

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

令和元年(ワ)第2827号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟事件

原告 原告番号1(こうすけ)、原告番号2(まさひろ)

被告 国

原告ら第5準備書面

2020(令和2)年10月9日

福岡地方裁判所 第6民事部合議B係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士	安孫子健輔	石井謙一
	石田光史	井上敦史
	入野田智也	岩橋愛佳
	緒方枝里	太田千遥
	久保井撰	郷田真樹
	後藤富和	鈴木朋絵
	武寛兼	徳原聖雨
	西亜沙美	埴愛恵
	原田恵美子	森あい
	渡邊陽	吉野大輔
	永里佐和子	仲地彩子
	藤井祥子	藤木美才
	富永悠太	

上記当事者間の頭書事件について、原告らは、以下のとおり口頭弁論の準備をす

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。
る。

記

第1 本準備書面の目的

本準備書面では、被告第2準備書面「第2 本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと」に対する反論を行う。同書面「第1 現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について」に対する反論等については、原告らの主張とともに追って提出する予定である。

第2 憲法上婚姻の自由が保障されていないとする被告主張の誤り

1 被告の主張

被告は、「憲法24条1項が同性婚を想定しておらず、これ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」とし、「憲法24条が、異性間の婚姻についてのみ明文で規定して法制度の構築を要請している以上、その帰結として、異性間の法律婚についてのみ制度化され、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うることは当然に予期されることであるから、憲法全体について整合性のある解釈をすれば、憲法は、異性間の法律婚のみが制度化され同性婚が制度化されていないことが憲法の他の条項に抵触する余地がないことを当然の前提としているということになる」（被告第2準備書面8頁～9頁）と主張して、そのような主張の根拠として、最大判昭和33年10月15日刑集12巻14号3305頁（以下「昭和33年大法廷判決」という。）を挙げている。

2 婚姻の自由が憲法13条及び24条1項により保障されること

しかし、婚姻の自由が「家族の形成・維持にかかわる事柄」として、憲法13条及び24条1項で保障されることは、すでに原告が主張するところである（訴状10頁～12頁）。

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

被告の主張は、婚姻の自由が憲法上保障されないことを前提とするもので、そもその前提に誤りがある。

第3 憲法24条が同性婚を保障していないから14条1項に違反すると解する余地はないとする被告主張の誤り

1 はじめに

前記第2第2項の点を仮に措くとしても、「憲法24条が、異性間の婚姻についてのみ明文で規定して法制度の構築を要請している以上、その帰結として、異性間の法律婚についてのみ制度化され、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うることは当然に予期されることである」として、憲法14条1項に違反する余地はないとする被告の主張は、やはり誤っている。

2 昭和33年大法院判決の趣旨

(1) 昭和33年大法院判決の実質的根拠

昭和33年大法院判決は、

「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によつて差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである。それ故、地方公共団体が売春の取締について各別に条例を制定する結果、その取扱に差別を生ずることがあつても、所論のように地域差の故をもつて違憲ということとはできない。」 (下線筆者)

と判示する。

この判示につき、同判決の調査官解説(吉川「判解」最判解刑事篇昭和33年度(甲A133)676頁)は、「地方公共団体は、それぞれその地方の実情、民度などを勘案していわゆる売春条例を設けるかどうかを決するのであつて、これを制定する場合においても、条例の罰則に規定された刑の種類、その高低が各地方公共団体を通じて画一的なものではなく、その地域を異にするこ

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

とにより差異を生ずることは、地方自治の本旨(括弧内省略)にもとづくものであり、憲法及び地方自治法の予期しているところであるから、これを目して不合理な差別的取扱であるとはいえないものと考えられる。」(下線筆者)としている。

憲法が各地方公共団体に条例制定権を認め、それによる刑罰の取扱いがその地域を異にすることにより差異を生ずることは、憲法自らが定める地方自治の本旨に基づくものというのだから、憲法は、地域により差異が生じうることは当然に認識しており、それを認めていると言える。昭和33年大法廷判決は、この点を、憲法が当然に予期し、みずから容認するところと述べているのであって、本判決の実質的根拠はここにあるというべきである。

(2) 憲法の他の条項と平等原則

同様のことは、憲法の他の条項についても指摘できる。

例えば、天皇の地位を「世襲」とした憲法2条は、皇族以外の者に皇位継承権を認めないと解される規定であり、皇族とそれ以外の者との差異を生じさせているが、天皇制及び天皇の世襲制を定める以上、憲法自体が、このような差異が生じることを当然認識し、それを認める趣旨であることは明らかである。また、憲法45条及び46条は、衆参両院の議員任期について差異を生じさせているが、これも、国会に異なる性質の院を設けるという趣旨によりこのような制度を定める以上、憲法自体が、このような差異を生じることを当然認識し、それを認める趣旨であることは明らかである(木村草太教授意見書(甲A134)10~11頁)。

したがってこれらの条項については、昭和33年大法廷判決の射程内であり、平等原則違反には問われないと考えられる。

(3) 小括

このように、昭和33年大法廷判決は、憲法が当該条項を定めた趣旨・目的等からして、憲法自体がそれにより差異が生じることを当然認識し、それを認

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

める趣旨であると考えられる場合について、そのような「差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところである」と判示したのであって、当該条項が定められた趣旨・目的等を抜きに検討することはできない。

3 憲法24条の趣旨・目的からして、同条が本件別異取扱いを「当然に予期」し「みずから容認」しているとはいえないこと

(1) はじめに

それでは、憲法24条が、本件訴訟における別異取扱い（異性同士のカップルは法律上の婚姻が可能であるが、同性同士のカップルは法律上の婚姻ができない。）が生じることを「当然に予期」し「自ら容認」していると言えるか。

この点を考えるには、前記のとおり、憲法24条の趣旨・目的等を検討する必要がある。

(2) 憲法24条の趣旨・目的

ア 大日本帝国憲法及び明治民法における「婚姻」の規定

大日本帝国憲法は、第2章「臣民権利義務」として第18条から第32条までを規定していたが、この中に婚姻についての規定はなく、婚姻に関する憲法上の規律は当時存在しなかった。

明治民法（民法附則（昭和22年12月22日法律第222号）第3条にいう「旧法」のことをさす、以下同じ）は、「家」制度をとり、婚姻について戸主の同意を要件としたほか（明治民法750条1項）、男は満30歳、女は満25歳に達するまでは、父母の同意も要件であった（同772条1項）。妻は婚姻により夫の家に入ることとされ（同788条1項）、同居義務についても、妻の義務として規定され、夫は妻を同居させることとされていた（同789条1項・2項）。夫婦財産制についても、夫が妻の財産を管理することとされ（同801条1項）、妻は夫の許可なく借財や訴訟行為ができない等、準禁治産者と同じ扱いを受けていた（同14条1項、同12条1項）。このように、明

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

治民法下においては、「家」制度の下、戸主の権利を規定し、妻は夫と対等の扱いを受けていなかった。

他方で、明治民法においても、婚姻当事者が異性同士でなければならないという規定は明示的には存在せず、また、婚姻当事者が同性同士であることが婚姻の無効事由や取消事由として規定されているということもなかった(同778条~787条参照)。

イ 憲法24条の制定過程

憲法24条は、①GHQ民政局のベアテ・シロタ・ゴードンの起草によるいわゆるシロタ草案18条、②シロタ草案を受けて1946(昭和21)年2月13日に日本政府に提示されたGHQ草案23条、③GHQ草案に基づいて日本政府が起草しGHQに提示した同年「3月2日案」37条、④GHQとの交渉を経て作成された同年「3月5日案」22条、⑤同年4月17日に発表された口語化憲法改正草案22条、⑥同年6月20日に帝国議会に提出された帝国憲法改正案22条を経て、帝国議会での審議を経て制定されたものである。現行の憲法24条に至るまでの条項の変遷は、以下のとおりである。

① シロタ草案18条

「家庭は、人類社会の基礎であり、その伝統は、善きにつけ悪しきにつけ国全体に浸透する。それ故、婚姻と家庭とは、法の保護を受ける。婚姻と家庭とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然であるとの考えに基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく両性の協力に基づくべきことを、ここに定める。

これらの原理に反する法律は廃止され、それに代わって、配偶者の選択、財産権、相続、本居の選択、離婚並びに婚姻および家庭に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定されるべきである。」(甲A135、原文について甲A136)

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

② GHQ草案23条

「家族ハ人類社會ノ基底ニシテ其ノ傳統ハ善カレ悪シカレ國民ニ滲透ス婚姻ハ男女兩性ノ法律上及社會上ノ争フ可カラサル平等ノ上ニ存シ兩親ノ強要ノ代リニ相互同意ノ上ニ基礎ツケラレ且男性支配ノ代リニ協力ニ依リ維持セラルヘシ此等ノ原則ニ反スル諸法律ハ廢止セラレ配偶ノ選擇、財産權、相續、住所ノ選定、離婚竝ニ婚姻及家族ニ關スル其ノ他ノ事項ヲ個人ノ威嚴及兩性ノ本質ニ立脚スル他ノ法律ヲ以テ之ニ代フヘシ」^{*1}

③ 「3月2日案」37条

「婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ、且夫婦ガ同等ノ權利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキモノトス。」^{*2}

④ 「3月5日案」22条

「婚姻ハ男女相互ノ合意ニ基キテノミ成立シ、且夫婦ガ同等ノ權利ヲ有スルコトヲ基本トシ相互ノ協力ニ依リ維持セラルベキモノトス。

配偶ノ選擇、財産權、相續、住所ノ選定、離婚竝ニ婚姻及家族ニ關スル其ノ他ノ事項ニ關シ個人ノ威嚴及兩性ノ本質的平等ニ立脚セル法律ヲ制定スヘシ。」^{*3}

⑤ 口語化憲法改正案22条

「婚姻は、両性の合意に基いてのみ成立し、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。

*1 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/076shoshi.html>) 参照。

*2 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/086shoshi.html>) 参照。

*3 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/03/089shoshi.html>) 参照。

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

配偶者の選擇、財産權、相續、住所の選定、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、個人の權威と兩性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」^{*4}

⑥ 帝国憲法改正案 22 条

「婚姻は、兩性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の權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。

配偶者の選擇、財産權、相續、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、個人の權威と兩性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」^{*5}

以上のような条項の変遷をみると、③「3月2日案」37条から⑤口語化憲法改正案22条までは、「兩性の合意に基いてのみ」という語順であったが、⑥帝国憲法改正案22条では、「兩性の合意のみに基いて」と「のみ」の位置が修正されている。帝国議会での審議では「この『のみ』の位置に依りまして、解釈の範囲が大分違いはしないか」との質問に対して、司法大臣は、「承知の通り只今の民法の建前と致しましては、或る一定の年限に達しないものには、或は戸主の同意を要する、或は親権者の同意を要すると云う非常な制限を設けてあるのであります。そう云う強い意味の制限はこれを排除して、兩性の合意だけで成立させようと云う趣意であります」と答弁している(甲A137)。

ウ 憲法24条の制定と応急措置法

*4 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/099shoshi.html>) 参照。

*5 国立国会図書館ウェブサイト「日本国憲法の誕生」のページ

(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/04/117shoshi.html>) 参照。

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

憲法24条の制定を受けて、日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律(以下「応急措置法」という。)が制定された。応急措置法は、「日本国憲法の施行に伴い、民法について、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚する応急的措置を講ずることを目的」とし(第1条)、婚姻や家族に関して、次のように規定した。

第2条 妻又は母であることに基いて法律上の能力その他を制限する規定は、これを適用しない。

第3条 戸主、家族その他家に関する規定は、これを適用しない。

第4条 成年者の婚姻、離婚、養子縁組及び離縁については、父母の同意を要しない。

第5条 夫婦は、その協議で定める場所に同居するものとする。

2 夫婦の財産関係に関する規定で両性の本質的平等に反するものは、これを適用しない。

3 配偶者の一方に著しい不貞の行為があつたときは、他の一方は、これを原因として離婚の訴を提起することができる。

このように憲法24条を受けて制定された応急措置法の内容をみても、「家」制度の廃止と夫に比した妻の平等取扱いが目指されたことが明らかであり、他方で、同性同士を当事者とする婚姻についての取扱いについては、明治民法から現行民法への改正前後を通じて何ら触れられておらず、憲法24条を受けて取扱いが変化した事実はない。

エ 小括

以上からすれば、憲法24条は、戸主の同意等を排除して「合意のみ」による婚姻を目指して制定されたものといえる。

他方で、憲法24条の制定経緯において、同性婚について何らかの議論がな

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

された形跡は全くなく、当時同性愛は「変態性欲」「病理」であるとされ(訴状7、8頁)、現在では同性婚が制度化されている諸外国においても当時はこれを制度化している国は皆無であったことなどからすれば、憲法は、同性婚の制度化及びその可能性(さらにいえば、同性婚というものの存在自体)について、全く念頭になかったと考えられる。

(3) 憲法が24条が14条1項の審査を排除しているとは考えられないこと

このような憲法24条の趣旨及び制定経緯等からして、憲法24条が、異性婚と区別してあえて同性婚に言及せずにおくことで、異性婚が制度化され同性婚だけが制度化されないという区別が生じることを自ら認識し、認めていたということは、全くあり得ない。憲法は、このような差異が生ずることを「当然に予期」などしておらず、したがってこれを「みずから容認」していない。

憲法制定後、同性愛は精神障害や病理ではないとされ、差別は許されないと認識されるようになり、多数の諸外国において同性婚が制度化されるに至っている。このような事態は、憲法がその制定当時には念頭に置いていなかったことである。そして、このような変化の中でなお同性婚を制度化しないことが憲法14条1項に反しないかが問われることは当然のことであって、憲法24条がこの平等原則による審査を排除しているとは到底考えられない。

4 被告主張の誤り

(1) 被告は、「特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、憲法の他の規範と照らし合わせて、整合性のある解釈をしなければならない」とし、「憲法24条が、異性間の婚姻についてのみ明文で規定して法制度の構築を要請している」と主張している。

しかしながら、前記のとおり、憲法24条が要請したのは、婚姻の要素から戸主の同意等を排除して当事者の「合意のみ」とすることであって、同性間の婚姻に関して何らかの評価をしたものではない。したがって、「憲法24条が異性間についてのみ明文で規定している」ことを根拠に、「差異の生じること

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

は憲法自ら容認するところである」と主張することには実質的な根拠がない。

憲法24条の趣旨及び制定経緯等からして、本件訴訟には昭和33年大法廷判決の射程は及ばず、被告の主張は失当というべきである。

(2) さらに言えば、最高裁判所は、家族制度や性別に関する事項については、性別の取り扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等の応じて変わり得るものであることから、同事項に関する規定の憲法適合性については、個人の尊厳や法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならないことを繰返し言及している。

具体的には、非嫡出子相続分規程違憲事件(最高裁判所大法廷平成25年9月4日決定)において、「法律婚主義の下においても、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分をどのように定めるかということについては、前記2で説示した事柄を総合的に考慮して決せられるべきものであり、また、これらの事柄は時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。」と述べ、また、性同一性障害特例法合憲事件(最高裁第二小法廷平成31年1月23日決定)において、「本件規定は、当該審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくものと解される。これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取り扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要するものというべきである」と述べている。

被告の「憲法24条が異性間の婚姻についてのみ明文で規定して法制度の構築を要請している」という主張は、「特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、憲法の他の規範と照らし合わせて整合性のある解釈をしなければならない

【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】

「結婚の自由をすべての人に」九州訴訟(福岡地裁)第4回期日(20210510)で提出された書面です。

」と述べるにもかかわらず、単に憲法24条の「両性」の文言に固執しているに過ぎない。性別の取り扱いや家族制度の理解に関する社会的状況が激しく変化している現代社会において、あまりにも硬直した解釈であり、個人の尊重及び個人の尊厳(13条、24条2項)、法の下での平等(14条、24条2項)を定める憲法に照らして、本件規定の憲法適合性を不断に検討し、吟味することを放棄するに等しい姿勢である。かかる被告の主張は、近年の家族制度や性別に関する事項に関する上記最高裁判決の流れに反し、誤っている。

5 学説においても平等原則の射程外とは解されていないこと

学説においても、木村草太教授の前記意見書(甲A134)が明確に14条1項違反としているほか、例えば宍戸常寿教授は、「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。」と指摘している(甲A138)。

このように、学説においても14条1項(平等原則)の射程外であるとは解されておらず、被告主張が誤りであることは明らかである。

6 結語

以上のとおり、被告の主張は失当である。

以 上