

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

平成31年（ワ）第3465号 国家賠償請求事件

原告 大江千束ほか9名

被告 国

原告ら第11-3準備書面

（被告第2準備書面及び被告第3準備書面に対する反論）

2020年（令和2年）12月2日

東京地方裁判所民事第16部乙合議B係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 上杉 崇子

同 寺原 真希子

ほか27名

（目次）

第1 本件規定による同性愛者等に対する別異取扱いが憲法14条1項に違反すること	3
1 被告の主張.....	3
2 本件別異取扱いについて、憲法14条1項適合性の審査が不要とされる理由はないこと（被告主張①に対する反論）	3
（1）自由と平等の関係.....	3
（2）憲法上言及されていない対象と平等原則	5
（3）平等原則の適用が排除される場合.....	6
（4）本件別異取扱いについて平等原則の適用が排除されるか.....	7
（5）小括.....	9

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

3 本件別異取扱いに合理的根拠は認められないこと（被告主張②に対する	
反論）	10
（1）婚姻制度の目的	10
（2）手段としての合理性	13
（3）生殖と結びつかない法律婚の効果について	23
（4）被告が本件別異取扱いを過小評価するとともにその位置付けを誤って いること	25
（5）被告は個々の別異取扱いの合理性についてなんら反論していないこと	31
（6）本件別異取扱いは性的指向に基づくものであること	32
（7）本件別異取扱いは同性愛者等の尊厳を傷つけるものであること	34
第2 結論	37

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

第1 本件規定による同性愛者等に対する別異取扱いが憲法14条1項に違反すること

1 被告の主張

被告は、本件規定による同性愛者等に対する別異取扱い（以下、「本件別異取扱い」とも言う。）が憲法14条1項に違反しない理由として、以下の2点を挙げる。

- ① 憲法24条1項が同性間の婚姻を保障していない以上、憲法14条1項違反の問題は生じ得ない（被告第3準備書面14～17頁）（被告主張①）。
- ② 同性間の婚姻が認められないことには合理性がある（同17～22頁）（被告主張②）。

しかし、いずれも誤りないし失当であり、本件別異取扱いが憲法14条1項に違反することに疑いの余地はない。以下、詳述する。

2 本件別異取扱いについて、憲法14条1項適合性の審査が不要とされる理由はないこと（被告主張①に対する反論）

（1）自由と平等の関係

近代憲法の本質は、国家権力の専横から個人の自由を守ることにある。この目的を達成するために、憲法は、一方では、個人が人格的自律の存在として生きる上で不可欠と思われる法的利益を「人権」の名に高めて列挙し、これに反する法律を無効と宣言する。他方、人が「生まれながらにして特定の身分に縛られ、職業をはじめとする個人の生き方が、最初から拘

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第 5 回期日（20201202）に提出された書面です。

束されている」封建的な身分制から人々を解放するために、憲法は、差別の禁止と平等を宣言し、これに反する国家行為を無効とした。これが平等原則であり、法制史上も、平等原則は、自由の宣言に遅れてその重要性が見出されたと指摘されている（甲 A 2 2 9 高橋和之「立憲主義と日本国憲法 第 5 版」1 6 1 頁）。

このように、基本的人権の保障と平等原則は、ともに国家権力から個人の自由を守る上で不可欠な原則でありながら、それぞれ別個の観点から、国家権力をチェックし抑制するために生み出された原理であって、いずれか一方に抵触しないから他方は全く問題とならないという関係に立っていない。

憲法 1 4 条 1 項は、「直接的な法規範として、立法・行政・司法の全ての国家行為を拘束するものであり、「国民に対しては、平等権すなわち法的に平等に扱われる権利ないし不合理な差別をされない権利を保障したもの」である（甲 A 1 7 1 野中俊彦ら「憲法 I 第 5 版」2 8 7 頁）。憲法の他の条項で保障されていないからといって、憲法 1 4 条 1 項違反にならないという結論が当然には導かれないことは、最高裁判例でも確認されている（障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止規定にかかるいわゆる堀木訴訟（最大判昭和 5 7 年 7 月 7 日民集 3 6 卷 7 号 1 2 3 5 頁。憲法 2 5 条違反（理由二）と同 1 4 条違反（理由三）の双方を別個に検討している）、国籍法 3 条 1 項の規定に関する国籍法訴訟（最大判平成 2 0 年 6 月 4 日民集 6 2 卷 6 号 1 3 6 7 頁）など）。

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

（2）憲法上言及されていない対象と平等原則

憲法が、ある対象に特定の効果を与える条文を置いていることは、それ以外の対象にその効果や保護を与えないとか、劣位に扱ってよいことを意味しない。

近代憲法は、個人の尊厳という究極的価値を実現するために、人は生まれながらにして自由であり平等であるとの前提に立つ（1776年アメリカ独立宣言など。甲A151 芦部信喜「憲法」80頁）。憲法上の自由も平等も、憲法の規定によって初めて与えられるのではなく、生まれながらにして、つまり、個人の尊厳を根拠に人が人であるという理由だけで認められる。よって、憲法の文言がある対象に特定の効果を与えることだけに言及しているとしても、それ以外の対象にその効果や保護を与えないことが平等原則違反にならないかどうかは、憲法の基本原理等に照らして審査される必要がある。特に、憲法は、制定時に明文化されなかった法的利益でも、社会の変化や人類の認識の発展により、新しい人権（不文の人権）として、あるいは既存の権利の新たな解釈により、憲法上の保護が及ぼされることを予定しており（甲A14 高橋和之「すべての国民を「個人として尊重」する意味」288～289頁）、それは平等権の保護についても同様である。憲法24条1項において、同条項の文理が男女の婚姻についてのみ言及しているからといって、そこから、当然に、同様の保護が同性間に及ばないとか同性間の関係を劣位に扱うことが予定されていると解することは誤りである。

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

（3）平等原則の適用が排除される場合

他方で、憲法の条項がある対象に特定の効果を与えるとき、それ以外の対象にはその効果を及ぼさないことを積極的に規定する趣旨である場合がある。その場合は、憲法が、問題の区別について、平等原則の適用を排除していると解釈され、その区別が憲法14条1項違反と評価されることはない（甲A228 木村草太教授意見書10～11頁も同旨）。

例えば、憲法45条・46条は、衆参両院の議員で任期の区別を設ける。これは、国会に異なる性質の院を設ける趣旨であり、衆議院議員と参議院議員の区別に、平等原則は適用されない。国会が衆議院と参議院の二院から構成されることは憲法42条で明示されているところ、それは各院が国民意思の異なるレベルあるいは側面を反映することにより、全体として国民意思の立体的構造をより正確に国政に反映させることを可能とするためであり、両院の任期に区別を設けたのは、衆議院には国民のその時々に変化する意思を代表させ、参議院には国民のより持続的な意思を代表させようとしたものである（甲A229 高橋和之「立憲主義と日本国憲法 第5版」390頁）。

また、地方公共団体の条例の差異の帰結としての区別も、憲法94条が条例内容の自治を認めた結果である。憲法が地方自治を保障した趣旨は、①歴史的・文化的特徴を共有する地域的共同体への帰属意識は個人のアイデンティティの重要な構成要素であるところ、「個人の尊重」はかかる地域的共同体の尊重を要求すること、②個人と国家が対峙する近代の

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

憲法構造において、中間に自治的な地域団体を組み込むことは、国家の肥大化を抑止し、国家が個人を全面的に捕捉することを阻止する機能を期待しうること及び③住民自治の実践は、個人の自律的生の一つのあり方を構成すると同時に、個人が共同決定の主体として成熟していくための訓練の場（民主主義の学校）としても機能しうることにあるとされている（同上414頁）。条例制定権（条例内容の自治）は、このような地方自治を保障するために自治体に与えられたものである。

衆参両院議員の区別は二院制、条例の差異は地方自治と、それぞれ憲法の基本原理（国民主権、民主主義、個人の尊重、権力分立など）に基づいた憲法上の制度の意義と憲法の明文によって、区別の根拠を十分説明することが可能である。前述のとおり、平等原則の適用が排除されるのは、憲法の明文が区別することを積極的に規定し、その根拠が憲法の基本原理等から十分説明できる場合に限られるが、上記の例はこれに該当する。

（4）本件別異取扱いについて平等原則の適用が排除されるか

では、憲法の基本原理やそれを受けた憲法の明文が、本件別異取扱いを積極的に規定ないし要請しているといえるか。

まず、憲法の基本原理という観点から見た場合、二院制や地方自治の場合に匹敵するような憲法の基本原理が婚姻を異性間に限ったり同性間と異性間とで家族としての保護に差を設けるべきことを積極的に要請しているとは到底言えないし、被告からもそのような主張はなされていない。

また、憲法の明文という観点から見た場合、被告は、憲法24条1項の

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

「両性」が「男女」を指すとした上で、そこから、「同性間の法律婚については制度化されないという差異の生じることは当然に予期されること」であって、「かかる差異の生じることは憲法が自ら容認するところである」と主張する（被告第3準備書面15～16頁）。しかし、これまで繰り返して述べてきたとおり、同項の趣旨は明治民法下の家制度を否定し、婚姻に個人の尊重の理念を及ぼすという点にあり、そのことは文理上明確である。それを越えて、異性間と同性間で家族としての保護に差を設けることを、同条項は明示的・積極的に規定していないから、憲法24条1項がそのような趣旨を有するか否かは、かかる解釈の妥当性の問題であり、それは、同項の文理のみならず、憲法の基本原理に加え、歴史的、国際的視点からも考察して判断する必要がある（裁判員制度合憲判決〔最大判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁〕「理由」の第1, 2（1）、甲A152 同調査官解説309頁）。

この点、憲法24条1項の制定経緯に、同性間の婚姻を排除する意図で「両性」という文言が選択されたという事実は存在しない。他方、憲法は、すべての人が「個人として尊重される」ことを基本原理とし（憲法13条前段）、また、婚姻をするについての自由が十分尊重に値することは同性間であろうと異性間であろうと違いはない。ならば、上記のように「両性」の文言に特別の意味を持たせる解釈が成立する余地などありえない。

憲法制定時においては、異性愛のみを自然なあり方とし、同性愛を変態性すなわち病理あるいは正常な成長へと至る過渡的段階とみなす異性愛

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

規範が日本社会全体に及んでいた（甲A217）。この異性愛規範が憲法制定や民法改正にかかわる専門家や国会議員に共有されていたために、同性間の共同生活の関係が法的保護を検討し論ずべき対象として議論の俎上にすら登らない状況を生み出し、また一般国民からもそのことについて批判や疑問の声があがらない状況を作り出したのである（同上）。それ故、同項が「両性」との文言を用いているのは、同性間の婚姻について十分に議論がなされなかった結果に過ぎない。

「同性婚と憲法の関係について整理し、政府としての見解を明らかにする」ことなどを求めた質問主意書（甲A230）に対して内閣が閣議決定した2020（令和2）年2月14日付けの答弁書（甲A231）において、「政府としては、現時点において、同性婚の導入について検討していないため、具体的な制度を前提として、それが憲法に適合するか否かの検討も行っていない」と述べられているとおり、政府は、同性間の婚姻を法制化することの憲法適合性について検討すら行っていない。政府が憲法適合性の検討すら行っていない同性間の婚姻について、それを認めないことを憲法が「予期」「容認」していると主張することは、論理矛盾も甚だしいと言わざるを得ない。

結局、憲法の基本原理及びそれに基づく憲法の明文が、本件別異取扱いを積極的に要請しているとは到底解されないから、本件別異取扱いについて、平等原則の適用が排除されることはない。

（5）小括

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

以上より、本件別異取扱いについては、原則どおり、憲法14条1項の適合性審査が行われなければならない。

この点、憲法24条1項と憲法14条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」（甲A37 渡辺康行ほか『憲法I 基本権』456頁（宍戸常寿執筆部分））として、異性間の婚姻のみを認め、同性間の婚姻を認めない法律の規定が憲法14条1項適合性の審査を免れ得るものではないことが明示的に述べられている。

3 本件別異取扱いに合理的根拠は認められないこと（被告主張②に対する反論）

被告は、本件規定（に基づく同性愛者等に対する別異取扱い）に合理性があると主張する。しかし、別異取扱いが正当化される理由として被告が掲げる理屈は破綻しており、また、原告らの主張に対するその他の被告の反論はいずれも失当である。以下、詳述する。

（1）婚姻制度の目的

ア 婚姻制度の目的を生殖に単純化することはできないこと

まず、被告は、「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

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

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あるとされているためである」として（被告第3準備書面17頁）、
「夫婦・・・の間に生まれた子」、すなわち夫婦双方と血縁関係にある子を「産み育て」ることの保護が婚姻制度の目的であると主張するようである。

しかし、被告自身が認めるとおり、「現行の婚姻制度は、婚姻外の生殖や養育を否定するものでも、婚姻したからといって生殖や養育を強要するものでもない」（同19～20頁）のであって、法制度として生殖が婚姻の要件とされたことはない。第11-1準備書面（3～38頁）において述べたとおり、現行民法において婚姻制度の目的を生殖に単純化する解釈は許されず、むしろ、現行民法は、親密関係の保護を婚姻制度の基本的な目的とし、そのうえに生殖の保護を含めたさまざまな機能が果たされるものと捉えていると解すべきである。よって、婚姻の要件・保護範囲を、上記のような夫婦と血縁ある子の生殖（能力）の点だけから論ずることはなおさら誤っている。

イ 最高裁判決も婚姻制度の目的が生殖の保護にあるとは解していないこと

また、被告は、最高裁平成25年12月10日第三小法廷決定民集67巻9号1847頁の寺田逸郎裁判官補足意見が夫婦間に生まれた子の存在を婚姻制度の趣旨の理解において重要視しているとして、婚姻の目的に関する被告主張を正当化しようとする。しかし、同決定で第三小法

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

廷は、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できない」にもかかわらず、
「婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである」としたものであり、夫婦と血縁関係にある子を産み育てることが婚姻の目的であるとか、さらには婚姻制度の唯一の目的であるなどと述べたものではない。寺田逸郎裁判官の補足意見も、「婚姻を特徴づけるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく、その中でも嫡出推定は、父子関係を認める機能を与えられていることから中心的な位置を占める」として、嫡出推定が父子関係を認める機能を有することの重要性を述べながらも、婚姻の目的が生殖の保護であるとか、生殖できない者には婚姻の保護が妥当せず、婚姻の保護を及ぼすべきではないなどとは一言も述べていない。

むしろ、寺田補足意見で重要なのは、「婚姻を特徴づける」嫡出推定を父と血縁関係のない子について及ぼしたことである。婚姻制度によって尊重されるべき夫婦とその「夫婦間に生まれた子」（＝嫡出子）は血縁のある関係に限定されず、そのような夫婦と子の存在によっても、「次の世代への承継を予定した家族関係」が形成されることを強調した点である。

「当該夫婦が、血縁関係とは切り離された形で嫡出子をもうけ、家族関係を形成することを封ずることはしないこととした」とあるように、同補足意見は、夫婦と血縁関係のない子とその夫婦という家族についてもまた婚姻共同体として婚姻制度の保護が及ぼされるべきことを示してい

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

る。つまり、婚姻制度の目的が夫婦と血縁関係を有する子を産み育てながら共同生活を送ることを保護することという点に限られないことを導き出しているのである。また、同補足意見が「嫡出推定の仕組みこそが婚姻制度を支える柱となっており」として婚姻制度の柱とまで称する嫡出推定について、「民法が、嫡出推定の仕組みをもって、血縁的要素を後退させ」と述べているとおり、そもそも嫡出推定制度自体が夫婦と子との血縁関係を絶対条件としていないことも、上記理解の正当性を重ねて裏づけるといえる。

ウ 血縁関係にとらわれない養育が実践されていること

さらに、婚姻制度に関し、親密な人格的結合に基づく共同生活関係に対する法的保護という目的に加えて、生殖や子の養育に対する考慮が含まれるとしても、法制度上において両親双方の実子の養育に限定されない養育形態が予定され、社会事実として実践されていることは、第11-1 準備書面（42～45頁）において述べたとおりである。この観点からも、婚姻制度の目的が「夫婦の間に生まれた子」を産み育てることにあるとする被告の主張は、誤っている。

（2）手段としての合理性

ア 被告主張が婚姻制度の目的に照らして誤っていること

また、被告は、婚姻制度の目的が「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」にあるとの前提で、「家族に関する基本的な制度については、そ

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

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」として、「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って、上記の目的達成のための手段としての合理性もまた明らかである」と主張する（被告第3準備書面17～18頁）。

しかし、上述のとおり、生殖や子の養育が婚姻の果たす役割の一つであるとしても、婚姻の目的を生殖と養育に単純化することは誤りであり、親密な人格的結合に基づく共同生活関係の保護こそが婚姻制度の基本的な目的であることに照らせば、法律上の男女であることを婚姻の要件として同性カップルを排除する必然性が無いから、異性カップルと同性カップルについての別異の扱いに合理的な理由はない。

また、上記の点はひとまずおいて、あえて生殖と子の養育という観点のみから考えても、同性カップルも、養子縁組によって子を迎えて養育したり、生殖補助医療による生殖と養育が可能であり、実際に実践されている。よって、生殖と養育という観点からも、同性カップルを婚姻の目的に適合しないとして排除し異性カップルと別異に扱うことにはまったく合理性が無い。

イ 被告主張の根本的矛盾

被告は、「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」が婚姻制度の目的であると言いながら、それを想定しえない「不妊」の男女や子どもを持

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

つ意思がない男女については婚姻の保護を肯定する。その説明として、

「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」ない（被告第3準備書面17頁）、「ここでいう『目的』は抽象的・定型的な目的であり、具体的・個別的目的とはされていない」とも、婚姻の要件（婚姻の意思・引用者註）は充足される」（同20頁における大村教授の議論の援用）等という。

しかし、要するに、上記の「抽象的・定型的」とは、実際には生殖の意思や能力を問題にしないことを言い換えたにすぎない。つまり、「夫婦の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」が婚姻制度の目的であると言いながら、実際には、当該カップルにその能力や意思があるかどうかは問わずに婚姻を認めるのだから、実際には問わないことを「抽象的・定型的」と言い換えただけである。

とすれば、婚姻しようとするカップルがたまたま同性同士であったとしても、上記婚姻の目的との関係で婚姻の保護が否定されるいわれはない。被告の主張する基準によっても、同性カップルのみが婚姻制度の目的に適合しないとされる理由は存在しない。被告の主張はこの意味です。で失当である。

要するに、「婚姻は生殖のためにある」とする被告の議論は、それを婚姻の要件に直結させた瞬間に、「男女であれば不妊でも生殖の意思がなくとも婚姻を否定されない」というだれもが疑わない事実（被告第3準備

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

書面20頁1行目も強調する)と衝突する。この撞着を回避するために、
「生殖の目的は抽象的・定型的で足りる」との論理が持ち出されるが、
今度は、もしそうなら同性カップルでも基準を満たすこととなり、異性
カップルとの区別の根拠が消失する。抽象的・定型的とは、実際には生
殖の意思や能力を問題にしないことを言い換えたにすぎず、かつ、後述
の台湾大法官2017年5月24日解釈（甲A101の2）が指摘する
とおり、血縁ある子を作らないのは、「産子の能力」や意思が無い男女も、
同性カップルも同じだからである。被告がこの隘路から抜け出すには、
(a) 生殖が婚姻の目的であるという大前提や生殖が法的な意味での婚姻
の要件を決する存在であるという前提を撤回して、異性間であれ同性間
であれ産子の能力や意思は婚姻の可否において問題とされないことを認
めるか、逆に、(b) 人と人は性的指向・性自認（性のあり方）によって差
別されてよい、この国には、性的指向・性自認の違いによって「尊重さ
れる」（憲法13条前段）人とされない人がいるのだと開き直るかのどち
らかである。被告は、いずれをとるのかを速やかに明確にすべきである。

本来、とるべき途は明白である。

既に繰り返し指摘したとおり、明治民法でも生殖は婚姻の目的とされ
ることなく、産子の能力が問われることもなかった。それが近代的婚姻
制度の当然の要請だからである。そして、個人の尊厳を基本原理とする
現行憲法のもとでは、なおさらそのような議論が成立する余地は無い。
にもかかわらず、同性間の婚姻が問題となった途端にそのような主張を

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

臆面なく持ち出すのは、私たちの社会に、異性愛だけが自然・正常であり、同性間の親密な関係が劣位に置かれたり保護されないのは当然（仕方がない）とする異性愛規範が社会と人々の意識に深く根を張っているからにはほかならない。被告は、このことを承知で意識的に生殖を持ち出すのである。社会的多数派である異性間では持ち出せない生殖の議論が少数派である同性間では寸分の理があるように見えてしまうこの循環を断ち切るのは、法と正義を司る司法の役割である。

ウ 被告主張が差別的であること

被告が、自ら前者（上記イの（a））をとる英知（すなわち、生殖が婚姻の目的であるという大前提や生殖が法的な意味での婚姻の要件を決する存在であるという前提を撤回して、異性間であれ同性間であれ産子の能力や意思は婚姻の可否において問題とされないことを認めること）を期待することはできない。

そうすると、被告の主張は、異性カップル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、同性カップルに対しては生殖や子の養育の可能性の有無に関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ない。つまり、被告の主張は、婚姻は男女のものであり、同性間の関係は異常で保護に値しないという結論ありきの立場に基づくものであって、端的に差別的なものであるといわざるを得ない。

被告は、この点に関連して、「付言すると、本件規定は、制度を利用することができるか否かの基準を、具体的・個別的な婚姻当事者の性的指

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

向の点に設けたものではない」などと述べ、差別意図がないと弁解したいようである。

しかし、男女の組み合わせにのみ婚姻を認めるという規定は、女性同士あるいは男性同士の組み合わせの婚姻を認めないことであって、婚姻が性愛を伴う親密な関係を基礎とした一定の永続性をもつ共同生活関係であることに照らせば、異性愛の性的指向を持つカップルのみが婚姻でき、同性愛等の性的指向を持つカップルは婚姻できないという帰結が必然的に生じる。「異性愛の性的指向であること」といった基準が明示されていてもいなくてもその帰結には変わりなく、本件規定は同性愛等の性的指向を有する者には婚姻に伴う利益を一切与えないという直接差別にほかならない。仮にももとは差別の自覚すらなかったとしても、直接差別であるという事実に影響を与えるものではなく、しかも本件規定を存続させることにより、積極的にこの差別を温存し推進しているといっても過言ではない。

エ 基準の明確性という観点からしても被告主張に理由がないこと

被告は、「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」と主張するが（被告第3準備書面20頁）、制度利用の可否の基準の明確性についても、仮に被告が主張するように婚姻の目的が生殖であるというのであれば、端的に生殖不能を婚姻の無効ないし取消事由とすることが論理的には一貫するところ、被告の主張は、そのような目的達成の手段としての一貫性と基準の明確性を比較衡量することもなく、

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

婚姻を男女間に限ることが合理的であると断ずるものであり、的確なものとは言い難い。

仮に生殖可能性という観点からの基準の明確性が重要であるとして、男女間であることという基準は果たして明確といえるであろうか。例えば70歳以上の婚姻は認めないというように婚姻適齢に上限を設けたり、同居義務（民法752条）のように形式的であっても生殖義務を法制度上の義務として規定することは容易である上に、そのように規定することで生殖可能性という観点からの基準の明確性を実効的に確保できることになる。ところが、現実にはそのような基準は採用されず、男女間の関係であるか否かのみが制度利用の可否の基準とされているものであって、このような点についても、被告の主張は合理的な説明を与えるものではない。

台湾大法官2017年5月24日解釈（甲A101の2）も、「婚姻章では異性の両名が結婚するに、必ず出産する能力があることを要件とは規定していない。また、結婚後、子どもを産めない、ないしまだ子どもを産んでいないことをもって、婚姻無効、婚姻を取消しうる、あるいは離婚判決をする事由とも規定していない。後代を延續させることは結婚の不可欠の要素ではない。性別を同じくする両名の間では、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両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

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

同じくする兩名に結婚させないというのは、明らかに非合理的差別的扱いである。」（4頁）とするところである。

オ 婚姻は包摂的な制度であること

現行民法に至るまでの過程において、被告の主張するような理由で「抽象的・定型的に」男女間においてのみ婚姻を認めることが決定されたことを窺わせる証拠はなく、被告の主張は、場当たりの反論として机上の空論を述べるものに過ぎない。

被告の主張によれば、生殖能力を欠く男女が婚姻できるのは、婚姻本来の目的には適合しないものの、生殖能力の有無は用意に判断しえないという技術的な制約から婚姻が認められているに過ぎないということになる（この点について、原告ら代理人は、被告に対し、趣旨の確認を求める）。しかし、もしそうであるなら、医学の進歩に応じて、婚姻の目的に資することのない「不妊の男女」を婚姻から排除できるようにする法技術が議論されてしかるべきであるところ、社会でそのような議論や検討がなされた形跡はおよそ存在しないし、常識的に考えてそのような議論が社会的に許容されるとは到底思われぬ。このことは、生殖能力を欠く男女についても当然に婚姻が認められているのが、上記のような技術的制約からやむなく婚姻を許されているからではなく、婚姻が生殖能力を有しないカップルをその対象から排除しない包摂的な制度であり、人々もそのことを当然と認識してきたことの証左である。法制度の目的とは、当該制度全体を貫いて、その要件・方式・効果等をもっとも整合

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

的に説明する価値ないし理念という意味での目的である。そうであれば、法制度としての婚姻は、生殖能力の有無を問わず広く人々を包摂すること（親密関係の保護）を目的としていると解するほかない。

加えて言えば、不妊の男女や子を産む意思のない男女も婚姻可能であって、いわゆる少子化が喫緊の国家的な政策課題とされて久しいほどに子を産まない夫婦は相当数存在する。このような現状で子を産まない男女の婚姻を認めることにより、生殖を保護するという婚姻の目的達成が阻害されているとか、婚姻制度が毀損されているとかいう言説もなければ実態もない。つまり、生殖関係保護は婚姻制度の唯一の目的ではなく多彩な目的のうちの一つであるゆえ、子を産むか産まないかということと婚姻制度の目的達成は要件効果の関係にないのである。上記のとおり、婚姻制度はその目的においても、子を産まないカップルを包摂しているのであり、そうであれば尚更、生殖関係保護の名の下で、婚姻の要件を法律上の男女に限定し、同性カップルを排除することに合理性は一切ない。

カ 被告の引用が恣意的であり、かつ、誤っていること

前述のとおり、被告は、その主張を裏付けるものとして、「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。」（乙12 大村敦志「家族法」

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

[第3版] 286頁) という記述を引用する。しかしながら、以下に述べるとおり、被告は、全く異なる趣旨の記述を引用しているのであって、この引用部分は、被告の主張の根拠とはなり得ない。

すなわち、この文献は、被告が引用する部分に続けて「この点は婚姻の成立のところで、仮想婚との関連で述べたとおりである。」と述べ、「2 婚姻意思」「(3) 具体例」「(ア) 仮想婚」の記述を引用するが（なお、「仮想婚」とは、婚姻届は提出されていてもこれに対する婚姻意思が欠けている場合を指す。）、この文献は、「婚姻意思」について、「婚姻の基本的効果を実現する意思」を意味する（すなわち、婚姻の効果のすべてに意思が及んでいることを要しない）ことを前提として（甲A 232 大村敦志「家族法」[第3版] 128頁及び131頁）、「同居義務・貞操義務を負わない共同生活の合意」が婚姻意思を充足しない（すなわち、同居義務・貞操義務が「婚姻の基本的効果」である）と解する一方（同129～130頁）、「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」は婚姻意思を充足する（すなわち、生殖が「婚姻の基本的効果」に該当しない）と解しているのであって（乙12 286頁）、被告が引用する部分は、生殖の能力又は意思を有していない同性カップルであっても、同居義務・貞操義務を伴う共同生活を営むことを合意している限り、婚姻意思を充足するとの解釈の根拠となるのである。

換言すれば、被告が引用する部分は、婚姻の効果の全部を享受することを意図しないカップル（同性カップルを含む。）にも広く婚姻を認める

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

ことにより、家族のあり方の変化にも対応できる、包摂的で開かれた婚姻制度を指向する解釈であり、特定のグループに属するカップルを婚姻制度の利用から排除することの根拠として転用されるべきものではない。

本件で問題となっているのは、同性愛者等を「生殖ができない」という理由で排除しうるかどうかである。ところが被告の援用する議論は、不妊のカップルや子どもをもつ気のないカップルでも婚姻できることの説明をしているだけであり、なぜ同性カップルが排除されるのかには何ら答えない。むしろ、男女の不妊カップルに婚姻を認めるというまさにその説明にならえば、同性カップルでも「目的」に合致することとなるのであって、いかなる意味でも同性カップルが婚姻できないことの説明となっていない。上記被告の議論は失当である。

（3）生殖と結びつかない法律婚の効果について

本件の問題の所在は、異性カップルは法律婚の効果を享受でき、同性カップルは享受できないという区別に合理的根拠が存在するか否かという点にある。そして、ここで注意すべきは、法律婚の効果は一つではないということである。

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、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

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・婚外子に関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。

本件規定によって同性愛者等が享受できない権利利益（婚姻の効果）は一つではなく、男女間の生殖関係とは関係のない効果、例えば、配偶者相続分・遺留分の設定（同900条、1042条）、氏統一（同750条）、相互扶助義務の設定（同752条）なども多数存在する。被告が強調する嫡出推定（同772条）ですら、血縁関係のない父子関係を成立させる場合を含むものであり、その保護が婚姻制度の目的であると被告が主張する「夫婦・・・の間に生まれた子ども」に限定した規定ではない。婚姻に伴う効果のうち、夫婦間の生殖関係（夫婦と血縁関係にある子を産み育てること）を保護することを趣旨とするものについては、「同性間では生殖関係は成立しない（両方と血縁関係のある子は産まれない）」という理由で、同性愛者にそれを及ぼさないことの説明が可能かもしれないが、夫婦間の生殖関係を保護することを趣旨としないものについては、そのような議論は成り立たない。

そうであれば、仮に、被告の主張するとおり、民法の婚姻制度の目的の一つとして、夫婦間の生殖による子（夫婦双方と血縁関係にある子）を産み育てることが含まれていたとしても、そのことは、それ以外の目的（すなわち、夫婦の親密関係を保護するという目的）のために設けられたその

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

他の規定を同性カップルに適用しないことによって同性愛者等に生じる不利益を正当化することはできない。

被告は、婚姻が生殖関係保護のための制度であることを繰り返し強調するのみで、生殖とは結び付かない法律婚の効果について、異性間か同性間かで区別する理由を全く説明していない。被告がそのような理由を述べることができていること自体が、被告が本件別異取扱いを正当化できないことの証左である（以上につき、甲 A 2 2 8 木村草太教授意見書 3～7 頁）。

（４）被告が本件別異取扱いを過小評価するとともにその位置付けを誤っていること

ア 民法上の効果について

被告は、婚姻に伴う法的効果のうち、同居・協力・扶助義務（民法 7 5 2 条）、財産共有推定（同 7 6 2 条 2 項）及び財産分与（同 7 6 8 条）については契約によって同様の法的効果を生じさせることが可能であり、また、当事者の一方の死後その財産を当事者の他方に帰属させることは、契約のほか遺贈（同 9 6 4 条）によっても可能であるから、これらの法的効果が婚姻に伴う効果として同性カップルに付与されないとしても、そのことが本件別異取扱いの不合理性を基礎づけるとは認められないなどと主張する（被告第 3 準備書面 2 0～2 1 頁）。

しかし、被告が指摘する上記の法的効果に限ったとしても、契約や遺贈の方法により婚姻と同一の効果を享受できることが確実であるとはい

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

えない。例えば、契約によって婚姻と同一の拘束力を生じさせることが可能か否かや、契約の規定内容が裁判上の争いとなった場合に婚姻と同一の解釈がなされるか否かは不明であるし、遺贈についても、同性パートナーには法定相続分がないから、法定相続分を有する配偶者の場合に比べて、他の相続人の法定相続分が大きくなる結果、それら相続人の遺留分を侵害する可能性及び侵害額が大きくなるという問題がある。

また、婚姻に伴う法律上の権利利益は上記に限られるものではなく、遺留分（民法1042条）、共同親権（同818条3項）、配偶者居住権（同1028条）及び配偶者短期居住権（同1037条）など、法律婚の配偶者にのみ認められており他の方法では享受し得ない権利利益も存する。再婚禁止期間違憲訴訟判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁）の調査官解説（甲A167）においても、「配偶者の相続権や、嫡出推定、成年擬制・・・などのように、法律婚の効果としてのみ認められる法律上の重要な効果もあ」とされている上（669頁）、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁は、「遺言によっても侵害し得ない遺留分については本件規定は明確な法律上の差別というべきである」としている。

そもそも、異性カップルであれば婚姻をすることによってその法的効果ないし権利利益を一括して当然に享受し得るにもかかわらず、同性カップルの場合には婚姻ができないためにそれをなし得ず、個別に契約等をする手続上及び経済上の負担を要することも、軽視されてはならない。

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

イ その他の権利利益について

また、被告は、民法上の婚姻の効果以外の法的・経済的な権利利益や事実上の利益について、いかなる範囲の者を優遇措置や支給などの対象とするかという社会保障政策等の当否の問題や私人間の契約の問題であり、民法上の婚姻の効力の問題とはいえないから、本件別異取扱いの不合理性を基礎づける事情とは認められないなどとも主張する（被告第3準備書面21頁）。

しかし、まず、税法や社会保障にかかる法律など民法以外の法律についていえば、それらが、異性カップルのみに婚姻を認めている民法を前提として、その「婚姻」や「配偶者」等の概念を借用するものであるために、「婚姻」とそれ以外の関係を区別することが当然視され、立法目的達成の手段として婚姻とそれ以外の関係を区別することの合理性の有無という問題が等閑視されてきたことは、言わずもがなである。現に、被告も、民法以外の法律における優遇措置や支給対象から同性カップルや同性パートナーが除外される理由について、何ら主張するところがない。民法において同性間の婚姻が認められていないために、同性パートナーや同性カップルを明示的に対象に取り組むような立法がなされず、解釈論においても、「配偶者」や「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」には同性パートナーは（当然には）含まれないなどとする解釈を許す結果を生じているものであって、これらが民法が異性カップルのみに婚姻を認めていることとは無関係な「社会保障政策等の当否の問題」であるな

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

どとするのは、認識を大きく誤るものである。

また、裁判における配偶者の証言拒絶権（民事訴訟法196条・刑事訴訟法147条）や国会での証人喚問における配偶者の証言拒絶権（議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律4条1項）など、そもそも「社会保障政策の当否」では説明のつかないものもあり、この点でも、被告の主張は、場当たりのものと言わざるを得ない。

さらに、私人間の契約に関しても、同性カップルや同性パートナーが婚姻という社会の基本的な法制度から排除されているために社会的に承認された正統な関係であるという認識を獲得し得ないこと（原告ら第3準備書面50頁で論じたような、本件規定による負のメッセージないしスティグマの付与）が、異性カップルや異性パートナーと同等の取扱いを受けることを困難にしているものとみるべきであり（同性カップルないし同性パートナーが医療同意、住宅の購入・賃借、保険金の受取り、その他家族を対象とする民間サービスの利用等に関して現実に直面している困難について、同性婚人権救済弁護団『同性婚 誰もが自由に結婚する権利』（甲A100）107～110頁，115～117頁，129～133頁参照。），これを民法が異性カップルのみ婚姻を認めていることと無関係のものであるとみることはできない。渋谷区のパートナーシップ証明制度の導入に際しても、その制度趣旨について、「住宅の入居、病院での入院、手術などの際に、この証明によりパートナーとの関係が理解され、手続きが円滑に進むことを期待しております。そのため、条例

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

の中で、区民や事業者のパートナーシップ証明への尊重規定を設けるとともに、周知、啓発を進めることにより社会的認知を高め、事業者等の理解を得て実効性を高めてまいりたいと考えているところでございます」と、自治体の公証による社会的認知と民間における取扱いの関係が明示されているところである（甲A98 藤戸敬貴「同性カップルの法的保護をめぐる国内外の動向」86頁（注165）参照）。

国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）が国籍を「基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等」の包括的な源泉となる「重要な法的地位」と位置付けているのと同様、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、極めて重要なものであることに疑いの余地はない。

ウ 被告主張の位置づけの誤りについて

そもそも、被告の主張は、「原告らのいう権利利益が婚姻に伴う効果として同性カップルに付与されないとしても、そのことが本件規定による取扱いの不合理性を基礎づけるとは認められない」というものであるところ（被告第3準備書面21頁）、本件別異取扱いに合理性があるというためには、同性カップルに対して当該別異取扱いをすること自体に合理性があるといえなければならないのであって、別異取扱いによる不利益が他の方法で部分的に緩和される可能性があることは、別異取扱いをすること自体に合理性があることを意味しない。

被告の主張は、婚外子の法定相続分を婚内子の2分の1と規定してい

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

た旧民法900条4号但書前段について、婚外子に対しても遺贈によって財産を帰属させることができるから、同規定には合理性があると主張するのと同様であるが、最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁は、「平成7年大法廷決定においては、本件規定を含む法定相続分の定めが遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮事情としている。しかし、本件規定の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる」として、遺贈の可能性をもって別異取扱いを正当化することを許さない。

エ 社会的承認について

さらに、被告は意図的に言及を避けているようであるが、法律婚の効果として、戸籍等による公証という社会的承認を無視することはできない。

戸籍は、夫婦を単位として作成されるほか（戸籍法6条）、住民票にも世帯主と世帯主との続柄の表記があり（住民基本台帳法7条4号）、法律上の夫婦関係が表示される。つまり、法律婚には、当事者が共同生活を営んでいることを公示する機能がある。

当事者間の契約によって当事者間のみ効力を持つ形の権利義務を一定程度発生させることが可能であるとしても、それは、法律上の婚姻という、私的領域と公的領域にまたがる公示力に遠く及ばない。婚姻に伴う社会的承認の重要性については、前掲調査官解説（甲A167）にお

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

いても、「我が国では今もなお国民の法律婚尊重の意識が幅広く浸透している状況にあることが指摘できる。」（669頁）とされているところである。

（5）被告は個々の別異取扱いの合理性についてなんら反論していないこと

訴状において、原告らは、本件別異取扱いにより同性カップルが享受できない各権利・利益について個々に検証しても、それを同性カップルに付与しない理論的根拠は何ら存在しないと主張し、婚姻に伴う主な権利・利益について、それが付与されている趣旨・目的に遡って検証した（訴状56～58頁）。

例えば、同居・協力・扶助義務（民法752条）は、婚姻したカップルが形成する「精神的・肉体的・経済的な共同体」の維持・継続に努める義務として定められているところ、同性カップルであっても「精神的・肉体的・経済的な共同体」を形成していくことに違いはないから、同性カップルであることが同居・協力・扶助義務という法的効果を与えない理由とはならないと主張した。また、相続権（同890条及び900条）が与えられる趣旨である財産の清算及び生存当事者の扶養ないし生活保障の必要性は、同性カップルであっても変わらないから、同性カップルであることがその一方に配偶者としての相続権を与えない理由とはならないと主張した。その他、財産共有推定（同762条2項）及び財産分与（同768条）、共同親権（同818条3項）についても、その趣旨を踏まえた場合に、同性カップルにその効果を与えない理由とはならないと主張した。

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

しかし、かかる原告ら主張に対して、被告は一切反論しようとしません。

本件別異取扱いに合理性があると主張するのであれば、被告は、個々の別異取扱いそれぞれについて、当該効果が婚姻に伴って付与される趣旨が同性カップルには妥当しないことを主張立証しなければならないところ、被告の主張は、婚姻に伴う効果の、それもごく一部について、当事者間の契約によって類似の効果を生じさせることができる可能性があるという、的外れなものにとどまる。

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、「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、それぞれの別異取扱いについて、合理性の有無を審査する必要があります。原告らは、婚姻に伴う効果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（甲A228 木村草太教授意見書3～4頁も同旨）。

（6）本件別異取扱いは性的指向に基づくものであること

さて、被告は、被告第3準備書面（18頁）において、「本件規定は、制度を利用することができるか否かの基準を、具体的・個別的な婚姻当事者の性的指向の点に設けたものではない」と主張する。

この主張の趣旨は定かでないが、「婚姻を希望する個々の者について、その者の性的指向を確認し、異性愛であることが確認できた場合にだけ

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

婚姻届を受理する、ということを行っていない」という趣旨であれば、原告らが問題としているのは、そのような運用実務ではないから、失当である。

そうではなく、被告の主張が、「本件別異取扱いは、婚姻を希望する者の性的指向に着目したものではなく、同性間の婚姻を認めないことの結果として、同性愛の性的指向を有する者が婚姻できないに過ぎない」との主張であるとすれば、平等原則の基礎を理解していないものと言わざるを得ない。法律上の異性間においてのみ婚姻を認める本件規定は、原告らのように同性愛の性的指向を有する者がその性的指向に基づき選択した相手との婚姻を、具体的・個別的な事情に関わらず、必然的かつ全面的に排除するという帰結を伴うものであるから、差別的意図の有無に関わらず、婚姻に関し、性的指向という個人的意思では自由に変えることのできない事由に基づいて差別的な取扱いをするものである。

この点、台湾大法官2017年5月24日解釈（甲A101の2）においても、「現行婚姻章が一男一女の永続的な結合関係だけを規定し、性別を同じする兩名に同様の永続的な結合関係を成立させていないのは、性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする差別的扱いである」（4頁）とされている。

そして、本件別異取扱いが性的指向に基づくものであるならば、これまで述べてきたとおり、その合理的根拠の有無は厳格に審査されなければならない。同解釈が、「わが国では同性に性的指向が向かう人は、かつて

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

は社会的伝統や習俗に受け入れられず、長い間クローゼットのなかに閉じ込められてきた。さまざまな事実上ないし法律上の排斥に遭い、差別を受けてきた。また、同性に性的指向が向かう人は人口構造の要因により、社会的に孤立し隔絶された少数派であった。さらに、ステレオタイプなイメージの影響により、政治的に弱い立場におかれ、通常 of 民主的手続を通じてその法律上の劣勢な地位を回復することを期待するのは難しかった。性的指向を分類の基準としてなされる差別的扱いには、より厳格な審査基準を適用して、その合憲性を判断すべきである。重要な公共の利益を追求することを目的とするものでなければならぬほか、その手段と目的の間に実質的な関連性がなければ、憲法第7条の保障する平等権の趣旨には符合しないものと言うべきである。」（4頁）と述べるとおりである。

被告は、本件別異取扱いが性的指向に基づくという原告ら主張を争うのか否か、明らかにされたい。

（7）本件別異取扱いは同性愛者等の尊厳を傷つけるものであること

最後に、本件別異取扱いの不合理性を根拠づける極めて重要な要素であるにもかかわらず被告が直視しない点として、原告らを含む同性愛者等の個人の尊厳の問題を改めて強調しておきたい。

ア 本件規定の構造的差別について

被告は、被告第3準備書面（21頁）において、「婚姻によらずに一人の相手を人生のパートナーとして継続的な関係を結ぶことは可能である」ことを理由として、「本件規定による取扱いが・・・同性愛者の尊厳を傷

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

つけるものであるとはいえない」などと主張する。しかし、このような主張こそが、同性愛者等の尊厳を傷つけるものであることを、被告は反省をもって認識すべきである。

原告らがその差別性を問題としているのは、本件規定が異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルを婚姻から排除しているという別異取扱いであって、婚姻によらずに継続的な関係を結ぶことの可否ではない。それにもかかわらず、被告は、あえて、同性カップルは婚姻外での関係性を結ぶことができれば十分であると主張するところ、そうであるならば、被告には、是非、婚姻を希望する異性カップルを想像していただきたい。そのような異性カップルに対しても同様に、「婚姻しなくとも二人で生きていくことは可能なのだからそれで十分である」と、被告は言い放つのであろうか。

本件規定に基づく同性愛者等に対する別異取扱いが存在することによって、実際、多くの同性カップルが、ロールモデルがないがゆえに別れたり、スティグマゆえに関係性の構築に困難を感じてきた。

同性カップルの婚姻が認められていないがゆえに、多くの同性愛者たちは、誰かと継続的なパートナーシップを築こうという考えに至ることすらできなかった。自分の性的指向に従って愛するパートナーと人生を謳歌するなどとは脳裏によぎりもしなかったのである。

日本では同性パートナーと人生を歩むことが禁止されてはいないものの、同性愛者等が同性パートナーと生きていこうと思うこと自体が困難

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

になっており、若かりし頃から同性間の婚姻が認められていたのであれば、男女カップルとは異なり、必要以上に関係性を隠したり、自らの関係性に悩みを持つことはなかったに違いない。

本件規定の存在は、同性カップルの関係性が異性カップルのそれに比べて劣ったものであるというメッセージが国によって発信され続けていることを意味し、それによって、同性愛者等においては、同性パートナーと生きていくという選択肢をとり難くなっている。本件規定は、同性カップルが関係性を続けようとする事自体を阻み、同性カップルの関係性に周囲からの偏見を産む元凶になっている。本件規定の存在は、同性愛者等の尊厳を踏みにじり続けているのである。

それでも、被告は、果たして、原告らを含む同性カップルたちに、婚姻外で継続的な関係を結ぶことができるから婚姻を認める必要がないと言えるのであろうか。自らの意思で婚姻外の関係性を選択できる異性カップルと異なり、そもそも法律婚という選択肢自体が与えられていない、それでも婚姻を求めている、その原告らに対して、被告はなお、その主張を維持するのであろうか。

原告らは、被告に対し、婚姻外で継続的な関係を結ぶことができるから同性愛者等の個人の尊厳が傷つけられるものではないという主張を、速やかに撤回することを強く要求する。

イ 婚姻できないこと自体による直接的な個人の尊厳の侵害について

また、被告は、「本件規定による取扱いが同性愛者等に対する構造的差

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

別の一環をなす」という点に限定して反論を行っているようであるが、本件の原告らは、婚姻を希望して婚姻届を実際に提出したにもかかわらず、婚姻届を拒絶されたために、やむをえず訴訟という最後の手段に出たものである。原告らは、原告ら自身が婚姻できないことによってその尊厳を直接的に傷つけられていることも主張しているのであるから（訴状60頁など）、被告が上記主張を撤回しない場合には、婚姻を希望したにもかかわらず婚姻届の受理を拒否された原告ら自身の個人の尊厳も、婚姻外で継続的な関係性を結ぶことが可能であるから傷つけられていないと主張する趣旨かを明らかにされたい。

ウ 個人の尊厳の侵害を正当化することはできないこと

憲法13条が謳う「すべて国民は、個人として尊重される」という根本原理を踏まえたとき、原告らを含む同性愛者等の尊厳を傷つける本件別異取扱いに合理的根拠を見出すことは不可能である。

第2 結論

被告は、憲法24条1項が同性間の婚姻を保障していない以上、憲法14条1項違反の問題は生じえないだとか、同性間の婚姻が認められないことには合理性があるなどと主張するが、それらの主張が空虚であることはこれまで述べてきたとおりである。結局、被告の主張は、「現行民法が異性カップルにしか婚姻を認めていないのだから、同性カップルに婚姻を認めないことは憲法に違反しない」というものに過ぎない。しかし、被告が引用する窪田充見「親族法〔第2版〕」（乙16）が「現行民法が、異性間の関係の

【リンクはご自由にお貼りください】

【有償配布 及び Web（ホームページ、ブログ、facebook 等）へのアップロードや転載はおやめください】

・「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟（東京地裁）・第5回期日（20201202）に提出された書面です。

みを前提としているということから、ただちに答えが導かれるわけではない。それは、単に、現行の法秩序が、異性間の関係としての婚姻という制度を用意しているということにすぎないからである」（146～147頁）と述べるとおり、「現行法がそう扱っていること」は、現行法が合憲である理由にはならない。そのような理屈が成り立つなら、これまで憲法14条1違反であると判断されてきたすべての規定（尊属殺重罰規定、非嫡出子法定相続分差別規定、再婚禁止期間規定など）はすべて合憲であるということになってしまう（甲A228 木村草太教授意見書6頁も同旨）。

これまで述べてきたとおり、憲法24条1項が同性カップルに婚姻の自由を保障しているか否かにかかわらず、本件規定による同性愛者等に対する別異取扱いが憲法14条1項に違反するか否かは審理されなければならない。そして、被告からは、かかる別異取扱いを正当化しうる主張は一切なされておらず、本件別異取扱いについて事柄の性質（性的指向）に基づく合理的根拠が認められる余地はない。

以上