

【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

(第一分冊)

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 1	はじめに.....	7
1	事案の概要	7
2	原審の判断	7
第 2	上告理由の要旨	9
1	本件諸規定の違憲性に関する原判決の判断の誤り（主たる主張）	9
2	現行の法令が法律上同性のカップルに対し家族制度の利用を認める根拠規定を有しないことに関する原判決の判断の誤り（従たる主張）	12
3	第 3 以降の叙述の順序	13
4	本上告理由書の物理的構成	14
第 3	立法事実、憲法解釈の合理性を基礎づける事実等の整理	14
1	はじめに.....	14
(1)	本件の位置づけ	14
(2)	本第 3 の 2 以降の目的	16
(3)	記述の順序	18
ア	パート 1 の目的	18
イ	パート 2 の目的	21
ウ	パート 3 の目的	22
(4)	別冊の位置づけ	22
2	婚姻、次世代の育成保護の憲法上の位置づけ	23
(1)	はじめに.....	23
(2)	憲法 24 条は婚姻と子を産み育てることを切り離している	24
(3)	憲法前文第 1 文について.....	25
(4)	「産めよ増やせよ」の反省の上に制定された現憲法	27
(5)	民主政の基盤・多元的社会のインフラとしての婚姻制度	28

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	30
(1)	はじめに	30
(2)	原判決の問題点	32
ア	原判決は重要な事実を認定から落としている	32
イ	法律婚制度は「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」を規範によって統制する法制度と断定	34
ウ	現行民法の婚姻の要件及び効果についての評価の誤り	36
エ	戸籍法の編製単位が本件制度設計に基づくものであるとする理解の誤り	40
オ	憲法 24 条の位置づけが恣意的であること	41
カ	現行の法律婚制度の保護対象となる婚姻家族の実態	42
(3)	上告人らの主張	43
ア	原判決の判示	43
イ	現行の法律婚制度は生殖と子の養育のみを保護しているのではない ..	44
ウ	東京高裁判決（一次）も婚姻の目的を生殖の保護とは捉えていない ..	46
4	ここまでの小括	47
5	法律上同性のカップルの共同生活と子育て	48
(1)	「婚姻の本質」と法律上同性のカップルの共同生活	48
(2)	法律上同性のカップルによる子育てと次世代の育成保護機能	50
ア	はじめに	50
イ	子を産み育てるか否かは夫婦の自主判断にゆだねられている	50
ウ	法律上同性のカップルによる次世代の育成保護	51
エ	原判決の問題点	52
オ	親の性自認・性的指向と子の福祉	53
6	「当事者の異性性」は不可欠か、「婚姻制度の目的」	55

(1) 現行の法律婚制度における婚姻との関係.....	55
ア はじめに	55
イ 「婚姻の本質」との関係	55
ウ 次世代の育成保護機能との関係	56
エ 現行の法律婚制度の内容	58
オ 諸外国の例	59
カ まとめ	59
(2) 憲法との関係	59
(3) 「婚姻制度の目的」—まとめに代えて	62
7 正統な家族として認められることと個人の人格的存在との結びつき	62
(1) はじめに	63
(2) 結婚することと家族を持てること及びこれらと個人の人格的存在との間の強い結びつき	64
ア 「婚姻」によって「正統な家族」になるとの考えが浸透していること	64
イ 正統な家族として認められることと個人の人格的存在との結びつき ..	65
ウ 法律上同性のカップルも同様である	68
(3) 法律上同性のカップルの関係が法律上異性のカップルと等しく保護されることの特別な意味	69
(4) 原判決のダブルスタンダード	72
(5) 小括	74
8 法律上同性のカップルの被る不利益・困難	75
(1) はじめに	75
(2) 個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益の毀損	75
(3) 法律上・事実上の不利益	76

ア	法律上の不利益	76
イ	事実上の不利益	77
(4)	これらの不利益は他の制度等により解消され得ないこと	79
ア	原判決の誤り	79
イ	事実婚としての保護の限界	79
ウ	契約の締結その他代替手段による不利益の緩和の限界	81
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	83
(1)	はじめに	83
(2)	性的指向や性自認を理由とする差別の禁止規範の確立	84
ア	人の性の在り方に関する認識・法規範のコペルニクスの転換	84
イ	原判決の問題点	85
ウ	国際法における差別禁止規範の確立	85
エ	日本国内法上における差別禁止規範の確立	87
(3)	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	89
ア	はじめに	89
イ	国際的な動向	90
ウ	国際法上の規範の発展	92
エ	日本国内の動向	94
10	国際的な動向についての補足	97
(1)	はじめに	97
(2)	いわゆる「同性婚」を認めないことは憲法違反との司法判断	97
(3)	制度内容の差は憲法違反等とする司法判断	98
(4)	同じ内容でも別制度は憲法違反等とする司法判断	99

【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。

(5) まとめ	101
11 別制度が持つ問題	101
(1) はじめに	101
(2) 別制度とする合理的理由がないこと	102
(3) 別制度とすることにより生じる害悪	103
ア 差別を構造的に固定化すること	103
イ 性自認や性的指向の強制的な暴露につながること	104
12 法律上の性別の取扱いの変更要件緩和の評価	105
(1) はじめに	105
(2) 5号要件やホルモン治療という高い壁の存在	106
(3) 社会生活を送る上での障壁の存在	108
(4) 性別の取扱い変更をすると法律上同性同士となる相手との婚姻を希望する者の存在が捨象されていること	109
(5) 結論	110

第1 はじめに

1 事案の概要

本件は、法律上の性別が同性同士となるカップル（以下「**法律上同性のカップル**」という。）¹に対し現行の法律婚制度の利用を認めない民法及び戸籍法の諸規定（以下「**本件諸規定**」という。）が憲法24条1項、14条1項及び24条2項に違反する等の憲法違反が存在するにもかかわらず、国会が正当な理由なくこれらの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として、被上告人国に対し国家賠償法1条1項に基づき慰謝料の支払いを求める事案である。

本件と同様の訴訟が全国5地域（札幌、東京、名古屋、大阪、福岡）で提起され、本件を含め「結婚の自由をすべての人に」訴訟として知られている（以下「**結婚の自由をすべての人に**」訴訟」又は「**本件関連訴訟**」という。）。現在、本件及び本件関連訴訟計6件が貴庁に係属している。

2 原審の判断

原審は、上告人らの控訴審における憲法違反に関する主張のうち婚姻に係る部分に関し、要旨以下のように述べて、本件諸規定は憲法24条1項、14条1項、24条2項に違反しないとした。

- (a) （憲法24条1項関係）同性の者同士の結合関係が憲法24条の「婚姻」に含まれ、又はこれに同条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（原判決50頁）。

¹ 「法律上同性のカップル」という表記としていることの意味については、本書第3の1を参照されたい。

- (b) (憲法 1 4 条 1 項関係) 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に立って、夫婦が夫婦としてどうあるべきか、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二つの観点から、具体的な婚姻の要件及び効果を定めるというものであり、この立法目的は現時点でも合理性を有し、かつ、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。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 1 3 条、2 4 条に違反する結果にもなる。故に、本件諸規定による本件区別取扱いは、事柄の性質上、合理的な根拠に基づく(原判決 5 6 頁)。
- (c) (憲法 2 4 条 2 項関係) 異性の者同士の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る本件諸規定が、同性の者同士に係る家族に関する法制度を含まないとしても、現在の状況の下では直ちに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ということはできない(原判決 6 4 頁)。

また、上告人らの控訴審における憲法違反に関する主張のうち法律上同性のカップルに係る家族制度の不存在に係る部分については、要旨以下のように述べて、法律上同性のカップルに係る家族制度の不存在は憲法 1 4 条 1 項に違反しないとした。

- (d) 同性の者同士は、憲法 2 4 条 1 項により「婚姻」の自由を保障されるものではなく、同性の者同士に係る家族に関する法制度の創設は、同条 2 項により国会の立法裁量に委ねられており、そのような法制度が存在しないことが直ちに憲法 1 4 条 1 項に違反するものではない

(原判決 5 8 頁)。

憲法 2 4 条 2 項については独立した項目としては検討していないものの、本件諸規定が同項に違反するとは言えないとした理由と同様の理由に基づき法律上同性のカップルに係る家族制度の不存在は同項に違反しないとした (原判決 6 7 頁)。

そのうえで、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り、このままの状況が続けば憲法 1 3 条、1 4 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が、現時点では、まずは国会内で審議が尽くされるべきであり、直ちに国会の不作为が国家賠償法上違法の評価を受ける場合に当たるとはいえないとして、請求を棄却した (原判決 7 0 頁)。

第 2 上告理由の要旨

しかし、原判決の上記判断には以下のような憲法解釈の誤りがある (民事訴訟法 3 1 2 条 1 項)。

1 本件諸規定の違憲性に関する原判決の判断の誤り (主たる主張)

まず、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 2 4 条 1 項、1 4 条 1 項及び 2 4 条 2 項に違反する (以下「**憲法違反に関する主たる主張**」又は「**主たる主張**」という)。

すなわち、憲法 2 4 条 1 項は、憲法 1 3 条に由来し、「婚姻の本質」(一人と一人が「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」をいう (最大判昭和 6 2 年 9 月 2 日民集 4 1 卷 6 号 1 4 2 3 頁)。以下同じ。)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ことから、婚姻の自由を保障した。「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い。同条1項が「両性」や「夫婦」という文言を用いているのは、憲法制定当初、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・異常として劣ったものと位置づけ蔑視する認識が社会の在り方に強い影響を与えていたためであり、その保障対象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意図で用いられたものではない。そして、憲法制定後の社会状況等の変化をも踏まえて憲法の基本原理に即して解釈すると、今日、憲法24条1項は「婚姻の本質」を満たしうる法律上同性のカップルに対しても婚姻の自由を保障することがより一層明確になった。したがって、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は同項に違反する（上告理由書〔第二分冊〕第5）。

また、憲法14条1項は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止しているところ、本件諸規定の下における法律上同性のカップルに対する別異取扱いについては、①性自

認²、性的指向³及び性別という、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基づくこと、②歴史的に長らく差別を受けて来た人々（性的少数者）に対する区別であること並びに③婚姻に対する直接的な制約であって不利益は重大かつ深刻であることという事柄の性質に応じた合理的な根拠は認められないから、かかる別異取扱いは同項が禁止する法的な差別的取扱いに該当するものとして同項に違反する（上告理由書〔第二分冊〕第6）。

さらに、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「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て立法裁量を統制しているところ、法律上同性のカップルは、性的指向及び性自認又は性別という人格と一体不可分な要素を理由に婚姻から完全に排除され、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承認されることを拒絶されている。このような婚姻からの排除は「個人の尊厳」という超えてはならない限界を超えるものであるから、やむを得ない理由の存在が認められない限り、「個人の尊厳」に照らし許されない。そして、本件諸規定による法律上同性のカップルの婚姻からの排除については、「個人の尊厳」を侵すものであることを基礎付ける事情は優に認められる一方で、そうでないことを基礎付ける事情は認められないから、本件諸規定が法律上同性のカップルを婚姻から排除していることは同項に違反する（上告理由書〔第二分冊〕第7）。

² 性自認または性同一性とは、gender identity の訳語であり、人が有する自分の性別についてのアイデンティティ（個人に内在化された認識ないし感覚）のことを指す（訴状15頁）。

³ 性的指向（sexual orientation）とは、人の性のあり方のうち、人の性愛の意識が異性、同性のいずれに向くのか、双方に向くのかあるいは向かないのかという方向性をいう（訴状17頁）。

原判決は上記主たる主張のように判断すべきであったのにこれと異なる判断をしており、その点において、原判決には憲法解釈の誤りがある。

2 現行の法令が法律上同性のカップルに対し家族制度の利用を認める根拠規定を有しないことに関する原判決の判断の誤り（従たる主張）

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、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（以下、総称して「**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「**憲法違反に関する従たる主張**」又は「**従たる主張**」という。）。

なぜなら、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「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」である。ところが、現行の法令の下では法律上同性のカップルが利用できるそのような制度は全く存在しない。これは、上記の「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」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、憲法制定後の社会状況等の変化、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がないこと、法技術的にも困難はないことなどをも踏まえると、そのことに個人の尊厳と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からである（上告理由書〔第二分冊〕第8）。

原判決は上記従たる主張のように判断すべきであったのにこれと異な

る判断をしており、その点において、原判決には憲法解釈の誤りがある。

3 第3以降の叙述の順序

以下では、本書第3において、まず、本件の「結婚の自由をすべての人に」訴訟における位置づけについて述べる。そのうえで、上告理由書〔第二分冊〕第5以降で展開される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、婚姻として保護を受けるためには子を産み育てることが必須の要素なのかといった基本的な事項に関しどのような評価がされるべきかを整理する。これは、原判決と本件関連訴訟の一連の高裁判決とで結論を異にした大きな理由の一つとして、憲法解釈論の前提となるこれらの事実や評価における違いがあると考えられることによる。

次に、原判決には上告人らの憲法違反に関する主張に関する基本的な事項について誤った理解が散見されることから、主たる主張に関しては上告理由書〔第二分冊〕第4において、従たる主張については同第8において原判決の誤りを指摘するとともに、上告人らの憲法違反に関する主張を補足して説明する。そのうえで、主たる主張との関連で、上告理由書〔第二分冊〕第5において憲法24条1項違反について、同第6において憲法14条1項違反について、同第7において憲法24条2項違反について述べる。その後、従たる主張について同第8でまとめて述べる。

最後に同第9において司法の積極的判断が求められることについて述べて、本上告理由書を締めくくる。

4 本上告理由書の物理的構成

本上告理由書は大部であるため分冊化している。具体的には以下のとおりである。

第一分冊	第 1 から第 3
第二分冊	第 4 から第 9
別 冊	A から F

第 3 立法事実、憲法解釈の合理性を基礎づける事実等の整理

1 はじめに

(1) 本件の位置づけ

上告理由の詳細に関する論述を始めるにあたって、まず、本件の「結婚の自由をすべての人に」訴訟における位置づけについて述べる。

本件を含む「結婚の自由をすべての人に」訴訟は「同性婚訴訟」と呼称されることがあり、一連の訴訟ではもっぱら“同性愛者”の婚姻の自由の侵害、現行の法律婚制度からの排除等の違憲性が争われていると理解されることがある。しかし、それは正確な理解ではない。トランスジェンダーやパンセクシュアルなどその他の性的少数者も法律上同性の相手と婚姻を望むことがあり、婚姻の自由の侵害、現行の法律婚制度からの排除等の違憲性が問題になるからである。

本件は、上記の点について明確に問題提起するため、同性愛者だけでなく、トランスジェンダーやパンセクシュアルなど多様な性自認、性的指向を有する性的少数者が当事者となって提起された訴訟であり、「法律上同性の相手との婚姻を望む性的少数者一般」の問題として、婚姻の自由の侵害、現行の法律婚制度からの排除などの違憲性を争っている。性的指向に

加えて性自認に関する科学的知見や社会規範の変化に関する主張を展開し、憲法14条1項適合性について性的指向に基づく差別に加えて性自認に基づく差別の存在を主張するなどしているのはこのためである。

また、本件では単に「同性カップル」、「異性カップル」と表記せず、「法律上同性のカップル」、「法律上異性のカップル」といった用語を用いている。単に「同性カップル」と表記してしまうと、トランスジェンダー男性である上告人一橋とそのパートナーである上告人武田らのように、法律上の性別は同性同士であるが自身は異性カップルと認識しているカップルが漏れてしまい、適切ではないためである。

このように本件では、いわゆる「同性婚」の問題に関し、より一般性がありかつ包括性のある憲法判断が可能となるように争点を設定しており、その点で固有の意義がある。また、用語についてもその争点設定が適切に反映されるように工夫をしている⁴。

これらの点を意識したうえで本件について審理し、判断していただきたい。

⁴ トランスジェンダー、同性愛などの用語の意味についても念のため述べておく。

人には、社会や法律によって出生時に「割り当てられた性別」がある（生物学的な特徴をもとに割り当てられることとされている）ところ、性自認とこの割り当てられた性別とが一致する場合もあれば一致しない場合もある。両者が一致せず、割り当てられた性別に不適合感を持った（性別違和（gender dysphoria）ともいう）、自認する性別の通り生きることを望む場合はトランスジェンダーと呼ばれる。他方、性自認と割り当てられた性別が一致する場合はシスジェンダーと呼ばれる（訴状15頁から16頁）。

同性愛は、性愛の意識が同性に向かうものをいい、異性愛は性愛の意識が異性に、両性愛は双方に向かうものをいう（訴状17頁から18頁）。性愛の意識が向くかどうかに関し、相手の性別がどのような性別かは重要ではない場合もある。そのような性的指向をパンセクシュアルという（訴状18頁）。

(2) 本第3の2以降の目的

本第3の2以降では、上告理由書〔第二分冊〕第5以降で展開される憲法解釈論の前提となる事実や基本的な事項についての評価を整理する。具体的には、①明治民法や現行の民法・戸籍法の制定の経緯や現行憲法制定時の議論などの立法事実に加え、②憲法解釈の合理性を基礎づける社会的、経済的、文化的、歴史的事実（以下「**憲法解釈の合理性を基礎づける事実**」という。）⁵を整理するとともに、③それらの事実を踏まえて、婚姻として保護を受けるためには子を産み育てることが必須の要素なのか、婚姻の当事者の異性は必須の要素かといった基本的な事項に関しどのような評価がなされるべきかを整理する。

憲法解釈論の詳細に入る前にこれらの事実や評価を整理するのは、原判決と本件関連訴訟の一連の高裁判決とで結論を異にした大きな理由の一つとして、憲法解釈論の前提となるこれらの事実や評価における違いがあると考えられるためである。

一見すると、原判決は立法事実や憲法解釈の合理性を基礎づける事実に関し詳細な認定をしているかのような体裁をとっている。しかし、本第3の2以降の各パートでも指摘するように、その実、結論を左右する重要な事実で争いが無いにもかかわらず、自らが妥当と考える結論に不都合なも

⁵ 憲法解釈の合理性を基礎づける事実の重要性は学説においても指摘されている。例えば、高橋和之教授は、「こういった社会的・経済的・文化的・歴史的事実は、憲法解釈の合理性を支える事実であり、立法の合理性を支える事実ではありませんから、立法事実ではありません。しかし、だからといって、裁判所の憲法解釈がこういった事実を基礎にする必要がないということにはならないと思います。それどころか憲法解釈を条文の観念的操作によって行うことを避け、十分な事実の上に基礎づけることが、解釈論論争を不毛な論争にしないためにも不可欠のことと思います。」と述べる（高橋和之・憲法判断の方法（有斐閣、1995年）13頁）。

のを認定から落としたり⁶、結論に都合が良いようにバイアスがかかった評価をする⁷などしている箇所が多々見られる。これらの点だけでも、原審裁判所が果たして本件に対し公正かつ公平な態度で向き合ったかについて大きな疑念がわくところである。

東京高裁判決（一次）（甲 A 7 1 0）は、「婚姻をすることで、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すものであり、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」であると認定した（同 4 6 頁から 4 7 頁）。現状、法律上同性のカップルは、婚姻から排除され、そのことによって婚姻の自由やまさにその「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益」が合理的な理由なく「剥奪」⁸され、その個人の尊厳が毀損され続ける状況に置かれている。

⁶ その代表例として、明治民法以来現在に至るまで、自然生殖能力の有無が婚姻の要件とされたことも、自然生殖能力がないことが離婚の要件とされたこともないという事実を原判決は全く認定していないことが挙げられる。

⁷ その代表例として、原判決が婚姻の実質的要件の多くは、婚姻が子の生殖を目的とする結合関係であることを前提にしたものとなっていると評価したことが挙げられる（同 2 8 頁）。しかし、原判決が掲げる婚姻の実質的要件、すなわち、婚姻適齢（民法 7 3 1 条）、重婚（民法 7 3 2 条）、再婚禁止期間（民法 7 3 3 条 1 項）、近親婚の禁止（民法 7 3 4 条から 7 3 6 条）のうち、婚姻の当事者間で自然生殖能力があることが前提となっていると解しうるのは、控訴審の口頭弁論終結日である 2 0 2 5 年 5 月 2 0 日時点では、民法 7 3 4 条 1 項で禁止されている直系血族との婚姻の禁止のみである。再婚禁止期間は、民法等の一部を改正する法律（令和 4 年法律第 1 0 2 号）による改正（2 0 2 4 年 4 月 1 日施行）によって廃止されている。

⁸ 本件の第一審判決は、「法律上、同性カップル等が婚姻による法的利益と同様の法的利益を享受したり、社会的に公証を受ける利益を享受したりするための制度も何ら設けられていないのは、同性カップル等が、自己の性自認及び性的指向に即した生活を送るという重要な人格的利益を、同性カップル等から剥奪するものにほかならない」と評価している（同 4 1 頁）。

本件は、このような状況に対し法律上同性のカップルにも婚姻を保障することによって憲法上の救済を与えるべきではないかについて、最高裁が正面から答えることが求められている。その前提として、関連する立法事実、憲法解釈の合理性を基礎づける事実の正確な把握が不可欠であり、それらを踏まえて基本的事項に関する評価を適正に行うことが欠かせない。これは憲法解釈のプロである最高裁判事にとっては当然のことであると思われるが、原審裁判所の態度が極めて残念なものであったため、今一度、強調しておきたい。

(3) 記述の順序

ア パート1の目的

本第3の2以降は、大きく分けて3つのパートに分かれる。

まず、パート1では、「婚姻制度の目的」、すなわち、婚姻制度はそもそも何を法的に保護するための制度であるのかについて整理する。なお、「現行の法律婚制度の目的」とせず、「婚姻制度の目的」としているのは、この問題は、現行の法律婚制度が何を法的に保護しているのかだけを考慮すればいいのではなく、憲法と生殖・次世代の育成保護との関係、法律上同性のカップルの共同生活と子育ての実態、「婚姻の当事者の異性性」は「婚姻」にとって不可欠の要素なのかといった事項をも考慮して結論を導く必要があるからである。

このパートを担うのは下記2から下記6である。

下記2では、①婚姻、次世代の育成保護の憲法上の位置づけについて整理する。結論として、憲法24条1項の文言からすれば、憲法は婚姻と子を産み育てることを切り離していること、憲法が次世代の育成保護に関心を持っているのは確かであるが自然生殖によるものに限っておらず、自然

生殖関係を特に保護し、優遇することを命じたりもしていないこと、婚姻が民主政の基盤と位置づけられることからすれば、婚姻が「婚姻の本質」を満たす人的結合関係に広く開かれることを憲法は予定していることを述べる。

下記3では、②現行の法律婚制度がどのような人的結合関係に法的保護を与えているのかについて整理する。原判決は、一組の男女が婚姻すれば子を産み育てることは当然であり、それを行う人的結合関係、つまり「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」のみに法的保護を与えるために現行の法律婚制度が制度設計されているかのように論じる。婚姻した夫婦による子の生殖と養育が社会の次世代の構成員の確保につながる重要な社会的機能を果たしてきたことは確かであり、そのような関係に対し法的保護を与えることには合理性がある。しかし、ここでの問題はこの点の合理性の有無ではない。ここで問われるべきは、現行の法律婚制度の下で法的保護の対象となるのは「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」のみなのかということである。そもそも、明治民法以来、子を産み育てるか否かは婚姻の要件とも、離婚の要件ともされてこなかった。子を産み育てるか否かにかかわらず、婚姻届をすることで法律上異性のカップルは現行の法律婚制度による法的保護の対象となる。また、婚姻した法律上異性のカップルが養子を迎え、子を育成保護することになる場合には、その子に嫡出子としての身分が与えられ、実親子関係と同様、その親子関係に対し法的な保護が与えられる。これらのことからすると、現行の法律婚制度の下では、(a)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おり、(b)その一組の法律上の男女が次世代の育成保護を行うこととなる場合は、「婚姻」と「親子関係」を結びつけることに

よって、そのような関係も法的に保護していると整理するのが、客観的な整理であることを述べる。

現行の法律婚制度の下で何が法的に保護されているかについて上記のように整理されるとすれば、次に、③法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を満たす関係にあるのか、④法律上同性のカップルも次世代の育成保護機能を果たしうるのかが問題となる。そこで、下記5において、これらの点について整理し、結論として、上記の点に関し、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間に何ら本質的な違いがないことを述べる。

さらに、現状、現行の法律婚制度の下では一組の法律上の男女のみが法的に保護されているところ、⑤「婚姻の当事者の異性性」は「婚姻」にとって不可欠の要素なのかも問題となる。そこで、下記6(1)、(2)において、この点を整理し、結論として、婚姻の当事者が法律上異性同士の組合せであったのはこれまでそうであったにすぎず、「婚姻の当事者の異性性」は「婚姻」にとって不可欠の要素とは言えないことを述べる。

最後に、下記6(3)において、以上の検討を踏まえれば、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こと、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ことを述べる。

イ パート2の目的

パート2では、法律上同性のカップルにも憲法上の「婚姻」の保障が及びうるか、「婚姻」あるいはそのほかの家族制度の保障にとどまるのか、あるいはそれらすら保障していないのかに関し、憲法24条1項、2項、14条1項の観点から考えるにあたって踏まえるべきその他の基本的な事項について整理する。このパートを担うのは下記7から下記11である。

まず、⑥法律上同性のカップルが婚姻から排除されていることにより、憲法上どのような権利・利益が侵害されているのかなどが問題となる。その観点から、下記7において、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にとっても正統な家族として認められることが「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」であり、法律上異性のカップルと同等な存在として扱われることが法律上同性のカップルの個人の尊厳の回復にとって不可欠であることを述べる。また、下記8において、法律上同性のカップルが婚姻から排除されていることにより上記の「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」が侵害されるだけでなく、法律上同性のカップルの個人の尊厳が毀損されていること、その他にも重大な法的効果を付与されず、法律上同性のカップルは法的に不安定な状態に置かれているなど、法律上同性のカップルが深刻な不利益を被っており、既存の制度では代替できないことを述べる。

次に、⑦憲法制定後の社会状況等の変化により、性的少数者を取り巻く法規範・規範意識がどのように変化してきたのかが問題となる。その観点から、下記9において、日本国内において、性自認・性的指向に基づく差別が禁止されることが法規範として確立しており、それは家族制度の分野においても同様であることを述べる。また、このような法規範・規範意識の変化は国際的な動向の強い影響を受けているところ、原判決は重要な動

向について認定から落とすなどしている。この点を下記 10 において述べる。

最後に、⑧法律上同性のカップルに対し、現行の法律婚制度ではなく、それとは別の制度の利用を認めるということがどのような問題を持つかが問題となる。この観点から、下記 11 において、現行の法律婚制度はほぼそのままの内容で法律上同性のカップルにも適用が可能であり、別制度とする合理的な理由がないこと、別制度とする場合、性的少数者に対する差別を固定化する等看過し難い害悪を生じさせることを述べる。

ウ パート 3 の目的

最後のパート 3 では、上記の各パートで取り上げられなかった原判決の事実誤認について取り上げる。

その観点から、下記 12 において、「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。)に係る最大決令和 5 年 10 月 25 日民集 77 卷 7 号 1792 頁(以下「**特例法生殖不能要件違憲最高裁大法廷決定**」という。)後もなおトランスジェンダーにとって性別変更は容易ではないことを述べる。

(4) 別冊の位置づけ

上記のとおり本第 3 の 2 以降で述べる事項は多岐にわたり、その内容も詳細に立ち入るとかなりの分量となる。本来であればそれらについても本文で述べるべきであるが、それでは憲法違反の主張にたどり着く前に息切れしてしまう可能性がある。そこで、本文ではなるべく簡潔にポイントを述べることとし、より詳しい内容に立ち入っていただきたい点については適宜別冊を用意し、そちらを参照していただくようにした。本文を読むに

あたって適宜これらの別冊を参照していただきたい。

2 婚姻、次世代の育成保護の憲法上の位置づけ

(1) はじめに

前述のとおり原判決は上告人らの原審での憲法上の主張をすべて排斥したが、その背景には、現行の法律婚制度が法的保護の対象としているのは「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」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垣間見える⁹。

しかし、以下に述べるとおり、憲法は婚姻と子を産み育てることを切り

⁹ 例えば、原判決は、憲法24条の「婚姻」は、憲法改正当時、社会的承認を受けていた歴史的、伝統的な婚姻形態である異性間の人的結合関係であると判示するが（同46頁）、その前提には、「男女の性的結合関係による子の生殖は、現時点においてなお、人の種を保存し、世代を超えて人間社会を維持する上で社会的承認を受けた一般的な方法」であり、「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」であって、「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り、「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、伝統的には、単純な男女の性的結合関係ではなく、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」（同20頁から21頁）という考え方があると解される。

また、原判決は、憲法14条1項適合性判断において、上告人らの主張を排斥するためには、法律上同性のカップルが現行の法律婚制度から排除されていることの合理性を検討しなければならないにも関わらず、それを行わず、もっぱら「一の夫婦とその間の子」に法的保護を与えることの合理性のみを論じ、それをほぼ唯一の理由として上告人らの主張を排斥している（同55頁から56頁）ところにも、そのような思考が表れている。

離している。また、憲法が次世代の育成保護に関心を持っていることはたしかであるが、自然生殖によるものに限っておらず、自然生殖関係を特に保護し、優遇することを命じたりもしていない。むしろ、婚姻が民主政の基盤と位置づけられることからすれば、子を産み育てるかにかかわらず、婚姻が「婚姻の本質」を満たす人的結合関係に広く開かれることを憲法は予定している。

(2) 憲法 24 条は婚姻と子を産み育てることを切り離している

憲法において「婚姻」に関する明文の規定があるのは 24 条のみである。しかし、同条は「婚姻」を定義しておらず、「婚姻」が「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」を保護する制度であると規定していない。憲法が想定する「婚姻」がどのような趣旨・目的の制度であるかは、解釈の問題となる。

この点、憲法 24 条 1 項は、婚姻は「両性の合意のみによって成立」と定め、子を産み育てる意思や能力があることを婚姻の要件とすることを禁じている。また、子を産み育てるか否かはその人の人格に深く関わる人生の重要な選択であり、その自由は憲法 13 条によって保障されていると考えられている。よって、子を産み育てる意思や能力があることを婚姻の要件としたり、婚姻した場合は必ず子を産み育てなければならないとすることは、憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳」にも反することになる。本件関連訴訟の福岡高裁判決（甲 A 8 3 5）も「かつては社会が血縁的な共同体を基に成り立っており、共同体の維持・存続のため、婚姻することと子を産み育てることが直結していた」が、現行の憲法の下においては「婚姻は両当事者の自由な意思に完全に委ねられており、血縁集団の維持・存続といった目的からの介入は一切許されないことは憲法 24 条から明ら

かである。」と判示している（同 14 頁）。

これらのことからわかるように、憲法は婚姻と子を産み育てることを切り離しており、「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が憲法の想定する「婚姻」であるとは言えない。

(3) 憲法前文第 1 文について

原判決は「われらとわれらの子孫のために（中略）この憲法を確定する。」とうたう憲法前文を持ち出して、「国家は、国民社会が世代を超えて維持されることを前提とするものである」とし、「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がなく・・・、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」などと判示する（同 55 頁）。これは本件諸規定が憲法 14 条 1 項に違反するかを検討する中で、本件諸規定の立法目的の合理性を論証するための記述であるが、原判決の関連個所¹⁰の記述と合わせ検討すれば、憲法の想定する「婚姻」は子孫を残し続けるためだけの制度であり、それゆえ「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」のみを保護するのだという考え方が根底にあることがうかがわれる。

国家社会の維持存続のため、次世代の育成保護が必要なことは当然であり、婚姻した夫婦による子の生殖と養育が社会の次世代の構成員の確保につながる重要な社会的機能を果たしてきたことは確かである。しかしながら、原判決の考え方を裏付けるため、憲法前文第 1 文の「われらとわれらの子孫のために」という文言を援用するのは、牽強附会と言うべきである。

¹⁰ 原判決第 3 の 3 (1) (20 頁から 21 頁)、同第 4 の 1 (2)イ (45 頁から 47 頁) 参照。

すなわち、憲法前文第1文は「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたって自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。」と定めており、我が国が無謀な戦争によって自国民、他国民に多大な損害を与え、それが明治憲法体制下において引き起こされたという反省の上に立って、日本国憲法は、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義という基本原理に基づいて制定されることを宣言した規定である（芦部信喜・憲法（第8版）[35頁から36頁]、芹沢ら編・新基本法コンメンタール憲法[7頁から8頁]、法学協会編・註解日本国憲法（上巻）[51頁から53頁]）。「われらとわれらの子孫のために」とは、現在の世代のみならず、将来にわたって、「自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにする」ために日本国憲法を定めるといふ趣旨であつて、「婚姻」により自然生殖関係を特に保護したり、優遇することを命じたりするものではない。憲法の想定する「婚姻」が子孫を残し続けるためだけの制度であり、それゆえ「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」のみを保護すると解釈する根拠とは到底なり得ない。

むしろ、憲法前文第1文は、誰もが「自由のもたらす恵沢」を享受できるように日本国憲法を制定するというのであるから、「憲法は、誰もが、性的指向や性自認に関わらず、婚姻の本質を伴う人的結合関係を形成しうる相手方と婚姻する自由を保障しており、そのような自由を享受できるような法制度の構築を要請している」という上告人らの主張に沿うものであると言ふべきである。

木下昌彦教授は、2025年11月28日のXにおける投稿において、原判決に対する批判として、「われらの子孫のくだりは、自由のもたらず恵沢を子孫もまた確保できるよう憲法を定めたことを記すもの。それは子孫を残し続けなければならないという呪いではなく、われらの子孫として生まれた者たちが同性愛異性愛を問わず婚姻の自由を全うし差別から解放されることを希望する祈りの言葉ではなかったか」と述べている¹¹が、妥当な批判である。

(4) 「産めよ増やせよ」の反省の上に制定された現憲法

憲法が婚姻と子を産み育てることとの関係をどのようにとらえているのかを考察するにあたっては、現行憲法が戦前の「産めよ増やせよ」の反省の上に制定されたことを踏まえることも不可欠である。

明治民法によりわが国に近代的法律婚制度（自由な意思による婚姻、一夫一婦制を原則とする制度）が導入されたが、家族関係については「戸主が家族の婚姻等に同意権をもつなど身分上の監督権を有し、相続において『長子』や『男子』を優先するなど、封建的『家』制度が家族関係を支配し」（木下ら編・新コンメンタール憲法（第2版）（甲A164）〔301頁から302頁〕）、「自由な意思による婚姻」の原則は大きな制約を受けていた。「一夫一婦制」についても妻は夫の従属的地位に置かれており、妻の姦通は離婚原因であるのに夫の姦通は離婚原因とされず、刑法上の姦通罪も夫の姦通については相姦者（姦通の相手方）が人妻である場合以外は処罰しなかった。その背景には、家の後継ぎを確保するために、夫婦間に子、とりわけ男子が生まれえない場合、夫は妻以外の女性と関係をも

¹¹ https://x.com/con_law_masa/status/1994395953537966587?s=61&t=iz-7D5BBY1CVxezxMmj7RQ

ち男子をもうけることが黙認ないし推奨されたという事情があった（二宮意見書（甲 A 1 4 5） [7 頁] ）。夫の認知を受け、戸主の同意を得て夫の家に帰属した婚外子（庶子）と妻（嫡母）との間には親子間における同一の親族関係が生じ（明治民法 7 2 8 条）、妻は嫡母として後継ぎである庶子の養育を求められた（二宮意見書（甲 A 1 4 5） 同上）。

家の後継ぎの確保に加え、富国強兵のためには多くの労働者と兵士が必要であり、戦争に突き進む中で、女性は事実上出産を強制された（二宮意見書（甲 A 1 4 5） [1 8 頁から 1 9 頁]、鹿野政直・堀場清子『祖母・母・娘の時代』（岩波書店、1 9 8 5）（甲 A 1 6 5） [1 2 3 頁、1 6 4 頁]、国立社会保障・人口問題研究所「厚生省の優良多子家庭表彰並附帯調査」人口問題研究 1 卷 3 号（1 9 4 0—6）（甲 A 1 6 6） [7 3 頁] 等）。

このような歴史の反省から、「『家』制度を解体して、家族関係に個人の尊厳と平等を確立することが、日本国憲法制定にあたっての課題」であった（木下ら編・新・コンメンタール憲法（第 2 版）（甲 A 1 6 4） [3 0 2 頁]、長谷部編・注釈日本国憲法（2）（甲 A 5 3） [4 9 7 頁] も同旨）。

以上のような歴史的経緯を経て憲法が制定されたことを考えても、憲法は婚姻と子を産み育てることを切り離していると解される。

(5) 民主政の基盤・多元的社会のインフラとしての婚姻制度

現行の憲法は、家族のあり方を個人が自律的に決定する権利を保障している。そのことは、憲法 2 4 条 2 項が、婚姻及び家族に関する事項に関して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るにとどまらず、わざわざ同条 1 項で両性の合意のみに基づいて成立すると定めたこと及びその歴史的背景に端的に表れている。

では、何故、憲法は、家族のあり方を個人が自律的に決定する権利を保障するのか。

一つは、個人の自己実現の上で重要な意義を有し、その意味で幸福追求（憲法13条）のために不可欠であるからである。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、上記のような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」（同16頁）と述べ、その他の本件関連訴訟の高裁判決も同趣旨を述べるのは上記の趣旨であろう。

しかし、それにとどまらない理由がある。それは、民主主義の基盤である社会の多元性を確保するために必須であるからという理由である。人は、婚姻や家族との生活という自身のいちばん身近な生活の場で、自らの価値観や個性に基づく選択が許され、ありのままの姿で家族として承認されることで、社会の一員であることや自らにその責任を果たす力があることを意識し実感する。このことは、人が政治に参加し社会貢献の意欲を持つことに繋がる。また、共同生活をしようとする当事者がその社会に共通の制度により公証され保護を受けることは、その家族にとって、地域や学校、医療や福祉ほか行政との関係でスムーズに意思疎通しサービスを受けることを可能にする。周囲の者においても、共通の制度を前提に人間関係を説明されることで、相手のプライバシーに必要以上に立ち入ることなく、予測可能性をもって安心して関わりを持つことができる。これにより、その家族は地域社会の一員として地域社会に参画できるようになる。このように、当事者の意思が合致しさえすれば、その個性や価値観を問うことなく、どんなカップルでも利用することができる家族形成の仕組みは、人

が政治に参加し社会貢献の意欲を持ったり、地域社会に参画できるようにするうえで重要な役割を果たし、その意味ですべての人が「個人として尊重される」多元的かつ公正な社会にとって必須の基盤（インフラ）として機能する。婚姻は、婚姻をする者の幸福追求にとどまらない重要な役割を担っているのである。芦部教授が「家族のあり方を個人が自律的に決定する権利を保障することによって、はじめて民主主義の基盤である社会の多元性の確保が可能となる」（芦部信喜・憲法学Ⅱ 人権総論（有斐閣、1994年）（甲A17）〔393頁〕）と述べるが、まさにこの趣旨と理解される（訴状27頁から29頁参照）¹²。

このように、現行の憲法の下では、民主政の重要な基盤である社会の多元的かつ社会の必須の基盤の一つとして位置付けられており、その意味で子を産み育てるかにかかわらず、婚姻が「婚姻の本質」を満たす人的結合関係に広く開かれることを憲法は予定している。しかし、原判決のように、婚姻を「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解することは、それ以外の家族の在り方を否定することにつながり、家族としての在り方が多様化している現在においてかえって民主政の基盤を掘り崩す。

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

(1) はじめに

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

¹² 法学協会編・注解日本国憲法（甲A19）も「憲法が特にこれを掲げたことは、国民の家族生活のあり方が、憲法の基調とする民主主義の完成に、重大な関係があると認めたからである。」と述べる（同470頁）

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」と述べる（同53頁）。原判決は、「一の夫婦とその間の子」を「一組の法律上の男女と自然生殖によりその間に生まれ、養育される子」を指すものとして用いているが、現行の法律婚制度が本件制度設計に立って構築されたということは、要するに、現行の法律婚制度は「一組の法律上の男女と自然生殖によりその間に生まれ、養育される子」のみを「社会の基礎的な構成単位」として考え、これのみを保護することを目的とした制度であるという趣旨を述べるものと解される。

しかしながら、現行の法律婚制度の下では、子を産み育てるか否かにかかわらず、一組の法律上異性のカップルは婚姻届をすることにより「婚姻」としての法的保護を与えられている。また、婚姻した法律上異性のカップルが養子を迎え、子を育成保護することになる場合には、その子に嫡出子としての身分が与えられ、実親子関係と同様、その親子関係に対し法的な保護が与えられる。「一の夫婦とその間の子」のみが法的に保護されるとは解し得ない。これらのことからすると、現行の法律婚制度の下では、(a)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おり、(b)その一組の法律上の男女が次世代の育成保護を行うこととなる場合は、「婚姻」と「親子関係」を結びつけることによって、そのような関係も法的に保護していると整理するのが、客観的な整理である。現行の法律婚制度が何に法的な保護を与えているのかに関する原判決の整理は誤っている。

以下では、まず、原判決の問題点について述べ（下記(2)）、その後、上告人らの主張を述べる（下記(3)）。

(2) 原判決の問題点

ア 原判決は重要な事実を認定から落としている

原判決は上記判示をするにあたって、明治民法以来の我が国の法律婚制度について、一見詳細な事実認定をしているかのように見える（原判決 20 頁から 34 頁）。しかし、以下のとおり、原判決にとって都合の悪い重要な事実を認定から落としている。

(a) 我が国の民法が、生殖の能力、意思を婚姻の要件等にしていないことを無視

明治民法においても、昭和 22 年民法改正においても、現在の民法に至るまで、生殖能力を有することや子をもうける意思があることは婚姻の要件とされず、生殖能力を有しないことや子の無いことが婚姻の無効・取消事由又は離婚原因とされることもなかった。このことは争いのない事実であり、現行の法律婚制度の下、どのような人的結合関係が婚姻として法的に保護されているのかを理解する基礎となる重要な事実である。本件関連訴訟の他の多くの判決もこれらの事実を認定している¹³。しかし、原判決はかかる事実を一切認定していない。

(b) 子の出生は婚姻の不可欠の目的ではないとする学説の大勢を無視

旧明治民法の起草者は、婚姻は「両心の和合」をもって性質とするもの

¹³ 大阪地裁判決（甲 A 2 4 8）10 頁、東京地裁判決（一次）（甲 A 3 2 2）26 頁、名古屋地裁判決（甲 A 4 5 7）7 頁から 8 頁、福岡地裁判決（甲 A 4 5 6）8 頁、本件第一審判決 21 頁、東京高裁判決（一次）（甲 A 7 1 0）45 頁、福岡高裁判決（甲 A 8 3 5）2 頁（福岡地裁判決の認定事実を引用）、名古屋高裁判決（甲 A 9 2 2）7 頁（名古屋地裁判決の認定事実を引用）、大阪高裁判決（甲 A 9 2 3）20 頁参照。

であり、「産子の能力」は必要不可欠の条件ではないから、高齢や身体的事由により生殖能力を欠くことを婚姻の障害事由とすべきではないと考えており、明治民法下の学説は、婚姻の目的は「終生の共同生活」「共同の生存」にあり、性交又は子を得ることは必ずしも婚姻の目的ではないと解するものが大勢であって、生殖能力を有しない者も婚姻をすることができると解していた（甲A150から甲A160）。昭和22年民法改正以降の学説も、婚姻の目的について、子の出生は婚姻の本質と密接に結び付いているけれども、婚姻に不可欠の目的ではないと説明し、婚姻の本質である夫婦の結束は生殖がなくとも可能であり、生殖能力の無い老人であっても婚姻を締結することができるとしていた（甲A16など）。上告人らは、このような事実について、多数の書証に基づき主張立証してきたし、本件関連訴訟の他の多くの判決は、学説上、子を得ることは必ずしも婚姻の目的ではないとする見解が多数であることを正当に認定している¹⁴。しかし、原判決はかかる事実を一切認定していない。

(c) 「婚姻の本質」に係る判例の理解との整合性を無視

判例上、「婚姻の本質」とは、一人と一人が「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」であるとされ（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁）、子を産み育てることは「婚姻の本質」には含まれていない。原判決は、この点を全く無視している。

¹⁴ 札幌地裁判決（甲A171）5頁から6頁、大阪地裁判決（甲A248）10頁、東京地裁判決（一次）（甲A322）26頁、福岡地裁判決（甲A456）8頁、札幌高裁判決（甲A603）7頁（札幌地裁判決の認定事実を引用）、東京高裁判決（一次）（甲A710）45頁から46頁、福岡高裁判決（甲A835）2頁（福岡地裁判決の認定事実を引用）参照。

(d) 現在の法体系との整合性を無視

現行の法律婚制度が何に法的な保護を与えているのかを考えるにあたっては現在の法体系との整合性も考慮する必要がある。

その観点から重要なのが2003年に制定された特例法である。同法により、一定の要件を満たした場合、同法上の性同一性障害者は家庭裁判所の審判により法的な性別の取扱いの変更を行うことができるようになった。上記審判を受けて性別の取扱いを変更した者が法律上異性の相手と婚姻を望む場合、当該カップルの間では自然生殖をすることはできないが、現行の法律婚制度により当該相手と婚姻することは可能である。そのことで法制度上の不整合が生じているとも解されていない。

大阪高裁判決（甲A923）はこの特例法に着目し、同法との整合性も考慮したうえで「異性婚保護が自然生殖の抽象的可能性のあるカップルを定型的に保護することとなるという理解自体が、現在の法体系と必ずしも合致していない」との判断を示した（同41頁）。

しかし、原判決は特例法になんら言及せず、現在の法体系との整合性を無視した。

イ 法律婚制度は「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」を規範によって統制する法制度と断定

原判決は、「3 我が国の法律婚制度 (1) 法律婚制度の概要」という項において、「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、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、伝統的には、単純な男女の性的結合関係ではなく、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。」と判示する(20頁から21頁)。そして、それを前提に、「(2) 明治民法」「(3) 憲法24条及び本件諸規定」「(4) 現在の法律婚制度と関連する法制度等」について事実を認定し、憲法24条及び憲法14条1項に関する解釈論を展開しているものと解される。

しかしながら、前述のとおり、我が国の民法は生殖の能力、意思を婚姻の要件等にしていないし、子の出生は婚姻の不可欠の目的ではないとするのが学説の大勢である。また、判例も「婚姻の本質」に子を産み育てることを含めていない。ところが、原判決は、それらの事実と、法律婚制度は「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」を規範によって統制する法制度であるとする原判決の判示との間に、どのような整合性があるのかについて、何らの説明もしていない。

また、法律婚制度は時代通有的に「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」を規範によって統制する法制度であると断定することは、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うこと

によって定められるべきものである」(下線は上告人ら代理人による)とする最大判平成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院判決**」という。)の判示にも反する。

ウ 現行民法の婚姻の要件及び効果についての評価の誤り

(a) はじめに

原判決は「現行民法が、婚姻の実質的要件及び基本的かつ重要な効果の多くを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している」のは、「「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姿として想定し」ているからである等と判示する（同 27 頁から 28 頁、53 頁）。しかしながら、婚姻の実質的要件及び基本的かつ重要な効果の「多く」が「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」であるとする原判決の評価は誤りである。

(b) 婚姻の実質的要件

原判決は、婚姻の実質的要件として、①婚姻適齢（民法 731 条）、②重婚の禁止（民法 732 条）、③再婚禁止期間（民法 733 条 1 項）、④近親婚の禁止（民法 734～736 条）を挙げ、各要件の趣旨を述べている。

これらのうち、①の要件は、要するに「健全な家庭生活を営むためには一定の年齢的成熟が必要」（二宮周平・家族法（第 5 版）[44 頁]）であるためであり、②の要件は、「近代社会における婚姻の本質が一夫一婦の結合であることを宣言するもの」であって、いずれの要件も、子の生殖や養育の有無に関わらず、それぞれの趣旨は妥当するのであるから、「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」とは言えない。

③の要件は、「民法 772 条 1 項による父性の推定の父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐ目的のもの」であって、子の生殖と関係するが、

同条は民法等の一部を改正する法律（令和4年法律第102号）により廃止され、2024年4月1日以降適用されない。本件の口頭弁論終結日時点では存在しない規定である。

また、④の要件は、「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」の観点から直系血族との婚姻を禁止する民法734条1項の限りにおいては子の生殖と関係するとは言っている。しかし、直系血族との婚姻の禁止の根拠は「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」にも求められており、優生学的配慮に純化されるわけではない。また、三親等内の傍系血族間の婚姻の禁止（民法734条1項）、直系姻族間の婚姻の禁止（民法735条）、養親子等の中の婚姻の禁止（民法736条）に関しては社会的倫理的考慮に基づくものであり、子の生殖とは無関係である（我妻・親族法（オンデマンド版）〔26頁から29頁〕など）。

原判決は挙げていないが、婚姻の実質的要件として最も重要なのは、当事者間に婚姻意思の合致があること（民法742条1号参照）である。憲法24条1項が「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と規定し、両当事者の意思の合致が婚姻の根本的要件であることを明示しており、当事者間の婚姻意思の合致こそが近代的婚姻の核心であるところ、婚姻意思の合致を認める上で子の生殖と養育をする意思の合致が必要であるとは解されていない。よって、この要件も「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」とは言えない。

以上の整理を踏まえると、現状、子の生殖と関係があるといいうる実質的要件は「優生学的配慮」が主たる理由とされる直系血族との婚姻の禁止（民法734条1項）のみである。しかし、それすらも社会的倫理的考慮

からの説明が可能である。よって、婚姻の実質的要件の「多く」が「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したもの」であるとの原判決の評価は誤りである。

(c) 婚姻の基本的かつ重要な効果

原判決は、婚姻の効果のうち、何が「基本的かつ重要」なのかを明示していない¹⁵が、「婚姻は、これにより、配偶者の相続権（民法 890 条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法 772 条 1 項等）などの重要な法律上の効果が与えられるもの」とする再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決を引用しているので、この 2 つの効果、すなわち、配偶者の相続権（民法 890 条）と夫婦間の子が嫡出子となること（同法 772 条 1 項等）について、まず検討する。

このうち、配偶者の相続権（民法 890 条）は、言うまでもなく子の生殖や養育とは無関係である。

嫡出推定（民法 772 条 1 項）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、すべての婚姻夫婦が子の生殖と養育を目的として婚姻するわけではない。様々な理由で子をもうけることが難しい夫婦も多数存在する。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いる。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。嫡出推定の規定がすべての婚姻夫婦に適用されるのであれば別論、嫡出推定の規定は婚姻夫婦の部分集

¹⁵ 原判決が 53 頁 15 行目で引用する「認定事実 3（3）ウ（ア）」は「婚姻の実質的要件」である。

合である「婚姻中に妻が懐胎したという事実が発生した婚姻夫婦」に適用されるにすぎないのであるから、嫡出推定の規定をもって婚姻夫婦という集合全体に関し「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。せいぜい「婚姻夫婦の中には子を産み育てるものもいることを前提としたもの」と評価できるにすぎない。

さらに、原判決は挙げていないが、夫婦の同居協力扶助義務（民法752条）や婚姻費用分担義務（民法760条）こそ「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」という「婚姻の本質」に基づく要請と言うべきであり、憲法24条1項が「婚姻は（中略）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。」とするのはその理である¹⁶。これらの義務は子の有無にかかわらず両当事者に課されるのであるから、子の生殖や養育とは関係がない。

したがって、婚姻の基本的かつ重要な効果の多くが「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」であるとの原判決の評価もまた誤りである。

(d) 養親子関係についても婚姻と関連する規定が置かれている

現行民法は、実親子関係だけでなく、自然生殖によらない親子関係、す

¹⁶ 青山ら編・新版注釈民法(21)は、民法752条について「夫婦関係の身分的効果とされるものの中核をなすものであって、婚姻の独立および夫婦の平等、協力、扶助という婚姻関係の基本原則を示すもの」「夫婦は、精神的・肉体的・経済的の終生にわたる協同体である。ゆえに、同居し、協力し、扶助することは、その本質の要請するところ」（同書358頁）とし、婚姻費用分担義務は扶助義務と本質的には異なるものでないとするのが判例・通説としている（同書427頁から428頁）。

なわち、養親子関係についても、婚姻と関連する規定を設けている。すなわち、養子は縁組の日から養親の嫡出子の身分を取得するが（民法809条）、配偶者のある者が未成年者を養子とするには、未成年者の福祉の観点から、配偶者とともにしなければならず（民法795条本文）、これは特別養子縁組においても同じである（民法817条の3）。このように、婚姻は、夫婦の自然生殖を前提としない養親子関係の規定とも関連している。

そして、民法は、その構成上、第四編第三章第一節で「実子」、同章第二節で「養子」を相互に独立したものとして並列的に規定し、実質的にも、養子は縁組の日から嫡出子の身分を取得する（民法809条）等、養親子関係を実親子関係に劣位するものと位置づけているわけではない。

以上のとおり、婚姻の効果は、実親子関係のみならず、養親子関係とも関連しているのであるから、婚姻の基本的かつ重要な効果の多くが「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」とする原判決の評価はこの点でも誤りである。

エ 戸籍法の編製単位が本件制度設計に基づくものであるとする理解の誤り

原判決は、戸籍法が「一の夫婦とその間の子」という単位で戸籍を編製することにしたのは、現行民法が採用した本件制度設計に基づくものであるかのように判示する（53頁）。

たしかに、戸籍法は、「戸籍は、・・・一の夫婦及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する」（戸籍法6条）ものとしているが、言うまでもなく、子のいない「一の夫婦」のみの夫婦もいるし、「一の夫婦」と「氏を同じくする子」には実子のみならず養子もいる。戸籍法が「一の

夫婦とその間の子」という単位で戸籍を編製しているのは、一の夫婦の間に実子が生まれた場合を典型例として想定しているにすぎず、それ以外の家族のあり方を想定していないわけではない。また、戸籍法6条但書は「日本人でない者（以下「外国人」という。）と婚姻をした者又は配偶者がいない者について新たに戸籍を編製するときは、その者及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する。」としており、「一の夫婦とその間の子」以外の戸籍の編製単位についても規定している。

したがって、戸籍法6条が規定する戸籍の編製単位をもって、現行民法が「一の夫婦とその間の子」という結合体を「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」したことの現れであるとみることは困難である。

オ 憲法24条の位置づけが恣意的であること

原判決は「現行民法は、憲法24条の要請に抵触する「家」制度を廃したから」、「その制度設計において想定された家族の姿は、複数の世代にわたる複数の夫婦とその間の子の結合体である「家」から、「一の夫婦とその間の子」の結合体に分解されたものと解される。」と述べる(53頁)。

しかしながら、明治民法における「家」とは、近代民法が構想する一夫一婦制家族（婚姻家族）を中心とするものではなく、戸主権を中心とする「家」を枢軸とし、家族関係（「家」に媒介される家長たる戸主と家族との関係）が指導的地位を占めることを大きな特徴とするものであり（青山ら編・新版注釈民法(21)[5頁から7頁]）、端的には、「家」とは「戸主（家長）を中心に秩序付けられた親族集団」（窪田充見・家族法（第4版）[11頁]）であるとされている。「夫婦とその間の子」が複数の世代にわたって連なった結合体が明治民法における「家」であったとするような原

判決の理解は、以上のような理解に反する独自のものであり、採用し難いものである。

その点をさておくとしても、憲法24条1項は、両当事者の合意のみによって婚姻は成立するとしており、生殖の意思、能力があることを婚姻の要件とすることは同項に違反すると言ふべきであつて、自然生殖により子を産み育てる夫婦も、そうでない夫婦も、どちらが上位（あるいは基本的な形態）でどちらが下位（例外的な形態）という区別をせず、等しく憲法上の婚姻の保障を及ぼすというのが憲法の態度である。したがって、「家」の構成単位が分解されたという原判決の考え方に立つとしても、「家」のうち、夫婦に関しては、「一の夫婦とその間の子」のみならず、「一の夫婦」のみからなる結合体も含めた単位に分解されたと評価するのが、憲法適合的な正しい評価と言ふべきである。

カ 現行の法律婚制度の保護対象となる婚姻家族の実態

前述のとおり、現行の法律婚制度は「一組の法律上の男女と自然生殖によりその間に生まれ、養育される子」のみならず、「一の夫婦」だけの家族を保護している。さらに、配偶者の子と養子縁組するいわゆる連れ子養子や特別養子縁組のような「一の夫婦と養子」の家族も保護している。このように現行の法律婚制度は、「一組の法律上の男女と自然生殖によりその間に生まれ、養育される子」によって形成される家族という「一般的な想定」の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」（東京高裁判決（一次）（甲A710）45頁）。

社会の実態としても、原判決も認めるとおり、令和2年の時点では、婚姻の件数が減少して未婚割合が上昇し、「一の夫婦とその間の子」から成

る世帯の割合は25.0%にまで減少し、20.1%が夫婦のみの世帯となっていて、4割近い国民が単身世帯で社会生活している状況にあり、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（原判決39頁から41頁、54頁）。

したがって、民法が採用した現行の法律婚制度は「一の夫婦とその間の子」の結合体のみ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って構築されたという原判決の解釈は、現行の法律婚制度の理解として、あまりにも一面的であると言わざるを得ない。

(3) 上告人らの主張

ア 原判決の判示

前述のとおり、原判決は、民法が採用した法律婚制度は本件制度設計に立って構築されたものと判示している（原判決53頁）が、その意味するところは、現行の法律婚制度は「一組の法律上の男女と自然生殖によりその間に生まれ、養育される子」のみを「社会の基礎的な構成単位」として想定し、これのみを保護することを目的とした制度であるという趣旨を述べるものと解される。そうだとすると、原判決の考え方は、被上告人による「本件諸規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにある」として、自然生殖の可能性がない法律上同性のカップルの婚姻を認めていない本件諸規定が憲法に違反しないことの根拠の一つとする考え方と同工異曲である。

しかしながら、現行の法律婚制度の下で「一の夫婦とその間の子」のみ

が法的に保護されているとは解し得ない。現行の法律婚制度の下では、(a)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おり、(b)その一組の法律上の男女が次世代の育成保護を行うこととなる場合は、「婚姻」と「親子関係」を結びつけることによって、そのような関係も法的に保護していると整理するのが、客観的な整理である。

以下、詳述する。

イ 現行の法律婚制度は生殖と子の養育のみを保護しているのではない

現行民法が、婚姻中の父母に共同親権者として子の保護者としての役割を担わせる（民法818条3項）等、婚姻と親子を結びつけた規律をしていることにも示されているとおり、現行の法律婚制度が生殖や子の養育に対して法的保護を与え、次世代を育成するという重要な機能、役割を果たしていることはたしかである。

しかしながら、前述のとおり、旧民法及び明治民法の起草者や明治民法下の学説は、婚姻の目的は「両心の和合」「終生の共同生活」「共同の生存」にあり、生殖や子を得ることは必ずしも婚姻の目的ではないと解するものが大勢であったし、戦後の学説においても同様である。また、明治民法以来、現行法令に至るまで、生殖の意思、能力のあることは婚姻の要件とはされておらず、婚姻の解消事由ともされていない。特例法に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者が自然生殖をおこなうことができない場合でも、そのことを理由に婚姻ができないこととなるわけではない。判例上も子を産み育てることは「婚姻の本質」だとは考えられていない。

本件諸規定の内容についても、その多くは生殖や子の養育を伴わずとも、人と人が人生を共にしようとするときその関係を家族として認め、保

護・規律する意味を持つ規定であるし、子に関する規定であっても、例えば、夫婦と血縁関係のない子を共同で養子にする場合の規定は生殖とは無関係である。嫡出推定規定についても、それは婚姻夫婦に子が生まれた場合に法的親子関係をどのように形成するかという問題であって、嫡出推定規定から現行の法律婚制度の下で「一組の男女が自然生殖により子を産み、子を育てる関係」のみが保護の対象とされているとの結論を導くことはできない。

現在の人々の意識としても、各種意識調査において、結婚したら子どもを持つべきだという規範意識は低下しており、また、結婚の利点として、「家族や子どもを持てる」という回答と共に、「好きな人と一緒にいられる」「精神的な安定が得られる」「精神的安らぎの場が得られる」といった回答が高い比率を占めているのであって、パートナーとの親密な関係性、人格的結びつき、共同生活の安定性が重視されている（二宮周平教授意見書（甲 A 1 4 5） 3 (4) [2 3 頁から 2 6 頁]等）。

もとより、結婚して子どもを持つことは個人の幸福追求のあり方として尊重されるべきであるが、結婚するのかもしれないのか、結婚しても子どもを持つのか持たないのか等、それぞれの個人の、それぞれの幸福追求のあり方を尊重するのが憲法の基本原理（憲法 1 3 条）なのであるから、現行の法律婚制度の下で法的に保護される対象を生殖し子を養育する法律上男女の関係に純化する解釈は、かかる憲法の基本原理と相容れない。憲法と憲法の理念にそって改正された現行民法（民法 2 条参照）は、個人の尊厳と両性の本質的平等の観点から当事者間の共同生活を規律し保護することを目的とし（二宮意見書（甲 A 1 4 5） 1 (3) [8 頁から 1 0 頁] 及び同(4)の最後の段落 [1 2 頁から 1 3 頁]）、そのことを通して、子の育成・保護を含む婚姻の機能が間接的に保護される。それが、憲法の基本原理にも

つとも整合的な解釈である。

したがって、現行の法律婚制度の下で「一の夫婦とその間の子」のみが法的に保護されているとは解し得ない。現行の法律婚制度の下では、(a)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おり、(b)その一組の法律上の男女が次世代の育成保護を行うこととなる場合は、「婚姻」と「親子関係」を結びつけることによって、そのような関係も法的に保護していると整理するのが、客観的な整理である。

ウ 東京高裁判決（一次）も婚姻の目的を生殖の保護とは捉えていない

婚姻の目的について、本件関連訴訟に関する東京高裁判決（一次）（甲 A 7 1 0）は「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」く、明治民法において法律婚制度が整備された当初から「婚姻当事者の自由意思による合意が要件とされる一方、子の生殖の能力や意思があることは要件とされず、婚姻の目的について、子の生殖よりも、婚姻当事者間の永続的な人的結合を重視する見解が大勢を占めてきたことに鑑みると、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」と的確に判示している（同 4 5 頁から 4 6 頁）。

同判決は「婚姻制度は、歴史的にみれば、男女が共に生活し、子をもうけて育てるといふ人の自然な営みの存在を基礎として設けられてきたも

の」であり、「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」おり、「このような歴史的背景及びこれを踏まえて構築された現行法体系の下で、婚姻した夫婦による子の生殖と養育が社会の次世代の構成員の確保につながる重要な社会的機能を果たしてきたこと」を認めながら（同 5 2 頁）、現行の法律婚制度の下では生殖の意思・能力が婚姻の要件等にされていないこと等をも踏まえて、「この一般的な想定 of 全体に当てはまるものだけを社会的に正当な家族の在り方と認めて規律の適用対象としているわけではない」と判示している（同 4 5 頁）。このように同判決は、現行の法律婚制度自体が「夫婦間に子が生まれ、夫婦と親子から成る家族」とは異なる多様な家族のあり方を内包していることを正しく指摘しているが、同判決が示した上記判断の基礎にあるのは、個人の尊重を謳う憲法の理念（憲法 1 3 条）であるというべきである。

これに対し、現行の法律婚制度の下では「一の夫婦とその間の子」のみが法的に保護されるとする原判決の解釈は、現行の法律婚制度自体が「夫婦間に子が生まれ、夫婦と親子から成る家族」とは異なる多様な家族の在り方を内包していることを看過しているし、個人の尊重を謳う憲法に適合的な解釈とはいえず、その意味でも誤りである。

4 ここまでの小括

ここまでの検討から、現行の法律婚制度の下では、(a)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おり、(b)その一組の法律上の男女が次世代の育成保護を行うこととなる場合は、「婚姻」と「親子関係」

を結びつけることによって、そのような関係も法的に保護していると整理された。

そこで、さらに進んで、法律上同性のカップルにも、憲法上の「婚姻」の保障が及びうるか、「婚姻」あるいはそのほかの家族制度の保障にとどまるのか、あるいはそれらすら保障していないのかを考えるにあたって、③法律上同性のカップルも婚姻の本質を満たす関係にあるのか、④法律上同性のカップルも次世代の育成保護機能を果たしうるのか、⑤「婚姻の当事者の異性性」は「婚姻」にとって不可欠の要素なのかが問題となる。これらの点について、下記5、6で検討する。

5 法律上同性のカップルの共同生活と子育て

(1) 「婚姻の本質」と法律上同性のカップルの共同生活

「婚姻の本質」とは、判例上、一人と一人が「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」であるとされる（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁）。上告人らが控訴審までにおいて縷々主張してきたとおり、法律上同性のカップルもこのような「婚姻の本質」を満たす関係を構築することができる。

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と認定した。これらの点は評価できる。

しかし、原判決は上記認定をするに際し、上告人ら法律上同性のカップ

ルの生活の実態についてなんら言及しなかった¹⁷。これは、東京高裁判決（一次）（甲 A 7 1 0）が、控訴人らの生活状況等について正面から目を向け、認定事実として認定し（同 4 3 頁から 4 4 頁）、「控訴人らも、これを望む者であり、それぞれ同性の交際相手を得て、お互いを人生の伴侶とすることを望み、家事や生活費を分担し、子がある控訴人西川と控訴人小野においてはお互いの子を共同して養育するなど、その実態において、婚姻関係にある夫婦と異なるところのない共同生活を営んできたものである」（同 5 0 頁）と述べたうえで、「このような同性間の関係においても、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であることに変わりがなく、男女間の関係におけるのと同様に十分に尊重されるべきものであるといえる。」（同 5 0 頁）と判示したことと対照的である。

上告理由書別冊 C では、上告人らの共同生活の実態を整理した。そこで示されているように、婚姻を望む法律上同性のカップルは、単なる知人や友人同士の関係を超えて、愛情に支えられ、人生を共に生きるパートナーとして精神的にも経済的にもお互いを支えあって生きており、婚姻する法律上異性のカップルと何ら違いのない共同生活を送っている。それゆえに、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、現行の法律婚制度を利用することによって、配偶者としての身分を形成し、その身分にふさわしい法的効果を集合的に付与され、その身分関係を戸籍

¹⁷ 現行憲法制定後現在に至るまでの性自認や性的指向に関する考え方の変化、最近の最高裁判例、国際的な動向、地方公共団体や民間企業の動向、国民感情などを参照するにとどまる（原判決 4 7 頁から 4 8 頁参照）。

によって公証されることが「個人の人格的存在と結び付いた重要な法的権利・利益」なのである（後述第3の7参照）。

原判決がこのような判断を明確に示さなかったのは、法律上同性のカップルの共同生活の実態から目を背けたからに他ならない。貴庁において判決を下すにあたっては、法律上同性のカップルの共同生活の実態に正面から目を向けたうえで判決が下されなければならない。

(2) 法律上同性のカップルによる子育てと次世代の育成保護機能

ア はじめに

本第3の3で述べたとおり、子を産み育てるという次世代の育成保護機能と果たすことは婚姻に必須の要素ではないが、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、以下で述べるとおり、この点において、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルにおいて本質的な違いは存在しない。

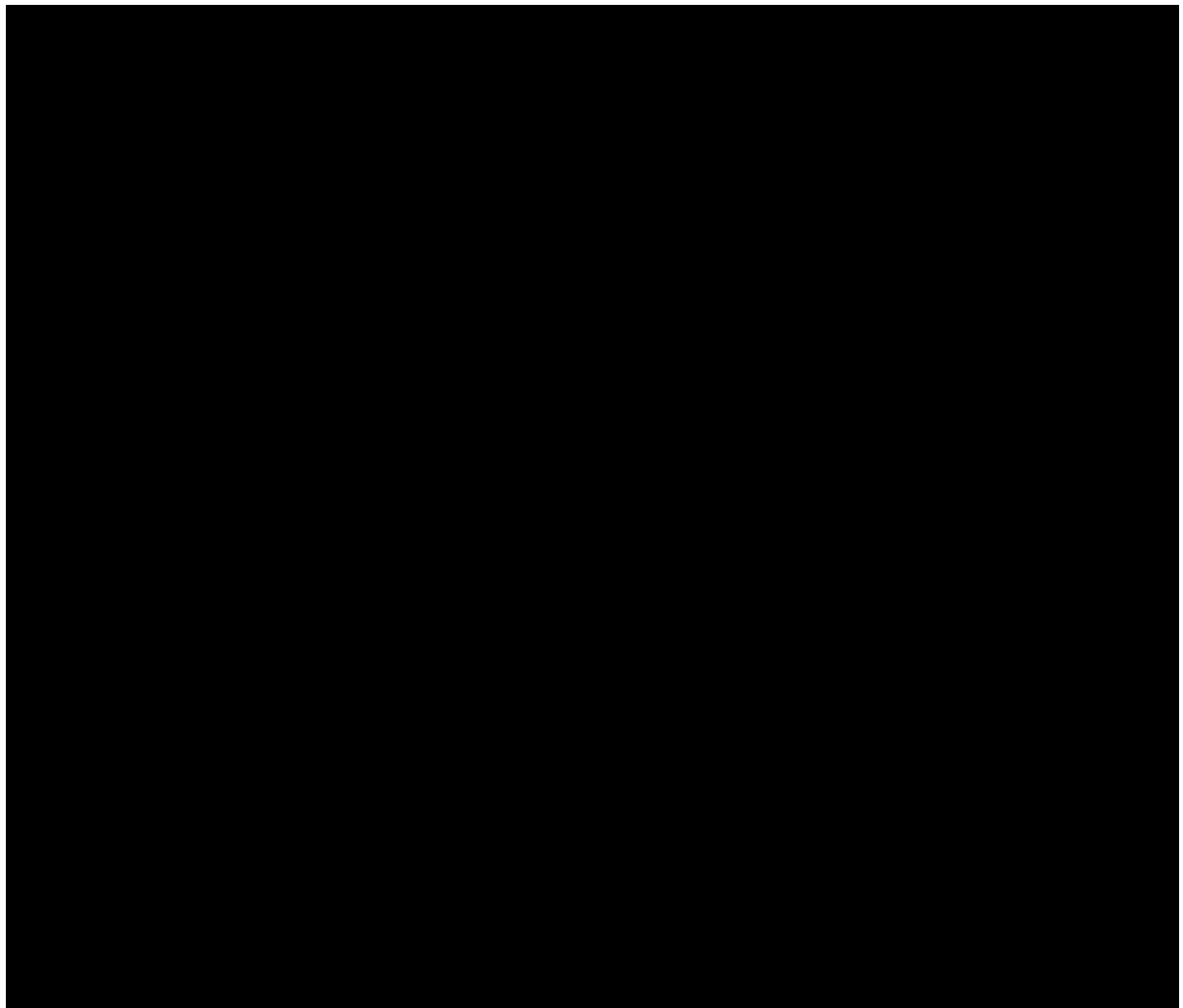
イ 子を産み育てるか否かは夫婦の自主判断にゆだねられている

まず、法律上異性のカップルの場合も子を産み育てるか否かは極めてプライベートな問題で、夫婦の自主的な判断にゆだねられており、子を産み育てない婚姻夫婦は多数存在する。

統計上も、昭和55年時点では、全世帯の6割以上を「夫婦と子供（42.1%）」と「3世代等（19.9%）」の家族が占めていたが、令和2年時点では、「夫婦と子供」の世帯割合は25.0%にまで減少し、「3世代等」の世帯割合も7.7%に低下した（甲A408）。夫婦のみの世帯は、昭和55年時点では12.5%だったが、令和2年の時点では20.1%と増加している（原判決40頁）。


ウ 法律上同性のカップルによる次世代の育成保護

他方、法律上同性のカップルも子を産み、育てることがある。実際、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。



¹⁸ 令和6年(ネオ)第936号上告提起事件等

¹⁹ 令和7年(ネオ)第107号「結婚の自由をすべての人に」訴訟上告提起事件等



上記はほんの数例であり、その他にも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ている（上告理由書別冊D-1第2の5の例、同6及び上告理由書別冊D-2第3の各調査の結果参照）。

つまり、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子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきたのである。

エ 原判決の問題点

この点、原判決は、法律上同性のカップルによる子育ての実態に関しな
んら言及しなかった。

これは、東京高裁判決（一次）（甲A710）や名古屋高裁判決（甲A922）が、判決文中において法律上同性のカップルによる出産や子育てに関し比較的詳細に認定したうえで、「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」（東京高裁判決（一次）53頁）、「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の委託を受けた児童を対象としても行われており、控訴人らを含めて共

同して子を養育している同性カップルが相当数存在していること・・・からすれば、婚姻制度が次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たしてきたからといって、異性間の人的結合関係であればこの機能を果たすことができるが、同性間の人的結合関係ではこの機能を果たすことができないとは言い難い。」（名古屋高裁判決 24 頁）などと判示したことと対照的である²⁰。

原判決がこのような判断を明確に示さなかったのは、法律上同性のカップルの子育ての実態から目を背けたからに他ならない。貴庁において判決を下すにあたっては、法律上同性のカップルの子育ての実態にも正面から目を向けたうえで判決が下されなければならない。

オ 親の性自認・性的指向と子の福祉

なお、法律上同性のカップルによる子育てに関し子の福祉の観点から懸念を示す意見がないわけではないので、念のため、以下この点について補足する。

上告人一橋・武田、東京一次訴訟上告人の小野・西川、関西訴訟上告人の坂田麻智・テレサらの例などからも裏付けられるように、法律上同性のカップルも法律上異性のカップルと同様、子の福祉の観点から親としての責務を十分に果たすことができるし、実際果たしている。法律上異性のカップルとその子の家族としての関係と法律上同性のカップルとその子の家族としての関係には本質的な差はない。

このことを裏付ける科学的・実証的な研究も複数存在する（アミカスキ

²⁰ この点、大阪高裁判決（甲 A 9 2 3）も「同性カップルであっても協力して子を監護養育することは可能であり、現にそのような同性カップルも存在し、性的少数者による出産、子育てが異性カップルによる子育てと比較して子の発達に大きな影響を与えていないという研究結果もある（甲 A 6 8 9）」と述べる（同 4 1 頁）。

キュリエ意見書（甲 A 5 の 2）[16 頁～25 頁]及び上告理由書別冊 D-2 第 2 参照）。

被上告人国自身、親がシスジェンダーの異性愛者であれば当然に子の福祉の観点から親としての責務を果たしうるという見解も、トランスジェンダーや同性愛者などの性的マイノリティが子の福祉の観点から親としての責務を果たしえないという見解も採っていない。このことは、里親制度が、児童福祉法 27 条 1 項 3 号を根拠に、さまざまな事情で家族と離れて暮らす子どもを、自分の家庭に迎え入れ、温かい愛情と正しい理解を持って養育する制度として整備されていること²¹、法律上同性のカップルも里親制度の一つを構成する養育里親として認定され、実際に養育里親としての実績を残していること（甲 A 3 2 4、甲 A 3 2 5、甲 A 3 2 7、甲 A 3 2 8）、被上告人国も法律上同性のカップルを養育里親の重要なリソースと考え、歓迎の姿勢を示していること（甲 A 4 6 4、甲 A 4 6 5）などから裏付けられる。

子の福祉の観点から親としての責務を十分に果たしうるかどうかは、親の性自認や性的指向によって決まるのではなく、温かい愛情と正しい理解を持って子を養育する意思、能力、環境などがあるかどうかによって決まるのであり（アミカスキュリエ意見書（甲 A 5 の 2）[16 頁～25 頁]）、被上告人国もこれを当然の前提としている（甲 A 3 2 6、甲 A 4 6 6、甲 A 4 6 7）。

したがって、親の性自認や性的指向を理由に、法律上同性のカップルも子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという社会にとって重要かつ不可欠な役割を果たしてきたことを否定

²¹ 親がシスジェンダーの異性愛者であれば当然に子の福祉の観点から親としての責務を果たしうるのであれば、このような里親制度は不要であるはずである。

することはできない。

現状、法律上同性のカップルとその子に関し、双方の親との間で親子関係が認められない、共同親権が認められないといった不備があり、その結果、法律上同性のカップルとその子との関係は法的に不安定な状態に置かれている。このことを踏まえると、子の福祉の観点からは、法律上同性のカップルの婚姻を否定する論拠どころか、かえって、法律上異性のカップルと同様の役割を果たしてきた法律上同性のカップルとその子についても、法律上異性のカップルとその子と同様の保護を与えるため、法律上同性のカップルに現行の法律婚制度の享有主体性が認められるべき根拠となる（上告理由書別冊D-1第3参照）。また、そうすることが、現行の法律婚制度が婚姻と親子関係を結び付けて法的保護を与える趣旨にも資することになる。

6 「当事者の異性性」は不可欠か、「婚姻制度の目的」

(1) 現行の法律婚制度における婚姻との関係

ア はじめに

現行の法律婚制度は、現状、法律上異性のカップルの婚姻のみを認めている。しかし、果たして、現行の法律婚制度にとって婚姻の当事者が法律上の男女の組み合わせであること（すなわち「**当事者の異性性**」）はどこまで必須の要素なのか。この要素が欠けると「婚姻」足り得ないとまでいえるのであろうか。これがここでの検討課題である。

イ 「婚姻の本質」との関係

まず、婚姻の当事者間との関係に着目すると、判例上、「婚姻の本質」と

は、一人と一人が「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」であるとされる（最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁）。この点、上記5で述べたとおり、法律上同性のカップルでも「婚姻の本質」を満たす関係を築くことができる。

ウ 次世代の育成保護機能との関係

次に、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に着目すると、確かに、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間には自然生殖が可能性かどうかによる違いがある。しかし、これも既に整理したとおり、現行の法律婚制度の下では、自然生殖が可能でなくても、自然生殖の意思がなくても、婚姻をすることができるし、そのことが婚姻無効の原因となったり、離婚原因となることはない。嫡出推定規定も、自然生殖によって子を懐胎する場合だけでなく、第三者から精子の提供を受けて子を懐胎する場合にも²²、婚姻当事者の一方が特例法に基づき性別の取扱いの変更の審判を受け、自然生殖が可能でない場合にも²³適用される。

「夫婦と子供」の世帯割合は、昭和55年時点では42.1%を占めていたが、令和2年時点ではその割合は25.0%にまで減少し、他方、「夫婦のみ」の世帯は、昭和55年時点では12.5%だったが、令和2年の時点では20.1%と増加している状態であり（原判決40頁）、事実としても、結婚をしたら子を産み育てるのが当たり前とは言えない状況である。これらを踏まえれば、自然生殖の可能性は婚姻の不可欠の要素とは言えない。

²² 生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律（令和2年法律第76号）（以下「**親子関係特例法**」という。）10条参照。

²³ 最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁

他方、生殖可能性に関し、生殖医療の利用にまで視野を広げれば、現行の法律婚制度の下では、既に、第三者から提供される精子や卵子により子を懐胎することがあることが前提とされており²⁴、このような方法によれば法律上女性同士のカップルであれば子を懐胎することができる。

さらに、子の養育の点でも、既に述べたとおり、親としての責務を十分に果たしうるかどうかは、親の性自認や性的指向によって決まるのではなく、温かい愛情と正しい理解を持って子を養育する意思、能力、環境などがあるかどうかによって決まる。被上告人国もこの前提に立っている。上告人一橋・武田らの例のように法律上同性のカップルが子育てを行う実績は多数あり、法律上異性のカップルと同様親としての責任を果たしてきた。

このように、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間に、次世代の育成保護機能を果たすことができるかという点において本質的な違いはない。

(補論) いわゆる代理懐胎について

いわゆる代理懐胎については、現行法上、これを明確に禁止する法令は存在しないが、様々な倫理上、立法上の課題があることから、運用上、日本産婦人科学会の「代理懐胎に関する見解」(甲A589)に基づき実施が禁止されているのが現状である。

いわゆる同性婚に反対する立場からは、この代理懐胎の問題がその理由の一つに挙げられることがある。しかし、本件において上告人らが主たる主張で求めているのは、法律上同性のカップルに対しても現行の法律婚制度の利用を認めることであり、現行の法律婚制度で認められていない制度

²⁴ 親子関係特例法9条、10条参照。

の利用、その代表例である代理懐胎の利用は求めている。また、代理懐胎の利用は、法律上異性のカップル、法律上同性のカップルのいずれにおいても問題となりうるものであり、代理懐胎が抱える倫理上、立法上の問題は、法律上同性のカップル特有の問題ではない。

したがって、代理懐胎に関連する生殖補助医療の倫理上、立法上の課題は、次世代の育成保護機能の点において、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があるとする理由にはならない。

エ 現行の法律婚制度の内容

では、現行の法律婚制度において、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内容のものはあるだろうか。

この点、上告理由書別冊 B で詳述するように、現行の法律婚制度の個々の内容をみても、嫡出推定を含め、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内容のものは基本的に存在しない。

仮に、嫡出推定については別の制度とすることがあり得るとしても、婚姻した法律上異性のカップルでも子をもうけないカップルは一定割合存在する。そのようなカップルに対しては、婚姻中に妻が子を懐胎しない以上、嫡出推定は適用されない。しかし、だからと言ってそのような法律上異性のカップルの婚姻の効力が否定されることはない。嫡出関係が生じるのは嫡出推定が適用される場合だけでなく、養親子関係においても婚姻夫婦と子供の間嫡出関係が生じうる。嫡出推定が適用されるかどうかは婚姻の不可欠の要素ではないのである。したがって、法律上同性のカップルに対して嫡出推定規定が適用されない故に、その関係を婚姻として位置付けることができないとは言えない。

オ 諸外国の例

諸外国でも、法律上同性のカップルの共同生活、子育てをそれらの諸外交の婚姻制度に包摂する立法例が見られる。第3の9や10で後述するとおり、制度の内容は法律上異性のカップルと同じか、違いがあっても、宗教上の儀式によって婚姻できるか否かなどごく小さな違いがあるにとどまっている。

カ まとめ

このように見てくると、現行の法律婚制度の下で「婚姻」の当事者を法律上の男女の組合せに限ってきたのは、これまではそうだったということに尽きる。しかし、再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決なども述べるとおり、「婚姻」とはどのようなものかは不変のものではなく、社会の変化、国民の意識などによって変わり得る。そして、現に日本においても「婚姻」の当事者を法律上の男女の組合せに限るのが当然とは言えなくなった状況にあるのは、本件第一審判決や本件関連訴訟の各地裁・高裁判決も認めるところである。原判決も法律上同性カップルの人的結合関係が「婚姻の本質」を満たす関係であることについて社会的承認を受けていると判示している（原判決48頁）

よって、現行の法律婚制度の下で「当事者の異性性」は「婚姻」の必須の要素であり、この要素が欠けると「婚姻」足り得ないとは到底言えない。

(2) 憲法との関係

では、憲法との関係で「当事者の異性性」は「婚姻」の必須の要素といえるか。

この点、憲法24条が「夫婦」などの文言を使っていること、帝国議会

での議論などからすると、憲法の起草、審議、制定に関わっていた関係者たちが、婚姻は法律上の男女間のものであることを当然の前提としていたことはたしかにそのとおりである。

しかし、憲法 24 条が「夫婦」などの文言を使っているのは、人の性の在り方が多様であり、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ことに思いが至らず、明治時代から法律婚は法律上の男女間のものとされていたことをそのまま引き継ぎ、「婚姻は法律上の男女間のもの」という当時の当然とされていた社会通念に大した問題意識もなく依拠したからにすぎない（上告理由書別冊 A 参照）。

また、「両性のみ」との文言が用いられたのは、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すべきことを宣言する趣旨であり²⁵、法律上同性のカップルに婚姻を認めるべきはないという趣旨ではない。現行憲法制定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し、その後、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

²⁵ 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でございますけれども、……明治憲法の下においては、婚姻する本人の意思ではなくて、むしろ家長など他の者の意思決定に基づいて婚姻が成立するというか、実際上も含めて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]）。

の説明がなされたこともない。

さらに、憲法は婚姻や家族の定義を置いていない。それは「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである」り、「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」（再婚禁止期間違憲最高裁大法廷判決）からである。

これらのことを踏まえれば、憲法制定後の社会状況の変化等を踏まえ、法律上同性のカップルに対しても「婚姻」としての法的な保護が与えられることを憲法は否定していないと考えられる。つまり、憲法上、法律上同性のカップルに対し婚姻を認めることは禁止されておらず、その意味で、憲法は「婚姻」にとって「当事者の異性性」は不可欠とまで考えていないのである。この点は、原判決を含め、本件及び本件関連訴訟の各下級審判決が一致して認めるところである。

加えて、憲法 24 条 2 項が家族制度の領域においても個人の尊厳、法の下での平等が基本原則となることをわざわざ明言していることからすれば、個人の尊厳及び法の下での平等の観点から、性的指向及び性自認に基づく差別は許されないという法規範が確立している状況の下において、「婚姻の本質」を満たす関係を構築しうる点、次世代の育成保護機能を果たしうる点で法律上異性のカップルとなんら本質的な違いがない法律上同性のカップルに対し、憲法 24 条 1 項、14 条 1 項、24 条 2 項の解釈により、憲法上の「婚姻」としての保障が及ぼされることがあることも、憲法は当然予定しているというべきである。札幌高裁判決（甲 A 6 0 3）、福岡高裁判決（甲 A 8 3 5）、名古屋高裁判決（甲 A 9 2 2）、大阪高裁判決（甲

A 9 2 3) はこれを明確に認めている。原判決、本件の第一審判決及びその他の本件関連訴訟の各下級審判決も否定はしていない。

(3) 「婚姻制度の目的」—まとめに代えて

以上のとおり、現行の法律婚制度との関係でも憲法との関係でも「当事者の異性性」は「婚姻」の必須の要素とは言えない。また、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。したがって、原判決のように、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である。より客観的かつ公正な視点から考えれば、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、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。

7 正統な家族として認められることと個人の人格的存在との結びつき

パート2として、本7以下から下記11までの箇所では、上告人らの憲法上の主張を検討するにあたって踏まえるべきその他の基本的な事項について整理する。

まず、本7と下記8において、⑥法律上同性のカップルが婚姻から排除されていることにより、憲法上どのような権利・利益が侵害されているのかについて整理する。

(1) はじめに

正統な家族として認められることは個人の人格的存在と深く結びついている。この点、原判決は、「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）と判示し、現行の法律婚制度を利用できない状態が憲法 13 条に違反する旨指摘している。これは、原判決が、法律上異性のカップルにとって、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が「個人として（の）尊重」（憲法 13 条）にとって必要不可欠な事柄であると考えていることに他ならない。すなわち、原判決も、現行の法律婚制度を利用できることが個人の人格的存在と結びついており、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「個人の尊厳に関わる重要な人格的利益」²⁶あるいは「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」²⁷であることを前提にしていると考えられる。

そうであれば、婚姻している法律上異性のカップルと生活実態においても、また尊厳の価値においても何ら異なることのない法律上同性のカップルにとっても、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個人の尊厳に関わる重要な人格的利益あるい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いうべきである（以下、このような利益を指して「個人の人格的存在と結びついた法的利益」という。なお、ここでいう「法的」には憲法も含まれ、結婚の自由として保障されたり、憲法上保護される利益として位置付けられうることを前提とする）。

しかし、原判決は、法律上同性のカップルについて、「同性の者同士に

²⁶ 本件第一審判決 38 頁。

²⁷ 東京高裁判決（一次）（甲 A 7 1 0）46 頁から 47 頁、名古屋高裁判決（甲 A 9 2 2）16 頁など。

係る家族に関する法制度の創設は、同条 2 項により国会の立法裁量に委ねられている」（原判決 5 8 頁）とし、あたかも、法律上同性のカップルとの関係では上記のような個人の人格的な存在と結びついた法的利益は立法の際に考慮される要素の一つとして位置付けられるにすぎないかのような判断を示している。このような考え方は、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間で、その幸福追求の重要性や尊厳の価値に差を設けるものであって不当と言わざるを得ない。

以下、本 7 では、法律上同性のカップルについても法律上異性のカップルと同様に、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が個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であること、及び、このような法的利益が等しく尊重されることが、法律上同性のカップル、すなわち性的少数者の尊厳の回復のために不可欠であることを述べる。

(2) 結婚することと家族を持てること及びこれらと個人の人格的存在との間の強い結びつき

ア 「婚姻」によって「正統な家族」になるとの考えが浸透していること

現行の法律婚制度は、今日の日本社会に幅広く浸透しており、近年、日本における家族の在り方やこれに関する国民の意識の多様化が指摘されつつも、令和 3 年時点においては、婚姻件数は約 5 1 万件に上っている（甲 A 3 2 2 [3 7 頁、4 6 頁]）。また、各種意識調査において、結婚をした（したい）理由や結婚の利点について、「家族をもてる」「家族を持ちたい」と回答する者が相当数に及んでいる²⁸（甲 A 3 2 2 [3 7 頁から 3 8

²⁸ 例えば、「内閣府が平成 2 6 年から平成 2 7 年にかけて実施した結婚・家族形成

頁])。つまり、現在において、結婚をすることと家族を持てることとは不可分に結びつき、「婚姻」によって「正統な家族」になるとの考えが幅広く浸透しているのである。

この点、最大決平成25年9月4日民集第67巻6号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。）も、「家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみられる」と述べているし、実際に、今日の日本社会でも、婚姻することで「配偶者」という法的地位が与えられることによって、「配偶者」として無条件に周囲から家族として扱われている。まさに今日において、「婚姻」することによって、周囲からその二人は「正統」な家族として扱われている。

イ 正統な家族として認められることと個人の人格的存在との結びつき

このように、現在の日本社会において、婚姻することは「正統」な家族とみなされることと密接不可分である。

そして、人は本質的に社会的な生き物であるため、特定の相手と緊密かつ永続的な関係を築くうえでは、社会から自分たちがどう評価されているか、どう扱われているかは極めて重要な事項となる。人は、社会から「正統な」家族として認められることによって、二人で歩む人生が祝福されるべきものであると実感することができ、その関係をより強固なものとして、特定当事者との人生を共に生きることが容易となるのである。これはまさに人生の充実と幸福追求（憲法13条）の根幹をなすものであるから、

に関する意識調査（対象は全国の20～39歳の男女）では、将来結婚したいと回答した未婚者を対象に、結婚したい理由を尋ねたところ、「家族を持ちたい」、「子どもが欲しい」との回答がいずれも70.0%、「好きな人と一緒にいたい」との回答が68.9%であった」（甲A322〔38頁〕）。

社会から「正統」な家族として承認される（され得る）ことは、各々の人生の充実感・幸福感をより増幅させる。そのため、正統な家族になること、すなわち婚姻できることは幸福追求、人格的生存に直結することとなるのである。まさに婚姻が、人間の本質的営みである（本件関連訴訟の名古屋高裁判決（甲A922）〔15頁〕も同旨）とされている所以である。

実際に、上告人福田は、2023年の秋にアメリカのニューヨークに3か月間滞在し、法律上同性のカップルの結婚が認められている社会に短期間であったが生活することで、「同性同士のカップルがいるのが当たり前」である社会に衝撃を受け、日本では感じたことのない平等に接してもらえる幸せと安心感、解放感を感じた（2025年5月8日付控訴人福田理恵意見陳述要旨）。婚姻が認められている社会に、短期間であっても身を置くことで、正統な家族としてみなされることの幸福感を感じたのである。

このようにえ、現行の法律婚制度という社会の基礎的枠組みを利用して、自ら望む者と婚姻し、社会から「正統な家族」として迎え入れられることができることは、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益というべきである（原告ら第35準備書面（最終準備書面第2分冊）第2の1（1）〔6頁から10頁〕など）。

この点、本件の第一審判決並びに本件関連訴訟の5つの地裁判決及び5つの高裁判決のいずれもが、その表現は異にするものの、愛する人と家族として社会（国家含む）から公認され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ることを認めている。例えば、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、上記のような人的結合関係〔代理人注：婚姻の本質を伴う人的結合関係〕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)、「法律婚制度は、両者の人的結合関係が法的に保護され、公証されることによって安定的で充実した社会生活を送る基盤となるという個人の尊厳と結び付いた本質的価値がある」(33頁)などと判示している²⁹。

²⁹ その他の各高裁判決は、それぞれ以下のとおり述べる。

札幌高裁判決(甲A603)は、憲法24条「2項が定めるとおり、個人の尊厳が家族を単位とする制度的な保障によって社会生活上実現可能であることを踏まえ」、「同条1項は人と人との間の婚姻の自由を定めたもの」である(19頁)、「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」(21頁)とする。

東京高裁判決(一次)(甲A710)は、婚姻により「社会生活上の様々な場面において、配偶者として公認された者と扱われること自体」にも重要な意義を認め、上、「婚姻をすることで、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すものであり、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益として十分に尊重されるべきものである」(46頁から47頁)とする。

福岡高裁判決(甲A825)は、「婚姻の成立及び維持のためには、…婚姻が社会から法的な地位を認められ、婚姻に対し法的な保護が与えられることが不可欠である」ことを指摘した上で、「婚姻が人にとって重要かつ根源的な営みであり、尊重されるべきものであることに鑑みると、幸福追求権としての婚姻について法的な保護を受ける権利は、個人の人格的な生存に欠かすことのできない権利であり、裁判上の救済を受けることができる具体的な権利であるというべきである。」(11頁から12頁)とする。

大阪高裁判決(甲A923)は、「婚姻制度の由来や法的、社会的意義に照らすと、相互に求め合う者同士が自ら選択した配偶者と婚姻関係に入ることができる利益は、現代社会を生きる上での個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益に当たるものといえ、同性カップルがこれを享受することができないのは、同性カップルの人格的利益を著しく損なうものといわざるを得ない。」(45頁)とする。

ウ 法律上同性のカップルも同様である

そして、この個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益の重要性は、法律上同性のカップルにおいても全く同様である。なぜなら、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、「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」という「婚姻の本質」を伴う関係を築いており、その実態や価値において何ら差異はないからである^{30, 31}。

上告人河智は、パートナーである上告人鳩貝を「愛する生涯の伴侶」と述べ、（婚姻によって）「法律で守られて社会に公認されたなら、本当の意味で安心して幸せに暮らせると思います。」と切実な思いを述べた（上告人河智本人調書〔13頁〕）。上告人鳩貝も、法律上同性同士の婚姻が認められることが必要な理由の一つとして、（パートナーである）「河智と私の生活、人生を守りたい」ことを挙げる（上告人鳩貝本人調書〔11

³⁰ 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」（原判決48頁）として、法律上同性のカップルも「婚姻の本質」を伴う関係を築いていることを前提としている。

³¹ 例えば、福岡高裁判決（甲A835）も、「互いに相手を伴侶とし、対等な立場で終生的に共同生活をするために結合し、新たな家族を創設したいという幸福追求の願望は、両当事者が男女である場合と同性である場合とで何ら変わりがないから、幸福追求権としての婚姻の成立及び維持について法的な保護を受ける権利は、男女のカップル、同性のカップルのいずれも等しく有しているものと解される。」（12頁）と判示する。

また、東京高裁判決（一次）（甲A710）も、「同性間の関係においても、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について配偶者としての法的身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益であることに変わりがなく、男女間の関係におけるのと同様に十分に尊重されるべきものである」とする（50頁）。

頁])。愛する人と家族になり、その関係が国によって正当なものとして公証されることを望む思いに、性自認や性的指向による差異は存在しない。

(3) 法律上同性のカップルの関係が法律上異性のカップルと等しく保護されることの特別な意味

上記(2)のとおり、愛するパートナーと婚姻をし、社会から正統な家族として迎え入れられることは、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にとっても極めて重要な意味を持つ。しかし、それだけではない。法律上同性のカップルにとって、法律上異性のカップルと等しく婚姻が認められ、婚姻した法律上異性のカップルと同等の存在と扱われることには、人間としての尊厳の回復という、代替不可能な特別の意味がある。

トランスジェンダーや同性愛者などの性的少数者は長きにわたり社会の苛烈な偏見にさらされてきた。その結果、多くの者がその偏見を内面化せざるを得ず、自らが「異常な存在」、あるいは(シスジェンダーの異性愛者と比較して)「劣った存在」であるという、強い劣等感・罪悪感に苛まされてきた(上告理由書別冊E)。身近な存在である親や友人らに拒絶されるのではないかという恐怖から、自らの性自認や性的指向を明らかにすることができない性的少数者は依然として多い(上告理由書別冊E)³²。

シスジェンダーの異性愛者であれば、親や友人など身近な存在に対し、

³² 日高庸晴教授によれば、性的少数者の多くは、異性愛が自明視される社会において、自らの性的指向を周囲に察せられないよう神経を使い、社会的役割として「異性愛者を装わざるを得ない」状況に置かれている。このような「異性愛者としての社会的役割期待に応えるための役割演技による心理的葛藤」は、抑うつや孤独感を強め、自尊感情を著しく低下させる要因となっている(甲A389[8頁から9頁])。

自らのパートナーを紹介し、結婚を報告し、周囲から祝福を受けることは、当然に享受できる日常の一景である。しかし、性的少数者の多くはこれが叶わず、愛する人に出会えてもその存在を隠したり、時には最愛の存在との関係を否定されることで、社会からの疎外感を深め、その人格を根底から傷つけられてきた（上告理由書別冊E）。

性的少数者の人格がこれほどにまで毀損され続けている背景には、国が、性的少数者をシスジェンダーの異性愛者と同等の存在として扱っていないという厳然たる事実がある。国民誰もが享受し得るはずの現行の法律婚制度から、性自認や性的指向のみを理由に排除されること、それは、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」と決定づけられ、「社会の正当な構成員ではない」という烙印を公式に押されることにほかならない。このようにして国によって公認された排除の影響は極めて重く、社会にも浸透する。

原判決は、「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、「性自認等の多様性に対する国民の理解不足」という「社会状況の要因それ自体である」とし、現行の法律婚の利用が認められないという制度の不備から目を背けている（原判決67頁）。しかし、その認識は決定的に誤っている。本件諸規定が、国民を「正統な家族」を築ける者とそうでない者に峻別し、後者への法的保護を拒否していること自体が、社会の差別や偏見を、国家の威厳をもって維持・強化させているのである。このように、国の制度を背景に構造化された差別や尊厳の毀損を、国民の理解不足に帰責させ、「国民の理解」の促進という教育的解決のみを待つことは、被害の元

凶から目を背けるに等しい³³。

ゆえに、法律上同性のカップルに対しても法律上異性のカップルと等しく現行の法律婚制度の利用を認め、対等な存在として扱うことこそが、個人の尊厳の保障の観点から必要不可欠なのである。一人ひとりの人間を、優劣なく対等な存在として扱うことが現行の憲法の要請であることは言うまでもない。上告人福田が、「私たちは異性愛者の皆さんよりも劣っていますでしょうか。異性愛者の皆さんと同じように結婚して、公的な祝福を受けるに値しない人種ですか。私たちは何か特別なものを求めているわけではありません。今、異性愛者の皆さんが当たり前に行える結婚を通して、幸せを追求する選択肢、ただそれが欲しいだけです。そうして、人らしい人生を送りたい。私たちが求めているのはただそれだけです。」と涙ながらに訴え（上告人福田本人調書14頁）、また、上告人一橋が、「私たちは、…私の両親や兄がしたのと同じような結婚をしたいと、同じように扱われたい…。」（上告人一橋本人調書17頁）と切実に述べた思いは、まさに対等な人間としての承認を求める悲痛な叫びである。

これは、国により作り出される構造的な差別にほかならず、単なる啓発活動のみでは尊厳の回復は実現され得ない。国が、社会の基礎的な構成単位となる「家族」から法律上同性のカップルを排除し続ける限り、性的少数者は、永遠に「二級市民」の地位に留め置かれ、その人格は毀損され続ける。このような構造的な差別から脱却し、奪われた尊厳を根底から回復するためには、現行の法制度が「個人の尊厳」に立脚した形に是正される

³³ この点、原判決は、「同性の者同士について異性の者同士と全く同じ法律婚制度を創設」することは、差別を禁止する明示的な法律を立法するなどの方策と並ぶ、差別解消のための一手段と捉えていると解されるが（原判決60頁）、このような理解は誤りである。本件諸規定が法律上同性間の婚姻を認めていないことこそが根本的な問題なのである。

ことが不可欠である。この点については、大阪高裁判決（甲 A 9 2 3）も、「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…新たな差別を生み出すとの危惧が拭えない」と的確に指摘するところである³⁴。

(4) 原判決のダブルスタンダード

上記(1)でも言及したところであるが、原判決は、法律上異性のカップルとの関係では、現行の法律婚制度を利用できることが個人の人格的存在と結びついており、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個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であることを、当然の前提としている。このことは、憲法 1 3 条にわざわざ言及して「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 1 3 条、2 4 条に違反する結果となる」（原判決 5 6 頁）と述べていることから裏付けら

³⁴ 大阪高裁判決（甲 A 9 2 3）は、「配偶者の地位により得られる様々な法律上の効果のみならず、配偶者として公認されること自体が、安定した共同生活や充実感につながると考えられる。さらに、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。」と指摘し、「同性カップルについて…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」（5 2 頁）とする。

また、福岡高裁判決（甲 A 8 2 5）は、同訴訟控訴人らが家族として認められないことに甚だしい苦痛を感じている事実などを指摘した上で、「同性のカップルについて法的な婚姻制度の利用を認めないことによる不平等は、…端的に、異性婚と同じ法的な婚姻制度の利用を認めるのでなければ、憲法 1 4 条 1 項違反の状態は解消されるものではない。」（1 6 頁）とする。

さらに、名古屋高裁判決（甲 A 9 2 2）は、「同性カップルが、法律婚制度を利用することができないことによって…法律婚制度の本質的価値を享受することができずに個人の尊厳が損なわれているという不利益を受けている」などと指摘する（3 7 頁）。

れる（なお、原判決は同趣旨のことを63頁でも述べる）。

他方で、法律上同性のカップルとの関係では、「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）と立法の際に考慮されるべき一事情に格下げしている。

問題は、法律上異性のカップルに対しては権利の不可欠性を認めながら、法律上同性のカップルに対しては裁量の対象とするという、二重基準を用いることが許されるか否かである。

この点、憲法13条は、すべての国民はみな等しい人格的存在として尊重されることを保障している。また、現在において「性自認等は、…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根ざした生来的な個性であると理解されて」おり（原判決47頁）、これは「個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益」と観念されている（原判決20頁）³⁵。これは性的少数者特有の法的利益なのではなく、シスジェンダーの異性愛者を含めたすべての人にとって重要な法的利益である³⁶。加えて、性自認や性的指向に基づく差別の禁止が法規範として確

³⁵ 特例法生殖不能要件違憲最高裁大法廷決定（甲A533）も、性自認の文脈であるが、「性自認に従った法令上の性別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」とであると指摘する。

³⁶ この点、宇賀元最高裁判事が、最判令和3年11月30日集民第266号185頁（甲A644）における反対意見において、性自認の文脈であるが、「もし、生まれつき、精神的・身体的に女性である者に対して、国家が本人の意思に反して「男性」としての法律上の地位を強制し、様々な場面で性別を記載する際に、戸籍の記載に従って、「男性」と申告しなければならないとしたならば、それは、人がその性別の実態とは異なる法律上の地位に置かれることなく自己同一性を保持する権利を侵害するものであり、憲法13条に違反することには、大方の賛成が得られるものと思われる。」と指摘するところである（同1頁から2頁）。

立されている（後述 9 参照。なお、原判決は、「同性の者同士の事実婚」が、国民の理解不足を背景に、法律上異性のカップルの「事実婚とも異なる状況に置かれている」ことが「個人の尊厳との関係で問題」である旨指摘しており（原判決 6 7 頁）、性自認等に基づく差別が許されないことは当然の前提としているものと解される。）。この差別禁止の規範は、家族法の分野でだけは特例を認めるというものではない（後述 9 参照）。

また、次世代の育成保護を支援するという婚姻制度の機能との関係においても、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間に差を設けることを正当化する理由はない。現に、子を産み、共同して養育している法律上同性のカップルは存在し、その家族としての実態は、婚姻関係にある法律上異性のカップルの実態と何ら変わらないからである（前述 5 参照）。生まれてくる子の側から見ても、自らの養育者が法律上異性のカップルか法律上同性のカップルかによって、自身の法的保護の程度に差を設けられる理由はないといえる。

以上を前提とすれば、法律上異性のカップルとの関係では、現行の法律婚制度により、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が個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であるにもかかわらず、法律上同性のカップルとの関係では、これがそのような重要な法的利益に当たらないという事態は生じ得ない。同じ人間として、等しく権利の保障あるいは憲法上の保護が与えられるというのが当然の帰結である。よって、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間で原判決のような基準の使い分けをすることは、明白な誤りであって許されない。

(5) 小括

以上のとおり、現行の法律婚制度に基づき、自らと望む相手と婚姻し、

社会から正当な家族として承認されることは、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益であり、このことは、人間として等しい存在である法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとで違いはない。そして、このような法的利益が等しく尊重され、法制度上も対等に処遇されることが、法律上同性のカップル、すなわち性的少数者の個人の尊厳の保障の観点から必要不可欠である。

8 法律上同性のカップルの被る不利益・困難

(1) はじめに

上告人らの憲法上の主張を検討するにあたって、婚姻が認められず、正統な家族として社会に迎え入れられないことによって、法律上同性のカップルがどのような不利益・困難を被っているのかは必ず考慮しなければならない事項である。ところが、原判決は、この点について何ら言及することがなかった。また、原判決は、代替制度等により法律上同性のカップルが被る不利益を一定程度緩和し得ることを指摘しており（原判決 61 頁）、法律上・事実上の不利益のみが問題となると捉えていることがうかがえる。しかし、本件諸規定の違憲性を検討する上で、性的少数者の人格的価値の毀損という重大な不利益を無視することはできない。また、法律上・事実上の不利益も、原判決のいう代替制度等では解消され得ない。法律上同性のカップルの被る不利益・困難にかかる原判決の認識とその評価は誤っている。

(2) 個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益の毀損

上記 7 で述べたとおり、自ら望む者と婚姻し、社会から正統な家族とし

て迎え入れられることができることは、法律上異性のカップルにとっても、法律上同性のカップルにとっても、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益である。また、当該法的利益が等しく尊重されることが、法律上同性のカップルの尊厳の回復のためには不可欠である。しかし、本件諸規定が、法律上異性のカップルに対してのみ現行の法律婚制度の利用を認め、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ていないことにより、法律上同性のカップルの当該法格的利益が侵害され、その人格及び尊厳が毀損され続けている。

原判決は、「同性の者同士に係る家族に関する法制度の創設は、同条2項により国会の立法裁量に委ねられている」というが（原判決58頁）、仮に「立法裁量」との四文字をもって、日本社会における正統な家族として迎え入れられるか否かを決定づけることが認められるとするならば、それこそが法律上同性のカップルの人格及び尊厳を著しく毀損するものと言わざるを得ない。

(3) 法律上・事実上の不利益

ア 法律上の不利益

また、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（民法の諸規定³⁷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

³⁷ 例えば、民法7条（後見開始の審判）、11条（保佐開始の審判）、15条（補助開始の審判）、752条（同居、協力及び扶助の義務）、760条（婚姻費用の分担）、762条2項（夫婦間における財産の帰属）、768条（財産分与）、772条（嫡出の推定）、817条の3（養親の夫婦共同縁組）、890条（配偶者の相続権）、900条（法定相続分）、1028条（配偶者居住権）、1037条（配偶者短期居住権）、1042条（遺留分）など。

生じる婚姻による法的保護の効果³⁸⁾の享受が認められない。原判決も「290件程度の法律に法律婚制度を前提にした『配偶者』という文言を含む条文が置かれている。」と指摘するが(原判決31頁)、法律上同性のカップルは、これら多くの法的効果の枠外に置かれている。

また、現に、法律上同性のカップルに養育される子が存在し、家族として生活しているにも関わらず、共同親権(民法818条3項)が認められない³⁹⁾など、子の養育上の法的保護も一切受けられない。

イ 事実上の不利益

それだけでない。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。

例えば、入院時の緊急連絡先をパートナーにすることができない、病状説明を受けられないなど緊急時に家族として扱われず、あるいは家族として扱われるのか緊急時になるまでわからないという不安定な状況に置かれている⁴⁰⁾。

他にも、パートナーと同居する物件を借りる際・購入する際に断られる、

³⁸⁾ 例えば、税法における配偶者控除(所得税法83条等)や相続税の優遇措置(相続税法19条の2、18条等)、社会保障制度における遺族年金(国民年金法37条、37条の2等)、出入国管理における「日本人の配偶者等」の在留資格(出入国管理及び難民認定法2条の2第2項、別表第二)など、挙げれば切りがない。なお、訴状第6の4被侵害権利・利益(3)[58頁から66頁]も参照。

³⁹⁾ なお、民法818条についてさらに言及すると、同条の規定により、夫婦の一方が配偶者の子と養子縁組をした場合にも共同親権となり、婚姻当事者間に生まれた子のみならず、その間で養育する子との安定的な生活を保護するための仕組みが設けられている。しかし、法律上同性のカップルは、その間で養育する子がいても、共同親権を持つ術がなく、家族としての安定的な生活が保護されない。

⁴⁰⁾ 上告人一橋本人調書13頁から14頁、上告人河智本人調書9頁から10頁、上告人福田本人調書6頁、上告人山縣本人調書5頁から6頁。

職場で配偶者であれば使える制度が使えない、病気や事故の時に家族として扱われなかった、子の親権者でない方が保育園・幼稚園の送迎に行けない、子の小中高での諸手続きができない、学校行事に参加できない、子の病院で病状説明を受けたり、手術同意ができないなど、生活上の不利益を挙げれば切りがない。

これらの不利益・困難は、精神面にも不利益を及ぼす。病気・事故・死亡などの際に何も保証がないと感じる、二人の将来に不安を感じる、社会から認められていないように感じる、自分たちのことを周りに相談するのを躊躇する、子どもの友人や、その保護者、学校の先生など周りの人に実際の家族関係を話すことに躊躇する、子どもに結婚ができないことを説明するのに困難を感じる等である（甲A289⁴¹、上告人ら本人調書、各陳述書⁴²、上告理由書別冊D-1第3など）⁴³。

このように、法律上同性のカップルが婚姻できないことから生じる私生活上の不利益は膨大かつ甚大であり、婚姻を認めるのでなければこれらの

⁴¹ 甲A289号証の第2の3以下〔4頁以降〕

⁴² 上告人一橋本人調書〔13頁から14頁〕、上告人武田本人調書〔6頁、10頁から13頁〕、上告人鳩貝本人調書〔4頁から10頁〕、上告人河智本人調書〔2頁から3頁、9頁から12頁〕、上告人福田本人調書〔5頁から14頁〕、上告人藤井本人調書〔10頁から14頁〕、上告人山縣本人調書〔2頁、5頁から7頁、10頁〕、上告人ケイ本人調書〔5頁から11頁〕。甲B1〔4頁から5頁、12頁、17頁から19頁〕、甲B2〔9頁から10頁、13頁から16頁〕、甲C1〔6頁から9頁、28頁から34頁〕、甲C2〔4頁から5頁、17頁から25頁〕、甲D1〔5頁、11頁から14頁〕、甲D2〔6頁から7頁、11頁から12頁〕、甲E1〔7頁から10頁、16頁から19頁〕、甲I1〔5頁、8頁から9頁、12頁から18頁〕。

⁴³ 概要については、原告ら第34準備書面第3〔19頁から34頁〕、原告ら第38準備書面第2の3〔11頁から15頁〕、第3の3〔24頁から30頁〕、第4の3〔35頁から38頁〕、第5の3〔41頁から45頁〕、第6の3〔47頁から49頁〕。

不利益を抜本的に解消することは到底不可能である。

(4) これらの不利益は他の制度等により解消され得ないこと

ア 原判決の誤り

原判決は、法律上同性の者同士に係る家族に関する法制度の不存在に関し、①法律上同性の者同士の婚姻の本質を伴う結合関係については、同性の者同士の事実婚として法的に保護されること、②婚姻の基本的かつ重要な法的効果の一部については、個別法令の適用・類推適用、契約等の方法により代替することができること、③地方自治体や民間企業が、同性の者同士の家族の形成・子育てを異性の者同士と同様に支援する取組が広がっていること、④特例法による法律上の性別の変更を経て法律婚を選択することができることを指摘し（原判決 6 1 頁）、現在制度の下でも不利益を緩和する術がある趣旨を述べる。しかし、上記(2)及び(3)で述べた不利益は、これら代替制度等では解消できない。

イ 事実婚としての保護の限界

原判決は、法律上同性のカップルも事実婚として保護されているという（原判決 3 4 頁）。

しかし、婚姻届一枚で配偶者としての法的地位を確定することができる法律婚と、あらゆる場面で「私たちは事実婚の関係です。」と個別に証明する必要のある事実婚とでは、保護の質と地位の安定性において根本的に異なる。

また、現在の法制度の下においても、法律婚と事実婚とでは保護の程度に大きな差が設けられている（一例として、共同親権の行使（民法 8 1 8 条）、相続権（同法 8 9 0 条）や、外国人パートナーの在留資格（出入国

管理及び難民認定法 2 条の 2 第 2 項・別表第二の「日本人の配偶者等」)
の取得など)。

これに加え、そもそも、事実婚のレベルにおいても、法律上同性のカップルは法律上異性のカップルと必ずしも同等に扱われる保障はない。現時点では、法律上同性のカップルについて、(a)不貞行為を理由とする損害賠償請求権が認められ得る(甲 A 3 5 の 1、同 2)、(b)犯罪被害者等給付金(遺族給付金)の支給対象者となり得る(甲 A 6 3 9)という限度でその関係が保護されることが司法判断により明らかになった。しかし、例えば、(a)について判断を行った東京高判令和 2 年 3 月 4 日(甲 A 3 5 の 2)は、損害賠償額の算定に当たり、「控訴人と被控訴人の本件関係は法律上認められた婚姻関係ではな」いことを考慮要素の一つとしており、法律上異性のカップルとは異なる扱いがされ得ることを示唆している。また、(b)について判断を行った最判令和 6 年 3 月 2 6 日民集 7 8 卷 1 号 9 9 頁(以下「犯給法最高裁第 3 小法廷判決」という。)でも、林道晴最高裁判事の補足意見において、個別法令の「解釈は、当該規定に係る制度全体の趣旨目的や仕組み等を踏まえた上で、当該規定の趣旨に照らして行うべきものであり、規定ごとに検討する必要がある」と述べられており、法律上同性のカップルにどこまで事実婚としての保護が及ぶかは未知数である。現に、犯給法最高裁第 3 小法廷判決を受け、政府が「事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」と同一又は類似の文言を含む規定での同性パートナーの取扱いについて見直しを行ったものの、200 を超える法令のうち、法律上同性のパートナーが適用対象となり得るとされたのは 33 法令にとどまる(甲 A 9 4 8)。近時、法律上同性のカップルの一方が雇用保険法に基づく移転費の支給を申請したところ、パートナー分の支給が認められず、これを不服とした長崎労働局に対する審査請求も「親族に同性パート

ナーは含まれない」ことを理由に棄却されている（甲 9 4 9））。学説も、議論はあるものの、法律上同性のカップルについて事実婚として保護することで見解が一致しているわけでもない。

このように、仮に法律上同性のカップルに事実婚としての保護が及んだとしても、法律婚とは共同親権、相続権、配偶者の地位に基づく在留資格等々、法的効果のみを挙げても数えきれないほどの大きな違いがあり、事実婚による保護によって法律婚に代替することはできない。また、法律上同性のカップルは、幾多もの時間や労力をかけてパートナーとの関係を証明する必要に迫られた上、その結果、法律上異性のカップルの事実婚とは同等でないとして保護を否定されることも多い。現行の多くの法令はおそらく、その制定当時、法律上同性のカップルを想定して定められたものでないであろう。それゆえ、仮に、犯給法最高裁第 3 小法廷判決の事例と同様に、個別法令の解釈によって、結果として、「事実上婚姻関係と同様の事情にある（あった）者」としての保護が与えられる可能性があるとしても、個々の法令の条項を逐一解釈し、問題となっている当該条項が法律上同性のカップルにも適用されるか否かの判断を行うことには実務上の困難が伴い、当事者の保護に悖ることは明らかである（それゆえ、端から配偶者としての保護を受けることを諦めざるを得ない状況に置かれる者が多数に上ることは容易に想定できる）。このような状況をもって、法律上同性のカップルの不利益が解消されているとは到底言えない。

ウ 契約の締結その他代替手段による不利益の緩和の限界

原判決中、個別法令の適用又は類推適用により保護され得ることを述べる点（上記アの②）は、上記イで述べたとおり、これによる保護は極めて不安定かつ不十分であり、法律婚が認められない不利益を解消する代替手

段となり得ない。このことは、契約や遺言といった自助努力による不利益の緩和（上記アの②）、地方自治体や民間企業の取組み（上記アの③）に関しても同様である。これらを全て組み合わせたとしても、法律婚による保護には到底及ばない。

そもそも、これらの代替手段では、「正統な家族」としての承認から得られる個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益を補うことはできない。婚姻は、その成立によって付与される配偶者たる身分を基点として社会的承認が得られる点にも重要な意味があり、契約などの個別の債権債務関係を発生させる行為や地方自治体や企業による個別の取組みのみをして、家族としての社会的承認を得るという上記法的利益を代替することはおよそ不可能である。

なお、「性自認が身体的性別と一致しない者は、特例法による法律上の性別の変更を経て法律婚を選択することができ」というが（上記アの④）、現行の法律婚制度による婚姻から排除されているのは、トランスジェンダーだけでなく、同性愛者、パンセクシュアルなど法律上同性の相手との婚姻を望む性的少数者一般である。特例法が関係するのは法律上同性の相手との婚姻を望む性的少数者の一部に限られる。そのように一部にしか関係のしない特例法の存在を以って、法律上同性の相手との婚姻を望む性的少数者一般が現行の法律婚制度から排除されることを正当化することはできない。また、そもそも、特例法により性別の取扱いの変更が認められるのはトランスジェンダーのうち同法上の性同一性障害者に限られるところ、性同一性障害者が置かれている状況は様々であり、性別の取扱いの変更のハードルが依然として高いものもいる。トランスジェンダーであればどのような場合でも性別の取扱いの変更をすることができ、法律婚を選択できるかのような理解は誤っている（この点については後述12で

補足する)。

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

本9と下記10では、⑦憲法制定後の社会状況等の変化により性的少数者を取り巻く法規範・規範意識がどのように変化してきたのかを整理する。

(1) はじめに

婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定は、当時存在した嫡出子と非嫡出子の法定相続分を区分する民法900条4号但書きの規定が憲法14条1項に違反するとの判断を下すにあたり、最決平成21年9月30日集民第231号753頁以降の社会状況等の変化、すなわち家族形態の多様化、これに伴う国民意識の変化、諸外国の趨勢、国連人権委員会からの是正勧告等を総合的に考察し、そのうえで、今日では「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されて」きており、このような認識の変化に伴い「子にとっては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」ないと判断した。

本件でも法律上同性のカップルの現行の法律婚制度からの排除、その意味での家族制度における区別の憲法適合性が問題となっており、憲法制定後の社会状況等の変化を踏まえ性的少数者をめぐる法規範や規範意識（婚姻制度・家族制度の分野におけるものを含む）が現時点でどうなっているのかという観点からの検討が不可欠である。

この点に関し、原判決は、前提となる一定の事実を認定し、性的少数者をめぐる法規範や規範意識の変化に関し憲法制定後の社会状況等の変化

に基づき一定の評価は行っている。しかし、以下で述べるとおり、ここでも重要な事実を認定から落としている。また、①国際法上も、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との評価、②国際法上、法律上同性のカップルの家族形成に関し、何も保障がない状況から、法律上同性のカップルには家庭を形成する権利があると解されるようになり、現時点では婚姻へのアクセスを保障すべきであるとの見解が有力となったとの評価、③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との評価を裏付ける事実が十分に存在するにもかかわらず、そのような評価をしなかった。これらの点で、原判決は不徹底であり、不当である。

(2) 性的指向や性自認を理由とする差別の禁止規範の確立

ア 人の性の在り方に関する認識・法規範のコペルニクスの転換

性的少数者をめぐる法規範や規範意識の変化との関係でまず押さえられるべきは、①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は異常なもの、劣ったものとして位置付けられ、一般的に差別されて当然と考えられていたが、②現在では、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おり、③法規範に関しても、国際法上も、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という、コペルニクスの転換ともいえるべき極めて大きな変化があったことである（これらの変化を裏付ける事実関係については、原判決第3認定事実のほか上告理由書別冊Aを参照）。

イ 原判決の問題点

原判決も、性自認等⁴⁴に関する医学的・社会的評価の変遷や性自認等を理由とする差別禁止の取組みについて一定の事実を認定したうえで（同10頁から20頁）、「性自認等の多様性は、今日、医学的・社会的に承認され、性自認等は、生来的な人の個性と観念されていると認められる」（同14頁）、「今日、医学的・社会的に人の生来的な個性と観念される性自認等・・・は、個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益と観念されていることが認められる」（同20頁）との評価を下している。これらの点は評価することができる。

しかし、性自認や性的指向は個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益と観念されているとの評価にとどまり、国際法上も、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とは踏み込まなかった点で不徹底であり、不当である。

ウ 国際法における差別禁止法規範の確立

国際法上、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ことは、原判決が認定する事実⁴⁵、すなわち、ジョグジャカルタ宣言⁴⁶、性的指向と性自認に関する国際連合宣言⁴⁷、国際連合LGBTIグループの設立と活動⁴⁸、国連人権理事会の取組み⁴⁹、人権理事会の普遍的定

⁴⁴ 性自認又は性的指向をいう（原判決4頁）。

⁴⁵ 原判決14頁から17頁、同37頁参照

⁴⁶ 甲A38の1～3

⁴⁷ 甲A279の1、同2

⁴⁸ 甲A278の1、同2、甲A358

⁴⁹ 甲A39の1、同2、甲A286の1、同2、甲A277の1、同2

期審査（URP）での我が国に対する勧告⁵⁰、自由権規約委員会による我が国に対する勧告⁵¹、国連女子差別撤廃委員会の我が国に対する勧告⁵²などからも十分に裏付けられる（なお、上告理由書別冊A第3及び第5も参照）。原判決は、これらの事実に基づき 国際法上、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と評価すべきであったのに、これを行わなかった。

しかし、それ以外にも原判決にはいくつかの問題がある。その中でも最も問題であるのは、我が国が締約国として遵守する義務を負う自由権規約⁵³の関連する条項の解釈についてなんら言及しなかった点である。自由権規約2条1項と26条は、人種、皮膚の色、性（Sex）、言語、宗教その他の事由による差別を禁止し、法の下での平等を保障しているが、自由権規約委員会がトゥーネン対オーストラリア事件に関する見解⁵⁴において両条項の「性（Sex）」には「性的指向を含む」との見解を示して以降、上記見解に沿った解釈が確立している（甲A36[153頁]、甲A181[10頁から13頁]、上告理由書別冊A第3の2参照）。また、グッドウィン対イギリス事件判決⁵⁵において、ヨーロッパ人権裁判所が、性別記載の変更が単なる書面上の形式的な問題ではなく、個人の尊厳や人格的自律に根源的で不可欠な要素であると述べ、性自認尊重のために国家は性別記載の

⁵⁰ 甲A274の1、同2、甲A275の1、同2、甲A276の1、同2、甲A429、甲A430

⁵¹ 甲A100の1、同2、甲A101の1、同2、甲A427、甲A428

⁵² 甲A938

⁵³ 市民的及び政治的権利に関する国際規約（甲A458の1、2）

⁵⁴ Human Rights Committee (CCPR), *Toonen v. Australia*, Views of 31 March 1994, Communication no.488/1992. U.N.Doc.CCPR/C/50/D/488/1992.

⁵⁵ *Goodwin v. the United Kingdom*, Judgment of 11 July 2002, Application no.2897/95.

変更手続きを整備する義務があると結論付けたことを契機に、自由権規約 17 条やヨーロッパ人権条約 8 条の私生活の尊重を受ける権利の文脈で、トランスジェンダーの権利が人権と位置付けられるようにもなっている（甲 A 3 0 3 [97 頁、99 頁]、甲 A 3 0 2、上告理由書別冊 A 第 3 の 2 参照）。これは、締約国の国民は、自由権規約 2 条、26 条や 17 条に基づき、性的指向及び性自認に基づき差別されず、法の下に平等に取り扱われることが保障されているとともに、締約国はそのために必要となる立法措置等を講じる義務を負うこと（自由権規約 2 条 2 項）を意味する。我が国も自由権規約の締約国として、自由権規約 2 条、26 条や 17 条を誠実に遵守し、そのために必要となる立法措置等を講じる義務を負う（憲法 98 条 2 項）。これは次項で述べる日本国内法上における差別禁止規範の確立との関係でも重要な事実である。ほかのパートでも触れているように原判決は度々自らの導く結論に不都合な事実を認定から落としているが、このようなことが繰り返されてはならない。

エ 日本国内法上における差別禁止規範の確立

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ことは、日本国内法上も同様である。

先進的な事例としては、いわゆる府中青年の家訴訟に係る 1994 年 3 月 30 日東京地裁判決（甲 A 6）、1997 年 9 月 16 日東京高裁判決（甲 A 57）がある。いずれの判決でも、同性愛者が宿泊施設内において性行為を行う一般的な可能性があることを理由に同性愛者の宿泊利用を一切拒否したことは違法との判断が示され、東京都に対し慰謝料の支払いが命じられた。東京高裁は判決の中で、公権力の行使において「同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されて」おり、「無関心であったり

知識がないということは公権力の行使に当たるものとして許されない」と判示している（上告理由書別冊 A 第 12 の 1 も参照）。

上記事件の判決を一つの契機として、日本国内においても、性的指向及び性自認の尊重は人権問題であるとの理解が進み、主に 2000 年代から、性的指向及び性自認を理由とする人権侵害を防止する施策が様々に講じられるようになった。

国の人権施策との関係で言えば、2000 年に「人権教育及び人権啓発の推進に関する法律」が成立し、2002 年 3 月に閣議決定された「人権教育・啓発に関する基本計画」において、「同性愛者への差別といった性的指向に係る問題」について「その解決に資する施策の検討を行う」ことが明記された（甲 A 590）。同法に基づいて行われる「人権週間強調事項」（2009 年から「啓発活動強調事項」）においても、2000 年から、性的指向や性自認を理由とする差別の禁止が明記されるようになった（甲 A 75）。さらに、法務省人権擁護局は「主な人権課題」として「性的指向」と「性同一性障害」を掲げ、啓発活動を行なっている（甲 A 76）。その他にも、自殺総合対策大綱において、法務省、文部科学省、厚生労働省において、性的マイノリティへの支援の充実に取り組むこと等が記載されるなどしている（甲 A 52 [27 頁から 28 頁等]）、上告理由書別冊 A 第 6 参照）。

地方自治体レベルでも、2000 年に東京都人権施策推進指針に「性同一性障害者」や「同性愛者」をめぐるさまざまな問題が人権問題として記載された（甲 A 86 [8 頁から 9 頁]）のをはじめ、全国各地の多数の自治体で、性的指向・性自認の尊重ないし差別禁止を掲げる条例等が制定されるに至っている（上告理由書別冊 A 第 7 の 1 参照）。

2023 年 6 月には、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（令和 5 年法律第 6 8 号）（いわゆる L G B T 理解増進法）が成立した。同法 3 条は、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を定めている（甲 A 5 3 4）。これは、人の性の多様性と性的指向・性自認による人権の否定や差別が許されないという普遍的認識が、わが国の法秩序の基本を構成することを実定法によって確認した意味を持つものである（上告理由書別冊 A 第 6 参照）。

しかし、原判決は、L G B T 理解増進法に言及するものの（同 1 8 頁から 1 9 頁）、府中青年の家事件や国の人権施策における性的指向や性自認の位置づけを全く無視した。これらの事実も認定したうえで、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と評価すべきであった。

(3) 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法規範意識の形成と広まり

ア はじめに

性的少数者をめぐる法規範や規範意識の変化との関係で次に押さえられるべきは、性的指向や性自認による差別が許されないとの法規範は婚姻を含む家族制度に係る法規範や規範意識にも強い影響を及ぼし、①国際法上、法律上同性のカップルの家族形成に関し、何も保障がない状況から、法律上同性のカップルには家庭を形成する権利があると解されるように

なり、現時点では婚姻へのアクセスを保障すべきであるとの見解が有力となったこと、②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ということである。これは、下記に述べる法律上同性のカップルに係る家族制度に関する国際的な動向（下記イ）、法律上同性のカップルの家族形成に関する国際法上の規範の発展（下記ウ）、日本国内の動向（下記エ）から裏付けられる。

イ 国際的な動向

法律上同性のカップルに係る家族制度に関する国際的な動向としては、2000年にオランダで法律上同性のカップルの婚姻を可能とする制度が法制化されたことを皮切りに、法律上同性のカップルにも婚姻を認める流れが生まれ、本件の口頭弁論終結日現在、39の国・地域において法律上同性カップルの婚姻が認められるに至っていること（原判決36頁から37頁）が重要である。法律上同性のカップルの婚姻を認める国・地域は、ヨーロッパや北米の国々だけでなく、アフリカ（南アフリカ）、中南米（アルゼンチン、ブラジル、ウルグアイ、メキシコ、コロンビア、エクアドル、コスタリカ、チリ、キューバ）、オセアニア（ニュージーランド、オーストラリア）、アジア（台湾、ネパール・タイ）にも広がっており、いわゆる「同性婚」の法制化は、国・地域の伝統や文化などを超えた揺るぎない潮流となっている⁵⁶。

⁵⁶ 比較憲法学の専門家らによるアミカス・ブリーフは、いわゆる「同性婚」の法制化等が国・地域を超えた揺るぎない潮流となっていることに関し、「同性婚の承認が、特定の法的伝統や辺境の国々、特殊な種類の社会に限定されるものではないことを示して」おり、「日本もその一員であるグローバルな国家共同体の中で、

婚姻制度の内容について、当初、法律上異性間の婚姻と、法律上同性間の婚姻の内容に関し、嫡出推定規定の適用の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療利用の可否等について、差異を設ける国も存在した(甲A43[77頁から78頁]、甲A569)。しかし、法改正や法律上異性間の婚姻との差異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、現在では、法律上異性間の婚姻と法律上同性間の婚姻とで違いが存在しないか、または、婚姻の方式に関し宗教上の儀式以外の方法を認める(甲A103、甲A569)にとどまるなど、差異があっても極めて小さな差異にとどまるのが実情である。

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⁵⁷、市民連帯協約(PACS)⁵⁸を導入する国々も存在した。しかし、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

LGBTQIA+の人々の精神的に平等におくことは、結婚を含む社会の他の人々が利用できるあらゆる権利と自由の行使を可能にしない限り完全なものにはならない、という認識が広がっている」と指摘する(甲A643の1、同2・パラグラフ4[2頁から3頁])。

⁵⁷ 身分法・社会保障法・税法等に係る法的効果を除いた、財産法上の法的効果のみを保障する制度(原判決35頁)

⁵⁸ 契約に基づき権利及び義務を設定し、それを公的機関に登録することによって、第三者(債権者、賃貸人、使用者)や国家(税法、社会保障法)に対し、カップルであることを対抗できるようにする制度(原判決35頁)

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。オランダ、ドイツ、イギリス、フランスなどがその例である。原判決は登録パートナーシップ制度等を有する国・地域として24の国・地域を認定するが(同35頁から36頁)、そのうち、上記の選択をせず法律上同性のカップルの婚姻が認められないままとなっている国・地域はイスラエル、イタリア、キプロス、クロアチア、チェコ、ハンガリー、ラトビアの7か国にとどまる⁵⁹。(以上につき、上告理由書別冊A第4参照)

ウ 国際法上の規範の発展

国際法における性的指向・性自認に基づく差別禁止原則の確立や、いわゆる「同性婚」の法制化の広まりに呼応する形で、法律上同性のカップルの家族形成に関する国際法上の規範も発展を遂げた。

当初、国際法上、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、2000年代に、ヤング対オーストラリア事件⁶⁰、X対コロンビア事件⁶¹などの先例が積み重ねられたことにより、自由権規約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、法律上異性のカップルの事実婚と同等の権利保障をすることが国家の義務であるとの理解が確立された(甲A36[154頁から155頁])。日本に対しても、2008年10月の自由権規約委

⁵⁹ 甲A103、甲A447、甲A570から甲A572、甲A608から甲A611、甲A645から甲A647、甲A689、甲A693、甲A711、甲A712、甲A839

⁶⁰ CCPR, Young v. Australia, Views of 18 September 2003, Communication no.941/2000. U.N.Doc.CCPR/C/78/D/941/2000.

⁶¹ CCPR, X v. Columbia, Views of 30 March 2007, Communication no.1361/2005. U.N.Doc.CCPR/C/89/D/1361/2005.

員会による第5回審査の総括所見の中で、法律上同性のカップルの人権状況について懸念が示され、自由権規約26条の解釈に沿って、公営住宅へのアクセスなどの便益に関し、事実婚状態にある法律上異性のカップルに付与されている便益と同等の便益が付与されることを確保する措置を講じるべきだとの勧告がなされた(甲A100・パラグラフ29)。

2010年代に入り、ヨーロッパ人権裁判所のシャルク・コップ対オーストリア事件判決⁶²、オリアリほか対イタリア事件判決⁶³や米州人権裁判所の2017年の勧告的意見⁶⁴などの先例が積み重ねられたことにより、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条の解釈としても、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、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の解釈が確立した(甲A446[2頁から4頁])。

また、自由権規約23条2項は「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。」と定め、婚姻が法律上異性のカップル間のものであることを前提とする文言が用いられている。しかし、2015年5月の国連人権高等弁務官の報告書(甲A277)、米州人権裁判所の2017年の勧告的意見などの積み重ねを経て、現時点では、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

⁶² Schalk and Kopf v. Austria, Judgment of 24 June 2010, Application no.30141/04.

⁶³ Oliari and Others v. Italy, Judgment of 21 July 2015, Applications nos.18776/11 and 36030/11.

⁶⁴ Inter-American Court of Human Rights, Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples, Advisory Opinion OC-24/17, 24 November 17.

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ている（甲A446 [5頁から7頁]）。2022年11月、自由権規約委員会は、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、上記のような理解に基づくものである（甲A427、甲A428・パラグラフ10、11、甲A599）⁶⁵。（以上につき、上告理由書別冊A第5参照）

エ 日本国内の動向

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。

例えば、2015年以降、多くの地方自治体において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の導入が進んだ。親子関係に関する施策の一環として、カップルが養育する子ども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

⁶⁵ なお、名古屋高裁判決（甲A922）は、この点に着目し、「これは、自由権規約23条2項において婚姻が男女の人的結合関係であることを前提とする文言であることが、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が、差別的取扱いとして自由権規約26条の平等原則違反と解することの妨げにはならないことを示すものといえる（なお、米州人権裁判所の平成29年11月24日の勧告的意見における米州人権条約17条2項の解釈・・・も同旨と解される。）。」「憲法24条の「両性」や「夫婦」という文言が、同性カップルにおいて法律婚制度を利用することができないという区別が憲法14条1項に違反するか否かの判断の制約にはならないと解することは、自由権規約委員会の自由権規約の解釈にも沿うものといえる。」と評価している（同20頁）。

の導入も進んでいる。2025年4月1日時点で、条例や要項などでパートナーシップ制度やファミリーシップ制度を導入済みの自治体は少なくとも524自治体となり、これにより人口比率では約92.68%相当の人々が居住する自治体がパートナーシップ制度やファミリーシップ制度を導入したこととなる。法律上同性のカップルの住民票の続柄を「縁故者」として登録したり、さらに進んで「夫(未届)」などと記載する取り組みを行う地方自治体も現れている。地方自治体独自の福利厚生制度の対象者に、法律上の異性のパートナーだけでなく、法律上同性のパートナーも加える自治体も増加している(原判決39頁、上告理由書別冊A第7の2、同3(2)参照)。

親子関係については、2024年4月1日の時点でパートナーシップ制度を導入している456自治体のうち47%にあたる216自治体が上述のファミリーシップ制度を導入している(甲A620)⁶⁶。さらに、児童福祉法に基づく里親制度に関し、法律上同性のカップルに対し、養育里親を委託する動きも広がっている。親子関係に関するこれらの動向は、親としての責任を果たすことができるかどうかという点において、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間に本質的な差異がないという認識が国、地方自治体において広く共有されていることを示している(原判決39頁、上告理由書別冊A第7の3、同別冊D-1第4の2、同第4の3参照)。

民間企業においても、職員の法律上同性のパートナーを民法上の配偶者と同等とみなし、結婚、出産時等の休暇を適用したり、家族手当の対象と

⁶⁶ なお、原判決は「令和7年4月1日時点で、同制度を導入している自治体数は、180自治体である」(39頁)と認定するが、甲A902に依拠した数字であると思われる。

する取り組みが拡大している。さらに、法律上同性のパートナーの子を社内制度上「子」として扱うファミリーシップ申請制度を導入する等、法律上同性のカップルの家族形成・子育てを法律上異性のカップルと同等に支援する取り組みを行う動きも拡大している（原判決 39 頁、上告理由書別冊 A 第 9、同別冊 D-1 第 4 の 4 参照）。

司法においても、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扱う判断がなされている。犯給法最高裁第 3 小法廷判決は、「犯罪被害者と同性の者は、犯給法 5 条 1 項 1 号括弧書きにいう『婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者』に該当し得ると解するのが相当である。」との判断を示した（甲 A 6 3 9 [3 頁から 4 頁]）。

「結婚の自由をすべての人に」訴訟では 6 つの地裁判決と 6 つの高裁判決が出されているが、原判決を含めそのいずれもが、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、又はそのことを当然の前提とした判示をしている。それぞれ表現は異なるものの、原判決以外の判決はいずれも、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にとっても、パートナーと家族となり、共同生活を送ることについて、婚姻制度や家族制度により法的保護を受け、社会的公証を受けることができる利益は、個人の尊厳に関わる重大な人格的利益ないしは個人の人格的存在と結びついた重要な法的利益に該当することを認めている。大阪高裁判決（甲 A 9 2 3）のように、「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。」と判示する裁判例も現れている。（上告理由書別冊 A 第 1 2 の 3、同 5 参照）

日本弁護士連合会や各地方弁護士会からいわゆる「同性婚」の早期導入

を求める意見が繰り返し表明されているほか、日本学術会議、複数の地方自治体及びその長などからも同様の要望が複数回にわたって出されている（上告理由書別冊 A 第 11 参照）。

最近の世論調査でも、「同性婚を認める方が良い」と回答する人は圧倒的多数を占め、「認めない方が良い」と回答する人は少数にとどまる傾向にあり、市民の意識としても、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと同等に扱うべきだという意識が広く浸透している（原判決 42 頁から 43 頁、上告理由書別冊 A 第 10 の 1 参照）。

以上の通り、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。原判決はこのように評価をすべきであったのにこれをしなかった点で不当である。

10 国際的な動向についての補足

(1) はじめに

原判決は性的少数者をめぐる法規範や規範意識の変化に関する国際的な動向について、一見、詳細な認定をしている（原判決 14 頁から 17 頁、34 頁から 37 頁）。しかし、すでに上記 9 でも指摘したが、重要な事実が認定されていないなど問題が多い。本 10 では、上記 9 では指摘しきれなかった点のうち特に重要なものについて指摘する。

(2) いわゆる「同性婚」を認めないことは憲法違反との司法判断

いわゆる「同性婚」の導入に当たって、アメリカ（甲 A 107）や台湾（甲 A 109 の 1、同 2）などのように、司法機関が、法律上同性のカッ

プルの婚姻の法制化のための立法措置をとることが憲法上の要請であると判断したことがきっかけとなった国や地域も複数存在する。

司法機関においていわゆる「同性婚」を認めないことは憲法違反だと判断されたことにより、法律上同性のカップルの婚姻が可能となった国として、アメリカ、台湾のほかに、例えば、カナダ（甲 A 5 6 9 [1 4 2 頁から 1 4 3 頁]、甲 A 5 7 0 [4 1 頁から 4 2 頁]）、南アフリカ（甲 A 5 6 9 [1 4 3 頁から 1 4 5 頁]、甲 A 5 7 0 [4 4 頁から 4 6 頁]）、コロンビア（甲 A 1 0 3 [7 2 頁から 7 3 頁]）、コスタリカ（甲 A 5 9 1 [4 8 頁]）、エクアドル（甲 A 1 0 5）、スロベニア（甲 A 3 5 5）、オーストリア（甲 A 1 0 3 [7 7 頁]）などがある。

原判決はこれらの国々での司法判断について一切言及していない。

(3) 制度内容の差は憲法違反等とする司法判断

法律上同性のカップルに関し、登録パートナーシップ制度など婚姻以外の制度を導入した国のほとんどが国・地域が、いわゆる同性婚を導入する等、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとで婚姻を含む家族制度による保護において同等の取扱いを受けるに至っていることは、上記 9 でも述べた通りである。

原判決の認定では明確になっていないが、このような変化に関しては、司法が大きな役割を果たした。

例えば、ドイツでは、ドイツ連邦裁判所が、2009年7月の判例変更以降、法律上同性のカップルを対象とした生活パートナーシップと法律上異性のカップルを対象とした法律婚制度との間にあった、相続税・贈与税、公務員の家族手当、土地取得税の免税、所得税法の合算課税方式の適用について、婚姻と生活パートナーシップの差異が一般平等原則に反して違憲

という判断を下していった。そのような流れを受けて、ドイツ連邦政府は、2015年に民法、行政手続法ほか行政法令、民事訴訟法、身分登録法、生活パートナーシップ法など合わせて32の法令において生活パートナーシップを婚姻と同様に扱う改正を行う「生活パートナーの権利の解決法」を制定した（甲A571、甲A572、甲A576の1、同2、甲A577）。

また、オーストリアでは、2013年2月にヨーロッパ人権裁判所が、法律上同性カップルの相手方の子どもとの養子縁組を認めないことについて、ヨーロッパ人権条約14条（差別の禁止）に違反すると判断し、オーストリア憲法裁判所は、2013年12月の判決において、法律上異性のカップルに限定する生殖補助医療法の規定は平等原則に反し違憲であると判断した（甲A571、甲A576の1、同2）。

(4) 同じ内容でも別制度は憲法違反等とする司法判断

法律上同性のカップルに係る家族制度が法律上異性のカップルの婚姻制度と同じ内容であっても、法律上同性のカップルを法律上異性のカップルと異なる異質な存在、劣る存在との誤った認識を正当なものと認めることと同義であり、そのような誤った認識を強化し、維持することにもつながるから憲法や人権条約に違反するという趣旨の司法判断も存在するが、原判決はこれらの国々での司法判断について一切言及していない。

例えば、米州人権裁判所は、コスタリカに対する2017年の勧告的意見の中で、法律上同性のカップルの家族生活の尊重を受ける権利を保障するために国家に課せられた積極的義務は、既存の法制度を拡大することで最も簡潔かつ効果的に満たすことができ（同パラグラフ218）、法律上同性のカップルに別の制度を設けることは、差異やスティグマ化または見

下しに繋がり、異性愛規範 (heteronormativity) にもとづく固定観念による区別は差別であり、自由権規約 2 条 1 項に相当する条項を有する米州人権条約違反にあたる (同パラグラフ 2 2 4) と述べた (甲 A 4 5 0)。

また、オーストリア憲法裁判所は、2017 年 12 月 4 日の判決において、要旨、以下のような判断を下した (甲 A 1 0 3 [77 頁])。

- ◇ 登録パートナーシップ制度は、導入されてから改正を重ねており、近年では共同養子縁組や生殖補助医療の利用を認める等、婚姻との間にはごくわずかな違いを残すのみとなった。
- ◇ しかし、たとえ法的構造が同じであっても、2つの法制度に分かれていることそれ自体が、同性への性的指向を有する者が異性への性的指向を有する者と同じではない、ということを表している。そして、法制度の名称が「婚姻」と「登録パートナーシップ」とに分かれていることから、同性への性的指向を有する者は、性的指向が重要ではない場面又は重要であってはならない場面においても自らの性的指向を明らかにせざるを得なくなり、差別を受けるおそれがある。
- ◇ 以上のことから、異性間関係と同性間関係を2つの法制度によって区別することは、性的指向等の個人の属性を理由とする差別を禁止する平等原則に違反している。
- ◇ 違憲性を除去するためには、①一般民法典 44 条の「異なる性の」という文言、②登録パートナーシップ法 1 条の「同性カップルの」という文言及び同法 2 条の「同じ性の」という文言並びに同法 5 条 1 項 1 号の規定 (異性間では登録パートナーシップは成立しないとする規定) は、削られなければならない、また、それで足りる。登録パートナーシップ法自体が違憲であるわけではない。

上記 2017 年 12 月 4 日の判決を受けて法改正がなされ、オーストリアでは、現在、法律上同性か、異性かにかかわらず、法律婚と登録パートナーシップ制度のいずれかを選択できるようになっている（甲 A 5 7 2 [36 頁から 37 頁]）。

(5) まとめ

上記で触れた各国の司法判断は、法律上異性のカップルを対象とした婚姻と法律上同性のカップルを対象とした登録パートナーシップの間で効果の差異を設けても、憲法の基本原理である平等扱いの観点からその差異を個別に検討していくと、同原則違反となり維持できないこと、たとえ同じ内容であっても別制度とすることは差別や偏見の固定化につながり、個人の尊厳や法の下での平等の観点からやはり維持できないことを如実に示している。

しかし、原判決は自らの結論に不都合であるためか、これらの事実も一切無視している。このようなことが貴庁において繰り返されてはならない。

11 別制度が持つ問題

パート 2 の最後として、本 11 では、⑧法律上同性のカップルに対し、現行の法律婚制度ではなく、それとは別の制度の利用を認めるということがどのような問題を持つかを整理する。

(1) はじめに

法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを共に現行の法律婚制

度に包摂することが可能であるにもかかわらず、法律上同性のカップルに関して家族になる手段として法律上異性のカップルとは異なる制度を設けることは、重大な問題を孕む。本11では、別制度とすることには合理的理由がないこと、それにもかかわらずあえて別制度を設けるとするならば、看過しがたい害悪を生じさせることについて論じる。

(2) 別制度とする合理的理由がないこと

原判決も認めるとおり、法律上同性のカップルであっても「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（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、現行の法律婚制度の趣旨に正に合致する。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（上告理由書別冊B）。このように、現行の法律婚制度の趣旨・内容に照らし、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度に包摂することに何ら支障はないのであって、これとは別の、法律上同性のカップル「専用」の制度を設ける理由はない。

また、仮に、嫡出推定等の一部の規定について、立法府において再整理をする余地があり得るとしても、それは「婚姻の成立を認めるかとは別問題」（甲A381[90頁]）である。民法の一部の規定について異なる規律とする可能性があり得ることをもって、法律上同性のカップルを現行の法律婚制度から排除し、別制度に追いやる合理的理由とはなり得ない（この点については、上告理由書[第二分冊]第4も参照）。

(3) 別制度とすることにより生じる害悪

ア 差別を構造的に固定化すること

それにもかかわらず、あえて法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間で、家族になる方法に差異を設けることは、差別を構造的に固定化することに直結する。

すなわち、現行の法律婚制度は、人と人との親密な結合関係を公的に承認し、これを公証する唯一の制度として長年運用されてきたものであり、今なお国民の中で法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している。そのような中で、現行の法律婚とは異なる制度（例えば、諸外国でかつて導入された登録パートナーシップ制度、PACS、法定同棲などの婚姻類似の制度）を設け、法律上同性のカップルが利用可能な制度を法律上異性のカップルと区別することは、法律上同性のカップルに対し、法律上異性のカップルと同等の承認を与えないことを意味するものであり、「二級市民」であり、劣った存在であるとのレッテルを新たに貼るに等しい。これでは、長年毀損され続けてきた性的少数者の尊厳は回復され得ない。のみならず、差別を構造的に固定化するものである（詳細は、上告理由書別冊F（特に第6）参照。）。

この点、婚外子相続分差別違憲最高裁大法廷決定（甲A218）は、婚外子の相続分を婚内子の2分の1と定めた当時の民法900条4号但書きの合理性を判断する際、「本件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」という、法が社会に与えるメッセージ性（表面的側面）の害悪を明確に指摘している（甲A360〔82頁〕も参照）。

同様に、法律上異性のカップルと法律上同性のカップルとの間で利用できる制度を区別し、後者を現行の法律婚制度から排除し続けることは、社

会における法律上同性のカップル（及びその子）の関係や性的少数者に対する差別意識を国が日々再生産し、また、これらの者に対して「法的な家族になることは許容されても、法律上異性のカップルが利用可能な婚姻制度を利用することは許容されない存在である」とのスティグマを付与するものであり、差別を固定化するものと断ぜざるを得ない。

イ 性自認や性的指向の強制的な暴露につながること

そのほか、制度を区別し、法律上同性のカップルにのみ利用できる制度を設けることは、性自認や性的指向の強制的暴露という無視できない重大な問題を生じさせる。

すなわち、当該別制度の利用者が、その利用を他者に明らかにすることは、本人とパートナーとが法律上同性であるということを明らかにするのと同義になる。そうすると、同性が性愛の対象となり得るという性的指向であるか、あるいは、カップルの一方が法的性別の取扱いの変更が済んでいないトランスジェンダーという異性カップルであるか、というセクシュアリティに関する機微なプライバシー情報までもが明らかになってしまう⁶⁷。このように、利用者が日常生活において『既婚』という普遍的な呼称ではなく、特定のカテゴリーを選択せざるを得ない状況は、本来セクシュ

⁶⁷ 例えば、上告人武田の職場には、法律上の同性パートナーが使える制度が存在するが、同制度を使うことで、上告人武田や上告人武田のパートナーがセクシュアルマイノリティであることが職場で知られることになってしまうため、上告人武田には同制度を利用することにハードルがあるという。また、上告人武田は、もし、上告人らが婚姻することができていれば、あえて法律上同性のパートナー用の制度を使う必要はなく、自身のセクシュアリティを明かす必要もないと説明した（上告人武田本人調書12頁）。上告人武田が証言するとおり、婚姻制度以外の制度で夫婦関係が公証されることは、不必要に自身やパートナーのセクシュアリティを明かすことに繋がるといった重大な問題点がある。

アリティが問われるべきではない場面においても、当事者に対してカミングアウトを事実上義務付けることに他ならない。「性自認等の多様性に対する国民の理解不足」(原判決59頁)が今なお根強く存在する日本において、家族としての法的保護を受ける代償として差別や偏見のリスクを甘受せよと迫る制度設計には、個人の尊厳に悖る致命的な欠陥があると言わざるを得ない。結果的に、法律上同性のカップルは、法的に家族になることを諦めるか、差別を受ける危険を受け入れるかという究極の選択を強いられることになるのである。このような状況を回避するためには、同一の婚姻制度に等しく包摂するほか方法はない(以上につき、上告理由書別冊Fも合わせて参照されたい)。

12 法律上の性別の取扱いの変更要件緩和の評価

最後のパート3として、上記の各パートで取り上げられなかった原判決の事実誤認について取り上げる。その観点から、本12において、特例法生殖不能要件違憲最高裁大法廷決定後もなおトランスジェンダーにとって性別変更は容易ではないことを述べる。

(1) はじめに

原判決は、「④性自認が身体的性別と一致しない者は、特例法による法律上の性別の変更を経て法律婚を選択することができ、その性別の変更は、令和5年最高裁決定⁶⁸後は身体的侵襲を受けることなく可能であること」(原判決61頁)を考慮要素として、合憲判断を行った。

しかしながら、これが、特例法生殖不能要件違憲最高裁大法廷決定以降、

⁶⁸ 特例法生殖不能要件違憲最高裁大法廷決定を指す(原判決12頁)。

トランスジェンダー当事者にとって性別の取扱いの変更が極めて容易になったとの理解を前提とするものなのであれば、それは誤りである。特例法により性別の取扱いの変更が認められるのはトランスジェンダーのうち同法上の性同一性障害者に限られるところ、性同一性障害者が置かれている状況は様々であり、性別の取扱いの変更のハードルが依然として高いものもある。トランスジェンダーであれば、どのような場合でも、容易に性別の取扱いの変更をして、現行の法律婚制度に基づき婚姻をすることができるかのような理解は誤っている。以下、詳述する。

なお、以下では、法令上の用語である「性同一性障害者」に該当する者を含め、一般的呼称として「トランスジェンダー」という用語を用いる。また、婚姻による配偶者を「配偶者」、婚姻していない者は「パートナー」を用いて表す。

(2) 5号要件やホルモン治療という高い壁の存在

特例法3条1項は、性別の取扱いの変更の要件として、「一 18歳以上であること」、「二 現に婚姻をしていないこと」（以下「**2号要件**」という。）、「三 現に未成年の子がいないこと」、「四 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること」（以下「**4号要件**」という。）、「五 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること」（以下「**5号要件**」という。）を定めている。

このうち、4号要件については、特例法生殖不能要件違憲最高裁大法廷決定により違憲無効であると判断されているのは前述のとおりである。

他方、5号要件に関しては、従来、同要件を満たすためには、トランスジェンダー男性の場合には、外性器の外観を変更する手術を経るか、男性

ホルモンの投与により外性器の形状に変化が生じることが必要で、トランスジェンダー女性の場合には、陰茎切断・睾丸摘出手術が必要であると解釈されていた。このような高いハードルを設ける 5 号要件の合憲性については争いがあり、下級審の判断により、トランスジェンダー女性であってもホルモン治療をしていることで要件を満たすとの解釈⁶⁹や、適用違憲⁷⁰、法令違憲⁷¹であるとの解釈などが示されてはいる。しかし、最高裁による違憲判断が示されていないため、担当する裁判官により判断が異なり、5 号要件が満たされるかどうかに関しどのような判断がなされるかの見通しが極めて立てにくい状況にある。そのため、性別取扱い変更が認められる確実性を上げるために、トランスジェンダー当事者が少なくともホルモン治療を原則として選択せざるを得ない状況にある状況に変わりはない。

そして、このホルモン治療がトランスジェンダー当事者に極めて大きな負担を強いているのである。まず、ホルモン治療の身体に対する負荷が大きい。ホルモン治療は、生涯又は長期にわたり継続して行い、身体に不可逆的な変化をもたらさうるほか、様々な副作用が有ることが指摘されており、健康上の理由でホルモン治療を受けることができない者も一定数いる⁷²。ホルモン治療の経済的負担も大きい。ホルモン治療は、継続して月 1、2 回の通院が必要となるところ、性別不合に対するホルモン治療には保険

⁶⁹ 広島高裁令和 6 年 7 月 1 0 日決定

⁷⁰ 東京高裁令和 7 年 1 0 月 3 1 日決定。

⁷¹ 札幌家裁令和 7 年 9 月 1 9 日決定。

⁷² ホルモン治療による副作用として、生殖能力を失うほか、血栓症など致命的な副作用が発生する可能性や、狭心症などの心血管イベント、肝機能障害、胆石、肝腫瘍、下垂体腫瘍などの可能性があるとされている。また、性ホルモンの補充量が十分でないと、更年期症状や骨粗鬆症のリスクが高まることも知られており、定期的な検査が必要となる。糖尿病、高血圧、血液凝固異常などの内科疾患や心血管系合併症の疾患を有する者には、健康に重篤な悪影響を及ぼすためホルモン療法を開始することは推奨されていない。

適用がなく、自費診療となるため、毎回数千円の費用を要する。定期的な検査費用、通院交通費なども要することから、経済的に困窮している場合、継続が難しい。ホルモン治療の時間的負担も無視できない。精神神経学会の定めるガイドラインに則った場合、初診からホルモン治療までにも一定期間診察を受ける必要があり⁷³、その後、性別の取扱いの変更を受けるためには、ホルモン治療を一定期間継続する必要があり、数年間という時間を要する。もともと法律上異性のカップルであれば婚姻届さえ提出すればすぐに婚姻できるのと対照的に、トランスジェンダーで婚姻に先立って性別の取扱いの変更を経なければならない者は、婚姻の実現まで数年の時間を要することとなる。

このように、4号要件が違憲無効になって以降も5号要件やホルモン治療という高いハードルがあり、決して性別の取扱いの変更が容易なわけではない。

(3) 社会生活を送る上での障壁の存在

特例法の定める性別の取扱いの要件を満たすことが可能な者であっても、社会生活を送る中での様々な事情から必ずしも容易に性別取扱い変更が実現できるわけではない。例えば、両親に対して自らがトランスジェンダーであることを伝える(カムアウトする)ことは望んでいない場合、直系尊属であれば戸籍を取得することが可能であり、そこから性別の取扱いの変更の事実が判明してしまうことがありうるため、少なくとも両親が存命のうちには法律上の性別の取扱いの変更を行わないこととしている者

⁷³ 「性別不合に関する診断と治療のガイドライン」によれば、精神科を複数回受診して性別不合の診断を得た後、2名以上の医師が意見書を作成し複数の医師の検討会議で承認を経ることが求められる。

もいる。このような親族へのカミングアウトの障壁など、社会生活を送る中での様々な事情から特例法の要件を満たしていても性別の取扱い変更の目途が立たない場合がある。

(4) 性別の取扱い変更をすると法律上同性同士となる相手との婚姻を希望する者の存在が捨象されていること

トランスジェンダー当事者が婚姻を望むケースには、例えば、トランスジェンダー当事者自身の出生時に割り当てられた性別は男性、法律上の性別も男性、性自認は女性であるが、婚姻を望む相手は法律上の女性であることがある。この場合、当該トランスジェンダー当事者は、性別の取扱いの変更をせずに、法律上の異性として婚姻するか、性別取り扱い変更をして現行の法律婚制度の下婚姻できない地位に置かれるかの二者択一を迫られることとなる。

また、既に配偶者がいる者は、2号要件ゆえに、婚姻関係を維持したままの性別取扱いを変更することはできない。配偶者との婚姻関係を維持するか、性別取り扱い変更のために離婚をするかの二者択一を迫られる⁷⁴。

4号要件が違憲無効とされたとしても解決されない問題として、このような問題も存在する。

⁷⁴ 2号要件の違憲性についても司法の場で争われているが、最高裁や近時の下級審は、本件諸規定の下で法律上異性のカップルにのみ婚姻が認められていることを理由に同要件を合憲としてきた（最高裁令和2年3月11日決定。大阪高裁令和7年9月25日決定も同旨）。

大阪高裁令和7年9月25日決定は、トランスジェンダー女性が性別取り扱い変更を求める事案であり、シスジェンダー女性の配偶者がいるため、非婚要件（特例法3条1項2号）の違憲無効を争っている。同要件を満たそうとすると、意に反して離婚をしなければならないこととなる。

(5) 結論

以上の通り、特例法生殖不能要件違憲最高裁大法廷決定を経てもなお、すべてのトランスジェンダーが容易に法律上の性別を変更してパートナーと婚姻できるようになったわけではない。5号要件、ホルモン治療や社会的な障壁等、性別の取扱いの変更には今なお高いハードルが存在する。また、性別取扱いの変更か婚姻を諦めるかの二者択一を迫られるという問題も存在する。判決に当たっては、これらの点についても正しく認識されなければならない。

以 上