

【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11-1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

【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。

（目次）

第1	はじめに	- 3 -
第2	「婚姻制度についての伝統的理解」や「婚姻の由来, 沿革, 趣旨, 目的」から婚姻の自由の保護を否定することはできない。	- 3 -
1	今回の被告の主張	- 3 -
2	旧民法及び明治民法の婚姻制度と生殖	- 4 -
	(1) 明治民法における婚姻と生殖	- 5 -
	(2) 小括	- 11 -
3	現行民法の婚姻と生殖	- 12 -
	(1) 憲法の制定と民法家族法の全面改正	- 12 -
	(2) 現行婚姻法の目的と原則	- 16 -
	(3) 婚姻制度と生殖	- 17 -
	(4) 民法の規定上の位置づけ	- 20 -
	(5) 最高裁判例における婚姻の本質	- 21 -
	(6) 現行民法にかかる学説	- 22 -
4	なぜ婚姻は男女の制度とされてきたのか	- 23 -
	(1) 問題の所在	- 23 -
	(2) 同性愛等に対する差別・偏見と異性愛規範	- 23 -
	(3) 小括	- 30 -
5	同性婚法制化の必然性	- 30 -
	(1) 異性愛規範の正当性喪失（風間赤枝意見書第3章〔38頁〕及び終章2項〔65頁〕	- 30 -
	(2) 憲法解釈	- 32 -
	(3) 同性婚法制化への社会の動きの加速化	- 35 -
6	まとめ	- 41 -
第3	同性カップルも生殖・養育を行っており, 子の福祉の点から同性カップルの婚姻の法制化は急務であること	- 42 -
1	同性カップルも現に生殖・養育を行っていること	- 42 -
2	生殖	- 43 -
3	養育	- 46 -
	(1) 婚姻における養育の位置付け	- 46 -
	(2) 養育のあり方が多様であること	- 46 -
	(3) 同性カップルによる養育の実践	- 47 -
	(4) 小括	- 48 -
4	子の福祉の点から法律上同性どうしの婚姻の法制化は急務であること	- 49 -
	(1) 子の福祉のための同性婚法制化の必要性	- 49 -
	(2) 米国最高裁判決が子の福祉の観点から同性婚の法制化を認めたこと	- 50 -
5	小括	- 52 -

【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 はじめに

被告は、被告第2準備書面及び同第3準備書面において、婚姻制度の「伝統的な理解」「由来、沿革、趣旨、目的」として、婚姻制度と生殖の結びつきを強調し、それを理由に婚姻の自由や平等権の保護が法律上同性の者に及ばないことを主張する。

本書面（11-1）では、婚姻の自由との関係で被告の主張に反論する。

第2 「婚姻制度についての伝統的理解」や「婚姻の由来、沿革、趣旨、目的」から婚姻の自由の保護を否定することはできない。

1 今回の被告の主張

被告は、「婚姻関係は伝統的に生殖と結びついて理解されていたために男女間に成立する関係と考えられてきた」との命題から出発し、我が国においても、「明治民法が制度化した婚姻」も、日本国憲法の制定に従って明治民法が全面的に改正されて制定された「現行民法」も、婚姻の当事者を男女として同性間の婚姻を認めず、「現在においてもなお、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的である」と言う（被告第2準備書面2頁，5頁，同第3準備書面4頁）。

明治民法の婚姻が男女を前提とし、現行民法もその点に変更が無いことは争いがない。問題は、それが婚姻と生殖の結びつきの故であり、生殖能力の無い者は婚姻の保護に値しないかのように論ずる被告の説明である。

【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。

憲法13条は、すべての人が「個人として尊重される」旨規定する。この憲法の下で、婚姻を生殖との結びつきに単純化し、生殖できない者には婚姻の保護が及ばない、よって、同性間に「婚姻の自由」は及ばないとするのが許されるのか。

以下、①明治民法も現行民法も、生殖の能力や意思を婚姻の法的要件とすることはなく、生殖できないことは婚姻の自由を否定する根拠とならないこと（第2, 2及び3）、②従前、同性間の婚姻が認められなかったのは、異性愛のみを「自然」「正常」とする「異性愛規範」のためであるが（第2, 4）、③異性愛規範は正当性・合理性を完全に失い、法律上同性の者を婚姻から排除する理由は存在しないことを明らかにする（第2, 5（1））。

そのうえで、④「個人の尊重」を基本原理とする憲法は、相手方が異性であるか同性であるかを問うことなく望む相手との婚姻を認めることにより、「自由な意思による婚姻」という近代的婚姻の基本原理を徹底することを求めており、それこそが憲法の求める、「伝統」「沿革」の尊重であることを論ずる（第2, 5（2）以下）。

さらに、⑤仮に生殖や養育の観点から考えたとしても、被告の主張は、同性カップルが生殖や養育をできないとの誤った前提に立つ点で完全に失当であることを述べる（第3）。

2 旧民法及び明治民法の婚姻制度と生殖

以下述べる通り、生殖の能力を婚姻の要件とする上記被告の説明は、旧民法及び明治民法において既に妥当せず、歴史の事実と反している。

【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。

（１）明治民法における婚姻と生殖

ア 明治維新により成立した新政府は、近代的な法制度の導入をめざし、法典編纂事業に着手した。旧民法（明治23年法律第98号）の施行延期を経て、1898年（明治31年）、ようやく明治民法が施行され、わが国に近代的婚姻制度が導入された。しかし、明治民法の家族法制はその根幹に「家」制度があり、「婚姻」も、家制度のもと、家の存続という価値に従属した（甲A210の1 二宮周平教授意見書4頁，甲A211の11 利谷信義「家族法の実験」101～102頁）。夫婦の生殖も、父系の血統による後継ぎを確保する点に意味があり、当事者双方が結婚を望んでも、後継ぎが産まれるまで戸主や親が「入籍」を認めないとか、子を生まない女性は「離縁」されるといったことが珍しくなかった（たとえば、甲A211の20 [中島玉吉] 4～5頁の表「番号四」）。この意味で、明治の婚姻は、生殖と結びつき、生殖と結びついて理解されていた。

イ しかし、旧民法も、また明治民法も、「産子の能力」（夫婦により自然生殖なしうること）を婚姻の法的な要件とはしていない。

旧民法立案過程では、「身体の不能力」ある場合には「婚姻の目的たる子孫を生殖するの結果を得（ず）」〔引用者註・旧カナ表記を現代カナ表記に変更。以下同じ〕として、上記「不能力」を無効原因に加えようとする議論もあったようであるが、それは採用されず、旧民法成案で生殖能力が婚姻の要件とされることはなかった（甲A212 前田陽

【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。

一 「民法七四二条・八〇二条（婚姻無効・縁組無効）」 広中俊雄，星野英一編『民法典の百年Ⅳ』（有斐閣，1998）8～9頁参照）。

明治民法でも，産子の能力は，婚姻の無効・取消原因や離婚理由ともされず，解釈論上も，「無子，生殖不能の如きは離婚原因乃至は婚姻の無効や取消原因とされない」ことで一致していた（甲A211の18 谷口知平『日本親族法』（弘文堂書房，1935）210頁末尾～3行目，甲A210の1 二宮意見書14頁以下（以下，甲A210の1を単に「二宮意見書」と言う））。

ウ 家制度の下，夫婦間の生殖が重要性をもっていたはずの旧民法と明治民法で，生殖が婚姻の要件とされないのは何故か。

それは，以下の表記載のとおり，旧民法及び明治民法の立案者やその後昭和に至るまでの研究者は，婚姻制度の「目的」が「生殖」ではなく，「両心の和合」（下記①熊野・岸本），「心の和合」（下記②富井），「夫妻ノ共同生活」（下記④穂積重遠）といった複合的・包摂的な理念にあるとの理解で一致していたからである。

〔旧民法〕

①	熊野敏三，岸本辰雄 『民法正義人事編卷之壹』 （新法註釈会，1890〔明治23年〕） （甲A211の33）	（両名は，「民法人事編」（1890（明治23）年法律98号）の起草者であり，大審院判事もつとめる） 「法文上より論ずれば，・・産子の能力なき男女に婚姻を禁ずるの法文あるを見ず。且つ，法理上より観察せば，婚姻は <u>両心の和合</u> を以て性質と為すものにして，産子の能力は一般に具備すべ
---	--	--

【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。

		き条件なれども、必要欠く可らざる条件にあらず。故に、老年、不具又は切割等に依り産子の能力欠缺するも、婚姻を為すの妨碍と為る可らず」192～193頁。 (生殖(産子)能力の無い男女は婚姻し得ないとする見解は)「 <u>我民法の精神を得たるものにあらず</u> 」(192頁最終行)
--	--	--

〔明治民法〕

②	富井政章 (甲A213 島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』46頁(岩志和一郎執筆部分), 甲A243 泉久雄『親族法』126頁, 甲A244 有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』268頁参照)	(明治民法起草者の一人) 協議離婚制度を設ける理由を整理し, 積極説の論拠として「婚姻と云ふものは主として <u>心の和合</u> である。然に, 夫婦が不和である実際両方共離れんと欲して居るに, 法律が強て束縛して夫婦で居れと云ふことは, 到底其婚姻の目的を達し得らるるものでない」点をあげ, 婚姻の目的として生殖に言及しない。 (戦後, 最高裁判所昭和62年9月2日判決民集41巻6号1423頁(甲A211の36)が, 有責配偶者からの離婚請求の可否について, 「婚姻の本質は両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにある」ところ, それが失われた以上戸籍上だけの婚姻を存続させることはかえって不自然であると判示し, やはり, 生殖に言及しないのと共通する。)
③	岡村司『民法親族編(明治三十一年)完』 (京都法政大學講義録, 1898〔明治31年〕) (甲A211の40・280頁)	(婚姻の目的について) 当事者からみれば「肉体の結合及び児子の生育教養」としつつ(同書280頁), 社会からは妻子の保護者の確定, 個人・社会の道德の扶持と指摘する。(二宮意見書18頁)。
④	穂積重遠『親族法大意』	(「日本家族法の父」とされ最高裁判所判事もつ

【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。

	(岩波書店, 1917 [大正6年]) (甲A211の1761頁)	とめる) 「婚姻は <u>夫妻の共同生活</u> を目的とす。必しも子を得ることを目的とせず。」「故に子無きを去ることなく, 老年者の婚姻を禁ずることなく, 生殖不能を以て離婚又は婚姻の無効取消の原因とすることなし」
	同『親族法』 (岩波書店, 1933年 [昭和8年]) (甲A211の34221頁)	「婚姻とは <u>終生の共同生活</u> を目的とする一男一女の正当な結合関係を云ふ」
⑤	森本富士雄『日本親族法』 (文信社書店, 1926 [昭和元年]) 44頁 (甲A211の35)	「男女の結合は <u>共同の生存</u> を目的とす。即ち婚姻の目的は性交に在らず又子を得ることに非ず。従て性交不能者不産女も亦婚姻することを得と云ふを現今の通説とす」
⑥	中川善之助『略説身分法学』 (岩波書店, 1930 [昭和5年]) 101頁 (甲A211の41)	「人は子を得る目的のために婚姻するものでは <u>決して無い</u> 」として, 婚姻の目的を生殖に単一化する風潮を批判。
⑦	谷口知平『日本親族法』(弘文堂書房, 1935 [昭和10年]) 210頁 (甲A211の18)	「祖先祭祀の承継者を得ること若しくは <u>子孫を残すことのみが目的とはせられることなく</u> (無子, 生殖不能の如きは離婚原因乃至は婚姻の無効や取消原因とされない) 」
⑧	小出廉二「親族法」 (明治大学出版部・1941 [昭和16]年) 45頁 (甲A215)	「 <u>子を得ることは婚姻の目的ではない。</u> 」
⑨	野上久幸『親族法講義』(巖松堂書店, 1929 [昭和4年]) (甲A211の19)	「 <u>経済生活の結合のみ</u> を目的とするが如きは婚姻ではない。更に婚姻は <u>生殖</u> を目的とする」(54~55頁, 二宮意見書15頁)。

以上, 生殖や養育に言及する学説も (上記③, ⑦, ⑨), 婚姻の役割

【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。

の一つとして生殖や養育を挙げており、婚姻制度の目的を「生殖」に単純化することはない。むしろ、そのような理解は、「我民法の精神を得たるものにあらず」（①熊野・岸本）として明確に排されたのである。

法制度の「目的」とは、ある制度の要件・方式・効果を貫いて、当該制度の全体をもっともよく説明しうる理念であり、社会の人々の素朴な認識や為政者の意図とは別個の存在である。法制定にあたっては、何を「目的」として当該制度を設営するのかが問われ、制定後は当該制度に関わる法条を解釈する際の羅針盤となる。上記のとおり、旧民法、明治民法ともに、婚姻の「目的」が「生殖」ではなく、「生殖」に単純化されないとすれば、婚姻の要件も、生殖の観点のみから画することはできず、「両心の和合」や「共同の生存」を旨とする関係を築こうとする者はあまねく自由な意思の合致する限り婚姻できなければならない。よって、「生殖できない者は婚姻制度の目的に合致せず婚姻の保護に値しない」との論は成り立たないし、逆に、明治の婚姻が男女の制度であり同性どうしは婚姻できないことを「産子の能力」が無いことから説明する議論も成り立たない（同性間で生殖ができないとの議論自体が誤っていることは後述する）。被告の議論は失当である。

エ では、家制度のもと生殖が重要な意味を持っていたはずの明治期において、婚姻制度の「目的」が生殖に単純化されなかったのは何故か。

それは、第1に、旧民法及び明治民法は、維新後の日本が西欧列強に伍して「文明国」の仲間入りをすべく導入した近代的法制の中核にあり、

【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。

婚姻は当事者の自由な意思の合致を基礎とする、という近代的婚姻の本質的属性を否定するわけにはいかなかったからである（甲A16 15 2頁6行目、153頁下から10行目及び157頁下から10行目、（二宮意見書10頁5行目以下））。

すなわち、明治以前の婚姻は、階級的内婚制が厳格で、異なる身分・階級の者との婚姻ができず、地域的内婚制の制約も存在した。これに対し、明治政府は、明治4年には「華族より平民に至るまで互に婚姻するを許す」と題する太政官布告（甲A211の15）を発してこれら制限を撤廃した。廃藩置県、戸籍制度、田畑勝手作の太政官布告が出されたのも明治4年である。明治5年には近代的な私的土地所有権の基礎を作る太政官布告第50号が出されており、日本の近代化を急ぐ明治政府において、「自由意思による婚姻」の原理が近代的法制の基本原則の一つと位置づけられていたことがうかがわれる。「一夫一婦制と自由な合意による婚姻という近代的な婚姻制度の根幹が明治民法で確立」されたのである（二宮意見書6頁7行目）。

この点は、①前述の熊野と岸本も、「民法正義人事編巻の壺」において、「我婚姻法の性質」として、「一夫一婦の制」、「夫婦の自由承諾に出づ可きこと」及び「夫婦の関係は平等なる可きこと」をあげ（甲A211の33、142～143頁）、②「明治民法」原案を審議した法典調査委員会の委員だった奥田義人が、「近世文明国に於ては婚姻は一男一女の共同生活なることを要し、而して其共同生活は男女双方の自由意思

【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。

に基きたるものなることを要す」とし（甲A211の16 奥田義人『親族法論』（有斐閣書房，1898）108頁），③穂積重遠も，「婚姻とは終生の共同生活を目的とする一男一女の法律的結合関係を云ひ，又は此結合関係を創設する当事者の意思表示を云ふ」，「婚姻には，当事者自身の自由意思による合意と法定形式を履める其の合意の表示とを要す」（甲A211の17 穂積重遠「親族法大意」60～61頁）と述べておりである。

せっかく近代的法制度を導入するのに，婚姻に「産子の能力」という障壁を課すのでは，近代的法制の基本原理に悖ること甚だしい。旧民法を起草した熊野と岸本が，そのような議論を，「我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ」と断じたのは当然である（前掲甲A211の33 192頁最終行）。

第2に，現実には，婚姻には生殖以外に重要な役割があったからである。特に，婚姻は，当事者間の関係を保護・公証することで安定化させるという役割があり，それは，個人の幸福追求に加え，社会的にも重要な意味を持っていた。生殖の能力を要件とすることで多数の者が婚姻から排除されることは，当時の為政者にとってもあまりに非現実的だったのである。

旧民法や明治民法下でも，生殖能力の有無を問わず広く婚姻ができたのは当然であった。

（2）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。

明治期においては、確かに、家制度のもと、人々の素朴な認識や古い意識では、婚姻と生殖は結びついていた。しかし、法制度としての婚姻は、これとは画然と区別され、婚姻の「目的」を生殖としたり、生殖を婚姻の要件に直結させる考えは一貫して排された。婚姻制度の「目的」は、より多元的・包摂的な「両心の和合」や「共同の生活」であり、そのような理解に基づき婚姻の要件や効果が定められ、また解釈された。

生殖（能力）が婚姻の要件とされない以上、明治の婚姻が男女のものと考えられていたとしても、その理由を、同性カップルが生殖できないこと（後述のとおり、その認識自体誤りである）に求めることはできない。被告の主張は、既に明治期において、見当違いというほかない。

3 現行民法の婚姻と生殖

では、現行民法の婚姻制度の「目的」は何か。現行民法でも同性どうしが婚姻できないのは、婚姻の「目的」が生殖にあるからなのか。

（1）憲法の制定と民法家族法の全面改正

ア 焦土の中、新憲法が制定され、家制度を廃止する民法改正が実現した。

前述のとおり、明治民法は、わが国に近代的婚姻制度を導入したが、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」（甲A216 木下智史ほか「新・コンメンタール憲法（第2版）」301～302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」と「夫

【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。

婦関係の平等」という点でも、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ない場合、夫は妻以外の女性と関係をもち男子をもうけることが黙認ないし推奨された事情があった（二宮意見書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）の間には親子間におけると同一の親族関係が生じ（明治民法728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（二宮意見書同上）。

明治民法の時代に熊野や岸本、奥田、穂積らが強調した、一夫一婦制・自由意思に基づく婚姻・夫婦の対等平等という近代的婚姻の基本原則（本書面9頁・第2、2（1）エ）は、家制度という大きな桎梏を課されて「貫徹」されず（二宮意見書6頁最終段落）、「旧民法に体现された家族をめぐる法制度は、個人の尊厳と両性の平等とはほど遠いもの」だった（甲A156 注釈日本国憲法(2)497頁）。

加えて、明治以来の富国強兵策が戦争に突き進む中で、女性は出産を強制された。「生めよふやせよの世の中になってな。男の子はお国のためになるさかい、めでたいめでたいと言うて」と、11人の子を産み3人の男子を兵士として送った滋賀県の女性は語っている（甲A211の43 鹿野政直・堀場清子『祖母・母・娘の時代』（岩波書店、1985）123頁、164頁）。1940年、政府は「優良多子家庭」

【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。

の表彰をするようになる（甲A245 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巻3号（1940-6）73頁）。「父母を同じうする満六歳以上の嫡出の子女十人以上を育成したること」が表彰の条件とされ（表彰要項二，1），早婚と，少なくとも5人の子を産むことが奨励され，「子宝報国」のローガンも用いられるようになった。富国強兵と戦争は，日本中の女性にこのような苦しみを強いたのである。

イ 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（甲A216 木下智史ほか「新・コンメンタール憲法（第2版）」302頁，甲A156条注釈日本国憲法(2)497頁も同旨）。

GHQスタッフとなったベアテ・シロタ・ゴードンが起草した憲法24条の原案（いわゆるマッカーサー草案23条）は，同民政局の承認を経て日本側へ伝えられ，日本の法律家や民衆に歓迎され受け容れられた（甲A211の23 「1945年のクリスマス」，二宮意見書7頁ほか。民政局はいずれも法律等の専門家ぞろいであったことにつき甲A211の23 38頁）。ベアテらの日本の女性の体験に寄せる想いと，婚姻に関する近代社会の普遍的原則が出会ったとき，婚姻の自由と両性の平等を宣言する憲法24条が生まれた。近代的婚姻の基本原則が，憲法24条1項2項に明示されたことで，あらためて民法改正の羅針盤となったのである。

【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。

ウ この憲法を受けて民法が改正された。

1947年第1国会での、衆議院及び参議院の司法委員会における民法改正案提案理由説明は以下のとおりである。

「日本国憲法は、その第13条及び第14条で、すべて国民は、個人として尊重せられ、法の下に平等であって、性別その他により経済的又は社会的関係において差別されないことを明らかにし、その第24条では、婚姻は両性の合意のみにもとづいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならないこと、及び配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないことを宣言しております。」

「提案理由説明」は、このように新憲法の要請を説明したうえで、「然るに現行民法特にその親族編相続編には、この新憲法の基本原則に抵触する幾多の規定がありますのでこれを改正する必要があります」と指摘した（甲A211の21の1及び2）。

改正民法は、法定推定家督相続人に対する婚姻規制、戸主の婚姻同意権、姦通により離婚または刑の宣告を受けた者は相姦者と婚姻をすることができないという規定を廃止するとともに、父母の婚姻同意権を未成年の子に限定して、婚姻の自由を確保し、拡大した。また、家族を「家」のような団体として規定せず、夫と妻、親と子、親族相互の個人

【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。

と個人の権利義務関係として規定し、同居協力扶助義務、婚姻費用分担義務、日常家事債務の連帯責任、夫婦別産制、離婚原因、婚姻中の子に対する親権の共同行使など、可能な限りの夫婦平等化を図った。

エ 「日本の婚姻法は、家制度の廃止により、ようやくこの原理〔近代的婚姻制度の基本原則＝引用者註〕を体現するものとなった」（二宮意見書1（3）末尾。10頁13行目以下）。

（2）現行婚姻法の目的と原則

こうして誕生した新憲法と現行民法における婚姻は、「子宝報国」はもちろん、「家の存続」や「男系の血統の維持」を第一義とするものではない。

何より、新憲法の基本とされた「個人の尊重」の原理（憲法13条前段）は、すべての人がその人らしい人生を送るべきことを求める。ひとりひとりの生き方は、それが人の人生であるというだけで価値がある。そして、人が人生の途上で人と出会い、親密な関係を築いて共同生活をする場面でもそれは同じはずである。婚姻は、この親密関係と共同生活を承認し保護・規律する制度であるから、すべての人が個人として尊重されると言えるためには、すべての婚姻が尊重される必要がある、そのためには、生殖の能力や意思にかかわらず、婚姻が広く開かれている必要がある。さらに、婚姻をするについての自由、とりわけ誰と婚姻をするのかという相手方選択の自由が必須である。相手方選択の自由は、人格的行為としての婚姻を婚姻たらしめる婚姻の核心であり、それなくし

【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。

ては、婚姻ができると言っても形ばかりの自由であり、人生の選択を意味しないからである。法定推定家督相続人に対する婚姻規制，戸主の婚姻同意権の廃止等の民法の改正は，そのために行われたのである。

以上からすれば、憲法制定を受けてなされた婚姻制度改定は，自由意思に基づく婚姻と夫婦の対等平等という近代社会の婚姻の基本原理を徹底することにより（憲法24条1項2項，民法2条参照。また，前掲甲A211の33 熊野・岸本「民法正義人事編 卷の壱」142頁）， そうして生まれた新しい婚姻制度の「目的」は，家族生活における個人の尊厳，婚姻の自由，夫婦関係における平等を確保し，これらの観点から当事者の親密な関係を規律し保護することである（二宮意見書9頁，12頁）。

新憲法と改正民法は，婚姻の意味を生殖に単純化し，生殖能力の欠如を理由に婚姻を否定するような法制を決して許さない。新憲法と改正民法のもとで被告の議論が成り立つ余地は無い。

（3）婚姻制度と生殖

では，憲法は，婚姻と生殖の関係をどのように考えているのか。人々の素朴な意識においては，婚姻を生殖と結びつける考えも存在し，為政者はそれを強調することがあるので，以下，憲法の予定する婚姻制度と生殖との関係を述べておく。

ア 憲法の基本原理である「個人の尊重」の理念からは，人がパートナーと子をもうけ育てることは，人間らしい「生」の選択の一つのあり方であり，また，社会の関心事として，異性であれ同性であれ十分保護と尊

【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。

重に値する。そもそも、子どもは、一個の人間として成長し発達する固有の権利を有し（最高裁判決昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁）、そのために大人による保護と愛着関係を必要とする存在であり、親密関係を築く二人の大人が協力し愛情をかけて養育するという環境によく馴染む。その意味で、子の養育は婚姻の重要な役割の一つである。憲法と民法が、婚姻制度の重要な役割の一つとして生殖や養育を予定していることは疑いない。

しかし、生殖は婚姻のすべてではない。

婚姻は、生殖以外に、「性的愛着、道徳的感情、子の保護、実際的効用、経済的連帯、世間並みの習慣、秘蹟」といった「あまたの要素」をもつ複合的制度である（甲A211の14 青山道夫「家族法論」（法律文化社、1958）63頁最後から2行目以下）。憲法13条の「個人の尊重」の見地からは、こられのいずれを体現する婚姻も生き方として尊重されねばならず、「国家の法律が婚姻制度として規律する場合には、婚姻の持つこれらの諸要素を全般的に、総合的に考察することが必要」なのである（甲A211の14 64頁1行目）。

イ 上記は、人々の意識にも適っている。

二宮意見書（甲A210の1）で紹介されているように、各種調査において、「結婚したら、子どもをもつのが当たり前だ」（NHK「日本人の意識調査」）、「夫婦は子どもを持ってはじめて社会的に認められる」（国立社会保障・人口問題研究所「全国家庭動向調査」）といった

【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。

回答は傾向的に低下しており、現在の人々の意識としても、規範意識としての婚姻と生殖・子育ての結びつきは相対的に低下している。また、「結婚の良い点・メリットは何か」「結婚の利点（2つまで）」といった質問に対する人々の回答では、「子どもや家族を持てる」という回答とともに、「好きな人と一緒にいられる」「精神的な安定が得られる」（国民生活白書（2004年））、「精神的安らぎの場が得られる」（国立社会保障・人口問題研究所「第15回出生動向基本調査」（2015年））といった回答が共通して高い比率を占めている。

ウ 他方、生殖は、自然生殖であれば性的結合という当事者双方の人格に深く関わる行為を介してなされ、人工生殖も自己の分身とも言える生殖子を提供された生殖子と結合させて子を迎える行いである。いずれも、本人らの自由な意思に委ねられるべき事柄であり婚姻したからといって生殖を強要することになじまないし（被告も同趣旨を認める。被告第3準備書面19から20頁）、仮に当事者が生殖を望んだとしても妊娠懐胎に至るかどうかは多分に生命の神秘に委ねざるをえない事柄でもある。なにより、かつて結婚が家の存続や富国強兵の道具とみなされ、女性がつらい経験を強いられた歴史を考えれば、国が婚姻制度の意義・目的を生殖・子育てに単純化することは、人々の人生の選択が為政者の都合のよい政策目標に利用されるおそれがあることを深く自覚する必要がある（二宮意見書19頁）。

エ このように考えると、婚姻の「目的」を生殖に単純化し、婚姻の要件

【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。

や効果を生殖に結びつける考えは、すべての国民が個人として尊重されるという憲法の基本原理といかにも相容れない。憲法と、憲法の理念にそって改正された現行民法は（民法2条参照）、婚姻制度の「目的」を、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におき（二宮意見書9頁下から11行目、12頁最終段落）、そのことをとおして、子の育成・保護を含むさまざまな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っとも整合的な解釈である。婚姻が対等な当事者の自由意思の上に築かれ、その解消時も含め、両当事者の実質的平等が確保されることで、当事者の関係は安定し、個人の尊厳と両性の本質的平等の理念を体現する家族が形成される。そのことを通して生殖も養育もそれ以外の機能ももっともよく果たされる。（甲A211の25 新版注釈民法(21)157頁下から9行目以下同旨）。憲法と現行民法は、婚姻を、このように懐深い多元的・「複合的制度」として構想したのである（甲A211の14 青山道夫「家族法論」（法律文化社、1958）63頁最終行以下）。

（４）民法の規定上の位置づけ

以上は、民法上の規定とも合致する。

民法は、婚姻の要件として、当事者の合意による婚姻の成立を原則とし（二宮意見書29頁）、未成年の子の婚姻に対する父母の同意（737条）を除いて、婚姻適齢（731条）、重婚禁止（732条）、女性のみ
の再婚禁止期間（733条）、近親者間の婚姻の禁止（734条）という

【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。

要件を満たす場合には、自由に婚姻をすることを保障する（2022年4月1日より成年年齢が18歳となることに伴い婚姻適齢も男女とも18歳となり父母の同意は完全に不要となる）。認知症や障害等により、判断能力が欠けるのが通常の状態にある成年被後見人でも、意思能力がある状態なら、婚姻の自由が保障される（同上、民法731条ないし741条）。

婚姻の無効原因及び取消原因に、生殖能力の有無や生殖の有無の定めはない（同742条ないし749条）。婚姻の効力として生じる義務についても、生殖に関する定めはなく（同752条）、離婚事由にも、生殖に関する定めはない（770条）。他方、法的親子関係の規律は、婚姻とは別の章に規定され、婚姻とは切り離されて整理されている。

このような民法の規定は、民法が婚姻の目的を生殖に単純化する立場に立たず、憲法の理念・要請を体現する家族が実現することによって生殖を含むさまざまな役割がよく果たされることを期待していることを示している。

（5）最高裁判例における婚姻の本質

前述のとおり、最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁（甲A211の36）は、有責配偶者からの離婚請求の可否に関し、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにある」と判示し生殖には言及していない。

【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。

（6）現行民法にかかる学説

現行民法に関する学説も、生殖と婚姻について、以下のとおり、旧民法及び明治民法の学説と同様に論じる。

○泉久雄『親族法』51頁は、「子の出生は婚姻の本質と密接に結びついているけれども、婚姻に不可缺の目的ではない・・・婚姻の本質である夫婦の結束（固い結合）は生殖（行為）がなくても可能であ[る]」と述べ、

○上野雅和教授は、1989年刊行の『新版注釈民法（21）〔補訂版〕』で、「現在では、夫婦が子を産み育てることは、社会通念上期待されてはいても、法的に要求されているとはいえない。」「生殖と子の養育は婚姻の一つの主要な目的ないし役割ではあっても、生殖を目的としない婚姻も法律上有効な婚姻である」と指摘し、これに続いて、「このように、婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われると、婚姻の成立及び維持についての社会的利益も重要性を減じ、婚姻法は主として夫婦の個人的利益の保護を目的とするものになる」、「個人がこれらの（婚姻による）利益享受のために婚姻関係の形成の承認を求めてきたとき、男女の結合であれば、生殖や性関係の可能性がなくても、さらに臨終婚のように、共同生活の可能性すらなくても、婚姻法的利益を付与しながら、同性間の結合であれば、生殖能力の点を除けば夫婦の実質を伴っていても、婚姻法的利益の付与を拒否する合理的根拠があるのか」と述べ（甲A16 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）〔補訂版〕』（有

【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。

斐閣，1989）178頁〔上野雅和〕179頁），生殖の能力や意思を問題にして同性間の婚姻を否定する議論に強く疑問を投げかけている。

○二宮周平編『新注積民法（17）親族（1）』69頁〔二宮周平執筆部分〕（甲A38）も，「婚姻の意義，目的は，出産や子の養育などではなく，パートナーとの人格的結びつきの安定化に見い出されるようになる」としている。

4 なぜ婚姻は男女の制度とされてきたのか

（1）問題の所在

明治民法でも，現行民法でも，婚姻が男女の制度であったのは生殖が理由ではない。被告は，「婚姻関係は伝統的に生殖と結びついて理解されてきたために男女間に成立する関係と考えられてきた」と主張するが，近代日本の法制に，生殖の能力から婚姻制度が及ぶ範囲を決する伝統など存在しない。被告の主張は誤りである。

では，明治民法で婚姻が男女の制度とされ，1947年の民法改正でもそれが変わらなかったのは何故か。

（2）同性愛等に対する差別・偏見と異性愛規範

それは，以下のとおり，いずれの法制の制定時も，異性愛だけを自然・正常とし，同性愛を病理・不自然で異常なものあるいは未熟なものとする「異性愛規範」が社会全体で共有され，同性間の親密な関係や共同生活は，およそ法的保護を及ぼすべき対象として意識されることがなかったからで

【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。

ある。

ア 旧民法及び明治民法制定時

すなわち、世界でも、日本でも、同性同士の性愛や親密な関係は歴史上さまざまな表現・記録中に認められ、同性愛を受容し、時には理想化する文化も存在した。

明治初期日本でも、男性、特に男子学生間の性的行為を含む関係である「男色」（なんしょく）を「智力」「大志」に結びつけて理想化する考えが存在し、これとは逆に「醜い行い」「世界の笑いもの」とする見方と並立していた（甲A217 風間・赤枝意見書4頁～6頁（以下、甲A217を「風間・赤枝意見書」という。）。しかし、男性間の性行動を処罰の対象とする鶏姦条例の制定（1872年）もあって、やがて男色を「悪習」として否定する見方が支配的となり、旧民法（1890年）も明治民法（1898年施行）も、このような社会的認識のもとで策定された。そこでは、同性間の親密な関係を家族として保護すべきかどうかを検討される余地はなかった。

それは、

- ① 明治民法の起草委員であった梅謙次郎は、「外国の法律中には、往々当事者双方共に男子なるか又は女子なる場合に於ては、婚姻無効なることを云へると雖も、是れ固より言ふを俟たざる所なり。蓋し婚姻とは男女間の関係を定むるものなるが故に、男子間又は女子間に於て婚姻なるものあるべからざるは言はずして明かなり。故に我民法に於

【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。

ては之が規定を設けず」（甲A211の26 梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編』（有斐閣書房，1899）118頁）と記している。

② 法典調査会委員だった奥田義人も、「婚姻は男女の自由の意思に基づく結合ならざる可からず，是れ婚姻の性質上当然言ふを俟たざる所を以て，本法は別に明文を以て之を規定することなく」（奥田義人『親族法論』（有斐閣書房，1898）111頁）と述べている。

これらは、まさに、「結婚は男女間で成り立つ」という「素朴な形の異性愛規範」のあらわれであり，1898年（明治31年）の明治民法は，この「異性愛規範の萌芽」ないし「素朴な形での異性愛規範」を確立させる役割を果たしたのである（風間・赤枝意見書6頁1行目及び下から4行目，8頁～9頁「まとめ」）。

イ 「異性愛規範」の確立

その後，1900年代になると，一方では，「高等女学校令」（1899年）にみられる女性の中等教育の進展や「恋愛」概念の広まりといった社会の変化の中で，男女の恋愛・交際が結婚につながる価値あるものとして雑誌等でとりあげられるようになった（赤枝・風間意見書7頁から8頁）。

他方，ドイツの精神科医であるリヒャルト・フォン・クラフトエビングの「Psychopathia Sexualis〔性的精神病質〕（1886）」が，日本に「色情狂編」（法醫學會，1894，『裁判医学雑誌』1891-95年）（甲A327），「変態性欲心理」（1913年）

【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。

等のタイトルのもと紹介・刊行されるなど、西欧の性科学が翻訳・紹介され、日本社会で「性慾學」が流行した。

当時の性科学者である澤田順次郎と羽太鋭治の『変態性欲論』（1915年）は、同性間の性欲を「性欲本能の倒錯」「正常ならざる性欲」を意味する変態性欲のひとつとし、「不自然な性欲」, 「一種の伝染病」であり、「社会を破壊」するものと論じた（羽太・澤田『変態性欲論』11頁）。

1920年前後には、「変態心理」, 「性之研究」, 「変態性欲」といった多数の一般向け雑誌が刊行されて通俗的性欲学が流行し、同性愛は、文字どおり変態性欲として興味本位で描かれた（風間・赤枝意見書9頁以下）。

ウ 女性間同性愛の可視化（風間・赤枝意見書第3章）。

日本で女性間の同性愛が可視化されたのは、20世紀に入ってからである。1900年代頃から、女学生等の親密な関係が新聞・雑誌等で報じられ、1911年に起きた女学校卒業生同士の心中事件が報道されることで広く知られるようになった（風間・赤枝意見書15頁「1」3行目）。

1920年代には、女性同士の親密な関係を賞賛し、異性に対する愛とも、男性同性愛とも異なる「純粋な霊的な愛」として擁護するものもあったが（風間・赤枝意見書20頁下から3行目）、同性愛に「先天性（真性）」と「後天性（仮性）」の二種別があるという、クラフト＝エビングやハヴロック・エリスなど、当時の西洋の性科学の考え（科学的根拠は必ずしも明白でなく多分に恣意的で曖昧なものであった）が輸入されると、これが

【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。

女性同士の親密な関係に当てはめられ、女学校時代の同性愛は一時的で模倣的なもの（「仮の同性愛」）で無害であるが、成人女性の同性愛は永続的で、より深刻なもの（「真の同性愛」）とみなされた（風間・赤枝意見書23頁）。

さらに、1930年代になると、女性同士の心中事件が、猟奇的あるいは病理的事件として報じられ、当事者を「変態」視する論調が強まり、女性における同性愛が異性愛に比べいかに劣っているものか一方的に断定する論調（同意見書25頁2行目）、同性愛を「自己愛-同性愛-異性愛」という性欲心理の発達段階の途中で止まっている「精神の異常傾向者」（同、意見書27頁1行目）、「一種の小児病」（同、意見書27頁第2段落）とみなす論調が見られるようになった。

このように、女性の同性愛は、異性愛の前段階の「未熟な」関係、いざれば卒業し異性愛に至るべきものとされた点で男性の同性愛と異なる点があるが、異性愛こそ自然で正しいあり方とみなす異性愛規範が前提となっている点では同様であった（以上全体につき、風間・赤枝意見書15～30頁）。

エ こうして、同性間の性愛を病理・倒錯あるいは未熟な成長段階とみなす「異性愛規範」が、社会全体で共有された（風間・赤枝意見書9頁～11頁、6頁6行目）。医学・心理学だけでなく、法律専門家や司法、立法、行政分野の専門家・実務家の間でも、同性愛を「変態」「異常」として侮蔑や嘲笑の対象とする意識が社会の共通認識となり、社会の慣行や法制度

【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。

も異性愛だけを自然で正常とする異性愛規範に立脚して形成されたのである。

オ 戦後の民法改正

新憲法が制定され、民法が改正されたのはこのような状況のもとである。改正民法は、家制度の桎梏を排し、婚姻の自由という近代的婚姻の基本原則を徹底させた（二宮意見書1（3）末尾，10頁13行目以下）。人と人は性的指向や性自認の違いによってその尊厳に違いはなく，人の性的指向や性自認が多様であることを知る現代の我々からすれば，個人の尊重という憲法の基本原則のもとでは，婚姻の自由は，家制度の桎梏のみならず，異性愛だけを正常とする「異性愛規範」の桎梏からも解放されてしかるべきであった。しかし，1947年当時は，欧米でも，同性愛を精神病理とする認識が未だ支配的であり，異性愛だけが人間の性の正常なあり方であるという通念を問う科学研究は，まさに緒に就こうとする時代であり（甲A7の2 ヘレク訳文 8頁6行目以下），日本では，なお知られていなかった。新憲法に基づいて婚姻の自由を拡大した民法改正も，「異性愛規範」の限界からは逃れることはできず，同性間の親密な関係や共同生活を家族として法的に保護することは，検討対象とすらされなかったのである。

その結果，たとえば，中川善之助は，『日本親族法』（1942年，日本評論社）（甲A218）で，婚姻意思の概念を論じる中で，「学問を妻とするとか，書籍を配偶者とするとかいふのが一片の比喩に過ぎなく，真

【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。

の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻といふ如きが婚姻的法律要件としては否認されなければならない」と切って捨て（同書189頁）、『当然無効なる婚姻』の概念を説明する中で、同性婚を「かかる変態関係」と表現する（同書214頁）。同性間の婚姻は、「一片の比喩」の類、「変態関係」であり、およそ法的保護を論ずべき問題とは意識されていない。

戦後、中川善之助は、1947年の民法改正に関わる司法法制審議会委員となったが、1958年の同『親族法 上巻』（青林書院）でも、ほとんど上記と同じ表現を繰り返している（甲A211の27 158～159頁）。

同じく司法法制審議会委員であった我妻栄も、同『親族法』（有斐閣、1961）で、「婚姻をする意思（婚姻意思）とは、夫婦関係を成立させるという意味である。しからば、夫婦関係とは何か、といえば、その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合とすべきである」と述べ（甲A211の28 14頁）、「同性間の『婚姻』はこの意味では婚姻ではない」と註記した（同書18頁 註(1)）。

カ 新憲法制定と民法改正がなされた1947年当時、わが国にもたくさん
の同性愛者等性的少数者が暮らしていた。しかし、そのほとんどは、社会の偏見の中で、自分が周囲と異なることに気付いても、それが何を意味するのかさえ認識する術がなく、悩み苦しみ、孤立し、一部を除いてほとんどが「クローゼット」として生きることを強いられ、人権をもとめて声

【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。

をあげることは到底困難であった。社会には、同性愛等を異常視する誤った偏見と差別の意識が、一般大衆から専門家に至るまで広く共有され、憲法制定や民法改正にあたった国会議員、法律家、行政官といった人々もその例外ではありえなかった（風間・赤枝意見書65頁）。憲法がすべての国民が個人として尊重されることを謳っても、これらの人々の存在と彼ら彼女らが直面する困難は顧みられず、その共同生活が法的保護の対象として議論されることはなかったのである。

（3）小括

このように、明治民法制定時においても、現行民法が制定されたときにも、異性愛こそが正常であり、同性愛を異常なものとする異性愛規範が社会全体に浸透し共有されていた。同性どうしの関係は、生殖できないというだけではなく、不自然で異常なものとして、それが社会全体の認識となっていた。それ故に、男女なら「産子の能力」を欠いても婚姻から排除されないのに、同性どうしは、およそ法的保護を論ずべき対象とすらみなされず、婚姻できないことは論を俟たずとされたのである。同性どうしが婚姻できないのは、異性愛規範のためであり、被告が主張するように、生殖能力のゆえではない。

5 同性婚法制化の必然性

（1）異性愛規範の正当性の喪失（風間赤枝意見書第3章〔38頁〕及び終章2項〔65頁〕，甲A7の2，6頁以下，甲A246 河口意見書）

しかし、同性間関係が法的保護の外におかれる原因となった「異性

【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。

「愛規範」は、現在では、その正当性と合理性を完全に失っている。

すなわち、キンゼイ（1948, 1953）、フォードとビーチ（1951）、フッカー（1957）らとその後継者らの各研究は、同性愛が人の性の自然なあり方の一つであり、これを精神疾患として扱う医学的根拠が無いことを実証的に明らかにし、同性愛当事者らによる人権獲得運動が高まる中で、1973年のアメリカ精神医学会における「同性愛そのものは精神疾患として扱わない」旨の決定とDSM改訂、1975年のアメリカ心理学会の「同性愛それ自体は・・・障害を意味しない」「長きにわたり同性愛的性的指向に結びつけられてきたスティグマを率先して取り除くことを全ての精神保健専門家に促す」との決議（甲A1）、さらにWHOのICDの改訂となって結実した（以上、訴状32頁以下と引用の各書証参照）。

また、1990年代以降、性的指向や性自認によって人を差別し基本的権利を否定することは許されず、あらゆる暴力と差別が一掃されなければならないことが国際人権法上の共通認識となった。いまや、「性的マイノリティの権利保障は、国連の人権施策における主流に位置づけられている」（甲A114 日本学術会議「提言 性的マイノリティの権利保障をめざして－婚姻・教育・労働を中心に－」4頁、甲A242 谷口洋幸意見書）。

異性愛だけが自然で正しい性のあり方とする「異性愛規範」は、科学的にも、法的にも、正当性と合理性を完全に失ったのである。

【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。

（2）憲法解釈への帰結

このように、異性愛だけが自然で正しい性のあり方とする観念が正当性と合理性を失った以上、そのような古い観念に基づいて設営された法制度も、その存在が厳しく問われねばならない。

憲法は、個人の尊重を実現するための体系であり、憲法の各条項は、すべての人が「個人として尊重される」と言えるために不可欠であるからこそ存在する。そして、憲法がその尊厳を守ろうとする人は社会の中で生き、かつ、社会は変化するから、「個人の尊厳」の内容は制定時に固定されたものではなく、社会の変遷や人類の認識の変化進展とともに変化を免れない。そこから、憲法の各条項、とりわけ人権条項の求める内容も、個人の尊厳という基本原理に照らして不断に問い直されねばならず（最大決平成25年9月4日婚外子相続分大法廷決定 理由3（2）末尾）、変化を免れない。憲法の各条項は、当該条項の存在意義に照らし、それと整合するように解釈されてゆく必要がある（原告第3準備書面16頁）。

最高裁判所も、社会の高度化による情報の受け手と送り手の分離という社会構造の変化によって、表現の自由が知る権利をも包摂すると解すべきに至ったことを、石井記者事件（最大判昭和27年8月8日）から博多駅フィルム事件（昭和44年11月26日）に至る判例変更により示し（同上準備書面20頁から22頁）、社会や人々の価値観が徐々に変化して婚外子相続分の区別が違憲となったことを判示した（最大決平

【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。

成25年9月4日）。それは、個人がそこで生きる社会の構造が大きく変遷しているのに、それでも従前の解釈をそのまま踏襲するならば、憲法の基本原理である「すべての人が個人として尊重される」ことの実現が到底不可能となっているからである。

そうであるなら、婚姻を男女の制度とする根拠となった「異性愛規範」が科学の場で根本から否定され、性的指向・性自認を理由に人と人を差別したり人権を制限することは許されないという普遍的認識に高められた本件の場合には、なおのこと、個人の尊厳という憲法の基本原理に照らし、古い観念に基礎をおく婚姻制度は直ちに改められねばならないはずである。科学的に否定された偏見や固定観念に基づく不正義を放置することは個人の尊重という憲法の基本原理が許さないはずである。

同様に、憲法24条1項が「両性」の語を用いたことに、同性間の婚姻を禁止しているとか、同性間には異性間と同程度の保護を予定していない等といった、特別の意味を与える解釈も許されない。上記解釈は、同性愛を異常とする誤った偏見と固定観念の端的な反映であり、そうである以上、両性の語に、婚姻の自由の外延を男女に限定する役割を認める解釈は、憲法解釈として許されないのである。憲法24条は、制定当時において婚姻をなす人々の典型と考えられた男女を念頭に「両性」という言葉を用いただけであって、その趣旨は、性的指向・性自認を問わず（すなわち相手の法律上の性別を問わず）に尊重されるべき基本的人権として「婚姻をするについての自由」を保障したものと解すべきであ

【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。

いまあらためて想起すべきは、同性間の関係の法的保護を論じること
を阻んだ異性愛規範と社会のあり方が、同性愛者等性的少数者を厳しい
差別と偏見の下におき、苛烈な抑圧をもたらした歴史の事実である。歴
史上、同性愛者等は、あるいは処罰の対象となり、あるいは病理として
家族を含む社会から排除され、電気ショック等によって性的指向を人為
的に変えようとする治療の対象にすらされた。学校、職場、地域、家庭
でも揶揄・侮蔑・嘲笑・いじめなど社会の厳しい差別と偏見にさらされ、
正当な法的保護の機会を奪われた。ナチスドイツが、ユダヤ人や政治犯
とともに数万の同性愛者を収容所に送り（甲A326 ピンクトライア
ングルの男たち、甲A249 河口意見書12頁）、1950年代のアメ
リカでも多数の者が職を追われる等したのも同根の現実なのである（甲
A249 河口意見書16頁「1950年代のアメリカ」）。日本でも、戦
前戦後をとおし、同性愛者らが社会の偏見の中孤立し呻吟する声は、雑
誌への投稿等の形で残されている（甲A217 風間・赤枝意見書12
頁）。同性間の関係を法的保護の外におく法律は、この、長く数え切れ
ない人々に非人間的な惨禍をもたらした集合的意識（異性愛規範）と社
会のあり方に根拠を持っている。のみならず、いまなお日本社会には、
同性愛者等に対する根強い差別が存在する（甲A118 法務省「人權
の擁護」）。同性愛者等を婚姻という誰でもが身近に知る社会の制度か
ら排除し続けることは、根強い差別を正当化し、人々が性の多様性を正

【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。

しく学び、社会を変えてゆく大きな障壁となっている。そのような法律が存在し続けることは到底許されることではない。

異性愛規範の制約を取り除き、近代的婚姻の基本原則を真の意味で徹底することが、今日に引き継がれた課題であり、人の性の多様性を知るに至った今審理されているこの裁判に託された責務である。

（3）同性婚法制化への社会の動きの加速化

そして、婚姻や生殖についての意識の変化とあいまって、近時、セクシュアル・マイノリティに対する人々の意識も急速に変化し、もはや、「婚姻は男女のものであるとの観念が一般的である」などと言うことはできない状況となっている（甲A217 風間・赤枝意見書47頁以降も参照）。

なお、社会の変化については原告第2準備書面及び原告ら17準備書面にも詳細に述べたため、詳しくはこれらの書面を参照されたい。

ア 国外における同性婚を認めている国の増加

世界の30近い国・地域で同性同士の婚姻が認められ、アジアでも、台湾では、2017年5月24日の大法官解釈に基づき、2019年5月同日、婚姻の自由と平等が実現した。

イ 自治体における同性カップルの法的保護の動き（原告ら第17準備書面2頁）

日本では、本年11月15日の時点で、同性パートナーシップ制度を導入した自治体は全国65に達し、これらの総人口は日本全体の人口の3

【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。

割を超えている（32パーセント）。2019年7月1日には、都道府県で初めて、茨城県においてパートナーシップ要綱が施行された。茨城県知事は、「扱う問題が基本的人権に関わり（甲A131の2～3頁）、性的マイノリティの方々の置かれている深刻な状況を鑑みれば、一刻の猶予もするべきではない（甲A131の2, 4頁）と述べ、同性カップルへの法的保護が急務であることを指摘した。その後、大阪府でも同様の制度が実現し、本年11月20日には、三重県の鈴木英敬知事が年度内の制度導入を発表している。

ウ 企業社会の動き

民間でも、日本を代表する大企業をじめとして、同性カップルを結婚した家族と同等に扱う制度が導入されている。

本年11月18日には、パナソニック、日本コカコーラ、KDDI、資生堂等の企業が賛同して、日本で同性婚の法制化を求めるビジネス分野でのキャンペーン（Business for Marriage Equality）がスタートした。プレスリリースに出席したパナソニックの三島茂樹執行役員は「グローバル企業として日本が同性婚を認める国でなければいけないと未来志向で考えた」と話している。

エ 同性カップルに法的保護を与えようとする判決の存在

2019年9月18日に言い渡された宇都宮地裁真岡支部の判決では「同性カップルであっても実体に応じて一定の法的保護を与える必要性は高い（甲A153 13頁）」と判示する判決を下し、2020年3

【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。

月4日に言い渡された東京高等裁判所の控訴審判決（甲A219）も、
「男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる
関係にあった」と認定し、両当事者が「少なくとも民法上の不法行為に
関して、互いに、婚姻に準じる関係から生じる法律上保護される利益を
有する」として一審の結論を維持した。司法でも、同性カップルに対し
て家族としての保護を与える方向の判断が現れている。

オ 社会における「同性婚」を採用すべきだという声

「同性婚」について、数多くの世論調査がなされているが、2019
年9月13日に発表されたアンケート結果では、69.5%にも上る人
が同性婚を法律で認めることに賛成している（甲A149, 甲A166）。

国立社会保障・人口問題研究所の「第6回全国家庭動向調査」（49
頁, 甲226）によれば、配偶者のいる女性を対象にした調査では、同
性カップルについて「なんらかの法的保障が認められるべきだ」75.
1%、「男性どうしや、女性どうしの結婚（同性婚）を法律で認めるべき
だ」69.5%と高い割合での回答がある。

また、2020年3月から4月にかけて朝日新聞と東京大学の谷口将
紀研究室が行った全国3000人の有権者を対象にした調査では、自民
党支持層においても、同性婚に「賛成」「どちらかと言えば賛成」と答え
た賛成派は、2017年の17%から、今回は41%に増加し、「反対」
の29%を明確に上回っている（甲A224）。

国内でも、同性同士の関係に家族としての法的保護を与えるべきであ

【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。

るとの認識・理解が既に定着している。

カ 国政でのセクシュアル・マイノリティの差別・偏見を除去しようとする動き、それに伴う同性カップルの保護

性的指向・性自認による差別は許されず差別解消の具体的な措置が必要であることにつき、与野党を問わずコンセンサスが形成されている。

自由民主党は、2018年、党内及び超党派での議論に基づき、「議論のとりまとめ」（甲A221）と「性的指向・性自認の多様なあり方を受容する社会を目指すためのわが党の基本的な考え方」（甲A222）を発表し、性的指向・性自認を理由に当事者がさまざまな困難に直面し、社会の理解を促進し、直ちに行うべき施策に着手すべきことが指摘されている。

2016年には、当時の民進党、共産党、社民党、生活の党が「性的指向・性自認による差別解消法（案）」を国会に提出し（甲A223）、2017年の衆議院選挙では自民党・公明党を含む6党が公約にLGBT施策を明記するに至っている。

さらに、同性婚の法制化についても、2019年8月、野党3党（立憲、共産、社民）が同性婚法制化のための法案を国会に提出し（甲A141）、日本維新の会も同性婚法制化を党の政策とした（甲A142）。同年11月に開催された院内集会には、自民・公明・立憲・国民・共産・社民・無所属など文字どおり超党派の与野党議員が多数参加して同性婚法制化を支持する意見表明をしている。

【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。

民法の相続法改正をめぐる議論の中でも、2018年7月3日、大村敦志教授が、参議院法務委員会に参考人として招致され、「LGBTに限らず、日本社会には様々なマイノリティーが存在する。包摂した形で社会を築き上げていくということが二十一世紀に必要なことなんだろうというふうに思っています（甲A62 10頁）」と述べ、同性同士の関係性に何等か保護を与え、包摂していくことが必要であると答えている。

このように主要政党が、そろって性的指向・性自認による差別が許されないことを政策の基本とし、同性婚法制化についても、自民党が慎重な姿勢をとっているものの、同党支持層を含む有権者の間では急速にコンセンサスが形成され、自民党内でもそれに呼応する動きが少しずつ増えている。

2020年（令和2年）1月30日、第201回国会・参議院予算委員会において、法務大臣の森まさこ氏は、同性同士の婚姻を認めるか否かに関する石川大我議員の質問に対し、「今の現状の制度、それがずっと続くとか、それが絶対に完璧であるとかいうふうに申し上げているつもりはございませんで、ここの国会の御議論や国民の皆様のお声にしつかりと耳を傾けて、時代の流れや様々な要請に応じて見直していくということは重要でございます」と答弁している（甲A225）。

キ 同性カップルに婚姻を求めようとする当事者の切実な声

上記のように既に社会は大きく変化しており、その動きにも呼応し、

【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。

セクシュアル・マイノリティ当事者たちの、同性カップルの婚姻を求める声は、より切実かつ顕在化している。

原告佐藤は「私は男性が好きだと気付いてから、約20年間はゲイであることを隠して生きていました。セクシュアリティは隠していても、社会とは繋がっていただけで、なんとか生きて来ましたが、社会から孤立しているセクシュアルマイノリティの人たちは、今現在、もっと苦しい思いを抱えながら生きています。その人たちの閉塞感や失望感、疎外感のような思いを少しでも取り除くために、是非とも同性婚を認めて欲しいと思っています。これは命の問題なのです。」と述べる（甲F5 12頁）。

原告西川は、「同性愛者は、自分の生育家庭に同性愛者であることが言えずに秘密を抱え、家族から切り離され、自分が結婚して新しい家族を作ることにも叶わない。孤独な存在です。自分の将来に「家族」というものが見えないことは、特に若い世代には苦しいことです。私のように絶望感とともに若い時代を過ごし、経済的に不利な状況に置かれる人々や、心身の健康を損なう人々も多いのです。同性愛者に結婚を認めたからと言って、国の損失は何もありません。幸福な人が増えて、その人たちがよく働き、生殖補助医療によって子供を得て育て、ますます豊かな社会になるだけのことです。」（甲D3 27頁～28頁）として、同性カップルの婚姻を求めている。

このように、同性カップルの婚姻を認める必要性は、極めて高い。

【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。

ク 小括

もはや、国民の意識や国政の動向から見ても、同性カップルが婚姻の法的保護に値しないという理解が一般的であるなどということは到底できない。人の性は多様であり、性的指向や性自認による差別や人権の否定は許されないことは、国、自治体、企業社会を含めたコンセンサスであり、差別解消への努力が進んでいる。そして、婚姻がその例外ではありえないとの理解も急速に広がっている。国の法律だけが立ち後れているのである。

同性愛者等の当事者たちは、婚姻を切実に求め、社会もそれに呼応し、婚姻の当事者が男女であるとの理解は明確に排され、現在においては、婚姻の当事者は男女にとどまらないことが普遍的認識となっている。

6 まとめ

被告は、明治民法・現行民法において、婚姻が生殖と結びついて理解されそのために男女の制度とされてきたなどという「伝統」論を持ち出し、現在において婚姻の当事者が男女であるとする事実に正当化を試みる。しかし、本書面で縷々論じたように、被告の主張する「伝統」は、歴史の事実にまったく反している（上記2, 3）。これまで婚姻の当事者が男女であると考えられてきたのは、生殖との結びつきが理由ではなく、同性愛等を異常・不自然な性のあり方とみなし侮蔑する「異性愛規範」の故である。しかし、この異性愛規範は正当性・合理性を失い、個人の尊重を基本原理とする憲法のもとでは、異性愛規範に立脚して設営された制度のあり方は正当化の余地が

【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。

なく、直ちに改められねばならない（上記4・5）。さらに、現在では、社会の変動に伴い、婚姻の当事者を男女のみとすることは、人々の意識とも乖離し、同性同士であっても婚姻することができるはずだという意識が急速に広がっている（上記5）、この点でも被告の主張は失当である。

第3 同性カップルも生殖・養育を行っており、子の福祉の点から同性カップルの婚姻の法制化は急務であること

1 同性カップルも現に生殖・養育を行っていること

被告の主張は、同性カップルは生殖や養育と無縁であることを当然の前提とする点でも誤っている。法律上同性カップルでもカップルの間に子を持つことは可能であり、養育ももちろん可能である。現に既に多くの同性カップルが子を持ち、子を育て、家族として生活している。被告の主張はこの点でも決定的に誤っており、法律上同性の者に婚姻の保護を否定する主張の前提となる事実認識に誤りがある。

人が、人生をともにしたいと互いに思う「伴侶」ないし「パートナー」と呼べる他者と出会い、その相手と親密な関係を結んで家族となり、次世代を育むべく二人の間で子を持ち養育することを望む——私たちの経験上、多くの人がこのような望みを抱いていることは確かであろう。婚姻の役割の一つとして生殖と養育があるのは、「結婚して子どもをつくり家族を築きたい」という人の自然な欲求の一つに基礎を置いている。

有力な学説が、「婚姻は単純な男女の性関係ではなく、男女の生活共同体

【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。

として子の監護養育や分業的共同生活などの維持によって家族の中核を形成する。」と指摘するのも（乙1，甲A211の25 青山道夫・有地享編「新版注釈民法（21）親族（1）」157頁），子の監護養育や分業的共同生活などの維持により家族生活を営むことが人の自然な欲求の一つの表れであることを示すものである。

そして、この欲求は、性的指向のいかんに関わらない。異性カップルであれ、同性カップルであれ、子を持ち、育てたいと望む者はいるし、現に日本でも、決して少なくない数の同性カップルが子を持ち育てている。以下、具体的に述べる。

2 生殖

（1）法律上女性同士のカップルは、ドナーから精子の提供を受けることで、妊娠出産が可能である。同性の二人がカップルとなり、家族生活を営んでいく中で二人の間に子を持ち育てたいと望み、精子提供を受けて妊娠出産した子を二人の子として養育するカップルは日本でも珍しくはない。

陳述書（甲A234）を提出した金由梨も、第三者から精子提供を受けて同性のパートナーとの間で子を出産し養育している本人である。金は、次のように述べる。

「お互い海外での就職、キャリアを積みたいという思いはありましたが、私の年齢のこともあり、オランダで一緒に住み始めて2年がたったころには、「子供が欲しいよね」という話になりました。」（同6頁），
「特に、私にとっても、妻にとっても心強かったのは、「子供の顔を見た

【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。

瞬間に思うよ、ああ、私の子供よ、生まれてきてくれて、本当にありがとう、って。その時に、『でも私の血が通ってない』なんて一ミリも思わないから」。という病院スタッフの言葉でした。そして私も妻も、子供が生まれたときに、それが本当だということを体感したのです。出産室で産む私と、支える妻。本当に二人三脚で、生まれてきてくれた子どもに、「本当にありがとう、がんばったね」と、その気持ちばかりがあふれ、今もなお同じように感じています」（同7頁）、「二人の子どもは私が出産しましたが、ベネッサは法的にもう一人の「保護者」として出生証明にも名前が記載されています。法的にも二人の子どもの親であり、彼らが産まれてきたその瞬間を見届けたのもベネッサです。子どもたちが転んだり、怖い思いをしたりしてすがりつくのは私であり、ベネッサです。また、学校であった楽しいことやお友達の話をお風呂で聞くのも私やベネッサです。精子提供をしてもらって産まれた子どもたちですが、法的にも精神的にも、私とベネッサが一番そばにいて成長を見守っている保護者であることを、誰よりも子どもたちが知っています。」（同11頁）。

共同生活を営む中で自然と子を持ちたいという欲求が現れ、二人の協力の下で子を出産し、二人の子として養育するということを同性カップルも現実に行っていることが金の陳述書からも明らかである。このように、法律上同性カップルもまた、二人の間の子を産み育てているのである。

(2) この点につき被告は、婚姻制度が保護するのは、カップル双方の生殖子

【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。

（男女なら精子と卵子）によって子をもうけ養育する関係に限られると言うかもしれない。生殖を理由に同性カップルを婚姻から排除しようとするれば、そのように言うほかないからである。

しかし、そのような立論は、夫婦及び夫婦双方と血縁関係にある実子という家族形態のみに正当性が認められ婚姻による保護に相応しく、それ以外の家族形態は正当性がないゆえに本来的には婚姻による保護に相応しくないと言明するに等しい。

異性夫婦においても、第三者（非配偶者）から生殖子の提供を受けて子を持つことは、長い歴史があり、日本では、1949年に最初のAID児の出生以降、多様な生殖補助医療の技術が進歩する中で、夫婦の一方と生物学的にはつながらずに誕生した多数の子どもが、夫婦の子どもとして育てられ、社会の一員として暮らしている。また、法的にも、妻が婚姻中懐胎した子は夫との間に法律上の父子関係が推定され、夫が1年以内に嫡出否認をしなければ父子関係は確定するのであり（民法774条）、夫婦双方が合意して子をもうける場合も同条が適用されるから、民法自体、第三者からの生殖子提供によって親子関係が生じることを予定しているものと言える。

異性夫婦による非配偶者間人工授精による生殖及び養育は、前記の同性カップルによる生殖及び養育形態と変わらない。夫婦の一方妻とは血縁関係にあるが、夫婦のもう一方夫とは血縁関係にない子を、夫婦の子として産み育てているのである。もし、同性カップルの生殖及び養育を

【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。

婚姻による保護に値しないと言うのであれば、被告は、このような異性夫婦の生殖及び養育についても同じように言うのだろうか。非配偶者の提供精子を用いた生殖補助医療による妊娠出産が法的にも社会的にも認められている以上、このような主張は到底許されない。

3 養育

（1）婚姻における養育の位置付け

被告は、生殖という、妊娠と出産のみに焦点を当てた言葉を殊更に強調するが、これは私たちが次の世代を育成する営みのうち養育という側面をあえて無視した恣意的な論法である。

そもそも、生殖の保護が婚姻の果たす役割の一つとされるのは、それが当事者自身の充足や子を持つ喜びをもたらすと同時に、次世代の育成という役割を担っているからである。そして、次世代育成は、妊娠出産で完結するものではなく、養育につながってこそ意味がある。人の子は生まれた後に放っておかれればたちまち死んでしまう。子を育てるといふ行為があつて初めて子は成長し、世代を繋ぎ、次世代を担う者となる。前記の「婚姻は単純な男女の性関係ではなく、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などの維持によって家族の中核を形成する。」（青山道夫・有地享編「新版注釈民法（21）親族（1）」157頁）との指摘は、婚姻の役割の一つとしての養育の重要性をも示している。

（2）養育のあり方が多様であること

【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。

そして、養育において、血縁関係のある母と父の存在とつながりが意味を持つことがあるのも確かであるが、血縁関係がなくとも育てる者が養育上の重要な役割を担い得ることも事実である。つまり、両親双方と血縁関係のある実子の養育という形態のみが、子を産み育てる次世代育成とは限らない。

このことは、旧民法及び明治民法の時代から、当事者の意思によって法的親子関係を発生させる制度として養子制度が設けられ（当時は、跡継ぎ確保の手段として現代よりも養親子関係が活用されていたかもしれない。）、改正民法下でも実親子関係と並んで養親子関係が設けられていることにも表れている。

改正民法制定後の1987年には、特別養子縁組制度が創設された。同制度は、子の福祉を積極的に確保する観点から、戸籍の記載が実親子とほぼ同様となる縁組形式である。さらに、社会事実においても、様々な事情から、子をもうけたが実親二人で養育するのではなく、実親の一方が子を伴って別の第三者とカップルとなり子を養育するというケースは珍しくない。連れ子やステップファミリーと呼ばれることもある。

このように、法制度上でも社会生活上でも、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、実践されている。

（3）同性カップルによる養育の実践

法律上同性のカップルもまた、血縁関係の有無にとらわれない養育が可能であり、現実に実践している。女性同士のカップルについても、男

【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。

性同士のカップルについてもそうである。原告小野と原告西川はまさに実例であり、両名はそれぞれ前婚でもうけた子を引取った後、家族となり、協力し合って3人の子を養育してきた（甲D3, 甲D4 両原告の陳述書）。同人らの生活実態を見れば、子を養育する同性カップルの生活共同体は、婚姻の役割の一つである次世代育成としての子の養育を具現化しているものであることが明瞭にわかる。また、セクシュアル・マイノリティ当事者、また支援者に向けて作成された「こどもまっぴ『LOVE MAKES FAMILY』」は、セクシュアル・マイノリティによる子育てをテーマとして作成された報告書であるが、そこでも、子どもが欲しいと考える213名のセクシュアル・マイノリティにアンケートを聞いた結果、既に56名もの当事者が子どもを育てていると回答しており（甲A220・こどもまっぴ「LOVE MAKES FAMILY」の6頁）、子どもも親の幸せを願っている。

（4）小括

以上から、子を産み育て次世代を育成するという婚姻の役割のうち、生殖だけを切り取って論じることはまったく無意味である。もしも、養育という点において、両親と血縁関係のある実子とそうでない子の婚姻家族における価値や意味合いが異なるというのであれば、それについて被告は説明されたい。逆に言えば、今日において、両親と実子という婚姻家族形態に特別な価値や意味合いがあるためにそれ以外の家族形態について婚姻を利用させる必要が本来はない、ということができなければ

【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。

，被告の主張は成り立たない。

4 子の福祉の点から法律上同性どうしの婚姻の法制化は急務であること

（1）子の福祉のための同性婚法制化の必要性

婚姻の目的及び役割の一つが、生殖及び子の養育を保護することにあるのは原告らも同意しているものである。

訴状（訴状44頁以下）に挙げた婚姻に伴う具体的な権利・利益のうち、同居・協力・扶助義務、相続権、共同親権等は子の福祉に直接関わる権利・利益といえるし、その他の権利・利益についても、夫婦を保護する規定は、両親が法的に保護されることを通じて子の利益につながることから、子の福祉に資するものといえる。

また、婚姻の有する社会的承認の利益は、カップルの尊厳確保及び関係の安定性・永続性を支えるものであって、夫婦にとどまらず婚姻共同体である家族全体が享受する利益である。婚外子相続分差別事件最高裁判決（最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）が「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、再婚禁止期間最高裁判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁）もまた「国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透して」と述べるように、日本では、夫婦及びその間の子を含む婚姻共同体が一つの家族像として考えられ、こうした家族像を基盤として法律婚を尊重する意識が広く共有されてきたし、現在でも一定程度浸透している（婚外子相続

【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。

分差別事件最高裁判決の岡部喜代子裁判官補足意見参照）。このような状況下において、同性カップルは、婚姻制度から排除されているために婚姻したくてもできず、婚姻の有する社会的承認の利益を一方的に奪われている。自分たちは社会から承認されていない関係であって婚姻共同体に比べ劣っている関係であるという烙印に苦しみ、法的にも社会的にも不安定な生活を強いられている。この苦しみと困難は、同性カップルの間の子にも及ぶものである。したがって、婚姻の有する社会的承認の利益は、同性カップルの間の子の福祉に直結するものである。

以上からすれば、同性カップルの婚姻を認めないことは、同性カップルの間の子の利益を侵害し、その尊厳を傷つけるものであるから、婚姻の目的及び役割の一つである生殖及び子の養育の保護に立脚すれば尚更、法律上同性どうしの婚姻の法制化は必然であり急務なのである。

なお、生殖及び子の養育の保護は婚姻の目的及び役割の一つに過ぎず、子を産み育てないまたは産み育てることのできないカップルを否定するものではないのはこれまで述べたとおりである。また、日本社会において法律婚を尊重する意識が一定程度浸透していることは、婚姻共同体を優遇し、婚姻外共同体を冷遇することに合理性を与えるものではないことも念のため付言する（婚外子相続分差別事件最高裁判決は、そのような社会意識を前提にしても、個人の尊重の観点から婚内子と婚外子の法定相続分を区別する合理性はないと判断したものである。）。

（2）米国最高裁判決が子の福祉の観点から同性婚の法制化を認めたこと

【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。

以上述べたことは、連邦法における婚姻及び配偶者を男女間のものに限定して定義した婚姻防衛法（DOMA）第3条が、法の下での平等に反し違憲であるとした米国連邦最高裁2015年6月26日判決においても、次のとおり、明瞭に示されているものである。

「婚姻する権利を保障する第三の根拠は、婚姻する権利が子どもと家族を保護するからである。その意味で、婚姻する権利の意義は、関連する権利である子の養育、生殖及び養育の権利にも由来するものである。」

、「婚姻はまた、子の最善の利益にとって重要な永続性と安定性も提供する。」、「全当事者が同意しているとおおり、血縁の有無にかかわらず、子どもたちに愛情に満ちた養育にふさわしい家庭を多くの同性カップルが提供している。何十万人もの子どもたちが現在同性カップルによって育てられている。」、「子どもたちは、婚姻が与える承認、安定性及び予測可能性がない限り、自分の家族が他の家族に何らかの意味で劣っているという烙印に苦しむことになる。」、「本件で問題になっている各婚姻法は同性カップルの子どもたちを傷つけ、その尊厳を損なうものである。」、「なお、子どもを持たない者または、持てない者にとって婚姻する権利の意義が小さくなるというわけではない。生殖能力、生殖を行う希望または約束を有効な婚姻の条件とする州は現在ないし、今までにもない。既婚のカップルの生殖しない権利を保障した判例に鑑みると、当裁判所または州が、生殖能力または生殖する約束を婚姻する権利の条件にしているということとはできない。憲法上の婚姻の権利には多くの側面が

【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。

あり、子どもの養育はその一つの側面に過ぎない。」（甲A99, 100

・238頁ないし240頁）。

5 小括

以上、婚姻の役割及び目的のうち、生殖という点に限って考えても、法律上同性のカップルが婚姻制度から排除される言われはない。生殖の背後にある次世代の育成という観点から考えれば、同性カップルも問題なく「養育」を担うるとの科学的知見が膨大な実証的研究によって定説となり（甲A3の2 アミカス意見書反訳20頁以下）、現に多くの同性カップルが子育てをしている現実に照らせば、なおさら排除の理由はない。むしろ、婚姻の目的及び役割の一つである生殖及び子の養育の保護に立脚すれば尚更、法律上同性どうしの婚姻の法制化は必然であり急務である。同性カップルもまた、生殖及び養育を担う主体として、この社会に生活している事実を看過することは許されない。

以上