに婚姻と同様の法的保護を認めるか。この点は難問だが、決め手は婚姻の目的をどう考えるかという点にあると思われる。二人の人間が共同生活を営むという点のみに着目すれば、その二人が異性であるか同性であるかは必ずしも重要ではないかもしれない。しかし、二人の人間が子どもを育てることを合意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる。このようにいうと、不妊の男女カップルや子どもをもつ気のない男女カップルの関係は婚姻ではないのかという疑問が提起されよう。しかし、ここでいう「目的」は抽象的・定型的な目的であり、具体的・個別的な目的とはされていなくとも、婚姻の要件は充足されると考えるべきである。この点は婚姻の成立のところ、仮装婚との関係で述べたとおりである。」

ここで、大村が、「仮装婚との関係で述べたとおり」とするのは、一定期間にわたり共同生活を営んできた当事者の一方が、死を直前に控え他方に相続権を付与するためになされたいいわゆる「臨終婚」を有効とする論である（130頁）。

大村は、このような臨終婚の事例において、「抽象的・定型的」には、「子

どもを育てることを合意して共同生活を送る」という目的を満たす、とする一方、同性カップルの間には、このような意味での婚姻の目的が満たされない、としていることになる。

大村は、これまでも民法学説は、明治民法以来、「婚姻と生殖の関係」を不可分には扱ってこなかったことには触れない。

また、大村は、臨終婚の事例において「抽象的・定型的」には上記目的を満たすとしながら、同性カップルの中には、生殖医療技術によって子を持ち共同で養育する者があるという立法事実との関係にも触れない。

なお、大村は、同じ著書の冒頭に、バルザックの『結婚の生理学』における「人生の苦しみに耐えていくために、二人の人間が結びついているということは、何かしら胸を打つものがあるということなのか。」という言を引いている（甲A333・著書の冒頭ページ）。なぜ大村において、婚姻にとって自然生殖の可能性が不可欠であると考えなのか、疑問が募るところである。

#### <参考>

参考までに述べておくと、大村敦志『家族法〔第3版〕』（甲A333）のうち本件に直接関連する記載はわずか6頁（285～290頁）ほどであるが、そのなかには、以下のように、性的マイノリティに関する基本的記述の誤りが幾つも見受けられる。

・誤 「性転換」（甲A333・134頁、287頁）

正 「性別適合手術」

（説明）英語では、「Sex Reassignment Surgery（SR Sと略す）」といい、直訳すれば「性別再割り当て手術」であるが、その日本語訳をどのように表わすべきかについて、2001年、GID（性同一性障害）研究会において、専門的知見ある医師や研究者らによって議論され、その結果、「性別適合手術」が採用された。GID研究会では、「『性別適合手術』とはSR Sの正確な直訳としては間違っているが、その日本

語の意味するところの方がかえって、もとの英語より適切ではないか」などの議論がされた（針間克己「性同一性障害の概念，現状，精神科治療」『性同一性障害の医療と法』（平成25年、メディカ出版）、甲A246・52頁）。

『家族法〔第3版〕』（甲A333）は、上記訳語が定まってから9年後に出版されたが、専門的な研究会が正式決定した訳語を用いておらず、原語の直訳ですらない「性転換」を用いている。

- ・ 誤 「二人の人間が子どもを育てることを合意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる。」（甲A333・286頁）

正 同性カップルも「子どもを育てることを合意して共同生活を送る」ことがあることは、家事審判申立書121～124頁で詳述したとおりである。

- ・ 誤 「同性愛者は男であれ女であれ自分自身が男または女であるという意識はもっており，そのうえで，同性を性関係の対象として指向する。これと似ているが異なるものとして，性転換のケースがある。」（甲A333・287頁）

正 「シスジェンダーの同性愛者は男であれば女であれ出生時に割り当てられた性別と性自認（性同一性）一致しており，そのうえで，同性を性関係の対象として指向する。これと似ているが異なるものとして，性同一性障害を持つ者のケースがある…」

（説明）性同一性障害を持つ者も、「自分自身が男または女であるという意識」は「持っている」。「持っている意識」すなわち性自認が、出生時に割り当てられた性別と一致しないのが性同一性障害を持つ者などのトランスジェンダーである。

また、性同一性障害を持つ者のなかにも同性愛者（自分の性自認と

同じ性別に性的指向が向く者)はいる。特に、性自認が女性である性同一性障害者やトランスジェンダーのなかには女性を性愛の対象とする者(同性愛者や両性愛者)の割合がかなり多いことは、幾つものデータで明らかになっていることである(甲A246・57頁、甲A247・50頁、甲A248・18頁)。前記最高裁令和2年3月11日決定の申立人もそのケースであろう(甲A26)。そのため、(限定のない)「同性愛者」と「性転換のケース」を「異なるもの」と記述することは不正確である。

そして、「性転換」が、『家族法〔第3版〕』(甲A333)が出版された当時の訳語としてもすでに誤りであったのは前述のとおりである。

さらに、「同性愛者」の対比として「性転換のケース」と書くのは誤りである。「性転換(正しくは性別適合手術)」は、出生時の身体の性的特徴に苦痛を感じるような場合に行なう「医療」であり、「人」である「同性愛者」と対比するのは誤りである。

・ 誤 「医学上これを「性同一性障害 (transsexualism)」という。」(甲A333・287頁)

正 「医学上これを「性同一性障害 (gender identity disorder)」という。」

(説明)「性同一性障害」に対応する英語は「gender identity disorder」で

ある。平成15年(2003年)に成立した性同一性障害者性別取扱特例法の立法にあたった自由民主党の南野知恵子参議院議員による平成16年(2004年)出版の解説書においても、この原語(英語)は明記されている(甲A68・2頁)。

『家族法〔第3版〕』は、性同一性障害者特例法の制定から7年後に出版され、同特例法は、戸籍法の特別法であるが、同特例法の法律名に用いられた最も重要な用語の原語を誤っている。

大村は、1995年発刊のジュリスト論文にも性的マイノリティに関する

る論稿を発表するなど（甲A327）、比較的古くからこの問題を考察しているようにも見えるが、以上のとおり、2010年発刊の『家族法〔第3版〕』においてすら、基本的な事柄であっても誤って記述されている。

ソ 2015年、大村敦志は、『民法読解 親族編』で、同性であることは「民法に規定がない婚姻障害」としたこと。その際、明治民法制定以来の民法学説の議論状況を自説の論拠としたこと

2015年（平成27年）、大村敦志は、『民法読解 親族編』（甲A334）で、次のように述べ、木村草太の学説分類にいう「不文の婚姻障害説」（甲329・60頁）に立つことを明らかにしている。

「民法に規定のない婚姻障害として、同性婚の禁止がある。これは婚姻の本質からして当然のことと解されている。実際のところ、明治民法の立法時には議論の対象とされていなかった。また、その後も概説書類でも、近年に至るまでこの点に触れるものはほとんどなかった（もっとも、中川160－161頁は、この問題を婚姻意思の問題としてとらえ、同性婚の場合には婚姻意思を欠くとしている。）」（32～33頁）

大村は、前掲星野英一、前掲星野茂と同様、「民法に規定がない婚姻障害」としながら、なぜ「規定がない」のに婚姻届を不受理処分にするのか（法律による行政の原理との関係等）は明らかにしない。同性であることを婚姻障害とする、ということは、同性婚も民法上の「婚姻」概念自体には含まれる、ということであり（このことは大村自身、1995年（平成7年）の前掲ジュリスト論文（甲A327の2）64頁で述べている。）、「婚姻」という用語そのものは、同性の二人の婚姻届を不受理処分の根拠規定にはならないはずである。

また、大村は、「婚姻の本質からして当然のことと解されている。」、「実際のところ、明治民法の立法時には議論の対象とされていなかった。」、「その後も概説書類でも、近年に至るまでこの点に触れるものはほとんどなかった」として、明治民法制定以来の民法学説の議論状況を自説の論拠とする。

しかし、前記のように、明治民法制定以来の民法学説は、同性愛、同性愛者が、「言葉にするのもはばかれる」とか、変態性欲、精神疾患などとされ、偏見、差別感情の対象となってきた歴史的社会的状況に影響されているが、大村の議論において、かかる歴史的社会的状況の与えた影響は捨象されている。

タ 2016年、日本家族〈社会と法〉学会のシンポジウムで婚姻の性中立化規定が提案されたこと

2016年（平成28年）11月、日本家族〈社会と法〉学会のシンポジウム「家族法改正～その課題と立法提案」で、「異性又は同性の二人の者は、婚姻をすることができる」という婚姻の性中立化規定が提案された（甲A226・34頁）。

チ 2017年、日本学術会議法学委員会が婚姻の性中立化のための民法改正を提言したこと

2017年（平成29年）9月、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」では、「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－」で、婚姻の性中立化を実現する民法改正が提言された（甲A335・8～9頁）。

ツ 2022年、憲法研究者渋谷秀樹は、同性婚が異性婚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」としていたかつての自説は、「異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学と心理学において前記の知見の変更があったことを不覚にも知らずに記したものであった。」と記述したこと

憲法研究ではあるものの、渋谷秀樹は、2017年発行の『憲法（第3版）』では、「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」としていた（甲A342・463頁）。

しかし、渋谷は、2022年発行の判例時報掲載論文において、このようなかつての自説の記載について、「異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の

関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学と心理学において前記の知見の変更があったことを不覚にも知らずに記したものであった。」と述べ、「この見解は誤りであったことを確認」と述べ、「次の改訂では「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」と明示している（甲A343・112頁）。

渋谷が、2017年時点においてすら、精神医学や心理学における知見の変更を知らずに、同性婚に関する自説を述べていたことを踏まえると、民法が同性婚を禁止しているとする近時の民法解釈論についても、精神医学や心理学における知見の変更を踏まえることなく述べられている可能性がある。

## 6 まとめ（各時代における同性愛者らの社会的状況と民法における同性婚の議論の対比）

(1) 以上のように概観すると、まず、①同性愛・同性愛者への偏見、差別感情が根強かった1980年頃までは、明治民法の立法、日本国憲法24条の制定、これに伴う昭和22年民法改正のいずれの立法過程においても、また、民法学説の議論においても、同性婚が無効であることは当然視されていた。

①の時代には、民法が同性婚を禁じているとすればその根拠規定は何か、或いは、実質的根拠は何であるか等については、ほとんど検討されなかった。

また、①の時代には、同性婚が無効であると論じられる際、「婚姻と生殖との結びつき」に言及されることも、ほとんどなかった。

後述の②の時代と対比すると、①の時代の立法過程や学説における同性婚の議論状況は、①の時代における同性愛・同性愛者に対する社会の偏見、差別感情に影響されていることが確認できる。

殊に、当時の代表的民法研究者中川善之助が、同性婚について、「学問を妻とするとか、書籍を配偶者とするといふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様」とする記述ぶり（甲54・189頁等）や、

1980年代頃以降、同性愛に関する精神医学の誤りが克服され、国内外で同性愛者の権利運動が見られるようになると、民法学説においても同性婚を論じ始めたことに照らすと、1980年代以前の民法学説は、それぞれの時代に存在した偏見、差別感情に影響された結果、同性婚を、法解釈上まともに論じる価値なきものと位置づけていたと見ることができる。

(2) また、②1980年代頃以降、同性愛に関する精神医学の誤りが克服され、国内外で同性愛者の権利運動が見られるようになると、民法学説において同性婚が論じられるようになるが、同性婚禁止解釈は維持され、この際、①の時代には婚姻の成否や婚姻の有効無効の議論において重視された形跡のない「婚姻と生殖の繋がり」が、強調されている。

しかも、②の時代の民法学説は、同性婚禁止解釈の根拠として、①の時代の各立法過程や学説において、「同性婚は否定されてきた」、「同性婚は論じられてこなかった」といった「議論状況そのもの」を挙げている。この際、①の時代の各立法過程や学説においては、同性婚をまともに論じる価値なきものと位置づけていた実態は指摘されていない。そのため、①の時代の「議論状況そのもの」に依拠して同性婚禁止解釈をなすことには問題がある、ということについては、全く意識されていない。

(3) そもそも、1987年の法学セミナーに掲載された内野論文における、「男女間の結婚を認めておきながら男どうし（女どうし）の結婚（？）を否認するのは、同性愛者に対する不当な差別だというのである。しかし、そこまでいわれれば、大多数の者は、ついていけないものを感じるであろう。」（甲A337・21頁）、「ホモ権論に好意的な論稿を書いたりすると、もしかしたら執筆者の私自身がホモなのではないか、という疑いをかける読者もみるかもしれない。残念ながら、私は、ホモの気がないばかりか、同性愛にある種の嫌悪感を抱いている一般人の一人にほかならない。」（同21頁）などの記述からすれば、この②の時代の法学研究も、かつての同性愛・同性愛者に対する偏見、

差別感情から脱却できていなかったと認められる。

内野の記述から分かることは、内野自身の内心における嫌悪感だけではない。当時の法学研究の世界において、憲法学者が、著名な法学雑誌に、実名で、同性愛者に対する「嫌悪感」がある旨を公言することのできる状況であったことが分かる。同性愛者を差別してはならないという研究者間の倫理規範すら存在しなかった、ということである。差別感情が差別感情として問題視されないほど、同性愛者への差別感情は「抱いて当然のもの」であった、ということができる。

- (4) また、憲法研究者渋谷秀樹は、2022年になって、2017年の書籍で述べた自説は、「異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学と心理学において前記の知見の変更があったことを不覚にも知らずに記したものであった。」と記述し、2017年の自説が、精神医学や心理学の知見の変更に対する自らの知識の欠如による誤りであったことを記述している。

このことからすると、2017年頃の法学研究においても、精神医学や心理学の領域においては、同性愛を「変態性欲」等としていたのかつての誤りがすでに是正されているという事実を、法学研究者が知らないまま、法律論としての同性婚を論じていた可能性もある。

- (5) このように見ると、②の時代（1980年頃以降）の民法学説は、①の時代の立法過程や学説の議論状況そのものを論拠としたり、①の時代における精神医学等の誤りが是正されていることについての法学者の無理解によって、①の時代における同性愛・同性愛者に対する社会の偏見、差別感情の影響を、いまだ引き継いでいると言える。

この際、「婚姻と生殖との結びつき」は、同性婚禁止解釈を維持するにあたって、事後的に付加された論拠であるとすら見ることができる。

- (6) そうすると、明治時代から現代に至るまでの立法過程や学説の議論状況は、

少なくとも部分的には、同性愛や同性愛者に対するかつての偏見、差別感情に影響されたものと評価される。

現代における法解釈、憲法解釈において、明治時代から現代に至るまでの立法過程や学説の議論状況そのものを、所与の事実として論拠にすることは、誤りである。

- (7) 「婚姻と生殖との結びつき」については、これが、同性愛や同性愛者に対する偏見、差別感情が当然であったかつての時代においては、同性婚禁止解釈の論拠として挙げられることはほとんどなかったことからすると、現代に至ってから、同性婚禁止解釈を維持するにあたり、付加された面がある。
- (8) さらに、前記の対比から、各時代の立法過程や学説の議論において、同性婚への「社会的承認」があるか否かを考慮要素としているところ、同性愛・同性愛者に対して偏見、差別感情を向けてきた社会の承認に委ねてよいか、という重大な疑問も残る。

#### 第4 国家賠償請求訴訟の各地裁判決の誤りについて

- 1 前記第2に述べたとおり、国家賠償請求訴訟におけるこれまでの5つの地裁判決は、同性婚禁止解釈や、同性婚禁止制度が憲法に違反しないとの判断にあたって、民法の立法過程や学説の議論状況を所与の事実として論拠としている。
- 2 しかしながら、前記第3で見たとおり、民法の立法過程や学説の議論状況に依拠して同性婚が禁止されていると解釈したり、その解釈が是であるという憲法判断を行なうことはできない。
- 3 少なくとも、前記に述べた偏見、差別感情が、各々の立法過程や学説の議論状況に直接または間接に与えた影響を特定し、それを除去した上で検討する必要があるが、国家賠償請求訴訟におけるこれまでの5つの地裁判決は、かかる検討をしていない。
- 4 すると、各地裁判決が、同性婚禁止解釈や、同性婚禁止制度が憲法に違反し

ないとの判断にあたって、民法の立法過程や学説の議論状況を所与の事実として論拠としたことは、相当でない。

むしろ、かつての時代の偏見、差別感情を、法解釈や憲法判断において追認するに等しく、かかる判断はいずれも誤りである。

## 第5 本件の各主張が認められること

### 1 主張Iが認められること

(1) 主張Iでは、現行法には同性婚を禁止する根拠規定（同性婚禁止規定）がないことを述べている。

(2) 「現行法に同性婚禁止規定があるか否か」という命題のうち、個別の条文が同性婚禁止規定にあたらぬことについては、家事審判申立書Iの「第5」及び「第6」（30～64頁）で逐条的に述べた。

また、「『婚姻』は、明文規定を設けるまでもなく男女間でなすことが当然の前提である」とは言えないことについては、家事審判申立書Iの「第2」（15～28頁）において述べた。

これ以外にも、（上記の、「『婚姻』は、明文規定を設けるまでもなく男女間でなすことが当然の前提である」ということとの表現の違いであるとも考えられるが）「婚姻」自体がそもそも男女のものであると言えるか、相手方が同性であることは不文の婚姻障害であると言えるか、といった点が、上記命題を構成している。（木村草太論文、甲A329・60頁参照）

(3) 前述のとおり、同性愛者らが置かれた歴史的社会的状況と、立法過程・学説の議論状況との対比からすると、これらの各命題の検討に際して、民法の立法過程や学説の議論状況そのものに依拠することはできない。

(4) むしろ、同性愛者らが置かれた歴史的社会的状況と、立法過程・学説の議論状況との対比からすると、現行法における「婚姻」という語そのもの、「夫婦」「父母」等の同性婚の許否に関連する文言や、その文言を用いる規定は、少な

くとも一部、これまで歴史的に社会に存在した同性愛・同性愛者への偏見、差別感情に影響され、制度化された面があると考えられる。

現在の司法において、現行法の規定が同性婚を禁止する根拠規定であるか否かを判断する際には、かかる偏見、差別感情の影響は取り除いて判断しなければならない。

そのようにして現行法の規定を判断すると、同性婚が明文で禁じられていないだけでなく、民法には、同性婚と両立しない条文はないのであるから（家事審判申立書30～64頁）、同性婚禁止規定があるとは言えない。

(5) したがって、主張Ⅰは認められる。

## 2 主張Ⅱが認められること

(1) 主張Ⅱでは、同性婚禁止規定が仮にあるとしても、当該規定が同性婚を禁止していないという解釈が可能であり（家事審判申立書Ⅱ第2及び第3（73～90頁）、同性婚禁止解釈は違憲であることから（同申立書Ⅱ第4乃至第12（90～171頁）、合憲拡張解釈によって同性婚を認めるべきであると述べている。

(2) ア 民法が同性婚を禁止していないという解釈が可能であるか否かの検討にあたっては、前記のような歴史的社会的状況と立法過程・学説との対比からして、民法の立法過程や学説の議論状況そのものを所与の事実として論拠にすることはできない。

イ むしろ、前記のような歴史的社会的状況と立法過程・学説との対比から、現行法における「婚姻」という語そのもの、「夫婦」「父母」等の同性婚の許否に関連する文言や、その文言を用いる規定は、少なくとも一部、これまで歴史的に社会に存在した同性愛・同性愛者への偏見、差別感情が影響し、制度化された面があることを否定できない。

現在の司法において、現行法の規定上、同性婚を禁止しないという解釈が可

能かどうかを判断する際には、かかる偏見、差別感情の影響は取り除いて判断することを要する。

そのようにして現行法の規定を解釈し、これまでに述べた他の点も併せると、同性婚を禁止していないとの解釈をすることは可能である。

ウ 付言すれば、1995年(平成7年)、大村敦志「性転換・同性愛と民法(下)」ジュリスト1081号(甲A327の2)においても、「民法の「婚姻」に同性婚をも含めるという解釈論は不可能ではない。」と記述している。

なお、大村はこの記載に続けて、「そのためには、婚姻保護の思想的根拠を問い直す必要があるだろう。」とするものの、そこで述べる「思想的根拠」とは、「定型的に子を持ちうるか否か」を基準として、臨終婚のような事例であっても男女でありさえすれば婚姻でき、同性カップルでは婚姻できない、とするものである(甲A333・286頁、130頁参照)。大村の論は、「同性カップルは同性同士であるから婚姻できない」と述べるに等しく、理論的に維持しえないと考える。すると、「民法の「婚姻」に同性婚をも含めるという解釈論は不可能ではない」ということになる。

(3) ア また、同性婚禁止解釈が違憲であるか否かの判断にあたっては、前記に見た偏見、差別感情の影響は取り除いて判断しなければならないから、民法の立法過程や学説の議論状況そのものを所与の事実として論拠とすることはできない。

そして、これまでに述べた他の点も合わせると、同性婚禁止解釈は違憲であり、憲法に適合するよう合憲拡張解釈すべきである。

(主張Ⅱの合憲拡張解釈にあたっては、裁判所が同性同士の婚姻届の受理を命じることは、立法権の領域に立ち入っているのではないか、という点の検討は必要であり、主張Ⅲと同様の考慮(家事審判申立書181～196頁)は必要であると考えられるが、その点は主張Ⅲでの検討部分に記載する。)

(4) したがって、主張Ⅱは認められる。

### 3 主張Ⅲが認められること

(1) 主張Ⅲは、現行法において同性婚禁止規定があり、かつ同性婚禁止解釈以外に採りえないこと（解釈の余地なく同性婚禁止制度がとられていること）を前提にして、同性婚禁止制度が違憲であることを述べ（家事審判申立書主張Ⅲ第2乃至第6（173～181頁）、かつ、その救済方法として、本件婚姻届の受理を命ずるべきこと（同、主張Ⅲ第7（181～195頁））を述べるものである。

(2) 同性婚禁止制度の憲法適合性審査にあたり、

ア 主張Ⅱについて述べた前記2(3)と同様、民法の立法過程や学説の議論状況に依拠して、それが違憲ではないとの判断の論拠とすること（国家賠償請求訴訟における前記5つの地裁判決の判断手法）はできない。

イ また、立法裁量の広狭に関して言えば、同性婚禁止制度の少なくとも一部に、これまで社会に存在した同性愛・同性愛者への偏見、差別感情が影響し、それらが制度化されていることが否定できない。

歴史的に社会に存在する偏見、差別感情に影響された法制度を是正するにあたって、現時点までそのような法制度を維持してきた立法府に、是正の判断権を与えることはできないと解される。

すると、同性婚禁止制度の是正における立法裁量については、限定的に解さざるをえない。

このことと、これまでに述べた他の点も併せると、同性婚禁止制度は憲法に違反するものである。

(3) 次に、家事審判申立書181～195頁において、同性婚禁止制度を違憲と判断した上での救済方法として、裁判所が本件婚姻届の受理を命ずべきことを述べている。

ア 救済方法を検討するにあたっては、最高裁大法廷平成20年6月4日国籍法

違憲判決（甲A76・10～12頁）が述べる内容を踏まえることが重要であり、その一部はすでに家事審判申立書183～186頁に述べた。

本書面で述べたことに即すと、国籍法違憲判決に照らせば、救済方法においては「立法者の合理的意思」を考慮すべきであるところ、そもそも、同性婚禁止制度による憲法14条1項違反の状態を解消するために、異性間にも法律婚制度を否定することは、立法者の合理的意思ではない。（法律婚制度を廃止することは憲法24条違反にもなる。）

ここで、国籍法違憲判決が述べている「立法者の合理的意思」とは、本件の区別取扱い（当事者の性別の組合せが男女であれば婚姻でき、同性であれば婚姻できないという区別）自体を設けた「立法者意思」を含まないと解されるが、仮にそうであるとしても、そのような「立法者意思」は、偏見や差別感情が反映されたものであるから、救済方法の検討に当っては考慮することはできない。

すると、国籍法違憲判決に徴すると、本件婚姻届の受理を命じる救済方法は、立法者の合理的意思を損ねるものでなく、むしろ合致するものである。

イ 次に、救済方法として本件婚姻届の受理を命ずることの「必要性」については、現在の同性婚禁止制度には、これまでの立法過程や学説の議論を通じて、明治時代から続く偏見、差別感情が反映している面がある。

そうすると、このような偏見、差別感情の影響が反映した区別取扱いは、一刻も早く取り除かなければならない。

また、現在においても、国民や立法府の中には、根強い偏見、差別感情の影響を見て取ることができるのであり（甲A57の前記で引用した箇所、甲A218、219、265、282、283等）、本問題の解決を、民主的議論に委ねることはできない。

そのため、本件婚姻届の受理を命じる必要性がある。

ウ そして、救済方法として本件婚姻届の受理を命ずることの「許容性」につい

ては、現在の同性婚禁止制度には、これまでの立法過程や学説の議論を通じて、明治時代から続く偏見、差別感情が反映している。このような偏見、差別感情に影響された区別取扱いを、立法を待たずに司法判断で取り除くことは、司法による立法領域への不当な侵入には当たらない。

そのため、本件婚姻届の受理を命じる許容性がある。

エ 以上のとおり、本件の救済方法としては、裁判所が本件婚姻届の受理を命じるべきである。

(4) したがって、主張Ⅲは認められる。

## 第6 まとめ

以上のとおり、明治時代から現在までの民法の立法過程や学説の議論状況には、特に1980年頃までの同性愛・同性愛者への偏見、差別感情が反映され、その影響が直接または間接に受け継がれていることから、これらの議論状況そのものを、同性婚禁止を是とする論拠にすることはできない。

一群の国家賠償請求訴訟の各地裁判決が、かかる議論状況そのものを所与の事実として、同性婚禁止解釈や、同性婚禁止制度の合憲判断に用いたことは、誤りである。

本件では、主張Ⅰ、Ⅱ、Ⅲのいずれにおいても、明治時代から現在までの民法の立法過程や学説の議論状況そのものを所与の事実として論拠とすることはできない。そして、むしろその点を正しく考慮に入れると、主張Ⅰ、Ⅱ、Ⅲは認められるものである。