

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第6回期日（20210219）で提出された書面です。

平成31年（ワ）第1258号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟事件

原告 原告1 外5名

被告 国

**原告ら第7準備書面**  
**（被告第3準備書面に対する反論）**

2021年（令和3年）2月5日

大阪地方裁判所第11民事部合議1係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 大 畑 泰次郎

同 寺 野 朱 美

同 三 輪 晃 義

同 山 岸 克 巳

同訴訟復代理人

同 佐 藤 倫 子

同 宮 本 庸 弘

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

第 1	自己決定権に関する主張について	4
1	被告の主張	4
2	上記①の被告の主張について	4
(1)	被告の主張の前提に誤りがあること	4
ア	婚姻の自由が憲法 13 条の保障する自己決定権の発現の一つであること	4
イ	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という前提に誤りがあり、原告らの主張は、自己決定権を理由に憲法の要請に従って構築された法制度を越える新たな制度の創設を求めるものではないこと	5
(2)	被告の主張は、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ことを意味するものであること	6
3	上記②の被告の主張について	7
(1)	被告の引用する文献は被告の主張の裏付けとなっていないこと	7
(2)	社会情勢の変化により、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であるとの評価があてはまるような状況は存在しなくなっていること	8
第 2	婚姻制度の目的について	9
1	被告の主張	9
2	上記①の被告の主張について	9
(1)	「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」を裏付ける客観的根拠	9
ア	世帯構成の変化（甲 A 2 3 8 号証 2 2 頁）	10
イ	結婚に関する意識の変化（甲 A 2 3 8 号証 2 3 頁）	11
ウ	小括	11
(2)	生殖能力を有しない男女間の婚姻が法制度上肯定されたことは、被告が主張する婚姻制度の目的を否定するものであること	12
3	上記②の被告の主張について、嫡出推定制度に関する最高裁決定や報告書が原告らの主張の裏付けとはならないという被告の主張には理由がないこと	13

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第6回期日（20210219）で提出された書面です。

第3	本件規定の合理性について .....	14
1	被告の主張 .....	14
2	被告の主張は生殖能力を持たない者や生殖の意思のない者が夫婦として共同生活を営むことを否定するものであること .....	14
3	被告の主張は同性カップルを不合理に差別するものであること .....	15

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

原告らは、本準備書面において、令和 2 年 1 月 20 日付被告第 3 準備書面（以下「被告第 3 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 自己決定権に関する主張について

### 1 被告の主張

被告は、2020 年（令和 2 年）7 月 30 日付原告ら第 4 準備書面（以下「原告ら第 4 準備書面」という。）における原告らの主張について、

①「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、かかる法制度を越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」（被告第 3 準備書面 3 頁）と主張し、さらに、

②被告が被告第 2 準備書面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、生殖や子の教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という点を…明らかにしたうえで」、「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前提に変わりはない」という点を明らかにし、「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はない旨を明らかにすることにあると主張する。

### 2 上記①の被告の主張について

#### (1) 被告の主張の前提に誤りがあること

ア 婚姻の自由が憲法 13 条の保障する自己決定権の発現の一つであること

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第6回期日（20210219）で提出された書面です。

上記①の主張の前提として、被告は、原告らの「人が望む相手と意思の合致のみにより自立的に法律婚をなしうることは、多様な個人が人生のあり方に関わる重要なことがらについて自ら決定する行為そのものである。婚姻の自由は、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ものである」（訴状24頁）という主張に対して、「原告らが主張する内容の自己決定権が憲法13条によって保障されるとした最高裁判例はなく、同条が自己決定権を保障しているのか、仮に保障しているとして、どのような事項をどのような範囲で保障しているのかについても、必ずしも明らかではない」と反論する（被告第2準備書面10頁、被告第3準備書面3頁）。

この点については、原告らは、訴状20～24頁にかけて、憲法学における通説的地位にある文献を書証としたうえで（甲A14、甲A15）、「公権力の介入・干渉を受けずに自ら決定する権利」である「自己決定権」が幸福追求権（憲法13条）のはたらきによって憲法上の権利に高められた権利であることを述べた上で、詳細に婚姻の自由が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ことについて論述しているのに対し、被告は単に原告らが主張する内容の自己決定権が憲法13条によって保障されるとした最高裁判例がないという点を述べるのみであって、原告らの主張の内容に対し実質的な反論は一切なされていない。

このように、被告の上記主張は、実質的な裏付けを一切欠くものであり、原告らの主張に対する反論となりえない。

**イ 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という前提に誤りがあり、原告らの主張は、自己決定権を理由に憲法の要請に従って構築された法制度を越える新たな制度の創設を求めるものではないこと**

上記①の主張の前提として、被告は、「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構築されたものであって、その法制度の枠を越

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

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」としたうえで、「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」、「かかる法制度を越える上記の新たな制度の創設を求める権利が憲法 1 3 条における自己決定権に含まれるものではない」と主張する（被告第 2 準備書面 1 0 頁，被告第 3 準備書面 3 頁）。

しかし、この点については、憲法 2 4 条 1 項による婚姻の自由の保障は同性の相手と婚姻する自由を含むことは既に原告らが主張のとおりであるから（原告ら第 4 準備書面 6 頁～2 1 頁），同条 2 項が「男女間での結合としての婚姻制度の構築を要請する」ものでないことは明らかである。

したがって、「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」という被告の主張には前提において誤りがあり、被告の主張は失当である。原告らの主張は婚姻の自由の憲法上の保障の根拠として憲法 2 4 条 1 項を挙げた上で、その保障の背後に憲法 1 3 条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利があると観念することができる旨を主張するものであるから（原告ら第 4 準備書面 3 0 頁），原告らの主張は、自己決定権を理由に憲法の要請に従って構築された法制度を越える新たな制度の創設を求めるものではない。

**（2）被告の主張は、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ことを意味するものであること**

そもそも、異性間の婚姻を前提とする現行の婚姻制度が憲法上の要請に従ったものであるとする被告の主張は、つまるところ憲法 2 4 条 1 項の「両性」という文言に依拠するものである（被告第 2 準備書面 1 0 頁）。

この点、憲法制定時において「婚姻」という場合には異性（男女）間の婚姻が念頭に置かれていたことは特に争うものではないが、憲法 2 4 条 1 項が憲法制定時における「婚姻」の意味を固定化したものでないこと（原告ら第 4 準備書面 1 0 ～1 1 頁），婚姻の意義等に関する社会状況の変化を踏まえれば婚姻

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

から同性間の婚姻が排除されるものと解すべき理由はもはや存在しないこと（原告ら第 3 準備書面 3 1～3 6 頁）は、既に原告らが主張しているとおりである。

被告の主張は、同性間の婚姻が想定されていなかった憲法制定時の文言を根拠に現行の婚姻制度が憲法の要請に従って構築されたものであるとして、同性間の婚姻を求めることは憲法の要請に従って構築された法制度を越えるものであるとするものであるが、かかる主張は、結局のところ、社会状況の変化によりもはや成り立つ余地のない憲法制定時に念頭に置かれた「婚姻」の意味を、現行法律上の婚姻制度が異性間の婚姻を前提としていることを理由に固定化するものであり、「（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」（原告ら第 3 準備書面 6 頁）ことを意味するものと解するほかない。

このように、原告ら第 4 準備書面 6 頁で述べたとおり、被告の主張は「（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」とするものであり、不合理というほかない。

### 3 上記②の被告の主張について

#### （1）被告の引用する文献は被告の主張の裏付けとなっていないこと

上記②の主張は、婚姻制度について、「婚姻は、伝統的に、生殖と密接に結びついて理解されてきており、それが異性間のものであることが前提とされてきた」こと（被告第 2 準備書面 3 頁）、「明治民法における婚姻は、我が国の従来慣習を制度化してのものであり、男女間のものであることが前提とされていた」こと（被告第 2 準備書面 4 頁）を前提に<sup>1</sup>、現行民法制定時および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主張するものと解される。

---

<sup>1</sup> このような前提が誤っていることは、原告準備書面 4・22～27 頁で述べたとおりである。

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

しかし、被告第 2 準備書面 6 頁以下で引用されている文献をみると、渋谷秀樹「憲法 第 3 版」、長谷部恭男「憲法 第 7 版」は、単に憲法の文言から同性間の婚姻を異性間の婚姻と同程度に保障するものとは解されないという解釈を述べているだけであり、婚姻についての伝統的理解とは何ら関連しないものであるため、少なくともこれらの文献は、被告の主張の裏付けとなるものではない。むしろ、渋谷教授や長谷部教授は、被告が引用している文献や他の文献において、被告の主張するような生殖と結びついた伝統的な婚姻についての理解が見直されていること、憲法 24 条が典型的でない家族像を否定するものではないということに言及している（原告ら第 4 準備書面 12 頁～13 頁）。

そもそも、学説においても 1980 年代頃から同性間の婚姻に関する議論が見られるようになったことは既に主張のとおりであり（原告ら第 3 準備書面 14 頁以下）、被告が引用する文献の記載から、「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」などと評価することは到底できない。

このように、被告の引用する文献は、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の被告の主張を裏付けるものではない。

## **（2）社会情勢の変化により、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的であるとの評価があてはまるような状況は存在しなくなっていること**

この点を措いても、既に主張のとおり、2016 年（平成 28 年）以降の各種世論調査において同性間の婚姻を認めることへの賛成が多数を占めており、諸外国の立法のすう勢や世論、各種の立法提言等を背景として 2019 年（令和元年）6 月 3 日には同性間の婚姻を法制化するための具体的な法律案が国会に提出されるまでに至っていることからすれば、「婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的である」という評価があてはまるような状況が存しないことは明らかである（原告ら第 4 準備書面 34～35 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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

## 第 2 婚姻制度の目的について

### 1 被告の主張

①被告は、原告らの、「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、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いう理解の正当性を強化するとの主張に対し、「そもそも原告らのいう『社会状況の変化』を基礎付ける客観的な根拠は示されていない」、「現行の婚姻制度は、生殖の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はない」と主張する（被告第 3 準備書面 7 頁）。

また、②被告は、原告らの「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」との主張に対し、原告がかかる主張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 卷 9 号 1847 頁)および「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 225 号証)について、「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も、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」と反論する（被告第 3 準備書面 8 頁）。

### 2 上記①の被告の主張について

(1) 「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」を裏付ける客観的根拠

上記①の被告の主張について、原告らは既に、2020年（令和2年）11

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第6回期日（20210219）で提出された書面です。

月10日付原告ら第5準備書面（以下「原告ら第5準備書面」という。）25頁において、「規範意識として婚姻と生殖・子育ての結びつきは相対的に低下ないし弱くなっており、生殖・子育ての重要性は低減していると評価することができる。むしろ婚姻は、人々の多様な個人的利益を保障するものと捉えられている。」と主張している。かかる主張の基となる二宮周平教授の意見書（甲A238号証）では、17～26頁にかけて、「婚姻制度の意義・目的と生殖・子育ての関連性」として、「規範意識として婚姻と生殖・子育ての結びつきは相対的に低下ないし弱くなっており、生殖・子育ての重要性は低減していると評価することができる。」理由を詳細に説明しているが、以下では念のため、「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」を裏付ける客観的根拠のうち、主要なものを提示する。

#### ア 世帯構成の変化（甲A238号証22頁）

5年毎になされる国勢調査による世帯構成では、「夫婦と子から成る世帯」が46.1%（1970年）から26.9%（2015年）、三世代同居など「その他の世帯」が25.8%から9.4%と著しく減少し、それに代わって「単身世帯」が10.8%から34.6%と最多になり、「夫婦のみ世帯」が11.0%から20.1%、「ひとり親と子から成る世帯」が6.4%から8.9%となっている。離婚は年間約21万件、婚姻件数に占める再婚の割合は26%を超え、離婚・再婚は日常化し、親の離婚を経験する未成年子は、毎年20万人を超える。専業主婦世帯は、1980年には1114万世帯だったが、2017年には641万世帯にほぼ半減した。シングル、事実婚、LGBTや親密な関係にある人の共同生活など、少数であってもライフスタイルの多様化が顕在化している。他方で、50歳時の未婚率（生涯未婚率）を見ると、男性では1.7%（1970年）から23.4%（2015年）、女性では3.3%から14.1%に著しく上昇している。

このように、「夫婦と子から成る世帯」の割合が著しく減少し、「夫婦のみ世

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第6回期日（20210219）で提出された書面です。

帯」の割合が大きく上昇するなど、家族の在り方は近年大きく変動しているものであり、このような変化が「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」を裏付けるものであることは言うまでもない。二宮周平教授も、このような家族の在り方の変化などをふまえ、「社会が婚姻に期待する意義や目的を、生殖・子育てに求めることは一面的に過ぎるように思われる。」と述べている。

#### イ 結婚に関する意識の変化（甲A238号証23頁）

NHK「日本人の意識調査」（2018年）によると、「結婚したら、子どもをもつのが当たり前だ」は54%（1993年）から33%に減少し、「結婚しても、必ずしも子どもをもたなくてよい」は40%（1993年）から60%に増加している（甲A239—50）。

また、国立社会保障・人口問題研究所「第6回全国家庭動向調査」（2018年）によると、「夫婦は子どもを持ってはじめて社会的に認められる」は、35.8%（2008年）から24.7%（2018年）に減少している。妻の年齢別に見ると、40代15.7%、30代9.9%、20代7.8%であり、若い世代ほど、賛成の者が著しく少なくなる。

このような意識の変化は、「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」を端的に裏付けるものである。二宮周平教授も、このような家族の在り方の変化などをふまえ、「結婚すれば子どもをもつことを当然とし、夫婦としての社会的承認に結びつける規範的な意識が希薄になっていることを示している。」と述べている。

#### ウ 小括

このような調査結果などを基に、二宮周平教授は、「規範意識として婚姻と生殖・子育ての結びつきは相対的に低下ないし弱くなっており、生殖・子育ての重要性は低減していると評価することができる」としたうえで、「現在、婚姻を男女間に限定する合理的根拠は存在しない」と結論付ける（甲A238号証2

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

5・26 頁)。このように、「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」が存在することは明白  
である。

## **(2) 生殖能力を有しない男女間の婚姻が法制度上肯定されたことは、被告が主張する婚姻制度の目的を否定するものであること**

上記①における「現行の婚姻制度は、生殖の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  
ったものではない」との反論は、原告らの主張の趣旨を正解しないものである。

ここで重要なことは、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律が  
4 条 1 項において、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、民法（明治二十  
九年法律第八十九号）その他の法令の規定の適用については、法律に別段の定  
めがある場合を除き、その性別につき他の性別に変わったものとみなす」とし、  
生殖能力を有しないことが明らかな性別の取扱いの変更の審判を受けた者につ  
いての婚姻を明示的に認めたことである。

仮に、被告が主張するように、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  
ことにあるのであれば、性別の取扱いの変更の審判を受けた者は生殖能力を有  
しないことが法制度上明らかなのであるから、性同一性障害者の性別の取扱い  
の特例に関する法律を制定する際に、性別の取扱いの変更の審判を受けた者につ  
いての婚姻は認めないとするのが合理的である。被告は、「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、その目的をある程度抽象的・定型的に  
捉えざるを得」ないとも主張するが（被告第 2 準備書面 2 1 頁）、新たな立法に  
より、生殖能力を有しないことが明らかな者についての婚姻を認めることは被  
告の主張する婚姻制度の目的に真っ向から反するものといわざるを得ない。

そうであるにもかかわらず、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する  
法律が生殖能力を有しないことが明らかな性別の取扱いの変更の審判を受けた

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第6回期日（20210219）で提出された書面です。

者についての婚姻を明示的に認めたことは、被告の主張する婚姻制度の目的が誤っていることを明確に裏付けるものである。

### 3 上記②の被告の主張について、嫡出推定制度に関する最高裁決定や報告書が原告らの主張の裏付けとはならないという被告の主張には理由がないこと

上記②の被告の主張は、原告らの引用する記載が「いずれも嫡出推定制度に関するものであ」ることから、原告らの引用する記載が「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」という原告の主張の裏付けにはならないとの主張と思われるが、なぜ嫡出推定制度に関する記載であることから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いると解することができないのか、その論理は不明である。

そもそも原告らの主張は、被告が婚姻制度の目的に関し、「夫婦がその間に生まれた子どもを産み育て〔る〕」ことを一体として論じている」ことに対して、生殖と養育を区別すべきであると主張するものである（原告ら第4準備書面41頁）。そして、嫡出推定について定めた民法772条は、「子に適切な父親を与えること」という子の養育の観点に主眼を置いた目的を持つ規定であり<sup>2</sup>、上記最高裁決定は、「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」としたものであるから、上記最高裁決定は、子の養育の観点から、生殖可能性（血縁関係）の有無と父子関係

---

<sup>2</sup> 中川善之助・米倉明編『新版注釈民法（23）親族（3）』（甲A308）152頁（高梨公之・高梨俊一執筆部分）

最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷決定における木内道祥裁判官の補足意見も、「子の立場からみると、民法772条による嫡出推定は父を確保するものであり、子の利益にかなうものである」としている。

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

の法的確定の問題を分離するものと評価することができる<sup>3</sup>。

また、「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」についても、上記のように子の養育の観点に主眼を置いた嫡出推定制度に関連して、生殖に基づく生物的な親子関係と、家庭の平和や子の利益等の考慮をも含む法的な親子関係の確定の問題とが区別して論じられるべき問題であることを明らかにしているのであるから（原告ら第 4 準備書面 4 2 頁～4 3 頁）、原告らの「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」であるとの主張の裏付けとなることは明らかである。

### 第 3 本件規定の合理性について

#### 1 被告の主張

被告は、民法の婚姻制度の目的を「夫婦がその間に生まれた子供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」としたうえで（被告第 2 準備書面 2 1 頁）、「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は合理性が認められる」と主張する（被告第 3 準備書面 1 0 頁）。

#### 2 被告の主張は生殖能力を持たない者や生殖の意思のない者が夫婦として共同生活を営むことを否定するものであること

しかしながら、被告の主張を前提とすると、生殖能力を持たない者や生殖の意思のない者の婚姻については、婚姻制度の本来の目的と相反するものであるが、婚姻制度の目的が抽象的・定型的に捉えざるを得ないことから、やむなく婚姻の成立を認めざるを得ないという帰結になると考えざるを得ない。また、被告の主張を前提とすると、これらの者に婚姻が認められているのは基準の明

---

<sup>3</sup> この点について、寺田逸郎裁判官の補足意見は、「血縁関係による子をもうけ得ない一定の範疇の男女に特例を設けてまで婚姻を認めた以上は、血縁関係がないことを理由に嫡出子を持つ可能性を排除するようなことはしない」と述べる。

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第 6 回期日（20210219）で提出された書面です。

確性という立法的判断の帰結であり、これらの者の婚姻を法的に禁止する立法をすることも合憲という帰結になる。

このような被告の主張は、生殖能力を持たない者や生殖の意思のない者が夫婦として共同生活を営むことについて否定的評価を下すものであり、このような主張が正当化できないことは論を待たない。

### 3 被告の主張は同性カップルを不合理に差別するものであること

そもそも、「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 2 準備書面 2 1 頁）」という被告の主張は、なぜ家族に関する基本的な制度については目的をある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ないのか、目的を抽象的・定型的に捉えるとはどのような意味なのか、という点において不明瞭な主張といわざるを得ない。被告は、「夫婦がその間に生まれた子供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、異性間のカップルについてはその能力や意思があるかどうかを問わずに婚姻を認められている。被告がいうところの「抽象的・定型的」とは、異性間カップルには上記の婚姻制度の目的が問われることなく婚姻が認められているという矛盾を説明するための方便に過ぎない。

結局のところ被告の主張は、異性間については生殖能力を問題とすることなく婚姻の成立を認める一方で、同性間においては夫婦がその間に生まれた子供を産み育てるといふ婚姻制度の目的を持ち出して婚姻の成立を認めないものであり、同性カップルを不合理に差別するものである。

この点について、台湾の司法院大法官 2017 年 5 月 24 日解釈（甲 A 10 1-1, 同 2）は、「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

【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」関西訴訟（大阪地裁）・第6回期日（20210219）で提出された書面です。

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はできないが、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。故に後代を継続させることができないことをもって、性別を同じくする両名に結婚させないというのは、明らかに非合理的差別的取扱いである」（4頁）とするところである（なお、この台湾の司法院大法官解釈については、引き続き、原告ら第8準備書面にて詳述することとする）。

以上