

家事審判申立書

当事者の表示 当事者目録記載のとおり

事件の表示 市町村長の処分に対する不服申立事件

令和5年10月9日

神戸家庭裁判所尼崎支部 御中

申立人ら手続代理人弁護士 作 花 知 志

(担当) 同弁護士 宮 井 麻 由 子

## 当 事 者 目 録

本籍 兵庫県尼崎市

住所 フランス国

申 立 人 渡 邊 礼

国籍 フランス国

住所 フランス国

申 立 人 プ ロ ス ペ ル , コ ガ リ  
(Prosper, Coralie)

岡山県岡山市北区本町3番13号 イトーピア岡山本町ビル6階

作花法律事務所 (〒700-0901)

申立人ら手続代理人弁護士 作 花 知 志

長野県安曇野市豊科南穂高504番地17

唐澤佳秀法律事務所 (〒399-8201)

申立人ら手続代理人弁護士 宮 井 麻 由 子

## 申立ての趣旨

兵庫県尼崎市長に対し、申立人 渡邊礼 が、フランス国で申立人 プロスペル、コガリ と婚姻したとして令和5年6月6日にした婚姻届を、直ちに受理することを命じる審判を求める。

## 申立ての理由

目次（細目次は本申立書末尾の別紙に付した。）

本件の概要等	4
I 主張 I	9
II 主張 II	73
III 主張 III	172
IV 補足：天皇制との関係	196
V 結語	196

## 【本件の概要等】

### 第1 事案の概要

本件は、日本人とフランス人の同性カップルである申立人らのフランスでの婚姻が適式に成立していることについて、日本人申立人が、本籍地の市の市長に婚姻届を提出したところ（報告的婚姻届出）、同性間の婚姻は無効な婚姻と解される、などとして不受理処分を受けたために、戸籍法122条に基づいて当該処分への不服を申し立て、当該婚姻届を受理することを求めるものである。

### 第2 当事者等（甲B1～3）

- 1 （本申立書において、断りない限り、「性別」「男性」「女性」「同性」「異性」の語は、戸籍や出生証明書などにおける法令上の性別を基準にして用いる。また、「婚姻」という語は、我が国の民法、戸籍法の定める婚姻を指す。「同性婚」という語は、法令上の性別が同性の者同士による、我が国の民法、戸籍法の定める婚姻を指す。）
- 2 申立人らは、いずれも法令上の性別が女性であり、互いに婚姻を希望するカップルである。

申立人らは、2015年（平成27年）、イギリスのアクティングスクール（演劇学校）で知り合い、まもなく交際するようになり、その後、申立人プロスペルの母国フランスで生活を共にするようになった。

申立人らは、2016年（平成28年）6月22日、フランスでPACS（Pacte Civil de Solidarité、連帯市民協定、国レベルのパートナーシップ制度の一種）を結び、以後も生活を共にした。

フランスでは、2013年（平成25年）5月、民法典等を改正する同性婚法（法律第2013-404号）が成立し、施行され、同性同士の婚姻が明文で認められていた。

申立人らは、2018年（平成30年）12月15日、フランスの方式で適式に婚姻した（甲B3）（法の適用に関する通則法24条2項、3項本文

参照)。

申立人らは現在、映画関係の仕事等をしながら、フランスのパリ郊外の街で二人で暮している。

- 3 申立人らは、いずれも法令上の性別は女性であり、恋愛対象に女性を含む性的指向を持つ性的少数者である。

LGBTなどの分類名でいえば、申立人渡邊は、好きになる相手の性別が関係のない全性愛者（パンセクシャル）であり、申立人プロスペルは、正確に表わすための普及した分類名がないがレズビアンに近い。

### 第3 婚姻の届出と不受理処分（甲B1、2）

- 1 申立人渡邊は、申立人プロスペルと2018年12月15日にフランスで婚姻したことについて、令和5年（2023年）6月6日、フランス国の婚姻証書を添付し、申立人渡邊の本籍地である兵庫県尼崎市の市長に報告的婚姻届出をしたが（戸籍法41条）、当該市長は、同年6月29日、当該婚姻届を不受理処分とする決定をし、同年7月12日、当該処分は効力を生じた。（以下、それぞれ「本件市長」、「本件婚姻届」、「本件不受理処分」ともいう。）

- 2 不受理証明書には、「受理しない理由」として、「日本では、憲法及び民法において、婚姻については男女間におけるものであることを前提としており、同性間の婚姻の規定がないことから、無効な婚姻と解されるため。」と記載されている（甲B2の2）。

- 3 本件不受理処分のように、我が国では現在、婚姻しようとする二人の（法令上の）性別の組合せが同じである場合、その二人の婚姻届出について、「無効」として不受理処分とし、婚姻を禁ずる取扱いがなされている。

- 4 互いに婚姻を望む二人が、両者の性別の組合せが同じであることを理由に婚姻を禁じられる場合の多くは、一方または双方が、レズビアン（性自認が女性である同性愛者）、ゲイ（性自認が男性である同性愛者）、バイセクシャル（両性愛者）などの性的指向（sexual orientation）における少数者で

あるか、トランスジェンダー（出生時に割り当てられた性別とは異なる性自認を有する者）などの性自認（gender identity）（ジェンダー・アイデンティティ、性同一性）の在り方における少数者である場合である。

性的指向ないし性自認の在り方における少数者は、「性的少数者」と呼ばれる。LGBTは、このうちレズビアン、ゲイ、バイセクシャル、トランスジェンダーの頭文字を取った語であるが、この4類型に限定する場合と、そうでなく性的少数者を総称する意味で用いる場合のいずれの用法もある。

- 5 我が国における性的少数者の人口規模は、必ずしも明らかではないが、LGBTの人口割合について民間企業等により全国の20歳ないし59歳を対象として行なわれた調査では、平成27年4月に行われた調査では調査対象約7万人中7.6%（但し、「LGBT層」を調査主体が独自に定義している。）、平成28年5月に行われた調査では調査対象約10万人中約5.9%、同年6月に行われた調査では調査対象約1000人中4.9%であったことが報告されている（甲281・5頁、同性婚に関する国家賠償請求訴訟の名古屋地方裁判所令和5年5月30日判決（甲A277の1・2頁））。

#### 第4 本申立書の主張の概略

本申立書の主張は、概略として以下のとおりである。

##### 1 主張I

「法律による行政の原理」により、本件不受理処分をなすにあたっては、同性婚は禁じられるという内容の法律の根拠規定（同性婚禁止規定）を要するが、民法には同性婚禁止規定は存在しない。民法に同性婚禁止規定が存在しないことは、明治民法を起草した梅謙次郎博士らも明言している。現在の民法を逐条的に検討してもそれが確認される。同性婚が最も関連するのは実親子関係決定ルールと共同親権であるところ、この点の検討は抽象的に行なわれてはならず、網羅的、具体的、客観的な検討を要する。そのように検討すると、民法に同性婚禁止規定と言うべき規定はない。

そのため、日本法においても申立人らの婚姻は有効に成立しており（法の

適用に関する通則法 24 条 1 項)、当該婚姻の報告的届出である本件婚姻届を不受理とした本件不受理処分は、法律の根拠規定を欠くため違法(法律による行政の原理)であり、同時に、違憲無効(憲法 24 条 2 項、31 条、41 条及び 73 条 1 号並びに 98 条 1 項)である。

本件婚姻届は、民法、戸籍法が禁じていない婚姻の届出であるため、本件市長は、「法律による行政の原理」に従い、本件婚姻届を直ちに受理すべきである。

## 2 主張Ⅱ

主張Ⅰの点を措いても(同性婚禁止規定と言いうる規定があると見ても)、法解釈は、憲法に適合しなければならない。同性婚を禁じるメリットはなく、同性婚を認めることのデメリットもないため、同性婚が禁止されているという解釈(同性婚禁止解釈)は、憲法 14 条 1 項等の適合性審査における「(正当な) 区別の目的」を欠き、この一点をもって違憲である。関連する立法事実を考慮するとなお、同性婚禁止解釈に合理的根拠はなく、憲法 14 条 1 項、24 条 2 項に違反する。「社会通念」を理由として同性婚禁止を正当化する論は誤りである。国レベルのパートナーシップ制度などの婚姻と別の代替制度は、いかなる内容であろうと憲法 14 条 1 項等に違反する制度になり、それら代替新制度により現在の状態を解決するという選択肢は許容されない。

そのため、同性婚禁止規定における、「夫婦」「夫・妻」「父母」など婚姻当事者の性別の組合せを男女に限定しているかのような文言は、性別の組合せを問わない内容に合憲拡張解釈することを要する(憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項)。

本件婚姻届を不受理とした本件不受理処分は、合憲拡張解釈された民法・戸籍法に反する違法な処分である。同時に、本件不受理処分は、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反する無効な処分である(憲法 98 条 1 項)。

本件市長は、同性婚を禁じていると解釈すべきでない現行の民法・戸籍法に従い、本件婚姻届を直ちに受理すべきである。

## 3 主張Ⅲ

主張Ⅰ及びⅡの点を措き、同性婚禁止規定があり、かつ同性婚禁止解釈しか採り得ないというのであれば、そのような現行制度（同性婚禁止制度）は憲法14条1項及び24条2項に反し、法令違憲である。本件不受理処分は、違憲の制度に基づくものであり、無効である（憲法98条1項）。

上記の法令違憲の具体的意味は、「夫婦」「夫・妻」「父母」など婚姻当事者の性別の組合せを男女に限定しているかのような文言を含む同性婚禁止規定は、意味上の一部の違憲無効である、ということであり、現在の婚姻制度は、当事者の性別の組合せを問わない範囲で有効に存続する。

本件市長は、有効に存続する範囲の現行の婚姻制度に基づき、本件婚姻届を直ちに受理すべきである。

#### 4 結論

以上の主張Ⅰ乃至Ⅲの少なくともいずれか一つは成立するため、本件市長は、本件婚姻届を直ちに受理すべきである。

## 【I 主張 I

本件不受理処分は、同性婚は禁じられるとする法律の根拠規定（同性婚禁止規定）なくなされたもので、違法（法律による行政の原理）であり、同時に違憲無効（憲法24条2項、31条、41条及び73条1号並びに98条1項）であること】

第1 本件市長が本件婚姻届を不受理にするためには、法律の根拠規定である「同性婚禁止規定」がなければならないこと

1 現在、わが国では、「法律による行政の原理」を採用している。

「法律による行政の原理」は、君主が行政に関して行なっていた立法のうち一定の事項については、議会の制定する法律の形式をとるべきであるとする原理である。

同原理の下位原則の一つとして、「法律の留保」がある。「法律の留保」は、ある種の行政活動を行なう場合に、「事前に法律にその根拠が規定されていなければならない」というものである。（以上、宇賀克也『行政法概説I（第6版）』、甲A5・27頁以下）

2 どのような行政活動に「法律の根拠」を要するかについては、内閣法11条が、「政令には、法律の委任がなければ、義務を課し、又は権利を制限する規定を設けることはできない」と規定していること等から、国民に義務を課し、国民の権利を制限する行政作用について、法律に根拠規定を要するものである（侵害留保説、前掲宇賀、甲A5・32頁）。

今日の立法実務を支配するのも、侵害留保説である（前掲宇賀、甲A5・32頁）。講学上実質的に争いがあるのは、義務を課さず権利を制限しない行政作用についての法律の根拠の要否であるにすぎない。

したがって、国民の権利を制限する行政作用には、事前に法律にその根拠が規定されていなければならない。

3 婚姻届の不受理処分をなすことは、国民の権利を制限する行政作用（不利益処分）であり、事前に法律にその根拠が規定されることを要する場合にあたる。

(1) そもそも、ある二人の婚姻を不適法とか無効であるとして婚姻の届出を不受理処分とするにあたり、法律の根拠規定が不要である、という解釈は、結論が妥当でなく、その解釈は採りえない。

(2) 具体的に検討しても、婚姻届出により婚姻の効力が生じ（民法739条）、同居・協力・扶助義務、双方が未成年の子の親であれば共同親権者となること、共有財産制、離婚に際しての財産分与請求権を有することになり、婚姻当事者は、婚姻に伴う法的権利を有する。また、婚姻関係が戸籍により公証されるという法的地位を有することになる。

そのため、婚姻届の不受理処分をなすことは、国民の権利を制限する行政作用（不利益処分）である。

(3) のみならず、最高裁大法廷平成27年12月16日判決・民集69巻8号2427頁（再婚禁止期間違憲判決、甲A6・4頁）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」であると述べ、「上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」とする。

そのため、婚姻届の不受理処分によって制限される権利は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するか」についての自由であり、法的な権利であるいとどまらず、「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」ものでもある。

(4) したがって、国民が提出した婚姻届を市町村長が不受理処分とすることは、国民の権利を制限する行政作用であって、事前に、法律に、その不受理処分の根拠が規定されていなければならない場合にあたる。

(5) 外国で婚姻を挙行した日本人が、その婚姻の報告的届出をする場合にも（戸籍法41、42条、法の適用に関する通則法24条1項、2項）、市町村長が当該届出を受理することにより、当該日本人は、外国で挙行した婚姻が日

本においても戸籍で公証され、前記(2)に述べたような婚姻に伴う法的権利を確実に行使することができるという法的地位を有することになる。

したがって、報告的婚姻届出についても、創設的婚姻届出と同じく、市町村長が不受理処分とすることは国民の権利を制限する行政作用である。

- (6) 以上のとおり、婚姻届の不受理処分をなすことは、国民の権利を制限する行政作用（不利益処分）であるから、事前に法律にその根拠が規定されていなければならない。

4 次に、婚姻届の不受理処分をなすために必要な法律の根拠規定は、当該婚姻が禁止される旨の規定でなければならず、単に、「当該婚姻が法文上明確に認められていない」ということでは足りない。

- (1) 前記のとおり、「法律による行政の原理」の下位原則たる「法律の留保」は、国民の権利を制限する行政作用をなす場合には、「事前に法律にその根拠が規定されていなければならない」というものである。（甲A5宇賀克也『行政法概説I第6版』27頁以下）

- (2) 婚姻届を不受理処分とする場合における、「法律にその根拠が規定されている」とは、「当該婚姻が禁止される旨の規定が存在する」ことを意味している。

これに対して、「当該婚姻が、法文上、明確に認められていない」という状態については、「法律にその根拠が規定されている」と言うことは困難であり、根拠が規定されているとは言えない。

- (3) 前記(2)に述べたことは、民法742条が、「婚姻は、次に掲げる場合に限り、無効とする。」と定めることにも顕れている。

同条は、当事者に婚姻意思がない場合（1号）と婚姻届がない場合（2号）に限り、婚姻は無効であると定め、1号及び2号の以外のあらゆる婚姻は、明文で認められているか否かを問わず、無効でない、とする趣旨である。

- (4) 明文の根拠なくして婚姻を禁じられないことは、明治民法下においても述べられていたことである。

ア 明治民法の起草者である熊野敏三らは、以下のとおり、「婚姻の条件は、明文によることを要し、これを補足することはできない。」旨を述べている。

「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。(略)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、是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。」(熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壺』(新法註釈会、明治23年)、甲A7・192～3頁)

イ また、明治民法下の研究者穂積重遠も、以下のとおり、「婚姻は法律が定める要件を備えることを要し、また、それで足りる。」と述べている。

「婚姻ハ法律ノ定ムル要件ヲ具フルヲ要シ、又之ヲ以テ足ル。」(穂積重遠『相続法大意』(岩波書店、大正6年)、甲A8・60頁)。

(5) したがって、婚姻届の不受理処分をなすためには、当該婚姻が禁止される旨の規定を要し、「当該婚姻が法文上明確に認められていない」ことでは足りない。

5 同性の二人による婚姻届の不受理処分をなすためには、同性の二人の婚姻が禁止される旨の法律の規定を要する。

(1) 前記4に述べた点は、同性の二人による婚姻届についても別異に解する理由がないから、同性の二人による婚姻届の不受理処分をなすにあたっては、同性の二人の婚姻が禁止される旨の法律の根拠規定(以下、「同性婚禁止規定」ともいう。)を要する。

(2) 整理すると、同性婚についての法律状態として、次の4つの場合があると言える。

- ① 法律が明文で同性婚を認めている場合
- ② 法律が解釈上同性婚を認めている場合
- ③ 法律が同性婚について沈黙している場合
- ④ 同性婚禁止規定がある場合

「法律による行政の原理」に基づき、①及び②の場合のみならず、③の場

合においても、市町村長は、同性の二人による婚姻届を不受理とすることはできない。

(本申立書では、主張Ⅰ及びⅡにおいて、我が国は④でないことを述べ、主張Ⅲにおいて、仮に我が国が④であるとするならば④であることは憲法に違反することを述べる。)

(3) 本件の不受理証明書には、「受理しない理由」として、「日本では、憲法及び民法において、婚姻については男女間におけるものであることを前提としており、同性間の婚姻の規定がないことから、無効な婚姻と解されるため。」と記載されているが(甲B2の2)、「同性間の婚姻の規定がない」とは「①ではない」ということに過ぎない。本件不受理処分は、①ではないということのみをもって同性婚を禁止する扱いを行っており、法律による行政の原理を看過している。

(4) 関連して述べると、現在いくつかの地・高裁に係属する同性婚に係る国家賠償請求訴訟の地裁判決についても、同様の疑問がある。

ア 同性婚に係る一群の国家賠償請求訴訟では、原告側において、「現行法では同性婚が認められていない」という前提に立ち(原告側は「同性婚を認める立法措置」を講じない国会の不作为は違法であると主張する。)、被告国においても当該前提自体は争わないところ、これまでになされた5つの地裁判決(札幌、東京、大阪、名古屋、福岡)は、争点の検討に入る前の前提として、その前提を採用している。

例えば、そのうちの札幌地方裁判所令和3年3月17日判決(甲A225の1・2頁)は、争点の検討に入る前の前提として、「民法及び戸籍法の関連規定」と題し、「民法739条1項は、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効力を生ずるとし、同法74条1号は、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届け出なければならない旨規定するなど、婚姻制度を定める民法及び戸籍法の諸規定が全体として異性間の婚姻のみを認めることとし、同性間の婚姻を認める規定を設けておらず、これら民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定(以下、総称して「本件規定」という。)

は、婚姻は、異性間でなければすることができない旨規定している。」と判示する。

イ 前記札幌地裁判決のいう、「民法及び戸籍法の諸規定が全体として異性間の婚姻のみを認めることとし、同性間の婚姻を認める規定を設けていない」とは、前記の整理のうち、同性婚が明文や解釈で認められている場合に当たらない（①や②ではない）という意味であるところ（但し、解釈上認められることは主張Ⅱで後述する。）、それをもって、「④同性婚禁止規定がある場合」であるとは言えない。

すると、「同性間の婚姻を認める規定を設けていない」という前提は、「法律による行政の原理」との関係で疑問があり、前記札幌地裁判決や、これと同じ前提に立つ一群の国家賠償請求訴訟のこれまでの地裁判決は、いずれも前提を誤っていると見ることができる。

ウ 参考までに述べると、前記札幌地裁の控訴審の審理において、札幌高等裁判所（令和3年（ネ）第194号）は、控訴人・被控訴人双方に対し、「法律は、同性婚を積極的に排除（禁止）していると解するか。法律は、同性婚を積極的に排除（禁止）していると解するならば、その根拠は何か。」と釈明している（甲A284・3頁）。

この点、控訴人（原告）は、婚姻の当事者が異性であることが「明文のない婚姻の要件」とされた旨回答し（甲A284・4頁）、被控訴人（被告国）は、「当然の要件」「当然の前提」であるなどと回答しており（甲A285・3～4頁）、いずれの回答についても、法律による行政の原理との関係で疑問が生じると言える。

いずれにせよ、上記の札幌高裁の釈明内容は、同性婚禁止規定の存否と法律による行政の原理に関する、裁判所の問題意識によるものと言える。

(5) 以上のとおり、同性の二人による婚姻届を不受理処分とするためには、法律に、同性の二人の婚姻を禁じる旨の根拠規定（同性婚禁止規定）を要する。

## 6 小括

したがって、本件市長が本件婚姻届を不受理処分とするためには、同性婚禁止規定を要する。

第2 同性婚は、「無効であることは法に規定するまでもなく明らか」とは言えず、法律による行政の原理の「枠外」にあるものでもないこと

### 1 問題の所在

(1) 梅謙次郎は、明治民法の制定当時、以下のように述べている。

「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」(梅謙次郎『民法要義卷之四』・甲A9・118頁)

(現代語訳・・・外国の法律のなかには、しばしば、当事者双方が共に男子又は女子の場合においては婚姻は無効であることが規定されているが、このことは、元々論を俟たないところである。なぜならば、婚姻とは男女間の関係を定めるものであるため、男子間または女子間において婚姻というものがありえないことは、言わなくても明らかである。ゆえに我が国の民法においては、同性間の婚姻についての規定を設けなかった。)

(2) また、明治から昭和にかけての代表的民法研究者である中川善之助は、ヨーロッパの教会法における無効婚の理論を紹介しながら、「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、かかる変態関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。」としている(中川善之助『日本親族法』(日本評論社、昭和17年))

・甲A54・214頁)。

(3) これらの見解を「法律による行政の原理」との関係で位置づけると、「同性婚は無効であることは明らかであること」等をもって、同性の二人の婚姻届を不受理処分とすることは同原則の「枠外」である、と論じるものであると言える。

梅謙次郎と中川善之助の見解は、いずれも、法律による行政の原理が貫徹されていない明治憲法下のものであり（明治憲法下では侵害留保説が貫徹されていなかったことについて、宇賀克也『行政法概説I第6版』、甲A5・33頁）、同原理が貫徹される現在の憲法下、これらの見解は当たっていない。

(4) もっとも、ここでは一応、同性婚が「無効であることは法に規定するまでもなく明らか」と言えるか否かを検討する。

この際、明治民法制定時や、昭和22年民法改正の頃の時代において「同性婚が無効であることは法に規定するまでもなく明らか」であったのでは足りず、現在の国民にとっても「同性婚が無効であることは法に規定するまでもなく明らか」と言えることを要する。

なぜならば、「法律による行政の原理」の下位原則である「法律の留保」原則は、一定の行政活動について、国民の代表からなる議会の事前承認を義務づけることにより、国民の権利自由を保護するという点に基づくところ(宇賀克也『行政法概説I第6版』、甲A5・29頁)、現在の国民にとって無効であることが明らかではない婚姻について、無効であるとして婚姻届の不受理処分をするためには、立法によって、国民の事前承認を得る必要があるからである。

以下、現在の国民にとって、「同性婚が無効であることは法に規定するまでもなく明らか」と言えないことを述べる。

## 2 同性婚に関する昭和時代までの認識

(1) すでに述べたとおり、梅謙次郎は、同性婚が無効であることは「元々論を俟たない」、「言わなくても明らかである」と述べる。中川善之助は、同性

間の婚姻的關係を「変態關係」と呼び、「明文なければ無効なし」の原則の枠外にあるとの趣旨を述べる。

(2) 現行憲法下における昭和民法への改正作業にあたっては、同性間の關係に關する前記のような基本的認識は引き継がれたようであり、具体的には、昭和20年8月15日の終戦を経て、現行憲法24条の制定等に伴い、昭和22年に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、翌23年に施行されたところ(青山道夫編『注釈民法(20)』、甲A48・46頁〔熊谷開作〕)、この民法改正に当たって、同性同士の婚姻について検討された形跡は見当たらない。

(3) 中川善之助は、昭和33年発行の『親族法(上)』(青林書院)(甲A49・158~159頁)において、同性婚における婚姻意思について、「學問を妻とするとか、芸術と結婚するというのが一片の比喩に過ぎなく、眞の婚姻意思とは見られないのと全く同様」であるとしている。

中川善之助は、同性婚について、明治民法下では前記のとおり「明文なければ無効なし」の原則の枠外にあるという趣旨の解説を行っていたものを、昭和民法下では、「婚姻意思」という民法上の婚姻要件の不存在が理由である、という解説に変更している。中川善之助の解説内容の変更は、日本国憲法施行以後、法律による行政の原理が貫徹されることとなったことによるものと考えられるが、いずれにせよ中川善之助は、同性婚を、婚姻と呼びえないことが明らかな關係、と位置づけている。

(4) 我妻栄は、昭和36年発行の『親族法』(有斐閣)(甲A50・14頁、18頁)において、「婚姻をする意思(婚姻意思)とは、夫婦關係を成立させるという意味である。しからば、夫婦關係とは何か、といえは、その社会で一般に夫婦關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、中川善之助の見解を参照しつつ「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」としている。

(5) 昭和50年代になっても、民法研究者である中川淳は、昭和52年発行の『親族法逐条解説』(日本加除出版)(甲A51・72頁)において、「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」と断じている。

(6) このように、明治民法制定時から昭和50年代までの間、同性間の「婚姻」は、社会通念上、有効に成立する余地のないものであった、ということができる。

3 同性婚は、現在の社会通念において、「同性婚が無効であることは法に規定するまでもなく明らか」とは言えないこと

しかしながら、昭和60年代頃以降、同性婚に関連する社会通念は変化している。

(1) 同性愛に関する科学的知見の変化

ア 旧来、同性愛に関する心理学研究の大半は、同性愛が「病理」であるとの仮定に立っていたが、1973年（昭和48年）12月、国際的にも影響力のあるアメリカ精神医学会の理事会が同性愛自体は精神障害として扱わないと決議し、「精神障害の診断・統計マニュアル」の第2版（DSM-II）の第七刷以降「同性愛」の診断名も変更し、1987年（昭和62年）以降、DSM-III-Rからは廃止された（府中青年の家事件の判決における事実認定、甲A28・169頁、甲A29・207頁）。

イ 世界保健機構で作成されている国際疾病分類（ICD）についても、ICD-10の1988年の草稿では「同性愛」の分類名は廃止され、1990年の草稿では「性的指向自体は、障害と考えられるべきではない。」と記述された（同上、甲A28・169頁、甲A29・207頁）。

ウ このように、同性愛を精神的病理とみなす見解は、20世紀後半頃には否定され、性的指向それ自体は障害ではないとの知見が確立している（同性婚に係る国家賠償請求訴訟の名古屋地裁令和5年5月30日判決・甲A277

の1等)。

エ すると、婚姻は、性的指向の向き合う者同士における性的結合関係に基づくものであり、同性同士の婚姻的關係の多くが、同性愛という性的指向の向き合う者同士における性的結合関係である以上、同性婚についても、現在の社会通念において、「同性婚が無効であることは法に規定するまでもなく明らか」とは言えない。

(2) 平成時代には、民法学説においても同性婚が無効であることは当然視されなくなったこと

日本の民法学説においても、平成元年（1989年）の時点で、同性婚を無効とするものの合理性に疑問を呈するものが登場している。

具体的には、民法研究者上野雅和は、昭和41年（1966年）発刊の『注釈民法(20)親族(1)』の「婚姻の要件」の項目では、「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つて当然である。このような意味で、同性婚はもちろん成立しない。」と記載していた（甲A48・189～190頁）。

ところが、上野雅和は、平成元年（1989年）発刊の『新版注釈民法(21)親族(1)』（甲A52）では、「婚姻の要件」の項目で「(2)男女の性的結合関係としての婚姻」と題して、「婚姻は伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であった。したがって、同性の性的結合関係や共同生活関係は婚姻たりえないとされてきた。」しかし、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。(略)個人の利益を否定するに足る合理的根拠ある強力な国家的ないし社会的利益が存在しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されなくなる。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。」と述べている（甲A52・178～179頁）。

民法の代表的注釈書のシリーズである『注釈民法』において、同一の執筆担当者が、婚姻と生殖との関係をめぐって23年のあいだに生じた立法事実の変化を踏まえ、旧版とはほとんど真逆の見解を表明したと言える。

明治民法制定時から昭和50年代までの間、「同性婚が無効であることは法に規定するまでもなく明らか」と言われた状況は、(まだ外国にも同性婚導入国が存在しなかった)平成元年(1989年)の時点において、我が国では、すでに変容を始めていたことが分かる。

(3) 2000年代以降、多数の諸外国において同性婚禁止が改められていること

ア これまでに、以下の35を超える国や地域が、同性同士について、異性同士と同じ婚姻制度の利用を認めている。なお、記載の西暦年は、法制定日或いは裁判所がそれを求めた日である。(甲A37、279「性的指向に関する世界地図」、甲A38、280EMA日本ウェブサイト、甲A39、40国立国会図書館所属員論文)

- (ア) 2000年、オランダ
- (イ) 2003年、ベルギー
- (ウ) 2005年、スペイン
- (エ) 2005年、カナダ
- (オ) 2006年、南アフリカ
- (カ) 2008年、ノルウェー
- (キ) 2009年、スウェーデン
- (ク) 2010年、ポルトガル
- (ケ) 2010年、アイスランド
- (コ) 2010年、アルゼンチン
- (サ) 2012年、デンマーク
- (シ) 2013年、ウルグアイ
- (ス) 2013年、ニュージーランド

- (セ) 2013年、フランス
- (ソ) 2013年、ブラジル
- (タ) 2013年、イングランド、ウェールズ、スコットランド
- (チ) 2014年、ルクセンブルク
- (ツ) 2015年、フィンランド
- (テ) 2015年、アイルランド
- (ト) 2015年、アメリカ合衆国
- (ナ) 2016年、コロンビア
- (ニ) 2017年、台湾
- (ヌ) 2017年、マルタ共和国
- (ネ) 2017年、ドイツ
- (ノ) 2017年、オーストリア
- (ハ) 2017年、オーストラリア
- (ヒ) 2018年、コスタリカ（判決文が公表された同年11月から18か月以内の法改正が求められ、最終期限である2020年5月26日をもって同性婚が導入された。）（甲A40論文48頁、甲A41CNN記事）
- (フ) 2019年、エクアドル（甲A42AFPBB記事）
- (ヘ) 2020年、北アイルランド（甲A43EMA記事）
- (ホ) 2020年、スイス（甲A44outjapan記事）
- (マ) 2021年、チリ
- (ミ) 2022年、スロベニア
- (ム) 2022年、キューバ
- (メ) 2022年、アンドラ
- (モ) 2023年、エストニア
- (ヤ) 2023年、ネパール（アジアで2カ国目）

イ 欧米諸国のみならず、日本と同じアジアにおいても、同性婚が導入されている。

(ア) 台湾では、平成29年5月24日、憲法裁判所に相当する司法院大法官會議（司法院积字第748号解釈）において、「婚姻適齢にある配偶者のいない者は、本来結婚の自由を有しており、それには『結婚するかどうか』と『誰と結婚するか』の自由が含まれる…。この自己決定は人格の健全なる発展および人間の尊厳の護持にかかわり、重要な基本権であり、（婚姻の自由を保障する）憲法第22条の保障を受けるべきである。性別を同じくする両名が共同生活を営むという目的により…永続的な結合関係を成立させても…異性婚が構築してきた既存の社会秩序を変更することもない。そればかりか異性婚とともに社会を安定させる基盤となりうる。」「親密で、排他的な永続的結合関係を成立させる必要性、能力、意欲、渴望などの生理的、心理的要素について言うなら、その不可欠性は、同性に性指向が向かう人と異性に性指向が向かう人との間に何ら違いはなく、いずれも憲法22条の結婚する自由を保障されるべきである。」「性的指向を分類の基準としてなされる差別的扱いには、より厳格な審査基準を適用して、その合憲性を判断すべきである。」と述べ、差別的取扱いに合理的理由がなく平等原則（台湾憲法7条）に違反すると判断し（甲A45の2・3～4頁）、評決に参加した14名の大法官のうち12名が同性間に婚姻を成立させない民法を違憲と判断して、立法院に法改正を命じた。

これを受け、立法院では、令和元年5月、同性カップルに婚姻を認める内容の法案が可決した。（甲A45の1、2（司法院解釈、訳文）、甲A46訳者による法学セミナー論文）

(イ) 関連して、タイでは、令和2年7月8日、同性カップルの結婚を事実上認める「市民パートナーシップ法案」を政府が承認したと発表している。同法案は、同性婚そのものを認める法律ではないものの、同性カップルが養子を迎える権利や、配偶者の相続権を認める内容であると報道されている（甲A47フォーブスジャパン記事）。

ウ 諸外国が同性婚制度を導入するペースを見ても、前記アのとおり、2000～2009年の10年間で同性婚を導入したのは7カ国であったのに対

し、2010～2019年の10年間で同性婚を導入したのは23の国と地域であり、世界の国々が同性婚を認める動きは加速している（甲37～41等）。

エ 明治民法の制定に際しては、フランス、イタリア、オランダ、デンマーク、スイス（ベルン州）、アメリカ（ルイジアナ州）、ロシア、イギリスの8カ国の法が参照された（甲A53『民法典の百年』7頁）。

これらの8つの国々のうち、フランス、オランダ、デンマーク、スイス、アメリカ、イギリスの6カ国においては、すでに同性婚禁止が改められている。ローマカトリック教会の影響が最も強いイタリアでも国レベルの同性カップル保護の法律が制定されており（甲A39・81頁）、民法制定時に参照された外国法のなかで、性別の組合せを問わない婚姻制度や、これに準じる制度を持たないのはロシアのみとなっている。（なお、ロシアの状況について、甲A39・81頁参照）

オ 諸外国の立法状況に照らしても、社会通念上、同性婚が無効であることが法の規定をするまでもなく明らかとはいえない。

(4) 我が国の国民世論においても同性婚を認めることに賛成する意見が多数派であること

ア 国立社会保障・人口問題研究所研究員である釜野さおりらの研究グループが、平成27年3月、全国の20歳～79歳までの（戸籍上の）男女を対象に、住民基本台帳による層化二段無作為抽出法を用いてなした「性的マイノリティについての意識 2015年全国調査」において、「同性どうしの結婚を法で認めること」への賛否を「賛成・やや賛成・やや反対・反対」の4択で尋ねる設問に対して、回答者1259人中、賛成186人（14.8%）、やや賛成458人（36.4%）、やや反対319人（25.3%）、反対201人（16.0%）、無回答95人（7.5%）であり、賛成とやや賛成を合計すると644人（51.1%）であり、反対とやや反対を合計した520人（41.3%）を10%上回っている（甲A57、調査手法につい

て26頁～、同性婚について152頁～、同性婚の集計表は275頁～)。

(釜野の経歴について、甲A58)

イ 朝日新聞と東京大学の谷口将紀研究室が、令和2年(2020年)3～4月、無作為で選んだ全国の有権者3千人を対象に行なった共同調査では、回答者全体で、「賛成」「どちらかと言えば賛成」を合計した回答(賛成派)が46%であり、中立が31%であり、「反対」「どちらかと言えば反対」を合計した回答(反対派)が23%であったことが報じられている(甲A59)。賛成派は反対派を23ポイント上回ったことになる。

そして、「賛成派」の割合は、同様の調査を平成29年(2017年)にした調査と比べると、14ポイント増加したと報じられている(甲A59)。

ウ さらに、甲A59の表によれば、自民党支持層について、令和2年の調査では、同性婚への賛成派が41%となって反対派29%を12%上回っている。平成29年に、賛成派は24%であって反対派36%を下回っていた結果と比較すると、この3年間のあいだに、いわゆる保守政党を支持する国民の間においても、同性同士の婚姻を認めることに賛成する意見が浸透しつつあることが確認できる。

エ 平成30年に行なわれた国立社会保障・人口問題研究所による第6回全国家庭動向調査(令和元年9月13日発表、甲A60)においては、「男性どうしや、女性どうしのカップルにも、なんらかの法的保障が認められるべきだ」への賛成割合は、全体で75.1%に上り、「男性どうしや、女性どうしの結婚(同性婚)を法律で認めるべきだ」への賛成割合もほぼ7割(69.5%)となった。また、「同性どうしのカップルも、男女のカップルと同じように、子どもを育てる能力がある」への賛成割合も、ほぼ7割(69.4%)となった。(甲A60。調査方法について本文1頁、同性カップルについて58頁～、集計表は72頁)

オ すると、国民世論からしても、社会通念上、同性婚が無効であることが法の規定をするまでもなく明らかとはいえない。

(5) 同性カップルの関係性を承認・保護する施策を導入する自治体が増え続けていること

ア 同性カップルについて婚姻相当の関係であると自治体が承認する、いわゆる同性パートナーシップ制度は、平成27年に東京都渋谷区と世田谷区が導入したのを皮切りに、平成29年には、札幌市が政令指定都市として初めてこれを導入し、また、令和元年7月の茨城県を皮切りに都道府県単位の制度を導入する自治体が表われ、令和2年1月には大阪府、同4月には福岡県、令和4年11月には東京都が導入した。

かかる制度導入の動きは加速化しており、令和2年12月1日時点で66自治体（人口3882万3400人）（人口カバー率3割超）であったものが（甲A32）、令和5年5月31日には328自治体（人口カバー率7割超）に増え（甲A247）、現在では、日本の総人口の7割を超える住民が、この制度を持つ自治体に暮らしている。（甲A274、同性パートナーシップネット調べ（令和5年5月31日時点））

イ 平成30年7月には、全国20の政令指定都市の市長によって構成される指定都市市長会が、内閣府に対する「性的少数者に係る窓口の一元化及びパートナーシップ制度を含めた取組の強化に関する指定都市市長会要請」を決議し、文中で、「（パートナーシップ制度が全国自治体に広まっている）状況を踏まえると、国は、既にパートナーシップ制度を導入している自治体の制度と整合を図りながら、当事者が居住する地域に関わらず、あらゆる性別、性的指向、性自認、性表現が尊重されるよう社会環境の整備に取り組むとともにパートナーシップ制度を含めた性的少数者への理解促進や自治体の取組を促進するような支援を行うことが必要と思われる。」と述べている（甲A62の1、2）。

ウ 地方自治体の施策は、単なる同性カップルの関係性の承認にとどまらず、具体的な給付（もちろん財源は公金である）を伴う制度にも及んでいる。

大阪市では、令和2年5月1日制定の要綱のなかで、同市条例に基づく犯罪被害者支援制度において、遺族見舞金や助成金の受給資格者となる「配偶

者」のなかに、「公的な証明を受けているLGBTなどの性的マイノリティのパートナーである者」を含めている（甲A63の1、2（支給要綱第3条2項）、3（交付要綱第3条2項））

札幌市では、令和2年7月28日制定の要綱のなかで、同市条例（条例の制定は、平成21年）に基づく犯罪被害者等支援制度において、支援対象となる「犯罪被害者の遺族又は家族」のなかに、同性のパートナーを含めている（甲A64の1、2要綱第3条等）

世田谷区は、令和2年9月11日、新型コロナウイルス対策の特例として設けられた国民健康保険の傷病手当金について、保険者として、パートナーが同性の場合も異性の夫婦同様に請求できる方針を公表している（甲A65）。

エ このような自治体の制度からしても、社会通念上、同性婚が無効であることが法の規定をするまでもなく明らかとはいえない。

(6) 実際に同性カップルが婚姻をなす例は平成前半時期から認識され、現在は、多くのカップルにおいてそのニーズがあること

ア 平成6年、府中青年の家事件の東京地裁判決（平成6年3月30日判決・判タ859号、甲A28・163～170頁）は、「同性愛は、人間が有する性的指向（sexual orientation）の一つであって、性的意識が同性に向かうものであり、異性愛とは、性的意識が異性に向かうものである」と同性愛と異性愛を価値中立的に記載したうえ、「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」と認定し、さらに、「従来同性愛者は、婚姻制度の枠組みの外におかれていたが、サンフランシスコ市では、平成3年2月から同性愛者のカップルの内縁関係を市が認定する制度が発足した」ことを、それぞれ、事実として認定した。

イ 平成9年、その控訴審である東京高裁判決は、原判決で認定したア記載の各事実をそのまま引用した（東京高裁平成9年9月16日判決・判タ986号、甲A29・207頁）。

ウ 平成11年には、日本人男性が、旅券上は男性であるフィリピン人との婚姻の報告的届出に関する戸籍記載の訂正を申し立てる事案があった（甲A11、佐賀家審平成11年1月7日家月51巻6号71頁の事件）。

エ このように、我が国でも、平成前半期には、法令上同性である者同士が婚姻届を提出することは、十分想定される状況になっていた。

オ そして実際に、平成26年6月5日、青森市在住の女性2名が同市役所に婚姻届を提出している（甲A12逢坂議員質問主意書、甲A30青森市市民の声）。

（なお、青森市役所は、「青森市の戸籍事務を管轄する青森地方法務局の助言を受け、憲法第24条第1項を根拠として処理した」とするが、同条項は同性婚を禁止したものと解することはできないため、青森市役所の当該見解は誤りである。同条項が同性婚を「禁止」しているとの見解は、現在ほぼ見られない）。

カ 平成27年7月には、同性婚の法制化を求めて日本弁護士連合会への人権救済申立てが起こされ、そこでは全国の455人の同性カップルらが申立人になった（甲A4・4頁）。

キ 平成31年2月には、「現行法が同性婚を禁じている」という本申立てとは異なる前提に立つものではあるが）同性婚を認めていない現行法は婚姻の自由や法の下での平等を保障した憲法に反するなどとして、計13組の同性カップルが、東京、大阪、名古屋、札幌の4地裁に国家賠償訴訟を提起した（甲A31朝日新聞記事）。令和元年9月には、福岡地裁にも同様の訴訟が提起された（甲A278）。

ク 前記のとおり、自治体の同性パートナーシップ制度は、平成27年に東京都の渋谷区と世田谷区が導入したことを皮切りにして全国の自治体に普及しているところ、それに伴い、制度を利用するカップルも急増している。利用カップルの認知件数は、令和2年9月30日時点で1300組程度、令和3年6月末に2000組程度となり、令和5年5月末時点では5000組を超えている（渋谷区などの調査による。）（甲A32、甲A257の1、甲A

274 虹色ダイバーシティHP公開資料)。

ケ このように、平成前半頃には同性間の婚姻というものも想定されるようになり、遅くとも平成26年には同性の婚姻届提出は実際にあり、その後、全国の多くの同性カップルらが婚姻を望んでいるという現状は明らかになっており、社会通念上、同性婚が無効であることが法の規定をするまでもなく明らかとはいえない。

#### (7) 小括

以上のとおり、同性婚は、現在の社会通念において、「同性婚が無効であることは法に規定するまでもなく明らか」とは言えない。

#### 4 同性婚は「法律による行政の原理」の枠内にあること

すると、現在において、同性婚は、「無効であることは法に規定するまでもなく明らか」ということもできず、法律による行政の原理の「枠外」にもない。同性の婚姻届を不受理処分とするためには、その根拠規定としての同性婚禁止規定を要する。

しかしながら、現行法には同性婚禁止規定は存在しない。以下の第3以降にそのことを詳述する。

第3 我が国の民法に同性婚禁止規定がないことは、明治民法の起草者である梅謙次郎や、明治から昭和にかけての代表的民法研究者中川善之助の解説においても明らかであること

1 民法起草者の梅謙次郎は、明治民法の制定の当時、以下のように述べている。

「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」(梅謙次郎『民法要義卷之四』・甲A9・118頁)

- 2 また、明治から昭和にかけての代表的民法研究者中川善之助は、ヨーロッパの教会法における無効婚の理論を紹介しながら、「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みて、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。」としている(中川善之助『日本親族法』(日本評論社、昭和17年)・甲A54・214頁)。
- 3 梅謙次郎も、中川善之助も、民法には同性婚禁止規定がないことを明言している。

第4 最高裁判所においても、「現行法が」異性間においてのみ婚姻を認めている旨の表現を避けていること

- 1 最高裁判所は、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(以下、「性同一性障害者特例法」という。)が、性別の取扱いの変更を認めるための要件として「現に婚姻をしていないこと」を求めていること(3条1項2号)の違憲性が主張された申立てにおいて、同規定は、「現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認めた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない。」と判示している(最高裁二小令和2年3月11日決定(非婚要件合憲決定)、甲A26、下線は代理人)。
- 2 当該最高裁決定は、「現行法が」異性間においてのみ婚姻を認めている旨の表現を避けているのであり、最高裁判所においても、民法などの法律には

同性婚禁止規定がないと考えていると言える。

## 第5 現行民法の「婚姻」の章には同性婚禁止規定がないこと

1 民法の「第四編 親族」「第二章 婚姻」「第一節 婚姻の成立」「第一款 婚姻の要件」には、同性婚禁止規定はないこと。

- (1) 民法731条（婚姻適齢）は、文言上も、法の趣旨・目的も婚姻当事者の性別の組合せとは無関係であって、同性婚禁止規定ではない。
- (2) 民法732条（重婚の禁止）は、文言上も、法の趣旨・目的も婚姻当事者の性別とは無関係であって、同性婚禁止規定ではない。
- (3) 民法733条の「女子の再婚禁止期間」（令和4年法律第102号により廃止）は、父性推定の重複を防止する趣旨の規定であるが、女子の婚姻の相手が常に男子でなければならないという規定ではなく、同性婚禁止規定ではない。

なお、仮に、女子の前婚相手や再婚相手が女子である場合、本条の適用が解釈によって除外されるにすぎない。かかる解釈は、最高裁大法廷平成27年12月16日再婚禁止期間違憲判決に付された櫻井龍子裁判官ら6名の共同補足意見が、「女性に子が生まれなことが生物学上確実であるなど父性の推定の重複が生じ得ない場合」には、「民法733条1項の規定の適用がないというべきである。」と述べている（甲A6・15頁）とおりの解釈方法の一例である。

- (4) 民法734条、735条及び736条は、それぞれ、近親者間、直系姻族間、養親子等の間の婚姻の禁止を定めており、文言上も、法の趣旨・目的も、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、同性婚禁止規定ではない。
- (5) 令和2年4月施行の改正法で削除された民法737条は、「未成年者の婚姻についての父母の同意」について定めており、文言上も、法の趣旨・目的も、婚姻当事者の性別と無関係であって、同性婚禁止規定ではない。

なお、ここでいう「父母」の意義について解釈上の問題があるが（『新注釈民法(17)』、甲A10・126～129頁〔高橋朋子〕）、いずれの解釈論

を採るにせよ、「父」や「母」が他の異性と婚姻中であっても、「父母」の意義には影響しないから、これと全く同様に、「父」ないし「母」が同性と婚姻中であっても737条の適用に際して何らの影響も受けない。

(子の「父母」をどのように定めるかという実親の決定ルールについては後述する。)

(6) 民法738条(成年被後見人の婚姻)は、文言上も、法の趣旨・目的も、婚姻当事者の性別と無関係であって、同性婚禁止規定ではない。

(7)ア 民法739条は、「婚姻は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」としており、同性婚禁止規定ではない。

イ 同条は「戸籍法の定めるところにより」としているため、該当する戸籍法74条を見ても、「婚姻をしようとする者は、左の事項を届書に記載してその旨を届けなければならない。1号 夫婦が称する氏 2号 その他法務省令で定める事項」とするのみである。

1号は「夫婦」という語を用いているが、1号の趣旨は、民法750条が「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。」とするために、婚姻届出の際、婚姻後の氏を届け出るよう求める趣旨にすぎず、事柄の性質上、婚姻しようとする当事者の性別の組合せとは無関係である。また、「夫婦」は通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、そうである以上、1号をもって同性婚禁止規定であるとはいえない。

同じ理由で、前述の民法750条が「夫婦は」、「夫又は妻(の氏)」という用語を用いていることをもって、「婚姻しようとする当事者の性別の組合せが同じであってはならない」という内容の法律の根拠規定であるとはいえないため、同性婚禁止規定ではない。

ウ 戸籍法74条2号「その他法務省令で定める事項」に該当する戸籍法施行規則56条を見ても、「1号 当事者が外国人であるときは、その国籍」、「2号 当事者の父母の氏名及び父母との続柄並びに当事者が特別養子以外の養子であるときは、養親の氏名」、「3号 当事者の初婚又は再婚の別並びに初婚でないときは、直前の婚姻について死別又は離別の別及びその年月日」、

「4号 同居を始めた年月」、「5号 同居を始める前の当事者の世帯の主な仕事及び国勢調査実施年の4月1日から翌年3月31日までの届出については、当事者の職業」、「6号 当事者の世帯主の氏名」を定めるところ、いずれも、文言上も、法の趣旨・目的も、婚姻しようとする当事者の性別の組合せと無関係であって、同性婚禁止規定ではない。

エ このように、民法739条は、婚姻について、「届け出ることによって、その効力を生ずる。」と定めているが、「婚姻しようとする当事者が同性である場合には、効力を生じない」という規定を含んでおらず、同性婚禁止規定ではない。

(8) 民法740条は、「婚姻の届出は、その婚姻が第731条、第732条、第734条から第736条まで及び前条第2項の規定その他の法令の規定に違反しないことを認めた後でなければ、受理することができない。」と定めるのみであり、上記の点線部には、「婚姻しようとする二人の性別の組合せが男女であること」を意味する規定は含まれておらず、また、「その他の法令」にもかかる規定は見当たらないため、民法740条は同性婚禁止規定ではない。

(9) 民法741条は、「外国に在る日本人間の婚姻の方式」を定めており、文言上も、法の趣旨・目的も、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、同性婚禁止規定ではない。

(10) 以上に掲記した民法731条から741条までが、民法の「第二章 婚姻」「第一節 婚姻の成立」「第一款 婚姻の要件」の条文の全てであるが、このなかに、つまり婚姻の成立に関する要件に係る条文のなかに、同性婚禁止規定は存在しない。

2 民法の「第二章 婚姻」「第一節 婚姻の成立」「第二款 婚姻の無効及び取消し」には、婚姻当事者が同性である場合に婚姻を無効としたり取消しうるものと定める規定はないこと

(1)ア 民法742条は、「婚姻は、次に掲げる場合に限り、無効とする。1号

人違いその他の事由によって当事者間に婚姻をする意思がないとき。2号当事者が婚姻の届出をしないとき。ただし、その届出が第739条第2項に定める方式を欠くだけであるときは、婚姻は、そのためにその効力を妨げられない。」と定めている。

イ 同条は、「婚姻は、次に掲げる場合に限り、無効とする。」として婚姻無効事由を限定して定め、婚姻意思があり、かつ届出をする限り、婚姻は常に有効であることを定めている。そして、同条は、婚姻しようとする二人の性別の組合せが同じであることを、婚姻の無効事由として定めていない。

民法742条の規定を素直に読めば、同性同士であっても、婚姻意思があり、かつ、届出をする限り、婚姻は有効である。

ウ この点、佐賀家裁平成11年1月7日審判・家月51巻6号71頁（甲A11）は、「同性婚は、男女間における婚姻的共同生活に入る意思、すわなち婚姻意思を欠く無効なもの」と判断しているが、「婚姻意思」を「男女間における婚姻的共同生活に入る意思」と定義し、同性婚にはこれが欠け無効であるとする論はトートロジーそのものであり、法の解釈論として相当でない。

（佐賀家審は、このような明らかに不当な論理を用いない限り、同性同士の婚姻が無効であるという民法解釈の結論が導けなかった、とも言える。）

(2) 民法743条（婚姻の取消し）は、「婚姻は、次条、第745条及び第747条までの規定によらなければ、取り消すことができない。」と定め、婚姻取消事由を限定している。

そして、「次条（第744条）、第745条及び第747条まで」を見ても、以下のとおり婚姻当事者の性別の組合せが同じであることをもって婚姻を取り消すことができる旨の定めはない（民法743条）。

(3) 民法744条は、1項で「第731条、第732条及び第734条から第736条までの規定に違反した婚姻は、各当事者、その親族又は検察官から、その取消しを家庭裁判所に請求することができる。」等と定め、2項で「第732条の規定に違反した婚姻については、前婚の配偶者も、その取消しを

請求することができる。」と定めるのみであり、婚姻当事者が同性である場合の婚姻の取消は定められていない。

- (4) 745条（不適齢者の婚姻の取消し）は、同性間で婚姻した場合の取消しを定めてはいない。
- (5) 746条（令和4年改正法により削除、再婚禁止期間内の婚姻の取消し）は、同性間の婚姻の取消しは定めていない。（なお、再婚禁止期間についての733条の適用については、同条の箇所に前述したとおりである。）
- (6) 747条（詐欺又は強迫による婚姻取消し）、748条（婚姻取消しの効力）、749条（離婚規定の準用）は、それぞれ、文言上も、法の趣旨・目的も、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、その組合せが同じである場合の取消しを定めていない。
- (7) 以上に掲記した民法742条から749条までが、民法の「第二章 婚姻」「第一節 婚姻の成立」「第二款 婚姻の無効及び取消し」の条文の全てであるが、そのいずれも、婚姻当事者が同性である場合に婚姻が無効となるとも取消しできるとも定めていない。
- (8) 以上までに見た民法731条から749条が、民法の「第二章 婚姻」の「第一節 婚姻の成立」の全ての条文であるが、いずれの条文も、「婚姻しようとする二人の性別の組合せが男女であること」を婚姻要件とは定めておらず、「性別の組合せが同じであってはならない」旨の規定もなく、婚姻しようとする当事者が同性である場合に婚姻が無効となるとも、取消しできるとも定めていない。

3 民法は、ある者とある者の組合せの婚姻を禁じるにあたっては、一条ごとにその旨を明定しているが（婚姻障害事由）、同性同士の婚姻を禁じる条文がないこと

- (1) 民法は、ある者とある者の組合せの婚姻を禁じるにあたっては、一条ごとにそのことを規定している。

すなわち、民法734条1項は、「直系血族又は三親等内の傍系血族の間

では、婚姻をすることができない」と定め、735条は、「直系姻族の間では、婚姻をすることができない。」と定め、736条は、「養子若しくはその配偶者又は養子の直系卑属若しくはその配偶者と養親又はその直系尊属との間では、第729条の規定により親族関係が終了した後でも、婚姻をすることができない。」と定め、それぞれ一箇条を設けて規定している。

(2) しかしながら、同性同士の婚姻については、かかる規定はない。

#### 4 小括

以上のとおり、民法の「第二章 婚姻」の「第一節 婚姻の成立」の条文を全て見ても、同性婚禁止規定はない。

第6 民法の「第四編 親族」「第二章 婚姻」の第二節以降にも、同性婚禁止規定はないこと。民法の「夫婦」「夫・妻」「父母」という語は、同性婚禁止規定ではないこと

1 民法の「第四編 親族」「第二章 婚姻」における「夫婦」「夫・妻」「父母」という語を用いる規定は、いずれも同性婚禁止規定ではないこと

(1) 民法の「第四編 親族」「第二章 婚姻」及び戸籍法において、「夫婦」「夫・妻」「父母」という語を用いる規定がある。

しかしながら、以下のように、いずれも、「婚姻する二人の性別の組合せが男女であることを求めている」と解するのが困難な規定ばかりであり、同性婚禁止規定と言いうる規定が見当たらない。

(2) 前述の繰り返しになるが、戸籍法74条1号は「夫婦」という語を用いているが、民法750条が夫婦の同氏を定めているために、婚姻届出の際には婚姻後に両当事者が称する氏を届け出るよう求めているにすぎず、事柄の性質上、婚姻当事者の性別の組合せとは無関係であり、「夫婦」は通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、そうである以上、戸籍法74

条1号をもって同性婚禁止規定とすることはできない。

- (3) 同じく繰り返しになるが、民法750条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。」として婚姻配偶者が同氏となることを求めるが、法の趣旨・目的は、婚姻当事者の性別の組合せとは関わりがなく、これを同性婚禁止規定とはいえない。「夫婦」や「夫又は妻（の氏）」は、やはり通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、そうである以上、この語をもって婚姻しようとする二人の性別の組合せが男女であることを求めていると解することも無理がある。
- (4) 次に、民法751条（生存配偶者の復氏等）は、法の趣旨・目的は、婚姻当事者の性別と無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。
- (5) 民法752条は、「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」と定めるが、「夫婦」は通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、法の趣旨・目的は、婚姻当事者の性別に無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。
- (6) 民法753条（婚姻による成年擬制）は、文言上も、法の趣旨・目的も、婚姻当事者の性別と無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。
- (7) 民法754条は「夫婦間でした契約は、婚姻中、いつでも、夫婦の一方からこれを取り消すことができる。」等と定め、民法755条～762条は「第三節 夫婦財産制」を定め、民法763条は「夫婦は、その協議で、離婚をすることができる。」と定めるが、それぞれ、法の趣旨・目的は、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。
- (8) 民法764条（婚姻の規定の準用）と765条（離婚の届出の受理）は、いずれの条文も、文言上も、法の趣旨・目的は、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。
- (9) ア 民法766条は、1項で、「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。」等として、「父母」という語を用いる。

イ この点、同性のカップルにおいても、生殖補助医療等によって子をもつ場合もあれば、他方が単独親権者として養育してきた子について、カップルの共同生活に伴い、共同養育している場合もある。

（法律上の実親となるかどうかや、共同親権との関係については、本申立書のうち、嫡出推定を定める民法772条の箇所等に詳述する。）

ウ そこで同性カップルと民法766条1項との関係をみると、同条項の趣旨・目的は、婚姻当事者が協議上の離婚をするとき、子の監護者、面会交流、養育費等について協議で定めることを求める点にある（『新版注釈民法(17)』、甲A10・319～321頁〔棚村政行〕）。

協議をなすべき二人は、婚姻により子の共同監護にあたっていた二人であるから、婚姻により子の共同監護にあたっていた女性二人や男性二人についても、この趣旨・目的は同じくあてはまる。

エ また、同条項の「父母」は、以下にみるように、「遺伝上の父母」に限ると解されていない以上、二人の親の性別の組合せが男女でなければならない実質的根拠は見当たらない。

第一に、もともと民法は、嫡出否認を限定していることなどからも明らかなおお、実親子関係の成立についてすら、遺伝上の親子関係の存在を絶対条件とはしていない。性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下、「性同一性障害者特例法」とする。）に基づいて女性から男性への性別取扱いの変更をした者につき、その者の妻が婚姻中懐胎した子の嫡出推定を受けると判断した最高裁決定（最三小平成25年12月10日決定・民集67巻9号1847頁、甲A14）に明らかなおお、遺伝上の父子関係にならないことが明らかであっても、嫡出推定は及び、実父となる（最一小平成26年7月17日判決民集68巻6号547頁、甲A15）。

母子関係についても、いわゆる代理出産の事例において、子を懐胎し出産した女性がその子どもの実母であって、他の女性が卵子を提供した場合であっても、卵子提供者の女性と子の間に母子関係は成立しない（最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁、甲A16）。

生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律（令和2年法律12月4日法律第76号、以下「生殖補助医療親子関係特例法」とする。）9条及び10条もこれらを確認したものとすることができ、民法は、子の法律上の実父や実母が、遺伝上の父や母であることを求めている。

第二に、特別養子縁組後に養親である夫婦が離婚をするときにも、民法766条は当然に適用されるため、「父」と「母」はそれぞれ「養父」「養母」を含む。なお、特別養子縁組の成立後に夫婦が離婚しても縁組の効力に影響を及ぼさない（中川善之助ら編著『新版注釈民法(24)』甲A17・602頁〔大森政輔〕）。

普通養子の場合に、未成年者の夫婦共同縁組がなされ、その後に養親たる夫婦が離婚する場合も同様であろう。

オ 以上のとおり、民法766条1項の「父母」について、二人の親の性別の組合せが男女でなければならない実質的根拠は見当たらない。そのため、同条項の「父母」は「婚姻して子を共同監護していた二人」を意味する語であり、「父母」とは通常の場合の用語を用いたにすぎないと言することができる。

そして、むしろ法の趣旨・目的は、離婚の際に子の監護や面会について定めることを求め、子の利益を最優先の考慮事項とすることを求めるものなのであるから（甲A10『新注釈民法(17)』320頁〔棚村政行〕）、婚姻当事者の性別の組合せには無関係の事柄であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。

(10) 民法766条4項は、「前三項の規定によっては、監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。」として、「父母」という語を用いるが、同条項の意味するところは、同条1項乃至3項が、監護以外の事柄（相続等）については親子関係に影響しないことを確認した規定であって、法の趣旨・目的は、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。

(11) 民法767条は、「婚姻によって氏を改めた夫又は妻は、協議上の離婚に

よって婚姻前の氏に復する。」等と定めるところ、離婚による復氏の効果を定めたにすぎず、法の趣旨・目的は、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。

「婚姻によって氏を改めた夫又は妻」という文言についても、例えば、男性Aが、男性Bとの婚姻により改氏した場合にも、Aは「婚姻によって氏を改めた夫」に該当するから、本条は、AとBが離婚するときにも文言どおり適用して何ら支障がなく、これを同性婚禁止規定とはいえない。

(12) 民法768条（財産分与）は、文言上も、法の趣旨・目的としても、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。

(13) 民法769条は、「婚姻によって氏を改めた夫又は妻が、第897条第1項の権利を承継した後、協議上の離婚をしたときは、当事者その他の関係人の協議で、その権利を承継すべき者を定めなければならない。」等と定め、婚姻により改氏した者が祭祀承継をなしていた場合には改めて協議等をすべきことを求めるものであって、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。

「婚姻によって氏を改めた夫又は妻」という文言についても、男性Aが、男性Bとの婚姻により改氏した場合にも、Aは「婚姻によって氏を改めた夫」に該当するから、本条は同性間の離婚にも文言どおり適用して何ら支障がなく、これを同性婚禁止規定とはいえない。

(14) 民法770条は、「夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。」等と定めるが、本条は裁判離婚の要件を定めたものであって、婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、「夫婦」は、通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、そうである以上、これを同性婚禁止規定とはいえない。

(15) 民法771条（協議上の離婚の規定の準用）は、そもそも「夫婦」という文言を使っていない上、法の趣旨・目的としても婚姻当事者の性別の組合せと無関係であって、これを同性婚禁止規定とはいえない。

(16) 以上に見たとおり、「夫婦」「父母」という文言は、それぞれ婚姻当事者の性別の組合せとは無関係の趣旨や目的を規定する際に、単に通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、それぞれの法の趣旨・目的は、婚姻当事者の性別の組合せとは無関係である。

また、「夫又は妻」という文言もそれぞれ婚姻当事者の性別の組合せとは全く無関係の趣旨や目的を規定するものであり、しかも、婚姻当事者の性別の組合せが同じである場合においても条文の文言どおり適用すれば足るものである。

(17) 以上までに見た民法731条乃至771条が、民法の「第四編 親族」「第二章 婚姻」の全ての条文である。

もしも、民法が、同性婚を禁止し、婚姻しようとする二人の性別が男女であることを婚姻の要件としたり、或いは、二人の性別が同じであることを婚姻障害事由とするのであれば、その旨の根拠規定は、「第二章 婚姻」に置かれなければならないが、「第二章 婚姻」には、そのような規定はなく、民法の「婚姻」の章には同性婚禁止規定は存在しない。

2 民法「第四編 親族」「第三章 親子」「第一節 実子」の条文における「夫婦」「夫・妻」「父母」という語を用いた規定は、いずれも同性婚禁止規定ではないこと

(1) 続いて、「第二章 婚姻」以外の章についても、「夫婦」「夫・妻」「父母」という語を用いた規定が、同性婚禁止規定であるか否かを見る。

(2) 民法772条（嫡出の推定）及びこれに関連する親子関係について

〔注：親子関係は同性婚と密接な関連があることから、この民法772条については、以後、13頁ほどの紙幅を用いて述べる。〕

ア 本条と同性婚との関係を検討する前提として述べるに、同性婚と親子関係との関係は、網羅的、具体的、客観的な検討を要する。

これまで我が国では、同性カップルが子を養育するケースが多々あるとい

う実態が十分に知られていないことなどから、この点は十分に検討されているとは言えない。同性婚に関する国家賠償請求訴訟において違憲判断を示した札幌地裁令和3年3月17日判決（甲A225）、名古屋地裁令和5年5月30日判決（甲A277）においてすら、この点は、概括的、抽象的で不十分な検討しかなされていない。

しかしながら、同性婚と親子関係との関連は、網羅的、具体的、客観的に検討せずして、適切な判断がなせるとは思われない。

イ そこで、網羅的、具体的に検討すると、同性のカップルが子を持つ場合には、主として次の4つの場合がある。（甲A286・13頁参照）

- ・ かつての異性パートナーとの間の子を引き取り、同性パートナーと子を共同養育する。（例 女性Aが、男性Cとの離婚時にCとの間の子の親権者となり、その後にAが女性Bとパートナーになり、AとBが子を共同養育する。）
- ・ 養子縁組によって養子を迎え、同性カップルが共同養育する。
- ・ 女性カップルが、精子提供を受け、片方の女性が人工授精や体外受精によって懐胎し出産する。
- ・ 男性カップルが、片方の男性の精子を使い、代理母の候補である女性に依頼をして代理出産をしてもらう。

ウ 民法772条（嫡出推定、令和4年改正）は、1項で「妻が婚姻中に懐胎した子は、当該婚姻における夫の子と推定する。女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものも、同様とする。」、2項で「前項の場合において、婚姻の成立の日から200日以内に生まれた子は、婚姻前に懐胎したものと推定し、婚姻の成立の日から200日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。」、3項で「第1項の場合において、女が子を懐胎した時から子の出生の時までの間に二以上の婚姻をしていたときは、その子は、その出生の直近の婚姻における夫の子と推定する。」、4項で「前三項の規定により父が定められた子について、第774条の規定によりその父

の嫡出であることが否認された場合における前項の規定の適用については、同項中「直近の婚姻」とあるのは、「直近の婚姻（第774条の規定により子がその嫡出であることが否認された夫との間の婚姻を除く。）とする。」と定める。

エ 民法772条は、懐胎・出産した女性の「夫」についての規定であり、懐胎・出産した女性が、男性と婚姻している（いた）場合の子の実父の推定のルールを定める規定である。（単純化するならば「実母の夫＝実父」）

未婚の女性が懐胎・出産した場合、当該女性（子の実母）に「夫」はいないため、同条は適用されず、同条により実父となるべき者はいない。これは、実務上しばしば見られることである。（認知により実父が定まる場合はある。）

オ これらを前提にして、民法772条が同性婚禁止規定でないことを明らかにするために、以下では、具体的、客観的に検討すると、同性同士の婚姻関係があると仮定しても、同条の適用上、支障や混乱がないことを述べる。

カ 第三者の精子提供による生殖補助医療等により女性Aが女性Bとの「婚姻」中に懐胎・出産した場合、子の実母がAであることは、出産した女性が子の実母であるという従来通りの解釈（最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁、甲A16）及び生殖補助医療親子関係特例法9条の規定のとおりである。

次に、Aには（未婚女性と同じく）「夫」はいないため、民法772条1項は適用されず、この時点で実父はいない。

それゆえ、現行民法下では、女性Bは実母にも実父にもならないが、婚姻中の女性が出産したものの、出産当時の当該女性の配偶者が実親とならないことは、異性婚のみを認める現在の運用下においても、令和4年改正によって772条1項に後段（女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものも、同様とする。）が新設される以前には、生じえたことである。

また、現行民法下では、精子提供者が翻意等して、Bと婚姻中のAの子を認知することによって子の実父とされる可能性は排斥できないが、このよう

に、出産した女性の配偶者以外の者が子の実親とされることは、異性婚のみを認める現在の運用下においても、令和4年改正がなされる前には見られたことである。

すると、女性同士の婚姻において上記の状況が生じるからといって、772条を、同性婚禁止規定であるとすることはできない。

キ 精子提供により女性Aが子を出産したケースについて補足すると、あるべき制度としては、子の出生と同時に、Aに加え女性Bも親とすることが最も望ましい。

なぜならば、それが、子の保護にとって望ましく、当事者の意思に合致し、家庭の平和に資するからである。(これらはまさに民法772条の趣旨でもある。)

そのため、申立人らは、出生と同時にAに加えてBを親とするという帰結にならない現在の民法の規定を、子の保護等との関係で十分な規定であるとは考えていない。(但し、現行民法上も、Bと子の養子縁組によってAとBの共同親権となる。この点は、後述の「親権」について述べる箇所で詳述する。)

つまり、申立人らは、現在の民法規定は、婚姻当事者が同性である場合の実親子関係の決定ルールとしては不十分な状態にある、と考えている。

もともと、「現行民法が、同性である婚姻当事者の実親子関係決定のルールについて不十分な状態である」からといって、そのことをもって、「現行民法に、同性婚禁止規定がある」と言うことは困難である。

なぜならば、法律による行政の原理の下位原則である法律の留保は、あくまでも、婚姻届の不受理処分をするためには、法律にその根拠が規定されていることを求めているのであり(宇賀克也『行政法概説I第6版』甲A5・27頁以降参照)、当該類型の婚姻がなされた場合における「子に関する法の不十分」を理由に、「当該類型の婚姻を禁じる」ことは許容されないからである。

〔双方が女性である婚姻当事者のうち一方が懐胎・出産した場合と、  
「同性婚禁止規定」の有無との関係に関する説明の補足〕

(ア) まず、前記本文において、「子の出生と同時に、Aに加え女性Bも親とすることが、最も望ましい制度である。」とした理由を補充する。

男女の夫婦が、第三者の精子提供による生殖補助医療によって子をもったケースでは、従来から、民法772条1項の適用により、夫を実父と推定している。

加えて、生殖補助医療親子関係特例法（令和2年法律第67号）10条は、夫が懐胎に同意した場合、嫡出否認の訴えを提起できないことを定めている。

これらの規定の趣旨は、女性の懐胎時にその女性の配偶者であった男性が懐胎に同意した以上、当該男性を子の親とすることが、子の保護にも、当事者の意思にも合致し、家庭の平和に資することにある。この趣旨は、女性同士のカップルについても同じくあてはまる。

そして、生殖補助医療親子関係特例法10条は、当該夫が遺伝上の親でないことが明らかであっても実父と確定すると規定するところ、遺伝上の親でないことは、懐胎・出産した女性（実母）の配偶者の性別が、男性（異性）であろうと女性（同性）であろうと同じである。

したがって、女性カップルの一方である女性Aが子を出産した場合、子の出生と同時に、Aに加え、Aの配偶者である女性Bも親とすることが、最も望ましい制度である。

(イ) なお、精子提供による生殖補助医療においては、カップルが精子提供者を決める過程で、精子提供者の病歴、学歴、容姿等を通じた選択がなされることがあり、生命倫理上の論点が生じるとしても、これは男女カップルにおいても同じであり、「精子提供などの非配

偶者間人工生殖の」問題であって、「女性カップルの」問題ではない。

(ウ) 男女カップルとの唯一の違いは、女性カップルの場合、子を共同養育している両親のうち少なくとも一方が遺伝上の親でないことや、両親以外に遺伝上の親が存在することが、その子どもや第三者にも明らかな公然の事実である、という点であろう。

この点は、非配偶者間人工生殖により生まれた子どもに関する立法事実を踏まえて検討を行なうことになるが、このような「論点」の存在を根拠に、「現行民法に同性婚禁止規定がある」とすることはできない。

(エ) 現行民法下でも、子の出生後、(実母Aの代諾により)子と女性Bが養子縁組すると、実母Aと養母Bが婚姻関係であればAとBの共同親権となるが(この点は後に詳述する。)、子の保護や当事者の意思との合致、家庭の平和のためには、子の出生と同時に、AやBの意思表示を要することなくBをもう一人の親とすべきである。

そのための具体的な制度については、同性婚を認めた諸外国の立法例を見ても複数の定め方がありうるものの(名古屋地方裁判所令和5年5月30日判決・甲A277の1・16頁、34頁参照)、現行民法はそのいずれも採用しておらず、同性である婚姻当事者の実親子関係決定のルールについて不十分な状態である。

(オ) もっとも、繰り返しになるが、「現行民法が、同性である婚姻当事者の実親子関係決定のルールが不十分である」からと言って、そのことをもって、「現行民法に、同性婚禁止規定がある」と言うことはできない。

ク 次に、女性Aが、男性Cとの離婚後300日以内に出産し、出産時に女性Bと「再婚」していた場合、現行民法下では、令和4年改正法により新設された同条3項の趣旨を及ぼしてCの嫡出を排除するか否かが解釈論によって決定されることになる。その際、仮にCの嫡出とするとしても、この状況は、

令和4年民法改正の以前、女性Aが、男性Cとの離婚後300日以内に出産し、出産時に男性Dと再婚していた場合と同様の状況であり、新たな混乱が生じるものではない。

すなわち、婚姻中の女性Aが子を出産したものの、出産当時のAの配偶者以外の者が実父とされることは、異性婚のみを認める現在の運用下においても、令和4年改正以前には多々生じていたことである（この点の不合理的を解消するために令和4年法改正がなされた。）。

すると、女性同士の婚姻において同様の状況が生じるからといって、772条を、同性婚禁止規定であるとすることはできない。

ケ そして、男性同士の婚姻カップルにおいては、

(ア) 男性同士の婚姻においてはいずれも子を懐胎・出産することがないが、この点は、女性が子を出産した場合の規定である民法772条の適用場面が存在しないというにすぎない。この点をもって同条を同性婚禁止規定であるとは言えない。

(イ) また、男性Eが、女性Fと離婚後まもなく男性Gと再婚し、FがEとの離婚後300日以内の子を生んだ場合、同条1項、2項により、Eが、Fの生んだ子の実父となるところ、この状況は、男性Eが女性Fと離婚後まもなく女性Hと再婚した場合と同じ状況であって、異性婚のみを認める現在の運用下でも起きている。このような状況が生じうることをもって、民法772条を同性婚禁止規定であるとは言えない。

(ウ) 女性が子を出産した場合の規定である民法772条の適用場面ではないものの、男性同士の婚姻カップルが、代理出産によって子を持った場合には、現行法においては、子の実母は出産した女性である（最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁（甲A16）、生殖補助医療親子関係特例法9条参照）。

現行法下では、いずれかの男性（精子を提供した者等）が認知すると当該男性Eが実父となり（民法779条。但し、代理出産した女性に夫がない場合である。）、当該男性は、協議や審判により子の親権者となる（民

法 8 1 9 条 4 項乃至 6 項)。

この際、(実父 E の代諾により) 子と男性パートナー G が養子縁組することによって、実父 E と養父 G が婚姻関係であれば両者の共同親権となる。(この点は後に述べる。)

代理出産した実母、男性カップル、子の関係については複雑な問題が生じうるが、これは、異性婚のみが認められる現在の運用下においても同様に生じる「代理出産の」問題であり、「男性カップルの」問題ではないため、かかる問題が生じることをもって、同性婚禁止規定があるとは言えない。

[双方が男性である婚姻当事者が、第三者である女性の代理出産により子を持つ場合と、「同性婚禁止規定」の有無との関係に関する説明の補足]

(ア) 男性カップルが子を持つケースは、男性カップルの依頼によって女性が代理出産する場合であるところ、同じ技術によって男女の夫婦が子をもったケースでは、従来から、子を出産した女性が子の実母であって、依頼した夫婦のうち妻が卵子を提供した場合であっても卵子提供者の女性と子との間に母子関係は成立しない(最二小平成 1 9 年 3 月 2 3 日決定民集 6 1 卷 2 号 6 1 9 頁・甲 A 1 6、生殖補助医療親子関係特例法 9 条)。

現行法下においては、この理は、男性カップルであっても同じであり、出産した女性を実母とすることになる。

(イ) 代理出産は、カップルが代理母の候補者に依頼をする過程で、出産することになる女性や卵子提供者の病歴、学歴、容姿等を通じた選択がなされることがあることや、懐胎後、胎児の先天性障害が明らかとなった場合などに出産か人工妊娠中絶かの意思決定をどのようになすか、それを懐胎前の当事者間合意に委ねてよいのか等、生命倫理上の検討すべき問題を持っているが、これらの問題は、異性間の婚姻のみを認める現在においても同じく存在する「代理出産の」

問題であって、「男性カップルの」問題ではない。

(ウ) 代理出産が男女の夫婦の依頼でなされる場合との唯一の違いは、子が出生した後、子が両親以外の者の胎内から生まれてきたこと、両親の一方が遺伝上の親でないこと、両親以外に遺伝上の親が存在することが、その子どもや第三者から見ても明らかな公然の事実である、という点であろう。

しかしながら、この点も「代理出産における子の福祉」の問題に帰するものであり、これらの問題があることをもって「現行法に同性婚禁止規定がある」とは言えない。

コ 以上のとおり、実親子関係と同性婚の関係を、網羅的、具体的、客観的に検討すると明らかなとおり、同性間で婚姻するケースがあっても、民法772条（嫡出の推定）の適用・不適用にあたり異性婚のみを認める現在の運用下に生じなかった問題が生じることはなく、同条は、同性婚禁止規定とはいえない。

サ 次に、関連して、婚姻関係にある二人の者が子を共同養育する際の親権について詳述する。

(ア) 民法の条文

民法818条（親権）は、1項で「成年に達しない子は、父母の親権に服する。」、2項で「養子は、養親の親権に服する。」、3項で「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。」と定める。

また、民法819条（離婚又は認知の場合の親権者）は、1項で「父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。」、2項で「裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。」、3項で「子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は、母が行う。ただし、子の出生後に、父母の協議で、父を親権者と定めることができる。」、4項で「父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父が行う。」、5項で「第

1項、第3項又は前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。」等と定める。

(イ) 現行民法下で同性婚がある場合でも、子の「親権」については民法の条文および現在の運用に即して解釈することで妥当な結論となること

a まず、現行民法下、第三者の精子提供による生殖補助医療等により、女性Bと婚姻中の女性Aが子を出産した場合、子の実母はAであり、女性Bは子の「父」でないため、Aが単独親権者となる（民法819条3項、4項）。

この点について、異性婚のみが認められる現在の運用下でも、子の実父以外の者と婚姻中の女性が、出産により単独親権者になることは当然に起きていた。すなわち、令和4年改正以前は、女性Aが、男性Cと離婚後300日以内に出産し、出産時に男性Dと再婚中である場合、子の父はCと推定されるためにDは当然には親権を持たず、Aは（Dとの婚姻中であるものの）単独親権者となっていた（民法819条3項）。

子を出産した女性Aに女性Bという配偶者がいる場合においても、それと異なる混乱が生じるものではなく、民法819条3項、4項によって、まずはAを単独親権者とすることになる。（Bと子の関係については後述する。）

b 次に、現行民法下、男性Gと婚姻中の男性Eが、代理出産により生まれた子を認知し、代理母との協議等により親権者となった場合（民法819条4項、5項）や、Eの前妻Fが離婚後300日以内に出産し、かつEが親権者となった場合（民法772条2項、819条3項）、男性Eが単独親権者となる。こうしたことは、親権者となった実父Eが、子の実母でない女性と再婚中である場合と変わるところはなく、現在の運用下でも起きていることである上、民法818条、819条とも抵触しない。

c そして、子の単独親権者となった実母が、その後に女性パートナーと婚姻した場合や、子の単独親権者となった実父が、その後に男性パートナー

と婚姻した場合については、そのまま単独親権者であり続けるところ、これは、子の単独親権者となった者が、その後に子の実親でない異性パートナーと婚姻した場合と同様である上、818条、819条の適用にも何らの支障も起きない。

(ウ) 現行民法下、同性の婚姻当事者の共同親権について、「連れ子養子の共同親権」の解釈をそのまま適用できること。

a 前提として、いわゆる「連れ子養子」を想起すれば明らかなおり、異性婚のみを認める現在の運用下でも、子の実親と養親の婚姻中は、子は双方の共同親権に服する、と解釈されている。

例えば、女性Aが前夫Cとの間に子をもうけ、離婚に際して単独親権者となり、男性Dと再婚し、Dと子が（Aの代諾により）養子縁組するケースは多々ある（いわゆる連れ子養子）。

こうしたケースでは、①当事者の合理的意思、②民法795条但書（配偶者のある者が未成年者を養子とする縁組において、配偶者の嫡出子を養子とする場合には配偶者と共同でなすことを要しないとする規定）の趣旨、③798条但書（未成年者を養子とする縁組において、配偶者の直系卑属を養子とする場合には家庭裁判所の許可を要しないとする規定）の趣旨からして、子は、実母A及びその配偶者である養父Dとの共同親権に服する、と解されている（於保不二雄編『注釈民法(23)』甲A18・20頁〔山本正憲〕、大村敦志『家族法第3版』甲A19・284頁、昭和23年3月16日民事甲149号回答等）。

この場合、民法818条2項（子が養子であるときは、養親の親権に服する。）は、「養親と実親とが夫婦でない通常の場合を定めたにすぎない」とされ、同条項の適用は解釈によって排除されている（前掲於保編『注釈民法(23)』甲A18・20頁）。

b 以上に見た「連れ子養子の共同親権」の解釈論は、配偶者が同性である場合にも同じく当てはまる。

なぜならば、前記（ア）の解釈論の根拠である①②③はいずれも実親と

養親の性別の組合せに無関係なものである。①は当然、無関係であるし、②の民法795条但書及び③の798条但書は、文言上も、法の趣旨・目的としても、「配偶者」が異性であることを要求していない。すると、実親と養親の性別の組合せが男女であっても同性であっても、前記（ア）の解釈論の妥当性に影響しない。

すると、子の実母Aが女性Bと婚姻し、（Aの代諾により）Bと子が養子縁組をなした場合にも、子は、婚姻中の実母A及び養母Bの共同親権に服する、と解することになり、それが妥当である。

- c なお、民法818条3項は「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。」と定めるが、共同親権を行なう二人の親は男女でなければならないとは定めておらず、同性婚禁止規定とはいえない。

そもそも、民法には養子縁組制度があり、さらに、生殖補助医療親子関係特例法9条及び10条等からしても、民法は、子の親権者が遺伝上の親であることを要求していない。そうである以上、子の共同親権者が男女の組合せでなければならないという合理的理由を見出すことができない。

民法818条3項の「父母」も、通常用語を用いたにすぎないものと言え、婚姻中の実母と養母や、婚姻中の実父と養父が共同親権者となるという解釈を排除することはできない。

- d 次に、共同親権者である同性の実親と養親が離婚をする場合について見ると、協議により親権者を定める、と解することとなる。

なぜなら、異性婚のみを認める現在の運用下で、いわゆる連れ子養子再婚により共同親権になった後、離婚する場合、民法819条1項、2項を適用して協議で親権者を定めることとされており（於保編『注釈民法(23)』、甲A18・38頁〔山本正憲〕、昭和25年9月22日民事甲2573号回答等）、この理は同性カップルの場合にも同じく当てはまる。

この点、民法819条1項、2項は「父母」との文言を用いるものの、前述の趣旨に照らすと、民法819条1項、2項の「父母」は通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、「婚姻当事者たる実親と養

親の性別が同じであってはならないこと」を意味するとは言えない。

なお、養親と実親が離婚する場合に、子の親権をめぐる法律関係が条文上不明確である点については、異性婚のみがある現在の運用を前提としても合理性あるルールが明確化されていないから（前掲大村『家族法 第3版』甲A19・284頁）、この点は、離婚しようとする実親と養親の性別の組合せが同じであるケースに限ったことではない。

(エ) 以上のとおり、現行民法下、婚姻中の二人と、その二人が共同養育する子との間の法律関係は、婚姻中の二人の性別が同じである場合でも、現在の運用における「連れ子養子の共同親権」解釈をそのまま適用することができ、それにより、異性間婚姻と同様、妥当な結論が得られる。

シ 以上のように、同性カップルと実親子関係や親権について、網羅的、具体的に、客観的に検討すると、親子関係の問題を理由にして、婚姻当事者の性別の組合せが男女でなければならないと解することは困難であり、民法772条についても同性婚禁止規定とはいえない。

(3) 民法773条（父を定めることを目的とする訴え、令和4年改正前）は、再婚禁止規定に反して重婚した女性が「出産した場合において、前条（772条）の規定によりその子の父が定めることができないとき」には裁判所が父を定めることを規定したにすぎず、女性の前婚や再婚の相手が女性の場合、「前条（772条）の規定によりその子の父が定めることができないとき」に該当せず、父性推定が重複することがないことからしても、本条の適用がないにすぎない。

男性同士の婚姻については本条は無関係であり、単に本条は適用されないにすぎない。

したがって、本条は同性婚禁止規定とはいえない。

(4) 民法774条（嫡出否認、令和4年改正）について、

ア 同条1項（第772条の規定により子の父が定められる場合における父又は子の嫡出否認権）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。なお、同条項の「父」が他の男性と婚姻中であっても適用

に影響がないことは、「父」が他の女性と婚姻中であっても影響がないことを想起すれば明らかである。

イ 同条2項（親権者の嫡出否認権）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。なお、同条項が、「親権を行う養親」にも嫡出否認権を認めている以上、子の母の配偶者である養母がこれに含まれると解されるため、子の母が女性と婚姻中である場合においても混乱や支障は生じない。

ウ 同条3項（母の嫡出否認権）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。

同条項によって嫡出否認権が認められる「母」のなかに、出産した実母と婚姻中の養母が含まれるか否かは、同条項の解釈論により決すべき問題であり、それが条文上一義的ではないということをもって、同条項を同性婚禁止規定であるとは言えない。

エ 同条4項は、第772条第3項の規定（子の懐胎から出産までに2以上の婚姻をしていたときは、直近の婚姻の夫の子と推定する規定）により子の父が定められる場合について、子の懐胎時から出生時までの間に母と婚姻していた者であって子の父以外のもの（前夫）に嫡出否認権を認める、と定めるところ、文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。

ここで、子を出産した母が、懐胎から出生までの間に女性と婚姻していた場合、現行法上、当該女性（前妻）については、嫡出否認権を認めるべき根拠はないと思われる（前夫に嫡出否認権を認めるのは、嫡出否認の効果として、同条4項、772条4項、3項により当該前夫の嫡出となるためであろうため）。もっとも、774条3項は、文言通り当該前妻には適用されないにすぎず、同性婚禁止規定とは言えない。

(5) 民法775条（嫡出否認の訴え、令和4年改正）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。「母」や「親権を行なう母」のなかに、出産した実母と婚姻中の養母が含まれるか否かは、同条項の解釈論により決する問題であり、それが条文上一義的ではないというこ

とをもって、同条項を同性婚禁止規定であるとは言えない。

(6) 民法776条（嫡出の承認、令和4年改正）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。「母」のなかに、出産した出産した実母と婚姻中の養母が含まれるか否かは、同条の解釈論により決する問題であり、それが条文上一義的ではないということをもって、同条項を同性婚禁止規定であるとは言えない。

(7) 民法777条、778条、778条の2（嫡出否認の訴えの出訴期間、令和4年改正）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。「母」が条文上一義的ではないということをもって、同条項を同性婚禁止規定であるとは言えない。

(8) 令和4年改正により新設された、民法778条の3（子の監護費用償還の制限）、778条の4（相続開始後に子と推定された者の価額支払請求権）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。

(9) 民法779条乃至民法788条は、認知についての規定であるところ、これらの規定は、いずれも、文言上も、法の趣旨・目的も、「婚姻」の当事者の性別とは無関係の規定であり、同性婚禁止規定とは言えない。

これらの規定の「母」が条文上一義的ではないということをもって、同条項を同性婚禁止規定であるとは言えない。

なお、第三者の精子提供によって女性カップルの一方であるAが出産した場合に、Aとのパートナー関係に基づいてその懐胎に同意していた女性Bによる認知を認めるという制度はありうるが、現行民法下では実母は一人とせざるをえないため、Bによる認知は認められないと思われる。

(10) 民法789条（準正）について、

ア 1項（婚姻準正）は、父が認知した子が「父母の婚姻によって」嫡出子となることを定めるにすぎず、子を認知した父が男性と婚姻することや、父から認知された子の母が女性と婚姻することを禁じる規定ではない。（いずれの場合も準正の効果が発生しないというにすぎないし、準正の効果を発生させる必要もない。）

イ 同条2項（認知準正）は、「婚姻中」である当事者が「父母」である場合に、その父母の認知（ただし、母は出産により決まるため、実際には父の認知）によって嫡出子になることを定める。男性同士や女性同士の婚姻については適用場面がないというにすぎない。

ウ なお、第三者の精子提供によって女性カップルの一方であるAが出産した場合に、その懐胎に同意していたパートナー女性Bの認知を認める制度においては、女性同士の婚姻に係る準正を整備すべきであろうが、現行民法下では、実母は一人とせざるをえず、Bの認知は認めないため、女性同士の婚姻に係る準正の制度もない。

(11) 民法790条（子の氏）は、実子である嫡出子（生来嫡出子）および非嫡出子の出生による氏の本来的取得を定めた規定であるところ（中川善之助ら編『新版注釈民法(23)』、甲A21・591頁〔梶村太市〕）、氏に関する規定であるという性質上、婚姻当事者の性別とは関係がない。

具体的に見ても、このうち1項は、「嫡出子」の氏を定めるところ、前記のとおり、同性同士の婚姻における子に嫡出規定（民法772条以下）は適用されないため、適用場面がないにすぎない。

2項は、非嫡出子は母の氏を称するとするところ、母に女性配偶者がいてはならないという規定ではない。ちなみに、子の出産当時に母に女性配偶者がいる場合、民法750条により、母と女性配偶者は同一の氏を称していることから、母・子・女性配偶者は必然的に同氏となり、「親子同氏原則」に反する事態も生じない。

したがって、本条も同性婚禁止規定とはいえない。

(12) 民法791条（子の氏の変更）について

ア 氏についての規定であるという性質上、本条を同性婚禁止規定とは言えない。

イ 具体的に見ても、791条1項は、「子が父又は母と氏を異にする場合には」、家庭裁判所の許可等により「父又は母の氏を称することができる」との規定であるところ、本条の典型例は、父母の婚姻解消による復氏の場合で

あり（『新注釈民法(17)』、甲A10・723頁の(7)〔床谷文雄〕）、実務上も、離婚に際して単独親権者となった母が、子の氏を、父の氏から母の氏に変更することが頻繁にある。

同性配偶者が婚姻を解消して復氏する場合にも、これと同様に扱えば足りるものであり、法の趣旨・目的との関係で、婚姻当事者の性別とは何らの関係もないことである。文言上も、例えば、配偶者であった男性Aと男性Bが離婚して、子の単独親権者となったAが復氏した場合、「子が父（A）と氏を異にする場合」に該当し、「その父（A）の氏を称することができる」ため法適用に困難はない。

次に、父又は母が婚姻して配偶者の氏を称した場合も、本条の適用例である（『新注釈民法(17)』、甲A10・723頁の(イ)〔床谷文雄〕）。このような場合、「配偶者」が同性であっても同様に扱えば足り、法の趣旨・目的との関係で、婚姻当事者の性別とは何らの関係もない。文言上も、例えば、子の父Aが男性Bと婚姻してAが改氏した場合、「子が父（A）と氏を異にする場合」に該当し、子は「その父（A）の氏を称することができる」ため法適用に困難はない。

ウ また、民法791条2項は、父又は母が氏を改めたことにより子が父母と氏を異にする場合に、その父母の婚姻中であれば、その父母の氏への変更に家裁の許可を要しないとしたものである。仮に文言どおり解するなら、同性同士の婚姻当事者に子がいても適用場面がなく、家裁の許可（子の氏の変更審判）を要するというにすぎない。

実質的に検討すれば、同2項が想定する場面と同様のケースとして、例えば、同性同士の婚姻当事者の双方または婚姻の際自己の氏を称した者が養子となり、両婚姻当事者が養親の氏を称し、その結果、縁組前からいずれかの実子や養子である子と氏を異にするに至った場合等が想定される（791条2項の適用場面の例について、中川善之助ら編『新版注釈民法(23)』甲A21・615頁〔梶村太市〕）。かかる場合に、やはり家裁の許可なく子が両婚姻当事者の氏を称することを認めることが望ましいのであれば、同条2項

の「父母」は通常用語法を用いたにすぎないと解して、当該ケースにも適用（準用）すれば足る。

エ いずれも婚姻当事者が男女でなければならないという内容の規定ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

(13) 以上のとおり、民法の「第三章 親子」「第一節 実子」の規定を隈なく見ても、同性婚禁止規定はない。

3 民法「第四編 親族」「第三章 親子」「第二節 養子」の第一款乃至第四款は、「父母」や「夫婦」という語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと

(1) 民法792条（養親の年齢）、793条（尊属又は年長者を養子とすることの禁止）、794条（後見人が被後見人を養子とする縁組）は、いずれも婚姻当事者の性別とは無関係の規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。

(2) 民法795条（配偶者のある者が未成年者を養子とする縁組）、796条（配偶者のある者の縁組）は「配偶者」が同性であるか異性であるかに関わらない規定であり、文言上も、法の趣旨としても、配偶者が同性であってはならないという規定ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

(3) 民法797条（15歳未満者を養子とする縁組）について、「養子となる者の父母」は実父母を意味する（甲A17『新版注釈民法(24)』・211頁）。同条は、実父母の婚姻中であれば養子縁組の代諾も父母が共同して行なうべきことを定めるところ、養子の親権者たる父又は母が、養子の親ではない異性と婚姻中である場合にも本条は適用される（『新版注釈民法(24)』、甲A17・214頁、同条2項参照）。

そうすると、養子の親権者たる父又は母が同性と婚姻中であり、第三者が養親となる養子縁組をなすときにも、当該規定をそのまま適用すれば足るのである。

そのため、配偶者が同性であってはならないという規定ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

- (4) 民法798条（未成年者を養子とする縁組）は、「配偶者」が同性か異性かに関わらない規定であり、文言上も、法の趣旨としても、配偶者が同性であってはならないという規定ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。
- (5) 民法799条乃至806条は、婚姻当事者の性別とは無関係の規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。
- (6) 民法806条の2（796条違反の縁組等の取消し）は「配偶者」が同性か異性かに関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。
- (7) 民法806条の3（797条違反の縁組等の取消し）は、代諾養子縁組に関する民法797条と同様に解すれば足るものであり、同性婚禁止規定とはいえない。
- (8) 民法807条（796条違反の縁組等の取消し）は「配偶者」が同性か異性かに関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。
- (9) 民法808条（婚姻の取消し等の規定の準用）は、婚姻当事者の性別に関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。
- 808条2項が準用する769条については、769条の項目で前述したとおりである。808条2項が準用する816条については、「配偶者」が同性か異性かに関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。
- (10) 民法809条（嫡出子の身分の取得）は、婚姻当事者の性別に関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。
- (11) 民法810条（養子の氏）は、「婚姻」当事者の同性か異性かに関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。
- (12) 民法811条1項、5項、6項は、婚姻当事者の性別に関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。
- 民法811条2項乃至4項は、養子が15歳未満で代諾離縁する際の規定であり、「養子の父母が離婚しているとき」（2項）、「前項の父若しくは母」（3項）などとするところ、これらの規定も、代諾養子縁組に関する民法797条と同様に解すれば足るものであり、同性婚禁止規定とはいえない。
- (13) 民法811条の2（夫婦である養親と未成年者の離縁）は、共同養子縁

組をした婚姻当事者の養親（796条）が離縁するときは共にしなければならないという趣旨であって、養親となる婚姻当事者が異性か同性かとは関わらない事柄であって、「夫婦」は通常の場合の用語を用いたにすぎないと言  
うことができ、そうである以上、同性婚禁止規定とはいえない。

(14) 民法812条乃至815条は、婚姻当事者の性別に関わらない規定であ  
って、同性婚禁止規定とはいえない。

(15) 民法816条（離縁による復氏等）は、「配偶者」が同性か異性かに関わ  
らない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。

(16) 民法817条（離縁による復氏の際の権利の承継）は、そもそも婚姻と  
は無関係の規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。

4 民法「第四編 親族」「第三章 親子」「第二節 養子」の「第五款 特  
別養子」は、「夫婦」や「父母」という語を用いる規定を含め、いずれも同  
性婚禁止規定ではないこと

(1) 民法817条の3（養親の夫婦共同縁組）は「夫婦」という語を使うが、  
婚姻当事者は双方が特別養子縁組の養親となることを求め、ただし一方が他  
方の嫡出子と特別養子縁組をなすときはこの限りでないことを定めるもので  
あり、法の趣旨・目的は、養親となる婚姻当事者が異性であるか同性である  
かとは関わらない事柄である。

すると、「夫婦」は通常の場合の用語を用いたにすぎないと言  
うことができ、そうである以上、同性婚禁止規定とはいえない。

(2) 817条の4（養親となる者の年齢）についても、法の趣旨・目的は、養  
親となる婚姻当事者が異性であるか同性であるかとは関わらない事柄であ  
って、「夫婦」は通常の場合の用語を用いたにすぎないと言  
うことができ、そ  
うである以上、本条も、同性婚禁止規定とはいえない。

(3) 民法817条の6（父母の同意）、817条の7（子の利益のための特別  
の必要性）、817条の9（実方との親族関係の終了）、817条の10（特  
別養子縁組の離縁）、817条の11（離縁による実方との親族関係の回復）

については、以下に詳述するように、いずれも、法の趣旨・目的を見れば、「養子となる者の父母」「実方の父母」「実父母」の婚姻の有無や婚姻当事者の性別に関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。

ア すなわち、民法817条の6の「父母」、817条の7の「父母」、817条の9の「実方の父母」は、いずれも養父母を含むと解釈されている（『新版注釈民法(24)』、甲A17・610頁、622～623頁、629頁）。

子の実親と養親である同性配偶者が共同親権者である場合にも（現行法上、この解釈に何らの支障もないことは前述のとおりである。）、例えば、それが女性同士であれば「母」のなかに「実母」及び「養母」を含めて適用することができ、かかる法適用に何らの困難もなく、本条も、同性婚禁止規定とはいえない。

イ 民法817条の10（特別養子縁組の離縁）の「実父母」は、「特別養子縁組の成立前に実親子関係を有した者を意味」とされる（甲A17『新版注釈民法(24)』634頁〔大森政輔〕）。そうすると、その実父や実母が、実父母間で婚姻中であろうと、他の異性と婚姻中であろうと、同性と婚姻中であろうと、「実父母が相当の監護をすることができる」か否かを判断すれば良いから、法適用に何らの支障もなく、本条も、同性婚禁止規定とはいえない。

ウ 民法817条の11（離縁による実方との親族関係の回復）の「実父母」について、普通養子縁組の養親を含まないとされる（甲A17『新版注釈民法(24)』640頁〔大森政輔〕）。

子の実父や実母の同性配偶者が特別養子縁組の前に普通養子縁組をなしていたとしても、当該普通養親子関係は回復しないことになるが、それは、実父母の異性配偶者が普通養子縁組をなしていた場合と全く同じことであり（同634頁）、同性婚のために法適用に新たな支障が生じるものではなく、本条も、同性婚禁止規定とはいえない。

(4) 「第五款 特別養子」のその他の規定である、民法817条の2（特別養子縁組の成立）、817条の5（養子となる者の年齢）、817条の8（監

護の状況)は、婚姻当事者の性別と関係のない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。

5 民法「第四編 親族」「第四章 親権」の条文は、「父母」などの語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと

(1) 「第一節 総則」の民法818条と819条については、すでに上で詳細に見たとおりであって、この2箇条は、婚姻当事者の性別の組合せが男女であることを要するという内容の規定ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

(2) 「第二節 親権の効力」に置かれた規定について見ても、

ア 民法820条乃至833条はいずれも、文言上も、法の趣旨・目的としても、共同親権者などである婚姻当事者の性別には関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。

イ 民法825条(父母の一方が共同の名義でした行為の効力)、同830条2項(第三者が無償で子に与えた財産の管理)は、法の趣旨・目的は共同親権者である婚姻当事者の性別には関わらない事柄であり、「父母」という語は、通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、そうである以上、共同親権者である実親と養親が同性であってはならないという内容ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

ウ 民法826条(利益相反行為)、同830条1項(第三者が無償で子に与えた財産の管理)は、「親権を行う父又は母」という語を用いるところ、例えば、共同親権者である婚姻中の実母と養母はいずれも「親権を行う母」に該当するため、この場合もそのまま適用すれば足り共同親権者である実親と養親が同性であってはならないという内容ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

(3) 「第三節 親権の喪失」に置かれた規定はいずれも、「父又は母」という語を用いたり、その語を用いる条文を引用するものであるが、これについても、前記同様、例えば、共同親権者である婚姻中の実父と養父はいずれも「親権を行う父」に該当するため、この場合もそのまま適用すれば足ると解され、

共同親権者である実親と養親が同性であってはならないという内容ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

(4) 以上のとおり、民法の「第四章 親権」の規定を隈なく見ても、同性婚禁止規定は存在しない。

6 民法「第四編 親族」「第五章 後見」の条文は、「父母」などの語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと

(1) 「第五章 後見」のうち、民法839条2項（未成年後見人の指定）は「親権を行う父母の一方」という語を用い、同841条（父母による未成年後見人の選任の請求）は「父若しくは母」という語を用いるが、法の趣旨・目的に照らせば、いずれも、通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、そうである以上、共同親権者である実親と養親が同性であってはならないという内容ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

(2) その余の「第五章 後見」の規定は、文言上も、法の趣旨・目的としても、共同親権者（婚姻当事者）の性別には関わらない規定であって、同性婚禁止規定とはいえない。

7 民法「第四編 親族」「第一章 親族」の条文は、「夫婦」などの語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと

(1) 民法「第四編 親族」の一番前に戻り、「第一章 親族」の規定を見ても、民法728条（離婚等による姻族関係の終了）2項の「夫婦」は、法の趣旨・目的として、配偶者が同性であってはならないという内容ではない。

(2) その余の「第一章 親族」の規定は、文言上も、法の趣旨・目的としても、婚姻当事者の性別に関わらない規定である。

8 民法「第五編 相続」の条文は、「父母」「夫婦」などの語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと

(1) 民法900条4号ただし書は、「父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の

相続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の二分の一とする。」と規定するところ、被相続人の実親と養親が婚姻していた場合に両者が同性であってはならないという内容ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

実質的な妥当性の点については、当該規定は、兄弟姉妹が相続人となる場合（民法889条1項2号）に、被相続人と片親のみを同じくする兄弟姉妹と、両親を同じくする兄弟姉妹とがいるときに、前者の相続分を後者の相続分の二分の一とする趣旨である。

その趣旨からすると、例えば、被相続人に、婚姻していた実母と養母を同じくする兄弟姉妹と、実母のみを同じくする兄弟姉妹がある場合に、当該規定と同様の結論とすることが妥当と考えるのであれば、「父母」は通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、そうである以上、前記趣旨のとおり適用すれば足る。

このような解釈をなさなければならないということをもって、当該規定を同性婚禁止規定と言うことも困難である。

(2) 民法903条4項（持戻し免除の意思表示推定）は、「夫婦」という語を用いるが、法の趣旨・目的からすれば、婚姻当事者の性別に無関係な規定であって、婚姻当事者が同性であってはならないという内容ではなく、同性婚禁止規定とはいえない。

## 9 民法の規定についての結論

以上、第4及び第5のとおり、民法「第四編 親族」及び「第五編 相続」の規定を隈なく見ても、同性婚禁止規定は存在しない。

付言すると、令和元年6月3日、6名の国会議員により、同性同士の婚姻を認めることを内容とする民法一部改正法案（いわゆる婚姻平等法案）が提出されたが（甲A22の1）、同案に付された民法条文の新旧対照表を見ても、いずれも、「父・母」という文言を「親」に書き換えたり、「夫婦」という文言を「婚姻の当事者」に書き換えたりする内容にすぎない。一つの条文全体を削除する案はなく、一つの条文の内容そのものを改変する案もない

(甲A22の2)。

このことから見ても、現在の民法の規定中には、梅謙次郎や中川善之助が述べるように、同性婚禁止規定は存在しないことが確認できる。

## 第7 現在の政府解釈が誤りであること

1 現在の戸籍実務において、同性同士の婚姻届を不受理とする扱いがなされている直接の理由は、政府の解釈にある。

すなわち、平成30年5月11日、当時の安倍晋三内閣総理大臣は、国会で、逢坂誠二衆議院議員の質問に対し、「民法（明治29年法律第89号）や戸籍法（昭和22年法律第224号）において、「夫婦」とは、婚姻の当事者である男である夫及び女である妻を意味しており、同性婚は認められておらず、同性婚をしようとする者の婚姻の届出を受理することはできない。」と答弁している（甲A12、甲A13「四から六までについて」）。

以上の政府解釈（以下、「本件政府解釈」ともいう。）に基づいて、現在、我が国の戸籍実務では、婚姻しようとする二人の性別の組合せが同じである婚姻届を不受理とする扱いがなされている。

2 しかしながら、前述したように、民法の規定を逐条的に見ても、本件政府解釈が根拠とする「夫婦」という文言は、婚姻当事者の性別の組合せに関わりのない事柄を趣旨・目的とする条文中に用いられるのみであるなど、民法には、「性別の組合せが同じである者同士の婚姻は禁じる」という内容の法律の根拠規定（同性婚禁止規定）はない。

本件政府解釈は、同性婚禁止規定が存在しないのに、同性婚禁止規定が存在するかのような前提に基づく解釈であり、誤りである。

## 第8 同性婚を無効とする民法理論は理論的に維持しえないこと

1 同性婚禁止の「理由」として説明されてきた内容は、不合理に変遷し、一貫性がないこと

(1) 「同性婚ができないのは当然である」とする説明

明治時代には、前記のとおり、民法起草者梅謙次郎が、同性間の婚姻について、概要「同性間において婚姻なるものがありえないことは言わなくても明らかであるから、日本の民法にはかかる規定を設けなかった。」(『民法要義卷之四』(明治32年)、甲A9・119頁)と説明していた。

昭和17年には、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を紹介しながら、「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みて、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っ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った。」としていた(中川善之助『日本親族法』(日本評論社、昭和17年)、甲A54・214頁)。

昭和41年(1966年)発刊の『注釈民法(20)親族(1)』においても、「婚姻の要件」の項目で、「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つて当然である。このような意味で、同性婚はもちろん成立しない。」と記載されていた(『注釈民法(20)親族(1)』、甲A48・189～190頁〔上野雅和〕)。

## (2) 「同性婚の意思は「婚姻意思」ではない」とする説明

ア 昭和36年(1961年)になると、我妻栄が、「婚姻をする意思(婚姻意思)とは、夫婦關係を成立させるという意思である。しからば、夫婦關係とは何か、といえ、その社会で一般に夫婦關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、中川善之助の見解を参照しつつ「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」とするようになった(『親族法』(有斐閣、昭和36年)、甲A50・14頁、18頁)。

昭和50年代においても、民法研究者である中川淳は、「婚姻意思とは、社会觀念上、婚姻的共同生活關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、社会觀念上、婚姻意思の存在を肯定することはできない」としていた(『親族法逐条解説』(日本加除出版、昭和52

年)、甲A51・72頁)。

(なお、佐賀家裁平成11年1月7日審判・家月51巻6号71頁(甲A11)も、この見解を用いて、「同性婚は、男女間における婚姻的共同生活に入る意思、すわなち婚姻意思を欠く無効なもの」としている。)

イ 昭和40年頃以降は、それより以前の時代に、梅謙次郎、中川善之助、民法の注釈書が用いていた、「同性婚ができないのは、明文で規定するまでもなく当然である」という説明に代わり、「婚姻意思」の不存在であると説明されるようになっていく。

(「同性婚ができないのは、明文で規定するまでもなく当然である」という説明がなされなくなったのは、日本国憲法制定を経て、民法学者においても、「法律による行政の原理」の枠内で説明する必要があることを、無意識的にせよ考えるようになったからであると推測される。)

(3) 憲法24条1項の「両性」「夫婦」との文言や、民法も婚姻により配偶関係にある者を「夫婦」と呼ぶことを理由とする説明

ア 平成元年(1989年)発刊の『新版注釈民法(21)親族(1)』では、「憲法も「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本と」すると宣言し、民法も婚姻により配偶関係にある者を「夫婦」と呼び、婚姻は男女の結合関係であることを当然の前提としている。」とされ、憲法24条1項の「両性」「夫婦」との文言や、民法も婚姻により配偶関係にある者を「夫婦」と呼ぶことが、説明に加えられるようになった(甲A52『新版注釈民法(21)親族(1)』・178頁〔上野雅和〕)。

イ このような説明は、「同性婚ができないのは当然である」とする梅謙次郎や中川善之助の解説及び『注釈民法(20)親族(1)』には見られなかったものであり、「社会通念上の婚姻意思を欠く」とする、昭和36年の甲A50・14頁、18頁(我妻栄)にも、昭和52年の甲A51(中川淳)・72頁にも見られなかったものである。

ウ 前記のとおり、平成元年には、「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。」と疑問

が呈されるようになっている（『新版注釈民法(21)親族(1)』、甲A52・178～179頁〔上野雅和〕）。

エ 他方で、令和2年（2020年）になっても、共同生活を継続していた男性カップルの一方が殺害され、他方の男性が、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律（犯給法）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」として「犯罪被害者の配偶者」に該当するなど主張して、遺族給付金の支給の裁定を申請し、愛知県公安委員会から、「犯罪被害者の配偶者」とは認められないとして、遺族給付金の支給をしない旨の裁定を受け、その取消しを求めた事案において、名古屋地方裁判所令和2年6月4日判決は、「同性間の共同生活関係については、政策的に婚姻が禁じられているというのではなく、そもそも民法における婚姻の定義上、婚姻に該当する余地がない」としている。（なお、この解釈は、原告も争っていない。）（甲A249・140頁）

(4) 憲法24条1項の「両性」「夫婦」との文言、旧民法731条の「男は…、女は…」という表現や民法750条以下の「夫婦」という文言を理由とする説明

ア 大村敦志教授は、平成22年（2010年）発刊の『家族法 第3版』において、現行民法上同性婚は認められていないとの見解を採るが、その説明は以下のようななされている（甲A19・133～134頁）。

#### 「1 生物学的要因

民法は、生物学的な婚姻障害をいくつか設けている。そこには前提として、婚姻とは「子どもを産み・育てる」ためのものだという観念があるものと思われる。

##### (1) 性別

民法は、婚姻の当事者は性別を異にすることを前提にしている。同性では子どもが産まれないので、同性のカップルの共同生活は婚姻とはいえないということだろう。民法典の起草者は書くまでもない当然のことと考えていたので、明文の規定は置かれていない。しかし、あえていえ

ば、憲法24条の「両性の合意」という表現、あるいは民法731条の「男は……、女は……」という表現や民法750条以下の「夫婦」という文言に、このことは示されているといえる。」

「少なくとも現段階では、同性婚を認めたり、性転換者の婚姻を無制限に認めることは困難だと思う」

大村教授の『家族法 第3版』では、明治民法下で見られた、「同性婚が無効であることは言わずして明らか」とする説明や、昭和時代などに見られた、「同性婚の意思は、「婚姻意思」ではない」とする説明には、言及されて否に。また、前記平成元年（1989年）発刊の『新版注釈民法(21)親族(1)』には存在した、「婚姻は男女の結合関係であることを当然の前提としている」との説明もない。

イ 平成30年（2018年）5月11日、当時の安倍晋三内閣総理大臣は、国会で、逢坂誠二衆議院議員の質問に対し、「民法（明治29年法律第89号）や戸籍法（昭和22年法律第224号）において、「夫婦」とは、婚姻の当事者である男である夫及び女である妻を意味しており、同性婚は認められておらず、同性婚をしようとする者の婚姻の届出を受理することはできない。」と答弁した（甲A12、甲A13「四から六までについて」）。

ウ また、同性婚に係る国賠訴訟に対する令和3年札幌地裁判決（甲A225の1・2頁）は、「民法739条1項は、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効力を生ずるとし、同法74条1号は、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届け出なければならない旨規定するなど、婚姻制度を定める民法及び戸籍法の諸規定が全体として異性間の婚姻のみを認めることとし、同性間の婚姻を認める規定を設けておらず、これら民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定（以下、総称して「本件規定」という。）は、婚姻は、異性間でなければすることができない旨規定している。」と判示し、民法の「夫婦」との文言を理由に挙げて、「全体として」異性婚のみを認めている、との説明をなしている。

(5) 小括

以上に見るように、民法上、同性婚は不成立とか無効であるということの論拠とされる内容は、時代ごとに変遷し、なぜ変遷しているかの説明もされていない。

令和時代以後も、前記の政府見解や令和3年札幌地裁判決は、民法などの「夫婦」との文言を根拠とするのに対し、前記の令和2年名古屋地裁判決は（民法に婚姻の定義はないにも関わらず、「そもそも民法における婚姻の定義上、婚姻に該当する余地がない」とするなど、同じ時期であっても、説明が区々である。

このように、民法上、同性婚は不成立ないし無効であるということの論拠として説明される内容には一貫した論拠があるといえず、法解釈としての正当性に疑問がある。

## 2 同性婚を無効とすることは、民法の理論上、不可能であること

(1) 明治民法時代からの研究者中川善之助は、『日本親族法』（日本評論社、昭和17年）（甲A54・214頁）において、ヨーロッパの教会法における無効婚の理論を紹介しながら、「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ゐて、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、かかる変態関係との間に板挟みとなっ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った。」としていた。

そのうえで中川善之助は、「しからばわが民法の無効婚とは何をいふか。それはヨーロッパ流の不成立婚に近い。当然無効であり、何人からもまた何時にてもこれを主張することが出来ると解されてゐるのもこの故である。しかも民法はここにも『明文なければ無効なし』の原則を適用し、『婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス』として二つの原因を掲げたのである（民七七八条）。」（甲A54・215頁）と述べている。

(2) このような中川善之助の解説をふまえ、「明文なければ無効なし」という

婚姻の原則と同性婚との現在における関係を見れば、同性婚を「変態関係」などと呼び当然無効と解していた、民法制定当時や現行憲法制定当時の知見や社会状況は、現在は消失しているから、民法の理論として、同性婚を無効としうる理論は存在しない。

すなわち、民法の婚姻において「明文なければ無効なし、の原則」は大前提であり（現行法も「婚姻は、次に掲げる場合に限り、無効とする」と定める（民法742条柱書））、明治民法時代のヨーロッパ教会法では、同性婚のような「変態関係」との間で「板挟み」になり「遂に見出した血路」として、『当然無効なる婚姻』もしくは『不成立の婚姻』という理論が生まれた。

しかしながら、現在は、同性婚は「変態関係」とはされておらず、「明文なくして無効なし」の原則が「板挟み」になるべき相手がいない。「当然無効なる婚姻」或いは「不成立の婚姻」という新しい論理を「血路」として「遂に見出」さなければならなかった要請が、そもそも消失している。

- (3) そうすると、「明文なければ無効なし」の原則（民法742条柱書）を適用しないことを、正当化する民法理論はなく、当該原則を適用するほかない。同性婚を無効とすることは、民法の理論上、不可能である。

### 3 小括

以上のとおり、民法上、同性婚は無効ないし不成立であるとする理論は、現在、法理理論として維持しえず、採りえない。

## 第9 民法に同性婚禁止規定がない以上、戸籍法は同性婚を禁止していないこと

民法は権利義務関係を規定した実体法であり、戸籍法はその法律上の権利義務を戸籍に表記するための手続法であるため、民法が禁止しない婚姻を、戸籍法を根拠として禁止することはできない。

したがって、民法に同性婚禁止規定がない以上、戸籍法は同性婚を禁止していない。

第10 根拠規定のない（同性婚禁止規定がないのになされた）本件不受理処分は、憲法41条、73条1号及び24条2項にも反すること

1 本件不受理処分は、法律による行政の原理に違反する婚姻届の不受理処分として、憲法41条及び憲法73条1号に違反する処分であること

(1) 憲法41条は、「国会は、国権の最高機関であり、国の唯一の立法機関である。」と規定する。

しかしながら、本件市長は法律に根拠規定なく本件不受理処分をなしており、本件市長や、戸籍事務について処理基準を定める法務大臣等（戸籍法3条）が立法したに等しく、憲法41条に違反する処分である。

(2) また、憲法73条柱書は、「内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。」と規定し、同1号は、「法律を誠実に執行・・・すること。」と規定する。

戸籍事務は、法定受託事務であり（戸籍法1条2項）、法務大臣がその処理基準を定めることとされており（同3条1項）、内閣が法律を誠実に執行してなすべき事務の一つである。

しかしながら、本件不受理処分は、法律に根拠規定のない行政処分であるから、憲法73条柱書及び同条1号に違反する処分である。

(3) すると、本件不受理処分は、法律による行政の原理に違反する婚姻届の不受理処分として、憲法41条及び憲法73条1号に違反する処分である。

2 本件不受理処分は、申立人らの婚姻を法律によらず禁じた点で、婚姻の内容は「法律」で定められるべきであることを前提とする憲法24条2項に違反する処分であること

(1) 憲法24条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」として、婚姻の内容は「法律」で定められるべきことを前提にしている。

しかしながら、本件不受理処分は、法律の根拠規定なく申立人らの婚姻を

禁じたものである。

- (2) したがって、本件不受理処分は、婚姻の内容は「法律」で定められるべきであることを前提とする憲法24条2項に違反する処分である。

#### 第11 主張Iの結論

以上のおり、本件不受理処分は、同性婚禁止規定がないにも関わらず、外国で有効に成立した婚姻(法の適用に関する通則法24条1項)について、婚姻当事者の性別が同じであることによって報告的届出を不受理とするもので、法律による行政の原理に反し、違法である。また、本件不受理処分は、憲法24条2項、41条及び73条1号に違反する処分であって、違憲無効の処分である(98条1項)。

本件市長は、「法律による行政の原理」に基づき、現行法を禁じていない民法・戸籍法に従い、本件婚姻届を直ちに受理しなければならない。

## 【Ⅱ 主張Ⅱ】

主張Ⅰの点を措いても（同性婚禁止規定と言いうる規定が存在すると見ても）、その同性婚禁止規定は合憲拡張解釈（憲法14条1項及び24条2項）される必要があり、本件不受理処分は、合憲拡張解釈された民法・戸籍法に反して違法であり、違憲無効でもあって（憲法98条1項）、本件市長は、同性婚を禁じていない現行の民法・戸籍法に従い、本件婚姻届を直ちに受理すべきこと】

### 第1 概要

仮に主張Ⅰの点を措いて、民法、戸籍法に同性婚禁止規定が存在すると仮定するとしても、法の規定上、同性婚が禁止されていないとの解釈が可能である場合には、その範囲内で、法は憲法に違反しないよう解釈しなければならない（合憲解釈）。

同性婚禁止規定があるとしても、同規定によって同性婚が禁止されているという解釈（以下、「同性婚禁止解釈」という。）は、憲法14条1項及び24条2項に違反するものであるから、同規定における「夫婦」「夫・妻」「父母」等の文言は、憲法に合致するよう拡張解釈しなければならない（合憲拡張解釈）。

以下、具体的に述べる。

第2 （前提）憲法は同性婚を禁じておらず、同性婚を認める内容の立法、法解釈及び処分は、憲法上、少なくとも許容はされていること。

1 憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定するところ、現在では、同条項を理由として「憲法が同性婚を禁止している」とする見解は、ごく一部を除き、見られない。

政府もそのような憲法解釈は採っていない（甲A12、13、23等）。

同性婚に係る一群の国家賠償請求訴訟の5つの地裁判決もその見解は採っていない（甲A225、275～278）。

- 2 このように、憲法は同性婚を禁じておらず、同性婚を認める立法、法解釈及び処分等は、憲法上、許容されている（憲法98条1項参照）。

第3 （合憲解釈の前提）現行の民法、戸籍法は、同性婚を禁じていないという解釈は可能であること

1 民法、戸籍法の条文上、同性婚を禁じる趣旨とは解しがたいこと

- (1) 主張Ⅰにおいて逐条的に検討したとおり、現行民法中、「夫婦」「夫・妻」「父・母」という文言は、いずれも、同性婚を禁止する趣旨とは解されない。
- (2) また、繰り返しになるが、民法739条は、「婚姻は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる。」と規定し、現行法は婚姻について、原則として届出により効力が生じる旨を定めている。

性別の組合せが同じである二人の婚姻についても、「戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生」じ、二人の婚姻は成立すると解するのが自然な解釈である。

- (3) さらに、民法は、ある組合せの婚姻を禁じたい場合、それぞれに一箇条ずつの明文を設けて禁じている（民法734～736条）。親子間の婚姻のように、通常、想定しがたい組合せであっても、明文を設けて明確に禁じている（民法734条1項）。

これに対して、同性間の婚姻は、以下に見るとおり、親子間の婚姻等よりもはるかに現実的に想定されている。近年、その傾向は極めて顕著である。ところが、現在に至っても、民法には、同性間の婚姻を禁じる条文は設けられていない。

- (4) 以上から、現行の民法、戸籍法の規定上、同性婚を認める余地がないと解することは困難である。

2 憲法24条1項の「両性」「夫婦」という文言が、同性婚を禁じる趣旨ではない以上、同じように、民法、戸籍法のなかに、「夫婦」「夫・妻」「父・母」といった文言を用いた規定があることを根拠に、民法、戸籍法が同性

婚を禁じる趣旨であるとは解釈し得ないこと。

(1) 前記のとおり、憲法24条1項は、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」と規定するが、「両性」「夫婦」の文言を理由に憲法が同性婚を「禁止」していると述べる見解は、現在はほとんど見られず（政府見解として、甲A12、13、23等。、一群の同性婚に係る国賠訴訟の判決や被告国の主張として、甲A225、275～278）、「両性」や「夫婦」との文言は、同性婚が「禁止」されていると解する理由にならない。

(2) すると、下位法である民法、戸籍法の「夫婦」、「夫・妻」、「父・母」といった文言を用いた規定があることについても同様に解することが論理的である。

すなわち、民法、戸籍法に、「夫婦」、「夫・妻」、「父・母」といった文言を用いた規定があるからといって、それは、民法（明治29年法律第89号）、戸籍法（昭和22年法律第224号）の制定当時は同性婚が想定されていなかったからにすぎず、それらの語を用いている規定が、およそ同性婚を禁止する趣旨とまでは解されない。

(3) したがって、民法、戸籍法のなかに、「夫婦」、「夫・妻」、「父・母」といった文言を用いた規定があるからといって、これらの規定が、同性婚を禁じる趣旨であると考えすることは誤りである。

3 最高裁判所においても、「現行法が」異性間においてのみ婚姻を認めている旨の表現を避けていること

(1) 最高裁判所は、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更を認めるための要件として、性同一性障害者特例法3条1項2号が「現に婚姻をしていないこと」を求めていることの違憲性が主張された申立てにおいて、同規定は、「現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認めた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねな

い等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない。」と判示している（最高裁二小令和2年3月11日決定（非婚要件合憲決定）、甲A26、下線は代理人）。

当該最高裁決定は、「現行法が」異性間においてのみ婚姻を認めている旨の表現を避けている。

(2) したがって、最高裁判所は、同性婚が禁止されているという解釈が、現行法の唯一の解釈ではない可能性があると考えていることがうかがわれる。

4 他の規定との関係を検討しても、同性同士の婚姻届の受理により、なんらの支障も混乱も起きないことが確認されること

民法と戸籍法の規定を具体的に検討すると、同性同士の婚姻届を受理しても、支障や混乱が起きないことが確認できる。そのため、現行法は同性婚を禁じる趣旨とは解釈しえないものである。

その多くは、前記において逐条的に検討したとおりであるが、以下ではそれぞれの場面ごとに、民法と戸籍法の適用において、同性同士の婚姻届を受理しても支障や混乱がないことを確認していくこととする。

(1) 同性同士の婚姻届を受理した場面について

ア 婚姻は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、効力を有する（民法739条1項）。

イ 戸籍事務を管掌する市町村長（戸籍法1条）は、婚姻届がなされると、民法731条から737条まで及び同739条2項（当事者双方及び成年の証人二人の署名等）その他の法令の規定に違反しないことを確認した後、これを受理する（民法740条）。

ウ そして、婚姻当事者のいずれかを筆頭とする戸籍がないときには、「夫婦について新戸籍を編製する」（戸籍法16条1項本文・但書）。

これは、「戸籍は、市町村の区域内に本籍を定める一の夫婦及びこれと氏を同じくする子どもに、これを編製する。」（戸籍法6条）という定めによ

る。

戸籍法6条及び16条は、三世代戸籍禁止のためであり、法の趣旨・目的として、婚姻当事者が男女の組合せでなければならない性質のものではない。「夫婦」との文言は、通常の場合の用語を用いたにすぎないと言うことができ、そうである以上、同性同士の婚姻届を受理する運用をしても、戸籍法6条や16条の適用に際し、支障や混乱はない。

戸籍法16条1項但書及び同条2項は、婚姻前に、婚姻後に称する氏を称していた者が、従前の戸籍の筆頭者であった場合の処理を定めたものにすぎず、同性婚においても、従来同様の処理をすれば足り、支障や混乱はない。

エ 戸籍法13条は、「夫婦については、夫又は妻である旨」を記載するよう求めるが（第6号）、男性カップルの場合双方「夫」であり、女性カップルの場合は双方「妻」なのであるから、現行実務の「配偶者区分」の欄（戸籍法施行規則付録第24号等）にも双方「夫」ないし「妻」と記載すれば足り、戸籍実務上支障や混乱がない。

## (2) 女性同士の婚姻カップルに子どもが産まれた場面について

### ア 母の決定について

(ア) 我が国の現在の実務では、女性が子を分娩した場合、その女性が婚姻しているか否かにかかわらず、分娩者が子の母になるというルールが確立している（最高裁決定・甲A16、大村敦志『家族法第3版』甲A19・84頁）。

また、令和2年12月に成立した生殖補助医療親子関係特例法9条は、卵子提供者が別に居ても、出産した女性が母となることを定めている。

出生届には、出産に立ち会った医師、助産師等の出生証明書の添付が原則として要求され、そこには分娩者である母の氏名が明記される（戸籍法49条3項等）。

(イ) そのため、婚姻関係にある女性カップルA BのうちAが出産した場合も、出産した女性Aをその子の「母」とすれば足り、その扱いをすることについて

て、法的にも現実的にも、支障や混乱がない。

#### イ 父の決定及び他方の女性配偶者について

(ア) 民法第772条1項は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」とするが、女性カップルのうち母（出産者）となった者Aには、法令上男性である配偶者という意味での「夫」はいないため、父として推定される者は存在しない。

(イ) そうすると、当該母Aには「夫（民法772条1項）はいない」と考え、出生届に際しては、生まれた子の戸籍の「父」欄を空欄とすれば足る。

現在の実務でも、嫡出推定の及ぶ男性が存在しない状態で子が生まれ、認知もない場合、子の戸籍の「父」欄は空欄とされており、実際そのような例は数多あるのであるから、同性婚を禁じない運用をすることで新たに支障や混乱が生じるものではない。

(ウ) さらに、仮に、遺伝学上の父であるCが子を認知した場合、子の戸籍の「父」欄にはCの名が記載されることとなるが、女性同士の婚姻当事者であるA及びBによる共同養育については、すでに述べたとおり、異性婚の場合の連れ子養子と同様、Bと子の養子縁組によって、実母Aと養母Bの共同親権になるから、子の親権をめぐる混乱や支障を生じる余地は僅かである。

#### ウ 戸籍の記載について

(ア) 以上から、女性カップルの一方であるAが子を出産した場合の出生届は、母Aが届出をなし（戸籍法52条2項）、嫡出でない子として（戸籍法49条2項1号）、母Aの氏名や本籍（同3号）を届け出れば足る。現在の実務でも、父の情報（戸籍法施行規則附録11号様式参照）は空欄であっても出生届は受理されているのであるから、そのまま受理すれば足る。

(イ) そして、当該子は、A及びBについて編製された戸籍に記載すれば足る。なぜならば、嫡出でない子は母の氏を称するため（民法790条2項）、当該子はAの氏を称することとなり、Aと同じ戸籍に入るからである（戸籍法18条2項）。仮にBが戸籍筆頭者であっても、A及びBは同氏であるから（民法750条）子はBを筆頭者とする戸籍に入る。

エ 母となった女性Aの配偶者である女性Bと子の法的関係について

繰り返し述べているとおり、Bと子は養子縁組（民法795条但書）ないし特別養子縁組（民法817条の3）をすることが可能である。

そして、この場合、実母Aの親権も失われず、子は実母Aと養母Bの共同親権に服する。異性婚の場合に、子は実母と養父の共同親権に服すると解釈されているのと全く同様のことである。

オ なお、実母Aと養母Bが離婚した場合の法律関係が不明確である点については、同性婚に限ったことではなく、異性婚のみを認める現在の実務下でも合理性あるルールが明確化されていないのであって、（前掲大村甲A19・284頁）、同性婚を禁ずる扱いの是非には無関係な事柄である。

カ 小括

以上のとおり、同性同士の婚姻届を受理した場合でも、女性カップルにおける親子関係について支障や混乱は生じない。

(3) 男性同士の婚姻カップルについて

ア 現行法上、男性が子の実父となるのは、①婚姻関係にある女性が出産した場合、②かつて婚姻関係にあった女性が婚姻解消後300日以内に出産した場合、③子を認知した場合のみである。

このうち、①は、男性同士が配偶者である場合には起きえないから問題にならない。

②の場合、男性配偶者を持つ男性が、前妻の出産した子の父として戸籍に記載されるからといって、何らの支障もない。男性が、前妻の懐胎後に離婚し、その出産前に別の女性と再婚したケースと同様であるにすぎない。

前記③の場合についても、男性配偶者のいる男性が、ある女性が出産した子を認知したからといって、戸籍実務上何らの支障もない。女性配偶者のいる男性が、他の女性が出産した子を認知するケースと同様である。

イ 次に、男性Bと、その配偶者である男性Aの子との法的関係については、女性カップルについて記載したのと同様、A Bが共同で子を養育する場合、

Bと子が養子縁組（民法795条但書）ないし特別養子縁組（民法817条の3）をすることが可能である。

この場合、上述のとおり、実父Aの親権も失われず、子は実父Aと養父Bの共同親権に服することとなる。

ウ 以上のとおり、男性同士の婚姻届を受理した場合にも、親子関係については何らの混乱も支障も生じない。

#### (4) 同性配偶者が離婚する場面について

ア 離婚の場合、親権者の氏名及びその親権に服する者の子の氏名を届け出る（戸籍法76条、77条）。それが同性配偶者であっても戸籍実務上何らの支障も混乱も起きない。

イ すでに述べたとおり、例えば、共同親権者であった実母Aと養母Bの離婚に際して親権をどのように定めるかについては、異性婚のみが認められる現在においても、実母Aと養父Cとの離婚に際して親権をどのように定めるかのルールが明確でないこと（前掲大村甲A19・284頁）と同様の状況であるにすぎない。

#### (5) その他の民法の規定について

同性婚の婚姻届を受理した場合、支障や混乱が起きないという点について、民法の適用については、主張Iに逐条的に検討したとおりである。

#### (6) 戸籍法の規定について

同性婚の婚姻届を受理した場合、戸籍法上、支障や混乱が起きないという点についても、念のために概観しておくこととする。（すでに上で言及した規定は省略することがある。）

ア 戸籍法18条（子・養子の戸籍）は、子が氏を同じくする親と同一の戸籍に入ることを定めたものであり、同性同士の配偶者の戸籍がある場合にも、それらが離婚した場合にも、やはり従前同様の処理をすれば足るのであって、

支障や混乱はない。

イ 戸籍法19条、20条、21条も、「婚姻」「離婚」「配偶者」「夫婦」などに関する定めであるが、いずれも戸籍実務の処理として婚姻当事者の性別に何ら左右されない。

ウ 戸籍法49条2項3号は、出生届に「父母」の氏名等の記載を求めるが、上述したとおり民法の適用に従えば良いのであるから、戸籍実務には支障や混乱が起きない。

エ 戸籍法52条（出生届の義務者・資格者）は、分娩した女性（母）が女性と婚姻中であっても上述した民法の適用に従えば、同条2項を適用することになるため、戸籍実務には支障や混乱が起きない。

オ 戸籍法53条（嫡出否認の訴）と54条（父未定の子の出生届）も、上述した民法の適用のとおりであるから、戸籍実務には支障や混乱が起きない。

カ 戸籍法56条（公設所における出生）は、同条の「父」は、現在の解釈に即せば足るものである。すなわち、「父」が実父と解されているならそのように運用すれば良いし、「母の配偶者」の解されているのであればそのように運用すれば良いのであって、戸籍実務には支障や混乱が起きない。

キ 戸籍法59条（棄児の引取）についても、同条の「父」は、現在の解釈（実父或いは「母の配偶者」）のとおり適用すれば良いのであって、同性婚により支障や混乱が起きない。

ク 戸籍法60条乃至65条（認知に関する規定）は、上述した民法の適用のとおりであるから、同性婚により戸籍実務には支障や混乱が起きない。

ケ 戸籍法66条乃至73条の2（養子に関する規定）も、上述した民法の適用のとおりにするのみであるから、同性婚により戸籍実務には支障や混乱が起きない。

コ 戸籍法74条（婚姻の届出）は、すでに何度も述べたとおり、同性婚により戸籍実務には支障や混乱が起きない。

サ 戸籍法75条乃至85条（婚姻取消し、離婚、親権、未成年後見）についても、上述した民法の適用のとおりにするのみであるから、同性婚により戸

籍実務には支障や混乱が起きない。

シ 戸籍法 95 条、96 条（生存配偶者の復氏及び姻族関係の終了）についても、上述したとおり婚姻当事者の性別とは元々無関係の規定である。

ス 戸籍法 98 条（父又は母の氏を称する入籍の届出）についても、上述した民法 791 条の適用のとおりにするのみであるから、同性婚により戸籍実務には支障や混乱が起きない。

セ その余の戸籍法の規定も、いずれも、婚姻当事者が同性であることによって何らの影響も受けない。

ソ なお、戸籍法施行規則の附録である婚姻届等の書式の「夫になる人」「妻になる人」といった記載は、同性婚禁止の実務を改める際に法務省令で変更することは容易であるし、既に印刷してしまった現行の婚姻届も、二重線等で訂正をして便宜的に用いることはできる。そのようなことは、「平成」に二重線をして「令和」と印字するなど、行政実務において日常行なわれていることである。

## (7) 小括

以上のように、同性同士の婚姻届を受理した場合、現行の民法、戸籍法上、支障や混乱は起きない。現行法は、同性婚を禁じる趣旨とは解釈しえない。

5 同性の二人の婚姻届を受理した場合の他の規定との関係を考慮することは必要がないこと

(1) 前項では、同性の二人の婚姻届を受理した場合における他の規定との関係を考慮したものの、最高裁判例は、かかる考慮は不要と考えている。

非嫡出子相続分規定違憲決定（最高裁大法廷平成 25 年 9 月 4 日決定民集 67 卷 6 号 1320 頁、甲 A 34・9 頁）は、非嫡出子の相続分を嫡出子の 2 分の 1 と定めていた民法 900 条 4 号の規定が憲法 14 条 1 項に反するかが問題とされた事件において、以下のとおり述べ、当該規定との別の「関連規定との整合性を検討することの必要性は、本件規定を当然に維持する理

由とはならない」旨述べている。

「ク 前記キの当審判例の補足意見の中には、本件規定の変更は、相続、婚姻、親子関係等の関連規定との整合性や親族・相続制度全般に目配りした総合的な判断が必要であり、また、上記変更の効力発生時期ないし適用範囲の設定も慎重に行うべきであるとした上、これらのことは国会の立法作用により適切に行い得る事柄である旨を述べ、あるいは、速やかな立法措置を期待する旨を述べるものもある。

これらの補足意見が付されたのは、前記オで説示したように、昭和54年以降間接的に本件規定の見直しの動きがあり、平成7年大法廷決定の前後においても法律案要綱が作成される状況にあったことなどが大きく影響したものとみることができ、いずれにしても、親族・相続制度のうちどのような事項が嫡出でない子の法定相続分の差別の見直しと関連するののかということとは必ずしも明らかではなく、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とする内容を含む前記オの要綱及び法律案においても、上記法定相続分の平等化につき、配偶者相続分の変更その他の関連する親族・相続制度の改正を行うものとはされていない。そうすると、関連規定との整合性を検討することの必要性は、本件規定を当然に維持する理由とはならないというべきであって、上記補足意見も、裁判において本件規定を違憲と判断することができないとする趣旨をいうものとは解されない。」

- (2) 当該最高裁大法廷判決に照らせば、本件においても、同性の二人の婚姻が効力を有した場合の関連規定との整合性を検討することの必要性は、同性婚禁止解釈を維持する理由とはならないというべきである。
- (3) さらに、婚姻制度と戸籍制度の関連について述べれば、戸籍実務をどのようにすべきかが不明であるという理由によって、ある婚姻を禁ずることは本末転倒であって許されていない。

この点については、松本哲治教授が、土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』(甲A1・207～208頁)のなかで、最高裁大法廷平成26年(オ)1023号・平成27年12月16日判決民集69巻8号2586頁、夫婦

同氏制合憲判決、甲A35) に関して、「ここでこの問題を複雑にしているのは、戸籍をどうするのかである。おそらく、民法750条を無効だというだけでは、戸籍制度の対応は不可能で、立法的・制度的な対応が必要となる。そのために対話的な手法を考えてもいいが、しかし、それはともかく、戸籍をどうしたらいいか分からないから結婚は認められないとすることは、夫婦同氏強制が違憲であるとの前提に立った場合、本末転倒な議論となっている。同性婚を法律婚としないことが違憲な場合（アメリカではすでに連邦憲法上そうである）、やはり受理を義務づけることになるべきはずのものである。」と述べるとおりである。

6 現行法（民法、戸籍法）が、「夫婦」「夫・妻」「父母」という文言を用いている具体的理由は、現代の社会には当てはまらないこと

(1) 前記のとおり、現行の民法、戸籍法が「夫婦」「夫・妻」「父母」という文言を用いている理由は、民法が制定された明治29年や、現行憲法の制定を受けて改正された昭和22年や、戸籍法が制定された昭和22年には、同性婚が認められないことが当然であったからである。

(2) しかしながら、明治29年や昭和22年当時、「同性婚が認められないことが当然」であったことの具体的理由となる見解や社会状況は、いずれも現在にはあてはまらない。

(3) 戸籍法に関しては、戸籍法は民法の手続法であって、民法が禁止しない婚姻を戸籍法が禁止することはできない以上、もとより、現行法が同性婚をおよそ禁止しているという解釈の根拠たりえない。

(4) したがって、民法や戸籍法が「夫婦」「夫・妻」「父母」という文言を用いられていることをもって、現行法がおよそ同性婚を禁じていると解釈することはできない。

7 法解釈において、条文の文言の辞書的な意味に従った解釈（文理解釈）とは異なる解釈をすることは、しばしばあることである。

(1) 幾つかの例を挙げる。

ア 民法733条1項は、「女は、前婚の解消又は取消しの日から起算して百日を経過した後でなければ、再婚をすることができない」と規定するが、以下のような場合には、同条の期間内であっても、再婚となる婚姻届を受理してよいと取り扱われており、これらの取扱いは、それぞれ、前掲再婚禁止期間違憲判決の櫻井龍子裁判官ら6名の共同補足意見によっても是認されている、甲A6・14～15頁)

前婚の夫との再婚の場合（大正元年11月25日民事第708号民事局長回答）。

夫の3年以上の生死不明を理由とする離婚判決によって前婚を解消した場合（大正7年9月13日民第1735号法務局長回答、昭和25年1月6日民事甲第2号民事局長回答）。

女性が懐胎することのできない年齢（67歳）である場合（昭和39年5月27日民事甲第1951号民事局長回答）

3年前から音信不通状態にあり悪意の遺棄を理由とする離婚判決によって前婚を解消した場合（昭和40年3月16日民事甲第540号民事局長回答）

イ 民法733条1項については、上記の櫻井裁判官ら6名の共同補足意見は、「女性に子が生まれなことが生物学上確実であるなど父性の推定の重複が生じ得ない場合、離婚した前配偶者と再婚するなど父性の推定が重複しても差し支えない場合及び一定の自由により父性の推定が及ばないと解される場合などにも、民法733条1項の規定の適用がないというべきである」としている（甲A6・15頁）。

ウ 民法750条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」と規定し、民法に外国人を除外する明文の規定はないが、日本人と外国人の婚姻については同条の適用はないと解釈されている（昭和40年4月12日民事甲838号回答）。

エ 民法162条は、時効取得の対象を「他人の物」と規定するが、最高裁二

小昭和40年(オ)第1265号・同42年7月21日判決民集21巻6号1643頁は、「民法一六二条が時効取得の対象物を他人の物としたのは、通常の場合において、自己の物について取得時効を援用することは無意味であるからにほかならないのであつて、同条は、自己の物について取得時効の援用を許さない趣旨ではないからである。」として自己物の時効取得を認める(甲A36)。

オ これらの例からも明らかなどおり、法解釈においては、条文の文言を文理どおり解釈するとは限らない。特にアないしウにおいては、民法の文理では明確に禁じられた婚姻について、解釈により、条文の文理とは真逆の結論を導くことによって、婚姻届が受理されている。

(2) まして本件では、すでに幾度も述べたとおり、「夫婦」「夫・妻」「父母」という文言は、配偶関係となった両当事者が同氏を称すること(民法750条)など婚姻当事者が異性であるか同性であるかとは関わらない事柄を規定する条文中に用いられたり、民法772条(嫡出の推定)以下の各規定のように、婚姻当事者が同性である場合には当該規定が単に適用されないという規定である。

したがって、(1)の例に比べても、いっそう、文言どおりに解釈する必要が乏しいものである。

8 日本弁護士連合会が、同性の当事者による婚姻を求めてなされた人権救済申立てを受けて発出した意見書においても、「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こと。

(1) 日本弁護士連合会は、同性婚を求めてなされた人権救済申立てに対し、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書(甲A251)を発出した。

この意見書の中でも、以下のとおり、「法律(民法や戸籍法)が」同性婚を禁じているという表記はされておらず、日本弁護士連合会においても、「法律(民法や戸籍法)が同性婚を禁じているとは断定できない」と考えたこと

が判る。

(本文1頁)「我が国においては法制上、同性間の婚姻(同性婚)が認められていない。」

(本文1頁～)「1 同性婚に関する民法及び実務上の取扱い

民法は、同性婚が有効か無効かについては明示していない。しかし、法務省は「戸籍事務は、同性婚を認めないとする民法に従って、処理されるものと考えています。」との見解を示しており(平成28年10月7日付け法務省民一第949号)(かかる法務省見解は、民法は婚姻の当事者を繰り返し「夫婦」と呼んでいることを踏まえ、男性と女性の2名が婚姻することを想定しているとの理解を前提としていると解される。)、国及び自治体においては、民法では同性婚は認められていないとの解釈のもと、戸籍実務が行われている。」

(本文16頁)「5 結語」

「我が国は、速やかに同性婚を認め、これに関連する法令の改正をすべきであり、当連合会は、第1記載のとおり意見するものである。」

- (2) この点は、前述のように、最高裁令和2年非婚要件合憲決定(甲A26)において、「現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認めた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない。」と判示し、「現行民法が」異性間においてのみ婚姻を認めている旨の表記を避けていることと共通している。

日本弁護士連合会と最高裁判所は、それぞれ、令和元年7月と翌2年3月、軌を一にして、「法律(民法や戸籍法)が」同性婚を禁じているという表記を避けるべきであるとの問題意識を示しているものである。

このことも、民法や戸籍法が同性婚を禁じているとの見解が誤りであることを示している。

9 台湾の司法院が、同性婚を認めない民法が憲法に反するとしたときの具体的な救済措置の内容に照らしても、日本の民法は同性婚を禁じていないこと

(1) 台湾の民法親族編は、日本の民法と似て、第二章の「第二節 婚姻」には、婚姻を男女に限定することを明文で規定する条項は存在せず、婚姻の効力、夫婦財産制、離婚の規定では「夫」「妻」と当事者を呼称し、親子関係の規定では親を「父母」と称する。(甲A 2 5 2、甲A 2 5 3・1 4 3頁)。

他方で、台湾民法の特色として、「第一節 婚約」の中で、9 7 2条が「婚約は、男女当事者が自ら締結しなければならない。」と規定している(甲A 2 5 2)。

学理上も、戸籍実務でも、上記の「夫」「妻」「父母」などの文言に加え、上記9 7 2条も根拠として、民法上の婚姻は当然に男女に限定されるとの解釈をとってきた(甲A 2 5 3・1 4 3頁)。つまり、台湾民法においては、日本民法とは異なり、9 7 2条という、民法が同性婚を禁じていると解すべき根拠たる具体的規定があった。

(2) そのような明文があるものの、憲法裁判所にあたる司法院大法官は、平成29年(2017年)5月、「民法第4編親族第2章婚姻の規定は、性別を同じくする両名については、親密性と排他性ある永続的な結合関係を成立させていない。この限りにおいて、憲法第22条が保障する人民の婚姻自由および第7条が保障する人民の平等権の趣旨に反している。」と判断し、関係機関に対し、2年以内に法律の改正ないし制定をするよう命じたうえで、以下のように述べた。

「期限が過ぎても関係する法律を改正ないし制定しなかった場合には、性別を同じくする両名ににつき上述のような永続的結合関係を成立させるために、上述の婚姻章にしたがって、二人以上の証人が証明した書面を持参することで、戸政機関において結婚登録をなし得るものとする。」(甲A 2 5 4・1頁<<解釈文>>)

司法院大法官の当該解釈文は、同性間で婚姻を成立させない民法を違憲と

判断し、立法機関に法改正ないし制定を命じたとしても、いつまでも立法措置がとられない可能性を排除できないことから、期限を徒過しても立法措置がとられない場合には、現行法にもとづいて同性間の婚姻登録を受理すべきことを行政に命じたものであると解説されている（甲A 2 5 3・1 4 5頁）。

（なお、台湾における同性婚実現の経緯全体について、甲A 2 5 5）。

- (3) 台湾では、司法院に立法権限がないことについて、日本と大きな差がない。それは、前記台湾司法院大法官の判断について、立法院の権限に対する過度な介入にならないか疑問が残ると評されること（甲A 2 5 4・1 4 5頁注13）にも表われたとおりである。

それでも、台湾司法院大法官が「上述の婚姻章にしたがって、・・・戸政機関において結婚登録をなし得る」と判断したことの背景には、従前の台湾民法婚姻章の規定の明文上も、同性婚を禁止していないと解しうることがあると思われる。

- (4) すると、台湾民法には「婚約は、男女当事者が自ら締結しなければならない。」（9 7 2条）とする明文があるにも関わらず、台湾の司法院大法官の解釈が、現行法にもとづいて同性間の婚姻登録を受理すべきことを行政に命じたことからすると、台湾民法9 7 2条のような規定を持たない日本民法においては、より直接的に、現行の民法下における同性の婚姻届の受理を認めることができる。

- (5) 民法、戸籍法が同性婚を禁止しているか否かの解釈において、諸外国の立法は、日本国内法秩序における立法事実として影響を与える（最高裁大法廷平成2 7年1 2月1 5日再婚禁止期間違憲判決・甲6、平成2 5年9月4日非嫡出子相続分違憲判決・甲3 4参照）。

台湾の司法院大法官の解釈文は、日本民法の解釈に影響を与える立法事実の一つである

- (6) したがって、台湾の司法院の前記解釈文に照らしても、日本民法は同性婚を禁じていないというべきである。

## 10 結論（合憲解釈の前提）

以上のとおり、現行の民法、戸籍法において、同性婚を禁じている旨の解釈（同性婚禁止解釈）は唯一の解釈ではなく、現行法が同性婚を禁じていないという解釈は可能である。

すると、そのような法の解釈の範囲において、憲法に違反しない解釈を採らなければならない（合憲解釈）。

本件においては、憲法14条1項及び24条2項に違反しない解釈を採らなければならない。

### 第4 民法及び戸籍法は、憲法14条1項に適合するよう解釈されるべきであり、同条項に違反する解釈はできないこと（合憲解釈の総論）

- 1 憲法14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と規定する。

憲法14条1項は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである（最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676、最高裁昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁、最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁等）。

- 2 本件において、仮に、現行の民法、戸籍法のなかに、同性婚を禁じていると解される規定（同性婚禁止規定）がある場合に、その規定が同性婚を完全に禁じているする解釈（同性婚禁止解釈）は、同性カップルと異性カップルについて、別異の取扱いをする解釈である。

また、婚姻は、自らの性自認に基づき、互いに性的指向が向き合う者同士でなさなければ意味がないから（そうでない婚姻が婚姻意思の要件を充足するとも思われない。）、同性婚禁止解釈は、性自認及び性的指向における少数者（性的少数者）について、別異の取扱いをする解釈である。

そうすると、同性婚禁止解釈が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づ

くものでない限り、当該解釈は憲法14条1項に反するのであり、合憲解釈に基づいて同性の婚姻届は受理しなければならない。

第5 民法及び戸籍法は、憲法24条2項に適合するよう解釈されるべきであり、同条項に違反する解釈はできないこと（合憲解釈の総論）

1 憲法24条2項の趣旨について、最高裁平成27年12月16日夫婦同氏制大法廷判決（甲A35）は、以下のように述べている。

「憲法24条は、2項において「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定している。

婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法24条2項は、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るとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、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と見える。

そして、憲法24条が、本質的に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く、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、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、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること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。」

「(1) 他方で、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つつ、それぞれの時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によって定められるべきものである。特に、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や実質的平等は、その内容として多様なものが考えられ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものである。

(2) そうすると、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害して憲法13条に違反する立法措置や不合理な差別を定めて憲法14条1項に違反する立法措置を講じてはならないことは当然であるとはいえ、憲法24条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が上記(1)のとおり国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。」

2 本件でも、同性婚禁止解釈が憲法13条、14条1項に違反しない場合にあっては、当該解釈が更に憲法24条2項にも適合するものとして是認されるか否かは、当該解釈の趣旨や同解釈を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該解釈が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠くか否かという観点から判断すべきことになる。

第6 憲法14条1項、24条2項との関係における合憲解釈として、同性婚禁止解釈の許否については、慎重な審査がされるべきであること。それは最高裁判例の立場であること。(合憲解釈の総論)

1 同性婚禁止解釈は、性別、性的指向及び性自認によって人と人を区別する点で、憲法14条1項違反が問われた事件の最高裁判例にいう「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」及び「自ら選択ないし修正する余地のない事柄」に基づく別異取扱いであるため、当該解釈の憲法14条1項適合性については、慎重に判断されるべきこと

(1) 最高裁判所は、「自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄」や、「自ら選択ないし修正する余地のない事柄」に基づいて人を区別することについては、憲法14条1項違反を慎重に検討すべきである旨判示する（国籍法違憲判決（最高裁大法廷平成20年6月4日判決民集62巻6号1367頁、甲A76・4頁）、非嫡出子相続分規定違憲決定（最高裁大法廷平成25年9月4日決定民集67巻6号1320頁、甲A34・10頁））。

憲法14条1項が「性別」や「社会的身分」を後段列挙事由に挙げるのも、その趣旨であると解される。

(2)ア 同性婚禁止解釈は、婚姻をなそうとする二人の法令上の性別の組合せによって婚姻を禁ずるものであり、人と人を性別に基づいて別異に取り扱うものである。

イ また、人が婚姻の相手としてどのような相手を望むかということは、その人の性的指向により左右される。そして、自分と相手の法令上の性別の組合せが、同性であるか異性であるかは、性自認のあり方にも左右される。

人間にとって、自らの性自認や性的指向に基づいて互いにパートナーと認め合う者同士の婚姻をもって、はじめて本質を伴った婚姻と言えるものであるから、同性婚禁止解釈は、人と人とを、性的指向や性自認によって別異に取り扱うものとなっている。（同性婚に係る国家賠償請求訴訟の名古屋地裁令和5年5月30日判決・甲A277の1・50頁参照）

(3)ア 法令上の性別は、「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」であり、「自ら選択ないし修正する余地のない事柄」であり、これら

の事柄に基づく別異取扱いについては、慎重に検討されなければならない。

イ 性的指向についても、自分の意志で変えたり選んだりできるものではないと理解されている（甲A 7 7 東京都総務局人権部（<https://www.soumu.metro.tokyo.lg.jp/10jinken/tobira/16.html> 最終閲覧・印刷：令和2年10月18日）

アメリカ精神医学会では、平成21年の時点で、「人の性的指向をむりやり変えようとする試みは失敗に可能性が高く、そして失敗した場合にはその人の自尊感情を著しく損なう」とされている（甲A 7 8 の1、2）。

近時の科学的心理学の標準的な教科書の邦訳である『ヒルガードの心理学 第16版』（甲A 7 9 の1・539頁、甲A 7 9 の2）においては、「すべての研究から明らかなように、性的指向は単にその人が選んだ結果というわけではない。ゲイの男性もレズビアンも、同性の相手に性愛感情を抱くことを自ら選択したわけではない。それは、異性愛の人が異性に性愛感情を抱くことを自ら選択しているわけではないのと、まったく同じである。」と述べている。

同じく近時の科学的心理学の標準的な教科書の邦訳である『マイヤーズ心理学』（甲A 8 0 の1・348頁、甲A 8 0 の2）は、「今日の心理学の主たる見解では、性的指向は意志力で選ぶものでも意志力で変えられるものでもないとしている。「性的指向を変えようと努力しても、成功は望めないばかりか、害悪のリスクがある」とアメリカ心理学会の2009年年次報告での宣言にある。性的指向はある意味では利き手のようなものだ。大方の人は一方が利くが、他方が利く人もいる。非常にまれに真に両利き手の人もいる。何にせよ、そうであるものはずっとそうである」とされている。

このように、性的指向は、「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」（前掲国籍法違憲判決）であり、「自ら選択ないし修正する余地のない事柄」（前掲非嫡出子相続分規定違憲判決）である。

ウ 性自認についても、自分の意志で変えたり選んだりすることはできないとされる。

中塚幹也教授（岡山大学ジェンダークリニック医師、同大大学院保健学研究科教授、G I D（性同一性障害）学会理事長）は、『封じ込められた子ども、その心を聴く 性同一性障害の生徒に向き合う』において、性同一性障害の仕組みは解明されていないものの、「何らかの原因で、身体の性とは別の方向へ脳の性分化が進むと考えられています」とし（甲A 8 1・2 5～2 6 頁）（代理人注－本書籍は平成2 9 年発行であるが、近時は、遺伝であるという研究もある。）、「心の性は変えられる？」という項目の中では、「性同一性障害の子どものジェンダークリニックに連れて来て、「この子の思い違いを直してほしい」という家族もいます。もちろん、性自認が揺れており、結局、性同一性障害ではなかったという場合があります。しかし、ジェンダークリニックなどの専門の医療施設で思春期を超えて長期間にわたって経過を見た上で、最終的に「性同一性障害」と診断されたのであれば、多くの場合、後で心の性が変わることはないと思って良いでしょう。」としたうえで、「精神療法やカウンセリング、あるいは、薬物療法により心の性を身体の性に合わせる努力は無駄であるばかりか、かえって、うつや自殺につながることは、欧米における治療の歴史から見ても明らかです。」（甲A 8 1・2 9 頁）と述べている。

このように、性自認は、「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」（前掲国籍法違憲判決）であり、「自ら選択ないし修正する余地のない事柄」（前掲非嫡出子相続分規定違憲判決）である。

- (4) 以上のように、同性婚禁止解釈は、人と人とを、性別、性的指向、性自認という「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」（前掲国籍法違憲判決）及び「自ら選択ないし修正する余地のない事柄」（前掲非嫡出子相続分規定違憲判決）によって別異取扱いをなす解釈から、憲法1 4 条1 項との適合性については慎重に審査しなければならない。

同性婚を認めないことの憲法1 4 条1 項適合性が問われている一群の国家賠償請求訴訟のこれまでの5 つの地裁判決も、ほぼ同様に、性的指向は自ら選択したり修正したりする余地のない事柄であることを理由に、慎重な判断

をなしている（甲A225、甲A275～278）。

2 望む相手と婚姻することは、憲法14条1項違反が問われた事件の最高裁判例にいう「重要な法的地位」であり、これらに関する別異取扱いとなる同性婚禁止解釈の憲法14条1項適合性については、慎重に判断されるべきこと

(1) 前掲国籍法違憲判決（甲A76・4頁）は、国籍法3条1項が、日本国民でない母の子を日本国民である父が出生後認知した場合について、父母の婚姻を国籍取得の要件とすることが憲法14条1項違反であるか否かが問題となった事件で、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。」として、そのことを理由の一つとして、「(区別に) 合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」とした。

(2) 同性婚禁止解釈が制約する利益は、望む相手と婚姻をするという「重要な法的地位」である。

なぜならば、前掲・再婚禁止期間違憲判決（甲A6）は、憲法24条1項の規定について、「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」と述べ、「上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」とするからである。

(3) さらに、婚姻をするについての自由が問題となった2つの大法廷判決（再婚禁止違憲判決、夫婦同氏制合憲判決）のいずれと比較しても、同性婚禁止解釈における当事者の利益状況は、著しく深刻である。

再婚禁止期間違憲判決が違憲審査の対象としたのは、女子が前婚の解消後、再婚できるまでの期間があること及びその期間の長さであり、当該の期間を経過すれば望む相手と婚姻できるものであった。夫婦同氏制合憲判決が違憲審査の対象としたのは、婚姻する場合には一方の改氏が義務づけられること

であり、一方が改氏を受け入れれば望む相手と婚姻できる制度である。

これに対して、本件の違憲審査の対象である同性婚禁止解釈の下では、法令上の性別が同じである二人は、どれほどの期間を待とうと、改氏を受け入れようと、婚姻に伴う他の全ての制約を受け入れようとも、望む相手とは婚姻できないのであり、婚姻をするについての自由に対して、最も直接的で重大な制約を受けている。。

- (4) 以上のように、同性婚禁止解釈が制約する権利は、望む相手と婚姻するという「重要な法的地位」（前掲国籍法違憲判決）であり、その制約は、婚姻をするについての自由に対する直接的で重大な制約であるから、再婚禁止期間違憲判決や国籍法違憲判決の場合以上に、憲法14条1項適合性について慎重に審査しなければならない。

### 3 市町村長や法務大臣には、同性婚禁止解釈を行なうについての行政裁量がないこと

- (1) 前提として、本件不受理処分は、市町村長による戸籍事務であり、第1号法定受託事務（戸籍法1条2項、地方自治法2条9項1号）である。

法務大臣は、市町村長の戸籍事務処理における基準を定めることができ（戸籍法3条1項）、市町村長は、戸籍事務の取扱に関して疑義を生じたときは、管轄法務局等を経由して、法務大臣にその指示を求めることができる（戸籍法施行規則82条）。

- (2) もっとも、本件では、事柄の性質上、市町村長にも法務大臣にも、同性婚禁止規定とされる規定が、真に同性婚を禁止しているかについての解釈権（行政裁量）はない。

宇賀克也教授によれば、行政裁量が認められるのは、「裁判所に判断を委ねるよりも、行政庁の判断に委ねるほうが適切であると立法者が判断した場合」であり、「立法者が、ある事項について、裁判所の判断よりも行政庁の判断を優先させるべきと判断する場合の代表例として」5つの場面が挙げられている。（宇賀克也『行政法概説I第6版』甲A5・324頁）

1つめは、教育に関する専門的判断の尊重の必要性（大学の学生の行為を理由とする懲戒処分 of 適法性等について）であるが、現行の民法や戸籍法が同性婚を禁止しているか否かを判断する場面とは類似点が見いだせない。

2つめは、政治的判断の尊重の必要性（マクリーン事件のように外国人の在留期間更新のケース）であるが、同性婚禁止解釈と政治的判断は無関係であり、やはり類似点が見いだせない。

3つめは、科学技術に関する専門知識による判断の尊重の必要性（温泉源の保護や適正利用に関する許可の問題や、原子炉設置許可の問題）であるが、これも同性婚禁止解釈とは類似点がない。

4つめは、全国一律の基準を定めることが適当でなく、地域の特性や地域住民の意見を斟酌して決定すべき事項であるが、同性婚禁止解釈の是非は、全国一律に定めることが不可欠であり、真逆の場面である。

5つめは、予測が困難な状況の変化に迅速かつ臨機応変に対応することが特に必要な分野であるが、これも同性婚禁止解釈との類似点が皆無である。

以上のとおり、宇賀教授が「裁判所に判断を委ねるよりも、行政庁の判断に委ねるほうが適切であると立法者が判断する場合の代表例」として挙げる5つの場面は、いずれも、現行の民法や戸籍法が同性婚を禁止しているか否かを判断する場面とは、類似点が見いだせない。

したがって、本件は、行政裁量が妥当する場合には当たらない。

(3) さらに、本件に関し、我が国の行政庁は、同性婚の許否について、ほとんど何らの調査研究等をしていない。

ア 令和2年2月14日、当時の安倍晋三内閣総理大臣は、国会で、議員が「憲法制定時には同性婚を想定していなかったために政府としての見解を持ち合わせていないのなら、改めて、同性婚と憲法の関係について整理し、政府としての見解を明らかにする必要があると考えますが、所見を伺います。」等と質問したのに対して、「政府としては、現時点において、同性婚の導入について検討していないため、具体的な制度を前提として、それが憲法に適合

するか否かの検討も行なっていない。」と答弁している（甲A82、甲A83「二から四までについて」）。

イ さらに、札幌地方裁判所における同性婚に係る国家賠償請求訴訟（同庁平成31年（ワ）第267号）において、裁判所が、被告国に対し、「同性間における婚姻を認めることによって生じる影響を検討した資料」の提出を求める積明をしたのに対して、被告国の指定代理人は、「現時点において、同性婚の導入を検討していないため、資料の提出は困難である」と回答している。（甲A84、甲A85・28頁）

また、同訴訟で、裁判所が、「立法目的及び立法目的達成手段の各合理性を支える立法事実が現在も存続していることを示す資料」の提出を求める積明をしたのに対して、被告国の指定代理人は、「乙第9号証ないし乙第18号証を提出する」と回答したが、被告国の指定代理人が提出した「乙9～18号証」とは、実際には、民法や憲法の教科書や注釈書、昭和37年の憲法審議の議事録であって（甲A84、甲A86）、行政庁は、「立法目的及び立法目的達成手段の各合理性を支える立法事実が現在も存続している」か否かを判断しうる資料を有していない。

ウ このように行政庁は、同性婚の許否について、ほとんど何らの調査研究等をしていない。典型的に行政裁量が妥当する事案でないことは(2)に述べたとおりであるが、実際の状況としても、行政庁には、同性婚禁止解釈を維持するか否かを判断しうる知見がない。

(4) 以上から、市町村長や法務大臣には、同性婚禁止解釈を行なうについての行政裁量はない。

#### 4 小括

以上のとおり、「民法や戸籍法が同性婚を禁止している」という同性婚禁止解釈は、人と人とを、性別、性的指向、性自認といった、「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」及び「自ら選択ないし修正する余地のない事柄」によって別異に扱う解釈であるうえ、「婚姻をするかどうか

か、いつ誰と婚姻をするかについての自由」という「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する重要な法的地位」に関する事柄であって、さらに、本件においては行政行為の性質上も、実際上も、同性婚禁止解釈を行なうについての行政裁量はないから、裁判所は、同性婚禁止解釈の憲法適合性については、厳格に審査しなければならない。

第7 同性婚禁止解釈は正当な「目的」を欠いており、その一点をもって、いかなる合理性も認められず、憲法14条1項及び憲法24条2項に違反すること（合憲解釈における目的審査）

1 前記のとおり、憲法14条1項は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであるところ、「事柄の性質に応じた合理的な根拠」というためには、別異取扱いの目的が正当であり、目的と手段の関連性を要するとされている。

2 ここでいう「目的の正当性」の具体的な審査対象について、憲法14条1項適合性審査は、ある者とある者との区別が合理的か否かの審査であるから、そのような区別をすることの目的についての検討を要する。

(1) 最高裁大法廷平成20年6月4日国籍法違憲判決も、以下のように述べ、平等権審査において対象とする「目的」とは「区別をすることの目的」であると明示している（甲A76・3～5頁、下線は代理人）。

「憲法10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定め-4るに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取

扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない。すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる。(中略)

(2)ア 国籍法3条の規定する届出による国籍取得の制度は、法律上の婚姻関係にない日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した子について、父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得すること(以下「準正」という。)のほか同条1項の定める一定の要件を満たした場合に限り、法務大臣への届出によって日本国籍の取得を認めるものであり、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した嫡出子が生来的に日本国籍を取得することとの均衡を図ることによって、同法の基本的な原則である血統主義を補完するものとして、昭和59年法律第45号による国籍法の改正において新たに設けられたものである。そして、国籍法3条1項は、日本国民である父が日本国民でない母との間の子を出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、準正のあった場合に限り日本国籍を取得させることとしており、これによって本件区別が生じている。このような規定が設けられた主な理由は、日本国民である父が出生後に認知した子については、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得することによって、日本国民である父との生活の一体化が生じ、家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付きが生ずることから、日本国籍の取得を認めることが相当であるという点にあるものと解される。また、上記国籍法改正の当時には、父母両系血統主義を採用する国には、自国民である父の子について認知だけでなく準正のあった場合に限り自国籍の取得を認める国が多かったことも、本件区別が合理的なものとして設けられた理由であると解される。」

(2) この点、木村草太准教授『平等なき平等条項論』(甲A271・45頁)においても、憲法14条1項適合性に関する判例の判断枠組みについての整

理のなかで、「このように判例は、当該区別を行なう目的が正当性を欠く場合、その区別は合理的根拠を欠く区別である、と理解しているようである。この点については、判例の処理の仕方は概ね一貫している。」と記載しているのであり、憲法14条1項適合性審査における「目的」とは、「当該区別を行なう目的」である旨が明記されている。

(3) このように、同性婚を禁止することの憲法14条1項適合性審査における「目的」とは、「当該区別を行なう目的」であるから、「法令上の性別の組合せが同じである二人に婚姻させないことの」目的である。

3 ところが、同性婚禁止解釈については、「法令上の性別の組合せが同じである二人に婚姻させないことの」正当な目的は、見当たらない。

(1) 具体的には、同性婚を認めたとしても、異性との婚姻を望む者の権利、利益、自由は一切の制約を受けず、異性との婚姻を望む国民には何らの影響も生じない。

(2)ア また、前記のとおり、すでに35を超える国や地域が同性婚禁止を改め、最も早い2000年に改めたオランダでは、それから23年が経過しているものの、これらの諸外国においても、同性婚導入によって混乱や弊害が生じたという報告はない。

イ アジアで最初に同性婚禁止が改められた台湾においては（平成29年に同性婚を求める司法判断がなされ、令和元年5月に法整備がなされた。）、令和2年に台湾のNGOが調査会社に委託してなした電話調査によると、「同性婚法制化があなた個人に何か影響がありましたか」という質問に、92.8%の回答者は「ない」と回答した（甲A46・26頁）。

これらの事実は、日本と同じ東アジアにおいて同性婚を導入した台湾の人々が、同性婚導入後も、それによってなんら具体的な弊害も混乱も起きていないと認識していることを示している。

(3) 日本政府においても、同性婚導入により弊害が起きるという懸念を述べたことはない。

令和2年2月14日、当時の安倍晋三内閣総理大臣は、国会で、議員の質

問に対し、「政府としては、現時点において、同性婚の導入について検討していないため、具体的な制度を前提として、それが憲法に適合するか否かの検討も行なっていない。」と答弁し（甲A82、甲A83「二から四までについて」）、同性婚導入により弊害が起きるという懸念を示していない。

また、前述のとおり、同性婚の未法制化を立法不作為の違法であるとする国家賠償請求訴訟（札幌地方裁判所平成31年（ワ）第267号）において、裁判所が、「同性間における婚姻を認めることによって生じる影響を検討した資料」の提出を求めたのに対して（甲A84）、被告国の指定代理人は、「現時点において、同性婚の導入を検討していないため、資料の提出は困難である」とのみ回答している（甲A85・28頁）。

政府自身が、同性婚を認めても、具体的弊害の発生が懸念されないことを自認しているとも言える。

(4) この点に関して、同性婚禁止の目的について、「自然生殖によって子を持つ関係を法的に保護する目的」であると言われることがある（同性婚に係る国賠訴訟における名古屋地裁・甲278の1・62頁、福岡地裁令和5年6月8日判決・甲A278・38頁等）。

（なお、「子の生殖と養育」と言われることがあるが、養育は同性の両親によっても行えるし、現に同性カップルが子を共同養育する例は少なくなく、養育は無関係である。）

しかしながら、上記「目的」は、異性について婚姻を認めることのものである。これに対して、同性婚を禁ずることの憲法14条1項適合性について審査されるべき「目的」とは、前記のとおり、「当該区別を行なう目的」であり、法令上の性別の組合せが同じ二人に婚姻させないことの目的を論じなければならない。

このことは、例えば、近親婚の禁止規定の「目的」というときには、近親関係にない者同士の婚姻を認めることのものであるのではなく、親子間や兄弟間で婚姻させないことのものである（＝婚姻させることは家族秩序や倫理観念に反するため、かかる事態を防止すること）を指していることを想起すれば、当然のこ

とである。

したがって、同性婚については、法令上の性別の組合せが同じ二人に婚姻させないことの目的を論じなければならず、生殖との関係を言うならば、自然生殖によって子を持たない二人は婚姻により保護しないことの目的を検討しなければならないから、上記の国賠訴訟判決等が審査対象とする「目的」の捉え方は、審査対象がずれがあり、憲法14条1項適合性審査として妥当でない。

- (5) (4)を踏まえると、同性婚禁止解釈の「目的」なるものが仮にあるとすると、「当事者間の生殖可能性がない婚姻の数や割合を増やさないこと」に尽きる。

しかしながら、「当事者間の生殖可能性のない婚姻の数や割合を増やさない」施策を講じても、除去される弊害はなく、もたらされる利益もなく、保たれる秩序もない。

したがって、「当事者間の生殖可能性がない婚姻を増やさないこと」は同性婚禁止解釈の正当な目的たりえない。

- (6) 繰り返しになるが、同性婚を認めても、婚姻関係にある同性カップルの一方に実子が生まれたり、もともと一方に実子がいたりする場合についても、嫡出規定の適用に新たな混乱はないし、共同親権についても、異性婚のみ認める現在の実務下、いわゆる連れ子養子の場合に解釈によって共同親権が認められているのと同様に運用することによって容易に混乱を回避することができる。

たしかに、出産した女性に女性配偶者がいるケースなど、実親子関係の決定ルールについて十分な法とは言えないものの、前記のとおり、そのような法の不備があることをもって、同性婚禁止解釈に「正当な目的」があるとは言えない。

また、前記に見たとおり、それ以外の民法、戸籍法の運用にあたっては何らの混乱も支障も生じない。

- (7) そうすると、いかなる目的のために同性婚は禁じられるのか、理解困難で

あって、同性婚禁止解釈には正当な目的など存在しないと言うほかない。

同性婚禁止解釈は、同性婚を禁じるべき目的がないのに、それを禁じ、同性カップルや性的少数者の別異取扱いをなしている。

#### 4 小括

このように、同性婚禁止解釈は、目的たりうる事柄が存在しない。その一点のみをもって、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない」と言うほかなく、憲法14条1項に違反し、憲法24条2項にも違反する法解釈である。

そのため、合憲解釈により、現行の民法、戸籍法は同性婚を禁じていないと解するほかない。

その結果、現行民法、戸籍法の「夫婦」という文言は、「配偶者関係にある両当事者」等と解することとなる。「夫・妻」についても各条文の趣旨に応じて「一方配偶者・他方配偶者」等と解することとなる。「父・母」という文言についても各条文の趣旨に応じて「実親・その配偶者たる養親」等と解することとなる（かかる救済方法を合憲拡張解釈ということもある、甲A1）。

したがって、現行法のもとにおいても同性婚は禁じえない以上、本件不受理処分は違法な処分である（合憲解釈）。同時に、本件不受理処分は、憲法14条1項及び24条2項に違反する処分である。

#### 第8 同性婚禁止解釈が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反することを示す立法事実等について（合憲解釈）

前項に述べた一点（区別の目的がないこと）をもって、同性婚禁止解釈は違憲であるが、念のために、目的と手段の関連性がないことや当該解釈の違憲性を示す立法事実等を以下に述べる。

本件不受理処分の決定時である令和5年6月29日より後の事実が含まれるとしても、社会におけるトピックは突如生じるものではなく、トピックが

生じる基礎となる社会状況の反映であることから、そのような事実は、本件不受理処分時における同性婚禁止解釈の違憲性を推認させる事実でもある。

1 婚姻によって生じる具体的効果を見ても、婚姻しようとする二人の性別の組合せを男女に限るべき理由がないこと

婚姻制度の具体的規定を個別に見ても、実親子関係の決定のルールや共同親権については、主張Ⅰにおいて詳細に見たとおりである上、同居・協力・扶助義務（民法752条）、貞操義務（民法770条1項1号参照）、財産共有推定（民法762条2項）及び財産分与（同768条）、相続権（民法818条3項）、同氏制（民法750条）等、その趣旨・目的に照らし、婚姻しようとする二人の性別の組合せを男女に限るべきものはない。

2 諸外国では次々と同性婚が法制化されていること

- (1) 主張Ⅰに述べたとおりである。
- (2) 補足すると、これまでに同性婚が導入された国や地域の多くは、民主主義、普通選挙、自由主義、資本主義経済を採用し、我が国と基本的な社会システムを同じくする国や地域である（甲A37）。
- (3) また、G7主要国首脳会議の参加国を見ると、カナダは2005年、フランスは2013年、イギリスは2013年と2020年、アメリカは2015年、ドイツは2017年に同性婚が法制化された外、ローマカトリック教会の影響が最も強いイタリアでも2016年に、同性カップルにも結婚に準ずる権利を認める法が制定され（甲A39・82頁）、G7のなかでこれらの制度を持たないのは日本だけとなった。

3 以下の点は、いずれも前記Ⅰに述べたとおりである。

同性愛に関する科学的知見の変化

平成時代には、民法学説においても同性婚が無効であることは当然視されなくなったこと

我が国の国民世論においても同性婚を認めるべきであるという意見が多数派であること

同性カップルの関係性を承認・保護する施策を導入する自治体が増え続けていること

実際に同性カップルが婚姻をなす例は平成前半時期から認識され、現在は、多くのカップルにおいてそのニーズがあること

4 国会の審議において、衆議院法制局が、「憲法十三条や十四条等の他の憲法条項を根拠として、同性婚の法制度化は憲法上の要請であるとするような考えなどは、いずれも十分に成り立ち得るもの」と答弁したこと（甲A259・40頁以下）。

(1) 令和3年2月25日、衆議院予算委員会第三分科会において、同性婚と憲法との関係について問われた衆議院法制局参事は以下のように答弁をした。

「御指摘の法案（申立代理人注：同性婚を認める民法改正法案）をお手伝いするに当たっては、このような学説の状況を踏まえて、同性婚を認めるかどうかは立法政策に委ねられているとする考えや、さらには、憲法十三条や十四条等の他の憲法条項を根拠として、同性婚の法制度化は憲法上の要請であるとするような考えなどは、いずれも十分に成り立ち得るものと考えたところです。」

(2) なお、衆議院法制局の職務は、衆議院議員が提案者になる法律案（いわゆる議員立法）の法律案・修正案の国会審議の際の答弁の補佐や、その他一切の法律問題に関するアドバイスなどである（甲A272）。

(3) 国会において、憲法上要請されている法律や制度がいかなるものであるかについてのアドバイスを職務とする法制局が、同性婚の法制度化は憲法上の要請であるとする考え方が十分成り立ちうる旨を答弁したことは、同性婚禁止が憲法14条1項に反するという判断を導く立法事実である。

5 日本弁護士連合会が、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書を発出したこと（甲A251）

- (1) 前記のとおり、日本弁護士連合会は、同性婚を求めてなされた人権救済申立てに対し、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書（甲A251）を発出した。
- (2) 当該意見書においても、「法律（民法や戸籍法）が」同性婚を禁じているという表記は避けられていることは前述したとおりである。
- (3) さらに、日本弁護士連合会が、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書（甲A251）を発出した事実は、同性婚を禁止する現在の扱いは、憲法14条1項等に反することを示す立法事実である。

## 6 同性婚の立法不作為について「違憲」「違憲状態」と判示する判決があいついでいること

- (1) 平成31年・令和元年に提起された同性同士の婚姻に係る国家賠償訴訟においては、令和3年3月から令和5年6月までの間に、現在の状態について違憲ないし違憲状態と判断する地裁判決があいついでいる。

（ただし、いずれも、「現在の民法、戸籍法が同性同士の婚姻を認めていないこと」を原被告双方が争わず、それを前提に、同性同士の婚姻を認める立法措置を採らない国会の不作為の適法性を問うもので、当該前提は、本申立てとは異なる。）

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

たがって、本件規定は、上記の限度で憲法14条1項に違反する」、と判示した（甲A225）。

(3) 東京地裁令和4年11月30日判決は、「現行法上、同性愛者についてパートナーと家族になるための法制度が存在しないことは、同性愛者の人格的生存に対する重大な脅威、障害であり、個人の尊厳に照らして合理的な理由があるとはいえず、憲法24条2項に違反する状態にあるということができると判示した（甲A276）。

(4) 名古屋地裁令和5年5月31日判決は、「こうした事柄の性質を踏まえ、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという点については、既に検討したとおり、本件諸規定が、同性カップルに対して、その関係を国の制度によって公証し、その関係を保護するのにふさわしい効果を付与するための枠組みすら与えていないという限度で、このような場合に当たるというべきであるから、その限度で、憲法24条2項に違反すると同時に、憲法14条1項にも違反するものといわざるを得ない。」と判示した（甲A277）。

(5) 福岡地裁令和5年6月8日判決は、「本件諸規定の下で原告ら同性カップルは婚姻制度を利用することによって得られる利益を一切享受できず法的に家族と承認されないという重大な不利益を被っていること、婚姻制度は異性婚を前提とするとはいえ、その実態が変遷しつつあること、婚姻に対する社会通念もまた変遷し、同性婚に対する社会的承認がいまだ十分には得られていないとはいえ、国民の理解が相当程度浸透されていることに照らすと、本件諸規定の立法事実が相当程度変遷したものとみざるを得ず、同性カップルに婚姻制度の利用によって得られる利益を一切認めず、自らの選んだ相手と法的に家族になる手段を与えていない本件諸規定はもはや個人の尊厳に立脚すべきものとする憲法24条2項に違反する状態にあると言わざるを得ない。」と判示している（甲A278）。

7 「婚姻は生殖のためのものである」という論は、最高裁判例や現行の実務

に照らして維持しえず、そのような社会通念も現在は限定的であること

(1) 再婚禁止期間違憲判決の判示

前掲再婚禁止期間違憲判決（甲A6）が述べるとおり、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である」とあって、「上記のような婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値する」ものである。

さらに、前掲夫婦同氏制合憲判決（甲A35）においても、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。」とされており、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定」は、個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠き立法裁量の範囲を超えるものであってはならないことが判示されている。

(2) 夫婦同氏制合憲判決の判示

また、前掲夫婦同氏制合憲判決（甲A35・4頁）は、（婚姻に伴う改氏の不利益を受ける者の増加を考慮するに際して）「特に、近年、晩婚化が進み、婚姻前の氏を使用する中で社会的な地位や業績が築かれる期間が長くなっていること」を立法事実として認定している。

晩婚をなす人々が婚姻に求める目的は、多くの場合、子をもうけることではなく、パートナーとの共同生活を法によって承認され、保護されることにある。

(3) 明治民法の制定以来、婚姻当事者間での生殖可能性が皆無であっても、婚

婚姻届は当然に受理され有効とされていること

ア 明治民法の起草者も、当時の解説書において以下のように述べている（熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』（新法註釈会、明治23年）・甲A7・193頁、濁点や句読点は代理人。）。

「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。

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。婚姻ノ材料欠闕シ其目的ヲ達スル能ハザル者ナリ。故ニ婚姻ヲ為スヲ得ズト謂ウヲ得ベシ。

然レドモ是ハ我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ。先ヅ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、是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、必要欠ク可カラザル条件ニアラズ」

イ 明治民法下の学説も、「婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ。故ニ子無キヲ去ルコトナク、老年者ノ婚姻ヲ禁ズルコトナク、生殖不能ヲ以テ離婚又ハ婚姻ノ無効取消ノ原因トスルコトナシ。」としている（穂積重遠『相続法大意』（岩波書店、大正6年）甲A8・61頁）。

ウ 現行民法下においても、この解釈は同様であって、「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……婚姻の本質である夫婦の結束（固い結合）は生殖（行為）がなくても可能である、とされている（泉久雄『親族法』（有斐閣、平成9年）甲A66・51頁）

エ 最高裁一小昭和44年4月3日判決・民集23巻4号709頁(甲A67)は、婚姻届が市役所に提出された時には当事者の一方が疾病により完全な昏睡状態にあり、婚姻届の受理の直後に同人が死亡した事案で、「本件婚姻届

がAの意思に基づいて作成され、同人がその作成当時婚姻意思を有していて、同人と上告人との間に事実上の夫婦共同生活関係が存続していたとすれば、その届書が当該係官に受理されるまでの間に同人が完全に昏睡状態に陥り、意識を失ったとしても、届書受理前に死亡した場合と異なり、届出書受理以前に翻意するなど婚姻の意思を失う特段の事情のないかぎり、右届書の受理によって、本件婚姻は、有効に成立したものと解すべきである。」と判示している。

この事案では、婚姻届が受理された時点で当事者間に生殖可能性がないことは明らかであるが、最高裁はその点に触れることなく、婚姻は有効と解釈している。生殖可能性が皆無であることにより婚姻無効とは解していない。

オ 婚姻届をなす二人の間に生殖可能性がないことを、むしろ婚姻を認めるべき積極事由として扱っているケースもある。

すなわち、前掲再婚禁止期間違憲判決の櫻井龍子裁判官ら6名の共同補足意見が述べるとおり（甲A6・14～15頁）、「女性に子が生まれなことが生物学上確実であるなど父性の推定の重複が生じ得ない場合」には再婚禁止期間の適条が排除されるとしている。

最高裁裁判官6名の共同補足意見においても、婚姻当事者に「子が生まれなことが生物学上確実であるとき」に、当該婚姻を認めないどころか、その事情を、婚姻（再婚）を認めるべき積極事情と解している。

カ 性同一性障害者特例法により性別取扱いの変更をした者は、生殖機能を永続的に失っているため（特例法3条1項4号）生殖可能性は皆無であり、かつ、そのことは、同人の戸籍から明らかであるが（戸籍法施行規則35条16号は、性別取扱い変更の裁判を受けた者につき、その旨を戸籍の身分事項欄に記載することを求めている。）、それゆえに婚姻届が不受理となることはない。

平成15年の性同一性障害者特例法制定時の議論を見ても、「（特例法の上記要件により）生殖可能性が皆無となった者について、婚姻することを認めてよい」と当然のごとく記載され、婚姻について、ほとんど何ら議論を経

ずに肯定されている（『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』甲A 68・2～13頁〔参議院議員南野知恵子〕、54～56頁〔大島俊之〕、98～99頁〔逐条解説抜粋〕）。同法の制定時、国会においても、生殖腺を切除する性別適合手術等によって生殖可能性がない者が存在していることを立法事実として認識しており、同法に基づきその者が性別を変更すれば、そのうちの一定数は、法令上も「異性」となったパートナーと婚姻することが想定されていたのであるが、婚姻の可否が問題になることはなく、当然婚姻がなされるものとされていた。この際、同法によって、「生殖可能性が皆無である婚姻」が生じることについて、立法者はなんら問題としていない。

キ 民法学説のなかにも、平成元年（1989年）の時点で、生殖を根拠とする同性婚禁止解釈に合理性がないことを指摘するものが登場した。

上述のとおり、上野雅和は、昭和41年（1966年）発刊の『注釈民法(20)親族(1)』では、「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つて当然である。このような意味で、同性婚はもちろん成立しない。」と記載していた（甲A 48・189～190頁）。

ところが上野雅和は、平成元年（1989年）発刊の『新版注釈民法(21)親族(1)』では、「(2)男女の性的結合関係としての婚姻」と題して、「婚姻は伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合であった。したがって、同性の性的結合関係や共同生活関係は婚姻たりえないとされてきた。(略)しかし、現在では、夫婦が子を産み育てることは、社会通念上期待されてはいても、法的に要求されているとはいえない。(略)他方、現在では、生殖および子の養育は婚姻内でだけ許容されるということもできない。(略)このように、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。(略)個人の利益を否定するに足る合理的根拠ある強力な国家的ないし社会的利益が存在しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されなくなる。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。」と述べている（甲A52・178～179頁）。

ク さらにいうと、民法学説が、同性婚が無効であるという理由として、「生殖可能性」を挙げるようになったのも、前記昭和41年（1966年）発刊の『注釈民法(20)親族(1)』（甲A48・189～190頁）の頃からであると見られる。

中川善之助が昭和33年に発刊した『親族法（上）』（甲A49・158～159頁）や、我妻栄が昭和36年に発刊した『親族法』（甲A50・14頁、18頁）、中川淳が昭和52年に発刊した『親族法逐条解説』（甲A51・72頁）では、同性婚は、生殖可能性とは無関係に、「社会通念上の婚姻意思」の不存在を理由として無効とされていた。

すると、生殖可能性がないという点は、同性婚について、「当然無効」という説明も、「社会通念上婚姻意思がない」という説明もあてはまらなくなった時代以降、挙げられるようになった論拠であるとも見え、同性婚禁止解釈を正当化する論拠として正当とはいいがたい。

ケ このように、そもそも明治民法の制定以来、婚姻の適否や有効無効の解釈において、生殖可能性は婚姻の要件とはされておらず、このことは、同性婚を認めるべき立法事実である。

(4) 現行の民法及び戸籍法における「家族」は、血のつながりを要求していないこと

ア 嫡出推定規定（民法772条）を見ても、遺伝上の父子関係にあることは必要とされていない（性同一性障害者特例法に基づいて男性への性別取扱いの変更をなした者が、妻が婚姻中懐胎した子について嫡出推定を受けるとした最三小平成25年12月10日決定民集67巻9号1847頁、甲A14）。DNA鑑定により遺伝上の父子関係にないことが明らかであっても、嫡出推定は及ぶとされ、親子関係不存在確認の訴えをもって父子関係の存否を争うことはできない（最一小平成26年7月17日判決民集68巻6号5

47頁、甲A15)。

イ 母子関係についても、いわゆる代理出産の事例において、子を懐胎し出産した女性をその子の母と解さざるをえず、子を懐胎、出産した女性について、その女性が卵子を提供した場合であっても、当該女性と子の間には母子関係の成立を認めることはできないとされている（最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁、甲A16)。

ウ このように、従前の法解釈においても、民法及び戸籍法における「実の親子」となるために生物学的なつながりを要求していない。

婚姻について、自然生殖の可能性を重要視することは、これまで最高裁判所において蓄積されてきた現在の民法及び戸籍法における解釈論との関係で、相容れない。

エ そして、令和2年12月、生殖補助医療親子関係特例法が成立し、9条において、第三者の卵子提供により懐胎・出産した場合に出産した女性を母とし、10条において、夫の同意に基づき第三者の精子提供がなされた場合に夫は嫡出否認をなせなくなるとされたのであり、我が国では、親子や家族には、遺伝学上の繋がりを求めないことが確認されたと言える。

オ このように、現行の民法及び戸籍法における「家族」は、血のつながりを要求していない。

(5) 夫婦同氏制合憲判決等の最高裁判例は、同性婚禁止解釈との整合性はなく、むしろ同性婚が認められているという解釈こそ最高裁判例に整合すること

ア 最高裁平成27年夫婦同氏制合憲判決（甲A35・6頁）の寺田裁判官補足意見は、「男女間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるのは、嫡出子の仕組み（772条以下）においてほかになく、この仕組みが婚姻制度の効力として有する意味は大きい」として、「嫡出推定・嫡出否認の仕組みは、妻による懐胎出生子は、夫自らが否定しない限り夫を父とするという考え方によるものであり、妻が子をもうけた場合に、夫の意思に反して他の男性からその子が自らを父とする子である旨を認知をもって言い立てられることは

ないという意義を婚姻が有していることを示している。このように、法律上の婚姻としての効力の核心部分とすらいえる効果が、まさに社会的広がりを持つものであり、それ故に、法律婚は型にはまったものとならざるを得ないのである。」とする。

イ これらの意見に述べられた婚姻観は、ある男女が法律婚をなすことの主要な効果は、女性が子を産んだ場合に、別の男性が、女性の夫の意思に反して、自らがその子の父であると主張して家庭の平穩を害することを防ぐことにある、という婚姻観であり、あるカップルの関係を法が承認するということの意義について、カップルの共同生活が平穩に営まれることに強い価値を見いだしていると言える。その価値を守るためには、婚姻カップルの一方に子が生まれた場合の法的な親子関係は、生物学的な親子関係とは切り離すべきであり、生物学的な親子関係は重要なことではない、という家族観でもあると言える。

寺田裁判官が示したこのような家族観は、同性婚を認める解釈と極めて整合的である。なぜならば、前記のとおり、女性カップルの一方が子を産んだ場合（同性婚を認めようが認めまいが、それは現在の日本でも現実に起きていることである。例として、甲A4・61頁「\*私たちはごく普通の「共働きふうふ」」。参考事例として、甲A14の事例）、両者が婚姻していれば、他方が子と養子縁組をなすことによって、カップルの双方が子を嫡出子とすることができ、共同親権者として安定的に養育することができる。

両者に婚姻を認めない場合、他方が子と養子縁組をすると実母は親権を失ううえ（民法818条2項）、子の遺伝学上の父が権利主張をなした場合、女性カップルにはこれに対抗する有効な手段がないのであって、子を含む現実の共同生活は、不安定なものとなる。

このように見ると、夫婦同氏制合憲判決が前提とする婚姻観、家族観は、遺伝学上の親子関係を重視せず共同生活の平穩を守ろうとする点で、同性婚を認める解釈と整合している。

ウ 卷美矢紀教授においても、「同性婚は、現行の法律婚制度の最高裁による

解釈と整合的である」とし、性同一性障害者特例法により性別変更した者の嫡出推定に関する上記最高裁決定の寺田補足意見を引きながら、「このことは裏を返せば、婚姻を軸とする親子関係の発生を観念し、Obergefell判決（申立代理人注－アメリカの連邦最高裁判所が、同性婚を認めない州法及び州憲法を違憲としたObergefell v. Hodges、2584〔2015〕）と同様、婚姻制度の中核を生殖ではなく、自律的な人格の意思の合致にとらえ」るものである旨述べている（甲A69『憲法研究4号』115頁〔卷美矢紀〕）。

エ 夫婦同氏制合憲判決等の最高裁判例は、同性婚禁止解釈と整合しない。むしろ同性婚が認められているという解釈は、最高裁判例に整合する。

(6) 昨今、「婚姻は生殖のためのもの」という国民意識は薄弱となっていること

ア 同性婚と生殖可能性との関係についての国民意識

前述の釜野らの2015年全国調査においても、「同性どうしの婚姻を法で認めるかどうかについて、さまざまな意見がありますが、あなたはごどう思いますか（○はいくつでも）」という質問に対し、「生殖に結びつかないから好ましくない」という選択肢について、1259人中、「いいえ」が1056人（83.9%）、「はい」が142人（11.3%）、無回答が61人（4.8%）であって（甲A57・280頁）、大多数の回答者は、同性婚について、「生殖に結びつかないから好ましくない」という意見は持っていない。

前述の平成30年に行なわれた国立社会保障・人口問題研究所による第6回全国家庭動向調査（令和元年9月13日発表、甲A60）においては、「男性どうしや、女性どうしのカップルにも、なんらかの法的保障が認められるべきだ」への賛成割合は、全体で75.1%に上り、「男性どうしや、女性どうしの結婚（同性婚）を法律で認めるべきだ」への賛成割合もほぼ69.5%となっている。また、「同性どうしのカップルも、男女のカップルと同じように、子どもを育てる能力がある」への賛成割合も、69.4%となっ

ている。(調査方法について、甲A60本文1頁)

#### イ 晩婚化・高齢婚の増加

婚姻に関する国民の価値観の変化は、晩婚化・高齢化の傾向にも表われている。

婚姻の主目的を生殖とする意識が強い社会では、若齢の方が生殖に有利であるから、婚姻年齢は若齢化する傾向を維持するはずであるが、我が国の平均婚姻年齢は、妻について、昭和50年25.2歳、昭和60年26.4歳、平成7年27.3歳、平成17年29.4歳、平成27年31.3歳と、上昇を続けている。また、夫婦とも再婚である場合の妻の婚姻時年齢の平均は、平成27年で42.7歳に至っている(いわゆる晩婚化)。(甲A71・厚生労働省平成28年度「婚姻に関する統計」の概況4頁)

女性の70歳以上の無配偶婚姻率(年齢別の無配偶婚姻率は、各年齢について、配偶者を有さない者の数に対する婚姻数の比率、甲A71・27頁)を見ても、平成12年、17年、22年、27年と上昇し続けており(甲A71前掲統計23、24頁)、70歳以上で婚姻する女性の割合が増えていることが分かる。(高齢婚の増加)

晩婚化や高齢婚の増加は、国民意識として、婚姻は生殖のためのものであるという意識が希薄化し、生殖以外に婚姻の意義を見出していることを示している。特に、70歳以上の女性の婚姻の増加傾向は、生殖可能性がほぼ皆無である婚姻をする人々が、実際に増えていることを示すものである。

#### ウ 世帯構成の変化(甲A72「平成27年国勢調査 世帯構造等基本集計結果 結果の概要」5頁)

平成17年国勢調査では、世帯構成は「夫婦と子から成る世帯」は一般世帯の29.8%、「単独世帯」29.5%、「夫婦のみの世帯」19.6%、「ひとり親と子から成る世帯」8.3%であったが、平成22年国勢調査では、「単独世帯」32.4%が「夫婦と子から成る世帯」27.9%を上回った。

平成27年国勢調査では、この傾向は更に進み、「単独世帯」は34.6

％、「夫婦と子供から成る世帯」は26.9％、「夫婦のみの世帯」は20.1％、「ひとり親と子供から成る世帯」は8.9％となった。平成22年に比べ、「単独世帯」は増加し、一般世帯に占める割合は32.4％から34.6％に上昇している。また、「ひとり親と子供から成る世帯」も増加し、一般世帯に占める割合は8.7％から8.9％に上昇した。

これらの統計は、家族の形態として、「夫婦と子からなる家族」は、すでに標準的なものではないことを示しており、婚姻と生殖（或いは子の存在）との繋がりが薄まってきたことを示している。

#### エ 婚姻の目的についての国民意識

内閣府が少子化対策の一環として行なった平成26年度「結婚・家族形成に関する意識調査」では、「結婚したい理由」を尋ねる項目がある（甲A73の3・156頁～）。

「子供が欲しい」は複数回答可では70％あるが（甲73の3・156頁）、これを最大の理由とする回答は僅か18.6％にとどまる（同158頁）。「子供が生まれるのであれば結婚したほうが良いと思う」は複数回答可で23.3％（157頁）、最大の理由とするのは僅かに1.5％（同159頁）である。

他方で、「家族を持ちたい」（注：「最大の理由」を選択肢中1つだけ選択させる方式のため、「家族を持ちたい」に「子供が欲しい」は含まれない。）、「好きな人と一緒にいたい」、「やすらぎが欲しい」、「老後に一人でいたくない」を最大の理由として選んだのは合計で57.2％である（158～159頁）。

このように、日本では、人々が婚姻をしよう・したいと考えるときに、生殖を最大の理由とするのはむしろ少数派であって、「家族を持ちたい」「好きな人と一緒にいたい」「やすらぎが欲しい」などの理由が多数を占めている。国民意識として、生殖は、婚姻にとって最も重要なものではなくなっていると言える。

#### オ 非配偶者間人工生殖についての国民意識および生殖補助医療親子関係特例

## 法の成立

この点は、「子は両親と血縁関係があるべきもの」という価値観の多様化を示すものであるから、婚姻と生殖との結びつきについての国民意識の薄まりに関連する。

旧厚生省や厚労省の研究班による生殖補助医療に関する国民意識の調査では、1999年（平成11年）と2003年（平成15年）を比較すると、第三者が関与する生殖補助医療技術のうち、質問に挙げられたいずれの技術についても、「配偶者が望んでも利用しない」という回答は減少している（甲A74の2・2頁）。

第三者が関与する生殖補助医療技術について「一般論として認めるか」については、1999年と2003年で質問の仕方が異なるため比較困難であるが、1999年時点で、質問した技術の多くについて「認めてよい」と「条件付きで認めてよい」が5割を超えている。（甲A74の2・5頁）

国民意識としては、「子は両親と血縁関係があるべきもの」との価値観は薄らいでおり、婚姻する以上は配偶者間で生殖するものだという意識が薄らいでいる。

さらに、このような国民意識の変化や、子を望む男女カップルが法的安定性を望む声を背景として、令和2年12月、生殖補助医療親子関係特例法が成立したものと見える。

## カ 非嫡出子が僅かであることの理由

今なお我が国において非嫡出子の割合が僅かである点（甲A75の1、2：人口動態調査。例えば2019年は2.3%）については、一見すると婚姻と生殖の結びつきの現れのようにも見えるが、実際にはそうではないということ述べておく。

我が国の非嫡出子の割合がわずかであることの原因については、非嫡出子相続分違憲判決（甲A34・8頁）が、「婚姻届を提出するかどうかの判断が第1子の妊娠と深く結びついているとみられるなど、全体として嫡出でない子とすることを避けようとする傾向」のためであると分析している。

この分析を前提にすると、我が国では、男女の性交渉によって子を懐胎し、出産するにあたっては子に嫡出子の立場を与えるべきだと考える国民意識がある。

しかし、逆は真ではなく、「二人を遺伝上の両親とする子ができないような結合は、婚姻に値しない」という国民意識は、どこにも示されていない。

それは、ア乃至オに記載した各データと、令和2年12月に制定された生殖補助医療親子関係特例法から明らかである。

#### キ 小括

以上のとおり、昨今、「婚姻は生殖のためのもの」という国民意識は薄弱となっている。

#### (7) 同性カップルは子を養育すること

ア 我が国の同性カップルのなかにも生殖補助医療等により子を持ち共同養育する同性カップルや、以前の婚姻で設けた子を離婚後に出会った同性パートナーと共に養育するカップルが少なからずいる（甲A109、甲A4・59～61頁、118～121頁）。

イ 厚生労働省の「里親制度の運営について」（雇児発第0905002号平成14年9月5日）は、養育里親について同性カップルを除外していない（甲A110）。

実際に平成28年12月には、大阪市が、30代と40代の男性カップルを養育里親に認定したことが報じられ、同市は、認定理由について、「社会的養護への理解があり、経済的な安定性もある。実習で見た子どもとの関わり方も問題ない」と説明している（甲A111）。

平成30年2月には、愛知県内の市でも30代の男性カップルが養育里親に認定されている（甲A112）

ウ 平成30年に行なわれた国立社会保障・人口問題研究所による第6回全国家庭動向調査（令和元年9月13日発表）においては、「同性どうしのカップルも、男女のカップルと同じように、子どもを育てる能力がある」に賛成

した国民の割合は、69.4%となっている。(甲A60、調査方法について本文1頁、同性カップルについて58頁～、集計表は72頁)

エ 令和2年12月には、兵庫県明石市が、令和3年1月以降、「明石市パートナーシップ・ファミリーシップ制度」をスタートすることを公表している。同制度では、「互いを人生のパートナーとして尊重し、継続的に協力し合う「パートナーシップ関係」であることを表明した2者が市に届出をし、市がその届出を受理したことを公に証明する制度です。」とされ、「2者のほかに家族として暮らしている子ども(未成年)がいる場合で、子どもを含む家族の関係を届け出てもらった場合には、合わせて証明します。」とされ(甲A113)、現在婚姻が認められていない同性カップル等であっても、「家族として暮らしている子ども(未成年)がいる」ことを正面から認め、しかもその「家族」の関係を、自治体として証明する施策を導入している。

オ 付言するに、同性婚を認めない州法・州憲法の規定は合衆国憲法に違反すると判断したアメリカ連邦最高裁判所は、同性カップルが子を養育するという立法事実を違憲判断の根拠としている。

すなわち、アメリカ連邦最高裁判所は、平成27年(2015年)6月26日、同性婚を認めない州法と州憲法の規定は合衆国憲法に違反すると判断したが、その際、以下のとおり述べている。(Obergefell判決、甲A108・238頁以下。一般読者向けのルポルタージュとして、甲A286・15～19頁)

「婚姻する権利を保障する第三の根拠は、婚姻する権利が子どもと家族を保護するからである。その意味で、婚姻する権利の意義は、関連する権利である子の養育、生殖及び教育の権利にも由来するのである。当裁判所は次のとおり上記種々の権利を一体性のあるものと判示して、各権利の関連性を確認した。「婚姻し、家庭を築き、子どもを育てる権利は、デュープロセス条項で保障される中核的な自由である。」

「婚姻が子どもたちの両親の関係に承認と法的構成を与えることから、子どもたちは「自分の家族の完全性と深い結び付き、そして、自らが所属する

コミュニティとその日常生活における自分の家族と他の家族との調和を理解」することができるようになる（ウィンザー事件判決）。婚姻はまた、子の最善の利益にとって重要な永続性と安定性も提供する（法廷助言者（アミカス・キュリイ）である憲法上の子どもの権利に関する学者による意見書参照）。

全当事者が同意しているとおりに、血縁の有無にかかわらず、子どもたちに愛情に満ちた養育にふさわしい家庭を多くの同性カップルが提供している。何十万人もの子どもたちが現在同性カップルによって育てられている。ほとんどの州は、ゲイやレズビアンが個人またはカップル単位で養子縁組をすることを許可しており、養子または里子にとられた子どもたちの多くが同性の両親を有する。これはゲイやレズビアンが愛情に満ちた協力的な家庭を築くことができることを法そのものが承認していることの強力な証左である。

したがって、同性カップルを婚姻から排除することは、婚姻する権利が確信とする前提と抵触する。子どもたちは、婚姻が与える承認、安定性及び予測可能性がない限り、自分の家族が他の家族に何らかの意味で劣っているという烙印に苦しむことになる。子どもたちはまた、自らに何の落ち度もないのに、より困難で不安定な生活を強いられ、婚姻関係を認められない両親に育てられることによる重大なコストにも苦しむことになる。したがって、本件で問題になっている各婚姻法は同性カップルの子どもたちを傷つけ、その尊厳を損なうものである（ウィンザー事件判決）。

以上のように、アメリカ連邦最高裁は、「血縁の有無にかかわらず、子どもたちに愛情に満ちた養育にふさわしい家庭を多くの同性カップルが提供している。何十万人もの子どもたちが現在同性カップルによって育てられている。ほとんどの州は、ゲイやレズビアンが個人またはカップル単位で養子縁組をすることを許可しており、養子または里子にとられた子どもたちの多くが同性の両親を有する。」という立法事実に基づき、同性婚を認めない州法・州憲法を合衆国憲法違反としたものである。

カ このように、我が国においても、同性カップルが愛情に満ちた協力的な家

庭を築くことができることを法や社会が承認している。

(8) 「婚姻は生殖のためのもの」という論についての小括

以上のとおりであるから、「婚姻は生殖のためのもの」という論は、最高裁判例、現行法解釈、現行実務に照らして維持しえず、さらに、支配的な国民意識としても、生殖補助医療親子関係特例法が制定された事実からしても、現在においては妥当しない。

8 前記のとおり、現在までに様々な国と地域で同性間の婚姻が認められているが、同性婚を認めたことによる具体的な混乱や弊害について、報告されていないこと。

現在までに様々な国と地域で同性間の婚姻が認められているが、同性婚を認めたことによる具体的な混乱や弊害について、報告されていない。

一番早く同性婚を認めたのは2000年のオランダであり、それから23年が経過しているが、具体的な混乱や弊害が起きたことは報告されていない。

むしろ、例として、2013年に同性婚が認められたニュージーランドの大使館員は、2018年（平成30年）の講演で、「同性婚の問題は賛否両論に分かれましたが、5年経ったいま、当時のことを振り返ると、反対した人たちでさえ現在はあまり、このかつては意見を分けた課題について、関心を向けていないことがわかります。「なぜあんなに大騒ぎしたのだろう」という感じです。世界は終わりませんでしたし、人々はそのままの生活を続けました。変わったのは民意の方でした。」と述べている（甲A90・45頁）。

9 同性婚の導入後、同性愛者等の自殺率が低下したという調査があること

同性婚の導入した国や地域では、混乱や弊害が報告されていないのみならず、同性婚導入によって同性愛者の自殺率が従前よりも低下したことが示唆されている。

(1) 2020年に学術誌「Epidemiology and Community Health（疫学と地

域保健)」発表された、デンマーク自死予防研究所とストックホルム大学の共同研究によると、1989～2002年に比べて、2003～2016年の同性カップルの自死率は46%減少し、異性カップルは28%減少している（甲91の1、2）。

デンマークでは2012年に、スウェーデンでは2009年に同性婚が法制化したこと等もあり、論文の第一著者であるAnnette Erlangsen氏は、「結婚していることは、自死の予防となります」、「同性婚を法制化することやその他の法的支援には、セクシャルマイノリティの人たちへのスティグマを減らす可能性があるかもしれません」と分析している。（甲A92）

(2) 2017年2月にアメリカ医師会の小児科専門誌に発表された、ジョーンズ・ホプキンス大学のJulia Raifman氏らの統計データを用いた多変量研究によると、アメリカでは、先行して同性婚制度を導入していた州においては、高校生の自殺未遂の発生率が低下した（甲A93の1、2、甲A94）。

研究を率いたJulia Raifman氏は、「同性婚の承認は、性的指向に関連する社会的なスティグマ（レッテル貼り）を低減させる」と指摘し、「平等の権利を持っているということと関連しているかもしれない。たとえその権利をすぐ行使する計画がなかったとしても。これにより生徒たちの後ろめたさは低減し、将来への希望とつながる」と説明している。（甲A95 AFPBB記事）

10 前項に関連して、我が国にも、性的少数者の自殺リスクがそうでない者の約6倍であるという調査があること。性的少数者の自殺リスクの高さは、政府の「自殺総合対策要綱」にも掲載されていること。

(1) 国内の調査では、厚生労働科学研究エイズ対策事業の一環として2001年になされた無記名自記式質問票による街頭調査により、男性について、異性愛者ではない人（同性愛者や両性愛者）の自殺未遂経験の割合は、異性愛者の5.98倍にのぼるとい調査結果が報告されている。これは、いじめ被害経験の有無が5.3倍の差になることを上回る影響の大きさである。（甲A96・2頁）

女性についても、異性愛者ではない人（同性愛者や両性愛者）の自殺未遂経験の割合は、異性愛者の1.8倍となるという調査結果が報告されている（甲A96・5頁）。

当該研究チームは、「とりわけ男性においては性的指向が自殺未遂経験に関連する決定的要因であることが明らかになり、異性愛でない人の自殺未遂率は異性愛者の約6倍であることが示されています。」としている（甲A96・1頁）。

この研究を契機に、性的少数者の自殺率の高さに注目が集まるようになった。（NHKが取り上げた例として、甲A97）

(2) これを受けて、政府は、自殺対策基本法（平成18年法律85号）に基づいて平成24年8月28日に閣議決定した「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～」のなかで、「自殺念慮の割合等が高いことが指摘されている性的マイノリティについて、無理解や偏見等がその背景にある社会的要因の一つであると捉えて、理解促進の取組を推進する。」「自殺念慮の割合等が高いことが指摘されている性的マイノリティについて、無理解や偏見等がその背景にある社会的要因の一つであると捉えて、教職員の理解を促進する。」（甲A98・15頁、16頁）と記載している。

(3) 続いて、平成29年7月25日に閣議決定した、前記平成24年の自殺総合対策大綱の見直しとしての「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～」のなかでは、「自殺念慮の割合等が高いことが指摘されている性的マイノリティについて、無理解や偏見等がその背景にある社会的要因の一つであると捉えて、理解促進の取組を推進する。

【法務省、厚生労働省】」（甲A99・11頁）及び「自殺念慮の割合等が高いことが指摘されている性的マイノリティについて、無理解や偏見等がその背景にある社会的要因の一つであると捉えて、教職員の理解を促進する。

【文部科学省】（甲A99・15頁）」という記載を、管轄省庁名を加える形で引き継いでいる。

これに加えて、平成29年版の自殺総合対策大綱では、「(16) 性的マイノリティへの支援の充実」という項目を新たに設け、以下の記載を加えている。(甲A99・27頁)

「法務局・地方法務局又はその支局や特設の人権相談所において相談に応じる。人権相談等で、性的指向や性同一性障害に関する嫌がらせ等の人権侵害の疑いのある事案を認知した場合は、人権侵犯事件として調査を行い、事案に応じた適切な措置を講じる。【法務省】

性的マイノリティは、社会や地域の無理解や偏見等の社会的要因によって自殺念慮を抱えることもあることから、性的マイノリティに対する教職員の理解を促進するとともに、学校における適切な教育相談の実施等を促す。【文部科学省】

性的指向・性自認を理由としたものも含め、社会的なつながりが希薄な方々の相談先として、24時間365日無料の電話相談窓口（よりそいホットライン）を設置するとともに、必要に応じて面接相談や同行支援を実施して具体的な解決につなげる寄り添い支援を行う。【厚生労働省】

性的指向や性自認についての不理解を背景としてパワーハラスメントが行われ得ることを都道府県労働局に配布するパワーハラスメント対策導入マニュアルにより周知を図るほか、公正な採用選考についての事業主向けパンフレットに「性的マイノリティの方など特定の人を排除しない」旨を記載し周知する。また、職場におけるセクシュアルハラスメントは、相手の性的指向又は性自認にかかわらず、該当することがあり得ることについて、引き続き、周知を行う。【厚生労働省】」

- 1 1 同性婚禁止解釈を維持する場合、そのようにして同性カップルを法的に承認しない婚姻制度のあり方は、性的少数者を差別する風潮を助長すること。

これに類する事柄は、非嫡出子相続分規定を合憲とした平成7年最高裁判決の反対意見が指摘しており、同規定はその後の判例変更により違憲と判断されたこと。

(1) 最高裁大法廷平成3年(ク)第143号同7年7月5日決定民集49巻7号1789頁(甲A100)は、非嫡出子相続分を嫡出子の2分の1と定める当時の民法900条4号ただし書の規定を合憲と判示したが、それには5人の裁判官の反対意見が付された上、尾崎行信裁判官の追加反対意見が付されている(17頁～)。当該追加反対意見はこのように述べている。

「三 本件規定の定める差別がいかなる結果を招いているかをも考慮すべきである。双方ともある人の子である事実には差異がないのに、法律は、一方は他方の半分の権利しかないと明言する。その理由は、法律婚関係にない男女の間に生まれたことだけである。非嫡出子は、古くから劣位者として扱われてきたが、法律婚が制度として採用されると、非嫡出子は一層日陰者とみなされ白眼視されるに至った。現実には就学、就職や結婚などで許し難い差別的取扱いを受けている例がしばしば報じられている。本件規定の本来の立法目的が、かかる不当な結果に向けられたものでないことはもちろんであるけれども、依然我が国においては、非嫡出子を劣位者であるとみなす感情が強い。本件規定は、この風潮に追随しているとも、またその理由付けとして利用されているともみられるのである。

こうした差別的風潮が、非嫡出子の人格形成に多大の影響を与えることは明白である。我々の目指す社会は、人が個人として尊重され、自己決定権に基づき人格の完成に努力し、その持てる才能を最大限に発揮できる社会である。人格形成の途上にある幼年のころから、半人前の人間である、社会の日陰者であるとして取り扱われていれば、果たして円満な人格が形成されるであろうか。少なくとも、そのための大きな阻害要因となることは疑いを入れない。こうした社会の負の要因を取り除くため常に努力しなければ、よりよい社会の達成は望むべくもない。憲法が個人の尊重を唱え、法の下での平等を定めながら、非嫡出子の精神的成長に悪影響を及ぼす差別的処遇を助長し、その正当化の一因となり得る本件規定を存続させることは、余りにも大きい矛盾である。

本件規定が法律婚や婚姻家族を守ろうとして設定した差別手段に多少の利

点が認められるとしても、その結果もたらされるものは、人の精神生活の阻害である。このような現代社会の基本的で重要な利益を損なってまで保護に値するものとは認められない。民法自体が公益性の少ない事項で当事者の任意処分任せてよいとの立場を明らかにしていることを想起すれば、この結論に達せざるを得ないのである。」

- (2) 1954年（昭和29年）、アメリカ連邦最高裁が、ブラウン対教育委員会事件（Brown v. Board of Education of Topeka）において、白人と黒人の公立学校を分離する人種隔離政策に関して、「分離すれども平等（separate but equal）」の法理は公立学校教育の分野には適用の余地がないとし、その理由として、「彼らを同様な年齢と資格を持つ他の者から、人種の違いのみを理由に隔離することは、その地域における彼らの地位について劣等感を植え付け、取返しのつかない仕方で心身に影響を与える。」とした。そして合衆国憲法修正14条（法の平等保護）違反であると判断した。（甲A101）。

ブラウン判決においてアメリカ連邦最高裁が述べたことは、上記(1)の尾崎裁判官追加反対意見が、「本件規定の定める差別がいかなる結果を招いているかをも考慮すべきである。」「人格形成の途上にある幼年のころから、半人前の人間である、社会の日陰者であるとして取り扱われていれば、果たして円満な人格が形成されるであろうか。少なくとも、そのための大きな阻害要因となることは疑いを入れない。」と述べたことと同じ趣旨であると理解できる。

- (3) すると、上記(1)の尾崎裁判官の追加反対意見の指摘があてはまる範囲は、非嫡出子の相続分規定にとどまらない。より広く、社会のなかで差別されがちなマイノリティと、当該マイノリティに関わる法制度のあり方との関係を示唆している。

すなわち、前記に挙げた、諸外国における同性婚をはじめとする施策導入と同性愛者の自殺率の関連や、我が国における性的指向と自殺未遂率の関連に関する調査結果に照らせば、同性婚禁止解釈という別異取扱いが、いかな

る結果を招いているかを考慮することが要請される。

いずれも人と人のカップルである事実に差異がないのに、現在の取扱いは、男女のカップルには、戸籍法の定めにより届け出さえすれば婚姻を認め、同性カップルには婚姻を認めない。その理由は、その二人の性別が同じであるということだけである。

性的少数者は、古くから劣位者として扱われてきたが、同性婚禁止解釈により、一層日陰者とみなされ白眼視されている。現実に就学、就職などで許し難い差別的取扱いを受けている例がしばしば見られている（政府の自殺総合対策大綱（甲A98、99）、厚労省委託事業調査結果（甲A102の3・8頁～）、LGBT法連合会困難リスト第3版（甲A103の2）等）。

同性婚禁止解釈の本来の目的が、かかる不当な結果に向けられたものではないとしても、依然我が国においては、性的少数者を劣位者であるとみなす感情が強い。同性婚禁止解釈は、この風潮に追随しているとも、またその理由付けとして利用されているともみられる。

こうした差別的風潮が、性的少数者の人格形成に多大の影響を与えることは明白である（甲A96・自殺リスクの調査結果）。人格形成の途上にある幼年のころから、半人前の人間である、社会の日陰者であるとして取り扱われていれば、果たして円満な人格が形成されるであろうか。少なくとも、そのための大きな阻害要因となることは疑いを入れない。

憲法が個人の尊重を唱え、法の下での平等を定めながら、性的少数者の精神的成長に悪影響を及ぼす差別的処遇を助長し、その正当化の一因となり得る同性婚不受理扱いを存続させることは、余りにも大きい矛盾であると言える。

非嫡出子相続分規定の平成7年合憲決定に付された尾崎裁判官の追加反対意見に即せば、上記の指摘をなすべきである。

- (4) 非嫡出子相続分規定に関する前記平成7年最高裁決定は、18年後の最高裁大法廷平成25年9月4日決定民集67巻6号1320頁、甲A34)により判例変更され、同規定は憲法14条1項に違反するとされた。

平成25年大法廷決定は、平成7年決定の追加反対意見に直接言及はない

ものの、「平成7年大法廷決定において既に、嫡出でない子の立場を重視すべきであるとして5名の裁判官が反対意見を述べた」ことに言及し、社会の動向や国民意識の変化等に加えて、「これまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。」とし、「そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる。」と判示して、当該規定は憲法14条1項に違反するに至ったと結論付けている。

尾崎裁判官の追加反対意見に述べられた事柄も、「個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかである」という認定や、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」という認定を通して、平成25年大法廷決定における判例変更を導いたものである。

(5) しかも本件は、相続制度のように広い立法裁量が認められる事柄の問題ではなく、婚姻の問題である。また、再婚禁止期間違憲判決等の判示に照らせば、憲法上、婚姻をするについての自由は、親から相続を受けることよりも重要な事柄である。

加えて、我が国では、法律婚を尊重する意識は今も幅広く浸透している。

そのことは、前掲平成27年再婚禁止期間違憲判決も、「近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している」と述べているとおりである。

「法律婚を尊重する意識は幅広く浸透している」社会において、その婚姻制度から排除される性的少数者は、社会からどのような扱いを受けるかは、自ずと明らかである。

同性婚禁止解釈をとり続ける限り、同性カップルは、制度上婚姻が許されないような関係であるとして劣位に置かれ、法令上同性である者を性愛・恋愛の対象とする者（その多くは、トランスジェンダー、同性愛者や両性愛者などの性的マイノリティである）についても、今後も劣位者として扱われ続けるおそれがある。

(6) このように、婚姻制度において特定のマイノリティを差別する取扱いは、当該マイノリティを取り巻く社会の意識にも影響し、そのマイノリティの人格形成に重大な影響を与え、高い自殺率につながる。これらのことは、同性婚禁止解釈の憲法判断にあたって直視する必要のある重要な立法事実である。

12 前記のような社会の差別意識は、性的少数者である子どもに対しても向けられること。その事態は、子どもの権利条約の条約機関の勧告等に反し、それは憲法判断に影響する立法事実であること。

(1) 前記に述べた社会の差別意識は、性的少数者である子どもに対しても同様に向けられる。

ア 2013年、関東地方に住む10歳～35歳のLGBT等を対象に行なわれた調査によると、小学生から高校生の中に自分がLGBTであることをリアル(SNS等インターネット上でのやりとり以外のコミュニケーション/電話や手紙はリアルに含む)で話した相手の人数(当時)について質問したところ、生物学的男子53%、生物学的女子31%が、「だれにも言えなかった」と回答し、自分自身がLGBTであることを話さなかった理由について、どのグループでも最も多かったのは「理解されるか不安だった」という理由であり6割に上っている。非異性愛男子および性別違和のある男子の場合には「話すといじめや差別を受けそうだった」との回答も多く、それぞれ59%、60%にのぼった。(甲A104・LGBTの学校生活に関する実態調査(2013)3頁、5頁)。

イ このように、我が国の性的少数者の子どもは、自分が性的少数者であるこ

とを理由とする無理解やいじめ、差別に怯えている。

- (2) この点、子どもの権利に関する条約（平成元年（1989年）11月20日国連総会で採択、日本は平成2年（1990年）9月21日に署名、平成6年（1994年）4月22日批准、同年5月22日に国内においても発効）の条約機関である国連子どもの権利委員会は、2019年3月に発した「日本の第4回・第5回統合定期報告書に関する総括所見」の勧告第18条において、以下のとおり、「レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、トランスジェンダーおよびインターセックスである子ども（中略）に対して現実に行なわれている差別を減少させかつ防止するための措置（意識啓発プログラム、キャンペーンおよび人権教育を含む）を強化すること。」を日本政府に求めている（甲A105の1、2）。

「18. 委員会は、締約国に対し、以下の措置をとるよう促す。

- (a) 包括的な反差別法を制定すること。
- (b) 非婚の両親から生まれた子どもの地位に関連する規定を含め、理由の如何を問わず子どもを差別しているすべての規定を廃止すること。
- (c) とくに民族的マイノリティ（アイヌ民族を含む）、被差別部落出身者の子ども、日本人以外の出自の子ども（コリアンなど）、移住労働者の子ども、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、トランスジェンダーおよびインターセックスである子ども、婚外子ならびに障害のある子どもに対して現実に行なわれている差別を減少させかつ防止するための措置（意識啓発プログラム、キャンペーンおよび人権教育を含む）を強化すること。」

- (3) 日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告は、日本国憲法に関する解釈に影響を与える立法事実である。

ア 憲法98条2項は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定している。その解釈により、日本の国内法秩序において、日本が締約国となっている条約は法律よりも上

位の効力を有することが認められている。

その結果、条約の規定と法律の規定が抵触する場合、条約の規定が優先して適用される。

イ そして、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告は、日本国憲法に関する解釈に影響を与える立法事実として存在している。

この点につき、大阪高裁平成30年（ネ）第247号同年8月30日判決において引用されている（甲A107・5頁）、同判決の原審である神戸地裁平成28年（ワ）第1653号同29年11月30日判決（甲A106・31頁）では、日本が締約国となっている条約の内容や、その条約機関から日本に対して出された法改正を求める勧告が、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実であることを、以下のように認めている（甲A106・31頁）。

「日本が締約国となっている条約・勧告の内容や諸外国における立法の内容が立法事実となり得ることは否定できない。」

ウ したがって、国連子どもの権利委員会が、日本政府に対し、「レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、トランスジェンダーおよびインターセックスである子ども（中略）に対して現実に行なわれている差別を減少させかつ防止するための措置（意識啓発プログラム、キャンペーンおよび人権教育を含む）を強化すること。」を勧告した事実は、憲法解釈のなかで必ず考慮されなければならない。

(4) そして、繰り返しになるが、「人格形成の途上にある幼年のころから、半人前の人間である、社会の日陰者であるとして取り扱われていれば、果たして円満な人格が形成されるであろうか。少なくとも、そのための大きな阻害要因となることは疑いを入れない。」ことは、非嫡出子相続分規定の前掲平成7年大法廷決定における尾崎裁判官追加反対意見が指摘するとおりである。

アメリカの統計調査では、各州における同性婚施策の導入と、若者の自殺リスク減少との間に、統計上有意な関係があるという調査・分析があること

も先述のとおりである（甲A93の1、2、甲A94、甲A95）。

したがって、国は、子どもの権利条約の締約国として、性的少数者である子どもに向けられる差別を減少させかつ防止するための措置の一つとして、同性婚禁止解釈を改めるべきであると言える。

(5) 以上のとおりであるから、性的少数者の子どもの実態調査や、国連子どもの権利委員会から前記勧告がなされている事実等からすれば、現在の同性婚禁止解釈を維持することは許されないというべきである。

13 同性婚禁止解釈は、同性カップルに養育される子にとって不利益となり、同性カップルの子に対する差別でもあること

(1) ア 先述のとおり、現在の実務下、子のいる女性Aが、当該子の遺伝学上の父ではない男性Dと婚姻し、子と当該男性Dが養子縁組したときには（いわゆる連れ子養子）、子は、実母A及びその配偶者である養父Dとの共同親権に服するとされている（大村敦志『家族法第3版』（甲A19）284頁、昭和23年3月16日民事甲149号回答、昭和25年9月22日民事甲2573号通達）。

民法第818条2項が「子が養子であるときは、養親の親権に服する。」と規定しているにも関わらず、そのような扱いがなされている理由は、民法795条但書や798条但書の趣旨や、実母も引き続き子の共同養育にあたるという双方の意思に合致し、双方を共同親権者とするのが子の利益にとって最善であるためである。

イ ところが、子のいる女性Aが、女性のパートナーBと子を共同で養育する場合であっても、現在は、同性婚禁止解釈ゆえに、当該パートナーBと子が養子縁組をすると、民法818条2項の適用によって実母Aは親権を失うことになり、共同親権により子を養育するということができない。

ウ また、特別養子縁組は、配偶者のある者でなければならぬため（民法817条の3）、同性婚禁止解釈により、子のいる女性Aの女性パートナーBは、養親として適格であっても、子と特別養子縁組をすることができない。

(2) この状態は、子にとって見れば、自分の養育者であるBとの法律関係を保障されないということであって、法的承認と安定性を阻害し、子の不利益となる。そして、実親AとパートナーBが同じ性別であるという理由のみによって、子が差別される事態を助長するものでもある。

(3) ア 子どもの権利に関する条約（日本は平成6年批准）の条約機関である国連子どもの権利委員会は、令和元年3月に発した「日本の第4回・第5回統合定期報告書に関する総括所見」の勧告第18条において、以下のとおり、「非婚の両親から生まれた子どもの地位に関連する規定を含め、理由の如何を問わず子どもを差別しているすべての規定を廃止すること」を日本政府に求めている（甲A105の1、2）。

「18. 委員会は、締約国に対し、以下の措置をとるよう促す。

(a) 包括的な反差別法を制定すること。

(b) 非婚の両親から生まれた子どもの地位に関連する規定を含め、理由の如何を問わず子どもを差別しているすべての規定を廃止すること。

(c) とくに民族的マイノリティ（アイヌ民族を含む）、被差別部落出身者の子ども、日本人以外の出自の子ども（コリアンなど）、移住労働者の子ども、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、トランスジェンダーおよびインターセックスである子ども、婚外子ならびに障害のある子どもに対して現実に行なわれている差別を減少させかつ防止するための措置（意識啓発プログラム、キャンペーンおよび人権教育を含む）を強化すること。」

イ 同性婚禁止解釈は、子どもにとって、実親のパートナーが実親と同性であるという理由のみによって、子どもを差別する扱いであり、勧告18条(b)に反している。また、前記のとおり、当該勧告の存在は、憲法解釈において考慮すべき立法事実である。

(4) 前記Iで述べた点の繰り返しになるが、アメリカ連邦最高裁判所は、平成27年（2015年）6月26日、同性婚を認めない州法と州憲法の規定は合衆国憲法に違反すると判断したが、その際には以下のとおり述べ、同性婚

を認めないことは、同性カップルに養育される子にとって重大な不利益をもたらすことを指摘している。(Obergefell判決、甲A 1 0 8。日本の最高裁判所上席調査官の解説として、甲A 7 0) (以下の引用部分は甲A 1 0 8・2 3 8頁～)

「婚姻する権利を保障する第三の根拠は、婚姻する権利が子どもと家族を保護するからである。その意味で、婚姻する権利の意義は、関連する権利である子の養育、生殖及び教育の権利にも由来するのである。当裁判所は次のとおり上記種々の権利を一体性のあるものと判示して、各権利の関連性を確認した。「婚姻し、家庭を築き、子どもを育てる権利は、デュープロセス条項で保障される中核的な自由である。」

「婚姻が子どもたちの両親の關係に承認と法的構成を与えることから、子どもたちは「自分の家族の完全性と深い結び付き、そして、自らが所属するコミュニティとその日常生活における自分の家族と他の家族との調和を理解」することができるようになる(ウィンザー事件判決)。婚姻はまた、子の最善の利益にとって重要な永続性と安定性も提供する(法廷助言者(アミカス・キュリイ)である憲法上の子どもの権利に関する学者による意見書参照)。

全当事者が同意しているとおりに、血縁の有無にかかわらず、子どもたちに愛情に満ちた養育にふさわしい家庭を多くの同性カップルが提供している。何十万人もの子どもたちが現在同性カップルによって育てられている。ほとんどの州は、ゲイやレズビアンが個人またはカップル単位で養子縁組をすることを許可しており、養子または里子にとられた子どもたちの多くが同性の両親を有する。これはゲイやレズビアンが愛情に満ちた協力的な家庭を築くことができることを法そのものが承認していることの強力な証左である。

したがって、同性カップルを婚姻から排除することは、婚姻する権利が確信とする前提と抵触する。子どもたちは、婚姻が与える承認、安定性及び予測可能性がない限り、自分の家族が他の家族に何らかの意味で劣っているという烙印に苦しむことになる。子どもたちはまた、自らに何の落ち度もない

のに、より困難で不安定な生活を強いられ、婚姻関係を認められない両親に育てられることによる重大なコストにも苦しむことになる。したがって、本件で問題になっている各婚姻法は同性カップルの子どもたちを傷つけ、その尊厳を損なうものである（ウィンザー事件判決）。」

(5) 前記 I で述べた点の繰り返しになるが、Obergefell判決が前提とした立法事実は、我が国にも同様に存在している。

ア 我が国の同性カップルのなかにも、生殖補助医療等による子を共同養育する同性カップルや、以前の婚姻で設けた子を離婚後に出会った同性パートナーと共に養育するカップルが少なからずいる（甲A 109、甲A 4・59～61頁、118～121頁）。

イ 厚生労働省の「里親制度の運営について」（雇児発第0905002号平成14年9月5日）も、養育里親について、同性カップルを除外していない（甲A 110）。

実際に平成28年12月には、大阪市が、30代と40代の男性カップルを養育里親に認定したことが報じられ、同市は、認定理由について、「社会的養護への理解があり、経済的な安定性もある。実習で見た子どもとの関わり方も問題ない」と説明している（甲A 111）。

平成30年2月には、愛知県内の市でも30代の男性カップルが養育里親に認定されている（甲A 112）

ウ 平成30年に行なわれた国立社会保障・人口問題研究所による第6回全国家庭動向調査（令和元年9月13日発表）においては、「同性どうしのカップルも、男女のカップルと同じように、子どもを育てる能力がある」に賛成した国民の割合は、69.4%となっている。（甲A 60、調査方法について本文1頁、同性カップルについて58頁～、集計表は72頁）

エ 令和2年12月には、兵庫県明石市が、令和3年1月以降、「明石市パートナーシップ・ファミリーシップ制度」をスタートすることを公表している。同制度では、「互いを人生のパートナーとして尊重し、継続的に協力し合う「パートナーシップ関係」であることを表明した2者が市に届出をし、市が

その届出を受理したことを公に証明する制度です。」とされ、「2者のほかに家族として暮らしている子ども（未成年）がいる場合で、子どもを含む家族の関係を届け出てもらった場合には、合わせて証明します。」とされ（甲A113）、現在婚姻が認められていない同性カップル等であっても、「家族として暮らしている子ども（未成年）がいる」ことを正面から認め、しかもその「家族」の関係を、自治体として証明する施策を導入している。

オ このように、我が国においても、同性カップルが愛情に満ちた協力的な家庭を築くことができることを法や社会が承認している。

そのようなことを踏まえても、同性カップルの婚姻を禁止し、当該カップルに養育される子どもたちから婚姻が与える承認、安定性及び予測可能性を奪い、自分の家族が他の家族に何らかの意味で劣っているという烙印に苦しませることは、正当化されない。子どもたちに対して、自らに何の落ち度もないのに、より困難で不安定な生活を強いたり、婚姻関係を認められない両親に育てられることによる重大なコストによる苦痛を与えることも正当化されない。

同性婚禁止解釈は、同性カップルの子どもたちを不当に傷つけ、その尊厳を不当に損なうものであって、許されない。

#### 1 4 同性婚導入の経済的メリットが実証されており、同性婚禁止解釈の不合理性は、経済社会からの批判・懸念の対象となっていること

(1) 令和2年11月に同性婚推進団体により公表された、「婚姻の平等が日本社会にもたらす経済インパクト」では、日本は、OECD加盟国中、同性婚が法制化されている21カ国と比べ、一人当たりGDPが25%低いことが報告されている（甲A114・20頁）。

同レポートでは、同性婚を認めない国で事業を展開している企業においては、社員に平等な福利厚生を提供するための管理上の負担が大きくコストもかかるものであり、アメリカの調査によると、2014年には企業に総額11億ドルの費用負担がかかり、1社あたり最大25万ドルの費用負担となっ

たことが分かっていると報告されている。(甲A 1 1 4・2 1 頁)

- (2) 平成30年(2018年)9月、在日米国商工会議所(ACCJ)は「日本で婚姻の平等を確立することにより人材の採用・維持の支援を」(原題: Support the Recruitment and Retention of Talent by Instituting Marriage Equality in Japan)」と題する意見書を発表している(甲A 1 1 5)。

そこでは、「提言 在日米国商工会議所は、日本政府に対して、LGBTカップルにも婚姻の権利を認めることを提言する。LGBTカップルに婚姻の権利を認めることにより、日本でビジネスを行う企業が、生産性を最大化するための職場環境の基礎的要素である、人材の採用や維持、そして多様な従業員の公平な処遇において直面している障害を取り除くことができる。」として、「異性カップルとの処遇格差があるため、日本は人材の獲得に向けて競う他の多くの国と比較して、LGBTカップルにとって魅力がない。特別な福利厚生制度を設けたとしても、日本でビジネスを行う企業は、LGBTカップルが婚姻関係にある夫婦の権利と保護について定める法律から除外されることのデメリットを完全には払拭することができないため、競争上不利な立場に置かれている。」と指摘し、さらに、「性別、年齢、宗教、配偶者の有無または性的指向といった特性を基準に従業員の取扱いを変えることは、労使間、そして職場の仲間の中に亀裂を生じさせ、従業員のモチベーション、チームワーク、創造力や忠誠心に悪影響を及ぼし、ひいては生産性にも負の効果をもたらす。」との懸念が表明されている。

そして、各種の世論調査などを引用したうえで、「日本では国民の意識という観点からも、婚姻の自由を認める準備ができています」とも述べている。

- (3) 当該意見書には、ニュージーランド、カナダ、英国、アイルランド、デンマークの在日商工会議所も賛同している(甲A 1 1 6、甲A 1 1 7)。

当該意見書の公表後、同商工会議所会員企業、外国商工会議所、金融機関、法律事務所、大手の日本企業など、100を超える企業・組織がこの意見書に賛同を表明しているとのことである。(甲A 1 1 5・5 頁)

- (4) 直接的に同性婚導入を求めるものではないが、日本国内の経済団体でも、

平成29年(2017年)5月、一般社団法人日本経済団体連合会(経団連)は、「ダイバーシティ・インクルージョン社会の実現に向けて」との文書を公表して、「多様な人材の能力を引き出し、経済社会全体の生産性向上を図っていくことが不可欠である。」などとし、「見えないマイノリティ」であるとともに、企業としても取り組みが急務となっている、LGBTの人々に関する対応に経済界として初めて焦点を当て、各企業の取り組み状況を紹介すると共に、どのような対応が考えられるかを提言するものである。」としている(甲A118)

(5) 当該提言(甲A118)の18頁~42頁には、日本有数の大企業95社の取組み例(平成29年8月28日現在)が、社内規程において、事実婚状態にある同性パートナーを、異性婚と同等に扱う例が多数見られている。(あいおいニッセイ同和損害保険株式会社(18頁)、NTTドコモ(20頁)、大林組(20頁)、カルビー(21頁)など多数)。

(6) 日本組織内弁護士協会(JILA)は、平成31年2月、「日本でビジネスを行う全ての企業の基本的な問題における多くの課題を解消することを目的として、LGBTカップルの婚姻の権利を日本法上も認めることを提言いたします。」とする理事長声明を発している(甲A119)。

(7) これらの調査報告や意見表明の動きは、経済がグローバル化し人口減少が進む中で、多様な人材の能力を引き出して生産性を向上させるためには、性的指向・性自認などの属性によって人の処遇を差別することはデメリットであるという経済社会の認識があることを表わしている。

そして、在日米国商工会議所が婚姻平等を求める意見書を発し、これに経済界から多くの賛同がある事実は、そのようなデメリットをもたらす処遇の差別の一つが、現在の日本において、同性同士の婚姻を認めていないことである、という経済社会の認識を表わしている。

(8) 繰り返し述べているとおり、既に同性婚を導入した35を超える国や地域において、同性婚による悪影響が報告されていない。

他方で、同性婚は、法令上同性同士のカップルには婚姻ができるという選

択肢をもたらし、社会における性的マイノリティへの差別意識を解消させる可能性があり、前述のとおり自殺率を低下させるほどの（第12・3）、重大なメリットがある。

同性婚を認めることは、一部の人にとって明らかなメリットとなり、かつ、いかなる他者にもデメリットをもたらさない施策である。かかる施策ををあえて禁じることには理がない。このことは、経済界からみれば当然というべきである。

15 令和2年になされた東京高裁判決（最高裁で確定）は、外国法に基づき当該外国で婚姻し、国内でも事実婚関係にあった同性カップル間の不貞慰謝料請求を認容し、「婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益」の一部を認めていること。その際、慰謝料額の判断に関して「性別によって差異を設けているのではな」い旨判示したこと。

(1) 米国ニューヨーク州で同性婚をして日本でも事実婚状態にあった女性カップルの一方が、他方の女性らに対して不貞慰謝料を請求した事件で、前掲東京高裁令和2年3月4日判決は、「少なくとも民法上の不法行為に関して、互いに、婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有するものである」とした（甲A25・5頁）。そして、「両者間の合意により、婚姻関係にある夫婦と同様の貞操義務等を負うこと自体は許容されるものと解される上、世界的にみれば、令和元年5月時点において、同性同士のカップルにつき、同性婚を認める国・地域が25を超えており、これに加えて登録パートナーシップ等の関係を公的に認証する制度を採用する国・地域は世界中の約20%に上っており、日本国内においても、このようなパートナーシップ制度を採用する地方自治体が現れてきているといった近時の社会情勢等を併せ考慮すれば、控訴人及び被控訴人の本件関係が同性同士のものであることのみをもって、被控訴人が前記のような法律上保護される利益を有することを否定することはできない。」と判示し、両者が「平成28年12月当時、前記のような婚姻に準ずる関係にあったとの認定を左右するものではない。」

とした（甲A25・5～6頁）。

- (2) さらに、慰謝料の金額について、原審の宇都宮地裁真岡支部判決（甲A24・20頁）においては、「原告と被告Aとの関係は、日本の法律上認められている男女間の婚姻やこれに準ずる内縁関係とは異なり、現在の法律上では認められていない同性婚の関係であることからすると、少なくとも現時点では、その関係に基づき原告に認められる法的保護に値する利益の程度は、法律婚や内縁関係において認められるのとはおのずから差異があるといわざるを得ず」としていた判示について、東京高裁判決はかかる判示はせず、慰謝料額に関する判示記載部分において、日本では同性婚が認められていないことを考慮要素として掲記せず、「性別によって差異を設けているのではなく、婚姻に準ずる程度とその保護の程度は、それぞれの関係の実態に基づいて判断することが相当である」と判示した。（甲A25・9頁）。

同判決は、最高裁で確定した（甲A260）。

- (3) 前記裁判例は、日本国内で事実婚状態にある同性カップルに関する不貞慰謝料について、異性の事実婚カップルと全く同等の扱いをしたものと解するのが自然である。同裁判例は、いわゆる内縁の準婚理論の適用にあたって、同性カップルを異性カップルと同等に扱ったと言える。

#### 16 日本人男性パートナーと共同生活をしてきた外国籍男性のオーバーステイによる退去強制処分について、国が同男性への在留特別許可を認めたこと。

当該処分は、国において、当該男性を「日本人の配偶者等」と同様の状況にあるものと判断したものとと言えること。

- (1) 日本人男性パートナーと28年間共同生活をしてきた台湾国籍の男性のオーバーステイによる退去強制処分について、平成29年3月、同男性は、東京地方裁判所に退去強制令書発布処分等取消訴訟を提起していたが、判決期日の直前の平成31年3月、国は、同男性への在留特別許可をなすに至った（甲A127）。

（国が、当該訴訟において2年間にわたり応訴し争っていた経緯からして、

係属裁判所から、判決前に何らかの示唆を受けたことにより、在留特別許可をなした可能性が非常に高い。)

(2) 国が当該男性に在留特別許可をなした処分は、当該男性を「日本人と婚姻が法的に成立している場合」等（甲A128・入国管理局ガイドライン）と同様の状況にあるものと判断したものと言える。

17 同性婚禁止解釈によって、同性カップルの法律関係をめぐる混乱が生じてしていること。この状況は、婚姻制度は本質的に規格化されたものであるという平成27年夫婦同氏制大法廷判決が前提とする婚姻観が予定しない事態であること。

(1) 現在の状況

近時、同性カップルや性的マイノリティをめぐる様々な裁判が起こされ、また、各自治体が同性カップルを保護する取組みを進めるなか、同性カップルの法律関係は、以下のとおり錯綜、混乱した状況である。

ア 上記のとおり、婚姻に準ずる関係にある同性カップルについて不貞による慰謝料請求は認められた（前掲東京高裁判決、甲A25）。

しかし、婚姻に準ずる関係にある同性カップルについて、異性事実婚カップルのような準婚理論が常に適用されるのかは不明である。例えば、関係解消における財産分与（民法768条）は認められるのか、婚姻費用分担請求（民法760条）は認められるのか等は、実際に具体的事件の当事者が提訴をし、確定判断を得るまでは、予測が付かない事態となっている。

イ 第三者が関わる場合も同様である。例えば、同性カップルの一方と日常家事債務の取引をした者（民法761条）は、当該債務の履行をカップルの他方にも請求しうるのかどうか不明である。

また、例えば、オランダで、オランダ国籍の男性パートナーと婚姻した日本人男性は、報告的届出（異性婚であれば三箇月以内の届出が義務づけられている、戸籍法41条）をなしても、現在は不受理扱いとされている。この扱いのため、当該日本人男性の戸籍にはオランダ男性との婚姻関係は記載さ

れないため、当該日本人は重ねて婚姻をなしうる。男性間の関係が破綻し、正式な離婚が成立する前に（国によっては協議離婚ができず、離婚成立まで数年を要することもある。）、女性との婚姻を互いに望むようになったとき、この女性との婚姻届は受理されるが、当該女性との後婚は重婚として無効となるのか、当該女性の側から見ても不明である。

ウ 民事法関係のみならず、公的な権利との関係においても、前記のとおり、日本人同性パートナーとの婚姻同様の関係がある場合に在留特別許可が認められるケースがあることは確認されたものの（甲A127）、他方で、殺人事件被害者の同性パートナーが犯罪給付金不支給裁定の取消を求めた事案では、名古屋地裁令和2年6月4日判決（裁判所ウェブサイト掲載）は、犯罪被害者と共同生活関係にあった同性の者は、個別具体的な事情にかかわらず、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（遺族の範囲及び順位）1項1号の「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もの」に該当しないと判示している（甲A129）。

このように、公法上の法律関係においても、それぞれの制度ごとに、同性パートナーが事実婚配偶者と同様或いはそれに準じるものと認められるのかが、区々となる状態になっている。

エ 公営住宅への共同での入居資格については、住宅の管理者である自治体により区々であって、自治体パートナーシップ制度の利用をすれば家族として共同入居できる場合（甲A130神奈川県、甲A131世田谷区、甲A132文京区）、入居できないと言われている場合（甲A133東京都）、明確でない場合など（甲A134長野市）、自治体ごとに区々である。

医療機関において、同性カップルのいずれかが意思表示できない場合の医療同意や看取りについて、他方が「家族」として扱われるか否かについても、各医療機関ごと（自治体運営病院では自治体ごと等）に個別に決められている。

医療機関の側から見ても、国が同性カップルを「親族」としない一方で、

医療機関の施設がある自治体ごとに、パートナーシップ制度を導入していたり、していなかったりする上、それを導入している場合にも、医療機関は、意思確認ができない患者の連絡先として、国が「親族」と認める親や子などを優先すべきか、自治体が関係を承認する同性パートナーを優先すべきか等を、医療機関自身の責任において決しなければならない現状がある。

オ 外国の婚姻制度とトランスジェンダーが関わると、更に混乱が生じる。

(ア) 報道（甲A135）によると、日本の永住資格をもつ米国人マクレディ氏は、出生時の性別は男性であり、平成12年頃に日本人女性と婚姻し、3人の子をもうけ、日本で暮らしてきた。同氏は、平成30年、幼少期から自身のジェンダーに違和感を抱いていたことから米国テキサス州で法令上の性別を女性に変更する手続を取った。（このときの米国ではすでに、前掲Obergefell判決（平成27年）により全州で同性婚が認められており、女性配偶者がいる者が法令上の性別を女性に変更することも、当然認められた。）

マクレディ氏が日本に戻り、住所地である目黒区において住民票上の性別表記を「男」から「女」を変更しようとしたところ、目黒区は、同氏の性別を「女」にするのであれば、日本人配偶者の続柄はそれまでの「妻」から「縁故者」に変更してほしい旨を述べた。目黒区は、東京都や法務省等の助言を受けた後、再び「縁故者」に変更するよう指示した。そのため、平成31年4月の時点で、マクレディ氏は、パスポートの性別は女性であるのに、日本国内の住民票や保険証の性別は男性のままである。

(イ) マクレディ氏によれば、外国人トランスジェンダーが、法令上異性である日本人等と婚姻し配偶者ビザで日本に在留する場合、（母国での性別変更手続自体は可能であっても）日本では同性婚が認められていないため、在留資格の喪失を怖れて性別変更を控える者もいるとのことである（甲A135・6頁）。そのような者は、日本人等のパートナーと日本で暮らすために、身分証明書の性別表記が、性自認や社会生活上の性別と異なる事態に耐え続けていることになる。

(ウ) 法務省担当者は、報道機関に対し、「想定していなかったケース」とコメントしているようであるが(甲A135・5頁)、前記Iのとおり、すでに多くの国と地域で同性婚が次々に認められており、これらの国々は日本とも多くの人的交流があるため、かかるケースが生じるのは当然のことである。マクレディ氏の件もそれにあたるし、上記(イ)のケースもその一つである。

カ 以上に概観したとおり、現在、民法関係でも、公法関係においても、婚姻同様の関係にある同性カップル(同性婚が認められている外国で婚姻したカップルを含む。)について、婚姻による効果の一つが認められるか否かが、個々別々に判断されている。

(2) 現在の状況は、夫婦同氏制大法廷判決の婚姻観に反していること

前記の状況は、最高裁大法廷平成27年12月16日夫婦同氏制大法廷判決(甲A35)が前提とする婚姻観に反している。

ア というのも、同大法廷判決の法廷意見は、「仮に、婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、これをもって、直ちに上記法制度を定めた法律が婚姻をすることについて憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない。」と判示する(甲A35・6頁)。

また、同判決に付された寺田逸郎裁判官(裁判長)の補足意見は、「本件で上告人らが主張するのは、(略)いわば法律関係のメニューに望ましい選択肢が用意されていないことの不当性を指摘し、現行制度の不備を強調するものであるが、このような主張について憲法適合性審査の中で裁判所が積極的な評価を与えることには、本質的な難しさがある。」、「法律制度としてみると、婚姻夫婦のように形の上では2人間の関係であっても、家族制度の一部として構成され、身近な第三者ばかりでなく広く社会に効果を及ぼすことがあるものとして位置付けられることがむしろ一般的である。」、「法律上の仕組みとしての婚姻夫婦も、その他の家族関係と同様、社会の構成員一般からみてもそう複雑でないものとして捉えることができるよう規格化された

形で作られていて、個々の当事者の多様な意思に沿って変容させることに対しては抑制的である。」「我が国でも、夫婦・親子の現実の家族としてのありようは、もともと地域などによって一様でないとの指摘がある中で、法的には夫婦関係、親子関係が規格化されて定められてきていることに留意することが求められよう。」とする。

夫婦同氏制最高裁判決は、婚姻制度とは、第三者や社会の構成員一般からみても捉えやすいように「規格化された形」であるべきことを前提としているものである。

イ ところが、婚姻同様の関係にある同性カップルについては、現在、民法上の婚姻による効果について、個別の法的効果ごとに、あるいは、自治体の自治事務に係る効果については各自治体ごとに、それが「望ましいメニューであるかどうか」（前掲最高裁判決の寺田補足意見）が、逐一、判断されている現状にある。

同性カップルの法律関係をめぐる、このように錯綜、混乱した状況は、婚姻制度とは本来的に規格化されたものであるという平成27年夫婦同氏制最高裁判決の婚姻観が予定しない事態である。

(3) 養子縁組について、制度の予定しない利用がされていること

加えて、同性婚禁止解釈のために、家族としての安定した法的保護を受けるため、養子縁組制度を利用する同性カップルも少なくない（甲A4・136頁～）。

ア 現在少なからぬ自治体で、自治体パートナーシップ制度を利用できる当事者の要件として、「互いに近親者でないこと」との要件は挙げつつも、パートナー関係に基づいて養子縁組している場合は制度の利用を認めている（甲A136横須賀市、甲A137福岡市、甲A138新潟市）。

こうしたことは、自治体が、同性婚が禁じられているためにやむなく養子縁組を利用する同性カップルが実在することを認識し、パートナーシップ制度の具体的制度設計に当たってそれを立法事実として認め、そのような同性カップルを制度から排除しない選択をした、ということである。

イ しかしながら、継続的な性的結合関係にある当事者が、その関係への法的保護を受けるためになした養子縁組は、養子縁組制度の本来予定しないものである。

最二小昭和46年10月22日判決民集25巻7号985頁(甲A139)が、「かかる事実関係のもとにおいては、養子縁組の意思が存在するものと認めることができ、かつ、右の過去の一時的な情交関係の存在は、いまだもつて、あるべき縁組の意思を欠くものとして、縁組の有効な成立を妨げるにはいたらないものであるとした原判決の判断は、正当として是認することができる」としているためである。

ウ 養子縁組制度が、本来予定しない目的で用いられていることの原因は、現在の同性カップルには、確実に家族としての保護を受ける方法がそれ以外にないからであり、同性婚禁止解釈のためである。

#### (4) 小括

以上のように、現在の同性婚禁止解釈は、同性カップルの当事者だけでなく、このようなカップルと関わりを持つ第三者や社会全体を混乱させているうえに、夫婦同氏制合憲判決が前提とする婚姻観が予定しない事態を招き、さらに、養子縁組制度についても、制度が予定しない利用がなされている。

以上のように混乱した法的状況は、すみやかに整理されるべきであり、その方法としては、同性婚を認めること以外にはない。

### 18 精神医学の分野において、同性愛・両性愛や、性別違和・性別不合は、精神病理ではないという知見が確立してきたこと

(1) 同性愛・両性愛や性別違和・性別不合については、精神病理であるという従来の仮定が、現在は変更されてきた。

(2) 前記のとおり、同性愛について、以前は病理とされたが、1970年代頃から病理として扱われなくなった。以下は、府中青年の家事件における認定である(甲A28・169頁、甲A29・207頁)。

「(一) かつて、同性愛に関する心理学上の研究の大半は、同性愛が病理

であるとの仮定に立ち、その原因を見い出すことを目的としていたが、1975年以来、アメリカ心理学会では、同性愛に対する固定観念・偏見を取り除く努力が続けられてきた。

また、国際的にも影響力のあるアメリカ精神医学会により作成される精神障害の分類と診断の手引き（DSM）においては、1973年12月、アメリカ精神医学会の理事会が同性愛自体は精神障害として扱わないと決議し、DSM-IIの第七刷以降「同性愛」という診断名は削除され、代わって「性的指向障害」という診断名が登場し、DSM-IIIにおいてはそれが「自我異和的同性愛」という診断名に修正された。これは、自らの性的指向に悩み、葛藤し、それを変えたいという持続的な願望を持つ場合の診断名である。しかし、この「自我異和的同性愛」という診断名も、同性愛自体が障害と考えられているとの誤解を生んだこと、右診断名が臨床的にほとんど用いられていないことなどから、1987年のDSM-IIIの改訂版DSM-III-Rからは廃止された。

更に、世界保健機構で作成されているICD国際疾病分類の第九版であるICD-9をアメリカ連邦保健統計センターが修正し1979年1月に発効したICD-9-CMでは、「同性愛」という分類名が「性的逸脱及び障害」の項の一つとしてあげられていたが、ICD-9の改訂版であるICD-10の1988年の草稿では「同性愛」の分類名は廃止され、「自我異和的性的定位」という分類名が用いられており、これについては、「性的同一性、性的指向に疑いはないが、もっと違ったものであればよいのにと願い、それを変えるための治療を求める場合がある。」と記述されている。同じく1990年の草稿では「自我異和的性的定位」の項に「性的指向自体は、障害と考えられるべきではない。」と記述されている。

日本においても、精神科国際診断基準検討委員会によってわが国の診断基準の「試案」が作られ、そこにおいては種々の意見があったが、「同性愛」は「性障害」の診断名としては取り上げられず、「同性愛」は精神障害に入らないとの前提のもとに、参考項目に付加的分類名として残されるのみとな

った。

このように、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。」

- (3) また、性同一性障害についても、特例法制定当時（平成15年）は、ICD-10で「gender identity disorder（性同一性障害）」として疾患とされていたものが、ICD-11（2022年発効）で「gender incongruence（性別不合）」とされ、「性の健康に関する状態」に分類されて、疾患とは扱われなくなっている。（甲A153・56～57頁）

## 19 国際人権法分野の状況

- (1) 国連人権理事会は、平成23年（2011年）7月14日、いわゆる「性的指向・性自認と人権に関する決議」（SOGI決議）を採択し、日本もこれに賛成している（甲A158の1、2）。

SOGI決議の内容は、「人権理事会は、世界人権宣言および、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約、市民的及び政治的権利に関する規約、並びに他の関連する中核的な人権文書のような他の人権文書にその後推敲されて定められたような、人権の普遍性、相互依存性、不可分性、相互関連性を想起し、世界人権宣言が、全ての人間は、生まれながらにして自由であり、かつ尊厳と権利とにおいて平等であることを確認し、また全ての者が人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的その他の意見、国民的もしくは社会的出身、財産、門地その他の地位によるいかなる差別も受けることなく、全ての権利と自由とを享有することが宣言において定められていることをまた想起し、（中略）世界の全ての地域において、性的指向およびジェンダー同一性を理由として個人に対して行なわれる暴力と差別の全ての行為に重大な懸念を表明」するものである。

このように、国連人権理事会は、性的指向や性自認に関する人権を、世界人権宣言以来謳われてきた、人権の普遍性、相互依存性、不可分性、相互関連性に基づくものの一つと位置付けている。性的指向や性自認の多様性は、

第二次世界大戦の反省のもと、世界人権宣言以来、国際社会が前提としてきた人間一人一人の多様性のうちの一つにすぎないものと捉えられている。

（「新しい権利」とは捉えられていない。この点、インターネットの発達に伴い議論されるようになった「忘れられる権利」などとは異なる。）

- (2) 平成18年（2006年）に採択された「性的指向と性自認に関する国際人権法の適用に関する原則」（通称ジョグジャカルタ原則）においても、同様の見解が明示されている。（同原則は、国連や国家により作成・採択されたものではなく法的拘束力を持たないが、国連の特別報告者や条約履行監視機関の委員らが起草から採択まで直接関与しており、事実上の権威ないし解釈論としての正統性が担保されていると言われており、甲A159谷口洋幸「LGBT／SOGIの人権と文化多様性」230頁）。

すなわち、同原則も、「性的指向・性自認に関する国際人権法の適用に関するジョグジャカルタ原則」という正式名称のとおり、性的指向・性自認に関して、（新しく特別な権利を設定したものではなく、）既存の国際人権法がそのままの形で性的指向や性自認の問題にも適用可能であるとしている（甲A159・230頁）。

20 日本が締約国である条約等や、日本政府に向けられた勧告等において、性的指向や性自認に基づく差別を禁止したり、同性婚の権利保障を内容とする内容のものが多数存在すること

- (1) 前記のとおり、国連人権理事会は、平成23年（2011年）6月17日、「性的指向・性自認と人権に関する決議」（SOGI決議）を採択し、日本もこれに賛成した（甲A158の1、2）

それ以外にも、国連は、「LGBTコアグループ」を結成されるなど取り組みを活発化させており、日本も同グループのメンバーである（甲A159・237頁）。

- (2) 市民的及び政治的権利に関する国際人権規約（自由権規約）は、性的指向に基づく差別を禁止していると解釈されている。

ア 自由権規約は昭和51年（1976年）3月23日に発効し、日本は昭和54年（1979年）6月21日に批准し、同年9月21日に日本国内でも発効した。

イ 自由権規約委員会は、平成6年（1994年）3月31日、「当委員会としては、自由権規約第2条第1項及び同第26条の「sex（性）」は性的指向も含まれる」と述べている（トゥーネン対オーストラリア事件、甲A184の1、2・12頁）。

記（外務省ウェブサイトより）

#### 第二条1

この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する。

#### 第二十六条

すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。

ウ 続いて、自由権規約委員会は、平成15年（2003年）9月18日、退役軍人の遺族年金受給資格を異性パートナーに限定している制度の自由権規約26条違反が主張された事件で、前記トゥーネン事件を引用し、規約26条に基づく差別の禁止は、性的指向に基づく差別の禁止も含む旨を述べている。続いて、合理的かつ客観的理由に基づく区別は許容されるとしつつ、締約国（オーストラリア）は、かかる理由を説明しておらず、この区別を正当化しうるいかなる要素も提出していないとして、同性パートナーへの遺族年

金受給の拒否は、規約 26 条に違反すると結論付けた（甲 A 185）。

エ その後もこの解釈は変更されておらず、自由権規約第 2 条及び第 26 条は、自由権規約委員会により、性的指向に基づく差別を禁じていると解釈されている。

オ なお、規約 23 条は婚姻を男女に限っているが、同条は、締約各国の宗教や習俗などの個別性に配慮する趣旨であり、日本には、同性婚を認め得ないような支配的な信仰も習俗も存在しない。

そして、後述のとおり、令和 4 年 11 月には、自由権規約委員会は、日本政府に対し、同性婚を認めるよう勧告している。

(3) 日本政府は、平成 20 年と平成 26 年、自由権規約委員会から、政府報告書審査に対し 2 度続けて、性的指向や性自認による差別是正の勧告を受けている（甲 A 186・9 頁）（甲 A 187・4 頁）。

そして、日本政府は、自由権規約委員会が令和 4 年 11 月 3 日に発表した日本政府に対する総括所見において、「レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、およびトランスジェンダーの人々が、特に公営住宅、戸籍の性別変更、法律的な結婚へのアクセス、および矯正施設での処遇において、差別的な扱いに直面していることを示す報告に懸念を抱いている（第 2 条及び第 26 条）」と述べ、締結国が行うべきこととして、「(b) 同性カップルが公営住宅へのアクセスや同性婚を含め、規約に規定されたすべての権利を締約国の領域のすべてで享受できるようにする。」と勧告されている（甲 A 273・4～5 頁）。

(4) 社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）は、性的指向に基づく差別を禁止していると解釈されている。すなわち、平成 12 年以降の経済社会理事会の一般的意見では、社会権規約第 2 条第 2 項等にもとづいて、それぞれ、性的指向や性自認に基づく差別が許されないことが明示されている（甲 A 188 の 1～5）。

(5) 日本政府は、平成 25 年、社会権規約規約委員会から、同性カップルの差別に関連する法律の包括的検討や法改正を勧告を受けている（甲 A 189・

3頁)。

- (6) 日本政府は、平成20年、平成24年、平成30年、国連人権理事会のU  
PR (普遍的・定期的レビュー) において、三度続けて、各国から性的指向  
や性自認による差別是正の勧告を受けていること。その数は年を追うごとに  
増えている (甲A190・12頁、甲A191・11頁、12頁、13頁、  
14頁、A192・7頁)

平成20年、24年、29年と年を追うごと他国からの性的マイノリティ  
からの勧告の数が増えているのは、性的マイノリティに関する日本の対応が、  
世界の国々から取り残されていることの現れである。

- (7) 日本は、性的指向による差別を禁止するオリンピック憲章の改正に賛成し  
ている。

ア 国際オリンピック委員会は、平成26年(2014年)12月8日のIOC  
総会において、オリンピック憲章の全7項による「オリンピズムの根本原  
則」のうち第6項を改正し、2013年版までは「6. 人種、宗教、政治、  
性別、その他の理由による、国または個人に関する差別はいかなる形態であ  
れ、オリンピック・ムーブメントと相容れない。」とされていた条項を、「こ  
のオリンピック憲章の定める権利および自由は人種、肌の色、性別、性的指  
向、言語、宗教、政治的またはその他の意見、国あるいは社会的な出身、財  
産、出自やその他の身分などの理由による、いかなる種類の差別も受けるこ  
となく、確実に享受されなければならない。」と改正した (甲A193・1  
1頁、甲A194・6頁、11頁)。

日本は、その前年である平成25年には、2020年には夏のオリンピッ  
クを東京で開催する決定を得ていたが、その後の平成26年のIOC総会に  
おいて、オリンピック憲章は改正された。

したがって、日本は、東京オリンピック開催に際しては、オリンピック参  
加国の選手や来国者に対して、「このオリンピック憲章の定める権利および  
自由」との限定はあるものの、性的指向を理由とするいかなる差別もなして  
はならない義務を負うことになった。

イ これを受けて、東京都は、平成30年、「東京都オリンピック憲章にうたわれる人権尊重の理念の実現を目指す条例」を可決した。そこでは、「第四条 都、都民及び事業者は、性自認及び性的指向を理由とする不当な差別的取扱いをしてはならない。」等とされた（甲A195の1、2）

(8) 以上のとおり、日本が締約国となっている条約では、性的指向に対する差別を禁じ、性的マイノリティに対する差別の解消や同性カップルの保護として、婚姻へのアクセスを制限しないよう要請している。また、日本政府は、国連機関や諸外国から、性的指向や性自認に基づく差別を防止する措置の勧告を受け、同性婚を認めるよう勧告を受けているのであり、これらの条約や勧告の存在は、いずれも憲法解釈において考慮すべき立法事実である。

## 2.1 アメリカ合衆国憲法との比較について

ちなみに、アメリカ合衆国憲法では、性別による差別の包括的禁止条項は設けられていない（甲A223・修正第14条、投票権についての修正第19条などがあるのみである。）。そうであるにも関わらず、アメリカの連邦最高裁判所が、2015年のObergefell判決において、合衆国憲法の解釈により、同性婚を認めない州法・州憲法を違憲としたことは（甲70、108）、前記のとおりである。

これに対し、日本の憲法では、憲法14条1項が、性別による差別の包括的禁止を明文で定め、憲法24条2項は、配偶者の選択などの婚姻及び家族に関する事項について、両性の本質的平等に立脚すべきことを定めている。

すると、日本の憲法の解釈においては、アメリカ合衆国憲法の解釈論以上に、同性婚の禁止について憲法の規律が及び、憲法に違反すると言えるものである。

2.2 日本政府は、前記のとおり自殺対策に性的マイノリティの自殺対策を含めているほかにも、「人権教育及び人権開発の推進に基づく法律」（平成12年法律第147号、以下「人権教育啓発推進法」という。）に基づく施策の

なかで、平成14年頃から「性的指向」に言及し、平成30年以降は「性的指向」を強調事項として、これを理由とする偏見や差別をなくすべきであるという啓発活動や具体的な指針策定をしていること

- (1) 平成6年（1994年）12月の国連総会において「人権教育のための国連10年」とする決議が採択されたことを受け、平成12年、人権教育啓発推進法が制定されたところ、これに伴い政府は、平成14年3月に閣議決定した「人権教育・啓発に関する基本計画」中、「以上の類型に該当しない人権問題、例えば、同性愛者への差別といった性的指向に係る問題や新たに生起する人権問題など、その他の課題についても、それぞれの問題状況に応じて、その解決に資する施策の検討を行なう」とした（甲A195・38頁）。
- (2) 法務省は、人権教育啓発推進法に基づく「啓発活動強調事項」では、遅くとも平成30年版から、「(14) 性的指向を理由とする偏見や差別をなくそう」、「(15)性自認を理由とする偏見や差別をなくそう」という項目を設けて（甲A197）、現在もこれらについて、「同性愛や両性愛といった性的指向に関する偏見から、場合によっては職場を追われたりするなどの人権問題が発生しています。また、性自認に関する偏見から、からだの性とこころの性が一致していない人が、周囲の心ない好奇の目にさらされたり、職場などで不適切な取扱いを受けたりするなどの人権問題も指摘されています。この問題についての関心と理解を深めていくことが必要です」と啓発している（甲A2）。
- (3) 令和2年4月1日最終改正の「人事院10－10（セクシュアル・ハラスメントの防止等）の運用について（平成10年11月13日職福－442）（人事院事務総長発）」「第2条関係」では、「この条の「性的な言動」とは、性的な関心や欲求に基づく言動をいい、性別により役割を分担すべきとする意識又は性的指向若しくは性自認に関する偏見に基づく言動も含まれる。」と定め（甲A198・1頁）、「第7条関係」では、「この条の第2項の「研修」の内容には、性的指向及び性自認に関するものを含めるものとする。」と定め、セクシャルハラスメントに該当する例として、「性的指向や性自認

をからかひやいじめの対象としたり、性的指向や性自認を本人の承諾なしに第三者に漏らしたりすること。」と定めている（甲A198・3頁）。

- (4) 令和2年1月14日付「厚生労働省告示第5号「事業主が職場における優越的な関係を背景とした言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずるべき措置等についての指針」（いわゆる「パワーハラ指針」）」では、パワーハラスメントに該当する例として、「人格を否定するような言動を行うこと。相手の性的指向・性自認に関する侮辱的な言動を行うことを含む。」（甲A199・7頁）、「労働者の性的指向・性自認や病歴、不妊治療等の機微な個人情報について、当該労働者の了解を得ずに他の労働者に暴露すること。」と定めている（同9頁）。

- 23 近年の国会では、性的マイノリティの権利侵害防止や、人権啓発施策に留まらず、家族法改正の審議でその権利の保護が検討され、附帯決議にも盛り込まれたうえ、令和5年には不十分ながら性的少数者の基本法が成立したと

平成30年（2018年）7月6日、民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律（平成30年法律第72号）が成立した（同年7月13日公布）。特別寄与制度が導入され（改正民法第1050条）、相続人以外の被相続人の親族が無償で被相続人の療養看護等を行った場合には、一定の要件の下で、相続人に対して金銭請求をすることができることとなった。

この改正の際の国会審議においては、特別の寄与が認められる対象の範囲を親族に限定するか否かが議論となり、親族に限定すべきではないとの立場から、参考人招致された民法研究者や法律実務家から同性パートナー保護の主張がなされ、ゲイであることを公表している大学教授も参考人として招致された（甲A200～202）。衆参両院の法務委員会附帯決議において、「二 性的マイノリティを含む様々な立場にある者が遺言の内容について事前に相談できる仕組みを構築するとともに、遺言の積極的活用により、遺言者の意思を尊重した遺産の分配が可能となるよう、遺言制度の周知に努める

こと。」等とされた（甲A203～205）。

また、令和5年6月には、性的少数者に係る基本法である「性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律」（LGBT理解増進法）が成立、施行された。

## 2.4 合憲拡張解釈のまとめ

- (1) 以上にみたように、そもそも同性婚禁止解釈には正当な目的がないという点を措くとしても、前記に見た各立法事実からすれば、同性婚禁止解釈は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものとは言えず、憲法14条1項に違反する。
- (2) また、同性婚禁止解釈は、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠くものであり、憲法24条2項にも違反する。

## 2.5 （参考）イタリアでは合憲拡張解釈によって選択的夫婦別姓が認められたこと（甲A217の1、2、甲A10『新注釈民法(17)』180頁参照）

イタリア民法第143の2条は、以下のように定めている。

### 第143の2条 妻の姓

1. 妻は自らの姓に夫の姓を加える。また、未亡人である間も、新しい婚姻をおこなうまでそれを維持する。

原文

### Articolo 143 bis – Cognome della moglie

1. La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze.

イタリア民法143条の2は、女性は婚姻により自分の姓に夫の姓を加えるのみ記載され、夫の姓を加えることが義務であるのか、それとも選択可能であるのか規定上は不明確であったところ、1997年国務院（行政訴訟控訴裁判所）裁判所の解釈（憲法適合的解釈ないし合憲拡張解釈）により、

選択可能であることが判断された（甲A 2 1 7 の2）。その結果イタリアは、選択的夫婦別姓が認められている（甲A 1 0 『新注釈民法(17)』180頁参照）。

日本における同性婚の禁止の解決にあたっては、この例は参考にされるべきである。

## 第9 国民の「社会通念」によって、同性婚禁止解釈を是とすることは誤りであること

1 「いまだ同性同士の結びつきを婚姻と認める社会通念は形成されていない」として、同性婚を禁止することが許されるとの解釈がなされることがあるため（例として、甲A 1 2 9 ・犯罪被害者給付金に関する名古屋地裁判決）、念のためにその論理の誤りについて述べる。

### 2 そのような「社会通念」の認定はできないこと

前記にみた諸点（同性愛等に関する科学的知見の変化、諸外国の立法例、国民世論、自治体パートナーシップ制度の普及等）からして、そもそも、「いまだ同性同士の結びつきを婚姻と認める社会通念は形成されていない」とは言えない。

### 3 そのような「社会通念」に影響するのは、知識不足や経験不足である可能性が高いこと

(1) 釜野さおりらの2015年全国調査のなかで、「①日本で同性愛は精神病とされている」「②日本では、戸籍上の性別を変えることができる」という、（意見ではなく）「知識」を問う項目がある（甲A 5 7 ・43頁～）。

正答率は、問①、問②ともに女性のほうが男性より約8%高く（同45頁）、また、ともに60～70代の正答率は圧倒的に低い。

この比率は、同性間の恋愛や性交渉への受容度（同83頁～88頁）や、同性婚への賛成割合（同154頁～155頁）と、ちょうど呼応していると言える。

これらから分かることは、婚姻とは男女のものであるとか、同性同士の婚

姻など認められないという「意識」をもたらすものの一つは、「知識の不足」である、ということである。

(2) 記憶に新しい幾つかの例を見ても、『新潮45(2018年8月号)』に掲載された国会議員の「LGBT支援の度が過ぎる」と題する寄稿文は、LGBTは子をつくらず生産性がないとする主張に対して批判がなされたところ、同寄稿文の中には、「LGBは性的嗜好の話です。」「最近はLGBTに加えて、Qとか、I(インターセックス=性の未分化や両性具有の人)とか、(中略)もうわけが分かりません。」との記載があり(甲A218・59頁、60頁)、そもそも、同寄稿文を書いた国会議員において、性的指向や性分化疾患についての医学の知識や、これらの概念が国内外で確立した概念であるということに関する基礎的な前提知識が欠けていると見受けられる。

(3) 令和2年9月には、東京都内の足立区議会において、「LとGばかりになったら足立区は一代にして滅びる」という趣旨の発言が話題になったが(甲A219)、これも、各種の統計調査(同性愛者が全人口に占める割合は僅かであること)や精神医学(性的指向は意志や努力で変えられないこと)に関する基礎的な前提知識が欠けている。

このケースに関して述べれば、上記発言が話題となったことを契機として、翌令和3年1月までに、足立区議会では、いわゆる自治体パートナーシップ、ファミリーシップと同様の制度導入が決まった。同性カップルなどが育てている子どもとの関係も家族として証明するファミリーシップ制度については、兵庫県明石市について全国2例目の導入となった。(甲A256の1～3)。一時期において否定的な意見ないし感想を抱く国民が一定割合存在するとしても、そのような意見等は、なんらかのきっかけにより急速に是正されることがある。

#### 4 「社会通念」は今後変化する蓋然性が認められること

(1) 令和3年札幌地裁判決は、以下のように述べ、同性カップルについての自治体パートナーシップ制度の導入状況や、同性婚についての意見を尋ねる世論調査の結果を見れば、同性婚への肯定的意見が増加していることは、今後も

そのような国民意識が高まり続けるであろうことを示している、と判断している。

(甲A 2 2 5 の 1 ・ 2 6 ～ 2 7 頁)

「我が国においては、平成 2 7 年 1 0 月の東京都渋谷区に始まり、登録パートナーシップ制度を導入する地方公共団体が増加し、現在はその数が約 6 0 に及び、そのような地方公共団体に居住する住民の数は約 3 7 0 0 万人を超えるに至った(認定事実(8)ア)。また、年齢層による差異があるとはいえ、同性婚を法律によって認めるべきとの国民の意見は、平成 2 7 年の調査と比較して平成 3 0 年には増加しているとみることができ、かつ平成 2 7 年の調査当時からおおむね半数に達していたものであり、特に、比較的若い世代において肯定的意見が多くみられる(認定事実(10)ア～オ)。さらに、同性愛者のカップルに何らかの法的保障が認められるべきだとの意見に肯定的な回答は 7 5 % に上り(認定事実(10)オ)、我が国の企業のうち、権利の尊重や差別の禁止など L G B T に対する基本方針を策定している企業数は、平成 2 8 年から平成 3 0 年までの間に約 2 倍となった(認定事実(8)イ)。

上記各事実は、いずれも国民の意思を代表するものとはいえないが、性的指向による区別取扱いを解消することを要請する国民意識が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうことを示しているといえ、このことは、本件区別取扱いが合理的根拠を有するといえるかを検討するに当たって考慮すべき事情であるといえる。」

(2) 関連して、最高裁大法廷平成 1 7 年 9 月 4 日判決(在外日本人選挙権制限違憲判決、甲A 1 5 4 ・ 7 頁)は、「通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。」と判示する。

最高裁判決も立法事実として認定するとおり、情報伝達のスピードによって人々の意識変化のスピードも速まっているところ、性的マイノリティや同性婚への意識調査の変動(甲A 5 7, 5 9, 6 0)は、このことを裏付けて

いる。

(3) 以上のとおり、現時点において否定的な意見ないし感想を抱く国民が一定割合存在するとしても、同性婚禁止解釈を変更すべきであることの判断を左右するものではない。

5 より重要なこととして、「社会通念」を根拠に同性婚禁止解釈をなすことは、社会に存在する差別意識を司法が追認することと同じであること

前記の諸点を踏まえると、本件における「社会通念」は、社会に根強く存在する性的少数者への無知、無理解、誤解に基づく蔑視、偏見等の差別意識と峻別することができない。一定数の国民が未だ同性婚を受け入れていないからと言って、その意見が、差別意識の表出でないことが確認できない。

そのような国民の「社会通念」を、同性婚禁止の合理的根拠であるとすることはできない。

それは、結局のところ、社会にいまだ根強く存在する、性的少数者への無知、無理解、誤解に基づく蔑視、偏見等の差別意識を、司法が追認することと同義であって、許されない。

6 小括

したがって、一定数の国民が未だ同性婚を受け入れていないからといって、ことは、同性婚禁止解釈の正当化根拠たりえない。

第10 国レベルのパートナーシップ制度などの「婚姻以外の制度」によることが可能であるから同性婚禁止が許される、との論の誤り

1 問題の所在

同性カップルの保護について、婚姻ではなく、国レベルのパートナーシップ制度などの同性カップルを保護する法制度（以下、「代替新制度」という。）の新設でも足るなどとして、代替新制度の整備という選択肢があることを根拠に、同性婚を禁止すること自体は憲法に違反しないとの見解が述べられることがある。

同性婚に関する国家賠償請求訴訟において違憲判断を示した札幌地裁令和

3年3月17日判決（甲A225）、名古屋地裁令和5年5月30日判決（甲A277）においても、代替新制度を創設する立法措置であっても憲法に違反しないかのような判示をなしている。

しかしながら、具体的に検討すると、同性カップルの法的保護のためとして創設される代替新制度は、具体的な内容がいかなる制度であるとしても、憲法14条1項等に違反する制度である。

この点、主張Iにおいて、同性婚と実親子関係、親権との関係について、抽象的な検討ではなく、網羅的、具体的、客観的な検討を要することを述べ、実際にその検討をしたが、この点は、代替新制度が許されるかどうかにも密接に関連する。

2 実親子関係の決定ルール以外の制度については、代替新制度は、婚姻と同じ内容の制度にしない限り憲法14条1項等に違反すること

(1) まず、実親子関係の決定ルールと関係の薄い、同居・協力・扶助義務（民法752条）、貞操義務（民法770条1項1号参照）、財産共有推定（民法762条2項）及び財産分与（同768条）、相続権（民法818条3項）等について見る。

これらの効果について、代替新制度と婚姻との区別を設けるとすると、性別の組合せとは無関係な性質の法的効果について、性別の組合せによる区別を設けることになるため、合理的根拠がなく、憲法14条1項等に違反する区別になる。

そのため、これらの点では、代替新制度は、婚姻と同じ内容の制度にする他ない。

(2) 次に、法的なカップルが共同でなす養子縁組及びそれに基づく共同親権については、男女の夫婦による共同養子縁組（民法795条、特別養子について、民法817条の3）においても、子と養親は遺伝上の親子関係はないところ、法的なカップルが共同でなす養子縁組について、代替新制度と婚姻との区別を設けるとすると、その区別は、婚姻当事者の性別の組合せと無関係

な性質の制度について、性別の組合せによる区別をすることになり、合理的根拠がなく、憲法14条1項等に違反する区別になる。

そのため、法的なカップルが共同でなす養子縁組や、それに基づく共同親権について、代替新制度は、婚姻と同じ内容の制度にする他ない。

- (3) 法的カップルである実親と養親との共同親権については、異性婚のみが認められている現在の運用下、実母と養父、実父と養母が婚姻していれば（いわゆる連れ子養子）共同親権が解釈上認められることは、繰り返し述べてきたところ（大村敦志『家族法第3版』甲A19・284頁等）、この場合も、子は養親と遺伝上の親子関係がないのであるから、実母と養母、実父と養父が共同親権を有するかどうかについて、代替新制度に婚姻との区別を設けると、その区別は、婚姻当事者の性別の組合せと無関係な区別であって合理的根拠がなく、憲法14条1項等に違反する区別になる。

そのため、法的カップルである実親と養親（実母と養母、実父と養父）の共同親権について、代替新制度は、婚姻と同じ内容の制度にする他ない。

- (4) 以上のとおり、実親子関係の決定ルール以外の制度については、代替新制度は、婚姻と同じ内容の制度にする他ない。

### 3 実親子関係決定ルールのために代替新制度を設けることも、合理的根拠のない区別であって憲法14条1項等に違反すること

#### (1) 前提

実親子関係決定ルールのために、同性カップルについては婚姻と別の代替新制度を設けることが憲法14条1項等に違反するかどうかを判断するためには、網羅的、具体的、客観的な検討を行なう必要がある。

この際、法的カップルの共同養子縁組や、実親と養親が法的カップルである場合については、前記2のとおり区別を設けることは許されないから、ここで検討すべきは、法的なカップルが子の懐胎・出産自体に関与する場合のみである。

- (2) 女性カップルについて検討すると、代替新制度を設ける合理的根拠がない

こと

ア 女性同士の法的カップル（A及びBとする。）については、第三者の精子提供による生殖補助医療等によって、一方の女性Aが子が出産するケースを検討することになる。

イ まず、出産した女性Aは実母となる。

ウ（ア）次に、前記Iの民法772条（嫡出推定）の項目等でも述べたとおり、第三者の精子提供による生殖補助医療等により出産した女性の配偶者が、男性である場合には、当該男性が実父となる（民法772条、生殖補助医療親子関係特例法10条）、これらの規定の趣旨は、女性の懐胎時にその女性の配偶者であった男性が懐胎に同意した以上、男性を子の親とすることが子の保護にも当事者の意思にも合致し、家庭の平和に資することにある。

当該男性を実父とする際には子の遺伝上の親であることを要さない以上、かかる趣旨は、懐胎・出産した女性の法的パートナーの性別が女性（同性）であっても同じくあてはまる。

すると、女性同士の法的カップルについても、精子提供をした男性が認知により実父となることは認めず、かつ、子の出産と同時に、女性Bを、具体的な法概念はともかくとして、「もう一人の親」とする他ない。

そして、その際、女性Bは、出産した女性Aの法的パートナーであることによって「もう一人の親」となる（ところ）、その法的パートナー関係を、異性婚の男性を実父と定める理由となる関係（すなわち、懐胎・出産した女性との婚姻関係）と、別の身分関係としてよい合理的根拠はない。

（イ）ここで、女性Bについて、「もう一人の実親」とするか、新たな法概念において「もう一人の親」とするかについても、精子提供による生殖補助医療等により出産した女性の配偶者が男性である場合に当該男性が実父となることと比較すると、新たな法概念を創設する合理的根拠は見当たらず、「もう一人の実親」とすべきである。

（ウ）なお、懐胎・出産した女性の配偶者である（あった）女性を「もう一人

の実親」とするための民法規定の新設を、民法772条（嫡出推定）の改正によって行なうか、別の条文を加えることによって行なうかは、法技術の問題であり、上記の検討を左右しない。

エ 前記Iでも述べたように、男女の夫婦の場合との唯一の違いは、子を共同養育している両親が女性カップルの場合、その一方が遺伝上の親でないことや、両親以外に遺伝上の親が存在するということが、その子どもや第三者にとっても明らかな公然の事実である、という点であろう。

しかしながら、この点は、非配偶者間人工生殖（AID）により生まれた子の福祉の問題に帰するもので、事柄の性質上、AIDに関する法制度の整備の問題であって、「出産した女性とその法的パートナーである女性との関係を婚姻とすべきか否か」の問題ではない。

オ したがって、女性カップルが子の懐胎・出産に関与した場合について検討すると、制度を整備すべきは、AIDの点と、懐胎・出産した女性と法的カップルである女性を「もう一人の実親」とするための民法規定であって、婚姻にかわる代替新制度を設けるべき合理的根拠はない。

(3) 男性カップルについて検討しても、代替新制度を設ける合理的根拠がないこと

ア 男性同士の法的カップルについては、当該カップルの依頼等によって第三者である女性が子を代理出産するケースを検討することになる。

イ 同じく代理出産により男女の夫婦が子をもったケースでは、従来から、子を出産した女性とその子どもの実母であって、夫婦のうち妻が卵子を提供した場合であっても卵子提供者の女性と子との間に母子関係は成立しない（最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁・甲A16、生殖補助医療親子関係特例法9条）。

すると、男性同士の法的カップルの依頼等によって第三者である女性が子を代理出産するケースでも当該女性を実母とするのであれば、。どちらのケースにおいても、代理出産を依頼した法的カップルは、「実母」にならないことには変わりない。

代理出産を依頼した法的カップルの関係を「婚姻」と呼ぶべきかどうかは、代理出産における親子関係の問題とは、無関係の事柄である。

ウ 前記 I でも述べたように、もとより代理出産は、懐胎後、胎児の先天性障害が明らかとなった場合などに出産か人工妊娠中絶かの意思決定をどのようになすか、それを懐胎前の当事者間合意に委ねてよいのか等、検討すべき問題を持っているが、これらの問題は、異性間の婚姻のみを認める現在において、すでに同じく存在している。

そして、事柄の性質上、これらの問題は、代理出産に関する法制度の整備の問題であって、「代理出産を依頼した男性同士の法的カップルの関係を婚姻とすべきか否か」の問題ではない。

エ 男性カップルの依頼により代理出産で生まれた子について、男性カップルの一方が認知し、出産した女性との協議によって当該男性が単独親権者となることは、異性婚のみを認める現在の運用下でも可能であるところ(民法 819 条 4 項)、代替新制度下においても、婚姻同様、実父である当該男性と、養親となった他方の男性との間に共同親権を認めなければならないことは、前記のとおりである。

オ 代理出産が男女の夫婦の依頼でなされる場合との唯一の違いは、子を共同養育している両親が男性カップルの場合、子が両親以外の誰かから生まれてきたこと、両親の一方が遺伝上の親でないこと、両親以外に遺伝上の親が存在することが、その子どもや第三者から見ても明らかな公然の事実である、という点であろう。

しかしながら、この点は、代理出産により生まれた子どもの福祉の問題に帰するもので、事柄の性質上、代理出産に関する法制度の整備の問題であって、「代理出産を依頼した男性同士の法的カップルの関係を婚姻とすべきか否か」の問題ではない。

カ したがって、男性カップルが子の懐胎・出産に関与した場合について検討すると、制度を整備すべきは代理出産についてであって、婚姻にかわる代替新制度を設けるべき合理的根拠はない。

#### (4) 小括

以上により、実親子関係について、網羅的、具体的、客観的に検討すると、実親子関係の決定ルールのために婚姻にかわる代替新制度を設けることも、合理的根拠のない区別であって憲法14条1項等に違反する。

4 前記2及び3の検討から、代替新制度は、婚姻と同じ内容の制度にしない限り憲法14条1項等に違反するものの、婚姻と同じ内容の代替新制度は、「分離すれども平等 (separate but equal)」の論理によるものであって許されないこと

(1) 「分離すれども平等 (separate but equal)」論理は、アメリカの学校の人種隔離政策に関連して、1954年(昭和29年)、アメリカ連邦最高裁が、ブラウン対教育委員会事件 (Brown v. Board of Education of Topeka) において、法の平等保護 (合衆国憲法修正14条) 違反であると判断した際の論理であるところ (甲A101)、同判決は、以下のように述べている。

「本件においては、問題とされた白人校と黒人校とが建物、教科、教師の資格と給与、その他の「有形要素」について、平等になった、または平等化されているとの下級審認定がある。」

「本件の提示する問題は、公立学校における児童を人種のみを理由に分離することは、物理的施設と他の「有形」要素が同等であっても、少数グループ児童から平等の教育の機会を奪うことになるか、である。われわれは奪うことになることと信じる。」

「彼らを同様な年齢と資格をもつ他の者から、人種の違いのみを理由に隔離することは、その地域における彼らの地位において劣等感を植え付け、取返しのつかない仕方で心身に影響を与える。」

(2) ブラウン対教育委員会判決における上記の理は、本件においても同じく妥当するものであり、婚姻と同等の代替新制度を創設することは、「分離すれども平等」の論理によるものであって、憲法14条1項に違反する。

5 代替新制度によることが可能であるから同性婚禁止が許される、との論は誤りであること

以上のとおりであるから、現在の民法、戸籍法の定める婚姻制度以外の代替新制度により同性カップルを保護するとの論は、婚姻と同等でなければ、その区別は憲法14条1項等に違反し、かといって、婚姻と同等であれば、「分離すれども平等」の制度であってやはり憲法14条1項に反する。

したがって、代替新制度を設けることはできず、代替新制度によることが可能であるから同性婚禁止が許される、との論は誤りである。

#### 第11 同性婚禁止解釈に関する帰結

1 以上に見た立法事実等から、同性婚禁止解釈は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づかずに、互いに婚姻を望む同性の二人を別異に取扱うものであって、憲法14条1項に違反する解釈である。

2 また、同性婚禁止解釈は、個人の尊重と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、行政の権限の範囲を超えたものとみざるを得ないものであって、憲法24条2項にも違反する解釈である。

3 そのため、合憲解釈により、現行の民法、戸籍法は同性婚を禁じていないと解するほかない。

具体的には、現行民法、戸籍法の「夫婦」という文言は、「配偶者関係にある両当事者」等と解することとなる。「夫・妻」についても各条文の趣旨に応じて「一方配偶者・他方配偶者」等と解することとなる。「父・母」という文言についても各条文の趣旨に応じて「実親・その配偶者たる養親」等と解することとなる（かかる救済方法を合憲拡張解釈ということもある、甲A1）。

4 現行法において同性婚は禁じられていないと解釈すべきである以上、申立人らがフランスでした婚姻は、日本法との関係でも有効に成立しており（法の適用に関する通則法24条1項）、外国で有効に成立した婚姻に係る報告的届出である本件婚姻届けを不受理とした本件不受理処分は、違法な処分である。

ある。同時に、本件不受理処分は、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反する無効な処分である。(憲法 98 条 1 項)

- 5 本件市長は、同性婚を禁じていないと解釈すべき民法・戸籍法に従い、本件婚姻届を直ちに受理すべきである。

## 第 12 主張 II の結論

よって、本件市長は、同性婚を禁じていないと解釈すべき現行の民法・戸籍法に従い、本件婚姻届を直ちに受理しなければならない。

### 【Ⅲ 主張Ⅲ

主張Ⅰ及びⅡの点を措き、同性婚禁止規定があり、かつ同性婚禁止解釈しか採り得ないのであれば、そのような現行制度（同性婚禁止制度）は憲法14条1項及び24条2項に反し、法令違憲（具体的には、同性婚禁止規定は意味上の一部の違憲無効）であり、現在の婚姻制度は当事者の性別の組合せを問わない範囲で有効に存続すること。本件不受理処分は、違憲無効であること（憲法98条1項）。本件市長は、有効に存続する範囲の現行婚姻制度に基づき、本件婚姻届を直ちに受理すべきこと】

#### 第1 主張Ⅲの概要

- 1 仮に、同性婚を禁じていると言える現行法の根拠規定（同性婚禁止規定）が存在し、かつ、現行法上、同性婚は禁止されているという解釈（同性婚禁止解釈）しか採りえない結果、同性婚は禁止されていないという解釈が当該規定の解釈の範囲を超えているとするならば、そのような現行の制度（同性婚禁止制度）は、憲法14条1項及び24条2項に反し、法令違憲である。そのため、法令違憲の制度に基づく本件不受理処分は違憲無効である（憲法98条1項）。

この際、同性婚禁止制度の違憲審査において、いわゆる立法裁量論は採れない。

- 2 同性婚禁止制度が法令違憲である、とは、同性婚禁止制度の根拠規定とされる「夫婦」「夫・妻」「父母」などの文言を用いた規定（同性婚禁止規定）の意味の一部が違憲無効である、ということであり、その帰結として、現在の婚姻制度は当事者の性別の組合せを問わない範囲で有効に存続する。ゆえに、本件市長は本件婚姻届を直ちに受理すべきである。

この帰結は、最高裁大法廷における国籍法違憲判決や、夫婦同氏制合憲決定に付された反対意見に照らして相当である上、違憲判断後、立法措置までの間について、憲法違反を直ちに解消し、かつ混乱もない具体的方法があること、同性の二人の婚姻届けを直ちに受理すべき必要性、緊急性も高いこと

からしても、相当である。

### 3 以下、具体的に述べる。

## 第2 同性婚禁止制度は憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するかが問題となること（総論）

1 前記IIで述べたとおり、憲法14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」と規定し、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである（最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676等）。

仮に、現行の民法、戸籍法が同性婚禁止制度を定めるというのであれば、当該制度は、同じく互いに法律婚を望む同性カップルと異性カップルについて、別異の取扱いをする制度である。また、性的少数者について、別異の取扱いをする制度である。

すると、同性婚禁止制度が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものであると言えない限り、同性婚禁止制度は憲法14条1項に反するものであって、違憲無効である。

2 また、前記IIで述べたとおり、憲法24条2項は、「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定する。

夫婦同氏制大法廷判決（最高裁平成27年12月16日判決民集69巻8号2586頁、甲A35）によれば、「憲法24条2項は、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るとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、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だといえる。」

そして、「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く、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、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、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること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。」

「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、更に憲法24条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。」

本件においても、同性婚禁止制度が憲法24条2項にも適合するものとして是認されるか否かは、同性婚禁止制度の趣旨や、同性婚禁止制度により生ずる影響につき検討し、同性婚禁止制度が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠くか否かという観点から判断すべきことになる。

### 第3 本件制度に関する違憲審査は、厳格になすべきこと（総論）

- 1 同性婚禁止制度は、法令上の性別、性自認、性的指向という自らの意思や努力で変えられない事柄によってなされる区別にあたる上、婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するかという重要な法的地位に関するものであること

前記IIでも述べたとおり、同性婚禁止制度は、法令上の性別、性自認、性的指向という自らの意思や努力で変えられない事柄によってなされる区別にあたる上、婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するかという重要な法的地位に関するものである。

そのため、憲法14条1項、24条2項の適合性審査としては、慎重な審査がなされなければならない。

このことは、国籍法違憲判決（甲A76・4頁）や（非嫡出子相続分規定違憲決定（甲A34・10頁）における最高裁判例の趣旨に添うものであり、同性婚に係る立法不作為の国家賠償請求訴訟における複数の地裁判決（甲A225、甲A275～278）も同様に解している。

## 2 本件においては立法裁量論が妥当しないこと

(1) 同性婚禁止制度の違憲審査においては、「立法府の立場」が不明であり、立法裁量論が妥当しないこと

ア 立法裁量論とは、憲法が、立法をすること自体、その時期、その内容に関して必ずしも一義的に立法府を拘束してはいない場合が多く、そのような場合に裁判所は立法府の立場をなるべく尊重しなければならないが、ただ立法府がその裁量権を逸脱した場合に限って違憲判断を下すことができるという理論である（野中俊彦ら『憲法II 第3版』（平成13年、有斐閣）（甲A224・215頁））。

立法裁量論の上記の意義から明らかなように、立法裁量論が妥当する前提として、「立法府の立場」が明らかでなければならない。

イ この点、最高裁大法廷平成27年12月16日夫婦同氏制合憲判決は、婚姻制度について立法裁量論を採用したと言われることがあるが、同判決において違憲審査の対象とされた民法750条は、解釈の余地なく、婚姻当事者の同氏を求める規定である。

アメリカ連邦最高裁判所において同性婚を禁じる州法・州憲法の違憲性が審査されたObergefell判決では、ロバーツ首席裁判官（スカリア裁判官とトーマス裁判官も同調）の反対意見は、「我々（裁判官）は何様なのだろう」と表現し、婚姻が何であるかを決めるのは立法府であることを述べ（甲A70・58頁5行目）、これは日本でいう立法裁量論である。もっとも、当該事件では、違憲審査の対象となった法には、明確に婚姻を男女間に制限する

規定があった（甲A108・227頁）。

いずれも、「立法府の立場」は明確であった。

ウ これに対して、我が国の「同性婚禁止制度」は、これまでも繰り返し述べているとおり、根拠となる明文規定はない（主張I参照）。（主張IIのとおり拡張解釈しうる）「夫婦」「夫・妻」「父・母」などの文言があるだけである。

エ 明治民法制定当時、梅謙次郎博士は、「同性婚の無効は言わずして明らかである。ゆえに我が国の民法においては、同性間の婚姻についての規定を設けなかった。」と述べ、「法律による行政の原理」が徹底されない戦前とはともかく、日本国憲法が制定され、同原理が徹底されている戦後においても、同性間の婚姻について規定のない状態は、そのままいわば放置されている。

オ 「同性婚の無効は言わずして明らか」などと言えた昭和時代まではともかくとしても、前記Iのとおり、平成前半頃には、同性同士の婚姻届を提出される可能性があることが分かり（府中青年の家事件の東京地裁、東京高裁の各判決の事実認定・甲A28、29、佐賀家裁審判・甲A11）、平成26年には実際に女性2名が青森市役所に婚姻届を提出し（甲A12）、平成27年には全国455人の同性カップルらが同性婚の法制化を求めて日本弁護士連合会への人権救済申立てを行ない（甲A4・4頁）、平成31年2月には「同性婚が認められないのは婚姻の自由を保障した憲法に反する」などとして計13組の同性カップルが、東京、大阪、名古屋、札幌の4地裁に国家賠償請求訴訟を提起し（甲A31）、自治体パートナーシップ制度を利用するカップルは、令和2年9月30日時点で1300組程度、令和3年6月末に2000組程度、令和5年5月末時点で5000組を超えている（甲A32、甲A257の1、甲A274）。

このような状況下、立法府においては、我が国でも少なくない数の同性カップルらが婚姻を望む現状を認識しており、実際に、市町村に同性の二人の婚姻届が提出されることを認識している。

そうであれば、立法府は、同性婚を禁じるという明確な意思があるのであ

れば、直系血族間、姻族間、養親子間については1箇条ずつの条文によって当該組合せの婚姻を禁じていること（民法734～736条）にならい、性別の組合せが同じである二人の婚姻を禁じる明確な規定を設けるはずであり、立法措置としてそれは容易であるのに、立法府は長期にわたり、このような立法措置を講じない。

カ このような状況では、現行制度は同性婚禁止制度であるとも言えるとしても、その制度における「立法府の判断」の具体的内容が確定することができない。すると、裁判所が司法権の発動に際して「立法府の立場」をどのように取り扱うべきであるか不明である。

したがって、同性婚禁止制度の違憲審査においては、立法裁量論が妥当する前提状況が存在せず、立法裁量論を採用することは実際上も不可能であり、それをなすことは誤りである。

(2) 立法府は同性婚導入の是非について判断しうる知見をしていないこと

前記Ⅱでも述べたとおり、国は、国会答弁や、同性婚に係る立法不作為による国家賠償責任を問われた訴訟のなかで、同性婚導入の影響は調査していないと回答するのみである。

立法府においても同様であり、同性婚導入の影響を調査していた形跡はなく、立法府は、同性婚導入の是非について判断しうるだけの知見を有していない。

(3) 深刻な差別を受けてきたマイノリティについての差別に係る法令の憲法審査については立法裁量論を用いられないこと。夫婦同氏制大法廷判決に照らしてもそう言えること。

ア そもそも同性婚禁止制度により婚姻を禁じられる者の多くは性的少数者であり、性的少数者は、社会的にも政治的にも多数を得ることはありえない。

イ また、性的少数者は長い間、社会における差別や偏見にさらされてきた（甲A28、29・府中青年の家事件判決の事実認定等）。

そのため、性的少数者の多くは、自らの性的指向や性自認の在り方を誰にも言わずにいたり、限られた者にしか伝えないため（例として、甲A104

・学校生活調査4頁)、政治的言論の自由を行使して同性婚導入を目指すことができるのは、極めて限られた者にすぎない。

政治的プロセスにおける努力をしたとしても、国民のなかには一定数、例えば、「同性愛は病気である」という30年以上前に医学会で否定されている仮説を誤信したまま是正しない者はいるのであり(甲A57・43頁～)、国会議員や地方議会議員においてすら、性的少数者に関する基本的知識が不足し、偏った独自の私見を公然と表明する議員が少なくない(甲A218、甲A219)。令和5年国会において制定された、いわゆるLGBT理解増進法をめぐる議論状況等が一例である(甲A265の1、2、甲A282、283)。

性的少数者の置かれる現実の政治的状況にあつて、政治的言論の自由を通じて民主主義的プロセスに働きかけ、同性婚禁止制度を是正する途は、非現実的と言える。

ウ また、同性婚の禁止は、関係する当事者にとっては重大な問題であるが、残りの圧倒的多数の国民にとっては自らの人生や生活に何の影響もない制度である(甲A87～90)。国民の大多数にとっては、同性婚が実現しようとしまいと本当はいずれでもよいというのが自然な人間心理であろう。(同性婚を絶対に許しがたい、とする意見は、信仰か差別感情に基づくもの以外では想定困難でもある。)

国民世論の大多数が同性婚実現を許容する認識であっても、国会議員選挙の際には、多くの有権者は経済政策、新型コロナ対策、政権担当経験への信頼など、自らにとっての優先的なイシューを基準に投票先を決めることになり、同性婚に関する世論は、国会における議員構成に反映されるとは限らない。民主政の過程を通じて同性婚が実現される見込みは高くない。

エ 以上の諸点に関し、最高裁大法廷平成27年12月16日夫婦同氏制合憲判決に付された寺田逸郎裁判官補足意見は、以下のとおり述べている。(甲A35・15頁)

「諸条件につきよほど客観的に明らかといえる状況にある場合にはともか

く、そうはいえない状況下においては、選択肢（申立代理人注：選択的夫婦別姓）が設けられていないことの不合理を裁判の枠内で見いだすことは困難であり、むしろ、これを国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねることによって合理的な仕組みの在り方を幅広く検討して決めるようにすることこそ、事の性格にふさわしい解決であるように思える。選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係るというような、民主主義的プロセスによる公正な検討への期待を妨げるというべき事情も、ここでは見いだすに至らない。」

そこで、寺田裁判官補足意見に照らし、同性婚禁止制度について、「民主主義的プロセスによる公正な検討への期待を妨げるというべき事情」の有無を検討すると、前記のように、性的少数者が長い間差別にさらされた社会的、政治的マイノリティであり、いまなお誤解、嘲笑、蔑視、偏見といった差別的な感情が一部国民に残っていること、同性婚は、関係する性的少数者らにとって関わりが深い一方、大多数の国民にとっては自分の生活に関わりがなく関心を持ちづらいイシューであること等からすると、同性婚禁止制度の是正については、「民主主義的プロセスによる公正な検討への期待を妨げるというべき事情」（寺田裁判官補足意見）がある。

すると、「国民的議論、すなわち民主主義的なプロセスに委ねることによって合理的な仕組みの在り方を幅広く検討して決めるようにすることこそ、事の性格にふさわしい解決である」（寺田裁判官補足意見）とは言えない。

上記寺田裁判官補足意見に照らしても、同性婚禁止制度については立法裁量論は妥当しない。

(4) 最高裁大法廷平成27年12月16日夫婦同氏制判決に照らしても、婚姻を直接制約する同性婚禁止制度の憲法適合性審査については立法裁量論を用いられないこと。

ア 前掲・夫婦同氏制大法廷判決は、以下のとおり、夫婦同氏制が「婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない」ことを前提にして、夫婦同氏制の是非については立法裁量に委ねるべきであるとする（甲A35・

6頁)。

「本件規定は、婚姻の効力の一つとして夫婦が夫又は妻の氏を称することを定めたものであり、婚姻をすることについての直接の制約を定めたものではない。仮に、婚姻及び家族に関する法制度の内容に意に沿わないところがあることを理由として婚姻をしないことを選択した者がいるとしても、これをもって、直ちに上記法制度を定めた法律が婚姻をすることについて憲法24条1項の趣旨に沿わない制約を課したものと評価することはできない。ある法制度の内容により婚姻をすることが事実上制約されることになっていることについては、婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると考えられる。」

イ これに対して、同性婚禁止制度は、夫婦同氏制とは異なり、「婚姻する場合の選択肢が欠けている」のでもなく、「事実上の制約」にとどまるものでもなく、直接の制約である。同性婚禁止制度下では、法令上同性の相手と婚姻を望む者は、改氏を受け入れ、また、婚姻に伴うすべての効果を受け入れるとしても、その相手とは婚姻ができない。

そうである以上、国会における民主主義的プロセスに委ねることは正当化されない。したがって、同性婚禁止制度の法令違憲審査においては、立法裁量に委ねてはならない。

#### (5) 小括

以上より、本件には立法裁量論が妥当しない。

### 3 法令違憲の審査密度についての結論

以上により、同性婚禁止制度の憲法適合性は、厳格に審査されなければならない。

## 第4 立法の目的が存在しないこと

同性婚禁止制度には、立法目的たりうるものが存在せず、その一点をもつ

て、同性婚禁止制度は違憲無効である。具体的には、前記の主張Ⅱの第7に述べたとおりであるから、これを全て援用する。

第5 本件制度が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反することを示す立法事実について

この点に関する立法事実については、すべて、前記の主張Ⅱの第8のとおりであるから、これらを全て援用する。

また、同性婚禁止制度の是非をめぐって時折見られる議論の誤りについても、前記Ⅱの第9、第10のとおりであるから、これらを全て援用する。

第6 同性婚禁止制度が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反して法令違憲であること

以上のとおりであるから、仮に、同性婚禁止規定が存在し、かつ、現行法上、同性婚禁止解釈しか採りえないとすると、そのような現行の制度（同性婚禁止制度）は、憲法14条1項及び24条2項に反し、法令違憲である。

本件不受理処分は、違憲の制度である同性婚禁止制度に基づくものであり、違憲無効である（憲法98条1項）。

第7 本件婚姻届の受理を命ずべきこと（法令違憲であることの帰結）

1 同性婚禁止制度が法令違憲であることの具体的意味は、同性婚禁止規定の意味上の一部違憲無効であり、本件婚姻届は直ちに受理すべきこと

(1) 同性婚禁止制度が法令違憲であることの具体的意味は、現行の民法、戸籍法の各規定のうち、「夫婦」「夫・妻」「父・母」など、婚姻当事者の性別を異性に限定していると解される文言を用いる規定（同性婚禁止規定）が、「意味上の一部の違憲無効」である、という意味である。

(2) 「意味上の一部違憲」は、法令の文言の一部という形で違憲となる部分が特定できないが、法令の持つ意味のうち的一部分について違憲となる、とい

う法令違憲の類型である（甲A1・30頁〔山田哲史〕）。

「意味上の一部違憲無効」の代表例は、平成27年再婚禁止期間違憲判決である（甲A1・183～184頁〔松本哲治〕）。当時の民法733条1項（女は、前婚の解消又は取消の日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。）は、前婚の解消等の日から100日までの再婚禁止期間と、100日を超え6ヶ月までの禁止期間とを定める意味であると言えるところ、その意味のうち100日を超える部分について違憲無効とされた。

また、平成20年国籍法違憲判決（最高裁大法廷平成20年6月4日判決民集62巻6号1367頁、甲A76）は、国籍法3条1項が、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で20歳未満のもの（日本国民であった者を除く。）は、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる。」とするうち、日本国民である父の非嫡出子について父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことを日本国民の要件とした部分が違憲であるとするもので、意味上の一部違憲判決であると言える。（但し、文言上の一部違憲とも言う、甲A1・199頁）。

(3) 本件においても、仮に、現行の民法、戸籍法が同性婚禁止制度を採ったものであると判断されるならば（それによりI及びIIの主張が採用されないならば）、前記のとおり同制度は法令違憲であるところ、違憲となる対象は、民法と戸籍法の各規定のうち、「夫婦」「夫・妻」「父・母」など、婚姻当事者の法令上の性別の組合せを男女に限定していると解される文言を用いる規定（同性婚禁止規定）のうちの、「意味上の一部」である。

民法752条を例にとると、「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」という規定について、（仮に「夫婦」が男女のみを指すという見解を採るならば、）同条は、「法令上の性別の組合せが男女である、婚姻関係にある両当事者」は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」という意味である。

同性婚禁止制度が違憲であるため、民法752条の意味のうち、「法令上の性別の組合せが男女である」という一部について違憲無効となる。残りの、「婚姻関係にある両当事者は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」という部分は、そのまま有効なものとして存続する。

嫡出推定規定のように同性同士の婚姻に適用されない規定や、現在の条文の文言のままでも文言の字義通り適用すれば足る規定については、同性婚禁止規定とは言えないため、その全部について合憲であり有効である。

- (4) したがって、現行法が同性婚禁止制度を採用するものと解釈される場合、同制度は、憲法14条1項及び同24条2項に違反するところ、その帰結は、法令の意味上の一部の違憲無効であって、婚姻当事者の性別の組合せの点を除けば、現在の婚姻制度は、現在の内容のまま、婚姻の成否や有効無効において婚姻当事者の性別の組合せを問わない範囲で存続する。

ゆえに、本件市長は、有効に存続する範囲の婚姻制度に従い、本件婚姻届を直ちに受理しなければならない。

## 2 最高裁大法廷国籍法違憲判決に徴し、本件市長は、本件婚姻届を直ちに受理しなければならないこと

- (1) 同性婚禁止規定が意味上の一部違憲無効であることの帰結に関しては、判決によって直接日本国籍たる地位の取得を認めた国籍法違憲判決（最高裁大法廷平成20年6月4日判決民集62巻6号1367頁、甲A76・10～12頁）は、以下のとおり述べる。

「5 本件区別による違憲の状態を前提として上告人らに日本国籍の取得を認めることの可否

(1)以上のとおり、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、遅くとも上記時点以降において憲法14条1項に違反するといわざるを得ないが、国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子（以下「準正

子」という。)の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる。

(2)このような見地に立って是正の方法を検討すると、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生後における日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものといえることができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである。

そして、上記の解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものである。この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取

得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。

したがって、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである。」

- (2) 国籍法違憲判決のポイントとされるのは、①「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したこと」を過剰な要件として位置づけること、②全部無効という解決は、制度・法律の趣旨を没却するがゆえ、立法者の合理的意思として想定しがたいために退けること、③憲法上の要請と法律の基本的原則を踏まえた国籍取得の認容を、合憲的で合理的な解釈として、不合理な差別的取扱いを受けている者の直接的な救済のみちを開くという観点から正当化すること、の3点であると言われる（甲A1・194頁〔松本哲治〕）。
- (3) これを同性婚禁止制度について見ると、①「婚姻しようとする二人の性別の組合せが男女であること」は、婚姻の成否や有効無効について、（明文なき）過剰な要件が課されたものであると考えられる。

国籍法違憲判決においては、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したこと」は過剰な要件か、それとも不十分な要件かという点で裁判官の意見が分かれたところ、意見が分かれた理由は、国籍法が、憲法10条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と明記するのを受けた法律であり、国籍法2条がまず血統主義の原則を貫き、同3条は、同2条の類型に別の類型を付加したものと見ることが可能だからである（甲A76・各反対意見、特に藤田宙靖裁判官の意見、甲A1・196脚注）。

これに対して、婚姻しようとする二人の性別の組合せは、男女である場合と、同じである場合の二通りしかなく、この二通りと別には、「婚姻できる二人の類型」は観念できない。国籍法2条の類型に対応するものがない。

そして、婚姻しようとする二人の性別の組合せは、男女であるか、同性であるか、の二通りしかないところ、いずれであっても婚姻を禁じられないことが憲法14条1項及び24条2項の要請である。すると、その組合せを男女に限る部分は（明文なき）過剰な要件と解するほかなく、国籍法違憲判決のように意見が分かれる理由がない。

- (4) 次に、②立法者の合理的意思について見ると、同性婚禁止規定（民法と戸籍法の各規定のうち、「夫婦」「夫・妻」「父・母」など、婚姻当事者の法令上の性別の組合せを男女に限定していると解される文言を用いる規定）の全部を無効とすることは、これまで以上に不完全な婚姻制度に改変されることとなるためナンセンスであり、立法者にはそのような意思はない。
- (5) そして、③婚姻届の受理は、同性婚が禁じられている憲法違反を直ちに是正しする合理的な解釈であり、不合理な差別的取扱いを受けている同性カップルの直接的な救済のみちを開くことができる。
- (6) したがって、最高裁大法廷国籍法違憲判決に徴すると、本件婚姻届を直ちに受理しなければならない。「直ちに」とは具体的には、申立人らが郵送提出した本件婚姻届が、本件市役所の担当部署に到達した日の日付が相当であると考える。

3 最高裁大法廷令和3年6月23日夫婦同氏制合憲決定の宮崎裕子裁判官、宇賀克也裁判官反対意見に徴し、本件婚姻届を直ちに受理しなければならないこと

- (1) 前掲・最高裁大法廷令和3年6月23日夫婦同氏制合憲決定の宮崎裕子裁判官、宇賀克也裁判官反対意見は、以下のとおり述べる。（甲A242・41～43頁）

「本件各規定のうち夫婦に同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務付ける部分が違憲無効であるということになれば、本件処分は根拠規定を欠く違法な処分となり、婚姻の他の要件は満たされている以上、市町村長に本件処分をそのままにしておく裁量の余地はなく、本件婚姻届についても、婚姻

届不受理処分が違法である場合の一般の審判と同様、届出の日付での受理を命ずる審判をすべきことになると考えられる。なお、戸籍法34条2項は、「市町村長は、特に重要であると認める事項を記載しない届書を受理することができない。」と定めているが、夫婦に同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務付ける規定が違憲無効である以上、抗告人らが夫婦が称する単一の氏を定めて本件婚姻届に記載していないことが、同項による不受理事由となるものでもない。

(2) そして、婚姻届の受理による婚姻の成立とその後の戸籍の記載等の取扱いは、概念的に区別し得る。婚姻が成立すれば、夫婦としての同居・扶助義務や相続などの様々な法的効果が発生するし、別れる場合には離婚の手続をとる必要が生ずることになる。夫婦別氏とする婚姻届が受理されても、戸籍の編製及び記載をどうするのか（同一戸籍になるのか、その場合、戸籍の筆頭者は誰になるのかなど）は、法改正がなされるまではペンディングにならざるを得ないかもしれず、そのため、当事者が婚姻の事実を証明するために戸籍謄本の交付を請求することができないことが考えられるが、その場合には、戸籍法48条1項の規定により、婚姻届受理証明書を請求することができると考えられる。

(3) また、法改正がされそれが施行されるまでの間は、婚姻の際に別氏を称することとした夫婦の間に生まれた子の氏が法的には定まらないという問題が生ずるが、その問題については、子の出生を証明する必要がある場合には、戸籍法48条1項の規定により、出生届受理証明書を請求することができると考えられる。子が生まれた場合に、子の氏が法的には定まらないという問題があるからといって、そのことを理由として、その点を解決するような法改正を迅速に行うことをしないまま、婚姻届を受理しないことができるとはいえない。

(4) いうまでもなく、当審の違憲判断を受けて国会が本件各規定の法改正をすべき義務を負うこととなる場合には、夫婦が別氏を称する婚姻を認めるだけでなく、子の氏や戸籍の取扱いなどの関連事項の改正も含めて立法作業を

速やかに行う必要があるが、既に述べたように、外国においては夫婦同氏を義務付ける制度を採用している国は見当たらないのであるから、夫婦同氏に加えて夫婦別氏も認める法制度は世界中に多数存在するはずであること、平成8年には法務省において必要な外国の制度調査を行い、法制審議会の検討も終えて、夫婦同氏制の改正の方向を示す法律案の要綱も答申されたことを勘案すると、国会が夫婦別氏を希望する者の婚姻を認める改正を行うに際して、子の氏の決定方法を含めて関連する事項の法改正を速やかに実施することが不可能であるとは考え難い。国会においては、全ての国民が婚姻をするについて自由かつ平等な意思決定をすることができるよう確保し、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律の規定とすべく、本件各規定を改正するとともに、別氏を希望する夫婦についても、子の利益を確保し、適切な公証機能を確保するために、関連規定の改正を速やかに行うことが求められよう。」

- (2) 前記反対意見が述べることを踏まえると、同性婚禁止制度が意味上の一部違憲無効であることの帰結として、本件不受理処分は、根拠規定（同性婚禁止規定）を欠く処分となる。そして、申立人らにおいては婚姻の他の要件は満たされている。

すると、本件市長に本件不受理処分をそのままにしておく裁量の余地はないのであって、本件婚姻届は、婚姻届不受理処分が違法である場合の一般の審判と同様、直ちに受理されなければならない。

- (3) なお、同最高裁決定においては民法750条を違憲無効と解釈する少数意見の間でも、市町村長に婚姻届の受理を命じることができるか否かについて見解が別れたところ（甲A242、三浦守裁判官意見と、宮崎裕子裁判官及び宇賀克也裁判官反対意見）、その理由は、夫婦同氏制においては、同一戸籍同一氏の原則により、双方が婚姻前の氏のまま婚姻を認める法制度が存在しないためである。

これに対して、同性婚禁止制度の法令違憲の帰結は、前記のとおり現在の婚姻制度が現在の内容のまま存続することであって、現在の婚姻制度に、別

の制度を加えるものではない。そのため、同性婚禁止制度が法令違憲となる以上、現在の婚姻制度が現在の内容で存続したまま、「婚姻しようとする当事者の性別の組合せが男女であること」という明文なき過剰要件が削除されるのみであって、夫婦同氏制を違憲とする場合のように、「違憲の帰結の制度がない」という状態ではない。

このことは、女性の再婚禁止期間を六箇月と定める旧733条1項について100日を超える部分について違憲判断がなされても、その帰結が、前婚解消から必要な期間が短縮されたのみであったことと同様である。なお、同判決の際には、判決翌日から違憲判断に添った運用がなされている。

- (4) 以上により、最高裁大法廷令和3年6月23日決定の宮崎裕子裁判官、宇賀克也裁判官反対意見を踏まえても、本件市長は、本件婚姻届を直ちに受理すべきである。

4 本件婚姻届の受理を命じる審判をなしてから、実際に婚姻制度全体の立法措置が了されるまでの間の取扱いとして、憲法違反を直ちに解消し、かつ混乱のない具体的方法があること

- (1) 本件婚姻届の受理を命じる審判をなしてから、実際に婚姻制度の全体について立法措置（特に、前記Ⅱの第10に見たような、懐胎・出産した女性に女性の配偶者がいる場合にその女性配偶者を「もう一人の実親」とするなどの措置）（なお、成立する法律の名称は、「民法（婚姻）等の改正に関する法律」等となろう。）が了されるまでの間の取扱いについて、前記の最高裁大法廷令和3年6月23日夫婦同氏制合憲決定に付された宮崎裁判官、宇賀裁判官の反対意見を踏まえると、次のように対応することにより混乱は避けられる。

- (2) 先に結論を述べると、具体的には、

ア 同性の二人の婚姻届は受理され、二人は、戸籍法48条1項の規定により、婚姻届受理証明書を請求することができるとする。

イ 同居・協力・扶助義務（民法752条）、貞操義務（民法770条1項1号参照）、財産共有推定（民法762条2項）及び財産分与（同768条）、

相続権（民法818条3項）等の婚姻の効果については、婚姻制度が、当事者の性別の組合せを男女に限定しない制度として存続している以上、同性の婚姻当事者についても男女の夫婦と同じく認める。

ウ 婚姻関係の二人が共同でなす養子縁組及びそれに基づく共同親権についても、男女の夫婦による共同養子縁組（民法795条、特別養子について、民法817条の3）においても、婚姻制度が、当事者の性別の組合せを男女に限定しない制度として存続している以上、同性の婚姻当事者についても男女の夫婦と同じく認める。

婚姻関係にある実親と養親との共同親権については、これまで繰り返し述べたとおり、異性婚のみを認める現在の民法及び運用下でも、婚姻関係にある実母と養父、実父と養母の間には共同親権が解釈上認められるところ、その解釈の根拠は性中立的であるため（於保不二雄編『注釈民法(23)』20頁〔山本正憲〕（甲A18）、大村敦志『家族法第3版』（甲A19）284頁、昭和23年3月16日民事甲149号回答等参照）、立法措置を了するまでもなく、婚姻関係にある実母と養母、婚姻関係にある実父と養父については共同親権が認められる。

エ 実親子関係の規定については、現在の民法の規定のとおり運用を行なう。すなわち、女性カップルについては、「女性と婚姻中の女性が子を産み実母となっても、当該実母のパートナーである女性は子の実親にならない。（嫡出規定を定めた民法772条は出産した女性に「夫」がいる場合の規定であるため）」という運用を行なう。

男性の婚姻カップルが代理出産を依頼し、子が出生した場合については、「子の実母は出産した女性であり、認知によって実父が決まり、実父が子の親権者となるのは協議や審判によりそのように定めた場合である（民法819条4項乃至6項）。」という条文通りの運用を行なう。

(3) 以上の取扱いとすべき理由を述べると、

ア 同性婚禁止制度が違憲である以上、少なくとも、同居・協力・扶助義務等、実親子関係決定ルールの定め方に影響しない婚姻の法的効果や、婚姻

中の実親と養親の共同親権については、男女の夫婦と同じく認める制度でない限り、正当化されない。

すると、国会が、上記の範囲に加え、女性カップルが精子提供により子を持った場合に両方を実親とすることやその具体的な条文化の作業、男性カップルが代理出産を依頼した場合のルール等についても審議を行ない、実際の立法措置を了するまでの間、同性の二人による婚姻それ自体を禁じ続けるというのは、具体的救済方法として不十分、不適當であって、許されない。

同性婚禁止制度を改める機会にあわせて、精子提供等の非配偶者間人工生殖や代理出産をめぐる生命倫理上の問題や、生まれた子の福祉に関する問題についても立法上の措置を講ずることはありうるものの、これらは、男女の夫婦がそれらを利用する場合と共通する問題であって、「同性カップルの」問題ではないため、あわせて立法措置を講ずるかかどうか、どのような立法措置を講ずるかが決定するまでの間、同性カップルが婚姻できないとすることは、もとより許されない。

イ そして、法改正がなされるまでの間、前記の取扱いをすることにより、後に成立する法律（「民法（婚姻）等の改正に関する法律」等）が、精子提供により子をもつなど一定の場合に女性カップルを両実親と扱う法律となる場合等には相応の経過措置を設けることによって混乱は防止されるし、仮に、当該法律がそれを認めない内容となった場合も（但し、その場合、精子提供により子を持った女性カップルについては、男女カップルとの区別に合理的根拠を欠き、憲法14条1項等の適合性が問題になる。）、法の改正に伴う混乱は生じない。

(4) 以上より、本件婚姻届の受理を命じる審判をなしてから、実際に婚姻制度全体の立法措置が了されるまでの間の取扱いとして、憲法違反を直ちに解消し、かつ混乱のない具体的方法がある。

5 本件婚姻届の受理を命じるべき必要性及び緊急性があること

前記のとおり、本件では直ちに申立人らの婚姻届の受理を命じるべきであるが、本項目では念のために、その必要性及び緊急性があることについても述べる。

(1) 当事者において、直ちに婚姻届を受理されるべきニーズがあること

最高裁大法廷において、平成27年12月16日に再婚禁止期間違憲判決がなされた際には、政府が、判決の当日である同日付け事務連絡を地方自治体に発し、民法733条の改正法の成立・施行までの暫定措置として、前婚解消から100日を経過している女性の婚姻届を受理するよう周知している(甲A261・41頁注8)。その後、民法733条を改正する法律は、翌28年6月1日には国会で成立し、同月7日に施行されたものの、違憲判決の当日から施行日前日までのおよそ7ヶ月間のあいだにも、前婚解消から100日を超え6ヶ月を経過していない女性の婚姻届は1539件あり、そのうち912件は、同判決より前であれば婚姻届が受理されないケースであった(甲A261・49頁)。かかるケースが、1日あたり平均約4件あったことになる。

再婚禁止期間違憲判決がなされた際のこのような経緯も踏まえると、前記Iのとおり実際に婚姻を望む同性カップルが少なくないことに照らしても、本件においても、同性カップルは、可能な限り早く婚姻届を受理されたいとのニーズがあると言える。

(2) 行政機関の自主的対応が期待できないこと

また、再婚禁止期間違憲判決後、法改正前の間においては、判決後の戸籍実務の対応は、100日経過後であれば婚姻届を受理することに尽きていて、前婚からの経過期間の点を除けば、婚姻届の受理後の戸籍の記載方法等も従前の実務に従うのみであったために、法改正前でも市町村において受理するという措置をとることは容易であったと思われる。実際に、違憲判決の翌日から、違憲とされた100日を超える再婚禁止期間は適用されなくなり、その限りで、条件を満たす婚姻届は受理された(甲A1・183～184頁〔松

本哲治))。

これに対して、同性婚禁止制度の違憲決定後の対応は、法令上の性別が同じ二人の婚姻届を受理するという前例のない対応になるため、法改正がされるまでの間、行政機関は、自主的対応をなさない可能性がある。

(3) 法改正までに長期を要する可能性があること

再婚禁止期間違憲判決の際には、法改正が必要であったのは、再婚禁止期間を定める民法733条及び民法746条の二箇条であったが（甲A262）、これに対し、同性婚禁止制度が違憲であるという司法判断後、改正作業の対象となる条文は、多数である（甲A22の2参照）。

また、同性の婚姻カップルにおける実親子関係決定ルールを具体的に条文化等をするにあたっては、国会でなされる議論も単純でないと言え、立法措置が了するまでには長期間を要すると予想される。

このように、同性婚禁止制度を違憲とする司法判断がなされた後も、法改正までには長期を要する可能性がある。

(4) 国会議員が消極的であるため、憲法違反の状態が放置される危険がある

本件の特殊性として、長い間、根強い差別感情の対象となってきた性的少数者に関わる問題であることから、立法措置にあたるべき国会議員のなかにも、同性婚を禁ずる現在の取扱いを是正することについて、極めて消極的である議員が少なくない。

このことは、同性婚に係る国家賠償請求訴訟における札幌地方裁判所令和3年3月17日判決において違憲判断がなされた際、判決当日のうちに、当時の加藤勝信内閣官房長官（衆議院議員）が、「政府として、婚姻に関する民法の規定が憲法に反するとは考えていない」とコメントし（甲A264・3頁～）、政権与党である自由民主党の下村博文政務調査会長が、「婚姻制度は、子を産み育てるための共同生活をおくる関係に法的保護を与えることを目的としていて、同性婚を認めないことは、憲法14条に違反しないというのが

国の立場だ」とコメントしていること（同9頁）からもうかがわれる。

のみならず、国会議員のなかには、性的少数者に関する基本的知識が不足し、偏った独自の私見を公然と表明する議員も少なくない。令和5年国会において制定された、いわゆるLGBT理解増進法をめぐる議論状況等が一例である（甲A265の1、2、甲A282、283）。

性的少数者に対する現在の国会議員の認識、態度をふまえると、同性婚禁止制度が違憲であるとの司法判断がなされた後であっても、すみやかに立法措置を講じないおそれは否定しがたい。

同性の二人の婚姻届を受理するか否か自体を、国会における議論の帰趨に委ねてしまうと、立法措置がすみやかに講じられないなどにより、憲法違反の状態が相当期間、放置される危険がある。

- (5) 尊属殺重罰規定（旧刑法200条）は、裁判所での違憲判決確定後、法改正までに20年以上を要したこと

尊属殺重罰規定（旧刑法200条）については、昭和48年4月4日に最高裁大法廷で法令違憲判決がなされたが（甲A1・181頁注5）、実際に刑法改正により同条が削除されたのは平成7年であり（甲A263模範六法）、立法措置がなされるまで20年以上を要した。

尊属殺重罰規定は刑罰法規であるため、適用者は検察官と裁判官のみであり、刑法改正までの間も、検察官は尊属殺人についても普通殺人罪（刑法199条）で起訴する運用をなし、違憲とされた尊属殺重罰規定が実際に適用されることはなかったと思われるものの、この間、尊属殺で立件されうる被疑者・被告人の地位は不安定なものであった。

尊属殺重罰規定の例のように、裁判所が法令違憲の判断をなした後、国会の立法措置が了されるまでの間が長期に及ぶおそれはある。

- (6) 当事者救済の必要性、緊急性

同性婚禁止制度が法令違憲であるにも関わらず、国会が立法措置を了する

まで同性カップルの婚姻届が受理されないというのでは、不合理な差別によって婚姻を妨げられてきた当事者の救済に欠ける。

特に、一方が高齢であったり闘病中である同性カップルらにとっては、同性婚禁止制度の是正を待つ間に死別する可能性すらあり、深刻である。

同性婚に係る国家賠償請求訴訟における原告の一人は、令和元年4月に行なわれた東京地裁の期日において、「死ぬまでの間に、パートナーと法律的にきちんと結婚し、本当の意味での夫夫（ふうふ）になれば、これに過ぎる喜びはありません。天国に逝くのは私の方が先だろうと思っておりますが、最期の時は、お互いに夫夫となったパートナーの手を握って、「ありがとう。幸せだった。」と感謝をして天国に向かいたいです。」と陳述していたが（甲A266の1）、令和3年1月、一審判決を待たず他界している（甲A266の2）。

このような例を見ても、実効的な救済として、本件婚姻届は受理されるべき必要性、緊急性が高い。

#### (7) 小括

以上のとおり、本件婚姻届について、直ちに受理を命ずる審判をすべき必要性、緊急性は高いものである。

#### 6 本件婚姻届を直ちに受理しなければならないこと

以上のとおりであるから、本件市長は、本件婚姻届を直ちに受理しなければならない。

### 第8 主張Ⅲの結論

以上のとおりであるから、主張Ⅰ及びⅡの点を措いて、同性婚禁止規定があり、かつ同性婚禁止解釈しか採りえないのであれば、そのような同性婚禁止制度は、憲法14条1項及び24条2項に反し、法令違憲であり、本件不受理処分は、違憲無効である（憲法98条1項）。

法令違憲とは、具体的には、同性婚禁止規定とされる、「夫婦」「夫・妻」「父母」などの文言を用いる規定は意味上の一部の違憲無効であり、現在の婚姻制度は当事者の性別の組合せを問わない範囲で有効に存続する。

本件市長は、有効に存続する範囲の現行婚姻制度に基づき、本件婚姻届を直ちに受理すべきであり、裁判所は本件市長に対してそれを命じなければならない。

#### 【IV 補足：天皇制との関係】

皇族男子の婚姻は皇室会議の議を経ることを要すること(皇室典範10条)等から、一般国民に同性婚を認めても、それにより皇位継承者が減少するなどして天皇制の存続に影響が及ぶおそれはない。

#### 【V 結語】

よって、申立人らは、申立ての趣旨記載のとおり、本件市長に対し、令和5年6月6日の本件婚姻届を直ちに受理することを命じる審判を求める。

#### 添付書類

1	手続代理委任状	2通
2	婚姻届	1通
3	不受理証明書	1通
4	フランスの婚姻証書、その訳文	各1通
5	甲B第1ないし第3号証、その証拠説明書	各1通

(追って提出)

甲A第1ないし第286号証、その証拠説明書 各1通

(別紙) 細目次

**【本件の概要等】** . . . . 4

**【I 主張 I**

本件不受理処分は、同性婚は禁じられるとする法律の根拠規定（同性婚禁止規定）なくなされたもので、違法（法律による行政の原理）であり、同時に違憲無効（憲法24条2項、31条、41条及び73条1号並びに98条1項）であること】 . . . . 9

第1 本件市長が本件婚姻届を不受理にするためには、法律の根拠規定である「同性婚禁止規定」がなければならないこと . . . . 9

第2 同性婚は、「無効であることは法に規定するまでもなく明らか」とは言えず、法律による行政の原理の「枠外」にあるものでもないこと . . . . 15

1 問題の所在 . . . . 15

2 同性婚に関する昭和時代までの認識 . . . . 16

3 同性婚は、現在の社会通念において、「同性婚が無効であることは法に規定するまでもなく明らか」とは言えないこと . . . . 18

(1) 同性愛に関する科学的知見の変化 . . . . 18

(2) 平成時代には、民法学説においても同性婚が無効であることは当然視されなくなったこと . . . . 19

(3) 2000年代以降、多数の諸外国において同性婚禁止が改められていること . . . . 20

(4) 我が国の国民世論においても同性婚を認めることに賛成する意見が多数派であること . . . . 23

(5) 同性カップルの関係性を承認・保護する施策を導入する自治体が増え続けていること . . . . 25

(6) 実際に同性カップルが婚姻をなす例は平成前半時期から認識され、現在は、多くのカップルにおいてそのニーズがあること . . . . 26

(7) 小括 . . . . 28

4	同性婚は「法律による行政の原理」の枠内にあること	・ ・ ・ ・ 28
第3	我が国の民法に同性婚禁止規定がないことは、明治民法の起草者である梅謙次郎や、明治から昭和にかけての代表的民法研究者中川善之助の解説においても明らかであること	・ ・ ・ ・ 28
第4	最高裁判所においても、「現行法が」異性間においてのみ婚姻を認めている旨の表現を避けていること	・ ・ ・ ・ 29
第5	現行民法の「婚姻」の章には同性婚禁止規定がないこと	・ ・ ・ ・ 30
1	民法の「第四編 親族」「第二章 婚姻」「第一節 婚姻の成立」「第一款 婚姻の要件」には、同性婚禁止規定はないこと。	・ ・ ・ ・ 30
2	民法の「第二章 婚姻」「第一節 婚姻の成立」「第二款 婚姻の無効及び取消し」には、婚姻当事者が同性である場合に婚姻を無効としたり取消しうるものと定める規定はないこと	・ ・ ・ ・ 32
3	民法は、ある者とある者の組合せの婚姻を禁じるにあたっては、一条ごとにその旨を明定しているが（婚姻障害事由）、同性同士の婚姻を禁じる条文がないこと	・ ・ ・ ・ 34
4	小括	・ ・ ・ ・ 35
第6	民法の「第四編 親族」「第二章 婚姻」の第二節以降にも、同性婚禁止規定はないこと。民法の「夫婦」「夫・妻」「父母」という語は、同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 35
1	民法の「第四編 親族」「第二章 婚姻」における「夫婦」「夫・妻」「父母」という語を用いる規定は、いずれも同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 35
2	民法「第四編 親族」「第三章 親子」「第一節 実子」の条文における「夫婦」「夫・妻」「父母」という語を用いた規定は、いずれも同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 40
	〔(2) 民法772条（嫡出の推定）及びこれに関連する親子関係について	・ ・ ・ ・ 40～52〕
3	民法「第四編 親族」「第三章 親子」「第二節 養子」の第一款乃至第	

四款は、「父母」や「夫婦」という語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 57
4 民法「第四編 親族」「第三章 親子」「第二節 養子」の「第五款 特別養子」は、「夫婦」や「父母」という語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 59
5 民法「第四編 親族」「第四章 親権」の条文は、「父母」などの語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 61
6 民法「第四編 親族」「第五章 後見」の条文は、「父母」などの語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 62
7 民法「第四編 親族」「第一章 親族」の条文は、「夫婦」などの語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 62
8 民法「第五編 相続」の条文は、「父母」「夫婦」などの語を用いる規定を含め、いずれも同性婚禁止規定ではないこと	・ ・ ・ ・ 62
9 民法の規定についての結論	・ ・ ・ ・ 63
第7 現在の政府解釈が誤りであること	・ ・ ・ ・ 64
第8 同性婚を無効とする民法理論は理論的に維持しえないこと	・ ・ ・ ・ 64
第9 民法に同性婚禁止規定がない以上、戸籍法は同性婚を禁止していないこと	・ ・ ・ ・ 70
第10 根拠規定のない（同性婚禁止規定がないのになされた）本件不受理処分は、憲法41条、73条1号及び24条2項にも反すること	・ ・ ・ ・ 71
1 本件不受理処分は、法律による行政の原理に違反する婚姻届の不受理処分として、憲法41条及び憲法73条1号に違反する処分であること	・ ・ ・ 71
2 本件不受理処分は、申立人らの婚姻を法律によらず禁じた点で、婚姻の内容は「法律」で定められるべきであることを前提とする憲法24条2項に違反する処分であること	・ ・ ・ ・ 71
第11 主張Ⅰの結論	・ ・ ・ ・ 72

## 【Ⅱ 主張Ⅱ

主張Ⅰの点を措いても（同性婚禁止規定と言いうる規定が存在すると見て

も)、その同性婚禁止規定は合憲拡張解釈(憲法14条1項及び24条2項)される必要があり、本件不受理処分は、合憲拡張解釈された民法・戸籍法に反して違法であり、違憲無効でもあって(憲法98条1項)、本件市長は、同性婚を禁じていない現行の民法・戸籍法に従い、本件婚姻届を直ちに受理すべきこと】

・・・73

第1 概要 ・・・73

第2 (前提) 憲法は同性婚を禁じておらず、同性婚を認める内容の立法、法解釈及び処分は、憲法上、少なくとも許容はされていること ・・・73

第3 (合憲解釈の前提) 現行の民法、戸籍法は、同性婚を禁じていないという解釈は可能であること ・・・74

1 民法、戸籍法の条文上、同性婚を禁じる趣旨とは解しがたいこと ・・・74

2 憲法24条1項の「両性」「夫婦」という文言が、同性婚を禁じる趣旨ではない以上、同じように、民法、戸籍法のなかに、「夫婦」、「夫・妻」、「父・母」といった文言を用いた規定があることを根拠に、民法、戸籍法が同性婚を禁じる趣旨であるとは解釈し得ないこと。 ・・・74

3 最高裁判所においても、「現行法が」異性間においてのみ婚姻を認めている旨の表現を避けていること ・・・75

4 他の規定との関係を検討しても、同性同士の婚姻届の受理により、なんらの支障も混乱も起きないことが確認されること ・・・76

(1) 同性同士の婚姻届を受理した場面について ・・・76

(2) 女性同士の婚姻カップルに子どもが産まれた場面について ・・・77

(3) 男性同士の婚姻カップルについて ・・・79

(4) 同性配偶者が離婚する場面について ・・・80

(5) その他の民法の規定について ・・・80

(6) 戸籍法の規定について ・・・80

(7) 小括 ・・・82

5 同性の二人の婚姻届を受理した場合の他の規定との関係を考慮することは必要がないこと ・・・82

- 6 現行法（民法、戸籍法）が、「夫婦」「夫・妻」「父母」という文言を用いている具体的理由は、現代の社会には当てはまらないこと . . . . 84
- 7 法解釈において、条文の文言の辞書的な意味に従った解釈（文理解釈）とは異なる解釈をすることは、しばしばあること . . . . 84
- 8 日本弁護士連合会が、同性の当事者による婚姻を求めてなされた人権救済申立てを受けて発出した意見書においても、「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こと . . . . 86
- 9 台湾の司法院が、同性婚を認めない民法が憲法に反するとしたときの具体的な救済措置の内容に照らしても、日本の民法は同性婚を禁じていないこと . . . . 88
- 10 結論（合憲解釈の前提） . . . . 90
- 第4 民法及び戸籍法は、憲法14条1項に適合するよう解釈されるべきであり、同条項に違反する解釈はできないこと（合憲解釈の総論） . . . . 90
- 第5 民法及び戸籍法は、憲法24条2項に適合するよう解釈されるべきであり、同条項に違反する解釈はできないこと（合憲解釈の総論） . . . . 91
- 第6 憲法14条1項、24条2項との関係における合憲解釈として、同性婚禁止解釈の許否については、慎重な審査がされるべきであること。それは最高裁判例の立場であること。（合憲解釈の総論） . . . . 92
- 1 同性婚禁止解釈は、性別、性的指向及び性自認によって人と人を区別する点で、憲法14条1項違反が問われた事件の最高裁判例にいう「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」及び「自ら選択ないし修正する余地のない事柄」に基づく別異取扱いであるため、当該解釈の憲法14条1項適合性については、慎重に判断されるべきこと . . . . 93
- 2 望む相手と婚姻することは、憲法14条1項違反が問われた事件の最高裁判例にいう「重要な法的地位」であり、これらに関する別異取扱いとなる同性婚禁止解釈の憲法14条1項適合性については、慎重に判断されるべきこと . . . . 96
- 3 市町村長や法務大臣には、同性婚禁止解釈を行なうについての行政裁量が

ないこと	・ ・ ・ ・ 97
4 小括	・ ・ ・ ・ 99
第7 同性婚禁止解釈は正当な「目的」を欠いており、その一点をもって、いかなる合理性も認められず、憲法14条1項及び憲法24条2項に違反すること（合憲解釈における目的審査）	・ ・ ・ ・ 100
第8 同性婚禁止解釈が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反することを示す立法事実等について（合憲解釈）	・ ・ ・ ・ 105
1 婚姻によって生じる具体的効果を見ても、婚姻しようとする二人の性別の組合せを男女に限るべき理由がないこと	・ ・ ・ ・ 106
2 諸外国では次々と同性婚が法制化されていること	・ ・ ・ ・ 106
3 （前記Iに述べた点と同様の点）	・ ・ ・ ・ 106
4 国会の審議において、衆議院法制局が、「憲法十三条や十四条等の他の憲法条項を根拠として、同性婚の法制度化は憲法上の要請であるとするような考えなどは、いずれも十分に成り立ち得るもの」と答弁したこと	・ ・ ・ ・ 107
5 日本弁護士連合会が、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書を発出したこと	・ ・ ・ ・ 107
6 同性婚の立法不作為について「違憲」「違憲状態」と判示する判決があいついでいること	・ ・ ・ ・ 108
7 「婚姻は生殖のためのものである」という論は、最高裁判例や現行の実務に照らして維持しえず、そのような社会通念も現在は限定的であること	・ ・ ・ ・ 109
(1) 再婚禁止期間違憲判決の判示	・ ・ ・ ・ 110
(2) 夫婦同氏制合憲判決の判示	・ ・ ・ ・ 110
(3) 明治民法の制定以来、婚姻当事者間での生殖可能性が皆無であっても、婚姻届は当然に受理され有効とされていること	・ ・ ・ ・ 110
(4) 現行の民法及び戸籍法における「家族」は、血のつながりを要求していないこと	・ ・ ・ ・ 114

- (5) 夫婦同氏制合憲判決等の最高裁判例は、同性婚禁止解釈との整合性はなく、むしろ同性婚が認められているという解釈こそ最高裁判例に整合すること  
 . . . . 115
- (6) 昨今、「婚姻は生殖のためのもの」という国民意識は薄弱となっていること  
 . . . . 117
- (7) 同性カップルは子を養育すること  
 . . . . 121
- (8) 「婚姻は生殖のためのもの」という論についての小括  
 . . . . 124
- 8 前記のとおり、現在までに様々な国と地域で同性間の婚姻が認められているが、同性婚を認めたことによる具体的な混乱や弊害について、報告されていないこと。  
 . . . . 124
- 9 同性婚の導入後、同性愛者等の自殺率が低下したという調査があること  
 . . . . 124
- 10 前項に関連して、我が国にも、性的少数者の自殺リスクがそうでない者の約6倍であるという調査があること。性的少数者の自殺リスクの高さは、政府の「自殺総合対策要綱」にも掲載されていること  
 . . . . 125
- 11 同性婚禁止解釈を維持する場合、そのようにして同性カップルを法的に承認しない婚姻制度のあり方は、性的少数者を差別する風潮を助長すること  
 これに類する事柄は、非嫡出子相続分規定を合憲とした平成7年最高裁判決の反対意見が指摘しており、同規定はその後の判例変更により違憲と判断されたこと。  
 . . . . 127
- 12 前記のような社会の差別意識は、性的少数者である子どもに対しても向けられること。その事態は、子どもの権利条約の条約機関の勧告等に反し、それは憲法判断に影響する立法事実であること。  
 . . . . 132
- 13 同性婚禁止解釈は、同性カップルに養育される子にとって不利益となり、同性カップルの子に対する差別でもあること  
 . . . . 135
- 14 同性婚導入の経済的メリットが実証されており、同性婚禁止解釈の不合理性は、経済社会からの批判・懸念の対象となっていること  
 . . . . 139
- 15 令和2年になされた東京高裁判決（最高裁で確定）は、外国法に基づき当

- 該外国で婚姻し、国内でも事実婚関係にあった同性カップル間の不貞慰謝料請求を認容し、「婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益」の一部を認めていること。その際、慰謝料額の判断に関して「性別によって差異を設けているのではな」い旨判示したこと。 . . . . 142
- 1 6 日本人男性パートナーと共同生活をしてきた外国籍男性のオーバーステイによる退去強制処分について、国が同男性への在留特別許可を認めたこと  
当該処分は、国において、当該男性を「日本人の配偶者等」と同様の状況にあるものと判断したものとと言えること。 . . . . 143
- 1 7 同性婚禁止解釈によって、同性カップルの法律関係をめぐる混乱が生じてしていること。この状況は、婚姻制度は本質的に規格化されたものであるという平成27年夫婦同氏制大法廷判決が前提とする婚姻観が予定しない事態であること。 . . . . 144
- (1) 現在の状況 . . . . 144
- (2) 現在の状況は、夫婦同氏制大法廷判決の婚姻観に反していること . . . 147
- (3) 養子縁組について、制度の予定しない利用がされていること . . . 148
- (4) 小括 . . . 149
- 1 8 精神医学の分野において、同性愛・両性愛や、性別違和・性別不合は、精神病理ではないという知見が確立してきたこと . . . . 149
- 1 9 国際人権法分野の状況 . . . . 151
- 2 0 日本が締約国である条約等や、日本政府に向けられた勧告等において、性的指向や性自認に基づく差別を禁止したり、同性婚の権利保障を内容とする内容のものが多数存在すること . . . . 152
- 2 1 アメリカ合衆国憲法との比較について . . . . 156
- 2 2 日本政府は、前記のとおり自殺対策に性的マイノリティの自殺対策を含めているほかにも、「人権教育及び人権開発の推進に基づく法律」（平成12年法律第147号、以下「人権教育啓発推進法」という。）に基づく施策のなかで、平成14年頃から「性的指向」に言及し、平成30年以降は「性的指向」を強調事項として、これを理由とする偏見や差別をなくすべきである

という啓発活動や具体的な指針策定をしていること	・ ・ ・ ・ 156
2 3 近年の国会では、性的マイノリティの権利侵害防止や、人権啓発施策に留まらず、家族法改正の審議でその権利の保護が検討され、附帯決議にも盛り込まれたうえ、令和5年には不十分ながら性的少数者の基本法が成立したと	・ ・ ・ ・ 158
2 4 合憲拡張解釈のまとめ	・ ・ ・ ・ 159
2 5 (参考) イタリアでは合憲拡張解釈によって選択的夫婦別姓が認められたこと	・ ・ ・ ・ 159
第9 国民の「社会通念」によって、同性婚禁止解釈を是とすることは誤りであること	・ ・ ・ ・ 160
第10 国レベルのパートナーシップ制度などの「婚姻以外の制度」によることが可能であるから同性婚禁止が許される、との論の誤り	・ ・ ・ ・ 163
1 問題の所在	・ ・ ・ ・ 163
2 実親子関係の決定ルール以外の制度については、代替新制度は、婚姻と同じ内容の制度にしない限り憲法14条1項等に違反すること	・ ・ ・ ・ 164
3 実親子関係決定ルールのために代替新制度を設けることも、合理的根拠のない区別であって憲法14条1項等に違反すること	・ ・ ・ ・ 165
4 前記2及び3の検討から、代替新制度は、婚姻と同じ内容の制度にしない限り憲法14条1項等に違反するものの、婚姻と同じ内容の代替新制度は、「分離すれども平等 (separate but equal)」の論理によるものであって許されないこと	・ ・ ・ ・ 169
5 代替新制度によることが可能であるから同性婚禁止が許される、との論は誤りであること	・ ・ ・ ・ 170
第11 同性婚禁止解釈に関する帰結	・ ・ ・ ・ 170
第12 主張Ⅱの結論	・ ・ ・ ・ 171

### 【Ⅲ 主張Ⅲ

主張Ⅰ及びⅡの点を措き、同性婚禁止規定があり、かつ同性婚禁止解釈しか採り得ないのであれば、そのような現行制度（同性婚禁止制度）は憲法1

4条1項及び24条2項に反し、法令違憲（具体的には、同性婚禁止規定は意味上の一部の違憲無効）であり、現在の婚姻制度は当事者の性別の組合せを問わない範囲で有効に存続すること。本件不受理処分は、違憲無効であること（憲法98条1項）。本件市長は、有効に存続する範囲の現行婚姻制度に基づき、本件婚姻届を直ちに受理すべきこと】	・ ・ ・ ・ 172
第1 主張Ⅲの概要	・ ・ ・ ・ 172
第2 同性婚禁止制度は憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するかが問題となること（総論）	・ ・ ・ ・ 173
第3 本件制度に関する違憲審査は、厳格になすべきこと（総論）	・ ・ ・ ・ 174
1 同性婚禁止制度は、法令上の性別、性自認、性的指向という自らの意思や努力で変えられない事柄によってなされる区別にあたる上、婚姻するかどうか、いつ誰と婚姻するかという重要な法的地位に関するものであること	・ ・ ・ ・ 174
2 本件においては立法裁量論が妥当しないこと	・ ・ ・ ・ 175
(1) 同性婚禁止制度の違憲審査においては、「立法府の立場」が不明であり、立法裁量論が妥当しないこと	・ ・ ・ ・ 175
(2) 立法府は同性婚導入の是非について判断しうる知見をしていないこと	・ ・ ・ ・ 177
(3) 深刻な差別を受けてきたマイノリティについての差別に係る法令の憲法審査については立法裁量論を用いられないこと。夫婦同氏制大法廷判決に照らしてもそう言えること。	・ ・ ・ ・ 177
(4) 最高裁大法廷平成27年12月16日夫婦同氏制判決に照らしても、婚姻を直接制約する同性婚禁止制度の憲法適合性審査については立法裁量論を用いられないこと。	・ ・ ・ ・ 179
(5) 小括	・ ・ ・ ・ 180
3 法令違憲の審査密度についての結論	・ ・ ・ ・ 180
第4 立法の目的が存在しないこと	・ ・ ・ ・ 180
第5 本件制度が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反することを示す立法	

事実について	・ ・ ・ ・ 181
第6 同性婚禁止制度が憲法14条1項及び憲法24条2項に違反して法令違憲であること	・ ・ ・ ・ 181
第7 本件婚姻届の受理を命ずべきこと（法令違憲であることの帰結）	・ ・ 181
1 同性婚禁止制度が法令違憲であることの具体的意味は、同性婚禁止規定の意味上の一部違憲無効であり、本件婚姻届は直ちに受理すべきこと	・ ・ 181
2 最高裁大法廷国籍法違憲判決に徴し、本件市長は、本件婚姻届を直ちに受理しなければならないこと	・ ・ ・ ・ 183
3 最高裁大法廷令和3年6月23日夫婦同氏制合憲決定の宮崎裕子裁判官、宇賀克也裁判官反対意見に徴し、本件婚姻届を直ちに受理しなければならないこと	・ ・ ・ 186
4 本件婚姻届の受理を命じる審判をなしてから、実際に婚姻制度全体の立法措置が了されるまでの間の取扱いとして、憲法違反を直ちに解消し、かつ混乱のない具体的方法があること	・ ・ ・ ・ 189
5 本件婚姻届の受理を命じるべき必要性及び緊急性があること	・ ・ ・ 191
6 本件婚姻届を直ちに受理しなければならないこと	・ ・ ・ 195
第8 主張Ⅲの結論	・ ・ ・ ・ 195
【Ⅳ 補足：天皇制との関係】	・ ・ ・ ・ 196
【Ⅴ 結語】	・ ・ ・ ・ 196
添付書類	・ ・ ・ ・ 196