

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京二次訴訟上告審提出の書面です。

令和7年(ネオ)第1031号 上告提起事件

上告人 山縣 真矢 外7名

被上告人 国

上 告 理 由 書

(第二分冊)

2026(令和8)年2月3日

最高裁判所 御中

上告人ら代理人

弁護士 上 杉 崇 子

弁護士 寺 原 真 希 子

ほか

目次

第4	上告人らの主たる主張と原判決の誤り（総論）	9
1	はじめに	9
2	上告人らの主たる主張の内容	9
(1)	本件諸規定が違憲であることの趣旨	9
(2)	制度の入口の違憲性を判断することは国会の立法裁量と抵触しないこと	13
(3)	個々の婚姻当事者に対して具体的に適用される規定の内容（法的効果の内容）に関する憲法上の指針	15
3	原判決の理解の誤り	17
(1)	上告人らは、法律上同性のカップルに対して現行の法律婚制度を構成する個々の規定について全く同一内容を適用すべき、とまでは主張していないこと	17
(2)	上告人らは、民法及び戸籍法における「夫婦」の解釈を争っているのではなく、法律上同性のカップルの憲法上の権利が侵害されていると主張していること	18
(3)	上告人らは、現行の法律婚制度が違憲無効であると主張していないこと	20
(4)	小括	21
4	違憲審査の在り方	21
(1)	はじめに	21
(2)	憲法の原理から導かれる要請	22
(3)	性的少数者に対する構造的差別の再生産とならないように憲法判断の方法に留意する必要があること	22
第5	憲法24条1項違反（主たる主張）	24

1	はじめに.....	24
2	上告人らの主張の要旨（あるべき憲法判断）.....	25
3	憲法24条1項に託されたそもそもの趣旨に立脚すれば、同条項は「婚姻の本質」を満たす人と人の結合関係に婚姻の自由を保障する規定である.....	29
	(1) 憲法の各条項の解釈は「個人の尊厳」等の基本原理に即して解釈しなければならないこと.....	29
	(2) 憲法24条1項の保障内容.....	29
	(3) 憲法の原理に即した憲法24条1項の解釈.....	31
4	法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たしうる関係を築くことができること.....	36
5	憲法制定後の社会状況等の変化は個人の尊厳の原理を即した憲法解釈に必要な考慮要素であること.....	38
	(1) 憲法は「婚姻」について社会状況等の変化に応じた不断の検討を要請していること.....	38
	(2) 憲法制定後の社会状況等の変化.....	42
6	憲法24条1項のあるべき解釈.....	48
7	原判決の誤り（要旨）.....	49
8	原判決の問題点（その1）.....	51
	(1) 「憲法改正当時の社会状況」について.....	52
	(2) 「明治民法が採用していた法律婚制度の制度設計の問題点」について.....	52
	(3) 審議経過における議論について.....	53
	(4) 「両性」や「夫婦」という条文の規定ぶり（文言の辞書的意味）について.....	56
	(5) 憲法制定当時の「社会的承認」を受けていた「歴史的、伝統的な婚姻形態」を根拠に、憲法24条の「婚姻」を解釈する手法の誤り.....	61

(6) 小括.....	70
9 原判決の問題点 (その 2)	70
(1) はじめに	70
(2) 原判決が示した判断枠組みとの矛盾	71
(3) 論理一貫性の欠如	71
(4) 考慮した要素のアンバランス.....	72
(5) 小括.....	73
10 憲法 24 条 1 項の直接適用に関するまとめ	73
11 仮に辞書的な意味どおりに解釈すべきだとしても、憲法 24 条 1 項を類推適用すべきであること	74
(1) 憲法 24 条 1 項を類推適用すべきこと	74
(2) 類推の基礎の存在	75
(3) 原判決の誤り	76
(4) 小括.....	78
12 結論.....	79
第 6 憲法 14 条 1 項違反 (主たる主張)	81
1 はじめに.....	81
2 区別事由及びその性質並びに区別対象の属性	83
(1) 性自認、性的指向及び性別に基づく区別 (区別事由)	83
(2) 人の人格に深く根差し、かつ、自らコントロールできない属性に基づく区別であること (区別事由の性質)	84
(3) 歴史的に長らく差別を受けてきた人々に対する区別であること (区別対象の属性)	85
(4) 後段列挙事由による区別であること	87
(5) 原判決の判示	88

3	本件別異取扱いによる制約の態様及び不利益の重大性	89
(1)	制約の態様	89
(2)	不利益の重大性	89
(3)	個々の不利益にかかる合理的根拠の検証が必要であること	93
(4)	原判決の判示	95
4	審査基準	96
(1)	厳格に審査されるべきこと	96
(2)	原判決の判示	99
5	本件別異取扱いの合理的根拠の有無	101
(1)	はじめに	101
(2)	審査の対象及び手法	102
(3)	法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係であること	108
(4)	婚姻制度の目的に照らしても排除される理由はなく、自然生殖可能性の不存在は本件別異取扱いの合理的根拠とはなりえないこと	109
(5)	本件別異取扱いの態様や不利益を正当化する事由は見当たらないこと	115
(6)	法律上同性のカップルを取り巻く社会的状況や国民の意識の変化（規範の変化）を踏まえればなおさら、本件別異取扱いについて真にやむを得ない理由は認められないこと	115
(7)	仮に婚姻制度の目的にかかる原判決の理解を前提としても、当該目的と本件別異取扱いとの合理的関連性は認められないこと	117
(8)	小括	118
6	憲法24条1項は本件別異取扱いを正当化しないこと	120
7	結論	122
第7	憲法24条2項違反（主たる主張）	124
1	はじめに	124

2 本件排除の憲法 24 条 2 項適合性審査では厳格な審査基準が妥当すること	126
(1) 憲法 24 条 2 項は「個人の尊厳」という立法裁量が超えられない限界を画したこと	126
(2) 本件には厳格な審査基準が適用されるべきであること	127
(3) 原判決の誤り	129
3 本件排除が「個人の尊厳」に照らし正当化されないことを基礎付ける事由の存在	131
(1) 現行の法律婚制度の利用が認められないことによる不利益が甚大であること	131
(2) 本件排除による不利益の影響範囲が広いこと	134
(3) 婚姻制度・家族制度の分野における規範意識の根本的変化	135
(4) 小括	137
4 本件排除が「個人の尊厳」に反しない合理的なものであることを基礎付ける事由の不存在（原判決の誤り）	139
(1) 原判決の言う本件制度設計は法律上同性のカップルの排除を正当化しない	140
(2) 自然生殖による子の出産と養育の有無は、本件排除が「個人の尊厳」に反しないことを基礎付けない	141
(3) 法律婚制度自体の後国家性は、「個人の尊厳」の審査において決定打とはならない	143
(4) 現行憲法制定当時の「婚姻」の想定は、現在における別異取扱いを正当化しない	143
(5) 伝統的な価値観や反対意見の存在は、「個人の尊厳」に反しないことを基礎付ける事情とはならない	144

(6) 嫡出推定規定などの存在は、法律上同性のカップルを婚姻からの排除を正当化しない	145
(7) 別制度の創設では、個人の尊厳に対する毀損は補填されない	146
5 その余の原判決の誤り	148
(1) 上告人らは本件諸規定の違憲無効を主張していない	148
(2) 「性自認等の多様性」それ自体に対する理解の促進では、「個人の尊厳」の毀損は補填されない	148
6 憲法24条2項違反に関する主たる主張のまとめ	149
第8 従たる主張について	150
1 現行の法令が法律上同性のカップルに対し本件三要素を中核的要素とする家族制度の利用を認める根拠規定を有していないことは違憲であること	150
(1) 従たる主張の内容	150
(2) 従たる主張の論拠	150
(3) 従たる主張についての補足	155
(4) 主たる主張に対する結論再検討の必要性	160
2 その他の原判決の誤り	161
(1) 在外日本人選挙権最高裁大法廷判決の理解の誤り	161
(2) 諸外国の動向に関する理解の誤り	162
(3) 差別解消のための法制度の不存在が違憲と主張しているとの理解の誤り	164
第9 司法府による積極的な判断が求められていること	164
1 はじめに	164
2 本件は多数決の原理においては救済されない側面を持っていること	165
(1) 民主主義と少数者の人権	165
(2) 国会における議論状況	166

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京二次訴訟上告審提出の書面です。

(3) 司法府の役割	174
3 議論がなされていないことの意味	175
(1) なぜ議論されないのか	175
(2) 差別的感情の存在（慎重な議論されることの合理的理由の不存在） ...	176
(3) まとめ	179
4 三権分立との関係	181
5 違憲判決を行っても社会に混乱が起きないこと	182
6 結論	182
附 属 書 類	184

第4 上告人らの主たる主張と原判決の誤り（総論）

1 はじめに

上告理由書〔第一分冊〕第3では、憲法解釈論の前提となる基礎的な事実（すなわち、立法事実や憲法解釈の合理性を基礎づける事実）と基本的な事項に関する評価を整理した。本書では、これらに関する整理を踏まえ憲法解釈論を展開する。まず、本第4では、上告人らの憲法違反に関する主たる主張の内容を改めて整理した上で、原判決の憲法判断の誤りについての総論を述べる。具体的には、原判決が上告人らの主張内容（ないし本件の違憲の対象）を誤解していること、それに起因してか、原判決における憲法判断が、焦点のずれた不当なものになっていることを指摘する（下記2、3）。

その上で、憲法解釈や合理性審査は、構造的少数者の差別を再生産するような方法であってはならず、特に社会的に差別されてきた性的少数者の人権が問題となっている本件においては、その憲法判断の方法についても自覚的になる必要があることについて指摘する（下記4）。

2 上告人らの主たる主張の内容

(1) 本件諸規定が違憲であることの趣旨

ア 上告人らの主たる主張は、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことは、憲法24条1項、14条1項及び24条2項に違反する、というものである（上告理由書〔第一分冊〕第2の1も参照）。

イ 後に指摘する原判決の理解の誤りを念頭に補足すると、上告人らが主張しているのは、あくまで、本件諸規定によって法律上同性のカップルが現行の法律婚制度に参加する機会それ自体を否定されていることが違憲という点にある。したがって、当然ながら、婚姻に関する民法及び戸籍法の規定の全体が違憲、かつ無効であると主張するものではない。上告人らは、ただ法律上異性のカップルと同じように現行の法律婚制度に基づき婚姻できることを望んでいる。

ウ 一方で、現行の法律婚制度に参加する機会それ自体が否定されているという制度の入口における排除の違憲性の問題と、仮に違憲であるとされた場合に当該制度の下で具体的にどのような内容の法的効果が付与されるべきかという救済の問題とは論理的に区別される。本件において、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことが憲法24条1項、14条1項及び24条2項に違反すると判断することは、法律上同性のカップルに対して、現行の法律婚制度を構成する個々の規定について、法律上異性のカップルと全く同一の内容を適用すべきことを直ちには意味しない。

その理由は、第一に、本件の訴訟物との関係である。本件は、本件諸規定が憲法に違反するものでありその違憲を解消するための立法措置を国会が怠っていることを理由とする国家賠償法に基づく慰謝料請求であって、婚姻届の受理の義務付け訴訟や婚姻届の不受理処分に対する不服申立てではない。後者の各手続の場合は、現行法を前提として婚姻届の受理を求めるものであるため、現行の法律婚制度を構成する個々の規定が全て一律に適用されるべきかという民法・戸籍法の解釈が問題となりうる。しかし、本件において本件諸規定を違憲として請求を認容す

ることは、直ちに上告人らに対して現行の法律婚制度を前提とした婚姻の効力が生じることを意味しない。本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないという入口の規制が違憲であり、国会が正当な理由なく憲法違反を解消するために必要となる立法措置を講じないことが国家賠償法上違法であることが判断されるだけである。したがって、現行の法律婚制度を構成する個々の規定について法律上異性のカップルと全く同一の内容を上告人らに適用すべきか否かを明らかにしなくとも、訴訟物の存否について判断することができる。

第二の理由は、具体的な立法措置の内容に関する立法裁量の余地である。現行の法律婚制度は、既に同じ現行の法律婚制度の枠内で、夫婦財産契約の有無で適用される内容が区別されていたり（民法第4編第2章第3節）、養子縁組がされた場合に適用される内容が区別されている（民法第4編第3章第3節）。このように、現行の法律婚制度は、各婚姻当事者の具体的状況（子がいる場合、夫婦財産契約を締結している場合、養子関係にある場合等）に応じて適用される規定が選別される構造になっており、現行の法律婚制度を利用すること自体（地位・資格）と、個々の婚姻当事者に対して具体的に適用される規定の内容（法的効果の内容）は必ずしも連動していない。

本件は、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないこと自体（地位・資格）の違憲性が問題となっており、上記のとおり制度の利用（地位・資格）と、具体的に法律上同性のカップルに対して適用される規定の内容（法律効果の内容）がどうあるべきかは現在の制度上も切り分けられているから、婚姻した後に具体的に適用されることになる規定の具体的内容が一意に定まっていなく

とも、婚姻の自由や個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益に対する侵害、現行の法律婚制度の利用に関する別異取扱いを違憲と評価することはできる。

したがって、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことが違憲であると判断しても、それは直ちに法律上同性のカップルに対して適用される規定の内容が法律上異性のカップルと全く同一のものになることを意味しない。現行の法律婚制度の枠内で具体的にどのような内容として実現するかは、憲法13条、14条1項及び24条に違反しない限度で一定の立法裁量の余地が一応認められることになる(先例との関係については下記(2)を参照。なお、いざ具体的な適用を検討する際にも、結局、その立法裁量が認められる範囲は極めて限定的と解されることについて下記(4)を参照。)

エ よって、上告人らの主たる主張は、飽くまでも本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことが憲法24条1項、14条1項及び24条2項に違反するというものであり、かかる観点での憲法適合性を検討することで必要十分である。婚姻に関する民法及び戸籍法の規定の全体が違憲、かつ無効であるか否かを検討するものでもないし、現行の法律婚制度を構成する個々の規定と全く同一内容のものが法律上同性のカップルに対して適用されるべきことが憲法上一義的に明らかといえるか否かを検討する必要も必ずしもない。

(2) 制度の入口の違憲性を判断することは国会の立法裁量と抵触しないこと

ア 上記(1)のとおり、現行の法律婚制度を利用すること自体(地位・資格)といういわば入口の議論と、仮に現行の法律婚制度が利用できないことが違憲であるとなった場合の具体的な救済として、具体的に適用される規定の内容(法的効果の内容)をどうするかという中身の議論は区別されるものである。

したがって、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことが違憲であると判断したとしても、どのような救済を与えるか、即ち法律上同性のカップルに対して適用される現行の法律婚制度にどのような内容を盛り込むのかは、第一義的には国会によって判断されることになるから、裁判所が前者について違憲の判断を下すことが直ちに国会の立法裁量と抵触するものではない。

イ このように制度を利用すること自体(地位・資格)の違憲性の問題と具体的な実現方法とを区別して、前者について違憲の判断をした判例として、最大判令和4年5月25日民集第76巻4号711頁(以下「**国民審査法違憲最高裁大法廷判決**」という。)がある。同判決は、在外国民の国民審査について、「具体的な方法等のいかんを問わず、国民審査の公正を確保しつつ、在外国民の審査権の行使を可能にするための立法措置をとることが、事実上不可能ないし著しく困難であるとは解されない。」とした上で、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するものというべきである。」と判断した。

国民審査法違憲最高裁大法廷判決が国民審査を行使できないことの問題と国民審査の行使をどのように実現するかの問題とを切り分け、前者のいわば制度の入口の問題について違憲と判断した方法は、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないという制度の入口の違憲性が問題となっている本件においても参照されるべきである。

ウ また、こうした整理は、家族に関する最高裁判例とも整合するものである。

最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁（以下「**再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決**」という。）は、憲法24条2項について、「婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。」としつつも、婚姻に対する直接の制約が問題となった事案において、合理性審査の下で違憲の判断を示した。これは「具体的な制度の構築」といういわば中身の問題については立法裁量があることを示しつつ、婚姻に対する直接の制約となっているといういわば入口の問題について違憲の判断を示したものと解される。

したがって、本件も婚姻することができないという直接の制約が問題となっている事案であるから、かかる入口規制の合憲性については慎重な検討を要する。原判決は、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁（以下「**平成27年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決**」という。）を引用して「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」(63頁)としているが、平成27年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決の多数意見は、民法750条について「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」と評価した上での判断(いわば中身の問題として位置付けたもの)であり、本件とは事案の性質を異にするものであって、先例として参照することは誤りである。

(3) 個々の婚姻当事者に対して具体的に適用される規定の内容(法的効果の内容)に関する憲法上の指針

さらに言えば、本件諸規定が法律上同性のカップルに対して現行の法律婚制度の利用を認めないことが違憲であるとした場合、上記のとおり、国会は法律上同性のカップルを現行の法律婚制度に組み入れるための法的な整備をする義務が生じることになるが、その際、現行の法律婚制度の利用を認めるにあたっての中核的要素と¹、その他の個々の婚姻当事者に対して具体的に適用される規定の内容(法的効果の内容)がどうあるべきかについて、憲法上の指針を示すことも立法裁量と抵触するものではなく、むしろ人権侵害を未然に防ぐ観点から裁判所として積極的に提示すべきものである。

¹ 法律上同性のカップルに対して婚姻届の受理は認めるが身分関係の形成は認められなかったり、婚姻に伴う法的効果の付与が一切されなかったり、戸籍による身分関係の公証がされない場合には、本件の違憲性の問題は解消しない。現行の法律婚制度の中核的要素は、①配偶者としての身分関係の形成、②その法的身分関係に応じたふさわしい法的効果(権利義務)の集合的付与、③当該法的身分関係の国の制度による公証と整理できるところであり、それを踏まえた立法府の作為義務を示すことも有益である。

特に本件は、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと同じ共同生活の実態があり、現行の法律婚制度の内容も、婚姻当事者の呼称等について、性中立的な用語へと修正する技術的な手当てをしさえすれば、法律上同性のカップルにも基本的にそのままの内容で適用可能である（上告理由書別冊B参照）。そのため、性自認及び性的指向又は法律上の性別が同性であることのみを理由に規定を区別することの合理的な根拠は想定し難く、上記(1)のとおりいわば中身の問題について一定の立法裁量の余地が認められ得るとしても、その中身が憲法13条、14条1項及び24条に違反しないというためには、立法裁量が認められる範囲も極めて限定的であると解される。したがって、異なる規律を設ける場合には、それ自体について合理的な根拠があるのか慎重な検討を要するところである（本書第6の憲法14条1項違反の議論も参照。）。

この点について、東京高裁判決（一次）（甲A710）は、「同性間の人的結合関係については、婚姻の届出に関する民法739条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないこと」は憲法14条1項、24条2項に違反するとしてその違憲の中核的要素を示した上で、「その立法裁量は、個人の尊重（憲法13条）と法の下での平等（憲法14条）という基本原則に立脚した制度とすべきであるという憲法上の要請が、その裁量の限界を画するものである。たとえば、配偶者の相続権（民法890条）のように、婚姻当事者の性別や子の生殖可能性の有無にかかわらず、配偶者の地位にあることにより当然に生ずるものとされている財産的権利について、男女間の婚姻と異なる規律とすることは、直ちにその合理的根拠を見出し難く、憲法14条1項違反の問題が生じうると解される。」（55頁から56頁）と指摘する。

東京高裁判決（一次）（甲A710）は、セクシュアリティのみを理由と

して現行の法律婚制度とは別の制度とすることの合理性について検討していない点で不十分な点が残るものの、東京高裁判決(一次)(甲A710)のように明確に違憲の判断を示した上で、具体的な制度構築の点について憲法上の要請内容を明示し、人権侵害が繰り返されないように国会に対する指針を与えるということも、人権救済の砦としての司法の役割として要請される。

3 原判決の理解の誤り

以上の上告人らの主張の内容を踏まえて、原判決の理解の誤りについて簡単に指摘する(詳細は本書第5から第7の主張を参照されたい。)

(1) 上告人らは、法律上同性のカップルに対して現行の法律婚制度を構成する個々の規定について全く同一内容を適用すべき、とまでは主張していないこと

ア 原判決は、憲法24条1項に関する判断において、婚姻及び家族に関する事項に関する定めについて、「その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。」(45頁)とし、上告人らが今日における理解に即した憲法24条1項の解釈が必要と主張していることに対し、「我が国に限って、同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容が、直ちに憲法24条1項の婚姻と全く同一のものに一義的に定まり、国会による制度内容の選択決定が憲法上許されないと解する合理的理由は見当たらない。」(49頁)として憲法24条1項違反ではないと結論付ける。

イ しかし、上記 2 で述べたとおり、主たる主張は、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めないことが違憲であると主張するものであり、法律上同性のカップルが婚姻した後に具体的に適用されることになる規定の具体的内容が全て一意に定まっていなくとも、婚姻の自由や個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益に対する侵害、現行の法律婚制度の利用に関する別異取扱いを違憲と評価することはできる。そのため、その場合の救済内容として、法律上同性のカップルに対して、現行の法律婚制度を構成する個々の規定について、全く同一内容を適用すべきか否かを判断しなければならないというものでもない。

したがって、原判決のように「国会による制度内容の選択決定」の余地が全くないと解するのは、本件の違憲の対象を誤解するものであり、誤っている。

(2) 上告人らは、民法及び戸籍法における「夫婦」の解釈を争っているのではなく、法律上同性のカップルの憲法上の権利が侵害されていると主張していること

ア 原判決は、憲法 14 条 1 項に関する判断において、「控訴人らは、……婚姻の本質を伴う結合関係は、同性の者同士と異性の者同士との間に本質的な差がないから、同性の者同士は、憲法 14 条 1 項の要請として現行の法律婚制度への包摂が求められる旨主張する」とした上で、「この主張は、本件諸規定における「夫婦」には「その間の子」が出生しない同性の者同士も含まれる旨の主張と解される。」(56 頁) と上告人らの主張をまとめている。

また、原判決は、憲法 24 条 2 項に関する判断において、「『夫婦』が同性の者同士を含むという解釈を採るときには、本件諸規定が婚姻の成立要件を定める規定であるために、国会が同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容を決していないのに、その内容が必然的に現行の法律婚制度と同じになってしまうのであり、そのような解釈は採り得ない」(63 頁から 64 頁)と述べる。

イ しかし、上記 2 で述べたとおり、上告人らは本件諸規定の解釈を争って婚姻届の受理を求めているのではなく、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことが、上告人らの憲法上の権利を侵害しあるいは平等原則に違反するもので憲法に違反すると主張している。上告人らの主張を本件諸規定の解釈を争っているかのように位置づける原判決は、上告人らの主張を誤解するものである。

ウ あるいは、原判決は、法律上同性のカップルに対して集合的に付与される法的効果の内容が憲法上一義的に明らかにならなければ本件において違憲の判断ができないと考えているがゆえに、上告人らの主張の趣旨が結局のところ本件諸規定の「夫婦」に法律上同性のカップルも含まれるという意味になると位置づけているのかもしれない。

しかし、上記 2 で述べたとおり、主たる主張に沿って違憲の判断がされた場合であっても、その救済として、法律上同性のカップルに対して適用される規定が法律上異性のカップルと全く同一内容となることを直ちに意味するものではない。国民審査法違憲最高裁大法廷判決でもみられるように、制度を利用できるかどうかといういわば入口の議論と、

具体的な制度の内容がどうあるべきかという中身の議論は区別することができ、後者について立法裁量が認められる場合であっても、前者について、制度の利用そのものが否定されているという観点から違憲判断を下すことは可能である。

かかる観点からも、原判決による上告人らの主張の整理ないし本件の違憲の対象の理解は、司法における違憲判断の権限を不当に狭めるものであって誤っている。

(3) 上告人らは、現行の法律婚制度が違憲無効であると主張していないこと

ア 原判決は、憲法 14 条 1 項の立法目的との合理的関連性の検討において、「本件諸規定が存在しなければ、誰も婚姻ができなくなり、憲法 13 条、24 条に違反する結果となるから、その存在が憲法に違反することもあり得ない」(56 頁)として、「本件区別取扱いは、事柄の性質上、合理的な根拠に基づくものといえる。」(56 頁)と述べる。

また、憲法 24 条 2 項違反の検討においても、「本件諸規定の存在を否定して無効とすれば誰も婚姻ができないという憲法 13 条や 24 条 1 項が許容しない事態となるものである」(63 頁)と述べる。

イ しかし、上告人らは、当然ながら、現行の法律婚制度が違憲無効であるなどとは主張していない。本件で検討されなければならないのは、法律上同性のカップルに対して現行の法律婚制度の利用を認めないことの違憲性ないし合理性である。原判決は、本件の憲法適合性審査において何ら関連性がない事情を根拠として合憲と判断している点で不当である。

(4) 小括

以上のとおり、原判決は、本件の違憲の対象に関する理解を誤っている結果として、事案に即した憲法解釈の具体的検討が欠如しており、その結果として、現実の困難に向き合わない過度に司法消極的な態度になっている。このような原判決の判断は、人権の砦としての司法の役割を放棄するものであって不当である。

4 違憲審査の在り方

(1) はじめに

本件は、現行憲法制定当時、同性愛者やトランスジェンダーなどの性的少数者の性の在り方は、異常なもの、劣ったものとして位置づけられていたが、現在ではそのような理解は誤りであったと改められ、法規範としても差別が許されないことが確立していったという経緯がある（上告理由書〔第一分冊〕第3の9参照）。

しかし、原判決はそのような本件に特殊な事情について、単に「憲法改正後に家族として社会的承認を受けた人的結合関係」としか捉えておらず、性的少数者が誤った理解のもとで差別されてきた経緯を憲法適合性判断に反映していない。このような原判決の違憲審査の方法は、性的少数者に対する構造的差別を再生産させるものであって不当である。

したがって、本件における憲法解釈や合理性審査は、構造的少数者の差別を再生産するような方法であってはならず、特に社会的に差別されてきた性的少数者の人権が問題となっている本件においては、その憲法判断の方法についても自覚的になる必要がある。

そこで、憲法 24 条違反及び憲法 14 条 1 項違反の詳細（本書第 5 から第 7）に入る前に、それぞれの議論に通底する基本的な考え方として、違憲審査の在り方の総論的なところを論じる。

(2) 憲法の原理から導かれる要請

憲法 13 条は、すべて国民は個人として尊重され、その幸福追求が保障されると定め、憲法 14 条は、個人として平等な地位にあることを定めている。このように、憲法は、個人が自由に幸福を追求することを保障すること、そのような個人としての在り方が等しく尊重され、国家はそれぞれの幸福追求を恣意的に扱ってはならないことを同時に要請している。

このような憲法の原理に照らせば、憲法解釈が特定の幸福追求のみを恣意的に優先するものであったり、過去の誤った理解を追認することによって、等しく尊重されるべき個人の幸福追求を合理的な理由なく阻害するものであってはならない。また、憲法適合性判断において合理性を審査する際にも、様々な人が共生している社会において法制度が人を区別する場合に、その線引きが恣意的なものであってはならず、そのような区別を設けること自体について合理的な根拠がなければならない。

(3) 性的少数者に対する構造的差別の再生産とならないように憲法判断の方法に留意する必要があること

そして、本件は、婚姻という個人の幸福追求に照らして重要な局面に関する個人の自由や平等な取扱いが問題となっている。また、法律上同性のカップルも共に社会において生きる一員であるにもかかわらず、性的少数者が病気や障害であり、法律上同性のカップルと同じ婚姻の本質を伴う共

同生活はできないと誤って理解されていた時代において制定された憲法の解釈や、現行の法律婚制度の利用を法律上同性のカップルに限定した本件諸規定の憲法適合性が問題となっている。

したがって、憲法 24 条の解釈において、憲法制定当時の人々の認識のみに依拠することは、当時の社会において差別されてきた少数者に対する構造的差別を再生産する危険がある。憲法の原理から導かれる要請に即して憲法 24 条を解釈するにあたっては、憲法が制定された当時の理解が誤りであることが明らかになったことを踏まえて、その趣旨を現在の知見から再評価することが必要である。

また、憲法の原理から導かれる要請に即して憲法 14 条 1 項の合理性審査をする際には、社会のマジョリティである法律上異性のカップルと同一の扱いをしないことが、法律上同性のカップルの在り方を尊重したものになっているのかという観点から、合理的な根拠の有無を慎重に検討しなければならない。すなわち、国家は人を恣意的に扱ってはならず、異なる取扱いをするのであれば、それは事柄の性質上に応じた合理的根拠がなければならない。しかし、性的少数者は病気や障害ではなく、法律上同性のカップルにも法律上異性のカップルと同じ婚姻の本質を伴う共同生活の実態のあることが明らかになった以上（上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 5 及び同 9 参照）、単に現行の法律婚制度が、当該制度の利用を認められた法律上異性のカップルにとって有益であるというだけでは、法律上同性のカップルの在り方を尊重したものということはできず、合理的な根拠のない恣意的な区別であるとの評価を免れない。飽くまでも「法律上同性のカップルに対して法律婚制度の利用を認めないこと」に合理的な根拠があるのかという観点で審理がされなければならないのである。

なお、本件の問題は、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の

法律婚制度の利用を認めていない点にあり、当然ながら、上告人らは現行の法律婚制度が無効であると主張するものでもないから、現行の法律婚制度を設けること自体に合理的な理由があるか（婚姻に関する民法及び戸籍法の規定にどのようなメリットがあるか）や、現行の法律婚制度を無効とすることが憲法13条及び憲法24条に違反することになるかを検討したところで、本件の違憲性の問題とは何ら関連性がない。

このように、本件では、病気や障害であると誤って認識されてきた法律上同性のカップルの人権侵害が問題となっていることを踏まえて、憲法判断の方法についても自覚的になり、憲法適合性審査が適切にされているといえるのかを吟味する必要がある。

第5 憲法24条1項違反（主たる主張）

1 はじめに

原判決は、同性の者同士の人的結合関係は憲法24条の「婚姻」に含まれず、また、これに同条1項の類推適用がされるとは解されず、同性の者同士が憲法上「婚姻」の自由を保障されているとはいえないから、本件諸規定は同条1項に違反しないと判断した（50頁）。原判決が法律上同性のカップルの人的結合関係には憲法24条の保護が及ばないとした理由は、同条の「婚姻」とは、憲法制定当時、社会的承認を受けていた法律上異性の者同士の人的結合関係を意味し、社会的承認を受けていなかった法律上同性の者同士の人的結合関係は含まれず、また、その後の社会状況の変化は国会の立法裁量の考慮要素に過ぎないため同条の「婚姻」の解釈に影響を与えないというものである。

しかし、原判決の判断は到底承服できるものではない。控訴理由書第1分冊及び原告ら第35準備書面などで詳述したとおり、憲法24条1項及

び2項は、「個人の尊厳」及び「個人の尊重」(憲法13条)の見地から、人と人が「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」という「婚姻の本質」を満たす人的結合関係に対し婚姻の自由を保障するとともに、その行使を可能とする法制度を「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚したものとしなければならないことを定めたものであり、その保障の対象を法律上異性のカップルに限ることを意図していない。むしろ、婚姻制度による保護と婚姻の自由への制約を取り払って、婚姻の本質を満たす限りすべての人にそれが及ぶことを意図している。このような憲法24条のそもそもの趣旨から出発し、法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たす関係を築きうるという事実及び憲法制定後の社会状況等の変化を踏まえて、「個人の尊厳」という憲法の基本原理に即して同条1項を解釈すれば、今日では、同条項が法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由を保障していると解釈しなければならず、原判決もそのように解釈して、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことは憲法24条1項に違反するとの判断を示すべきであった。

そうであるから、原判決の判断は、憲法24条1項の解釈を誤ったものである。

2 上告人らの主張の要旨(あるべき憲法判断)

憲法は、人の自由と尊厳を確保するうえで不可欠と認識された権利とルールを最高法規として定めており(憲法97条、98条1項)、個人の尊厳を究極的な価値とする原理の体系であるから、とりわけ人権規定の解釈は「個人の尊厳」等の憲法の基本原理に即して行わなければならない(下記3)。

憲法が 13 条に加えて同条に由来した 24 条をあえて設けて婚姻の自由を保障し、その行使を可能とする法制度を「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚したものとしなければならないと定めたのは、人と人が「永続的な精神的及び肉体的結合を目的とし、真摯な意思をもって共同生活を営む」関係、すなわち「婚姻の本質」を満たす関係について、両当事者の自由かつ対等な意思決定が保障され、その行使を可能とする法制度により保護されることが、個人の尊厳にとって欠かせない重要な自由であり権利であるとともに、そのような権利を保障することによって憲法の標榜する民主政の基盤である社会の多元性の確保が可能となるからである。このように、憲法 24 条 1 項に託されたそもそもの趣旨に立脚すれば、同条項は「婚姻の本質」を満たす人と人の結合関係に婚姻の自由を保障する規定であると解釈しなければならない（下記 3）。

そして、婚姻の本質を満たす関係を築くことができる点で、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルに違いはなく、次世代育成という婚姻の重要な機能・役割を果たしている点も変わらない。婚姻制度によって法的に保護されることが人格的存在に不可欠であることも変わりがない。したがって、憲法 24 条 1 項が婚姻の自由を保障した趣旨は、法律上同性のカップルの人的結合関係にも同様に合致する（下記 4）。

また、憲法は、個人の尊厳がいつの時代いかなる社会でも守られるために、社会の変化に応じた不断の検討を要請しているところ、今日では、異性愛以外の性的指向や性自認が身体的法律的性別と一致しないこともいづれも人の自然な性のあり方の一つであることや、法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たす関係を築きうるものが共通の認識となっている。さらに、すべての人はその性自認及び性的指向にかかわらず個人として等しく尊重され、性自認及び性的指向に基づく差別は許されないという規範

が確立され、婚姻制度に関しても、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルを同等に取り扱うべきとの規範意識が形成され、広く共有されるに至っている。そうであれば、憲法が要請する社会の変化に応じた不断の検討を踏まえて、憲法の原理に即して解釈すれば、憲法 24 条の「婚姻」は法律上同性の者同士の結合関係も含むということがより一層明確になったといえる（下記 5）。

したがって、このような憲法制定後今日に至るまでの社会状況等の変化を考慮したうえで憲法 24 条の趣旨に照らして憲法の原理に即して同条項を解釈すると、憲法 24 条 1 項が保障する婚姻の自由は、法律上異性のカップルと同様に、法律上同性のカップルにも保障されると解釈しなければならない（下記 6）。

これに対して、原判決は、【a】①憲法改正当時の社会状況、②明治民法が採用していた法律婚制度の制度設計の問題点、③審議経過における議論（制定経緯）、④憲法 24 条の規定ぶり（文言の辞書的意味）、及び⑤憲法制定当時に「社会的承認」を受けていた「歴史的、伝統的な婚姻形態」を根拠にして、憲法制定時に 24 条の「婚姻」が想定していたのは法律上異性の者同士の人的結合関係であり、法律上同性の者同士の人的結合関係は含まれない、また、【b】同条の「婚姻」の意義は「憲法改正当時」に社会的承認を受けていた婚姻形態である法律上異性の者同士の結合関係に固定され、その後の社会状況の変化によっても不変である、そうであるから、憲法 24 条 1 項の婚姻の自由は法律上同性のカップルに保障されないと判断した（下記 7）。

しかし、上記【a】の①から④は、憲法制定時に憲法 24 条の「婚姻」が明示的に想定していたのは法律上異性の者同士の人的結合関係だったことの説明になるに過ぎない。前述のとおり、憲法 24 条 1 項の保障の範囲

は、憲法 24 条の趣旨に照らして憲法の原理に即し、かつ、今日に至る社会状況等の変化を考慮したうえで確定されなければならない。よって、上記【a】の①から④は、今日においても同条の「婚姻」が法律上異性の者同士の人的結合関係に限定される根拠にならない（下記 8）。

また、【b】の憲法 24 条の「婚姻」の意義は「憲法改正当時」に社会的承認を受けていた婚姻形態である法律上異性の者同士の結合関係に固定され、その後の社会状況の変化によっても不変であるという解釈手法は、個人の尊厳がいつの時代いかなる社会でも守られるために、社会状況の変化に応じた不断の検討を要請している憲法の原理に反しているのは明らかである（下記 9）。

よって、今日、憲法 24 条の「両性」や「夫婦」の文言は「両当事者」を意味するものと解すべきであり、憲法 24 条 1 項は法律上異性のカップルと同様に、法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由を保障している。よって、本件諸規定を憲法 24 条 1 項に反すると判断しなかった原判決は誤りである（下記 10）。

また、仮に、文言上の理由から憲法 24 条 1 項が法律上同性のカップルに対して直接適用されないと解釈する場合も、法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たす関係を築きうる点において法律上異性のカップルとの間に本質的な違いはないことや憲法制定後の社会状況等の変化に照らせば、憲法 24 条 1 項の規定を法律上同性のカップルに対して類推適用する基礎が存在するから、法律上同性のカップルに対しては、憲法 24 条 1 項が類推適用され、婚姻の自由が保障される。よって、本件諸規定を憲法 24 条 1 項に反すると判断しなかった原判決はこの点でも誤っている（下記 11）。

以下、詳論する。

3 憲法 24 条 1 項に託されたそもそもの趣旨に立脚すれば、同条項は「婚姻の本質」を満たす人と人の結合関係に婚姻の自由を保障する規定である

(1) 憲法の各条項の解釈は「個人の尊厳」等の基本原理に即して解釈しなければならないこと

憲法は、人の自由と尊厳を確保するうえで不可欠と認識された権利とルールを最高法規として定めており（憲法 97 条、98 条 1 項）、個人の尊厳を究極的な価値とする原理の体系である。

すなわち、憲法の各条項の定める権利やルールは、個人の尊厳を出発点として、ひとりひとりが「個人として尊重」（憲法 13 条前段）されるために不可欠と判断されたが故に、法律でも破れない権利・規範として憲法に規定された（高橋和之・立憲主義と日本国憲法（第 5 版）（有斐閣、2020）（甲 A 359）[146 頁 5 行目以下]）。

よって、憲法の、とりわけ人権規定の解釈においては、当該条項が個人の尊厳の原理といかなる関係に立ち、すべての人が個人として尊重されるためになぜその権利が憲法上の権利とされる必要があったのかを十分にふまえる必要があり、条項中の文言が持つ意味も、憲法がその条項に全体として何を託し、その文言は其中でどのような役割を託されているのかをふまえて解釈する必要がある。

(2) 憲法 24 条 1 項の保障内容

憲法 24 条 1 項は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により維持されなければ

ならない」と規定し、同条 2 項は、婚姻をはじめとする家族に関する法律が、「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」ことを規定する。

最高裁判例は、憲法 24 条 1 項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解している（再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決）。

ここで「婚姻」とは、「永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと」（最大判昭和 62 年 9 月 2 日民集 41 卷 6 号 1423 頁）（甲 A 172）を内容とする「婚姻の本質」を伴った人と人の人的結合関係について、配偶者としての法的身分関係を形成し、その法的身分関係に応じたふさわしい法的効果（権利義務）を集合的に付与し、これを公証するという法制度を要請する法概念である。婚姻の本質を伴う人的結合関係を形成することは、婚姻制度ができる以前から行われてきた人の幸福追求にとって重要な営みであり、そのような人体結合関係が法的に保護・公証されることは社会を構成する基礎的単位として社会に承認される基盤となるものである。それゆえに、婚姻は個人の尊厳に結びついた重要な法的利益といえる。このような婚姻の重要な意義に鑑み、憲法 24 条 1 項は両当事者の自律的意思決定及び対等性を譲れない核心として婚姻の自由を権利として保障し、同条 2 項は国に対し、その行使を可能とする法制度である婚姻制度全体が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚すべきことを命じたものである。

(3) 憲法の原理に即した憲法 24 条 1 項の解釈

ア 憲法 24 条の趣旨

では、憲法 24 条 1 条に託されたものは何か。同条項の趣旨を理解するためには、同条があえて婚姻の自由とその行使を可能とする法制度を「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚したものとしなければならないことを明示的に要求している意味を理解することが重要である。

これを検討するに、人と人が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営もうとする関係を基礎に人的結びつきを形成することは、人生に充実をもたらすものであり、その人らしい幸福追求をなす上で重要な意味を持つ。憲法は、婚姻制度ができる前から営まれていたそのような親密な人的結合関係を国家等に干渉されることなく形成する自由を憲法 13 条の幸福追求権（自己決定権）の一内容として保障する（駒村圭吾意見書（甲 A 209）2 頁）。そのうえで、憲法は、13 条でそのような自由を消極的に保障するにとどまらず、24 条 1 項及び 2 項を置いて、そのような人的結合関係に対して婚姻の自由を権利として保障し、国に対してその行使を可能とする法制度である婚姻制度全体が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚すべきことをあえて命じた。

これは、第一に、人は社会の中で生きるから、上記親密な人的結合関係が法的な家族として保障され、公証により社会的に承認されることが、その人的結合関係を安定・強化するものであり、何より、個人の幸福追求における重要な意義を有するからである。第二に、親密な人的結合関係を法的な家族として承認する法制度は、その当事者を社会の基礎的な構成単位として正式に認める枠組みとなり、この構成単位が自律的な意思決定に基づいて形成されることを通して、憲法の標榜する民主政の基盤である社会の多元性の確保が可能となるからである（訴状 18 頁から 22 頁、上告理

由書〔第1分冊〕第3の2(5)。芦部信喜・憲法学Ⅱ 人権総論（有斐閣）（甲A17）〔393頁〕。註解日本國憲法上巻（甲A19）〔470頁〕、注釈日本國憲法(2)（甲A199）〔496頁4行目〕〔川岸令和〕。

このように憲法が24条1項及び2項を定めた趣旨は、婚姻が個人の尊厳に結びついた重要な法的利益であることに鑑み、人と人の私的な人的結合関係を形成する自由（憲法13条）を前提に、両当事者の自由で対等な意思決定が保障され（同条1項）、その行使を可能とする法制度により保護されることが（同条2項）、個人の尊厳にとって欠かせない重要な自由であり権利であるとともに、そのような権利を保障することによって憲法の標榜する民主政の基盤である社会の多元性の確保が可能となるという点にある（上告理由書〔第1分冊〕第3の2(5)参照）。

このような憲法24条1項の趣旨及び成り立ちに照らせば、同条項が保障する婚姻の自由は憲法13条に由来し、法制度に優先する自由ないし権利であり、その意味で前国家的な性質を有するといえる。

そして、戦前の日本では、個人よりも「家」を優位に置く「家」制度のもと、婚姻制度はとりわけ女性の自由な意思決定を抑圧し男女の権利が著しく不平等な制度であったため、憲法制定当時、憲法24条1項は、個人の尊厳の原理のもとで「家」制度を廃し、特に女性の婚姻の自由を保障するという歴史的趣旨・使命も担っていた。

イ 憲法の原理に即した憲法24条1項の趣旨の理解は憲法制定時の審議経過及び最高裁判所判例の理解にも合致すること

このような憲法24条1項の趣旨の理解は、憲法制定時の審議経過及び最高裁判所判例の理解にも合致する。

(a) 憲法制定時の審議経過

例えば、1946（昭和21）年7月30日の第90回帝国議会における衆議院帝国憲法改正案委員小委員において、当時の国務大臣であった金森徳次郎氏は、「大体此の憲法の22条〔上告人ら代理人注：現行憲法24条〕の趣旨と云ふものは、今まで個人の尊重が足りなかつたと云ふことと、両性が不合理に差等をつけられて居つたと云ふ2点に着眼をして、さう云ふ弊害を打破する、世俗的に申しまする封建制度の遺物的である弊害を打破すると云ふことを眼目にして此の規定〔上告人ら代理人注：現行憲法24条〕が出来たものであります、随て是等の文字〔上告人ら代理人注：現行憲法24条の文言〕は其の趣旨の下に解釈することが一番妥当であると考へて居る訳であります」と述べ、憲法24条は、個人の尊厳に由来する個人の尊重や平等の観点から封建制度の弊害を打破するために制定されたという趣旨の下に解釈すべきであることを述べている（下線は上告人ら代理人による。以下同じ）

(b) 最高裁判所判例の理解

再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決の判示について、調査官解説は、「憲法24条1項があえてこのように規定していることから、例えば法律婚制度自体の廃止は許されないであろうし、法律婚の要件として不合理なものを規定すれば違憲の問題が生じ得ると考えられることからすると、少なくとも、『婚姻をするかどうかや、いつ誰と婚姻するか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという意味において、『婚姻をするについての自由』が保障されているということではできらるであろう」、「このような『婚姻をするについての自由』については、（中略）意思決定の自由という事柄の性質に照らし、その背後には憲法13条が基盤とする国民の

自由・幸福追求の権利があると観念することができるように思われる。上記のような法律婚の効果及び国民の意識等も考慮すれば、『婚姻をするについての自由』の価値は憲法上も重要なものとして捉えられるべきであり、少なくとも、憲法上保護されるべき人格的利益として位置付けられるべきものと解することは可能であろう」と指摘している（加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A192）[669頁から670頁]）。

また、最大決令和3年6月23日集民266号1頁（令和3年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷決定）の三浦裁判官意見も、「そもそも、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかということは、単に、婚姻という法制度を利用するかどうかの選択ではない。婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つである。婚姻が法制度を前提とするものであるにしても、憲法24条1項に係る上記の趣旨は、個人の尊厳に基礎を置き、当事者の自律的な意思決定に対する不合理な制約を許さないことを中核とするということが出来る。そして、憲法24条1項が、婚姻は両当事者の合意のみに基づいて成立する旨を明記していることを考え併せると、法律が、婚姻の成立について、両当事者の合意以外に、不合理な要件を定めることは、違憲の問題を生じさせるというべきであり、その意味において、婚姻の自由は、同項により保障されるものと解される。」としている。

ウ 憲法24条1項の趣旨に照らせば婚姻の自由は本質的に開放的・包摂的な性質を有すること

上記アで述べたとおり、憲法13条を基盤として、憲法制定当時の男性優位・男性中心の社会通念のもとで自由な意思決定を抑圧されていた女性

に対して、特に婚姻の自由を保障し、当事者の自由かつ対等な合意以外に成立要件を課すことを禁じたという憲法 24 条 1 項の成り立ち及び歴史的趣旨・使命を踏まえると、同条項は、婚姻の領域において自由な意思決定の主体を男性から女性に明示的に広げることで男女平等を保障したものと解することができる。そうだとすると、憲法 24 条 1 項が保障する婚姻の自由は、その主体を限定することを志向する閉鎖的・排他的な性質を持つものではなく、むしろ同条の趣旨に合致する限り主体を広げることを志向する開放的・包摂的な性質のものであると解するのが適切である。

この点、土井真一教授が、「国会には制度形成において広範な立法裁量が認められるとしても、『個人の尊厳と両性の本質的平等』という憲法の理念と多様な社会的要請を適切に調整して、できる限り多くの国民が利用できる婚姻制度を構築すべき憲法上の要請がある」と述べているのも（土井真一・TKCローライブラリー 新・判例解説 Watch ◆憲法 No. 195（甲 A 3 4 6）[2 頁]）、上記理解を支える論拠といえる。

エ 小括

以上のとおり、人と人の私的な人的結合関係の形成を前提に、両当事者の自由かつ対等な意思決定が保障され、その行使を可能とする法制度により保護されることが、個人の尊厳にとって欠かせない重要な自由であり権利であるとともに、そのような権利を保障することによって憲法の標榜する民主政の基盤である社会の多元性の確保が可能となることから、憲法 13 条に由来する 24 条 1 項及び 2 項として定められたという同条項の趣旨に立脚して憲法の原理に即して解釈を行うと、憲法 24 条 1 項は、人と人が「婚姻の本質」を満たす関係を築こうという限り、その結合関係に対

し婚姻の自由を保障する規定であると解釈するのが自然であり適切である。

そして、このような解釈こそ、婚姻の自由が本質的に開放的・包摂的な性質を有する自由であることにも整合する。

なお、再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決が、憲法 24 条 1 項について、「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であるという趣旨を明らかにしたもの」であるとし、婚姻の主体について、「当事者間」という表現を用い、「男女間」や「両性」という表現を用いなかったのは、婚姻の自由は「婚姻の本質」を満たす人と人の結合関係に保障されるという正しい理解が反映されたものと解される。

4 法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たしうる関係を築くことができること

法律上同性のカップルも、法律上異性のカップルと同様、「婚姻の本質」を満たしうる関係を築くことができる。このことは現行憲法制定以前もそうであった。しかし、異性愛かつシスジェンダーだけを正常とし、それ以外の性的少数者を病理・異常・未熟、そして変態性欲として劣ったものと位置づけ蔑視する差別意識（いわゆる「異性愛規範」及び「シスジェンダー規範」）が社会全体に浸透していたために、不可視化されていた。ところが、今日では、現に「婚姻の本質」を満たす人的結合関係を築いている法律上同性のカップルが既に多数存在することが顕在化した。法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係を築いている実態については、上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 5 (1) や上告理由書別冊 C などでも詳述したとおりである。

本件の第一審判決も「同性カップル等においても、現に、異性カップルと同様に、一人と一人の親密かつ永続性のある人的結合関係を基礎にして、充足感や幸福感で満たされたかけがえのない家族関係（信頼関係）を形成しているものと認められる。」（同 39 頁 10 行目から 13 行目）と認定する。本件関連訴訟のその他の判決も、そのいずれもが、法律上同性のカップルも、法律上異性のカップルと同様、「婚姻の本質」を伴う関係を築くことができる、または、そのことを当然の前提とした判示をしている。さらに、本件の第一審判決が認めるとおり、「婚姻の本質が、一人と一人の親密かつ永続性のある人的結合関係を形成することによる充足感や満足感を得ることにあるということからすれば、同性カップル等にとっても、上述したような婚姻の本質を享受することは、重要な人格的利益である」（同 39 頁 14 行目から 16 行目）。この点についても、本件関連訴訟のその他の判決のいずれもが同様の判断を示している²。

これに加えて、婚姻の次世代育成保護の機能・役割を法律上同性のカップルも果たすことができることも明らかになっている。

婚姻制度の目的は「婚姻の本質」を満たす人的結合関係の保護にあり、「子の監護養育」（次世代の育成保護）は婚姻の必須の要素ではなく、婚姻制度の重要な機能・役割の一つとして位置づけられる（上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 6 (3)）。そして、少なくない数の法律上同性のカップルが、子を産み、育てることを実践し、法律上異性のカップルと同様、その子育てにおいて様々な問題に直面し、試行錯誤を重ねながら親としての責務を果たしていることも顕在化している（上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 5 (2)）。

² 例えば、札幌高裁判決（甲 A 6 0 3）は「性的指向及び同性間の婚姻の自由は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容を構成し得る重要な法的利益」と述べる（同 14 頁）。

上告理由書別冊D)。子の側からみれば、法律上異性のカップルに育てられる子も、法律上同性のカップルに育てられる子も、子の福祉の必要性やその子が日本社会を支える次世代になりうることに、何も違いはない。法律上異性のカップルの子も法律上同性のカップルの子も等しく大切な次世代である。このことに異論を持つ者はいないはずである。それゆえ、婚姻制度の次世代の育成保護の機能・役割の観点においても、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとで変わりはない。

このとおり、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと変わりなく「婚姻の本質」を満たした人的結合関係を築いているし、さらには次世代育成保護という婚姻の重要な機能・役割を果たしている点も変わらない。そうだとすれば、人と人が「婚姻の本質」を満たす関係を築こうという限り、その人的結合関係に対し婚姻の自由を保障するという憲法24条1項の趣旨は、法律上同性のカップルの人的結合関係にも同様に合致する。

以上を踏まえたうえで、憲法制定後の社会状況等の変化を考慮すると、今日の社会状況等の下で憲法24条1項の婚姻の自由の保障が法律上同性のカップルに及ぶことが明確なものとなったことに疑いの余地はない。この点について、下記5で論じる。

5 憲法制定後の社会状況等の変化は個人の尊厳の原理を即した憲法解釈に必要な考慮要素であること

(1) 憲法は「婚姻」について社会状況等の変化に応じた不断の検討を要請していること

人は社会の中で生き、各人の幸福追求も社会の中にある。そして社会は変化するから、社会状況等の変化に応じて、個人にとっての善き生の構想

は異なり、尊重されるべき人の自律的決定に関する理解も変動する。また、科学的・倫理的知見等（人智）の進歩によって、個人の尊厳を守るために必要な事柄の理解も変遷する。

そのため、個人の尊厳の内実に関わるような社会と人智の変化が生じた場合には、どのような関係について憲法 24 条 1 項の婚姻の自由の保障が及ぶかについても、その後の社会状況等の変化に応じて不断に検討されなければならない。

すなわち、憲法の解釈も、一切の社会的事実から切り離されたところで成り立つものではなく、その合理性や正当性を支える社会的事実（すなわち、憲法解釈の合理性を基礎づける事実）の上に成立するものであるから、社会状況等の変化に伴いその事実的基礎に変化が生じれば、それに応じて憲法の解釈も変化し得るものであり、また、社会状況等の変化に対応するために変化すべきものともいえる。そのため、憲法の解釈に当たっても、その背景にある社会状況及びその変化は、十分に考慮される必要がある。

このような解釈方法は、最高裁判例においても採用されている。

例えば、取材の自由に関し、かつての判例（最大判昭和 27 年 8 月 6 日刑集 6 卷 8 号 974 頁（石井記者事件最高裁大法廷判決））は、憲法 21 条 1 項の保障は取材の自由には及ばず、単に立法政策により保護されることがあるにすぎないことを前提としていた（甲 A 607 [420 頁]）が、その後、最高裁判所は、最大決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 9 号 1146 頁（博多駅テレビフィルム事件最高裁大法廷決定）において、報道機関が担う役割の重要性が強く意識されるようになった社会状況を反映し、取材の自由が憲法上の保障を受ける権利であることを明らかにし（甲 A 607 [420 頁]）、その自由の保護が単なる立法政策にすぎないものであることを否定した。すなわち、表現の自由を保障する憲法 21 条は、もと

もとは同条の文言に列挙される情報の送り手の自由と理解されたが、憲法が表現の自由を保障した本来の価値を情報化社会の進展のもとでも意味あるものとして実質化するために、現代的解釈が導かれたのである（芦部信喜「人権と議会政」138頁）。

また、特に婚姻や親子等の家族生活に関わる領域において、時代の変化とともに合憲であった法律が違憲になるという判断が繰り返示されている。

具体的には、

- ・ 「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化」が考慮された最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁（以下「**国籍法違憲最高裁大法廷判決**」という。）
- ・ 「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更には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」とした最大決平成25年9月4日民集67巻1320頁（以下「**婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定**」という。）
- ・ 「昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し、特に平成期に入った後においては、晩婚化が進む一方で、離婚件数及び再婚件数が増加するなど、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情」やこれを示す「再婚禁止期

間に係る諸外国の立法の動向」に着目した再婚禁止期間違憲最高
裁大法廷判決

を挙げることができる。

憲法が自らで「婚姻」及び「家族」を定義づけなかったのは、「婚姻」及び「家族」の概念は社会の変化に応じて変わりうることを理解しているからといえる。憲法は特定の婚姻像・家族像を唯一の保護対象として想定していないのである（清末・立石意見書（甲A943）[11頁]）。このような理解は、婚姻及び家族に関する事項は、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を行うことによって定められるべきものであるから、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではないと解する最高裁判例の理解にも合致する（再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決）。

よって、憲法制定の時点で法律上同性のカップルの婚姻が想定されなかったとしても、その後の社会状況等の変化と人智の発展の中でそれが個人の尊厳原理の不可欠な要請であると認識されるに至れば、そのような新たな時代の婚姻は、法律上異性か同性かを問わない包摂の制度とすべきことを、憲法24条は立法府にあらかじめ義務付けていたと解すべきできる。そして、このような解釈は、婚姻の自由は本質的に開放的・包摂的な性質のものであることにも合致する（上記3(3)ウ）。

(2) 憲法制定後の社会状況等の変化

ア 原判決が認定した憲法制定後の社会状況等の変化

では、憲法制定後、社会状況等はどのように変化したのか。この点、原判決は憲法制定後の社会状況等の変化について以下のとおり事実認定を行った³。

(a) 性自認等が病理であるとの認識が改められたこと

国際社会では、20世紀半ば以降、同性愛等を精神疾患とする知見に合理的な根拠がないことが実証的に明らかにされたことにより、これまで同性愛等は精神疾患であり治療の対象であるとしていた認識が改められた。トランスジェンダーについても脱病理化のプロセスが進み、精神疾患であるとの認識は改められていった。現在では、トランスジェンダー及び同性愛等は精神疾患に当たらないとする認識は日本を含め世界で広く受け入れられている（原判決認定事実1(1)イ、ウ、(2)イ、ウ、(3)）。

(b) 性自認等を理由とする差別禁止の取組み

国際社会では、2006年にジョグジャカルタ原則（性的指向及び性自認に関する国際人権法の適用に関する原則）が採択され、性自認等にかかわらず、家族を形成する権利を有することが明らかにされた（原判決認定事実2(1)ア）。その後、国際連合により「性的指向と性自認に関する国際連合宣言」の採択（同2(1)イ）、国際連合LGBTIコアグループの設立（同2(1)ウ）、国連人権理事会による性自認等に基づく暴力及び差別に対する重大な懸念等の表明や勧告が続けられ（同2(1)エ）、加盟国に対する

³ なお、憲法制定後の社会状況等の変化全体については上告理由書〔第1分冊〕第3の9や上告理由書別冊Aも参照。

4年半ごとに人権状況に関するピアレビューを受けることを求める普遍的定期審査制度（UPR）において、また、自由権規約委員会の報告において、日本に対し、性自認や性的指向に基づく差別を解消することを複数回にわたって勧告している（同2(2)）。

日本も国際社会の進展に呼応して、2003年に性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「**特例法**」という。）の制定し、2023年には性的指向及びジェンダーアイデンティティの多様性に関する国民の理解の増進に関する法律（以下「**LGBT理解増進法**」という。）が施行され、性の多様性に関して、国、地方公共団体、事業主、学校設置者が行う施策が、全ての国民は「その性的指向またはジェンダーアイデンティティにかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重される」との理念と「性的指向及びジェンダーアイデンティティを理由とする不当な差別があってはならない」との認識のもとになされるべきことが定められた（同法3条）（原判決認定事実2(3)ア、イ）。また、同年10月25日、最高裁判所は、特例法3条1項4号のいわゆる生殖不能要件は憲法13条に違反するとの決定を下し、性自認に従った法令上の性別の取り扱いを受けることは個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であるとの理解を表明した（特例法生殖不能要件違憲最高裁大法廷決定）（同2(3)ウ）。

(c) 法律上同性の者同士の人的結合関係を家族として規律する制度の広がり

1989年にデンマークが、法律上同性の者同士の関係を公証し、一定の法的効果を付与する同性の者同士の登録パートナーシップ制度を設け、それ以降各国に同種の制度が導入されていった。2001年にオランダが

同性の者同士の婚姻を法制化して以降、同様の取組みが各国に広がり、2025年1月時点で同性の者同士の婚姻を導入した国は39カ国に及んでいる。なお、登録パートナーシップ制度を導入した各国においては、司法判断等により、同性の者同士の婚姻制度の導入が進み、現在ではイタリアを除くすべての国において同性の者同士の婚姻制度の利用が認められている（以上につき原判決認定事実4(1)）。

日本についてみると、2010年代後半以降、国連人権委員会等から法律上同性の者同士の婚姻を認めること等の勧告を複数回にわたって受けるとともに、日本弁護士連合会及び各都道府県の弁護士会から同種の内容の声明が出され続け（同4(2)ア）、国会においても法律上同性の者同士の婚姻の法制化を求める質問が上がり続けている（同4(2)イ）。一方、地方自治体では、2015年以降、条例や要綱などに基づき法律上同性のカップルの関係を証明するいわゆるパートナーシップ制度導入が進み、2025年4月1日の時点で導入自治体数は524、人口比率では約93%相当になる（同4(2)ウ）。また、民間企業による法律上同性の者同士の家族形成・子育てを異性の者同士と同様に支援する取組みも広がり続けている（同上）。

(d) 法律上同性の者同士の婚姻に対する国民の意識

いわゆる「同性婚」の賛否に関する各種調査によれば、2015年以降、いずれも賛成が反対を大幅に上回り、賛成が過半数を超えるものが多数である（原判決認定事実5(2)イ）。

イ 原判決が認定していない重要な社会状況等の変化

原判決の認定では足りない重要な社会状況等の変化として以下のものがある。

(a) 法律上同性のカップルによる子育ての顕在化とそれに対する社会的支援の広がり

法律上同性のカップルは様々な態様で子育てをしていることが明らかになっている。連れ子を共同で育てるステップファミリー、カップルの一方が生殖補助医療を用いて出産した子の子育て、里親制度⁴に基づく法律上同性のカップルに対する子の養育の委託などである。この点、里親制度に係る現在の各都道府県の運用では、法律上同性のカップルも養育里親となることができる扱いがとられており、実際にこの制度を利用して法律上同性のカップルが委託を受けて養育里親として子育てを行っている例が複数存在する（甲 A 3 2 4、甲 A 3 2 5、甲 A 3 2 7、甲 A 3 2 8、上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 5 (2)、上告理由書別冊 D-1 第 4）。

法律上同性のカップルによる子育ての顕在化に伴い、これを支援する社会の取組みが広がっている。例えば、地方自治体では、法律上同性のカップルが養育する子どもとの関係も含めて証明する、いわゆるファミリーシップ制度の導入が進み、2024年4月1日の時点で、ファミリーシップ制度導入自治体数は、少なくとも216自治体に上っている（甲 A 6 2 0）。民間企業等では、法律上同性のパートナーとの子育てを法律上異性夫婦の子育てと等しく扱う社内制度を設ける広がりが見られる（上告理由書別冊 A 第 9、別冊 D-1 第 4 参照）。

⁴ 児童福祉法 27 条 1 項 3 号の規定に基づき、児童相談所が要保護児童の養育を委託する制度

(b) 法律上同性のカップルの婚姻が認められないことによる弊害・混乱
の顕在化

法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を伴う関係を築いて生活をしていても、社会生活において法律上異性の夫婦と同様に扱われるかどうかは依然として不確定である。LGBT理解増進法により法的に根拠づけられた、全ての国民は「その性的指向またはジェンダーアイデンティティにかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重される」、「性的指向及びジェンダーアイデンティティを理由とする不当な差別があってはならない」という理念が現実のものとして実践されるかどうかは、法制度の影響・制約を免れないからである。そして、現行の法律婚制度が法律上同性のカップルの婚姻を認めないままであるがゆえに、今日、法律上同性のカップルが法律上異性の夫婦と同様に扱われないことによる膨大かつ深刻な弊害が顕在化しており、そのことにより社会に混乱がもたらされていることが露わになっている。

すなわち、法律上同性のカップルは、婚姻することによって付与される種々の法的効果（民法の諸規定をはじめ、税、社会保障、出入国管理の分野等の個別法規の存在から生じる婚姻による法的保護の効果）を法律上異性のカップルと同等に享受できないため、それによる不利益についての権利救済を求める様々な訴訟が起こされ続けている（例えば、事実婚関係にあった法律上同性カップルにおける不貞慰謝料請求事件 [東京高判令和2年3月4日(甲A35の2)]、在留資格変更不許可処分無効確認等事件 [東京地判令和4年9月30日判タ1513号163頁]、氏の変更許可申立

事件〔名古屋家審令和6年3月14日(甲A640)〕⁵、犯罪被害者等給付金訴訟〔最判令和6年3月26日民集78巻1号99頁(甲A639) (以下「**犯給法最高裁第3小法廷判決**」という。)] など)。

また、法律婚を尊重する意識が根強くある日本社会において婚姻を認められない関係は「他人」として扱われるため、病院で家族と扱われずに面会ができない、病状説明を受けられない、カップルで同居するための賃貸借契約を断られる、親権者でないカップルの一方が学校等で親と扱われないなど、実際に生じている不利益・弊害は数え切れないほどにある(上告理由書〔第一分冊〕第3の8)。

このような状況は法律上同性のカップルにとっての不利益・弊害にとどまらず、相手方となる国民にとっても「どのように対応すれば良いかわからない」という混乱をもたらしている。たとえ性のあり方の多様性を正しく理解している国民であっても、現行の法律婚制度が法律上同性のカップルを認めない影響により、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同様に対応することを阻まれている事態が生じているのである。

⁵ 一方で、許可された事案とほぼ同じ事情であるのに氏の変更を許可しなかった事例として東京高決令和6年9月10日がある。同決定は、通称名と戸籍姓の齟齬ゆえにカップルの関係性を職場や子が受診する医療機関等で開示しなければならないことについて「抽象的な不安等に限定されている」、「不便や煩雑さを述べるものである」とし、氏を変更すべき「やむを得ない事由」にあたらないとした。同決定に対しては、婚姻に準じる関係にある同性カップルには一定程度異性カップルと同質の法的保護を与えることが許容されるという視点に欠けていること、アウトティングの問題性を軽視していることなどが指摘され「当事者をいかに傷つけるか、想像力と共感力に欠いていた」との厳しい批判がある(二宮周平「同性パートナーの氏への変更～戸籍法107条の解釈のあり方」戸籍時報No. 863)。類似事案であるのに裁判所によって氏の変更の判断が別になる本例は、婚姻が可能であれば氏の取扱いが統一されるのに、現行法が法律上同性のカップルの婚姻を認めないために社会に混乱が生じている実例といえる。

このように、法律上同性のカップルの婚姻を認めない現行の法律婚制度は、今日に至って、日本社会及び国民生活に「法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同等に扱いたくても扱うことができない」という弊害をもたらし、混乱を生じさせている。

ウ まとめ

以上のような憲法制定後今日に至る社会状況の下では、婚姻及び家族に関する事項や性自認及び性的指向に関する国民の意識も憲法制定時のものとは大きく変化しており、そのような認識の変化に伴い、性自認及び性的指向にかかわらず、個人として尊重され、平等に権利が保障されるべきであるという認識が確立し、そのことは憲法24条が保障する婚姻の領域にも及ぶに至ったものとみることができる（上告理由書[第一分冊]第3の9も参照）。そうすると、今日においては、憲法24条の「婚姻」に法律上同性の者同士の結合関係も含まれるのが明確となり、憲法13条に由来する同条1項の婚姻の自由の保障は法律上同性のカップルにも及ぶとする解釈について、その合理性や正当性を支える事実に基礎が優に認められるものといえることができる。

6 憲法24条1項のあるべき解釈

以上を踏まえた今日における憲法24条1項のあるべき解釈は次のようになる。

憲法は、人と人の私的な人的結合関係の形成（憲法13条）を前提に、「婚姻の本質」を満たす関係を築こうとする両当事者の自由な意思決定が保障され、その行使を可能とする法制度により保護されることが、個人の尊厳にとって欠かせない重要な自由であり権利であるとともに、そのよう

な権利を保障することによって憲法の標榜する民主政の基盤である社会の多元性の確保が可能となることから、憲法13条に由来する24条1項及び2項をあえて定めた。そして、憲法制定後の社会状況等の変化の中で、異性愛かつシスジェンダーだけを正常とし、それ以外の性的少数者を病理・異常・未熟、そして変態性欲として劣ったものと位置づけ蔑視する認識（いわゆる「異性愛規範」及び「シスジェンダー規範」）は正当性と合理性を完全に失い、その後には、性自認及び性的指向を理由とする差別の禁止規範が確立し、さらには、婚姻を含む家族制度との関係で平等に取り扱うべきであるとの規範意識の形成と広まりが諸外国のみならず日本国内でも定着している。

法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たす人的結合関係を築きうることは憲法制定時の社会状況等のもとでは不可視化されていたが、今日では、「婚姻の本質」を満たす人的結合関係を築いている法律上同性のカップルが既に多数存在することが顕在化しており、さらには次世代育成保護という婚姻の重要な機能・役割を果たしていることも明らかになっている。

このような憲法制定後今日に至る社会状況等の変化を考慮したうえで憲法24条の趣旨に照らして憲法の原理に即して同条項を解釈すると、憲法24条1項が保障する婚姻の自由は、法律上異性のカップルと同様に、法律上同性のカップルにも保障されると解釈しなければならない。

7 原判決の誤り（要旨）

ところが、原判決は、以下の論旨により、法律上同性の者同士の人的結合関係は憲法24条の「婚姻」に含まれないとして、「同性の者同士が憲法上『婚姻』の自由を保障されているとはいえない」と判示した。

- (a) 憲法制定当時の社会状況、明治民法が採用していた法律婚制度の制度設計の問題点、審議経過における議論、憲法 24 条 1 項、2 項の趣旨・目的及び規定ぶりを総合すれば、同条の「婚姻」とは、憲法制定当時、社会的承認を受けていた歴史的、伝統的な婚姻形態である異性の者同士が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む人的結合関係を意味するから、憲法制定当時、社会的承認を受けていなかった同性の者同士の結合関係は同条の「婚姻」に含まれない(46 頁から 47 頁)。
- (b) 憲法制定後の社会状況等の変化を踏まえると、今日では、同性の者同士が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む人的結合関係も、一つの家族の姿(「同性の者同士の事実婚」)として社会的承認を受けていると認められる。しかし、憲法制定後の社会状況等の変化は国会による具体的な制度構築に当たって踏まえるべき事情に過ぎず、憲法制定当時、社会的承認を受けていなかった人的結合関係については、憲法が一義的に定めるのではなく、具体的な制度の構築を国会が合理的な立法裁量で決することが予定されていると解されるから、同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容が、直ちに憲法 24 条 1 項の婚姻と全く同一のものに一義的に定まり、国会による制度内容の選択決定が憲法上許されないと解する合理的理由は見当たらない(48 頁から 49 頁)。

原判決の論旨を要約すると、【a】①憲法改正当時の社会状況、②明治民法が採用していた法律婚制度の制度設計の問題点、③審議経過における議論(制定経緯)、④憲法 24 条の規定ぶり(文言の辞書的意味)及び⑤憲法

制定当時に「社会的承認」を受けていた「歴史的、伝統的な婚姻形態」を根拠にして、憲法制定時に憲法 24 条の「婚姻」が想定していたのは法律上異性の者同士の人的結合関係であり、法律上同性の者同士の人的結合関係は含まれない、また、【b】同条の「婚姻」の意義は「憲法改正当時」に社会的承認を受けていた婚姻形態である法律上異性の者同士の結合関係に固定され、その後の社会状況の変化によっても不変である、そうであるから、憲法 24 条 1 項の婚姻の自由は法律上同性のカップルに保障されない、というものである。

しかし、原判決によるこのような論証は成り立たない。以下、【a】を原判決の問題点（その 1）として下記 8 で、【b】を原判決の問題点（その 2）として下記 9 で、それぞれ分けて具体的に論じる。

8 原判決の問題点（その 1）

前述のとおり、原判決は、【a】①憲法改正当時の社会状況、②明治民法が採用していた法律婚制度の制度設計の問題点、③審議経過における議論（制定経緯）、④憲法 24 条の規定ぶり（文言の辞書的意味）、⑤憲法制定当時の「社会的承認」及び「歴史的、伝統的な婚姻形態」を根拠にして、憲法制定時に憲法 24 条の「婚姻」が想定していたのは法律上異性の者同士の人的結合関係であり、法律上同性の者同士の人的結合関係は含まれないとする。

しかし、下記のとおり、上記①から⑤は、憲法制定時に憲法 24 条の「婚姻」が明示的に想定していたのは法律上異性の者同士の人的結合関係だったことの説明になるに過ぎない。憲法 24 条 1 項の保障の範囲は、憲法 24 条の趣旨に照らして憲法の原理に即し、かつ、今日に至る社会状況等の変化を考慮したうえで確定されなければならないところ、上記の想定の間

景にあった性的少数者に対する差別意識は完全に否定され、もはや維持しえない。よって、上記【a】の①から④は、今日においても同条の「婚姻」が法律上異性の者同士の人的結合関係に限定される根拠にならない。

(1) 「憲法改正当時の社会状況」について

原判決は「憲法改正当時の社会状況において、婚姻として社会的承認を受けていた結合関係は、異性の者同士が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として共同生活を営む結合関係のみであった」と述べる（同45頁）。

しかし、下記(4)ウで論じるとおり、当時は、異性愛かつシスジェンダーのみを正常としそれ以外の性のあり方を異常・病理と位置づける性的少数者に対する差別意識（すなわち「異性愛規範」及び「シスジェンダー規範」）が社会全体に共有されていた（原判決認定事実1(1)ア、ウ、同(2)ア、ウ）。そのような差別的な意識があったため、法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たす関係を築きうることは見過ごされ、不可視化されていたのである。したがって、そのような「憲法改正当時の社会状況」を根拠に、今日の解釈として憲法24条の「婚姻」に法律上同性のカップルの人的結合関係が含まれないと解釈することは、憲法制定当時、性的少数者に対する差別意識が社会全体で共有されていた状況を正当なものとして追認するに等しく、性自認及び性的指向に基づく差別を禁じる憲法の個人の尊厳の原理に真っ向から反する。

(2) 「明治民法が採用していた法律婚制度の制度設計の問題点」について

原判決は、明治民法が採用していた法律婚制度が「家」制度に基づいた制度設計になっていたことを判断の基礎となる事情に挙げるが（同45

頁)、このことを、今日においても憲法 24 条の「婚姻」に法律上同性のカップルの人的結合関係が含まれないと解釈する根拠とする趣旨が不明である。

前後の文脈から推察するに、当時、「家」制度の下、婚姻は法律上異性のカップルのものであると考えられていたところ、憲法 24 条はそのうちの「家」制度を廃するにすぎず、婚姻の当事者の組合せについては特に変更を命じるものではなかったことをもって、今日においても憲法 24 条の「婚姻」は法律上異性のカップルの人的結合関係に限られると解釈するのかもしれない。しかし、下記(4)イで論じるとおり、憲法 24 条が「家」制度の廃する趣旨・使命を持つとの制定経緯に照らせば、「両性」という文言は、女性を男性と対等な婚姻主体とすることに主眼があり、婚姻の当事者のいずれに対しても婚姻の自由を保障するという意味で用いられたものと解するのが適切であり、法律上同性のカップルを「婚姻」から積極的に排除したり、婚姻の当事者を法律上の異性に組合せに永続的に固定する意図は読み取れない。よって、原判決の今日においても憲法 24 条の「婚姻」に法律上同性のカップルの人的結合関係が含まれないとの解釈をこの点から裏付けることはできない。

(3) 審議経過における議論について

原判決は「審議経過においても、婚姻が異性の者同士の結合関係であることを前提とした議論がされていて」と述べる（同 46 頁）。

確かに、憲法制定当時の審議経過の議論には、法律上同性のカップルの婚姻についての議論の形跡はなく、婚姻が法律上異性のカップルのものであることを前提とした議論が行われていた。

しかし、このことは、現行憲法の制定時において、憲法 24 条 1 項の保障を法律上異性のカップルに限定し、法律上同性のカップルを排除する積極的な意図があったことを意味しない。当時、婚姻は法律上の男女が行うものというのが当然の前提とされ、法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係を構築しうることは見過ごされ、不可視化されていた。それゆえ、議論の念頭に置かれなかったのである。排除や限定は、排除しようとする対象を具体的に念頭に置いていなければできないから、法律上同性のカップルを念頭に置いていなかった以上、排除や限定の積極的な意図はありえない。現に、日本政府から、「両性」や「夫婦」といった文言が用いられたのは、婚姻を法律上の男女に限り、法律上同性のカップルを婚姻から排除するためとの説明がなされたこともない。

現行憲法制定時の審議過程においても、法律上異性のカップルに婚姻の範囲を限定すべきか否かについて議論がされた形跡はないことは、むしろ、「両性」や「夫婦」の文言が、婚姻の主体を法律上の男女に限定し、法律上同性のカップルの婚姻を排除する積極的意図をもって定められたものではないことを示している。近代日本の婚姻法の歴史をふりかえれば、維新直後の太政官布告（明治 4 年太政官布告 4 3 7 号（甲 A 1 6 1））と明治民法によって、階級的内婚の廃止とまがりなりにも一夫一婦制がかかげられながら、家制度によって、近代的婚姻制度が大きく歪められ、婚姻は、戸主等の同意権と家制度の制約のもとに大きな制約を受け、多くの人々が望む相手との婚姻を断念し、また望まない婚姻を強いられた（二宮意見書（甲 A 1 4 5）[5 頁から 7 頁]）。憲法を制定し民法を改正した当時の議論は、確かに法律上同性のカップルの婚姻については議論することさえなかったが、それは、まさに、法律上同性のカップルの関係をそのような議論と保護に値する関係ととらえる知見がなく、また差別意識が広く共有され

ていたためであって、そのような限界のある中で、当時の人々は、婚姻の自由の制約撤廃を議論し、実現したのである。実際、明治期の旧民法制定者は、禁治産者が婚姻できるのか、産子の能力を欠く者が婚姻できるかを正面から議論し、いずれについても、「婚姻は各人天賦の権利にして之を剥奪するは允當〔上告人ら代理人註・正当〕と謂ふべからず」、「(産子の能力の無いものは婚姻できないという考えは)我が民法の精神を得たるものにあらず」(熊野敏三＝岸本辰雄・民法正義人事編卷之壺(新法註釈会、1890年〔明治23年〕)(甲A150)191頁最後の2行、192頁最終行)として斥けた。このような歴史に照らして、上記「審議の経過」を見るならば、その経過は、決して婚姻の自由が保障される範囲を法律上の男女に限定し固定することに本質があるのではなく、その当時のそのときどきの歴史と人知の制約のもとにありながらも、文字どおり「天賦の権利」である婚姻の自由に対する制約を撤廃し、その時代の人知においては「婚姻の本質」を満たす限りすべての人が婚姻できてしかるべきであるという思想をあらわしている。それはいずれも、「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」(婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定(甲A218))てきた一道程にほかならない。それゆえ、上記「審議の経過」に法律上同性のカップルの保護が現れないことのみを強調する議論は先人の歩みの表層のみを見るものであって、後述する「両性」の文言と同様、むしろ、上記「審議の経過」は、今日の解釈として憲法24条1項の保障範囲が改めて問われなければならないことを裏付ける事情といえる。

(4) 「両性」や「夫婦」という条文の規定ぶり（文言の辞書的意味）について

ア 条文の規定ぶりは憲法解釈の絶対の基準とはならないこと

憲法 24 条 1 項は「両性」、「夫婦」という文言を用いており、これらの文言の辞書的な意味は「男女」を示すこと、その制定の際には法律上異性のカップルの婚姻のみを想定していたことがうかがわれる。

しかし、条文の文言の辞書的意味に拘泥することは、憲法が原理の体系であることを理解しないものであり、憲法の解釈として不十分である。そのような条文解釈が明らかに不当とされた例として、以下の最高裁判例がある。

- ・ 外国人の人権に関し、最大判昭和 53 年 10 月 4 日民集 32 巻 7 号 1223 頁（マクリーン事件最高裁大法廷判決）は、憲法第 3 章の表題や同 11 条、12 条及び 13 条において「国民」という文言が用いられているにもかかわらず、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであ〔る〕」と判示する。
- ・ 憲法 29 条は、文言上は職業選択の自由を規定するが、選択した職業を遂行する自由（営業の自由）を当然に含むと判示する（最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 巻 4 号 572 頁（薬事法違憲最高裁大法廷判決））。
- ・ 憲法 31 条は、文言上は刑事手続を想定していることが明白であるが、その趣旨が及ぶ限り、行政手続にも準用されることを認めている（最大判平成 4 年 7 月 1 日民集 46 巻 5 号 437 頁（以下「**成田新法事件最高裁大法廷判決**」という。））。

- ・ 最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁（旭川学テ事件最高裁大法廷判決）は、文言上は「教育を受ける権利」を規定する憲法26条について、「この規定の背後には、国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在していると考えられる」と判示し、子どもの学習権の存在を導き出した。

澁谷秀樹教授も、非原意主義が有力であることの理由として、「憲法が制定された後、社会状況・経済状況は、その時には予想できなかったほどの変革をとげた。憲法制定時の考え方だけを墨守していたのでは、その変革には対応できない。そこで、それぞれの条文の背景にあって、基本的と考えられた理念あるいは価値はそもそも何であったか、にまで遡って考え、その基本理念に照らして、憲法の条文を解釈し、その解釈に抵触する法律の条項にも解釈または立法によって修正を施していくのが、合理的で正義にかなった結論を導き出すことができる」と説明されていると指摘する（澁谷意見書（甲A195）[6頁]）。

このように、条文の文言の辞書的意味を絶対のものとしてせず、憲法の条文の趣旨に立ち返って解釈することは、憲法24条1項の保障内容を検討するうえでの前提となる解釈方法である。

イ 「両性」や「夫婦」の文言が用いられた意味

それでは、憲法制定当時、「両性」や「夫婦」という文言が用いられた意味は何か。

憲法制定当時、憲法 24 条 1 項は、同条 2 項とともに、男女差別的でとりわけ女性の婚姻の自由が制限されていた明治民法下における家制度などによる制約を排し、現行憲法が拠り所とした「個人の尊厳」及び「法の下での平等」という基本原理や理念を婚姻についても徹底させ、特に女性の婚姻の自由を保障するという歴史的趣旨・使命を担っていた条文である⁶。つまり、このような憲法 24 条 1 項の制定経緯に照らすと、「両性」という文言は、女性を男性と対等な婚姻主体とすることに主眼があり、婚姻の当事者のいずれに対しても婚姻の自由を保障するという意味で用いられたものと解される。女性の意思が抑圧されていた戦前の日本社会において、対等な当事者の婚姻の自由を徹底させようとするために用いられたものであり、法律上同性のカップルの婚姻を排除する意味はどこにも見出されない。

清末愛砂・立石直子意見書（甲 A 9 4 3）はこの点について以下のとおり指摘する。

「憲法 24 条 1 項において、『両性』という文言が用いられているのは、明治民法下の父権・夫権という性差別秩序—未婚のときは戸主の支配、婚姻後は戸主と夫（両者が同じ場合もある）の二重の支配—により、劣位に置かれた女性が総じて虐げられてきた歴史的経緯があることによる。すな

⁶ 第 193 回国会参議院予算委員会における政府答弁においても、「現行の憲法において、『婚姻は、両性の合意のみに基づいて』と書いてある。その『のみ』となぜ書いたかということをございますけれども、……明治憲法の下においては、婚姻する本人の意思ではなくて、むしろ家長など他の者の意思決定に基づいて婚姻が成立するというか、実際上も含めてでございますけれども、婚姻が成立するという制約があったと。まさにそれを取り外したと、取り外すというところにこの現行憲法の意味があるということをはっきりと明らかにするためにあえて両性の合意のみということをはっきりと明記したというふうに考えられます」との説明がなされている（甲 A 198 [9 頁]）。

わち、当事者のいずれかが劣位におかれなくするためのである。(中略) 憲法 24 条 1 項の規定する『両性の合意のみ』の部分の立法目的が明確になる。それは、婚姻が異性間でなされることを確定させたり、強調したりすることにはない。婚姻の当事者双方が、① 平等な立場で合意することを至上のものとし、② 他者による支配や介入を排することにある。言い換えると、両性とは、婚姻の当事者のいずれに対しても婚姻の自由が確保されるという意味で用いられているのである。上記の歴史的経緯上、そこには、とりわけ家父長的社会規範ゆえに女性の意思や当事者性が軽視されたり、無視されたりすることがないようにするための意味が込められ、両性とすることで、上述のように女性の意思や当事者性が軽視されたり、無視されたりしがちな日本社会において、対等な当事者の婚姻の自由を徹底させようとしたのである。」

「そうとはいえ、憲法制定当時の婚姻観は、戸籍上異性の 2 人の間でのみ成立することを疑いようもない前提としていたために、婚姻は戸籍上異性間のものとして制度化されたのであった。これは時代制約性ゆえのことであるといえる。すなわち、婚姻の自由が不徹底なまま現在にいたったという結果がもたらされた。以上から、同性婚の法制化を禁止するために、憲法 24 条 1 項に両性という文言が用いられたわけではないことが明白である。したがって、両性と書かれているからといって、憲法 24 条 1 項の下で戸籍上異性の 2 人の間での婚姻のみが法的に保護され、同性婚は保護対象とはならないと単純に解するのは、上記の背景や文脈を全く理解していない解釈であるといわざるを得ない。」

ウ 「両性」や「夫婦」の文言は、異性愛かつシスジェンダーのみを正常としそれ以外の性のあり方を異常・病理としていた当時の社会状況の影響を受けたものであること

また、憲法制定当時、トランスジェンダー及び同性愛は精神疾患の一つであり、治療の対象であるとするという誤った認識、知見が前提となっていたが、そのような認識は改められ、現在は、人の性の在り方は多様であり、性自認や性的指向に基づく差別は許されないと認識が180度転換したのであるから、憲法制定時の審議過程において、法律上同性のカップルの婚姻が議論の対象とされず、「両性」や「夫婦」の文言が用いられたことは、法律上同性のカップルに婚姻の自由の保障が及ばないことの原因にならない。

すなわち、帝国議会において憲法24条が審議されていた1946（昭和21）年当時、トランスジェンダー及び同性愛が精神疾患とされていたことを含め、性的少数者に関する誤った認識、知見が前提とされ、異性愛かつシスジェンダーだけを正常とし、それ以外の性的少数者を病理・異常・未熟、そして変態性欲として劣ったものと位置づけ蔑視する差別意識、すなわち「異性愛規範」及び「シスジェンダー規範」が社会全体で共有されていた。

憲法制定時の審議過程において法律上同性の者同士の婚姻について議論がないまま「両性」などの文言が用いられたのは、このような誤った認識、知見や異性愛規範・シスジェンダー規範を背景として、法律上同性の者同士の親密な関係や共同生活がおよそ法的保護を及ぼすべき対象として意識されることがなかったからである（風間・赤枝意見書（甲A174）[9頁から11頁、29頁から30頁]等参照）。

しかし、このような誤った認識、知見は、20世紀半ば以降、実証的研究によって根拠が無いことが明らかにされ、この医学的知見の転換は、法的倫理的認識に高められたことにより、異性愛規範及びシスジェンダー規範は正当性と合理性を完全に失った。現在では、異性愛以外の性的指向、あるいは身体的性別（法律上の性別）とアイデンティティ（性自認ないし性同一性）が一致しないことも、人間の性の自然なあり方の一つであり（アミカス意見書訳文（甲A5の2）[9頁]）、そのままに尊重されるべきことが日本を含む国際社会の共通認識となっている。

このように、憲法制定当時、トランジェンダー及び同性愛は精神疾患の一つとされ、差別と侮蔑の対象であった。憲法制定や民法改正の過程で、法律上同性のカップルの婚姻や法的保護が議論された形跡がなく、「両性」や「夫婦」の文言が用いられたのは、このような差別と偏見の意識が社会全体に共有され、法律専門家や立法担当者も例外ではなかったからである。そのような限界を有する当時の状況をそのまま憲法24条1項の保障範囲の解釈に反映させることは適切ではない。

(5) 憲法制定当時の「社会的承認」を受けていた「歴史的、伝統的な婚姻形態」を根拠に、憲法24条の「婚姻」を解釈する手法の誤り

ア 婚姻が「憲法制定当時、社会的承認を受けた人的結合関係」を想定したものと理解の誤り

(a) 法律婚制度についての誤った理解と「社会的承認」の基準が空洞（無意味）であること

原判決は、法律婚制度を「当事者間の親密な人的結合関係全般」から、社会的承認を受けた関係のみを取り出して統制・保護する制度であるかのように認定する（同45頁）。

しかし、日本における法律婚制度は、一定の人的結合関係を国家が選別して特権化する制度として設計されたものではない。むしろ、(婚姻障害事由に該当しない限り)「婚姻の本質」を満たす関係であれば原則として届出により成立し、当事者の財産、身分・出自、判断能力及び生殖能力などの条件を設けず、男女の組み合わせであれば誰もが利用できる開かれた制度として設計された(二宮意見書(甲A145)[5頁から6頁、14頁から16頁]、甲A162参照)。この点、例えば、戦前に日本人と外国籍の者が婚姻するケースは現代よりも大幅に少なく、それゆえに社会的偏見も強くあったことからすれば、このような人的結合関係は「社会的承認」を受けていたとは到底いえないはずであるが、原則として婚姻可能だった。つまり、男女の組み合わせであれば誰もが当然に「社会的承認」を受けているものと扱われていたのであり、裏を返せば、男女の組み合わせであれば実際の「社会的承認」の有無は不問とされていたといえる。そうであれば、「婚姻」が男女の人的結合関係をいうものであることが当然の前提・所与の前提とされていたのは、男女の人的結合関係が「社会的承認」のある関係だったからではなく、「婚姻」は男女の人的結合関係のもの以外はあり得ないという当時の常識・社会通念の影響を強く受けていたからであり、「社会的承認」は後付けの理由に過ぎない。

また、「当事者間の親密な人的結合関係全般」とは不要な概念であるのに、これを持ち出すこと自体、問題の本質を隠すものである。すなわち、親密な人的結合関係全般というと、友人、隣人、仕事仲間、趣味仲間、師弟などの関係が想定されるが、これらの関係はそもそも婚姻を求める関係ではないし、「婚姻の本質」を伴う関係でもないから、婚姻の射程に入り得ない。婚姻の主体となり得る「親密な人的結合関係」は、あくまでも「婚姻の本質」を伴うカップル関係に限定されるから、現実には法律上異性のカップ

ルと法律上同性のカップルしか存在しない。問うべきは、カップル関係のうち、法律上異性のカップルだけを婚姻の主体として認め、法律上同性のカップルを排除することの正当性であるが、このように親密関係一般論を持ち出すことは、法律上同性のカップルが婚姻から排除されているという問題の本質を隠すための論点のすり替えといわざるを得ない。

このように、法律上の男女であれば実際の「社会的承認」の有無は不問とされていたのであり「社会的承認」は後付けの理由に過ぎないこと、婚姻の主体として「当事者間の親密な人的結合関係全般」を想定することは論点のすり替えであることからすれば、法律上同性のカップルの結合関係が「婚姻」に含まれるかを検討する文脈において「法律婚制度は、その対象として、当事者間の親密な人的結合関係全般ではなく、婚姻として社会的承認を受けた人的結合関係を想定」し、それは法律上の男女の人的結合関係であるという論理は、結局のところ「法律婚制度は異性の者同士の結合関係のみを想定していた」ということと同義であり、何も合理的な理由が述べられていない。

したがって、「憲法制定当時の社会的承認」により婚姻の主体を法律上異性の者同士の結合関係に限定することは基準として空洞（無意味）であり、このような基準を立てることは法律上同性のカップルを婚姻から排除することの正当性・合理性を実質的に検討できなくさせるものといえ、不当である。

(b) 憲法 24 条の婚姻の保障範囲を「社会的承認」によって限定することの誤り

上記 (a) で述べたとおり、原判決による「憲法制定当時の社会的承認」(同 45 頁) は基準として空洞（無意味）なものである。もっとも、それを措

いても憲法が保障する「婚姻」の保障範囲を「社会的承認」によって限定することは憲法の解釈方法として致命的に誤っている。

そもそも憲法は、人と人の私的な人的結合関係の形成（憲法13条）を前提に、両当事者の自由な意思決定が保障され、その行使を可能とする法制度により保護されることが、個人の尊厳にとって欠かせない重要な法的利益であるとともに、そのような権利を保障することによって憲法の標榜する民主政の基盤である社会の多元性の確保が可能となるから、憲法13条に由来する24条1項及び2項をあえて定め、同条1項により、個人に対し婚姻の自由を保障し、同条2項により国に対しその行使を可能とする法制度である婚姻制度の構築義務を命じた。

ところが、原判決のように婚姻の自由の保障をもっぱらその時代の社会通念や社会的承認にかからしめるということは、人と人が真摯に共に生きることを望んで「婚姻の本質」を満たす関係を結んでも、社会の多数者の考えや古くからの慣例が社会通念として尊重され、それらに合致しない場合には婚姻できないことがありうることを意味する。これでは、婚姻の成立に「社会的承認」という目に見えない要件が課されているに等しく、両当事者の合意以外の要件を婚姻に課すことを禁じた憲法24条1項と端的に矛盾するし、婚姻が人であるだけで有する個人の尊厳にとって欠かせない重要な法的利益であるのに、社会的承認の有無によりそれを享受できる者が限定されることになり、個人の尊厳の原理にもまったく整合しない。民主政の基盤である社会の多元性の確保もかえって困難となる。

「家」制度を廃して婚姻及び家族の領域にも個人の尊厳の原理を徹底するという憲法24条が有する歴史的趣旨・使命に遡れば、同条は、男女差別的でとりわけ女性の婚姻の自由が制限された「家」制度を容認する国民意識や社会通念が色濃い社会状況の中で、そのような意識に基づく当時の

社会における婚姻のあり方を否定し、個人の尊厳や両性の本質的平等に立脚する新しい婚姻を実現するために制定されたものであり、その時々为社会通念が個人の尊厳に反するものであれば毅然としてそれを排する性質を本来的に有するといえる。

にもかかわらず、憲法 24 条の婚姻の自由の保護を受けるためには、「社会的承認」が必要であり、法律上同性の者同士の人的結合関係には法律上異性間の人的結合関係と同様の社会的承認が無いとして憲法 24 条 1 項の婚姻の保護を否定する手法と判断は、上記のような憲法 24 条の本来的性質を正面から否定するものであり、この点でも憲法解釈として誤っている。

さらにいえば、本件で必ず押さえなければならないのは、憲法制定当時、異性愛かつシスジェンダーのみを正常としそれ以外の性のあり方を異常・病理と位置づける性的少数者に対する差別意識（異性愛規範及びシスジェンダー規範）が社会全体に共有されたために（原判決認定事実 1 (1)ア、ウ、同(2)ア、ウ）、法律上同性の者同士の人的結合関係も「婚姻の本質」を満たす関係を築きうることは見過ごされ、不可視化され、その結果、法律上の男女の人的結合関係のみが婚姻形態として社会的承認を受けることとなったという事実である。この事実を捨象して、「社会的承認」の有無のみを基準として掲げることは、性的少数者に対する差別の歴史を無批判に追認するに等しく、「個人の尊厳」と「法の下での平等」を基本原理とする憲法解釈として背理である。

以上に関し、婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定(甲 A 2 1 8)も、「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその 2 分の 1 とする本件規定の合理性は・・・個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断され

るべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない。」(同 8 頁)
(下線は上告人ら代理人による) と整理したうえで、嫡出子と非嫡出子との間の相続分の差の憲法適合性について「個人の尊厳」や「法の下での平等」という憲法の基本原理に照らした判断を行った⁷。「個人の尊厳と法の下での平等」という憲法の基本原理をあくまでも基準とし、「法律婚を尊重する意識」を、家族形態の多様性を受容する国民の意識に対して劣位におくことで、憲法 14 条 1 項違反の結論を導いたのである(以上の分析について、駒村意見書(甲 A 209)[19 頁以下]も参照)。

(c) 小括

以上のとおり、原判決による憲法 24 条の「婚姻」が「社会的承認を受けた人的結合関係」を想定したものと理解は明らかな誤りである。

⁷ 千葉勝美元最高裁判事も、『同性婚と司法』(2024 年、岩波新書)(甲 A 601)において、婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定に関し、「我が国の憲法十三条がすべての国民は個人として尊重「個人の尊厳」を基本原理として示している。これらは、いずれも、個人の制度に対する厳しい姿勢を求める本大法廷決定を支える基本的な価値観となっていると考える。」(114 頁)、「…我が国の憲法においても、すべての国民は個人として尊重されるとし(十三条)、個人の尊厳の原理を宣明しているのである。そうすると、本件規定が嫡出でない子に対する差別の観念を生じさせている点については、この原理に背馳するものとして、その許容性については厳格な検討が必要とされるところである。」(118 頁)と言及している。

イ 「男女の生活共同体として子の監護養育や分業的共同生活等の維持によって家族の中核を形成するもの」＝「歴史的、伝統的な婚姻形態」との理解が誤りであること

原判決は、憲法 24 条 1 項の「婚姻」を解釈する前提として、「憲法改正当時、社会的承認を受けていた歴史的、伝統的な婚姻形態」(同 46 頁)という概念を用い、これを法律上異性の者同士の人的結合関係であると理解する。しかし、このような「伝統的な婚姻」論は根拠が薄弱であり成立しない。以下は、主に加藤秀一教授意見書(甲 A 709)に沿って論じるものであり、控訴審第 2 準備書面 19 頁以降が同意見書を踏まえて詳しく論じた主張書面であるからこちらも参照されたい。

(a) 「伝統」の定義が不明確であること

原判決は、「伝統的な婚姻」という概念を用いながら、「伝統」という概念そのものについて明確に定めない。つまり、その伝統が、いかなる時代を起点とするのか、どの程度の時間的継続を有するのか、どの要素を本質とするのかを一切特定していない。このため、どの歴史的事実を「伝統」として採用し、どの事実を排除するのかについて、判断基準が存在しない。したがって、原判決が用いる「伝統」という概念は、特定の慣習や観念を正当化するために恣意的に利用しているという誹りを免れないといわざるを得ない(甲 A 709)。

(b) 歴史の実態との乖離

原判決は「歴史的には、婚姻は、夫婦のみならず子の生殖と養育をも目的とした男女の結合関係として社会に実在したものであり、この夫婦・親子関係を規範によって統制する法制度として生まれたのが法律婚制度で

ある。そのため、法律婚制度は、その対象として、社会的承認を受けた人的結合関係を想定し、伝統的には、単純な男女の生活共同体として子の監護養育や分業的共同生活等の維持によって家族の中核を形成するものと捉えられてきた。」と述べる(20頁から21頁)。この原判決の論旨によれば、原判決は「伝統的な婚姻」は法律上の男女が自然生殖により子をなし共同で育てることを本質的な構成要素とするものと解される。

しかし、このような理解は、日本の結婚と家族の歴史・社会事実を照らして妥当でない。すなわち、古代・中世の日本においては、通い婚・対偶婚が一般的であり、排他性・永続性・夫婦単位の子育てという諸性質が弱いものだった。中世以降も、養子縁組を中核とする家族が長期的に広く存在し、自然生殖は婚姻・家族成立の必須要素ではなかった。現在一般に想定される「男女・実子・共同養育」を中心とする家族像は、主として明治期以降、国家主導で制度化された近代的家族形態であり、ひいては「家」制度と結びついたものである(甲A709)。このように、原判決による「伝統的な婚姻」論は、近世以降の社会事実を選択的に切り取ったに過ぎず、一貫した「伝統」ではない。

(c) 「伝統」の尊重は「家」制度の尊重に等しいこと

もしも、「伝統」を狭義に解し、時間的な広がりや近世以降だとした場合、「伝統」的と考えられる結婚・家族の在り方は、近世から明治期にかけて普遍的に確立した「家」制度を指すというのが、日本の家族社会学などの分野でおおむね一致した見解である。このような理解を前提におき、現代の婚姻・家族について規範的判断を下すにあたって「伝統」を尊重することとは、とりもなおさず「家」制度を尊重するに等しいことになりかねない(甲A709[13頁])。

しかし、日本の婚姻・家族における「伝統」の内実を「家」制度に見ることを前提に、そのような伝統を重視して憲法 24 条の解釈論を展開することは背理である。なぜなら憲法 24 条は、明治民法下における「家」制度を廃し、「個人の尊厳」及び「法の下での平等」という憲法の基本原理を婚姻についても徹底するという使命を担った条文だからである。その意味で、憲法 24 条と近世以降の「家」制度を内実とする「伝統」とは大きな緊張関係を有するのであり、憲法 24 条の解釈の要素・根拠には到底なり得ない。

(d) 循環論法であること

憲法制定当時に、社会的承認を受けていた伝統的な婚姻形態である法律上異性の者同士の人的結合関係が憲法 24 条の定める「婚姻」だという原判決の論証は、婚姻とは男女のものという伝統があるから、法律上の男女の人的結合関係のみが婚姻であるという論理であり、結論を前提に置いた循環論法でしかない。問われているのは、なぜ「伝統的な婚姻」のみが憲法上の「婚姻」として保護されるのかということであるが、実質的かつ合理的な回答は示されていない。

(e) 小括

したがって、原判決が憲法 24 条 1 項の解釈の前提として依拠する「伝統的な婚姻」概念は、概念的にも歴史的にも、また憲法の原理・趣旨との関係においても是認できず、その上に立った憲法 24 条 1 項の「婚姻」の解釈は前提を欠くものとして成り立たない。

(6) 小括

以上のとおり、①憲法改正当時の社会状況、②明治民法が採用していた法律婚制度の制度設計の問題点、③審議経過における議論（制定経緯）、④憲法24条の規定ぶり（文言の辞書的意味）、⑤憲法24条の「婚姻」は憲法制定当時の「社会的承認」を受けていた「歴史的、伝統的な婚姻形態」であるという解釈のいずれも、憲法制定時に憲法24条の「婚姻」が明示的に想定していたのは法律上異性の者同士の人的結合関係だったことの説明になるに過ぎない。憲法24条1項の保障の範囲は、憲法24条の趣旨に照らして憲法の原理に即し、かつ、今日に至る社会状況等の変化を考慮したうえで確定されなければならない。それゆえに、上記①から⑤の事情は、今日、法律上同性のカップルに憲法24条1項の婚姻の自由が保障されることの障壁にならない。

9 原判決の問題点（その2）

(1) はじめに

前述のとおり、原判決は、【b】憲法24条の「婚姻」の意義は「憲法改正当時」に社会的承認を受けていた婚姻形態である法律上異性の者同士の結合関係に固定され、その後の社会状況の変化によっても不変であると解釈している。

しかし、上記5で詳論したとおり、憲法は、個人の尊厳がいつの時代いかなる社会でも守られるために、社会の変化に応じた不断の検討を要請しているから、憲法の解釈に当たっても、その背景にある社会状況及びその変化は、十分に考慮される必要があり、憲法制定後の社会の変化を踏まえ

て憲法の原理に即して解釈すれば、憲法 24 条の「婚姻」は法律上同性の者同士の結合関係も含むということがより一層明確になったといえる。

これに反し、憲法 24 条の「婚姻」の意義は「憲法改正当時」に社会的承認を受けていた婚姻形態である法律上異性の者同士の結合関係に固定され、その後の社会状況等の変化によっても不変であると解釈する原判決の判断方法は明らかな誤りである。

(2) 原判決が示した判断枠組みとの矛盾

まず、このような解釈方法は、原判決自身が認める「婚姻及び家族に関する事項は、このような要因（上告人ら代理人注：憲法制定後の社会状況等の変化）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判断を行うことによって定められるべき」（48 頁）との理解、つまり、「婚姻」に関する事項も憲法制定後の社会状況等の変化を踏まえつつ定められるべきとの理解に矛盾する。

(3) 論理一貫性の欠如

次に、原判決は上記のような判断枠組を示す一方で、上記 5 (2) アに記載した認定事実に基づき、今日では法律上同性の者同士の人的結合関係が「同性の者同士の事実婚」として社会的承認を受けていること、諸外国の立法例では「同性の者同士に係る家族に関する法制度」は国ごとに多様な選択決定がされていることを述べたうえで、「我が国に限って、同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容が、直ちに憲法 24 条 1 項の婚姻と全く同一のものに一義的に定まり、国会による制度内容の選択決定が憲法上許されないとはいする合理的理由は見当たらない」と結論づけた（49 頁）。

しかし、このような判断過程からは、憲法制定後の社会状況等の変化が憲法上の「婚姻」の解釈に影響し得ることを、原判決自身が前提としていることがうかがわれる。ところが結論として原判決は、憲法 24 条 1 項の「婚姻」を制定当時の社会的承認の範囲に固定したまま、法律上同性のカップルを同条の保障から排除している。このように、憲法制定後の社会状況等の変化を考慮し得るとしながら結論においてこれをまったく反映しない原判決の解釈は、論理的一貫性を欠いたものと言わざるを得ない。このような原判決の破綻した論証からは、原判決自身、憲法制定後の社会状況等の変化を無視し得ないことを認識しながらも、憲法 24 条 1 項の「婚姻」を法律上異性のカップル限定のものとする結論を先行させそれを死守する強固な姿勢が窺われ、原判決の論旨に合理的な論拠がないことを示している。

(4) 考慮した要素のアンバランス

また、原判決は、上記 5 (2) アに記載した認定事実のうち、諸外国の法律上同性の者同士の人的結合関係を家族として規律する制度に関する事実のみを取り上げ、創設しないことも含め国ごとに多様な選択決定がなされていると評価し、法律上同性のカップルの人的結合関係が憲法 24 条の「婚姻」に含まれないとの結論を導いた。

しかし、上記 5 (2) ア(c)で整理したとおり、2025 年 1 月時点で法律上同性の者同士の婚姻を導入した国は 39 カ国に及んでおり、かつて登録パートナーシップ制度を導入した各国においては、その後法律上同性の者同士の婚姻制度の導入が進み、現在ではイタリアを除くすべての国において法律上同性の者同士の婚姻制度の利用が認められている。このような事実を素直に踏まえれば、諸外国では法律上同性のカップルの婚姻の法制化

が進んでいると評価するのが自然である。にもかかわらず、創設していない国があることまで含めて上記のような評価をすることは、判断過程において重視すべきでない事情を過大に重視し、考慮すべき事情を考慮しないものであって不当である。

さらにいえば、上記 5 (2) アに記載した認定事実のうち、諸外国の法律上同性の者同士の結合関係を家族として規律する制度に関する事実のみを取り上げ、他の事実をまったく取り上げないのは、自己に都合の良い事実のみを拾ったとしか解されないが、その手法があまりに露骨でありお粗末といわざるを得ない。

上記 5 (2) アに記載した原判決の認定事実を適切に考慮すれば、憲法 24 条 1 項の「婚姻」は、今日、法律上同性同士の結合関係を含むと解釈すべきことが優に基礎付けられるし、上記 5 (2) アに加えて同イの事実も認定されていれば尚更、そのような結論が導かれる。

(5) 小括

以上のとおり、憲法 24 条 1 項の「婚姻」の今日的意義を踏まえない原判決の解釈は誤りである。

10 憲法 24 条 1 項の直接適用に関するまとめ

原判決が下した、法律上同性の者同士の人的結合関係は憲法 24 条の「婚姻」に含まれないとして、「同性の者同士が憲法上『婚姻』の自由を保障されているとはいえない」との判断は、それを導く【a】と【b】のいずれの論証も成り立たず、誤りである。このような誤った論証のもとで、原

判決が、法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係を築きうることを一切評価しなかったのはあまりに不当といわざるを得ない。

上記 3 から 6 で詳論したとおり、憲法 24 条のそもそもの趣旨に立脚し、また、憲法が要請する社会の変化に応じた不断の検討を实践したうえで憲法の原理に即して同条を解釈すると、憲法 24 条の「婚姻」は法律上同性の者同士の結合関係も含み、憲法 24 条 1 項は法律上同性のカップルにも婚姻の自由を保障していると解すべきである。

したがって、憲法 24 条の「両性」や「夫婦」の文言は、今日、「両当事者」を意味するものと解すべきであり、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことは憲法 24 条 1 項に反する。よって、本件諸規定を憲法 24 条 1 項に反すると判断しなかった原判決は誤りである。

1 1 仮に辞書的な意味どおりに解釈すべきだとしても、憲法 24 条 1 項を類推適用すべきであること

(1) 憲法 24 条 1 項を類推適用すべきこと

仮に「両性」が法律上の男性と女性を意味し、憲法 24 条 1 項は、その文言上、法律上同性のカップルに対しては直接適用できないとしても、同項は法律上同性のカップルに対し類推適用されるべきである。

最高裁判所は、憲法上の権利規定の類推適用あるいはこれに類する手法を行い、権利の保障を充実させてきた。例えば、成田新法事件最高裁大法廷判決は、「憲法三一条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。」として、憲法 31 条の行政手続への適用可能性を認め

た。また、憲法 14 条 1 項についても、最大判昭和 39 年 11 月 18 日刑集 18 卷 9 号 579 頁は、「憲法一四条は「すべて国民は、法の下に平等であつて、……」と規定し、直接には日本国民を対象とするものではあるが、法の下における平等の原則は、近代民主主義諸国の憲法における基礎的な政治原理の一としてひろく承認されており、また既にわが国も加入した国際連合が一九四八年の第三回総会において採択した世界人権宣言の七条においても、「すべて人は法の前において平等であり、また、いかなる差別もなしに法の平等な保護を受ける権利を有する。……」と定めているところに鑑みれば、わが憲法一四条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推さるべきものと解するのが相当である。」した。

木村草太教授も、「憲法が設ける区別に根拠がなく、むしろ、憲法規定の効果を文言で規定された対象以外にも及ぼすべきときは、類推適用が要請される。」と述べる（甲 A 208 [11 頁から 12 頁]、甲 A 258 [4 頁から 6 頁]）。

(2) 類推の基礎の存在

そして、憲法 24 条 1 項及び 2 項は、婚姻という法的な社会制度一般についての基本理念を示したものであって、婚姻を法律上の男女間の者に限る意図などなく、憲法制定後の社会状況等の変化を踏まえ、法律上同性のカップルのように「婚姻の本質」を満たす関係に対し婚姻の自由を憲法上保障することを否定する規定ではないこと⁸（上記 3、4）、法律上同性の

⁸ 千葉勝美元最高裁判所裁判官も、憲法 24 条の趣旨について、少なくとも今日では「憲法 24 条は異性婚に限定せず、婚姻という法的な社会制度一般についての基本理念を示したものであって、同性婚を排除していない、すなわち、制度として取

カップルも「婚姻の本質」を満たす関係を築きうる点において法律上異性のカップルとの間に本質的な違いはないこと、次世代の育成保護機能の点においても同様であること（上記3、4）、憲法制定後の社会状況等の変化により、日本国内外において、性的指向及び性自認による差別は許されないという規範が確立しており、婚姻制度・家族制度の分野においても法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同等に取り扱うべきであるとの規範意識が既に形成され、広く共有されていること（上記5）などからすれば、「個人の尊厳」の原理に照らし、法律上同性のカップルに対し憲法24条1項が類推適用される基礎があることは明らかである。

また、憲法24条1項の類推適用を認めない場合、法律上同性のカップルを家族として保護する法制度には、例えば、親や親族の同意が必要、行政庁の許可が必要などのように、配偶者となるための要件として両当事者の同意以外の要件を追加することや、両当事者の平等の要請は不要とすることも、憲法上許容されることになるが、そのようなことが不合理であることは明白である。この点からも、同条項を類推適用するほかないことが裏付けられる。

(3) 原判決の誤り

これに対し、原判決は、「憲法が、憲法改正後に社会的承認を受けた結合関係を「家族に関するその他の事項」として後の立法に委ねている」ことを理由に「同性の者同士の事実婚をもって直ちに同条の「婚姻」に類する

り込むことを許容していると解することができる。」と述べている（甲A219[208頁]）。

ものとみることはできない」として類推適用を認めなかった(49頁から50頁)。

しかし、原判決の理解を前提にしても、同条の「婚姻」が法律上異性の者同士の人的結合関係以外の人的結合関係を排除し、同条の「婚姻」に包摂することを禁止しているということは導かれないから、類推適用すら認めないとする理由はない。むしろ、原判決は「同性の者同士が、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む人的結合関係は、一つの家族の姿として社会的承認を受けていると認められる。」としており、この内容は法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係を築いていることが社会的承認を受けているということである。また、前述のとおり、次世代の育成保護機能の点で法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとの間に本質的な違いは存在しない。これらのことからすれば、上告理由書[第一分冊]第3の6(3)で述べた「婚姻制度の目的」⁹に照らし、類推適用の基礎はまさに認められる¹⁰。

他方、原判決は、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律5条1項1号括弧書きの「婚姻の届出をしていないが、事

⁹ 上告理由書[第一分冊]第3の6では、婚姻制度は「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」のみを保護する制度ととらえるのは物事の一面をしか見ない表層的な見方にすぎない、婚姻制度はより大きな集合である「婚姻の本質」を満たす二人の関係を保護することを主目的とする制度であり、婚姻に結びついた親子関係に関する法的保護は婚姻する二人が次世代の育成保護を行う場合に与えられるにすぎないのであるから、次世代の育成保護を支援することはその重要な機能の一つあるいは第二義的な目的であると評価するのが正当であるということ述べている。

¹⁰ 原判決は別の箇所「婚姻の本質」を満たした関係を築いている法律上同性のカップルを「同性の者同士の事実婚」と定義しており(同48頁)、「事実婚」とは婚姻を前提とする表現であることから、やはり類推の基礎を認めているに等しい。

実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に犯罪被害者と事実上婚姻関係と同様の事情にあったといえる法律上同性のパートナーが該当し得ると判断した犯給法最高裁第3小法廷判決を引いたうえで、個別の事案について事実婚を法律婚と同様に保護してきた判例の傾向は同性の者同士の結合関係にも妥当するものは多いだろうとしつつ、「同性の者同士の事実婚に対する個別の法律の規定の類推適用は、人的結合関係の実質だけではなく、当該規定の趣旨等に即して検討されるのだから、このことをもって、同性の者同士の事実婚に憲法24条の規定を類推適用することはできない」と判断した(同50頁)。しかし、法律上異性のカップルの事実婚に対する個別法の規定が法律上同性のカップル(の事実婚)に適用可能かどうかの問題と、憲法24条1項が婚姻の自由を保障した趣旨が法律上同性のカップルにも当てはまるかの問題は別個のものであるから、これらを混同する原判決の判断は不当である。

(4) 小括

したがって、仮に、文言上、法律上同性のカップルに憲法24条1項を直接適用することができないとしても、同項1項が類推適用されなければならない。また、そのように類推適用することが、憲法24条1項及び2項の趣旨にも合致する。よって、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことは憲法24条1項に反する。原判決の判断はこの点でも誤っている。

1 2 結論

以上で論じたとおり、憲法 2 4 条 1 項は法律上同性のカップルにも婚姻の自由を保障していると解するのが、憲法の原理に即し、憲法制定後の社会状況の変化を不断に検討した憲法が要請する今日的な解釈である。また、仮に法律上同性カップルに憲法 2 4 条 1 項が直接適用されないと解する場合も、法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たす関係を築きうる点において法律上異性のカップルとの間に本質的な違いはないことや憲法制定後の社会状況等の変化に照らせば、憲法 2 4 条 1 項の規定を法律上同性のカップルに対して類推適用する基礎が存在するから、法律上同性のカップルに対しては、憲法 2 4 条 1 項が類推適用され、婚姻の自由が保障される。

最後に、憲法 2 4 条の「婚姻」には法律上異性の者同士の人的結合関係のみが含まれるとして同条 1 項の婚姻の自由の保障は法律上同性のカップルには及ばないという憲法解釈は、何よりも性的少数者の尊厳を踏み躪るものであることをいま一度指摘したい。

すなわち、以上でみたとおり、憲法制定時に憲法 2 4 条の「婚姻」が明示的に想定していたのは法律上異性の者同士の人的結合関係だったこと
の背景には、異性愛かつシスジェンダーのみを正常としそれ以外の性のあり方を異常・病理・変態性欲としていた当時の社会状況がある。そのような社会において、性的少数者は差別の対象になるのを避けるために異性愛者かつシスジェンダーのフリをせざるを得ず、その存在自体が不可視化されていたのであり、そのような社会こそが、法律上同性の者同士の人的結合関係を許さなかったのである。こうしてみると、自分らしい生・自分らしい幸福追求という個人の尊厳の内実を剥奪されてきた

性的少数者の声にならない痛みの上に、憲法制定時の憲法 24 条の「婚姻」の理解は成り立っていたとすることができる。

しかし、今日に至るまでに「異性愛規範」及び「シスジェンダー規範」は完全に否定され、「婚姻の本質」を満たす人的結合関係を築いている法律上同性のカップルが既に多数存在することが顕在化し、社会も法律上同性のカップルの婚姻を十分に受容している。

このような社会状況の変化を原判決は、「憲法改正後に家族として社会的承認を受けた人的結合関係」と淡々と述べ（48頁）、あたかもこれまでなかったものが新しく社会的承認を受けたかのように捉えるが、そうではない。社会によって不可視化され尊厳ある生を剥奪されていた性的少数者が、自分らしい生・自分らしい幸福追求の回復に不可欠な現行の法律婚制度への包摂を求めて勇気を持って声を上げ、それに社会も呼応して共鳴し、本来あるべき社会的承認が取り戻されたと捉えるべきである。

そうであれば今日、性的少数者の尊厳を踏み躪り、その痛みの上に成り立つ憲法制定時の「婚姻」の理解を、憲法が許容することはない。

むしろ、憲法 24 条は、憲法制定時、個人の尊厳の原理のもとで、それまで男性と同等の「人」と扱われてこなかった女性の尊厳を回復し、男性と同等の婚姻の自由を保障したという開放的・包摂的な志向を持つ。このような憲法 24 条の本来的性質からすれば、今日、法律上同性のカップルの尊厳を回復し、法律上異性のカップルと等しく婚姻の自由を保障することを要請するのが必然である。これこそが、いつの時代いかなる社会でも個人の尊厳を守る憲法が今日に示すあるべき価値としてふさわしい。

したがって、今日、憲法 24 条 1 項は、法律上同性のカップルに対して、法律上異性のカップルと等しく婚姻の自由を保障することを要請している（直接適用でも類推適用でも結論は変わらない）。

よって、このような判断をせず、本件諸規定を違憲としなかった原判決は誤りである。

第 6 憲法 14 条 1 項違反（主たる主張）

1 はじめに

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。」と定める。およそ人が個人として尊重される（憲法 13 条）と言えるためには、自由や権利を保障されるとともに互いに平等な存在として扱われることが欠かせない。憲法は、個人の尊厳の見地から、国家に平等に扱われること自体に独自の価値があるとの認識に立って憲法 14 条を定めた（高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第 5 版』（甲 A 47）[160 頁]。下線は上告人ら代理人による。以下同じ。）。

そのような中、本件諸規定の下においては、法律上異性のカップルは婚姻（法律婚）することができ、それに伴う身分関係の公証、当該身分関係に応じた法的地位、当該地位に基づく法的効果及びそれらに伴う社会的承認を享受できるのに対し、法律上同性のカップルは婚姻（法律婚）することができず、それに伴う効果・利益を享受できない。かかる別異取扱い（以下「**本件別異取扱い**」という。）は、重要な人格的利益ないし個人の尊厳と深く結びつく婚姻（法律婚）の場面において、性自認、性的指向及び性別という人の人格に深く根差し、かつ、自らコントロールできない属性に基づいて、法律上同性のカップルないし性的少数者という歴史的に長らく差

別を受けてきた人々（集団）を区別対象として、合理的根拠なく、人と人とを平等な存在として扱わないものであり、法的な差別的取扱いとして憲法14条1項に違反する。

これに対し、原判決は、「本件諸規定により、法律婚制度を利用できるか否か、その利用の可否に関する区別」を「本件区別取扱い」と定義した上で（51頁）、「本件区別的取扱いは、事柄の性質上、合理的な根拠に基づくものといえる。」（56頁）との結論を下した。これは憲法の解釈を誤ったものであり、そこに至るまでの審査手法や前提理解においても誤っている。原判決の誤りは主に以下の3点に集約される。

- ① 人の人格に深く根差し、かつ、自らコントロールできない属性に基づく区別であること（区別事由の性質）、歴史的に長らく差別を受けてきた人々（性的少数者）に対する区別であること（区別対象の属性）及び婚姻に対する直接的な制約であって不利益が重大であること（制約の態様及び被侵害利益の重大性）という「事柄の性質」を一切考慮しなかったこと（後記2(5)、3(4)及び5(5))
- ② 不当に広い立法裁量を設定した上で、実質上、憲法論を放棄し、立法政策論へと問題をすり替えたこと（後記4(2))
- ③ 婚姻制度（法律婚制度）の目的を誤って理解した上で、「法律上同性のカップルが婚姻から排除されていること」の合理性でなく、「法律婚制度を設けること」ないし「法律上異性のカップルが婚姻による保護を受けていること」の合理性を検討するにとどまったこと（後記5(2)及び(4)ウ)

以下、憲法14条1項違反（主たる主張）にかかる上告人らの主張を改めて整理しつつ原判決の誤りを指摘する。

なお、原判決は、「控訴人らは、実際には、私的な日常生活の様々な場面で事実婚とも異なる状況に置かれていることが認められる。…このような控訴人らの状況は、性自認等の多様性に対する国民の理解不足に起因するところが大きいものと考えられる。」(59頁) だとか、「家族に関する法制度自体は…差別を解消することをその制度本来の目的とするものではない。」(60頁) などと述べて、本件別異取扱い自体が法律上同性のカップルに対する差別であり、また、それを助長するものであることから目を背け、国民の理解不足に責任を転嫁しようと試みる。しかし、本件は、性自認等の多様性に対する国民の理解不足を解消するために婚姻を認めることを求めるものでも、性的少数者に対する一般的ないし抽象的な差別解消を目的として新たな法制度を創設することを求めるものでもない。ここで問われているのは、本件別異取扱い自体の憲法14条1項適合性であり、そのことから目を反らすことは許されない。

2 区別事由及びその性質並びに区別対象の属性

(1) 性自認、性的指向及び性別に基づく区別(区別事由)

婚姻の本質は、両当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあると解されるどころ(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)、およそ人は自らの性自認及び性的指向に従って婚姻の相手を選択するものであり、性自認及び性的指向と婚姻相手の法律上の性別とを分離して考えることはできない。このことは、日本において大多数を占めるシスジェンダーの異性愛者が、その性自認及び性的指向に基づき、通常、法律上の異性を婚姻の相手として選択することを思い浮かべるだけでも容易に理解できる。その結果、本件諸規定の下では、一定の性自認ないし性的指向の者は婚姻が不可能となる

のであって、法律上同性の者との婚姻が認められていないことと、性自認及び性的指向に基づく婚姻ができないことは、性的少数者にとっては同義である。

よって、本件別異取扱いは、婚姻できるか否かが自分自身の性別あるいは婚姻を希望する相手の性別によって区別されているという点で性別に基づく区別であると同時に、一定の性自認ないし性的指向の者にとっては婚姻制度が一切利用できない仕組みになっている点で性自認ないし性的指向による区別でもある。

(2) 人の人格に深く根差し、かつ、自らコントロールできない属性に基づく区別であること（区別事由の性質）

重要なのは、上記区別事由のいずれもが、人の人格に深く根差し、かつ、自らコントロールできない性質のものであるということである。

原判決が、「性自認等は、生まれながらに備わる先天的なもの、又は人生の初期に決まる、人の性の重要な構成要素であり、自らの意思によって変更することが困難な各人の人格に根差した生来的な個性であると理解されている」（47頁）と認定するとおり、セクシュアリティ（性のあり方）は、個人の人格に深く関わる、あるがままに尊重されるべき属性である上、自らの意思や努力によって変えることはできない。性別についても同様である。

本件別異取扱いが、そのような属性に基づいて人と人とを区別するものであること（区別事由の性質）は、その憲法適合性を審査する上での出発点として認識されなければならない。

(3) 歴史的に長らく差別を受けてきた人々に対する区別であること（区別対象の属性）

以上に加えて、「シスジェンダーの異性愛」以外の性自認・性的指向を有する人々（性的少数者）は、長い間、社会において、異常性愛、変態性欲等の偏見・侮蔑・無理解の対象とされ、過酷な差別を受けてきており、それは現在も続いている。原判決が認定した「控訴人らは、実際には、私的な日常生活の様々な場面で事実婚とも異なる状況に置かれていることが認められる。」（59頁）との状況も、その一端である。

法の下での平等の理念は、人権の歴史において個人尊重の思想に由来し、憲法の根本的な規範である「個人の尊厳」（憲法13条）を実現する上で人と人が同等に扱われることに固有の重要性があるとの認識に立つものであること（甲A47〔160頁〕）からすれば、法がある人々に対してのみ権利利益の保障の程度で不利益に取り扱うことはもちろん、ある人々に対してのみスティグマを与えたり社会的地位の格下げを招いたりするような区別も禁止される。なぜなら、法による差別の犠牲者の社会構成員たる地位の格下げ、排除、スティグマの押しつけは、たとえそれが法制度の設計上意図せざる効果であったとしても、国家の行為である以上それ自体が平等原則の根本にある個人の尊厳の毀損であると同時に、当該集団に属する人々が法の保護に値しない劣った存在であり劣遇されて当然であるという意識を生み出し、それが当事者ととも、代議制の被代表者と代表者双方を含め社会全体に共有されることを通して、社会生活上の諸々の側面における権利・利益、義務の不利益配分として顕在化することにより、さらに強化され、また固定化されるからである（安西文雄・巻美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本』〔第4版〕106頁（2024年））。平等原則は、人と人が生まれながらにして階層的身分に固定され身分によって職業、居住

地、移動、結婚が制限された身分制の廃止を原点とし（木村草太「法の下
の平等」南野森編『憲法学の世界』177頁（2013年））、憲法も14
条2項で身分制を廃しているが、上記のような地位の格下げは、憲法の下
で実質的に社会的な身分制度を生じさせるに等しく、平等原則の原点を否
定するものである。よって、憲法14条1項適合性の審査においては、「区
別事由の検討に加え、当該事案に横たわる偏見、ステレオタイプ、差別の
歴史の存在を踏まえ、被侵害利益がどのように（差別的に）奪われている
のかを審査することが求められている」（白水隆「平等違反基準の変更なき
変更—目的手段審査か総合衡量か？」大林啓吾ら『憲法判例のエニグマ』
（甲A361）[46頁]）。その上で、当該区別がステレオタイプや偏見等
によって設定ないし維持されていたり、それらを助長するものであるな
ら、それは個人の尊厳を侵害するものであり、審査基準ないし審査密度が
高まることとなる。

「同性婚を求める人々は同性愛者やトランスジェンダー等の性的少数
者であり、社会におけるマイノリティである。彼らに対しては社会的に偏
見が存在した。いや偏見をもってみられてきたというより、無視されてき
たといった方がよい。そうだとすれば、同性婚問題それだけを切り取って
検討するのではなく、社会的差別という大きな脈絡のなかでとらえようと
するところから、平等が論じられる」ことが必要である（安西文雄教授意
見書（甲A598）[9頁から13頁]）。

本件別異取扱いが歴史的に長らく差別を受けてきた人々に対する区別
であること（区別対象の属性）は、上記(2)で述べた区別事由の性質ととも
に、憲法14条1項適合性審査において十分に考慮・反映されなければなら
ない。

(4) 後段列挙事由による区別であること

以上のとおり、本件別異取扱いは性自認、性的指向及び性別に基づくところ、これらの区別事由はいずれも憲法14条1項後段の列挙事由に該当する。

すなわち、同項後段の各列挙事由は差別の歴史が長く容易に根絶できなかった事由であるから、これらの事由による区別は原則として不合理なものである(芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』(甲A15)[134頁])。性的少数者が古くから差別や偏見に晒されてきたことからすれば、性自認及び性的指向に基づく区別は、まさに同項後段が想定する場面である。学説も、「性的指向・疾病・住所・外見など列挙されていない事項であっても、人を差別する理由となるものは現実に存在しており、時代の変遷に応じて新たなものが生み出されてくるかもしれない。憲法はそうした差別にも対応できるものとして解釈されなければならない」(長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(甲A368)[172頁][川岸令和])とする。具体的な列挙事由としては、「性的指向も社会的身分に含めて捉えることは可能であろう。同性愛の性向は本人の意思や努力で変えられるものではないと理解されるようになってきているからである」(同190頁)と指摘されるところ、性自認及び性的指向は憲法14条1項後段の「社会的身分」に該当する。

また、同項後段が「性別」による差別の禁止を明示したのは、歴史上長きにわたって女性が男性と同等の権利主体とみなされず、女性差別が恒常的に存在したからである。女性差別は社会的・経済的マイノリティである女性という「性」に関する差別であるところ、性的少数者もまた長きにわたって偏見・差別の対象とされてきたことからすれば、性的少数者に対する差別も「性」に関する差別に他ならない。この点、国連自由権規約委員

会も、自由権規約第2条第1段及び同第26条の「sex」は性的指向を含むとの判断を示している(甲A37の2[12頁])。したがって、性自認及び性的指向に基づく区別は、憲法14条1項後段の「性別」に基づく区別にも該当する。

さらに、本件別異取扱いは、前述のとおり、婚姻できるか否かを自分自身の性別あるいは婚姻を希望する相手の性別によって区別するものであるから、その意味でも憲法14条1項後段の「性別」に基づく区別に該当する。

(5) 原判決の判示

この点、原判決は、「本件区別取扱いは、…法律婚制度を利用することを希望する控訴人らにとって、その利用に係る相手方について、憲法14条1項に明記された性別が異なることを理由とする法的取扱いの区別である。」(51頁)として、憲法14条1項後段列挙事由のうち「性別」に基づく区別であると認定した。このこと自体は妥当であるが、後述のとおり、それが意味するところ(原則として不合理な区別であり、厳格な審査が求められること)を審査に全く反映していないことは不当である。

また、原判決は、性自認及び性的指向に基づく区別であるか否かの判断をしていない(これに対し、本件第一審判決は「本件諸規定は、同性カップル等と異性カップルとの間で、性自認及び性的指向に基づく区別取扱い…をしているといえる。」(34頁)として性自認及び性的指向に基づく区別であると認定している。)。これは、まさしく上告人らのように、様々なセクシュアリティ(性のあり方)を有する人々が多様に存在し、一口に法律上同性のカップルといっても様々な性自認と性的指向の組み合わせがありえるため、法律上同性のカップルのすべてにあてはまるものとして

「性別」に基づく区別を認定すれば足りると考えたのかもしれない。ただ、そのことが、性自認や性的指向が有する属性（区別事由の性質）や区別対象の属性（性的少数者に対する差別の歴史）を考慮しないことを正当化することはない。後述のとおり、原判決が、その憲法14条1項適合性審査において、本件別異取扱いが人の人格に深く根差し、かつ、自らコントロールできない属性に基づく区別であること、また、長らく差別を受けてきた性的少数者に対する区別であることを全く考慮しなかったことは不当である。

3 本件別異取扱いによる制約の態様及び不利益の重大性

(1) 制約の態様

本件別異取扱いにかかる区別事由及びその性質並びに区別対象の属性は以上のとおりであるところ、その制約の態様は、ある属性を持った人々が社会の重要な制度である婚姻制度から全面的に排除されているという、いわゆる「門戸規制」であり、本件別異取扱いは婚姻に対する直接的な制約である。このような門戸規制は、制度へのアクセスを認めた上で付与する利益において区別するのではなく、制度へのアクセス自体を認めず、機会の平等において人と人に序列を設けるものである。本件別異取扱いの憲法14条1項適合性を審査する上では、このような制約の態様（婚姻に対する直接的な制約であること）が踏まえられなければならない。

(2) 不利益の重大性

また、本件別異取扱いによって法律上同性のカップルが被る不利益は重大かつ深刻である。

すなわち、本件諸規定の下においては、法律上同性のカップルは婚姻（法律婚）することができず、それに伴う身分関係の公証、当該身分関係に応じた法的地位、当該地位に基づく法的効果及びそれらに伴う社会的承認を享受できない。その具体的内容は訴状第6の4（49頁から59頁）並びに上告理由書[第一分冊]第3の7（正統な家族として認められることと人格的利益との結びつき）及び同第3の8（法律上同性のカップルの被る不利益・困難）にて整理したとおりであるので繰り返さないが、本件別異取扱いによる不利益は、婚姻に伴う各効果・利益を実際に享受できていないという実体的な不利益にとどまらず、重要な人格的利益ないし個人の尊厳の毀損・侵害も含まれるのであって、本件別異取扱いによる法律上同性カップルないし性的少数者の社会的地位の格下げという深刻な状況（不利益）を維持・助長し続けることが正当化できるかが精査されなければならないことについて、以下、改めて述べる。

まず、国籍法違憲最高裁大法廷判決が国籍を「基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等」の源泉となる「重要な法的地位」と位置付けたのと同様、民法上の配偶者たる地位が、包括的な権利・利益の源泉として極めて重要な法的地位であることに疑いの余地はない。そして、再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決が「国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透して」と述べており、婚姻には「尊重すべき関係性である」という社会的承認が伴う。

個別の法的効果等とは別に婚姻自体に個人の尊厳と結び付く価値があることについて、例えば本件関連訴訟の名古屋高裁判決（甲A922）は、「人間が社会的存在であり、その人格的生存に社会的承認が不可欠であることからすれば、…人的結合関係が正当な関係として社会的に承認されるということ自体については、婚姻及び家族に関する具体的な法制度を離れ

た個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益というべきである。」(15 頁から 16 頁)、「人は、法的利益や各種の社会的利益を享受するためだけで婚姻をするのではなく、婚姻そのものに個人の尊厳と結び付いた本質的価値があるため婚姻をすると考えられる」(33 頁)と表現している。原判決も、「本件諸規定が存在しなければ、誰も婚姻ができなくなり、憲法 13 条、24 条に違反する結果となる」(56 頁)として、婚姻制度が憲法 13 条(個人の尊重)の観点からも重要であることを前提としている。

しかし、法律上同性のカップルは、現行の法律婚制度を利用できないために、パートナーとの関係性を正当なものとして承認されず、社会を構成する「家族」として扱われない。配偶者としての身分関係の公証やそれに応じた法的地位が法律上同性のカップルに与えられないということは、すなわち、法律上同性のカップルが、婚姻した法律上異性のカップルと同等の社会的承認(国が認めた「正当な関係性」であるとの社会的承認)を得られないことを意味する。法制度が人々の差別的意識に影響を及ぼすことについては、婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定が、当該規定の「存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねない」と指摘し、また、婚姻に伴う法的地位が与えられないことによる社会的地位の格下げについては、安西文雄教授が、「権利・自由のなかには、その重要性ゆえに、もしその享有を認めなければ当該犠牲者は社会的に劣位の位置づけを押しつけられる、というものがある。単なる権利・自由の問題にとどまらず、人の市民的地位に関わるものだ、という認識ゆえに平等を援用することがあるわけである。婚姻の地位などはまさにその例であり、これを拒否された人々は、社会的にはまともな存在ではないという劣位者扱いにつながりかねない。」(甲 A 5 9 8 [6 頁 4 ~ 8 行目])と指摘するとおりである。

区別事由の性質という観点から考えても、長谷部恭男教授は、「自らの意思や努力によっては変えることのできない特性に基いて不利益を課すことは、そのような特性を有する者を他者と同等に尊重するに値する存在として扱わないとの態度を象徴的に示し、社会的偏見を再生産する機能を果たしかねない」（長谷部恭男『憲法の境界』（甲 A 2 2 0）[6 3 頁]）と指摘しているところ、人の性自認や性的指向などの性のあり方は、そのような特性の中でもとりわけ人の人格の核心に深く関わる特性であり、そのような特性に基いて不利益を課すこと（すなわち本件別異取扱い）は、社会的偏見を強力に維持し再生産する役割を果たしている。前述のとおり、憲法 1 4 条 1 項適合性の審査においては、「区別事由の検討に加え、当該事案に横たわる偏見、ステレオタイプ、差別の歴史の存在を踏まえ、被侵害利益がどのように（差別的に）奪われているのかを審査することが求められている」（甲 A 3 6 1 [4 6 頁]）ところ、婚姻制度からの排除は、単なる選択肢や個別の法的効果の欠如にとどまらず、社会的偏見を強力に維持し再生産する役割を果たすという形で、法律上同性のカップルないし性的少数者から重要な人格的利益ないし個人の尊厳を差別的に奪うものである。

以上を踏まえた上で、性的少数者に対する医学的・科学的な認識の誤りが蔓延していた時代に制定された本件諸規定の下における本件別異取扱いが問題となっていることも考えあわせれば、本件別異取扱いの憲法 1 4 条 1 項適合性を審査する際には、それを維持することが、性的少数者の在り方を尊重したものになっているのか、社会において差別されてきた性的少数者に対する構造的差別を助長する危険はないかという観点からも、その合理的根拠の有無が慎重に検討されなければならない。

なお、法律上同性のカップルを婚姻制度から排除することは、全国各地で実際に法律上同性のカップルに養育されている子ども達（上告人らの中

にも子を養育してきたカップルが存在する。)からも、婚姻に伴う法的安定性を奪い、そのような子ども達に「自分の家族は他の家族よりも劣っている」というスティグマを与え、彼らを切り捨てることを意味することも忘れてはならない。この点、本件関連訴訟の名古屋高裁判決(甲A922)も「子の生命・身体・福祉に関して深刻な問題が生じ得る。」(32頁)と指摘している。

(3) 個々の不利益にかかる合理的根拠の検証が必要であること

本件別異取扱いが全体として、法律上同性のカップルないし性的少数者(その間で養育されている子ども達を含む。)に対する社会的差別・偏見を維持・助長・再生産する役割を果たしていることは上記のとおりであるが、婚姻に伴う効果・利益は一つではなく、①配偶者としての身分関係の形成、②その法的身分関係に応じたふさわしい法的効果(権利義務)の集合的付与及び③当該法的身分関係の国の制度による公証の各要素における効果・利益があり、また、この三要素のうち②の要素自体も個別の法的効果等の集合体である。つまり、本件別異取扱いには、婚姻に伴う個々の効果・利益における別異取扱いも含まれる。

平等権は、問題となる効果ごとに適用されるから、例えば、「効果Aについては異性愛者と同性愛者で区別するのは合理的だが、効果Bについてはそうではない」という場合、効果A・効果B双方の区別が違憲ないし合憲と扱われるのではなく、効果Aの区別は合憲、効果Bの区別は違憲と扱われる。例えば、婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定が憲法14条1項に反すると判断したのは婚外子の法定相続分を婚内子の2分の1と規定していた旧民法900条4号但書前段のみであり、婚内子・婚外子に關す

るその他の区別や相続制度・婚姻制度全体を違憲無効としたわけではない
(木村草太教授意見書(甲A208)[3頁])。

訴状において、上告人らは、本件別異取扱いにより法律上同性のカップルが享受できない主な法的効果について、それが付与されている趣旨・目的に遡った上で、それらを付与しない理論的根拠は何ら存在しないことを検証した(訴状63頁から66頁)。実務的に見ても、上告理由書[第一分冊]第3の6(「当事者の異性性」は不可欠性か、「婚姻制度の目的」)及び上告理由書別冊B(現行制度をそのまま適用可能であること)において整理したとおり、婚姻する相手が法律上の異性でなければ適用できないような規定は存在しない。本件関連訴訟の名古屋高裁判決(甲A922)も、「民法の婚姻の効力に関する諸規定については、『夫婦』を『婚姻の当事者』、『夫又は妻』を『婚姻の当事者の一方』などの性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りるものであり、嫡出推定や認知、親権、養子縁組など親子関係に関する諸規定も、『父母』を『親』に、『夫若しくは妻』を『婚姻の当事者の一方』などという性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りると解され、同性カップルに法律婚制度とは別の制度を設ける場合とは異なり、膨大な立法作業が必要になるとはいえない」(35頁から36頁)と判示している。

本件別異取扱いが憲法14条1項の禁止する差別的取扱いに該当するかを判断するには、「法律婚の可否」のみならず、「配偶者としての身分関係が形成できるか否かという区別」(上記三要素のうちの①)、「配偶者としての身分関係に応じたふさわしい法的効果が集合的に付与されるか否かという区別」(上記三要素のうちの②)、「配偶者としての法的身分関係について国の制度による公証が得られるか否かという区別」(上記三要素のうちの③)という個々の要素における別異取扱いについて合理性の有無が検

証されなければならないし、また、上記三要素のうちの②との関係においては、「法定相続権が与えられるか否かという区別」、「相続税の優遇措置が与えられるか否かという区別」などの個々の法的効果における別異取扱いについても合理性の有無が検証されなければならない。

上告人らは、婚姻に伴う効果・利益の一つ一つについて別異取扱いをされているのであり、その一つ一つについて合理的根拠が示されない限り、当該別異取扱いは正当化されない。言い換えれば、一つ一つの別異取扱いが正当化されない限り、本件別異取扱いが全体として正当化されることはない。

(4) 原判決の判示

以上に対し、原判決は、「本件区別取扱い」にかかる判断（上告人らの主たる主張に対する判断）（50頁から57頁）において、本件別異取扱いの態様や不利益の重大性を踏まえるどころか、そもそもそれらに言及すらしていないし、婚姻に伴う個々の効果・利益を与えない根拠にかかる検証も行っていない。これは、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものではない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨」とする最高裁判例（最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁等）に反し、「事柄の性質」を一切踏まえないものであり、極めて不当である。

かえって、原判決は、「同性の者同士に係る家族に関する法制度の不存在が憲法14条1項に違反するとの主張」（上告人らの従たる主張）について判断する中で、「婚姻の本質を伴う結合関係…は、同性の者同士の事実婚として法的に保護される」（61頁）などとして法律上同性のカップルが被っている不利益を矮小化しようと試みる。ここでの原判決の理解が誤っていることについては上告理由書[第一分冊]第3の8（法律上同性のカップル

の被る不利益・困難)にて指摘したとおりであるが、本件関連訴訟の福岡地裁判決(甲A456)が「異性婚の事実婚の場合は、当事者が自らの意思により婚姻による公証の利益等を放棄しているから、同性カップルが婚姻できない不利益を事実婚の場合と同様に理解することはできない。」(31頁)と述べるとおり、法律上異性のカップルの事実婚の場合と同様に捉えることは誤りである。また、やはり本件関連訴訟の札幌地裁判決(甲A171)が「事実上婚姻関係と同様の事情にある者に対しては、婚姻している者と同様の権利義務を付与することが法技術的には可能であるにもかかわらず、なお婚姻という制度が維持されている」(23頁)と指摘するとおり、そもそも婚姻という制度が維持されていることの意味を忘れてはならない。本件関連訴訟の札幌高裁判決(甲A603)が、「婚姻と家族に係る法制度等は多種多様にわたり、法令上又は社会上定められている一部の規定においては、婚姻について、異性間の婚姻のみならず同性間の婚姻を含むものと解することによって、同性婚ができない不利益を一定程度解消することができる。しかし、これも、個々の規定により保護されるにすぎず、本件規定が同性婚を許さないことの合理的な理由になるとは認められない。」(22頁)と指摘するとおりである。

4 審査基準

(1) 厳格に審査されるべきこと

これまで述べてきたとおり、本件別異取扱いは、人の人格に深く根ざし、かつ、自らコントロールすることのできない属性に基づき、また、歴史的に長らく差別を受けてきた人々に対するものである(上記2)。

また、本件別異取扱いは婚姻に対する直接的な制約であり、それによる不利益は、個別の法的効果等を享受できないという実体的なものにとどま

らず、重要な人格的利益ないし個人の尊厳に関わる重大かつ深刻なものである（上記3）。

さらに、平成27年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決における寺田裁判官補足意見が「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係る」場合には「民主主義的プロセスによる公正な検討への期待」が「妨げ」られると指摘したとおり、社会の偏見や敵意にさらされ、劣った存在とする意識が社会で共有されてきた性的少数者の人権侵害について民主政のプロセスを通して解決することは極めて困難であり、国会に解決を委ねるのは問題を放置するのと同義である（本書第9（司法府による積極的な判断が求められていること）にて詳述）。この点、本件関連訴訟の名古屋高裁判決（甲A922）は「本件諸規定が同性カップルが法律婚制度を利用することができないという区別をしていることの合理性は…性的少数者の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であって、司法が多数決の原理では救済することが難しい少数者の人権をも尊重擁護する責務を負うものであり、特に本件諸規定が自らの意思で選択や変更をすることができない性的指向を理由として婚姻に対する直接的な制約を課すことになっていることに鑑みると、上記の司法の責務を発揮することが期待される場面であるといえる」（24頁から25頁）として司法の責務を強調し、千葉勝美元最高裁判事も、「同性愛者のような性的マイノリティの人達が『婚姻』できないために損なわれている基本的人権に注視し、それを救済することは、多数決原理とは離れた法原理機関としての司法部の基本的役割・機能であり、そのことを国民から期待されているといえるのではなかろうか。」（甲A219[208頁]）とする。憲法は、多数決民主主義が時に自由を毀損し過ちを侵す歴史を直視し、権力分立の重要な柱として、最高裁判所に違憲立法審査の権限を配分した（憲法81条）。立法府

の熟議による民主主義的プロセスが機能しない本件のようなケースにおいてこそ憲法制定者から託された権限が行使され法制度の制度設計の合理性が厳格に審査されねばならない。

以上からすれば、本件別異取扱いに合理的根拠が認められるかの審査においては、真にやむを得ない理由が存在するか否かが厳格に問われなければならない。

この点、本件関連訴訟の札幌地裁判決（甲 A 1 7 1）は、「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様のものといえることができる。このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」（22頁）として、区別事由の性質を踏まえて厳格な審査の必要性を指摘し、本件関連訴訟の福岡地裁判決（甲 A 4 5 6）も同様に、「本人にとって自ら選択ないし修正の余地のない事柄をもって婚姻の要件に関して区別を生じさせること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。」（30頁）とする。

また、法律上同性のカップルの婚姻を認めないことを憲法違反とした台湾大法官解釈（甲 A 1 0 9 の 2）も、法律上の同性に性的指向が向かう人が事実上ないし法律上の排斥に遭い差別を受けてきたこと、社会的少数派であったこと、通常の手続きを通じて劣勢な法律上の地位を回復することが難しいこと等、区別対象の属性や民主政における解決が困難であることを踏まえて厳格な審査基準を適用している。

このような理解は最高裁判例の理解とも合致している。例えば、再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決は、婚姻をするについての自由が十分尊重に

値することや婚姻に対する直接的な制約の憲法適合性が問題となっていることを指摘して、「以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である」と述べて審査密度を高めた。同判決の調査官解説も、「制度設計の具体的内容に関わるものと、本件規定のように婚姻（法律婚）をすること自体を制約するものがあり、立法裁量の広狭については、それらの内容に応じた考慮を要すべき」と述べている（甲A192 [667頁]）。また、最高裁は、選挙制度についても、制度の具体的内容については立法府に広い裁量を認めつつ、選挙への参加自体が制約される場面ではこれとは区別して極めて厳格な審査を行っている。例えば、最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁（以下「**在外日本人選挙権最高裁大法廷判決**」という。）は、「国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」として、選挙権を認めた後の詳細ではなく選挙権そのものが制限されていることについて厳格な審査基準を示している。

(2) 原判決の判示

以上に対し、原判決は、「本件区別取扱いは…憲法14条1項に明記された性別が異なることを理由とする法的取扱いの区別である。」（51頁）と認定したにもかかわらず、憲法14条1項に明記された事由による区別が本来的に許されないものであることを踏まえ、むしろ、「憲法24条2項が立法府に与えた裁量権を考慮しても、本件区別取扱いが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づかないものと認められる場合には、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である。」（51頁から52頁）との審査基準を示すにとどまり、さらにはかかる裁量権の範囲内にとどまっているか否かの検証を行うこともなく、「全体の規律を構成する個々の法制度

との整合性や妥当性といった国会の多方面にわたる総合的な検討と合理的な裁量判断による制度設計を含めた選択決定が必要不可欠になると解される。」(57頁)などとして、実質上、立法政策の問題へと不当にすり替えた。

しかし、法制度の具体的内容について立法府の裁量があることは、かかる裁量を逸脱しているかの検証を省略したり、立法性政策の問題に格下げすることを許容するものではない。そもそも、憲法24条2項の趣旨は広い立法裁量を許す点にあるのではなく、逆に、婚姻や家族に関する法制度にかかる国会の立法裁量を厳格に統制する点にある(本書第7(憲法24条2項違反(主たる主張))にて詳述)。原判決は、婚姻によって成立する家族を「社会の基礎的な構成単位」であると繰り返し述べることによって婚姻制度が極めて重要な制度であると位置づけながら(原判決が婚姻制度を極めて重要な制度であると認識していることは、前述のとおり、原判決が「本件諸規定が存在しなければ、誰も婚姻ができなくなり、憲法13条、24条に違反する結果となる」(56頁)と判示していることから明らかである。)、そのような婚姻に対する直接的な制約である本件別異取扱いにかかる審査基準を不当に緩め、憲法論を立法政策論に実質的に格下げした点で誤っている。

この点、本件関連訴訟の名古屋高裁判決(甲A922)は「婚姻及び家族に関する法制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているものというべきであるが、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」(18頁)とし、やはり本件関連訴訟の福岡高裁判決(甲A835)も、「本件諸規定は、法制度の内容に係るものではなく、同性のカップルについてそもそも婚姻制度を設けないものであり、上記立法裁量(上告人ら代理人注:

「憲法 24 条 2 項の立法裁量」により許される性質のものではない」(13 頁)としている。

また、婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定も、「相続制度」全体については「伝統、社会事情、国民感情など」を「総合的に考慮した上で」の「立法府の合理的裁量判断に委ねられている」としつつ、「この事件で問われているのは…相続制度全体のうち…法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱に当たるか否か」ということであるとして、相続制度全体にかかる立法裁量と当該規定の憲法適合性審査を区別し、「定められた合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」、「本件規定の合理性は…個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題」、「家族という共同体の中における個人の尊厳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」として当該規定について憲法 14 条 1 項違反との結論を導いている。

5 本件別異取扱いの合理的根拠の有無

(1) はじめに

以上のとおり、本件別異取扱いの憲法 14 条 1 項適合性については、それ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か否かについ

て、真にやむを得ない理由が存在するか否かが厳格に問われなければならない。

以下、本件別異取扱いに「真にやむを得ない理由」がないことについて、原判決の誤りを適宜指摘しつつ、次の順番で論じる。

- ① 審査の対象及び手法
- ② 法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係であること
- ③ 婚姻制度の目的に照らしても排除される理由はなく、自然生殖可能性の不存在は本件別異取扱いの合理的根拠とはなりえないこと
- ④ 本件別異取扱いの態様や不利益を正当化する事由は見当たらないこと
- ⑤ 法律上同性のカップルを取り巻く社会的状況や国民の意識の変化（規範の変化）を踏まえればなおさら、本件別異取扱いについて真にやむを得ない理由は認められないこと
- ⑥ 仮に婚姻制度の目的にかかる原判決の理解を前提としても、当該目的と本件別異取扱いとの合理的関連性は認められないこと

(2) 審査の対象及び手法

まず、原判決が審査の対象ないし手法を誤り、本来行われるべき審査がそもそも行われていないことを最初に指摘しなければならない。

ア 法律婚制度の存在や合理性自体が審査対象ではないこと

本件別異取扱いの憲法14条1項適合性審査の対象は、法律上同性のカップルが婚姻（法律婚）することができず、それに伴う効果・利益を享受できないという区別（つまり、現行の法律婚制度から法律上同性のカップルが排除されていること）に合理的根拠があるか否かである。

しかし、原判決は、法律婚制度の立法目的を「『一の夫婦とその間の子』の結合体を、社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定する本件制度設計に立って、夫婦が夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から、具体的な婚姻の要件及び効果を定めるといふもの」であって、「この立法目的は、現時点でもなお合理性を有して」いるとした上で、「本件諸規定における『夫婦』を法律上の男性である夫と法律上の女性である妻と解することは、上記立法目的との関連において合理性を有している」し、「本件諸規定が存在しなければ、誰も婚姻ができなくなり、憲法13条、24条に違反する結果となるから、その存在が憲法に違反することもあり得ない」ため、「本件諸規定による本件区別的取扱いは、事柄の性質上、合理的な根拠に基づくものといえる。」(56頁)とした。つまり、「法律婚制度の存在は憲法の要請であり、現行の法律婚制度が一定の観点から婚姻の要件及び効果を定めていることには合理性がある」ということを本件別異取扱いの合理的根拠とした。

法律婚制度の立法目的にかかる原判決の理解が誤っていることは上告理由書[第一分冊]第3の3(現行の法律婚制度は何に対して法的保護を与えているか)及び第3の6(3)(「婚姻制度の目的」—まとめに代えて)にて指摘したとおりであり、かかる立法目的が現時点でも合理性を有するとの原判決の理解にかかる誤りについても改めて後述するとおりであって(後記5(4)ウ)、原判決の上記判断はそもそも前提を欠くが、その点をいったん措いたとしても、まず、上告人らは、婚姻を基礎づけている本件諸規定全体が違憲無効であることを主張するものではなく、法律婚制度の存在自体(法律婚制度を維持すること)の合理性を問題とはしていない。上告人らの主張は、法律婚制度が存在・維持されることを前提とするもので

ある。その上で、本件で問われているのは、現行の法律婚制度が一定の観点から婚姻の要件及び効果を定めていることの合理性ではなく、かかる法律婚制度の下で、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルが区別されていること（本件別異取扱い）に合理的根拠があるのかという点である。したがって、法律婚制度の存在や、現行の法律婚制度が一定の観点から婚姻の要件及び効果を定めていること自体の合理性を検討したり、現行の法律婚制度が法律上異性のカップルにとって有益であることを明らかにしたとしても、上告人らの主張について検討したことにはならない。原判決の手法は、不当な議論のすり替えであって、決定的に誤っている。原判決が、「本件諸規定」を「民法及び戸籍法の諸規定」と広く定義した上で（1頁）、「本件諸規定は…『婚姻』を法律婚制度として具体化し、その具体的な要件及び効果を定めたもの」（52頁）と位置付けたのも、本件別異取扱いの合理的根拠を正面から審査することを回避し、現行の法律婚制度に何らか合理的な理由があるか否かを検討することで済ませるための布石とも思われる。

このような原判決の審査対象の捉え方ないし審査手法は、法律婚制度の目的とそれによる区別を一体化させた上で、単に「民法の採用した法律婚の制度設計はこうだから」という結論を繰り返すことで、本来の平等審査（区別に合理的根拠があるか）を免れようとするものと言わざるを得ない。このような手法が許されるのであれば、当該法制度に何らかの意味で合理的な目的がありさえすれば、どれほど重要な権利・利益が侵害され、差別を固定・強化・再生産する区別であっても、その区別の理由を問うことなくかかる区別が正当化されてしまうことになるが、それを憲法が許すはずはない。この点、最高裁も、例えば婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定においては「嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関

する区別」について、また、再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決においては「再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていること」について合理的根拠の有無を検証しているのものであって、相続制度・法律婚制度自体を維持することや、かかる制度の下で一定の観点から要件・効果が定められていること自体の合理性、あるいは当該制度を現に利用したり当該制度の下で優遇されている人々にとってかかる制度が有益であることを述べることをもって、かかる制度の下における「区別」の合理的根拠の検証に代えるなどという手法を採用してはいない。

イ 違憲審査とその後の具体的な立法作業の混同

また、原判決は、上告人らの主張（主たる主張）を「この主張は、本件諸規定における『夫婦』には『その間の子』が出生しない同性の者同士も含まれる旨の主張と解される。そして今日では、個別の法律については、当該法律の趣旨等と当事者間に形成された関係に即して、同性の者同士の事実婚への適用ないし類推適用を検討し得るものであり、本件諸規定も、個別の法律の一つではある。」（56頁）と整理した上で、「婚姻の成立要件を定める本件諸規定の『夫婦』に同性の者同士の結合関係を含めると、憲法24条が国会の選択決定に委ねた同性の者同士に係る家族に関する法制度の内容は、現行の法律婚制度と全く同一の内容のものとして当然に一義的に具体化され、関連する法制度を含めて適用されることになるのであり、そのような解釈は採り得ないから、控訴人らの上記主張は採用できない。」（57頁）と結論付ける。

しかし、憲法14条1項適合性にかかる上告人らの主張は、あくまで本件諸規定の下における別異取扱いを問題とするものであり、本件諸規定の解釈を争って婚姻届の受理を求めるものではなく、よって、「同性の者同士

の事実婚への適用ないし類推適用」を求めるものでも、「現行の法律婚制度と全く同一の内容のものとして当然に一義的に具体化され、関連する法制度を含めて適用される」ことを求めるものでもない。法律上同性のカップルによる現行の法律婚制度の利用が認められることは、そこで集合的に付与される法的効果が、法律上異性のカップルと全く同一内容となることまで必ずしも意味しない。(前述のとおり、上告人らは現行の法律婚制度の各規定についてそもそも区別する理由も必要もないと考えているが、) 仮に法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとで合理的に必要な区別を設けるべきものがある場合には、それは現行の法律婚制度の枠内で立法等による調整(単純に適用しないことを含む。)が図られるべきものである。現に生じている別異取扱いが憲法14条1項に違反するとの認定は、それを是正するための立法等の措置が一義的に定まらないことと何ら矛盾しない。尊属殺重罰規定違憲最高裁大法廷判決(最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁)も、違憲性を是正する立法措置が一義的に定まることを憲法14条1項違反判断の前提とはしていない。本件の訴訟物は婚姻届の受理すべきことを義務付けるものではなく、「法律上同性のカップルに対して適用される法律婚制度の内容が全て憲法上一義的に確定されること」は、「本件別異取扱いに合理的根拠が認められないこと」の前提条件ではない。

この点、本件関連訴訟の各高裁判決も、以下のとおり断じている。

札幌高裁判決(甲A603)

「制度設計について検討の過程が必要であることは、後述の国賠法1条1項の適用における事情としては考慮されとしても、憲法違反に当たるかかどうかという点では、本件規定が同性婚を一切許していない合理的な理由にはならないと解される。」(22頁)

東京高裁判決（一次）（甲 A 7 1 0）

「本件区別を解消するためにとるべき立法措置として複数の選択肢が存在することや、その立法措置に伴い構築されるべき具体的な制度の在り方は国会の合理的な立法裁量に委ねられることは、本件区別を解消する立法措置をとらないことの合理的根拠となるものではない。」（56頁）

福岡高裁判決（甲 A 8 3 5）

「同性婚を認める場合、実親子や養親子関係の成立等につき、現行と異なる法制度を要するとの見解もあるが、法律上の親子関係の成否や戸籍への記載方法等の問題は、法令の解釈、立法措置等により解決を図ることが可能なものであり、上記制約の必要性や合理性を基礎付けるものではない。」（12頁）

大阪高裁判決（甲 A 9 2 3）

「同性婚を法制化した場合に嫡出推定規定の適用の可否について議論を要するところがあることをもって、同性婚を法律婚の対象とすることができないとか、同性婚の法制化が現行法体系に照らして相応しくないということとはできない。」（47頁）

原判決の判示は、「現行の法律婚制度と全く同一の内容のものとして当然に一義的に具体化」されるべきとの論証に上告人らが成功しなければ本件別異取扱いが憲法14条1項違反となりえないものと位置付け、憲法適合性判断とその後の具体的な立法作業を不当に混同するものである。

なお、原判決は、「生まれてくる子の氏の問題のない同性の者同士の結合関係にこの規律を及ぼすのかや、近親婚の規律をどうするかなどについても様々な意見があり得る。さらに、性自認が身体的な性別と同じ者については、その身体的な性別もまた個人の重要な人格的個性であり、具体的な法制度の内容の詳細は、そのことも踏まえて行われる必要がある。」(57頁)などと言うが、子の氏にかかる規定は、子をもうけない場合には適用され、もうける場合には適用されるというだけの話であるし、近親婚の規律に至っては、原判決自身がその禁止理由について「①近親者間の婚姻が人類の普遍的な倫理に反するという社会的倫理的考慮のほか、②両親が共通の劣性遺伝子を有している場合に、その劣性遺伝子が子に伝わって発現することを避けるという優生学的配慮に基づくものと解されている。」(28頁)と認定しているとおおり、かかる視点に従って判断すれば足りる。また、身体的な性別が個人の重要な人格的個性であることは、性自認のあり方にかかわらず当然のことであり、原判決の判示は趣旨不明である。

(3) 法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係であること

以上のとおり、原判決はその審査対象ないし手法においてそもそも決定的な誤りを犯しているが、あるべき審査(法律上同性のカップルを婚姻制度から排除し、それに伴う効果・利益を与えないことに真にやむを得ない理由があるかの検討)を行う際にまず共通認識とされなければならないのは、法律上同性のカップルが法律上異性のカップルと同様に「婚姻の本質」(両当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むこと)を満たす関係であるという点である(その実態については上告理由書[第一分冊]第3の5(法律上同性のカップルの共同生活と子育て)参照)。

この点、原判決自身も、「今日では、異性の者同士に加え、同性の者同士が、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む人的結合関係は、一つの家族の姿として社会的承認を受けていると認められる。」(48頁)として、法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係であることを認定しているし、本件第一審判決も、「同性カップル等においても、現に、異性カップルと同様に、一人と一人の親密かつ永続性のある人的結合関係を基礎にして、充足感や幸福感で満たされたかけがえのない家族関係(信頼関係)を形成しているものと認められる。…同性カップル等にとっても、…婚姻の本質を享受することは、重要な人格的利益であるといえる。」(39頁)と認定している。

法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係である以上、本件別異取扱いには真にやむを得ない本来的理由はないという整理が土台となる。

(4) 婚姻制度の目的に照らしても排除される理由はなく、自然生殖可能性の不存在は本件別異取扱いの合理的根拠とはなりえないこと

ア 婚姻制度(法律婚制度)の目的

以上のとおり、法律上同性のカップルは「婚姻の本質」を満たす関係であるところ、婚姻制度(法律婚制度)の目的は、そのような「婚姻の本質」を充たす人的結合関係自体の保護にある(詳細は上告理由書[第一分冊]第3の3(現行の法律婚制度は何に対して法的保護を与えているか)及び第3の6(「当事者の異性性」は不可欠か、「婚姻制度の目的」)参照)。

婚姻制度の目的がそのようなものであることについては、本件関連訴訟の名古屋地裁判決(甲A457)が、「法律婚制度を利用するについての自由が十分尊重に値するとされる背景にある価値は、人の尊厳に由来するも

のということができ、重要な人格的利益であるということができ。」とした上で、法律婚制度を「このような重要な人格的利益を実現するために制度化された」ものと位置づけ（40頁）、東京高裁判決（一次）（甲A710）も、「民法は、男女が婚姻をして共に生活すると、夫婦間に子が生まれ、夫婦と親子から成る家族が形成されることを一般的に想定して、婚姻と親子を密接に結び付けた規律をしているが、この一般的な想定全体に当てはまるものだけを社会的に正当な家族の在り方と認めて規律の適用対象としているわけではない。…我が国の婚姻制度は、婚姻当事者間の人的結合関係自体に社会共同体の基礎を成す構成単位としての意義を認め、これを法的な身分関係として制度化し、法的保護を与えてきたものであるといえる。」（45頁から46頁）と判示している。

イ 自然生殖可能性は法律上同性のカップルを婚姻から排除する理由となりえないこと

ここで、自然生殖関係の保護は「婚姻の本質」の要素ではなく、婚姻制度の「目的」でもないが、「婚姻の本質」を満たすカップルが子を育成保護することになる場合には、その子が実子か養子かにかかわらず、その親子関係を保護し、次世代の育成保護を支援することは、婚姻制度の重要な「機能」の一つであるところ、法律上同性のカップルも次世代の育成保護を担うことが可能であり、実際に子育てを行っている法律上同性のカップルは日本全国に暮らしている（詳細は上告理由書[第一分冊]第3の5（法律上同性のカップルの共同生活と子育て）参照）。

この点、本件関連訴訟の各高裁判決も、自然生殖可能性をもって法律上同性のカップルを婚姻から排除することを正当化することはできないこと、むしろ、次世代を育成するという社会的機能は法律上同性のカップル

でも果たすことが可能であるし、実際に果たしてきていることなどについて、以下のように認定している。

東京高裁判決（一次）（甲 A 7 1 0）

「現在でも、婚姻した夫婦間における子の養育は、夫婦間の自然生殖によってもうけた子のみを対象として行われるものではなく、一方のみと血縁関係のある子のほか、血縁関係のない養子や里親として養育の委託を受けた児童を対象としても行われるものであり、同性同士の共同生活においても、一方のみと血縁関係のある子、養子又は里親として養育の委託を受けた児童を共に養育している例が実際に存在しているのであって、次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たすことが、男女間の婚姻であれば実現可能で、同性間の人的結合関係では実現不能であるというわけではない…。そうすると、婚姻制度の目的や社会的機能との関係において、本件区別をすることに合理的根拠があるとはいえない。」（53頁）

大阪高裁判決（甲 A 9 2 3）

「生殖及び家族の在り方等が多様化した現代社会において、嫡出推定制度が婚姻における不可欠かつ本質的要素である、すなわち嫡出推定を及ぼさない婚姻は婚姻と観念し得ないということはできない。…法的性別と異なる性別の生殖能力を保有している者があることは、異性婚を保護することが必ずしも自然生殖の抽象的可能性のあるカップルのみを保護することにはならないことを意味し、自然生殖を背景とする異性婚保護の価値観は現行の婚姻制度の説明としてはもはや十分でない」（47頁）

ウ 原判決の判示

以上に対し、原判決は、「民法が採用した法律婚制度は、『一の夫婦とその間の子』の結合体を、社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定するという制度設計（以下「本件制度設計」という。）に立って構築されたものと解され、本件諸規定の立法目的は、本件制度設計の下で、夫婦が夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から、具体的な婚姻の要件及び効果を定めることにあると解するのが相当である。」（53頁）とした上で、かかる「本件諸規定の立法目的」の合理性について昭和22年当時と現時点に分けて検討し、かかる立法目的には「現在でもなお合理性が認められる。」（55頁）とする。

本件諸規定の立法目的（実質的に法律婚制度の立法目的）をこのように理解することの誤りについては、上告理由書[第一分冊]第3の3（現行の法律婚制度は何に対して法的保護を与えているか）及び第3の6(3)（「婚姻制度の目的」一まとめに代えて）において詳述したとおりであるが、ここでは、原判決が、かかる立法目的が昭和22年当時及び現時点において合理性を有していると判断する手法における主な誤りを指摘しておく。

まず、「昭和22年当時における合理性」を検討する中で、原判決は、国勢調査のデータ（原判決40頁第1段落のデータ）から、9割近い国民が一の夫婦とその間の子という家族を構成していたと推認しているが（54頁）、同データの「2人以上世帯」には、複数世代の同居家族や、婚姻していない成人の直系卑属の同居等、いわゆる大家族も多数含まれると推認され、「9割近い国民が、一の夫婦とその間の子という家族を構成していたと推認される」という原判決のデータの読み方は正確なものではない。その点をおくとしても、何よりも問題なのは、「昭和22年当時は、性自認を身

体的性別と同一としない状態や性的指向としての同性愛は、医学的に精神疾患と評価されていた時代に当たり、同性の者同士の結合体を社会の基礎的な構成単位としないことは、国の伝統や国民感情を含めた当時の社会状況の諸要因からして当然であったと解される。」(54頁)として、性的少数者を精神疾患とする誤った認識を無批判に前提として、「同性の者同士の結合体を社会の基礎的な構成単位としないことは」「当然」と肯定していることである。昭和22年当時においても、性的少数者は社会の中にたしかに存在していた。憲法は、それぞれの個人のそれぞれのあり方や生き方をそれ自体価値あるものとして尊重し(憲法13条、憲法24条2項)、性的指向や性自認に基づいて差別されることは許されず、誰もが平等であることを保障している(憲法14条1項)のであるから、法律上の同性カップルも「社会の基礎的な構成単位」として位置づけるのが、憲法適合的な婚姻制度の「制度設計」である。

また、「現時点における合理性」の検討において、原判決は、令和2年には「一の夫婦とその間の子」から世帯の割合は25.0%に減少しており、「もはや『一の夫婦とその間の子』から成る家族のみが社会の構成単位であるとは評価しがたい社会状況にあ」り、「同性の者同士の事実婚も、一つの家族の姿として社会的承認を受けて」いるとしながら、現在においてもなお、「本件制度設計」は合理的であるとする(54頁から55頁)。しかし、原判決が認定するような社会的状況にあるのであれば、「本件制度設計」の合理性は失われていると評価するのが論理的帰結のはずであり、原判決の論理は理解しがたい。

なお、原判決は、「男女の性的結合関係による子の生殖が、今なお世代を超えて国民社会を維持する上で社会的承認を受けた通常の方法であることにも変わりはなく…、この方法において、国民社会が世代を超えて安定

的に維持されることを期することは困難である。」「生まれてくる子のほぼ全てが嫡出子であるという事実は、『一の夫婦とその間の子』という結合体を形成しようとする異性の者同士にとって、現行の法律婚制度が、生まれてくる子の出生環境を整えるという観点から実際に有用な制度であることを、優に推認させるものというべきである。」(55頁)ともするが、これらはいずれも法律上異性のカップルにとって現行の法律婚制度が有用であることを言うに過ぎず、法律上同性のカップルがそこから排除されることの合理性を言うものではない。

「生殖の意思又は能力のない異性カップルは婚姻できない」との法改正を行うことが憲法違反であることが明らかであるのと同様に、自然生殖可能性がないという理由で法律上同性のカップルを婚姻から排除することにもまた、理由がないことは明らかである。「一の夫婦とその間の子」の結合体を社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定するという制度設計に立つものとして法律婚制度を理解する原判決の理屈では、「生殖の意思・能力がない異性カップル」と「同性カップル」との間の別異取扱いの合理性を論理的に説明することは不可能である。台湾大法官解釈(甲A101の2)も、「後代を延續させることは結婚の不可欠の要素ではない。性別を同じくする兩名の間では、自然には子どもをもうけることができないが、これは性別を異にする兩名が客観的に子どもを産めないか、主観的に子どもを産まないことと結果は同じなのである。故に後代を延續させることができないことももって、性別を同じくする兩名に結婚させないというのは、明らかに非合理的な差別的扱いである。」(4頁)とする。

- (5) 本件別異取扱いの態様や不利益を正当化する事由は見当たらないこと

以上のとおり婚姻の本質や婚姻制度の目的に照らして法律上同性のカップルを婚姻から排除する理由はなく、むしろ包摂することが求められるにもかかわらず、本件別異取扱いは婚姻に対する直接的な制約であり、これによって法律上同性のカップルが被っている不利益は重大かつ深刻である(前記3)。しかし、既に指摘したとおり、原判決は、「本件区別取扱い」の合理的根拠の有無を検討する上で、かかる「事柄の性質」について考慮していないどころか言及すらしていない。しかも、繰り返し強調してきたように、本件別異取扱いは人の人格に深く根ざし、かつ、自らコントロールできない属性によるものであり、また、歴史的に長らく差別の対象となってきた人々に対するものである(前記2)。原判決は、このような「事柄の性質」についても一切考慮していない。

以上に加えて、原判決は、婚姻に伴う個々の効果・利益の趣旨に照らして法律上同性のカップルにかかる効果・利益を与えない理論的根拠があるか否かの検証も一切行っていない。前述のとおり、上告人らは、婚姻に伴う効果・利益の一つ一つについて別異取扱いをされているのであり、その一つ一つについて合理的根拠が示されない限り、本件別異取扱いは正当化されない。

- (6) 法律上同性のカップルを取り巻く社会的状況や国民の意識の変化(規範の変化)を踏まえればなおさら、本件別異取扱いについて真にやむを得ない理由は認められないこと

以上に加えて、本件別異取扱いに合理的根拠があるかを審査する上では、本件諸規定の制定時から現在までの社会的状況や国民の意識の変化

(規範の変化)を踏まえることが必須である。社会の変化等に伴い、現行制度に疑義が生じることはあるのであって、その場合には、改めて憲法の基本原理や規定の趣旨・目的を踏まえ、正しい解釈が問い直されなければならない。最高裁も、婚姻や親子等の家族生活に関わる領域において、「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。」との認識の下、以前は合憲と判断されていた法律について、国内外の社会状況や国民の意識の変化を踏まえ、違憲と判断してきた(国籍法違憲最高裁大法廷判決、婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定、再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決など)。

そこで法律上同性のカップルを取り巻く規範の変化をみるに、本件諸規定の制定時には性的少数者が劣ったものであって法的保護に値しないとの誤った認識があったが、その後の社会的な変化により、そのような考えの正当性は完全に失われ、それに代えて、性自認・性的指向に基づく差別が許されないという規範が日本の国内外において確立し、婚姻制度の分野においても、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを平等に取り扱うべきであるとの規範意識が形成され、広く共有されるに至っている(詳細は上告理由書[第一分冊]第3の9(憲法制定後の社会状況等の変化と性自認・性的指向に基づく差別の禁止規範の確立)及び第3の10(国際的な動向についての補足)参照)。婚姻の対象となる人的結合関係の当事者の法律上の性別の組み合わせに関し、その考えを下支えする規範及び規範意識に根本的な変化がある以上、その変化を前提として、憲法の基本原理である「法の下での平等」に基づき、本件別異取扱いに合理性根拠があるかが審査されなければならない。

この点、原判決は、「憲法改正後、今日までの性に関する伝統的な理解は変化して、性自認等は、生まれながらに備わる先天的なもの、又は人生の

初期に決まる、人の性の重要な構成要素であり、自らの意思によって変更することが困難な各人の人格に根差した生来的な個性であると理解されている…。そして、人が性自認等に従った法令上の取扱いを受けることは、個人的人格的存在と結びついた重要な法的利益と位置付けられ（令和5年最高裁決定参照）、実定法上の事実婚として保護を受ける場合もある（令和6年最高裁判決参照）。」（47頁から48頁）とか、「今日の実際の社会の基礎的な構成単位は多様化し、もはや『一の夫婦とその間の子』から成る家族『のみ』が社会の基礎的な構成単位であるとは評価し難い社会状況にある。また、現時点では、同性の者同士の事実婚も、一つの家族の姿として社会的承認を受けており…、国会が選択決定する婚姻及び家族に関する法制度の制度設計は、本件制度設計のみに限られない。」（54頁から55頁）などと認定する一方で、そのような規範の変化を憲法14条1項適合性審査において反映しておらず、不当である。

(7) 仮に婚姻制度の目的にかかる原判決の理解を前提としても、当該目的と本件別異取扱いとの合理的関連性は認められないこと

なお、仮に、原判決が理解する婚姻制度（法律婚制度）の立法目的（一言で言えば「男女の性的結合関係による子の生殖」（原判決55頁）を保護すること）を前提とし、かつ、目的と手段との間の合理的関連性を検討するという原判決の手法に従った場合であっても、当該立法目的と本件別異取扱いとの間に目的と手段としての合理的関連性を見出すことはできない。

すなわち、ある手段が目的との間に合理的関連性を有すると結論付けるためには、当該手段を採用することによって当該目的が促進されるという関係性が認められる必要があるところ、法律上同性のカップルを現行の法

律婚制度から排除しても、「男女の性的結合関係による子の生殖」という目的が促進されることはない。なぜなら、法律上同性のカップルが婚姻できなければ法律上異性のカップルがより自然生殖するようになるという関係にはないからである。逆に、法律上同性のカップルの婚姻を認めても、引き続き、法律上異性のカップルは自然生殖を行うことが可能である。婚姻できないことによって法律上同性のカップルが被る不利益は重大かつ深刻であるのにもかかわらず、そのような不利益を発生させても原判決が理解するところの法律婚制度の目的（自然生殖関係の保護）に何ら寄与するところがないということでは、かかる不利益の存在を正当化することは到底できない。もし、原判決が理解するように、自然生殖関係を特に保護したいということであれば、婚姻自体は異性間か同性間かを問わずに認めたと上で、自然生殖保護のための規定を該当するカップルだけに適用すれば足りるのであって、法律上同性のカップルを婚姻という入り口自体から排除することを、自然生殖関係保護から理由付けることは不可能である。

(8) 小括

以上のとおり、法律上同性のカップルは「婚姻の本質」を満たす関係であるにもかかわらず、本件別異取扱いによって重大かつ深刻な不利益を受けており、そのような別異取扱いについて真にやむを得ない理由は見当たらない。本件関連訴訟の福岡高裁判決（甲A835）が「同性のカップルによる婚姻を制度として認めない根拠となってきた様々な要因は、現在の我が国においては、憲法に反するものとして、あるいは不合理なものとして、ことごとく退けられているといえる。」（14頁）と整理したとおりである。

「一の夫婦とその間の子の結合体」である家族像を重視する原判決の整理によれば、本来、生殖の意思・能力のない法律上異性のカップルには婚姻を認めないのが筋であるが、原判決はそうは言わない。なぜなら、そのような整理は、「生殖の意思・能力のない異性カップルに対する許されない差別だ」との社会からの反発が容易に想像されるからである。原判決が「新たに社会的承認を受けた家族」（57頁など）という概念を持ち出したのも、自然生殖可能性の有無だけで婚姻の可否を決することとすれば、生殖の意思・能力のない法律上異性のカップルは生殖の意思・能力のある法律上異性のカップルと比べて、婚姻が許されない、劣った関係性であるとの烙印を国家が押すこととなり、そのような差別をほかでもない国家が行うことは許されないと考えているからである。実は、婚姻制度から排除することは国家による差別であり、社会における差別意識を助長させ、排除された者の個人の尊厳を侵害するものであるということを原判決は十分に認識しているのである。

婚姻制度には重要な法的効果が多数伴うと共に、婚姻制度が重要な位置を占める日本社会においてその影響から逃れて暮らすことは困難である。それにもかかわらず、原判決が、法律上同性のカップルについて躊躇なく、「同性の者同士が婚姻の本質を伴う結合関係を形成すること自体が侵害されているわけではな」とか、「関連する法制度の趣旨に即して個別に適用ないし類推適用を受けることはでき…婚姻の基本的かつ重要な法的効果の一部については代替する方法がある」（いずれも61頁）などと突き放すことができるのは、「異性カップルは、自然生殖の意思・能力にかかわらず、婚姻できないことで社会において差別されることがあってはならないが、同性カップルは差別されても構わない」という差別感情がその根本に存在するからである。結局、原判決は、「法律上異性のカップル」であ

ることを理由として婚姻が認められるという結論を述べているに過ぎず、なぜ、法律上異性のカップルにのみ婚姻を認め、法律上同性のカップルに婚姻を認めないことに合理性があるのかという点について、何ら答えるものではない。換言すれば、原判決の整理は、「男女の異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルには認めない」という差別的取扱いそれ自体が、婚姻制度の積極的な目的であるという整理に他ならない。

6 憲法 24 条 1 項は本件別異取扱いを正当化しないこと

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

法律上異性のカップルに対してのみ婚姻を認め、法律上同性のカップルに対してはこれを認めないとの憲法の明文の定めはなく、憲法 24 条の制定過程で法律上同性のカップルを婚姻の保護の対象から排除すべきとの議論がされた形跡もなく、その他に法律上同性のカップルを排除すべき積極的な根拠もみあたらない以上、憲法が本件別異取扱いを積極的に要請している場合にはおよそ該当せず、本件別異取扱いについて憲法 14 条 1 項の平等原則の適用が排除されることはありえない。むしろ、原判決は「人が性自認等に従った法令上の取扱いを受けることは、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益と位置付けられ（令和 5 年最高裁決定参照）」（47 頁から 48 頁）ると述べるところ、「性自認等に従った法令上の取扱

い」には婚姻の場面も含まれるのであって、「個人の人格的存在」を保持するためには法律上同性のカップルにも婚姻を認めることが求められる。

そうであるのに、あえてそれをしないのであれば、そのことが「法の下
の平等」という憲法 14 条 1 項の見地から合理的根拠の有無を問われるのは当然のことである。立法が、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルを等しく扱うことができるにもかかわらず、あえて等しく扱うことをせず、その結果、重大な不利益を生じさせているとすれば、その結果生じる法律上同性のカップルと法律上異性のカップルの別異取扱いが平等原則に照らして合理的根拠のない差別となることはあり得るから、本件別異取扱いの憲法 14 条 1 項適合性は、「平等」の観点から独立して審査されなければならない。

憲法 24 条 1 項と憲法 14 条 1 項との関係を論じた学説においても、「憲法 24 条 1 項が『婚姻』以外の結合を『婚姻』と同等に扱うことは憲法上許されない、と解すべきではなかろう。むしろ国会は『婚姻』を他の結合よりも優遇しうるにとどまり、しかもそのことから生じる不利益取扱いは、同条 2 項ないし憲法 14 条 1 項の観点から合理的な根拠に基づくものでなければならない」（渡辺康行ほか『憲法 I 基本権 第 2 版』[485 頁] [穴戸常寿]) などとして、本件諸規定にかかる憲法 24 条 1 項適合性審査と本件別異取扱いにかかる憲法 14 条 1 項適合性審査を区別している（渋谷秀樹教授意見書（甲 A 195）[14 頁]も同旨。）。

この点、本件関連訴訟の東京高裁判決（一次）（甲 A 710）も、「『両性』、『夫婦』という文言を用いる憲法 24 条の規定をもって、性愛の対象とする相手を人生の伴侶と定めて共同生活を営むという永続的な人的結合関係が、性的指向によっては、同性間で成立し得ることを想定した上で、男女間の人的結合関係のみを法的な保護の対象とし、同性間の人的結合関係

には同様の法的保護を与えないことを憲法自体が予定し、許容する趣旨であると解することはできず、憲法 24 条の規定があることを根拠として、男女間の婚姻のみを認め、同性婚は認めないことにつき、憲法 14 条 1 項違反の問題が生じ得ないということとはできない。」(48 頁から 49 頁)として、憲法 24 条の存在をもって本件別異取扱いにかかる憲法 14 条 1 項適合性審査を簡略化したり、その合理的根拠とすることを否定している。

7 結論

以上のとおり、本件別異取扱いは、性自認、性的指向及び性別に基づく法的な差別的取扱いとして憲法 14 条 1 項に違反する。原判決が「本件区別取扱い」について憲法 14 条 1 項に違反しないと結論したことは、その結論においても判断手法においても憲法の解釈を誤るものである。原判決は、「人が性自認等に従った法令上の取扱いを受けることは、人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であるから、このままの状況が続けば、憲法 13 条、14 条 1 項との関係で憲法違反の問題を生じることが避けられない」(70 頁)とするが、「憲法違反の問題」は現に生じている。

なお、前述のとおり、本件別異取扱いが憲法 14 条 1 項違反であることは、現行の法律婚制度のすべての規定を法律上同性のカップルに適用すべきことと必ずしも同一ではなく、違憲判断とその後の具体的な立法作業にかかる裁量の問題は切り分けて考えなければならないし、仮に何らかの合理的理由により適用しない規定があっても、そのことは他の規定を適用しないことや婚姻自体を認めないことを正当化するものではないが、東京高裁判決(一次)(甲 A 7 1 0)が「立法裁量は、個人の尊重(憲法 13 条)と法の下での平等(憲法 14 条)という基本原則に立脚した制度とすべきであるという憲法上の要請が、その裁量の限界を画するものである。」(55

頁) と述べたとおり、当然のことではあるが、具体的な立法作業においても憲法の要請が働くことになる。そうであれば、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除したまま、法律上同性のカップル用の「婚姻とは別の制度」を構築する場合には、それ自体にかかる区別について合理的根拠が必要であるところ、そのような根拠は見当たらないから、かかる区別は新たな差別として憲法 14 条 1 項に違反することになる。

すなわち、憲法 14 条 1 項は「すべて国民は…社会的関係において差別されない」と定めているところ、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルを異なる制度に分類することは、仮に付与される法的効果が同一であったとしても、現行の法律婚制度の利用が認められる法律上異性のカップルとそうでない法律上同性のカップルという社会的承認の差異を生じさせるものであり、まさしく「社会的関係」において法律上同性のカップルを「差別」することにほかならない。「婚姻とは別の制度」を法律上同性のカップルにあてがうことは、人を変更困難な人格的属性によって劣位に固定するに等しく、平等原則の出発点において否定した身分制度と変わらない(上告理由書[第一分冊第 3 の 1 1 (別制度が持つ問題)及び別冊 F (別制度が持つ問題について)も参照)。この点、木村草太教授も、「理由もないのに婚姻制度を分けるなら、分離すれど平等の一種であり、差別感情を満足させるための区別だと認定せざるを得ない」とし(『差別』のしくみ(甲 A 3 8 1) [90 頁])、安西文雄教授も、「同性婚に対し異性婚と同等の処遇を与えること、換言すれば異性婚に対する場合と同じく法律上の婚姻としての位置づけを与えることしか、違憲を回避する方途はないのではないか、と考えられる。」、「同性婚は…、14 条の要請上、異性婚と同等に扱われるべきであるがゆえにやはり法律上は婚姻として扱われることが

義務づけられる、という構成になる」とする（安西文雄教授意見書（甲 A 5 9 8）[1 2 頁から 1 3 頁]）。

本件関連訴訟の大阪高裁判決（甲 A 9 2 3）も、「現行の婚姻法における婚姻の本質は同性婚においても当てはまるものであるから、法制化に当たって嫡出推定規定の適用等において検討を要するところがあることなどをもって、同性カップルの法的保護を法律上の婚姻と異なる形式で行うことは、性的指向という人間の自然的、本質的属性によって、その属性に基づく人格的生存の在り方において合理的理由のない差異を設けることになり、法の下での平等の原則に悖るものといわざるを得ない。…同性カップルについてのみ婚姻とは別の制度を設けることは、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が必ずしも十分でない現状に鑑みると、新たな差別を生み出すとの危惧が拭えない。…同性カップルについて諸外国において導入されているような法律婚以外の制度を設けたとしても、現時点において異性カップルと同性カップルの間に生じている不合理な差別を根本的に解消し得ないというべきである。」（5 1 頁から 5 2 頁）として、婚姻を認めることに帰着することを述べている。

法律上同性のカップルを婚姻制度から排除した上で、別制度などの代替手段について論じることは、議論のすり替えであると共に差別そのものである。

第 7 憲法 2 4 条 2 項違反（主たる主張）

1 はじめに

憲法 2 4 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。」と定め、

国会が婚姻と家族に関する法律を制定するに際して「個人の尊厳」を侵してはならないという超えられない限界を設け、その意味において国会の裁量を厳格に拘束している。

しかしながら、原判決は、かかる憲法 24 条 2 項の趣旨や同項の「個人の尊厳」が立法裁量統制で果たす機能を踏まえ、その結果として本件諸規定により法律上同性のカップルが婚姻から排除されていること（以下「**本件排除**」という。）の憲法 24 条 2 項適合性審査に際して緩やかな判断枠組みを採用し、法律上同性のカップルが婚姻から排除されることの不利益を単なる法制度を利用できないことに伴う実利の不享受の問題と矮小化するなどして、「個人の尊厳」に対する侵害を認めなかった（原判決 65 頁から 66 頁）。

そこで、本第 7 では、まず、憲法 24 条 2 項の趣旨及び「個人の尊厳」が立法裁量の統制で果たす機能を再確認し、本件排除の憲法 24 条 2 項適合性審査においては厳格な審査基準が妥当することを明らかにする（下記 2）。そのうえで、本件排除が「個人の尊厳」に反することを基礎づける事由が優に認められる一方（下記 3）、原判決が掲げる理由やいわゆる「同性婚」に反対する立場から挙げられる理由はいずれも本件排除が「個人の尊厳」に反しないことを基礎づける事由には当たらないこと（下記 4）を述べる。その後、憲法 24 条 2 項適合性審査における原判決のその他の誤りを指摘し（下記 5）、結論として、本件排除が憲法 24 条 2 項に違反すると判断すべきことを述べる。

2 本件排除の憲法 24 条 2 項適合性審査では厳格な審査基準が妥当すること

(1) 憲法 24 条 2 項は「個人の尊厳」という立法裁量が超えられない限界を画したこと

憲法 24 条は、1 項において、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであることを明らかにするとともに、2 項において、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねつつ、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画した。

すなわち、我が国では、明治維新後の一連の布告や明治民法によって近代的婚姻制度が導入されたが、個人の上に「家」をおく「家」制度のもと婚姻は妻が夫の家に入り、家が妻を迎える行為とされ、戸主等の同意を要し、夫婦間においても女性が著しく不平等な地位に置かれた。そこには、個人の自己の人生における選択は「家」の存続に劣位するものとして位置付けられ、当事者が婚姻を望んでも法律上それができずに多くの内縁が生じたり、女性は経済的地位の低さも原因となって望む相手との婚姻ではなく、戸主や親が決めた相手との婚姻を強いられる現実があった（二宮意見書（甲 A 1 4 5）〔5 頁から 7 頁〕）。

敗戦を経て廃墟の中成立した現行の憲法は、国家と社会構成の根源的価値を個人に置くことを宣言し、個人の尊重（憲法 13 条）を国家運営の基本原則と定めた（高橋和之・世界（2016 年 3 月号）〔138 頁以下〕）。そして、憲法 13 条が個人の尊重を宣明し、14 条が平等原則を定めているにもかかわらず、重ねて 24 条に「個人の尊厳と両性の本質的平等」を

明記した。このことにより、これからの婚姻及び家族の制度は、これらの基本原理に立脚して制定されねばならないことを宣言するとともに（同条 2 項）、婚姻は家父長や親権者の承諾ではなく当事者の自由意思の合致により成立すべきことを定め（同条 1 項）、人々に自由な幸福追求の希望を与えた。憲法 24 条 2 項が冒頭に「配偶者の選択」を明記していることは、人が望む相手と生活と人生をともにし、それが婚姻として保護されることが、憲法の根本的価値である「個人の尊厳」の本質的要請であることを示している。

つまり、憲法 24 条 2 項は、本質的には様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて上記を立法上の要請、指針として明示したのであり、「婚姻及び家族に関する事項」における立法裁量の存在の再確認ではなく、国会が婚姻と家族に関する法律を制定するに際して「個人の尊厳」を侵してはならないという超えられない限界を設け、国会の立法裁量を厳格に統制することにこそ、その存在意義がある。

実際、1947 年 5 月に憲法が施行された際には「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」（昭和 22 年法律第 74 号）（甲 A 213）が制定されて、民法親族編及び相続編中の家制度を体現する諸規定が民法の本格的な改正作業の完了を待たず先んじて廃されたのはその証左である（註解日本国憲法上巻（甲 A 19）[470 頁から 471 頁]）。

再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決も本(1)冒頭の段落と同様の趣旨を述べる。

(2) 本件には厳格な審査基準が適用されるべきであること

上記のとおり、憲法 24 条 2 項は、国会が婚姻と家族に関する法律を制定するに際して、超えられない限界の一つとして「個人の尊厳」を掲げた。

したがって、この限界を超えるのではないかという観点から憲法24条2項適合性が問題となる場合は、それを正当化するやむを得ない理由がない限り憲法24条2項に違反するという審査基準（以下「**厳格な審査基準**」という。）によるべきである。

では、どのような場合に「個人の尊厳」という限界が問題となるのであろうか。この点、「個人の尊厳」は「人間存在そのものに対する犯しがたい畏怖の根源」であり（駒村意見書（甲A209）[24頁]）、「国家がすべての国民を、独立で対等な個人として承認し、かつ、そのように処遇しなければならない」、「すべての個人が人格的存在として敬意をもって扱われなければならない」ことを要請する規範であると一般に理解されている（渡辺康行他・憲法I（第2版）（日本評論社、2023年）[120頁]）。このような前提の下、憲法24条2項は「婚姻及び家族に関する事項に関しては、法律は、個人の尊厳・・・に立脚して、制定されなければならない。」ことを明記し、婚姻及び家族に関する法律において、すべての個人は独立で対等であり、敬意を以って処遇されなければならないことを立法裁量によっても越えられない限界として定めた。したがって、「婚姻及び家族に関する法律において、独立・対等な存在として敬意をもって処遇されている」とは言えない場合には、厳格な審査基準が適用されるというのが論理的な帰結となる。

本件では、本件排除により、法律上異性のカップルと同様に「婚姻の本質」を満たす関係を築きうる法律上同性のカップル¹¹が、現行の法律婚制度の利用を認められないという事態が生じている。これは、性的指向及び

¹¹ この点は、上告理由書〔第一分冊〕第3の5や本書第5、第6などで繰り返し述べたとおりである。

性自認又は性別という個人の人格の構成要素を理由に¹²法律上同性のカップルを婚姻それ自体から排除するとともに、法律上同性のカップルも享受しうる婚姻によってもたらされる人の人格的生存ないし存在にかかわる重要な法的利益を剥奪するものであって、婚姻及び家族に関する法律において、国家が法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと「独立・対等な存在として敬意をもって処遇」することを拒絶するものに他ならない。

したがって、本件排除の憲法 24 条 2 項適合性審査においては厳格な審査基準が妥当し、本件排除を正当化するやむを得ない理由がない限り、法律上同性のカップルの「個人の尊厳」を侵害し憲法 24 条 2 項に違反するというべきである。

(3) 原判決の誤り

この点、原判決は、平成 27 年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決に依拠し、「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」との緩やかな判断枠組みを用いて憲法 24 条 2 項適合性の審査を行った（原判決 63 頁）。

しかし、平成 27 年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決の判断枠組みを本件に当てはめることはできない。なぜなら同判決は、あくまで民法 750 条が「夫又は妻の氏を称する」として文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではないことから憲法 14 条 1 項適合性の問題を生

¹² この点は、本書第 6 で述べたとおりである。

じないことを前提に、「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」が問題となった事案である。これに対し、本件では、本件排除、すなわち、性的指向及び性自認又は性別という個人の人格の構成要素を理由に婚姻の可否という点において、国家が法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと「独立・対等な存在として敬意をもって処遇」することを拒絶すること、その点において「個人の尊厳」という立法裁量では超えられない限界を超えているのではないかが問題となっている。同判決の事案と本件とでは、そもそも事案を異にし、同判決の射程は本件には及ばない。

過去に憲法24条2項適合性が問題となった判例の調査官解説や憲法学者による解説では、婚姻及び家族に関する国会の立法裁量の内容には幅があり、制度設計の具体的内容に関わるものと、婚姻（法律婚）をすること自体を制約するものがあり（加本牧子『最高裁判所判例解説民事篇平成27年度（下）』（甲A192）[667頁]参照）、国会の立法裁量の広狭は、問題となる事項や権利・利益の内容・性質等に照らして具体的に設定される立法裁量の広狭は、問題となる事項や権利・利益の内容・性質等に照らして具体的に設定されるべきもの（土井真一「婚姻の際に夫婦別氏の選択を許さない民法750条及び戸籍法74条1号の合憲性」（甲A346））とされている。国家行為の性質や個人の人格的生存に与える影響の程度によって憲法24条2項適合性審査の厳格さは変動することが示唆されている。この考え方に従えば、本件のように、本件排除により「個人の尊厳」という限界を超える事態が生じていることの憲法適合性が問題となる事案では、平成27年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決の判断枠組みではなく、厳格な審査基準で判断するのが筋というのが論理的な帰結であ

る。

3 本件排除が「個人の尊厳」に照らし正当化されないことを基礎付ける事由の存在

そして、本件では、以下に詳述するように、本件排除が「個人の尊厳」に照らし正当化されないことを基礎付ける事由が優に認められる。

(1) 現行の法律婚制度の利用が認められないことによる不利益が甚大であること

上告理由書〔第一分冊〕第3の5などで詳述したとおり、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとは、同じ「婚姻の本質」を伴った人的結合関係である以上、婚姻の可否において国家から対等に処遇されるべきである。しかるに、本件排除により、法律上同性のカップルは婚姻の入り口から排除され、下記に挙げる甚大な不利益を被っている¹³。

ア 憲法上の権利ないし憲法上尊重されるべき権利・利益の侵害

本書第5で前述しているとおり、憲法24条1項は法律上同性のカップルにも婚姻の自由を保障しているところ、本件排除はこれを侵害するもの

¹³ なお、本件において平成27年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決の判断枠組みを用いることができないのは前述のとおりであるが、仮に同判決の判断枠組みに従った場合、当該判断枠組みにおいて「同制度を採用することにより生ずる影響」が重要な検討対象であるとされているのであるから、本件排除により法律上同性のカップルがどのような不利益を無っているのかについて精査することが求められる。ところが、原判決は法律上同性のカップルがどのような不利益を被っているのかについて一切触れることはなかった。これは、平成27年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決に沿った憲法判断を放棄したに等しく、不当である。

であるから、本件排除は法律上同性のカップルの憲法上の権利を侵害するものであり、その不利益が甚大であることは論を俟たない。

イ 望む相手と婚姻し、社会から正統な家族として承認されるという個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益の侵害

また、仮に法律上同性のカップルに婚姻の自由の保障が及ばないと解したとしても、既に上告理由書〔第一分冊〕第3の7で詳述しているとおり、トランスジェンダーや同性愛者等の性的少数者にとっても、望む相手と婚姻し、社会から正統な家族として承認されることは、法律上異性のカップルと同様に、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益である。

それにもかかわらず、本件排除は、法律上同性のカップルを婚姻の主体から排除することで上述した重要な法的利益を侵害している。

この点、原判決も、仮に「本件諸規定が存在しなければ、誰も婚姻ができなくなり、憲法13条、24条に違反する結果となる」（原判決56頁、同趣旨につき63頁）と判示し、法律上異性のカップルとの関係では、婚姻しうることが個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であり、憲法上保障されうることを、当然の前提としている。

それにもかかわらず、法律上同性のカップルに関しては、「性自認等に沿った法令上の取扱いを受けることは、人の人格的生存と結びついた重要な法的利益」だとしつつ、「そのような利益を、同性の者同士に係る家族に関する法制度の中でどのように実現するかは、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立法裁量で決められるべき事柄である」（原判決65頁）と立法において考慮されるべき一事情に貶める。

このような原判決の判示は、同じ「婚姻ができなくなる」という事態に

ついて、法律上異性のカップルについては、憲法 24 条のみならず憲法 13 条の保障が及ぶ憲法上の権利又は憲法上保護された人格的利益を侵害し許容され得ないとする一方で、法律上同性のカップルについては、そのことに伴う不利益が国会の立法裁量の逸脱・濫用の有無を検討する際の一考慮要素に過ぎないとするダブルスタンダードであり、許されない。

ウ 法律上同性のカップルの尊厳ある個人としての生の毀損

法的に家族を形成し公証される利益は、法律上異性のカップルだけでなく、法律上同性のカップルもこれを享受することができる人の尊厳に由来する重要な人格的利益である。この点は、本件第一審判決（39 頁）や東京高裁判決（一次）（甲 A 7 1 0）をはじめとする本件関連訴訟の判決が認めるところである。

しかし、本件排除は、法律上同性のカップルが性的指向や性自認から法律上同性の相手を伴侶に選択していることを理由に、婚姻という人の生涯における重要な選択肢の一つを規律し、人格的生存に必要な枠組みから排除する。

このことは、上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 7 (3) で前述したとおり、単に婚姻をすることによって得られる人格的利益や婚姻に紐づいた法律上・社会生活上の便益の不享受という不利益のみならず、国家によって法律上同性のカップルという「マイノリティの人々に対し、その地位を格下げするというメッセージを発する」ものであり（安西意見書（甲 A 5 9 8）〔7 頁〕）、日本全国を規律する法律というルールによって、「あなたは正統な家族を築けない」、「国は、あなたとパートナーとの関係を、異性カップルと同様に承認し処遇することはない」と宣告され、「社会の正当な構成員ではない」という烙印を押されることにほかならない。

こうしたスティグマの付与が上告人らをはじめとする法律上同性のカップルの尊厳ある生それ自体が著しく毀損されている¹⁴。

エ 法律上・事実上の不利益

上記に留まらず、上告理由書〔第一分冊〕第3の8(3)で詳述したとおり、法律上同性のカップルは、法律上異性のカップルが現行の法律婚制度に基づき婚姻することに伴って付与される種々の法的効果の享受が認められず、多くの法的効果の枠外に置かれるのみならず、法律上同性のカップルは、法的身分が「他人」と扱われることで、日常生活や緊急時に深刻な支障が生じるという不利益を被っている。

そして、上告理由書〔第一分冊〕第3の8(4)で詳述したとおり、これらの法律上・事実上の不利益は、事実婚としての保護や、当事者間の契約や遺言などの代替的手段で完全に解消することはできない。

(2) 本件排除による不利益の影響範囲が広いこと

現行の法律婚制度からの排除によって生じる不利益が、多数の人々に長期にわたって生じていることも、本件排除が「個人の尊厳」の観点から許容し得ないことを基礎付ける。

日本におけるトランスジェンダー、同性愛者その他の性的少数者の人口規模は2015年及び2016年に行われた各種調査によれば4.9%から7.6%である¹⁵。単純に人口比で計算しても、現在でも少なくとも約6

¹⁴ 上告人らが本件排除を原因として抱えることになったスティグマについては、上告理由書別冊E参照。

¹⁵ 中西・LGBTの現状と課題(甲A578)2(2)[5頁から6頁]

00万人から約940万人規模の性的少数者が日々生活しており¹⁶、こうした性的少数者は性的少数者を表現する言葉が広く大衆に認知される以前から、同じ社会で生活を営んできた。

つまり、本件諸規定が法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除していることによって、上告人らはもちろん、少なくない人口の法律上同性のカップル（とその子）が前述した憲法上の権利・個人の人格的生存に不可欠の権利利益、本来享受してしかるべき法律上・社会生活上の利益を全面的に侵害されているだけでなく尊厳ある「生」をも侵されている。そして、この状況は、現行憲法が施行された1947年5月3日から換算して実に80年近くという極めて長期間にわたって継続しているのみならず、本件諸規定が改正されないかぎり半永久的に継続するのである。

(3) 婚姻制度・家族制度の分野における規範意識の根本的変化

法律上同性のカップルは憲法制定当時から数えれば80年近くにわたり、現行の法律婚制度からの排除による不利益を被り続けてきた。その要因としては、現行憲法制定当時の日本の社会では、一般に、婚姻は法律上異性のカップル間のものであると認識されており、法律上同性のカップル間のものがその対象となるとは認識されていなかったことが原因のひとつである。その背景には、人の性の在り方に対する認識が未熟で、同性愛者やトランスジェンダーのような性的少数者を異常で逸脱した存在であるとみなす、いわゆる「異性愛規範」、「シスジェンダー規範」が強固で、社会の在り方に大きな影響を与えていたことがある。

しかし、上告理由書〔第一分冊〕第3の9や上告理由書別冊Aなどでも

¹⁶ 総務省統計局の資料によれば、2023年10月1日時点の日本の総人口の概算値は1億2434万人である（甲A579）。

詳述しているとおおり、憲法制定後の社会状況等の変化により、「異性愛規範」、「シスジェンダー規範」はその正当性を完全に失い、これに代わって性的指向・性自認に基づく差別は許されないとの法規範が確立された。2023年6月に成立したLGBT理解増進法は、まさにこの点を実定法化したものである。

これは婚姻制度や家族制度の分野でも同じである。

例えば、国際法の分野では、当初、法律上同性のカップルの家族形成については何も保障がない状態であった。しかし、その後の先例の積み重ねにより、私生活及び家族生活の尊重を受ける権利を定める自由権規約17条の解釈として、法律上同性間のパートナー関係は、同条の「家族」に該当し、同条に基づき、法律上同性のカップルには家庭を形成する権利があり、日本を含む締約国は法律上同性のカップルが家族生活を実効的に営めるよう法制度を含めた適切な措置をとる義務を負うと理解されるようになった(甲A446 [2頁から4頁])。さらに、「婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる。」という自由権規約23条2項の文言にかかわらず、同規約2条及び26条やそれに相当する人権条約上の条文の解釈として、法律上同性のカップルに対し法律婚へのアクセスを保障することが国家の義務であるとの理解が有力となった(甲A446 [5頁から7頁])。2022年11月には、自由権規約委員会が、日本に対し、法律上同性のカップルの法律婚へのアクセスは自由権規約2条及び26条に基づく自由権規約上の権利と位置付けたうえで、法律上同性のカップルの法律婚へのアクセスを認めるための措置を講じることを明示的に勧告したのも、かかる理解に基づくものである(甲A427、甲A428・パラグラフ10、11、甲A599)(上告理由書 [第一分冊] 第3の9(3)ウ、上告理由書別冊A第5も参照)

日本国内においても、地方自治体のパートナーシップ制度やファミリーシップ制度の導入、民間企業での取組みの広がりなどが示すように、婚姻を含む家族制度との関係で法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを平等に取り扱うべきだとの規範意識が形成され、広く共有されるに至っている(上告理由書[第一分冊]第3の9(3)エ、上告理由書別冊A第7、第9等も参照)。この点、原判決も、「今日では、異性の者同士に加え、同性の者同士が、永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む人的結合関係は、一つの家族の姿として社会的承認を受けていると認められる。」(同48頁)と述べ、法律上同性のカップルが「婚姻の本質」を満たす関係を築くことができること、法律上同性のカップルの共同生活が一つの家族の在り方として社会的に承認があることは認めている。

これらの事情からは、国家が、憲法24条2項に基づいて、同じ「婚姻の本質」を伴った人的結合関係である法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとを、婚姻という法制度の利用の可否について対等に処遇すべきことが基礎付けられる。

(4) 小括

以上述べたとおり、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同様に、「婚姻の本質」を伴った人的結合関係を営むことが出来る以上、国家は同じ「婚姻の本質」を伴う人的結合関係である法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを対等に処遇すべきことが基礎付けられている。

それにもかかわらず、本件排除は、法律上同性のカップルを婚姻から排除し、そのことによって、法律上同性のカップルは、憲法24条1項の保

障する婚姻の自由や望む相手と婚姻して社会から正統な家族として承認されるという個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益を侵害されている。

それのみならず、法律上同性のカップルは、本件排除によって、自身の性的指向や性自認に従って選択したパートナーとの関係につき、国家から「あなた方の関係は、法制度による承認と公証に値しない」と宣告され、自身の人格と一体不可分である性的指向や性自認を肯定した尊厳ある個人としての生までも毀損されている。

そして、かかる重大な人権や個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益、個々の尊厳ある生の毀損という状況は、社会全体からみれば少数派であっても、決して少ないとはいえない規模の人々に対して、すべての人を個人として尊重する13条を憲法上の権利の規定の中核に据え、国家に対して、すべての国民を、独立で対等な個人として承認し、敬意をもって処遇せよとの規範を導く憲法24条2項を含めた現行憲法の制定から数えても80年以上の長きにわたって継続しており、この状況は本件諸規定が改められないかぎり半永久的に続く。

現行憲法制定当時の制憲者や、憲法制定後になされた明治民法を新憲法に適合するよう改める家族法改正のなかで、法律上同性のカップルの存在や、その人的結合関係の保護の必要性が掬い上げられなかったことは事実である。

しかし、その原因は、個人の尊重や個人の尊厳を謳った新憲法が制定された当時でさえ、性的指向や性自認において社会の少数派に属する者を、異常性欲や精神疾患の一種とみなし、治療や教育によってかかる属性をはぎ取ることが正しいとする偏見と差別が日本を含めた当時の世界の多くの国々で共有されてきたからである。

法律上同性のカップルの婚姻にかかる権利は、本来であれば新憲法が制定された時点で、「個人としての尊重」や「法の下での平等」、「個人の尊厳」といった新憲法が根本的な価値とする規範によって掬い上げられて然るべきものでありながら、長期にわたってその侵害を見過ごされてきた。

しかし、憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳」という概念は、制憲当時において尊重や尊厳をもって取り扱うべしとされた生のみを保護することだけを立法府に求める規範ではなく、「個人の尊厳」は立法府が制定する婚姻及び家族に関する法制度を、時代の変遷を踏まえつつ、不断に検討することを立法府に要求する（甲 A 209 [19 頁から 20 頁]）。

そして、現代の日本においては、性的指向や性自認は、治療や矯正の対象ではなく個人の人格と一体不可分の要素であること、性的指向や性自認を理由とする差別的取り扱いがあってはならないことが社会的規範としてのみならず法規範としても確立している。さらに、婚姻を含む家族制度との関係で法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを平等に取り扱うべきだとの規範意識が形成され、広く共有されるに至っている。

そうである以上、現在においては、これまで 80 年以上の長きにわたって放置されてきた、法律上同性のカップルを婚姻から排除することに伴って生じている憲法上の権利の侵害、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益や法律上・事実上の利益の不享受、そして個々の尊厳ある「生」の毀損を将来にわたっても継続することはもはや許容され得ず、本件排除が「個人の尊厳」に反する不合理な区別であることは優に基礎付けられる。

4 本件排除が「個人の尊厳」に反しない合理的なものであることを基礎付ける事由の不存在（原判決の誤り）

他方で、以下述べるとおり、原判決が本件排除は憲法 24 条 2 項に違反

しないとする事由はいずれも理由がなく、その他に本件排除が「個人の尊厳」に反しないものであることを基礎付ける事由は存在しない。

(1) 原判決の言う本件制度設計は法律上同性のカップルの排除を正当化しない

原判決は、「民法が採用した法律婚制度は、「一の夫婦とその間の子」の結合体を、社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定するという制度設計（以下「本件制度設計」という。）に立って構築されたもの」と述べ（同53頁）、本件排除が憲法24条2項に違反しない理由の一つとして、「一の夫婦とその間の子」、すなわち「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」のみを基本的な家族の姿として想定する本件制度設計が現時点においても合理的であることを挙げる（同63頁）。

しかし、本書で繰り返し述べているとおり、本件で問われているのは、「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」に対して法的保護を与えることの合理性ではなく、本件排除、すなわち、法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めないことの合理性である。

「一の夫婦とその間の子」に対して法的保護を与えることが合理的であること（すなわち本件制度設計の合理性）と、本件排除が不合理であることは論理的に両立するから、本件制度設計が合理性を有することは本件排除が憲法24条2項に違反しないことを基礎づける事由とはならない。この点で、原判決は初歩的な論理上のミスを犯している。

この点を置くとしても、既に上告理由書〔第一分冊〕第3の3でも指摘しているとおり、現行の法律婚制度の下では、次世代の育成保護を行うか否かにかかわらず、「婚姻の本質」を満たす一組の法律上の男女の関係が

「婚姻」として法的に保護されている。その一組の法律上の男女による次世代の育成保護が法的に保護されていることも確かであるが、それは次世代の育成保護を行うこととなるという条件が発生する場合に限られる。原判決は「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」のみに着目しているが、現行の法律婚制度のこのような構造を踏まえれば、現行の法律婚制度はより大きな集合である「婚姻の本質」を満たす法律上男女の関係を保護し、次世代の育成保護を支援することはその重要な機能の一つであると評価するのが正当である。原判決のいう本件制度設計は物事の一面しか見ておらず、誤っている。

そして、上告理由書〔第一分冊〕第3の5や同第3の6で述べたとおり、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同様「婚姻の本質」を伴った人的結合関係を形成することができる。次世代の育成保護の点でも本質的な違いはない。さらに、「婚姻の当事者の異性性」は婚姻が婚姻たるために不可欠な要素とは言えない。加えて、性的指向や性自認に基づく差別は許されないという法規範が確立されており、婚姻や家族制度との関係でも法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同等に取り扱うべきとの規範意識が広く定着している。これらのことからすれば、法律上同性のカップルが「一の夫婦とその間の子」の結合体でないことは、本件排除が「個人の尊厳」に反しない合理的な区別であることを基礎付ける事情にはなり得ない。

(2) 自然生殖による子の出産と養育の有無は、本件排除が「個人の尊厳」に反しないことを基礎付けない

原判決は、「本件諸規定の立法目的は、「一の夫婦とその間の子」の結合体を、社会の基礎的な構成単位となる基本的な家族の姿として想定する

本件制度設計の下、夫婦が夫婦としてどうあるべきかという観点のみならず、その間に生まれてくる子の父母としてどうあるべきかという観点から、婚姻の具体的な要件及び効果を定めることにある」とする（原判決 63 頁）。

かかる判示は、上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 2 (3) で指摘したとおり、現行の法律婚制度が法的保護の対象としているのは「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」であり、憲法上も「一の夫婦とその間の子」に対しその他の人的結合関係と比較してより厚く法的保護を与えるのは当然という思考が、憲法 24 条 2 項適合性審査においても顕れたものである。

しかし、上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 3 で述べたとおり、そもそも子を産み育てるという次世代の育成保護機能を果たすことは、婚姻に必須の要素ではない。

また、上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 5 (2) で詳述しているとおり、仮に次世代育成保護機能を果たすことができるかどうかについて一定程度考慮が必要だとしても、法律上異性のカップルにおいても子を産み育てるか否かは当該カップルの自主判断にゆだねられており、子を産み育てない選択をする法律上異性のカップルが存在する以上、子を産み育てるかによって本件排除を「個人の尊厳」に反しないと正当化することはできない。

まして、少なくない数の法律上同性のカップルが、子を産み、育てることを実践し、法律上異性のカップルと同様、その子育てにおいて様々な問題に直面し、試行錯誤を重ねながら、親としての責務を遂行していることに鑑みれば（上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 5 参照）、それにもかかわらず法律上同性のカップルとその養育する子を、法律上異性のカップルとその養育する子と対等な存在として処遇しないことが、「個人の尊厳」の観

点から許容し得ないとの結論が導き出されこそすれ、本件排除が正当化されるなどということはありません。

(3) 法律婚制度自体の後国家性は、「個人の尊厳」の審査において決定打とはならない

原判決は、「個人の性自認等が、各人の人格に根差した個性であり、前国家的な性質を有するとしても、法律婚制度自体は前国家的なものではないのであるから、同性の者同士に現行の法律婚制度の利用を認めないことが、直ちに個人の尊厳に反するとはいえない」と判示する(原判決66頁)。

しかし、「婚姻の本質」を伴う人的結合関係、すなわち永続的な精神的・肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む人的結合関係自体は、国家や法律婚制度に先立って、人が社会的存在であることによって営んできた前国家的な関係であり、かかる前国家的な人的結合関係を国家の法制度に組み込む際に、同じく前国家的な個人の人格と一体不可分の要素である性的指向及び性自認を理由に、構築された婚姻制度から排除されることが、「個人の尊厳」に照らして正当化し得ないというのが上告人らの主張である。

故に、法律婚制度それ自体の後国家性は、本件排除が「個人の尊厳」に反しないことを基礎づける事由にはならない。

(4) 現行憲法制定当時の「婚姻」の想定は、現在における別異取扱いを正当化しない

原判決は、「法律婚制度は当事者間の親密な人的結合関係全般を意味するものではなく、社会的承認を受けた人的結合関係を想定し」としているとし、

「憲法改正当時の社会的状況において、婚姻として社会的承認を受けていた結合関係は、異性の者同士が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む結合関係のみであった」とする（原判決45頁）。

しかし、先に述べたとおり、現行憲法制定当時の「婚姻」の範囲は、性的少数者を異常性欲や精神疾患の一種とみなす誤った知見の影響を色濃く受けて形成されたものであるが、「個人の尊厳」は、婚姻及び家族に関する法制度に対する社会の価値観が時代と共に変化することを念頭に、そのあり様を不断に点検する為の規範であり、婚姻及び家族に関する法律が「個人の尊厳」に反するか否かは、憲法改正時など過去の一時点における知見や社会通念によって決せられるものではない（再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決、非嫡出子法定相続分違憲判決参照）。

そして、現代において性的少数者への差別を正当化する論拠は科学的にも法規範的にも完全に克服されている以上、現行憲法制定時に想定された「婚姻」が異性婚を前提としていたことは、現時点における本件排除を「個人の尊厳」に照らして正当化する論拠とはなり得ない。

(5) 伝統的な価値観や反対意見の存在は、「個人の尊厳」に反しないことを基礎付ける事情とはならない

いわゆる「同性婚」に反対する理由として、婚姻に対する「伝統的な価値観」や反対意見の存在が挙げられることがあるが、これらは、本件排除が「個人の尊厳」に反しないことを基礎付ける事情とはならない。

そもそも、本件では法律上同性のカップルの婚姻の自由のように個人の幸福追求や人格的生存に不可欠な権利・利益の制約が問題となっている。法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同様に「婚姻の本質」を

伴う関係を築くことができ、かかる権利・利益の重要性について法律上異性のカップルとの間に何の違いもない。また、法律上同性のカップルの婚姻が認められたからと言って、法律上異性のカップルが「伝統的な価値観」や反対意見に従って婚姻すること自体妨げられるものではなく、その意味において具体的な反対利益も十分に観念しがたい。

それにもかかわらず、「伝統的な価値観」や反対意見の存在を斟酌することは、伝統的な価値観や反対派の見解を過剰に見積もるものであり、憲法24条2項の解釈を根本から誤るものである。

札幌高裁判決（甲A603）も、「人が生まれながらに由来する自由と権利、これに係る個人の尊厳の実現には、家族とこれに対する社会的な制度の保障が不可欠であるといえるのであって、同性間で婚姻ができない不利益を解消する必要性は非常に高い。」としたうえで、「婚姻の制度について様々な考え方があり、生殖機能に相違がある男女間の婚姻について一定の意義を認めるにせよ、これを理由に、同性間の婚姻を許さないということにはならないというべきである。」（同21頁）と述べている。

(6) 嫡出推定規定などの存在は、法律上同性のカップルを婚姻からの排除を正当化しない

現行の法律婚制度に紐づいた民法上の規定として嫡出推定（民法772条1項）が存在する。同規定は、父子関係を定めるための法的仕組みの一つであり、妻が婚姻中に懐胎したときは、当該子の父は当該子の母の夫であると推定するという方法を採用しているものであって、たしかに子の生殖と関係する規定ではある。

もっとも、婚姻中の妻が必ず子を懐胎するわけではなく、現行法は子のいない夫婦の存在を当然予定しており、子のいない夫婦に嫡出推定の規定

が適用されることはない。このように、嫡出推定の規定は、すべての婚姻夫婦に適用される規定ではないのであるから、嫡出推定の規定をもって「婚姻が子の生殖と養育を目的とする結合関係であることを前提としたもの」と評価することはできない。

また、上告人らの憲法 24 条 2 項違反の主張は法律上同性のカップルによる現行の法律婚制度の利用が認められた場合に、そこで集合的に付与される法的効果が、法律上異性のカップルと全く同一内容となることを意味するものでは必ずしもない（本書第 4 の 2 参照）。

そうである以上、嫡出推定規定などの親子関係にかかる規定の存在等は、法律上同性のカップルを婚姻から排除すること正当化するだけの、真にやむを得ない理由とはなり得ない。

(7) 別制度の創設では、個人の尊厳に対する毀損は補填されない

本件関連訴訟においては、例えば東京高裁判決（一次）のように、現行の法令が、民法及び戸籍法において男女間の婚姻について規律するにとどまり、同性間の人的結合関係については、婚姻の届出に関する民法 739 条に相当する配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設けていないことは憲法 14 条 1 項・24 条 2 項に適合しないと判断しつつも、法律上同性のカップルについて、配偶者としての法的身分関係の形成に係る規定を設ける方法として婚姻とは別の制度を構築することを許容するものもある（甲 A 7 1 0 [55 頁]）。

しかし、原判決も、法律上同性のカップルが「永続的な精神的及び肉体的結合関係を目的として真摯な意思をもって共同生活を営む人的結合関係」を形成することができることは認めており（原判決 48 頁）、このような関係に対して婚姻による保護を与えることは、上告理由書 [第一分冊]

第3の6(3)で述べた「婚姻制度の目的」に正に合致する。

加えて、現行の法律婚制度の内容は、婚姻当事者の呼称等について、性中立的な用語へと修正する技術的な手当てをしさえすれば、法律上同性のカップルにも基本的にそのままの内容で適用可能である以上、敢えて現行の法律婚制度とは別の制度を新規に構築する合理的理由は存在しない（上告理由書〔第一分冊〕11も参照。以下、同じ）。

それにもかかわらず、敢えて法律上同性のカップルの為に、現行の法律婚制度とは異なる別制度を構築することは、法律上同性のカップルを承認することではなく、法律上異性のカップルと対等の承認を与えないことを改めて宣言し、「二級市民」としてのレッテルを新たに貼るに等しいものであり、国家に対して個人を独立かつ対等な存在として承認し処遇することを求める「個人の尊厳」に適うものとはなり得ない。

この点、諸外国において別制度の創設を行ったものがあることをもって、別制度の構築は法律上同性のカップルを「二級市民」扱いすることにはあらず、「個人の尊厳」に照らしても正当化されるとの議論がある。

しかし、上告理由書〔第一分冊〕第3の9(3)や同10で既に述べたように、いわゆる「同性婚」を導入することに先駆けて、登録パートナーシップ制度、法定同棲、市民連帯協約(PACS)などの別制度を導入した国々においても、法改正に加え、法律上異性間の婚姻との内容面での差異や制度自体を区別することは人権条約や憲法の平等原則に違反するという判決が積み重ねられたことによって、ほとんどの国は、①登録パートナーシップ制度等を廃止し、法律婚制度の対象を法律上同性のカップルにも拡大するか、②法律婚制度の対象を法律上同性のカップルにも拡大する一方で、登録パートナーシップ制度等を法律上同性か異性かにかかわらず利用な制度として維持するかのいずれかを選択し、カップルの家族に関する制

度の利用に関し、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとの間に差がない状態となっている。

このことに、日本国内においても婚姻を含む家族制度との関係で法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを平等に取り扱うべきだとの規範意識が形成され、広く共有されるに至っていることに鑑みれば、過去の一時点において、法律上同性のカップルを婚姻以外の別制度に包摂する国があったことをもって、現在の日本においても敢えて別制度を構築することは、「個人の尊厳」に照らし認められない。

5 その余の原判決の誤り

(1) 上告人らは本件諸規定の違憲無効を主張していない

原判決は、「本件諸規定の存在を否定して無効とすれば誰も婚姻ができないという憲法13条や24条1項が許容しない事態となる」などと述べる。

しかし、上告人らは、あくまで本件諸規定が法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除していることが憲法に適合しないと主張しているに過ぎず、本件諸規定を全体として違憲無効化せよとは主張していない。原判決は上告人らの主張を曲解したものである（本書第4の3(3)参照）。

(2) 「性自認等の多様性」それ自体に対する理解の促進では、「個人の尊厳」の毀損は補填されない

原判決は、法律上同性のカップルが、私的な日常生活において法律上異性の事実婚とも異なる取扱いを受けるのは、「性自認等の多様性に対する

国民の理解不足」によるものであり、個人の尊厳との関係で問題とされるべきなのは、法律上同性の者同士に現行の法律婚制度の利用を認めないことではなく、「社会状況の要因それ自体である」などとする（原判決67頁）。

「性自認等の多様性に対する国民の理解不足」があり、それに対する国の対策が不十分であることは確かに問題である。しかし、本件で上告人らが主張しているのは、そのことではなく、本件排除により、婚姻の自由の侵害や個人の尊厳にかかわる重要な人格的利益の侵害、個人の尊厳ある生の毀損されており、そのことが憲法24条2項の「個人の尊厳」に照らし許されないということである。原判決は論点をはぐらかしており、不当である。

その点を置くにしても、上告人らを含めた法律上同性のカップルが私的な日常生活において受ける差別的な取り扱いのなかには、法律上同性のカップルが法的な家族でないことに正当化根拠を求めるものも多数存在する（上告理由書〔第一分冊〕8(3)参照）。そうである以上、婚姻や家族に関する法制度における対等な取り扱いを離れて抽象的に「性自認等の多様性」それ自体に対する国民的な理解が促進されようとも、法制度における差別的取り扱いが残存する限り、そのことに正当化根拠を求めた差別的取り扱いはなくなり、「個人の尊厳」に対する毀損は回復されない。

6 憲法24条2項違反に関する主たる主張のまとめ

これまで述べてきたことから明らかなおり、本件排除は「個人の尊厳」に反する不合理な区別であることを基礎づける事情が優に認められる一方で、「個人の尊厳」に反しない合理的な区別であることを基礎づける事情は原判決が依拠したものを含め存在しない。

故に、本件排除には「個人の尊厳」に照らしてやむを得ない理由は認められず、本件排除は憲法 24 条 2 項に違反する。

第 8 従たる主張について

1 現行の法令が法律上同性のカップルに対し本件三要素を中核的要素とする家族制度の利用を認める根拠規定を有していないことは違憲であること

(1) 従たる主張の内容

本書第 5 から第 7 までで述べたとおり、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことは、憲法 24 条 1 項、14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反する。

しかし、仮に、主たる主張が全面的には認められないとしても、現行の法令が、民法及び戸籍法において法律上異性のカップルの婚姻について規律するにとどまり、法律上同性のカップルに対し、本件三要素、すなわち、①家族（配偶者）としての身分関係の形成、②その法的身分関係に応じたふさわしい法的効果（権利義務）の集合的付与、③当該法的身分関係の国の制度による公証を中核的要素とする家族制度の利用を認める根拠規定を有していないことは、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反する。

(2) 従たる主張の論拠

その論拠は、主たる主張との関連で上告理由書〔第一分冊〕第 3 及び本書第 5 から第 7 までで述べたことと基本的に同じであるが、要点を述べれば、以下のとおりである。

ア 現行の法律婚制度の下では、一組の法律上異性のカップルは、婚姻届を提出することにより、①家族としての法的な身分関係(すなわち配偶者としての身分関係)を形成し、②その身分関係にふさわしい法的効果(権利義務)を集合的に付与されるとともに、③その関係が戸籍により公証される。これは、子を育成保護するか否かにかかわらない。また、そのようなカップルが子を育成保護する場合には、①(当然又は一定の手続きを経ることにより)親子としての法的な身分関係を形成し、②その身分関係にふさわしい法的効果(権利義務)を集合的に付与されるとともに、③その関係が戸籍により公証される。

このような法律婚制度があることにより、法律上異性のカップル(その間で養育される子がいる場合は、法律上異性のカップルとその間の子)は正統な家族関係であるとの公認を社会から受けることができ、そのような公認とともに夫婦関係、親子関係に関し法的な基盤が与えられることによって家族として安定し充実した人生を送ることが可能となっている。この意味において、本件三要素を中核的要素とする家族制度は社会的な動物である人の人格的な生存において不可欠な制度であり、これを利用することができる利益は「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」と位置づけられる(本件第一審判決37頁から38頁、東京高裁判決(一次)(甲A710)46頁から47頁等も同旨)。なお、原判決は明確には述べていないものの、「本件諸規定が存在しなければ、誰も婚姻ができなくなり、憲法13条、24条に違反する結果となる」(56頁)などと述べるように、上記で述べたことは当然の前提としていと解される。

イ 上告人らのように法律上同性の者との婚姻を望む性的少数者は、性愛の対象とする相手を人生の伴侶と定めて共同生活を営むという関係が法律上同性の者との間で形成されることになる。法律上同性の者との間でこのような永続的な人的結合関係を形成し、その関係に社会的公認を受けることを望む者は、社会全体で見れば少数派であるものの、上告人らの例を挙げるまでもなく現に多数存在する。また、その共同生活の実態も、お互いを人生の伴侶と定め、家事や生活費を分担し、子がいる場合には共同して養育するなど、婚姻関係にある法律上異性のカップルと異なるところがない（上告理由書〔第一分冊〕第3の5参照）。

したがって、法律上同性のカップルにとっても、法律上異性のカップルと同様、本件三要素を中核的要素とする家族制度はその人格的な生存において不可欠な制度であり、これを利用することができる利益は「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」である（本件第一審判決39頁、東京高裁判決（一次）（甲A710）50頁等も同旨）（上告理由書〔第一分冊〕第3の7参照）。

ウ 現行憲法制定当時、同性愛やトランスジェンダーなどの性的少数者の性の在り方を病気などと位置づけ、シスジェンダーの異性愛者以外の性の在り方を異常なもの、劣ったものとして差異化する、いわゆる「異性愛規範」、「シスジェンダー規範」が社会の隅々にわたって共有されていた。そのため、その当時、一般的には、法律上同性のカップルは家族を形成しうる人的結合関係とは考えられていなかったことは確かである。

しかし、20世紀中葉以降、精神医学の分野で同性愛を精神疾患とする知見に合理的な根拠がないことが実証的に明らかにされた。これを

きっかけとして、性的指向、性自認など人の性の在り方に関する認識が180度転換された。現在では、いわゆる「異性愛規範」、「シスジェンダー規範」は完全に否定され、同性愛やトランスジェンダーなどシスジェンダーの異性愛以外の性の在り方も人間の性の自然な在り方の一つであると考えられるようになっている（上告理由書〔第一分冊〕第3の9(2)参照）。

性的少数者に係る法規範に関しても同様であり、現在では、国際法上だけでなく、日本国内法上も、性自認や性的指向に基づく差別は許されないとの法規範が確立している（同上）。

さらに、家族制度の領域においても、日本も締約国の一つである自由権規約17条の解釈として、同条が保障する家族生活の尊重を受ける権利は、法律上同性のカップルに対しても保障され、締約国は、法律上同性のカップルとの関係でも、家族生活に不当に介入しない義務（国家の消極的義務）と家族生活が実効的に営めるよう法制度を含めた適切な措置をとる義務（国家の積極的義務）の両方を負うとの理解が確立している（上告理由書〔第一分冊〕第3の9(3)参照）。

日本国内においても、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同等に取り扱うべきだとの規範意識が広く浸透している。このことは、例えば、地方自治体においていわゆるパートナーシップ制度やファミリーシップ制度導入が急拡大したこと、民間において法律上同性のカップルにも法律上異性のカップルに認められている福利厚生制度の利用を認めるなど、法律上同性のカップルを家族として法律上異性のカップルと同等に扱おうとする一連の動きが広がっていることなどから裏付けられる（上告理由書〔第一分冊〕第3の9(3)）。

このような憲法制定後の社会状況等の変化の結果、今日においては日本国内において、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと同様に「婚姻の本質」を伴う関係を構築することができ、家族の一つの姿であると一般的に認識されるようになっている（原判決 48 頁参照）。

エ ところが、現行の法令は、民法及び戸籍法において法律上異性のカップルの婚姻について規律するにとどまり、法律上同性のカップル（とその間の子）に対して、①家族としての法的な身分関係を形成し、②その身分関係にふさわしい法的効果を集合的に付与するとともに、③その関係が戸籍により公証する法制度（すなわち、本件三要素を中核とする家族制度）が全くない状況にある（なお、この点に関し、原判決は、法律上同性のカップルは「同性の者同士の事実婚として法的に保護される」、「婚姻の基本的かつ重要な法定効果の一部については代替する方法がある」（原判決 61 頁）などと認定し、あたかも現状十分な法的保護が与えられているかのように判示するが、そのように評価できないことは上告理由書〔第一分冊〕第 3 の 8 (4) で述べたとおりである）。

これは、本件三要素を中核的要素とする家族制度を利用することができる利益という「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」を法律上同性のカップルから「剥奪」するものにほかならず、そのような家族制度を設けることにより侵害される反対利益もなく、法技術的にも困難はないことなどをも踏まえると、そのことに憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳」と憲法 14 条 1 項の「法の下での平等」の要請に照らして合理的な理由があるとは認められない（本件第一審判決 41 頁等も同旨）。よって、現行の法令が、民法及び戸籍法において法律上異性のカップルの婚姻について規律するにとどまり、法律上同性のカップルに対し、本件三要

素を中核的要素とする家族制度の利用を認める根拠規定を有していないことは、憲法14条1項及び24条2項に違反する。

(3) 従たる主張についての補足

ア 本件三要素について

(a) ①家族（すなわち配偶者）としての身分関係の形成

親密な人的結合関係を法的な家族として保護するという家族になるための法制度は、家族としての身分関係の形成（創設）から始まる。具体的には、親密な人的結合関係を結んでいる二当事者に配偶者としての身分関係が形成される。このような二当事者が子を産み育てる場合、当該二当事者とその子の間に家族としての身分関係が形成され、それぞれとの間に「親子」という身分が与えられる。さらに、このような二当事者を中心に、その親、きょうだい（兄弟姉妹）、孫といった家族としての身分関係が形成され、家族は広がっていく。このような家族の広がりには「親族」という身分が与えられる。

このように、身分関係の形成によってはじめて、家族としての関係が法的に発生し存在するようになる。それゆえに、家族としての身分関係の形成は、家族としてのふさわしい法的効果の集合的付与及び家族としての公証の土台になるものであり、親密な人的結合関係を安定・強化し、社会の基礎的な構成単位として承認される基礎となる。

(b) ②身分関係にふさわしい法的効果（権利義務）の集合的付与

家族としての身分関係が形成される場合、その身分関係にふさわしい法的効果（権利義務）の束が集合的に付与されることが欠かせない。そうでな

ければ、その身分関係は実質のないものとなり、社会の中で生きる上で役立つものとならないからである。

現行の法律婚制度は、同居協力扶助義務、親権、相続など、家族としての身分関係を保護するのにふさわしいさまざまな法的効果（権利義務）を集散的に付与している。これにより、親密な人的結合関係は経済的・物理的・心理的に安定・強化され、また、その家族はさまざまな権利義務を通じて社会と繋がりを持つようになり、社会の基礎的な構成単位としての実質が備わることになる。

(c) ③当該身分関係の国の制度による公証

家族としての身分関係が形成されると、その身分関係が社会に認識・承認される必要がある。人は社会の中で生きる存在であるから、親密な人的結合関係が安定して共同生活を営むためには、その関係が正統な関係のものであるとして社会に承認されることが欠かせないからである。

現行の法律婚制度は、全国統一の登録公証制度である戸籍によりその身分関係が公証されている。これにより、親密な人的結合関係を中心とした家族は「社会に認められた関係」となり、その関係が安定・強化される。また、家族として「社会に認められた関係」となることで、社会の基礎的な構成単位として認識され、扱われることになる。

戸籍は、日本社会における唯一の全国統一の家族関係に関する登録公証制度として長期にわたって維持され、人々の間で定着してきた。そのため、戸籍によって公証されることが、正統な関係として社会に認められるための極めて有力な手段になっている。

(d) 中核的要素相互の関係

これらの各中核的要素は、相互に密接に関連しており、いずれか一つでも欠けると家族制度の意義が達成されない。たとえば、家族としての身分関係が法的に形成されなければその公証やふさわしい法的保護を十分に行うことは困難である。たとえば、地方自治体によるパートナーシップ制度は法的な身分関係の形成を前提にしないものであるから、社会的承認及び効果は曖昧かつ極めて不十分なものとどまっている。

また、家族としての身分関係が形成され何らかの法的効果が付与されても、その公証の手段がないあるいは不十分であれば、その関係が「社会に認められた関係」となり得ないことになる。

このように、本件三要素のいずれが欠けても親密な人的結合関係を法的な家族として保護するための家族制度は成り立たず、その意味で本件三要素はいずれも欠かすことのできない必須の要素なのである。

イ 地方自治体のパートナーシップ制度等と本件三要素との関係

では、既に導入されている地方自治体のパートナーシップ制度や諸外国で導入されている制度は本件三要素を満たす制度なのであろうか。

まず、地方自治体のパートナーシップ制度は、当該制度を定める地方自治体の管轄地域内で、当該自治体の裁量により付与することが可能な給付等に関し、事実上、法律上同性のカップルを婚姻関係にある法律上異性のカップルと同等に取扱うというものにすぎない。したがって、①家族（配偶者）としての法的な身分関係を形成するという要素、②その身分関係にふさわしい法的効果（権利義務）を集合的に付与するという要素を全く欠いている。法律上同性のカップルを公証する機能は一応有するが、当該地方自治体の管轄地域内で事実上通用するにすぎず、③当該法的身分関係の国の制度による公証という要素を十分に満たしているとは評価し難い。

諸外国では、法定同棲やPACSを導入する例があるが、いずれも配偶者や親族としての身分関係を形成しないため、上記①の要素を満たさない。家族としての身分関係の形成を前提とする上記②と③の要素も満たさない（上告理由書別冊F第4の4参照）。

イタリア等で導入されている登録パートナーシップ制度は、一応本件三要素を満たしうる制度である。ただし、婚姻と効力が大幅に異なる婚姻機能非等価型登録パートナーシップ制度については、憲法の平等原則違反となることがあり得、果たして上記②の要素が満たされていると評価できるかという問題がある（同上）。

ウ 本件三要素を中核的要素と位置付ける理由

上記のとおり、従たる主張において、法律上同性のカップルに係る家族制度は本件三要素を中核的要素としたものでなければならぬことが前提となる。

このような前提を置いているのは、第一に、現在の日本において唯一の家族制度である現行の法律婚制度がまさに本件三要素を中核的要素として構築されているところ¹⁷、本件三要素は相互に密接に関係しており、本件三要素のいずれが欠けても家族制度として十分に機能しえないためである（上記ア参照）。

また、そのような前提を置くことにより、従たる主張において上告人らが求めているのは、何らかの法的利益の供与という漠然としたものではなく、現行の法律婚制度のように本件三要素を中核的要素とする家族制度という具体的な制度であることが明確となる。

¹⁷ 本件第一審判決37頁20行目から38頁5行目など参照。

さらに、そのことにより、本件において法律上同性のカップルが侵害されているのは、何か漠然としたものではなく、現行の法律婚制度により法律上異性のカップルに保障されている利益と同じ、「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」であることも明確となる。

エ 国会の立法裁量との関係

従たる主張を採用し、現行の法令が法律上同性のカップルに対し本件三要素を中核的要素とする家族制度の利用を認める根拠規定を有していないことが違憲と判断した場合、三権分立の観点から、国会の立法裁量に不当に影響を及ぼすことにならないかは、一応問題となり得る。

しかし、上記の場合に違憲とされるのは「現行の法令が法律上同性のカップルに対し本件三要素を中核的要素とする家族制度の利用を認める根拠規定を有しないこと」にとどまる。根拠規定を設けた後、どのような内容を制度に盛り込むかについては、個人の尊厳及び法の下での平等という憲法の基本原理と本件三要素を中核的要素としなければならないという必須の要件に従いつつ、第一義的には立法府の合理的な立法裁量に委ねられることになる。

個人の尊厳及び法の下での平等はそれぞれ憲法 24 条 2 項及び 14 条 1 項により導かれるのであるから、立法府がこれに従わなければならないのは当然である。また、前述のとおり、本件三要素のすべてが備わっていないければ、家族制度として意味のある制度足り得ない。

したがって、上記の限度で違憲と判断したとしても国会の立法裁量権に対し不当に影響を及ぼすことにはならない。

オ 指針が示されるべきであること

他方で、従たる主張を採用した場合、根拠規定さえ設ければどのような内容の制度でもよいという誤解が生じる可能性がある。

ここでは、再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決が言うように、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項についての立法に当たっては個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画した条文であることに思いを致すべきである。上記のように根拠規定さえ設ければどのような内容の制度でもよいという誤解を避けるうえで、本件の判決中で、法律上同性のカップルに係る家族制度の内容を立法するにあたっては、現行の法律婚制度の内容を踏まえつつ、個人の尊厳と法の下での平等に立脚して定められなければならないことを明確に述べるべきである。例えば、東京高裁判決（一次）は、このような観点から、国会の立法裁量に上記のような憲法上の限界があることを述べたうえで、「たとえば、配偶者の相続権（民法890条）のように、婚姻当事者の性別や子の生殖可能性の有無にかかわらず、配偶者の地位にあることにより当然に生ずるものとされている財産的権利について、男女間の婚姻とは異なる規律とすることは、直ちにその合理的根拠を見出し難く、憲法14条1項違反の問題が生じ得ると解される。」と判示している（同55頁から56頁）。

(4) 主たる主張に対する結論再検討の必要性

ところで、現行の法律婚制度の内容は基本的にそのまま法律上同性のカップル（とその間で養育する子）に適用可能であることは、上告理由書別冊Bなどで述べたとおりである。このことと、個人の尊厳、法の下での平等という要請を踏まえれば、東京高裁判決（一次）（甲A710）が述べたと

おり、法律上同性のカップルに係る家族制度の内容は基本的に現行の法律婚制度と同じ内容になるはずである(同55頁から56頁)。にもかかわらず、なぜ、法律上同性のカップルに係る家族制度は現行の法律婚制度と別なのか。それは性的少数者からなる法律上同性のカップルからなる家族は、シスジェンダーの異性愛者からなる家族とは別物であり、同等に扱うことができないという偏見を固定することになるのではないか。それを最高裁が追認することは個人の尊厳、法の下での平等に適うことなのか、主たる主張に対する結論を見直し、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことが違憲と述べるべきではないか。これらの点が再度厳しく問われなければならない(上告理由書別冊Fなども参照)。

2 その他の原判決の誤り

原判決には上記1で述べた以外にも様々な誤りがある。以下、必要な範囲内でこれらの誤りを指摘する。

(1) 在外日本人選挙権最高裁大法廷判決の理解の誤り

原判決は、在外日本人選挙権最高裁大法廷判決を引用して、「そもそも国会議員の立法不作為が国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがある場合は、立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などの例外的な場合とされていること・・・を踏まえると、前記のような立法裁量に委ねられた同性の者同士

に係る家族に関する法制度は、存在しないことが直ちに憲法 14 条 1 項に違反するものではない」(原判決 58 頁) と述べる。

しかし、原判決の上記判示は在外日本人選挙権最高裁大法廷判決及びそれ以降の判例の立場の立場と齟齬する。在外日本人選挙権最高裁大法廷判決及びそれ以降の判例は「立法の内容又は立法不作為の違憲性」の問題と「国会議員の立法行為又は立法不作為の国賠法上の違法性」の問題を明確に区別している。在外日本人選挙権最高裁大法廷判決の上記引用個所は、そのような区別をしたうえで、後者、すなわち、国会議員の立法不作為が国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるのは例外的な場合に限られることを述べたものである。よって、原判決が行ったように在外日本人選挙権最高裁大法廷判決の上記引用個所から、前者、すなわち、「立法の内容又は立法不作為がどのような場合に違憲と判断されるのか」の判断基準を導くことはできない。

在外日本人選挙権最高裁大法廷判決及びそれ以降の判例に基づけば、従たる主張が憲法 24 条 2 項や 14 条 1 項に違反するかどうかは、各条項の解釈として判断すれば足り、国賠法上違法と評価されるかどうかとは独立して判断されなければならない。

原判決は「立法の内容又は立法不作為の違憲性」の問題と「国会議員の立法行為又は立法不作為の国賠法上の違法性」の問題を混同しており、在外日本人選挙権最高裁大法廷判決とそれ以降の判例の理解を誤っている。

(2) 諸外国の動向に関する理解の誤り

原判決は、「諸外国においても、同性の者同士に係る家族に関する法制度の立法時期は国ごとに異なり、創設していない国もある」(原判決 58 頁) と述べる。

しかし、上記判示は日本の現状を全く無視している。上告理由書〔第一分冊〕第3の9などで述べたように、既に、国際法上だけでなく、日本国内法上も、性自認や性的指向に基づく差別は許されないとの法規範が確立している。日本は国際的にも先頭に立って性自認及び性的指向に基づく差別の撤廃に取り組んできたし、国内的にも人権問題としてこの課題に取り組んでいる。家族制度の領域においても、国内において、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同等に取り扱うべきだとの規範意識が広く浸透しており、原判決48頁も認定するとおり、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと同様に「婚姻の本質」を伴う関係を構築することができ、家族の一つの姿であると一般的に認識されるようになっている。そのような日本の現状を踏まえ、2022年11月に公表された日本の第7回定期報告書に係る総括所見において、自由権規約委員会から日本に対し、いわゆる「同性婚」の導入勧告がなされている（甲A427、甲A428）¹⁸。このような日本の性的少数者を取り巻く法的な状況の下で、従たる主張は、本件三要素を中核的要素とする家族制度の利用を認める根拠規定がないことの違憲性を問題にしているのである。したがって、参考にすべきは状況が日本と同様の状況にあるアメリカ、イギリス、フランスなどG7諸国であり、そうでない諸外国と同列に並べて論じることはできない。

¹⁸ 本文中の自由権規約委員会による勧告が日本の現状を踏まえたものであることについては、谷口第3意見書（甲A599）3〔2頁から6頁〕、同4(1)[6頁から7頁]参照。

(3) 差別解消のための法制度の不存在が違憲と主張しているとの理解の誤り

原判決は、「控訴人らは、このことを踏まえ、性自認等を理由とする差別の解消を目的とする法制度の創設を求めるものとも解される」（原判決 59 頁）と述べる。

確かに、原判決も認定するとおり、LGBT理解増進法の制定から2年以上経過した現時点でも、同法8条に基づいて政府が定めるべき基本計画さえ策定されておらず、理解の増進に係る国の施策の現状には大きな問題がある。しかし、これは本件とは別に解決されるべき問題であり、本件との関係で、上告人らは、差別解消のための法制度の不存在が違憲という主張はしていない。この点に関し原審裁判所からの求釈明もなく、なぜ、原判決が上告人らの控訴審における主張を上記のように理解したのか、不可解であるというほかない。

第9 司法府による積極的な判断が求められていること

1 はじめに

以上、論じてきたとおり、本件諸規定が法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことは、憲法24条1項、14条1項及び24条2項に違反する。仮に、上記主張が全面的には認められないとしても、現行の法令が、民法及び戸籍法において法律上異性のカップルの婚姻について規律するにとどまり、法律上同性のカップルに対し、本件三要素を中核的要素とする家族制度の利用を認める根拠規定を有していないことは、憲法14条1項及び24条2項に違反する（以下、主たる主張及び従たる主張における憲法違反を総称して「**本件憲法違反**」という。）。

本件憲法違反が存在する以上、違憲立法審査の権限を有する終審裁判所である貴庁が、その旨の明快な違憲判断を示すべきであることは言うまでもない。

それに対して、国政上の重要なテーマに関わる場合には、まずは国会において議論することが求められ、司法府がその議論に水を差してはいけない、このような考えが存在することは仄聞するところである。しかしながら、こと、本件のような、法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障に関しては、司法消極主義ともいべき態度で臨むことは許されない。なぜならば、本件憲法違反の解決を国会に委ねては、結局のところ永遠にかかる憲法違反の状態が解決されないためである。

そこで、本書の締めくくりの章として、本件憲法違反を解決するのは、国会ではなく、貴庁において他にはいないのであって、貴庁による積極的な判断が求められていることを述べる。

2 本件は多数決の原理においては救済されない側面を持っていること

(1) 民主主義と少数者の人権

日本国憲法は41条において「国会」が国権の最高機関であると謳い、議会制民主主義を採用しており、憲法下においては、国政の重要なテーマに関わる場合には、民主主義のプロセスを経て、立法府である国会によってその判断・決定が行われることが求められるともいえる。

しかし、そのような考えが成り立つのは、通常、民主主義のプロセスが正常に機能し、国会での公正な検討が期待するという前提があるからである。ところが、議会制民主主義は多数決の原理によって成り立っており、人口的に少数である少数者の意見は反映されにくい。そのため、国会での公正な検討がなされず、少数者の人権が蔑ろにされるということがしばし

ば起きる。特に、少数者が特定の属性を持つがゆえに偏見にさらされている場合、少数者に対する偏見が作用することによって、国会での理性的かつ建設的な議論は容易に阻害され、抑制されうる。

少数者の人権がかかわる問題に関しては、国会における議論・決定には、どうしても、少数者の人権を軽んじ、蔑ろにする傾向が存在するといわざるを得ない。

(2) 国会における議論状況

そのことを実証するように、法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障に関し、国会では十数年に及んで理性的かつ建設的な議論が交わされてこなかった。まさに本件憲法違反が放置されている状態が続いており、救済に向けた検討の着手さえされていないのである。

以下、これまでの国会の審議内容を概略する（詳細は原告ら第6準備書面[17頁から43頁]、原告ら第31準備書面[18頁から29頁]参照のこと）。

ア すなわち、いわゆる「同性婚」について国会で始めて正面から質問がされたのは、2015（平成27）年2月18日にさかのぼる。当時の安倍晋三首相は、松田公太議員からの質問に対し、「同性婚」について「極めて慎重な検討を要するものと考えております」（甲A234[25頁、27頁]）との答弁を行った。

イ 安倍首相の答弁から4年が経過し、本件関連訴訟が提起された2019（平成31）年2月14日には、当時の山下貴司法務大臣が「同性婚を認めるか否かということについて、我が国の家族のあり方の根幹にか

かわる問題である、極めて慎重な検討を要するものというふうに考えているところでございます。」と答弁した(甲A83[23頁])。4年が経過するも、答弁の内容はほとんど深化することはなかった。

ウ 2019(令和元)年6月3日、国政野党3党は同性間の婚姻を可能とする民法改正法案(甲A84)を提出したが、審議が開始されることはなかった。同年10月7日、枝野幸男衆議院議員が、「既に同性婚を認める民法改正案を国会提出しております…。与党の皆さんは、常々、反対なら対案を出せと言っておられますので、まさか対案も出さずにたなざらしにすることはないと信じます」と呼び掛けたが(甲A246[2頁])、結局、審議入りすることはなく、提出された法案は、たなざらしにされたまま、廃案となった。

エ 同年10月23日には、山尾しおり衆議院議員が当時の河井法務大臣に対していわゆる同性婚について議論を開始すべきではないかと質したところ、同大臣の答弁は実に不誠実な答弁を行った。この質疑は、まさに法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障に関して理性的かつ建設的な議論が行われないことを如実に示すものであることから、概略とせず下記にその詳細を掲記する(なお、下線は上告人ら代理人による)。

山尾しおり 委員 立憲民主党	同性婚に関して「私がお伺いをしたいのは、現在の、現時点の法務大臣の認識です。婚姻の捉え方について、まずはお聞かせください。」
河井克行法 務大臣	「抽象的、定型的に子供を産み育てることが予定されていない同性カップルに、価値観が多様化している現代において、どの

	<p>ような保護を与えるべきかという点については、<u>子供を持つ予定のない男女の場合とは異なる、家族のあり方の根本にかかわる問題であるというふうに現段階で認識をしており、よって、慎重に検討すべきものだと考えております。</u></p>
--	--

山尾議員が上記のように質問したところ、河井法務大臣は、上記のとおり「同性婚」に関して慎重な検討が必要であると答えた。また、法務大臣だけでなく、副大臣、政務官さえも、慎重な議論・検討が必要であるという答弁を同様に繰り返したことから、山尾議員は、さらに踏みこみ、以下のような質問を行った（甲 A 2 4 0 [9 頁から 1 0 頁]）。

山尾委員	<p>「私としては、積極的な議論、検討をしてほしいんですけども、（中略）河井大臣にお伺いをします。（中略）じゃ、民法をもし変えましょうというふうになったときに、憲法を変える必要はあるんでしょうか」</p>
河井大臣	<p>「憲法第二十四条第一項、ここで、御承知のとおり、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立すると規定されておりますので、当事者双方の性別が同一である婚姻の成立を認めることは、憲法上想定されていないというふうに考えております。その上で、この憲法第二十四条第一項が同性婚を禁じているか否かにつきましては、<u>政府として、現時点において同性婚の導入を検討しておりませんので、具体的な制度導入を前提として、それが憲法に適合するか否かの検討も行っておりません。</u></p>

このような答弁から明らかになるのは、上記アのとおり、安倍総理大臣が 2 0 1 5 年（平成 2 7 年）2 月 1 8 日に「慎重な検討が必要である」と述べて以降、すでに 4 年以上の歳月が経過したにもかかわらず、政府

は「同性婚の導入を検討していない」「憲法に適合するか否かの検討も行って(いない)」ということである。

2019年(令和元年)6月に、法律上同性の者同士の婚姻を認める民法の一部改正案(甲A84)が野党から提出され、衆議院法務委員会に付託されているにもかかわらず、政府は同法案のみならず、法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障について全く検討していなかったし、その意思すら存在しなかった。

このようなことが明らかになったため、山尾議員は河井法務大臣らに、今後「同性婚」の導入に関する検討を始めるよう求めた(甲A240[10頁])。

山尾委員	「この同性婚の導入は検討する必要があると、政務官、副大臣、大臣、三人が口をそろえて言ってくれましたね。検討する必要があるんですよ。だったら、 <u>同性婚の導入を検討していただきたいし、したがって、憲法に適合するか否かの検討もしていただきたいんですけれども、やっていますか。</u> 」
------	---

しかし、それに対して、河井法務大臣は以下の通り、従前の答弁を繰り返した。

河井大臣	「先ほど私が御答弁したのは、日本の家族のあり方、家族観、そして家庭観の根本にかかわる重要な問題でありますので、 <u>慎重に検討を要するというふうにお答えをさせていただきました。</u> そういう観点から、現時点においては同性婚の導入を検討しておりませんので、 <u>具体的な制度導入を前提として、それが憲法に適合するか否かの検討も行っていないので、先ほど、冒頭御質問のありました憲法改正が必要かどうかという点につ</u>
------	---

	いても、検討も行っておりませんので、 <u>お答えするのはなかなか困難であるということでもあります</u> 」
--	---

山尾議員は検討を開始してほしい旨を申し入れたにもかかわらず、河井法務大臣は「同性婚」の導入を検討していないとの答弁を再び繰り返し、山尾議員からの質問に答えなかった。山尾議員は、質問に答えるよう、「同性婚」に関して導入するか否かの検討を開始するか否かを改めて申し入れる（甲A240 [10頁]）。

山尾委員	「質問に答えていないので、もう一回だけ言います。私だって、積極かつ丁寧、それを慎重といえは慎重でもいいんですけども、(中略)私は、丁寧な議論は必要だと思います。 <u>だけれども、検討をやはり要するんですよ。</u> 皆さんは、読んだのかもしれないけれども、でも、やはり議論はした方がいいと思っていますと思うんですね。検討を要するんだったら、 <u>今検討していないので、検討してもらえませんか。</u> (中略)やるべきだと思いますし、やっていただきたいんですけども、やっていただけますか」
------	--

それに対する河井法務大臣の答弁は以下のとおりである。河井法務大臣は、検討の時期についてまともや答えず、恣意的に答弁をはぐらかすものであった（甲A240 [10頁から11頁]）。

河井大臣	「先ほど申し上げましたとおり、慎重な検討を要する、大変重要な、日本の家族のあり方、社会のあり方、家族観、家庭観にかかわる大変重要な事柄でありますので、 <u>慎重な検討を要する。</u> とにかく、 <u>慎重な検討を要する</u> ということでもあります」
------	---

山尾議員は、河井法務大臣がはぐらかす答弁しかしないことに対して、繰り返し、検討の開始時期を問う（甲 A 2 4 0 [1 1 頁]）。

山尾委員	「慎重に検討するということと検討を先送りするということは違うんですね。 <u>検討を要するとおっしゃったので、いつから検討を始めていただけるか、教えてください。</u> 」
------	--

このように、山尾議員は、何度も「検討をいつから始めるか」を問う。それにもかかわらず、河井法務大臣は以下のとおり検討時期について明言することはなかった（甲 A 2 4 0 [1 1 頁]）。

河井大臣	「 <u>慎重に検討を要する</u> ということであります。」
山尾委員	「もう一回だけ聞きます。 <u>いつから検討を始めるのか、教えてください。</u> 」
河井大臣	「もう一度お答えをさせていただきます。 <u>慎重に検討を要する</u> 、そういう課題であるというふうに受けとめております。」

ここまでの答弁をみれば一見して明らかのように、河井法務大臣は頑なに検討時期について答えようとせず、実際に検討を開始するという言質を取られないように、細心の注意を払っていることがわかる。

それに対して、予算委員会の議長である松尾予算委員会委員長が、釈明を行った（甲 A 2 4 0 [1 1 頁]）。

松尾みどり 委員長	「それでは、大臣、お気持ちはわかりますけれども、慎重に検討を開始する、 <u>検討の時期も慎重なのかどうか</u> を含めておっしゃってください。」
--------------	--

それに対して、河井法務大臣は以下のように答弁した（甲 A 2 4 0 [1 1 頁]）。

河井大臣	「先ほど慎重に検討を要すると申し上げましたのは、 <u>検討するか否か、そのこと自体を含めて検討が必要であるという考えから先ほどの答弁をさせていただきました。</u> 」
------	---

河井法務大臣の答弁を善解すると、「慎重な検討が必要である」というのは、そもそも検討を開始するか否かに関して検討を要するとの意味であるとのことである。この答弁を理解することは困難であり、日本語として破綻している。政府は、野党議員の質問に対して真摯に回答しようとする姿勢がなく、導入はおろか、法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障に関する議論を開始する気すらないことを表しているというほかない（甲 A 2 4 0 [1 1 頁]）。

松尾委員長	「日本語としてはわかりました」
山尾委員	「いや、私、日本語としてもわかりませんし、 <u>検討を要する</u> ということが、 <u>検討するかどうかの検討を要する</u> というふうに日本語は読みません。（中略）だけれども、ちょっと考える、いつから始めるか、そうやって言っていたらいいと思います。もう一度御答弁ください。」
河井大臣	「繰り返しの御答弁になりますけれども、 <u>検討するか否か、それ自体を含めた検討が必要であると考えております。</u> 」

このように、河井法務大臣は、山尾議員から繰り返し検討時期について問われるも、「同性婚」に関する検討の開始時期を全く答えなかった。本質疑は2019年10月23日に行われたところ、この時点では、野党が法律上同性の者同士の婚姻を認める民法の一部改正案（甲 A 8 4）をすでに提出している。国民の代表たる議員で構成される野党が提出した法案に対して、政府として、真摯に検討するのは民主主義国家として

当然の要請である。それにもかかわらず、政府は、法案について何らの反応をせず、それどころか、山尾議員からの質問に対して、頑として検討の時期を明言せず、日本語として理解するのが不可能な答弁に終始した。

この時の質疑状況は、もはや理性的かつ建設的な議論が成立しておらず、政府担当者が議論すらも絶対に開始させまいという強い意思を表しているというべきである。まさに理性的かつ建設的な議論がなされていないことを示す好例である。

オ その後も状況は変わらない。2021（令和3）年3月、札幌地裁判決（甲A171）で違憲判断が示された際も、当時の菅義偉首相は「他にも同趣旨の裁判が行われている…。そういう状況でありますので、まさに…状況を見守る」と答弁した（2021（令和3）年3月19日参議院予算委員会議事録16頁）。

カ 2023（令和5）年3月、再度、野党が法律上同性のカップルの婚姻を可能とする民法改正案を国会に提出したが（甲A536、甲A523）、同法案についても、やはり審議されずに廃案となった。

キ 同年6月にはLGBT理解増進法が成立し、その第3条においては「等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重される」「不当な差別はあってはならない」との理念が謳われた。しかし、この法律の成立を受けても、法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障について、議論や検討が開始されることはなかった。

ク このように、2015（平成27）年に慎重な検討が必要であるとの答弁がなされてから10年以上が経過し、その間に司法府の違憲判断が重なり、法案まで提出されたにもかかわらず、政府与党が国会において真摯に審議に臨んだ事実はなく、検討を開始している確たる事実は存在しない。

(3) 司法府の役割

民主政は、何より国民の自由を擁護するためにあり、自由なくしては機能しないものである（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法 第八版』[16頁から17頁]）。憲法が掲げている理念は、単に多数者支配による民主政ではなく、自由を擁護し自由に支えられる立憲民主主義である（前文第1段）。多数決によって少数者の人権が損なわれてはならない。しかし、民主政の多数決はしばしば自らを傷付け、少数者の人権を危機に陥らせる。人口的に少数であるという意味に加え、本件のように少数者に対する偏見が作用する場合にはなおさら、上記でみたように、国会での理性的かつ建設的な熟議が困難となって、少数者の人権を蔑ろにさせる。

憲法は、このような事態を懸念し、権力分立の重要な柱として、最高裁判所に違憲立法審査の権限を認めた（憲法81条）。

そうであるならば、民主政のプロセスが適切に機能せず、本件のように、長く偏見のもとに置かれてきた性的少数者が政治過程に適切に代表されず、人権の危機にさらされ続けている場合には、違憲立法審査権が積極的に行使され、民主政の機能が回復されねばならない。それこそが、憲法の予定する三権分立と民主主義の姿であって、司法による違憲立法審査権の行使が躊躇されてはならない。

そして、このような状況こそ、まさに平成27年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決の寺田補足意見が述べた「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」がある場合を意味し、寺田補足意見を踏まえれば、本件は違憲立法審査権が積極的に行使されるべき場合である。泉元最高裁判事が「特定の宗教的、民族的、人種的少数者に向けられた立法…については、立法府の広範な裁量を認めることができない。(なぜならば)少数者に対する偏見のため、民主政の政治過程による保護が働きにくいものだから(甲A233 [71頁])」と指摘しているのも同趣旨である。

原判決60頁が指摘した「第一次的には国会が…国民の代表機関として自ら…選択決定をすること」が「求め」られているとの判示は誤りというほかない。

3 議論がなされていないことの意味

(1) なぜ議論されないのか

ここで、国会において議論されない理由に関して、合理的な理由が存在しないことについて述べておく。仮にそのような理由があれば、違憲立法審査権の行使を躊躇する要素になる可能性があるが、本件においてそのような合理的な理由は存在しないのである。

国会において理性的かつ建設的な議論がされないのは、トランスジェンダー、同性愛者等の性的少数者に対する差別的感情が原因となって議論自体が阻まれていることによるものと考えられ、違憲立法審査権の行使を躊躇するような要素は存在しない。

(2) 差別的感情の存在 (慎重な議論されることの合理的理由の不存在)

ア コンスタントになされる差別発言

トランスジェンダーや同性愛者等の性的少数者に対する差別発言は、下記 (肩書は当時) のとおり、これまでに幾度となく繰り返されている。

日付	発言者	発言内容	証拠
2015/ 11/29	鶴指海老名 市議 (自民)	「最近のマスコミの報道は倫理観に欠けている、(中略) 一例が同性愛とやらだ! 生物の根底を変える異常動物だということをしっかり考えろ!」	甲 A 227
2018/ 7/29	谷川衆議 (自民)	(性的指向・性自認について)「趣味みたいなもの」	甲 A 227 [2 頁]
2018/ 8/18	杉田衆議 (自民)	「彼ら彼女ら (L G B T のカップル) は子供を作らない、つまり『生産性』がないのです。そこに税金を投入することが果たしているかどうか。 ※その後、同議員は総務政務官を辞任するに際して「発言に対する信念を貫きたいと思う一方で、内閣の一員として迷惑をかけるわけにはいかない」と、自らの発言の「信念」を貫くことを強調している。	甲 A 227、 甲 A 580
2019/ 1	平澤衆議 (自民)	(同性愛者らの存在について)「国がつぶれちゃう」	甲 A 227 [3 頁]
2021/ 5	築衆議 (自民)	(性的少数者をめぐって)「生物学上の種の保存に反する」	甲 A 520
2022/ 9	渡辺 愛知県議	「同性結婚なんて気持ち悪い事は大反対!」	甲 A 581

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
 【リンクはご自由にお貼りください】
 東京二次訴訟上告審提出の書面です。

	(自民)		
2023/ 1/24	渡辺 愛知県議 (自民)	「同性婚が気持ち悪いと言って何がいけないんですか」「まともな人が思うことをありのままに投稿しただけ」	甲 A 582
2023/ 2/3	荒井 首相秘書官	「(同性婚に)反対している人は結構いる。秘書官室は全員反対で、私の身の回りも反対だ。」「同性婚導入となると、社会のありようが変わってしまう。国を捨てる人もいる」「僕だって(同性婚の人を)見るのも嫌だ。隣に住んでいるのもちょっと嫌だ」	甲 A 386

特に、2023(令和5)年2月1日、内閣総理大臣であった岸田文雄首相(当時)は、衆議院予算委員会において、「(同性同士の婚姻について、制度を改正するとなると)家族観や価値観や、そして社会が変わってしまう」と述べたことに伴い(甲A543)、同月3日には、荒井勝喜首相秘書官(当時)が、「見るのも嫌だ。隣に住んでいるのもちょっと嫌だ」と述べた。すぐに、首相秘書官を解任されたが、わずか5か月後の7月4日には、経産省通商政策局担当官房審議官という重要な役職に就任しており(甲A549)、荒井元秘書官の短期間での政権中枢への復帰は、政府の本音としては、荒井元秘書官の発言が問題であることを深刻に受け止めていなかったことを如実に示すものである。

上記に示す差別発言は、古いものでは約10年も前のものであるが、発言者、年齢、場所、役職それぞれが異なるにもかかわらず、恒常的に差別的な発言がなされている。このような状況に鑑みると、たまたま特異な議員等がいたからということで片付けることはできない。

政府・与党内の議員または人材には、トランスジェンダーや同性愛者等の性的少数者に対する偏見・差別心を宿している議員等が一定のグループとして、少なからず存在していることを示すものである。

イ 差別的なパンフレットの配布

また、2022（令和4）年6月ごろ、神道政治連盟国会議員懇談会の勉強会において（甲A292）、同性愛に関して「同性愛は…後天的な精神の障害、または依存症です。」「同性愛者の中にはアルコール中毒者が多く、健康状態が影響して短命となる傾向がある」などの説明が並ぶ文書が配布されたことがあった（甲A291、甲A294、甲A295）。

すでに「同性愛は人の自然な性のあり方の一つ」であり何らの障害を意味しないことは専門家の共通認識であるにもかかわらず（甲A3、甲A5[9頁]）、上記文書は、これまでの実証的科学の営為と知見や国際社会の共通認識を無視するものであった。神道政治連盟国会議員懇談会には、2022年7月末日時点では257人の衆参国会議員が所属しており（甲A292）、2025年12月24日時点においてもなお201人の国会議員が所属しており、国政、とりわけ政府与党に対して大きな影響力を持っている団体である。

そのような団体内において、誤りや偏見を含む差別的な内容の文書が配布された。2022年6月であれば、少なくとも、本件関連訴訟に関し札幌地方裁判所が違憲判決を言い渡し、「同性愛は、現在においては精神疾患とはみなされていない」と判示した時分である（甲A171）。日本では、裁判所が違憲判決を言い渡すことは極めて珍しく、上記判決は大きく報道された。それにもかかわらず、その判決内容を一顧だにせずに、上記のような文書が、堂々と配布されたのである。そして、現時点でも神道政治連

盟から本件文書の内容は誤りであったとして釈明されたり、撤回がなされた事実はない。神道政治連盟国会議員懇談会に所属する議員のうち、誤りや偏見を持っている議員が少なからず存在していると考えられる。

すなわち、この事実からも、国政に影響をもたらす政府与党内の人材には、トランスジェンダーや同性愛者等の性的少数者に対して無理解、偏見を有する議員が一定数存在すると考えられるのである。

(3) まとめ

国民のなかのいわゆる同性婚に関する世論調査では、2023年2月時点では無党派層による賛成は76.3%、自民党支持層においても60.3%が賛成している（産経新聞社等の調査。甲A352）。ほかにも日本経済新聞社による調査でも、65%の人が賛成し、自民党支持層では58%が賛成している（甲A471）。調査主体によって若干のばらつきがあるものの、いずれにせよ、与党である自民党の支持層を含んでもなお、世論の過半数は法律上同性のカップルが婚姻することについて賛意を示しているのである（上告理由書別冊A第10の1も参照）。それにもかかわらず、上記2で論じたように、国会においてはまるで理性的かつ建設的な議論が進んでいない。

ここで導かれる一つの仮説は、政府与党内に法律上同性のカップル、とりわけトランスジェンダーや同性愛者等の性的少数者に対する差別的感情を持っているメンバーが少なからず存在していることによって、（たとえ議員の数において過半数でなかったとしても）自らが有する嫌悪感をもとに、理性的かつ建設的な討議を開始することを阻害しようと画策しているのではないか、ということである。

確かにこれは一つの仮説にすぎないが、上記2で論述したように、2012年以来一貫して政府与党にあり続けた自由民主党は、野党議員に何度質問されても、(答弁者は異なるはずであるにもかかわらず)法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障に関して、検討「すら」行わない姿勢を示し続けている。実際に、石破茂衆議院議員は自民党総裁選に先立つ2024(令和6)年8月に著書を発表しており、同書ではいわゆる同性婚について「基本的人権の保障という観点から、権利を阻害されている国民が存在する以上は、最高裁の判決を待つまでもなく早急な法制化が必要ではないか」と語っていた。しかしながら、石破議員が、首相に就任すると、同年10月8日の参議院代表質問において、「国民一人一人の家族観とも密接に関わる。国民の意見や国会の議論、訴訟の状況を注視する必要がある」と答弁し、いわゆる同性婚に関する自身の見解からは大きく後退する態度を示すに至った。最も発言権があるであろう総理大臣かつ与党総裁であっても、結局、政府与党内において、法律上同性のカップルの人的結合関係の法的保障の問題について検討が開始されることはなかったのである。

この状況を最も論理的に説明できる仮説は、上記のとおり、偏見によって、理性的な討議をなんとしてでも阻害しようとする議員グループが存在しているという説明であろう。

したがって、今日にいたるまで、国会において法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障について検討が開始されていないのは、合理的な理由をもってして慎重な扱いがされているのではない。

そうであればこそ、この問題について国会が自主的に解決することは将来にわたって不可能というべきである。

まさに憲法は少数者の人権を保障するために、違憲立法審査権の行使を司法府に認めた。本件憲法違反によって、上告人らをはじめとする性的少数者は個人の尊厳に関わる重要な人格的利益を侵害され続けており、実際に国会による解決は不可能であり、その放置状況に合理的な理由が存在しないのであればなおさら、裁判所は違憲立法審査権を行使することに何ら躊躇する必要はない。

貴庁が積極的な判断を行わねば、法律上同性のカップルの人的結合関係に係る法的保障に関する問題が解決することはないのである。

4 三権分立との関係

日本では三権分立を採用しており、司法府は立法府のような直接の民主的基盤民主的基盤を持たない。司法は国会に対して、違憲立法審査権を持つにとどまり、あくまで、国会が制定した法律の憲法適合性を問うことが認められているに過ぎない。

しかしながら、本書第4の2で論じたとおり、本件諸規定が上告人らを含む法律上同性のカップルに対し現行の法律婚制度の利用を認めていないことが憲法に違反すると判断することは、必ずしも、現行の法律婚制度を構成する個々の規定について、法律上異性のカップルと全く同一に適用すべきことまでを意味しない。違憲判断は現行の法律婚制度を利用できないこと自体を問題視するものであり、法律上同性のカップルに対して個々の具体的な法的効果を全く同一に適用することまで意味するものではないからである。そのため、貴庁が主たる主張に関し違憲判断を行うことは、現行の法律婚制度と全く同一の制度が法律上同性のカップルに適用されることを自動的に意味するものでもなく、司法府に求められる違憲立法審査権の範囲を超えるものでもない。

また、従たる主張に関して違憲判断を行うことも違憲立法審査権の範囲を超えるものでないことは、本書第8の1(3)エで述べたとおりである。

5 違憲判決を行っても社会に混乱が起きないこと

なお、貴庁が違憲判断を行うことによって、社会に混乱が起きないことは言うまでもない。上記でも述べたように、世論調査では過半数を超える人が法律上同性のカップルが婚姻することについて賛成であるとしており、それによって混乱が起きるとは到底想定できない。また、2001年にオランダにおいて最初に「同性婚」が認められて以降、数々の国において同様の制度が成立しているが、これらの国において、有意に少子化になったとか、法律上異性のカップルの婚姻率が下がったといった結果は報告されておらず、大きな混乱も生じていない。

犯給法最高裁第3小法廷判決が言い渡され、法律上同性のカップルが実定法上の事実婚として保護を受ける場合があると判断されても、そのことによって、日本社会に大きな反対運動や混乱が起きたという事実も存在していない。

6 結論

本件憲法違反が生じている以上、貴庁が明快な違憲判断を下すことは急務である。

万が一にでも、貴庁が本件憲法違反を認めない判断をした場合には、事実上、国会における解決も絶望的に閉ざす結果を生むであろう。

合憲判断を行うことは、必ずしも国会における議論、立法政策による解決を閉ざすものではないはずだが、夫婦別姓に関して、貴庁が2015年

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京二次訴訟上告審提出の書面です。

(平成27年)12月16日に、民法750条に違憲性がないと判断したこと(平成27年夫婦同氏訴訟最高裁大法廷判決)によって、政府与党の
国務大臣は、「最高裁判決の多数意見は…合憲」であったことから「国民各層の御意見あるいは受け止め方や、国会における議論の動向も踏まえながら、慎重に対応を検討する必要がある(第190回国会衆議院法務委員会2016年3月9日岩城光英国務大臣の発言)」と答弁するなどして、議論を行わないことを正当化する口実として、貴庁の判断が用いられる結果を招いている。

国会が機能不全である以上、終審裁判所である貴庁によって本件憲法違反を解決することが求められているのである。

以 上

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】
【リンクはご自由にお貼りください】
東京二次訴訟上告審提出の書面です。

附 属 書 類

- 1 上告理由書 [第一分冊]、同 [第二分冊]、同別冊 A から F の副本
各 7 通
- 2 甲 A 第 9 4 8 号証及び同 9 4 9 号証、証拠説明書の写し
各 7 通