

平成31年(ワ)第1258号 損害賠償請求事件

原告 原告1ほか5名

被告 国

被告第3準備書面

令和2年11月20日

大阪地方裁判所第11民事部合議1係 御中

被告指定代理人

野口 弘 雄

山崎 岳 志

芝 正 教

盛野 拓 郎

坂手 立

林野 将 太

周藤 崇 久

浅野 航 太

三島 大 介

山本 勇 治

被告は、本準備書面において、原告らの2020年（令和2年）7月30日付け原告ら第4準備書面（以下「原告ら第4準備書面」という。）に対し、必要と認める範囲で反論する。

なお、略語については、本準備書面において新たに定義するもののほかは、従前の例による。

## 第1 はじめに

被告は、被告第2準備書面において、現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について述べた上で、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定（本件規定）が憲法24条1項及び14条1項に違反するものではないことから、本件立法不作為は国賠法1条1項の適用上違法と評価される余地はない旨主張したところである。

これに対し、原告らは、原告ら第4準備書面において、被告の主張を論難し、自らの主張を展開するが、以下に述べるとおり、原告らの主張は、被告の主張を正解しないものであるか、原告らが引用する文献等によっても補強されるものではないことなどから、理由がない。

被告は、以下において、このような原告ら第4準備書面における主張に対し、必要と認める範囲で反論し、原告らの主張は理由がないことを明らかにする。

## 第2 原告らの主張は理由がないこと

### 1 自己決定権に関する原告らの主張に対する被告の反論について、これを論難する原告らの主張は理由がないこと

#### (1) 原告らの主張

原告らは、婚姻の自由が憲法13条が保障する自己決定権の重要な一内容として、憲法上の権利として保障されるべきである旨の原告らの主張（訴状24ページ）に対する被告の反論（被告第2準備書面第2の2(2)イ(7)〔1

0, 11 ページ) ) について, ①被告が, 「あたかも, (現行) 法律上の『婚姻』制度の内容によって憲法上の『婚姻』や『婚姻の自由』の保障の内容が確定されるものであるかのように主張」している旨述べるとともに, これに関連して, ②そもそも, 被告第2準備書面における被告の主張(6ないし8ページ等)は, 「民法学説と憲法学説を並列的に引用するなどして, 法律上の『婚姻』と憲法上の『婚姻』との区別を曖昧にし, あたかも, 法律上の『婚姻』について述べられていることが憲法上の『婚姻』にも当然に当てはまるかのように論じている」と論難する(原告ら第4準備書面5, 6ページ)。

## (2) 原告らの主張は理由がないこと

しかしながら, 以下のとおり, 原告らの上記(1)の①及び②の主張は, いずれも理由がない。

### ア 上記(1)の①の主張について

すなわち, 被告第2準備書面第2の2(2)イ(7)(10, 11ページ)において述べたとおり, 被告は, 憲法13条が自己決定権を保障しているかどうかやその具体的内容が明らかでないことに加え, 仮に婚姻に関する何らかの自己決定権を観念できるとしても, 現行の法律上の婚姻制度は, 憲法24条1項を前提とした, 男女間での結合としての婚姻制度の構築を要請する同条2項の要請に従ってそのとおりに構築されたものであって, その法制度の枠を超えた, 同性の者を婚姻相手として選択できる新たな法制度の創設を求める権利が自己決定権に含まれないことは明らかである旨主張するものである。このように, 被告は, 現行の法制度が憲法の要請に従って構築されたものであることを前提に, かかる法制度を超える上記の新たな制度の創設を求める権利が憲法13条における自己決定権に含まれるものではないと主張したのであって, 法律上の婚姻制度の内容によって憲法上の婚姻等の保障の内容が確定されると主張したのではない。

したがって、原告らの上記(1)の①の主張は、被告の主張を正解しておらず、理由がない。

#### イ 上記(1)の②の主張について

また、被告が、被告第2準備書面第1の2(2)(6, 7ページ)において民法及び憲法の学説を引用した趣旨は、伝統的に、婚姻は、生殖や子の養育と結びついて理解されてきたところ、明治民法における婚姻が我が国の従来<sup>1</sup>の慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提とされていたという点を、当時の学説を引用するなどして明らかにした上で(被告第2準備書面第1の2(1)[4, 5ページ])、日本国憲法が制定され、その制定に伴って現行民法が制定された際にも、婚姻が男女間のものであるという上記の前提に変わりはないという点を、改正案の提案理由や改正時の国会審議の状況に加え、関連する学説を引用するなどして明らかにし(同第1の2(2)ア[5, 6ページ])、ひいては、現在においてもなお、婚姻の当事者が男女であるという理解が一般的なものであって、本件規定の合理性が失われているわけでもなければ、憲法に反するとの見解が支配的なわけでもない旨を明らかにする(同第1の2(2)イ[6, 7ページ]参照)ことにある。

原告らの上記(1)の②の主張は、このような被告の主張の趣旨を正解しないものであり、理由がない。

## 2 被告が引用する憲法学説は被告の主張の裏付けとなるものではないなどとする原告らの主張は理由がないこと

### (1) 原告らの主張

原告らは、被告による憲法学説の引用は、学説の一部を恣意的に抜き出すものであり、適切なものとはいえないと主張するほか(原告ら第4準備書面12ページ)、被告が引用する憲法学説が、憲法は同性婚を想定していない旨の被告の主張と同旨を述べるものでないことは明らかである旨主張する

(同15ページ)。

(2) 原告らの主張は理由がないこと

ア 原告らは、本件において憲法判断の対象となるべき法令の規定（本件規定）とは、「婚姻制度を定める法律である現行民法及び戸籍法が全体として異性間の婚姻のみを対象とし、同性間の婚姻を認める規定を何ら設けていないこと（同性間の婚姻を認める規定の不存在）を指すことになるものと解される」と整理した上で（原告ら第4準備書面4、5ページ）、本件規定が憲法24条1項に違反すると主張するところ、同性間の婚姻を認める法規定の不存在をもって憲法24条1項違反が成立する旨の原告らの主張は、同項が、同性間の婚姻を認める立法を國家に命じている（それゆえ、同性間の婚姻を認める規定の不存在が直ちに同項に違反する。）との解釈を前提にするものと解さざるを得ない。

イ 被告は、かかる原告らの主張は採用できないとの趣旨で、「憲法24条1項は、同性婚について異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを命じるものではないと解するのが相当である」と主張したのであり（被告第2準備書面第2の1〔8ページ〕）、このような被告の主張を補強するために、複数の憲法学者による文献を引用し、学説においても、憲法24条1項の解釈として、同項が同性婚を異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを命じたものとは解されていないことを指摘したものである（同第2の1〔8、9ページ〕）。

この点について、原告らは、被告による文献の引用が恣意的であるなどと主張して、被告が引用したのと同じ文献等を改めて引用するが（原告ら第4準備書面12ないし15ページ）、それらの記載においても、憲法24条1項が同性婚の制度の創設を國家に義務付けていると説くものはない。そのほかにも、本件立法不作為が同項に違反するとの解釈を述べる学説は見当たらない。

したがって、上記(1)のとおり論難する原告らの主張は、被告が憲法24条1項の解釈に関する学説を引用した趣旨を正解しないものであって、理由がない。

### 3 婚姻制度の目的に関する原告らの主張は理由がないこと

#### (1) 原告らの主張

原告らは、被告が「民法が婚姻を男女間においてのみ認めているのは、民法の婚姻制度の目的が、一般に、夫婦がその間に生まれた子どもを産み育てながら、共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることになるとされているためである」と述べたのに対し（被告第2準備書面第3の3(1)〔21ページ〕）、「婚姻と生殖との結びつきが中心に据えられてきたものとする理解、評価は、適切なものとは言い難い」などと主張する（原告ら第4準備書面40ページ）。

#### (2) 原告らの主張は理由がないこと

ア しかしながら、我が国の婚姻制度が伝統的に生殖と結びついて理解されてきたことは、被告第2準備書面第1の2(1)及び(2)（4ないし7ページ）において引用した文献の記載等からも明らかである。

イ この点、原告らは、「婚姻ハ兩心ノ和合ヲ以テ性質ト為スモノニシテ産子ノ能力ハ一般ニ具備スヘキ條件ナレドモ、必要欠ク可ラサル條件ニアラズ」と説明する文献（熊野敏三ほか「民法正義人事編卷之壹（上下）」193ページ・甲A第213号証）を引用し、「我が国の婚姻制度は、必ずしも生殖を目的としない親密な人格的結合（『両心ノ和合』）に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的に据えてきたものであり、現在においてもそのような前提に変更はないものと解するのが適切である」と主張する（原告ら第4準備書面22、40ページ）。

しかし、上記文献は、上記の引用部分の前に「産子ノ能力ヲ有セサル男女ト雖モ婚姻ヲ為スヲ得ヘキカ」という問いが設けられているとおり（同

号証192ページ)、生殖能力が婚姻の必要条件か否かについて論じたのであって、我が国の婚姻制度が、伝統的に、必ずしも生殖を目的としない親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的に据えてきた旨述べたものではない。むしろ、「産子ノ能力ハ一般ニ具備スヘキ條件」と明記されていることからすれば、上記文献は、婚姻を生殖と結びつけた男女間の結合と捉えつつ、このような理解を前提とした上で生殖能力のない者の婚姻の可否を論じたものと解するのが自然であって、同文献は原告らの上記主張を補強するものではない。

ウ また、原告らは、「生殖と子の養育のための制度としての婚姻の社会的重要性が減退してきたという近年の社会状況の変化」や、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(特例法)の制定によって「生殖能力を有しない男女間の婚姻も法制度上正面から肯定されることになったこと」が、「婚姻制度の目的に関する上記のような理解(引用者注:我が国の婚姻制度は、必ずしも生殖を目的としない親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的に据えてきたとの理解)の正当性を強化する」とも主張する(原告ら第4準備書面40, 41ページ)。

しかしながら、そもそも原告らのいう「社会状況の変化」を基礎づける客観的な根拠は示されていない。また、現行の婚姻制度は、生殖能力を有しない男女間の婚姻を禁じるものではなく、このような婚姻が特例法の制定によって肯定されるに至ったものでもない(なお、特例法についていえば、同法3条1項2号は、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として「現に婚姻をしていないこと」を求めるところ、最高裁判所令和2年3月11日第二小法廷決定(裁判所ウェブサイト)は、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項2号の規定は、現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認め

た場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない。」と判示し、特例法3条1項2号が憲法に反することを否定した。).

これらの点をおくとしても、原告らの上記主張は、現行の婚姻制度の下で生じた社会状況の変化や新たな立法の指摘にすぎず、いずれも、婚姻制度が親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対して法的保護を与えることを中心的な目的に据えてきたものであることを示唆するものではない。

エ このほか、原告らは、婚姻制度に関し、「生殖と子の養育は区別されるべきものであり、民法が相対的重要性を置いているのは子の養育（のための法的親子関係の確定）の方であって、生殖それ自体に重きが置かれているものではないと解すべきである」とも主張する（原告ら第4準備書面43ページ）。

しかしながら、原告らはその根拠として引用する最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷決定（民集67巻9号1847ページ）及び「嫡出推定制度を中心とした親子法制の在り方に関する研究会報告書」（甲A第225号証）は、いずれも嫡出推定制度に関するものであり、原告らが引用する記載をもって、婚姻制度において民法が子の養育に相対的重要性を置いており、生殖それ自体に重きを置いていないと解することは困難というほかない。

オ 以上に照らすと、婚姻制度の目的に関する原告らの主張は、理由がない。

なお、原告らは、被告が法律上の婚姻と憲法上の婚姻との区別を曖昧にした論述をしており、被告の主張は、「憲法上の『婚姻』についても、法律上の『婚姻』と同様に生殖と結びついて理解されるべきものであり、したがって、その当事者は男女に限られるとの旨を暗に示唆するものと解さ



れなくもない」とした上で、「憲法24条1項の文言，制定経緯及び趣旨に照らしても同項が生殖のために婚姻を保護したものと解すべき理由は見当たらない」とも主張する（原告ら第4準備書面16，17ページ）。

しかしながら，被告は，上記1(2)イのとおり，伝統的に婚姻は生殖や子の養育と結びついて理解されてきたところ，明治民法における婚姻が我が国の従来 of 慣習を制度化したものであり，男女間のものであることが前提とされていたことを指摘した上で，憲法ないし現行民法が制定された際にも，現在においても，婚姻が生殖や子の養育と結びついており，婚姻の当事者が男女であるという理解が一般的である旨主張したのであって，憲法24条1項が生殖のために婚姻の自由を保障した旨主張するものではない。加えて，原告らが憲法24条1項の趣旨に関して引用する文献の記載（原告ら第4準備書面17ないし19ページ）は，いずれも婚姻が生殖や子の養育と結びついて理解されてきたことを否定するものではなく，原告らの主張を補強するものではない。

#### 4 本件規定の合理性に関する被告の主張について，これを論難する原告らの主張は理由がないこと

##### (1) 原告らの主張

原告らは，婚姻関係のような家族に関する基本的な制度については，その目的もある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ず，また，制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要があるとの観点から，民法は，抽象的・定型的に，男女間において婚姻を認めたものであるとの被告の主張（被告第2準備書面第3の3(1)イ〔21ページ〕）について，「被告は，婚姻制度の利用基準としてどのような要素を『抽象的・定型的に』捉えたのかを明示的に述べていないが，仮に，生殖や子の養育の可能性を基準とするものがあるとすれば，（中略）被告が示唆する上記のような基準は，同性カップル（引用者注：「異性カップル」の誤りであると思われる。）には生殖や

子の養育の可能性の有無を問わずに婚姻を認める一方、異性カップル（引用者注：「同性カップル」の誤りであると思われる。）に対しては生殖や子の養育の可能性の有無にかかわらず婚姻を認めないというダブルスタンダードに外ならず、端的に差別的なものであるといわざるを得ない」と主張する（原告ら第4準備書面44ページ）。

(2) 原告らの主張は理由がないこと

しかしながら、学説上も、「同性のカップルに婚姻と同様の法的保護を認めるか。この点は難問だが、決め手は婚姻の目的をどう考えるかという点にあると思われる。（中略）二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる。このようにいうと、不妊の男女カップルや子どもをもつ気のない男女カップルの関係は婚姻ではないのかという疑問が提起されよう。しかし、ここでいう『目的』は抽象的・定型的な目的であり、具体的・個別的な目的とはされていなくとも、婚姻の要件は充足されると考えるべきである。」（大村敦志「家族法〔第3版〕」286ページ・乙第12号証）などと述べられているように、婚姻制度の目的達成のための手段として、民法が抽象的・定型的に男女間において婚姻を認めていることには合理性が認められるのであり、差別的なダブルスタンダードであるとの指摘は当たらない。

したがって、原告らの上記(1)の主張は理由がない。

**第3 結語**

以上のとおり、原告ら第4準備書面における原告らの主張には理由がない。

以上