

【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)提出の書面です。

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8準備書面

2021(令和3)年4月28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	富永悠太
	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

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る。

【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)提出の書面です。

## 目 次

第1	はじめに	3
第2	被告第2準備書面第1「現行の婚姻制度の由来, 沿革, 趣旨, 目的等について」に対する認否	3
1	「1 婚姻制度についての伝統的な理解について」に対する認否	3
2	「2 明治以来, 現行の民法に至るまでの婚姻制度の由来, 沿革, 趣旨, 目的等について」に対する認否	7
第3	婚姻制度の目的は「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」ではないこと	10
1	被告の実質的な主張内容	10
2	被告主張に対する反論	12
3	婚姻制度の目的	17
4	まとめ	20
第4	被告主張の大きな誤り	
	～同性カップルが「子をもつ」「子を育てる」こと～	20
1	はじめに	20
2	同性カップルが「子を育てる」こと - 連れ子養育	21
3	同性カップルが「子をもつ」こと - 生殖補助医療等による妊娠出産	22
4	同性カップルによる子育ての希望と広がり	25
5	小括	27
第5	結語	28

【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)提出の書面です。

## 記

### 第1 はじめに

被告第2準備書面第1は、「現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等」について述べるとした上で、結語において、「婚姻は、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ており、我が国においても、明治民法が制度化した婚姻は男女間の結合を前提としたものであり、そこでは同性婚の存在は想定されていなかった。」とする。ただ、これだけでは、「だから、何なのか」という、被告主張の言わんとするところが見えてこない。

この点、本件と同種の訴訟が札幌・東京・名古屋・大阪の各地裁に係属しているが（札幌地裁においては本年3月17日に判決があり、その後原告側が控訴している。）、本訴訟における被告第2準備書面は、それら他地裁訴訟において提出された被告第2準備書面における記載が一部記載されておらず、その省略された部分に、被告主張の核心と思われる主張が記載されている。被告の主張は、本訴訟における第2準備書面第1で記載されていることに留まるのではなく、これも踏まえて初めて完結するものであり、反論も、そこまで含めて反論しないと、かみ合った議論にならない。

そこで本書面では、被告第2準備書面第1に対して認否・反論した上で、被告が同部分に引き続いて他地裁訴訟で述べている主張を紹介し、これに対しても反論を行うこととする。

### 第2 被告第2準備書面第1「現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について」に対する認否

#### 1 「1 婚姻制度についての伝統的な理解について」に対する認否

##### (1) 第1段落について

ア 被告が引用する文献(書証)に被告の引用する記述があることは認める。

【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)提出の書面です。

同段落の最後に、被告の主張として、「伝統的に、婚姻は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。」とまとめられているが、「伝統的」とか、「前提とされてきた」などという語は、いつから、いつまでのこととして述べているのか、はっきりしない。人類史において結婚という文化が生じたそもそもの由来として、その根底に生殖という性関係が存在した、という趣旨であれば、大きく争うものではないが、これを超えて、現在までこのとおりである、という趣旨であるならば、争う。

イ 被告が引用する乙1・178頁には、確かに引用の文章はあるが、それに続く文章は、以下のとおりである。

「しかし、現在では、夫婦が子を生み育てることは、夫婦に生殖能力があっても、避妊や墮胎により親とならない自由がある。生殖能力のない夫婦もまた婚姻法上の保護を受けうる。性関係をもつことさえ夫婦の必要条件とはいえない。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。・・・

(中略)・・・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。・・・(中略)

・・・個人の利益を否定するに足る合理的根拠ある強力な国家的ないし社会的利益が存在しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されなくなる。伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた、婚姻は男女の結合でなければならないという命題も、必ずしも当然に合理的根拠があるとはいえなくなる。」

「婚姻が当事者に与える法的・経済的利益としては、夫婦相互の扶養の権利、夫婦財産上の権利、配偶者相続権、離婚給付の権利、社会保障法上の各種の受給権、税法上の特典など、婚姻身分に伴う各種の財産上の利益

【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)提出の書面です。

があり、心理的・社会的利益としては、夫婦の人間関係の安定、情緒的満足、社会生活上の地位の強化などがある。個人がこれらの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いう形で、問題が提起されることになる。」

すなわち、被告引用部分は、かつてはそのように理解されていた、という限りの趣旨であり、当該項目全体としては、そのようなかつての婚姻観が現在では崩れてきている、というのが論旨である。

ウ 被告が引用する乙1・157頁には、確かに引用の文章はあるが、このうち、「婚姻はつねに親子関係を予定し」という部分は、執行嵐＝有地亨「婚姻と社会統制」(『家族問題と家族法Ⅱ』61～62頁)の孫引きであるところ、ここは、有史以来人類には様々な形態の婚姻があったことを示した上で、親子関係とは必ずしも生物学的な親・子に成立するものとは限らず、何をもって親子とするかは婚姻という制度が決定するものである、ということを描している部分である(同書60頁「親子関係が直接的には生殖関係を媒体として成立するものではないということは、とりもなおさずそれが特定の社会的手続を媒体として成立することを意味する。そして、この社会的手続の最も主要なものが婚姻である。」(甲A203))。被告が自身の主張の根拠として、この「婚姻はつねに親子関係を予定し」という部分を引用した趣旨が、「婚姻は常に夫婦が生物学的な意味での子を生み、育てることを予定している」という意味と捉えてのことであるとすれば、上記文献引用部分はそのような趣旨ではない。

そして、このように婚姻は、親子関係を含む親族(家族)関係を規定するものであるから、次の被告引用部分である「婚姻は、単純な男女の性関

【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)提出の書面です。

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。」というのは、従前の婚姻の理解としては、一般的には特段異論のないところである。

したがってこれらは特に、被告主張である「伝統的に、婚姻は生殖と密接に結びついて理解されてき」たことを裏付けるものではない。

エ 被告が引用する乙2・65頁には、確かに引用の文章があるが、これは時代を全く画さない一般論を述べた部分であって、すぐに続けて、「それぞれの時代、社会には、それぞれの要請を実現するための婚姻制度があった。」との記載がある。

この部分の筆者である二宮は、『家族と法』40頁において、家族の機能・目的を詳細に記述しており、すなわち、「今日においても家族には多様な機能がある。家族の中では、夫婦間の性愛の充足、生殖、子どもの世話・教育、自立できない者や病者の生活保障とケア、やすらぎと情緒安定など、社会に対しては、性関係のコントロール、人口の維持、労働力の再生産、文化の伝承と保持、社会の安定化などである。どれも社会にとって必要不可欠のものばかりであり、家族がこうしたさまざまな機能を発揮しなければ、私たちの社会は成り立たない。そこで国は、家族を形成する基礎となる婚姻を法律上の制度とし、婚姻適齢、重婚や近親婚の禁止などを定め、国家に登録させる（日本では戸籍に登録）とともに、一定の権利や義務を発生させ、一方的な離婚を否定して、「婚姻＝家族」の安定化を図ろうとするのである。」としている（甲A204）。

このように、さまざまな重要な機能（生殖もその中の1つではあるが、それだけではない。）を果たす家族を形成する基礎となる夫婦の関係の安定化を図るものが、法律制度としての婚姻である。

エ 以上のとおり、被告引用文献には、確かに引用のとおり文章が存在するが、そこに書かれている趣旨としては、「伝統的に、婚姻は生殖と密接

【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)提出の書面です。

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。」などと単純化できるものでは全くない。

## (2) 第2段落について

被告が引用する書証(乙2)に被告の引用する記述があることは認める。

ただし、同書証においては、被告引用部分に続けて、「④家族の制度的永続性を求めるために、離婚は限定的にしか認めてはならない(永続性規範)。この制度的な特徴に、⑤男性による女性の支配という性的支配関係(家父長制)と、⑥性別役割分業が重なり、男女の不平等が個別の家族関係だけでなく、社会全体に広く浸透し、経済、人々の意識、言語構造まで規定した。」と記載されており、同書証のこの部分は、近代における婚姻制度の特徴を述べたに過ぎない。そしてそれ以降の段落においては、「近代社会以降・・・家族は必然的に夫と妻、親と子の私的な個人的な関係に還元されていく。・・・家族はますます経済的、社会的機能を縮小させ、人的な結合、情愛の関係に純化される。子の生育を保障する場としても、また家事・育児・介護労働を担う妻の生活を保障する場としての家族の役割も、制度的なものから、家族を構成する個々のメンバーの私的なニーズに応えるものとして位置付けられていく。」として、現代ではこれら①～⑥が崩壊していっていることが述べられている。

被告の主張が、かつての婚姻制度について、引用部分のような特徴が挙げられていることを指摘するだけの趣旨であるならば、ことさらに争うものではないが、これらの特徴が現代まで続くものであるという趣旨であるならば、争う。

## 2 「2 明治以来、現行の民法に至るまでの婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等について」に対する認否

### (1) 「(1) 我が国における民法の成立」について

明治民法の沿革及び規定内容に関する記述内容並びに被告が引用する文

【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)提出の書面です。

献(書証)に被告の引用する記述があることは認める。

本項末尾の「明治民法における婚姻は、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」とする被告の主張のうち、「明治民法における婚姻は、我が国の従来 of 慣習を制度化したもの」であるという点は、争う。被告引用の乙3では、「(婚姻について)既に一定の慣習あり。」とされているが、「俄に之を改むること難しと雖も現今弊害ある事項、不明なる事項其他の欠点は総て法典に於て適当なる規定を設けて之を補正せざることを得ず。」としており、従来 of 慣習を制度化したという評価は誤りである(当然ながら、江戸時代の結婚と、ヨーロッパの法制度を受容し近代法として整備された明治民法における婚姻制度は、異質なものである。)。また、この一文が、「我が国の従来 of 慣習」が、婚姻について「男女間のものであることが前提とされていた」ものである、という趣旨であるならば、我が国では、明治5年以前には、結婚をしても戸籍に記載されていなかったため、同性同士の結婚も可能であった、との指摘がある(風間・赤枝意見書(甲A205)4頁注1)。もっとも、明治民法における婚姻は男女間のものであることが前提とされていた、という限りにおいては、特段争うものではない。

## (2) 「(2) 現行民法」について

### ア 同項アについて

第1段落及び第2段落は、認める。

第3段落は、少なくとも、現憲法制定当時、婚姻の当事者としては男女が想定されていたことは認める。

第4段落及び第5段落は、認める。

### イ 同項イについて

被告が引用する文献(書証)に被告の引用する記述があることは認める。

被告の「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

【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)提出の書面です。

「一般的であるといえる」との主張については、争う。現行民法は婚姻の当事者を男女と設定して制定されているのだから、現行民法を解説する文献において、婚姻の当事者が男女であると記載されているのは当然であって、それ以上の意味をもって上記主張の根拠たり得る文献は、被告引用文献中には見当たらない。

なお、一部文献について指摘しておく、(ア)(乙9)について、確かに中川は被告引用のとおり述べているが、そこで中川が前提としているのは、同性同士の関係を「変態関係」と見る異性愛規範であって(甲A205・63頁)、今日目から見れば、同性愛や性の多様性に対する認識の誤り・差別的発想は明らかである。本文献は、「その当時、学者がそのように考えていた」という歴史的事実を示すのみであればともかく、それを超えて、現在における本訴訟の論点を検討する上での論拠たり得るものではない。(イ)(乙10)も同様である。

(エ)で引用されている乙12は、「(中略)」とされている部分には「この点は、難問だが、決め手は婚姻の目的をどう考えているかという点にあると思われる。二人の人間が共同生活を営むという点のみに着目すれば、その二人が異性であるか同性であるかは必ずしも重要ではないかもしれない。しかし、」と記載されており、大村教授の見解は、必ずしも同性カップルに婚姻の法的保護を認めるべきでないとしているものではない。

(オ)で引用されている乙13も、引用部分の後に、「ただし、同性間の婚姻あるいは婚姻に準ずる関係(パートナー)を認める国が増加し、従来の社会通念の根本的見直しを迫っている。・・・」と続いており、「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」との主張の根拠となる文献ではない。また同号証においては、「婚姻の実質的内容については憲法も民法も規定していないが、テーブルとベッドをともにする関係、つまり寝食をともにし、性的結合をもつ関係と一応定義

【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)提出の書面です。

することができる。しかし、単身赴任等の理由による別居、セックスレス夫婦の増加現象の前に法的定義は無力である。」との記載もあり、婚姻の実質的内容は、共同生活と性的結合と考えられること、しかし現代においてはそれも多様化していていることが指摘されている。

(3) 「(3) 結語」について

争う。その趣旨は、前記第1項及び本項で述べたとおりである。

### **第3 婚姻制度の目的は「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」ではないこと**

#### 1 被告の実質的な主張内容

(1) 被告は、その第2準備書面第1において、結論として、「婚姻は、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ており、我が国においても、明治民法が制度化した婚姻は男女間の結合を前提としたものであり、そこでは同性婚の存在は想定されていなかった（そして、現在もそのとおりである）」と主張する。

被告のこの主張は、同書面第2における「本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと」との主張中、「憲法24条1項は、婚姻の当事者が男女であることを前提としている」との部分に結びついている。この点、先に指摘したとおり、自らの主張の根拠としている文献は、その考察対象の時代も、論旨も、様々であって、決して自らの説の論拠となるものではないと思われるし、同書面第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」が誤りであることは、原告ら第5準備書面で指摘したとおりである。

(2) もっとも、被告の「婚姻は、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ており、我が国においても、明治民法が制度化した婚姻は男女間の結合を前提としたものであり、そこ

【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)提出の書面です。

では同性婚の存在は想定されていなかった」との主張の位置付けは、被告の考えにおいて、上記(1)に留まるものではないと思われる。

すなわち、被告は、本件訴訟における第2準備書面第2においては、本件規定が憲法14条違反でないことの理由として、憲法24条が同性婚を想定しておらずこれを保障していないから、という点しか述べていないが(被告第2準備書面8～10頁)、本件と同種の訴訟が札幌、東京、名古屋、大阪の各地裁で行われているところ(札幌地裁では判決があり、現在控訴審係属中であることは、前記のとおり。)、他地裁においてはこれに引き続く主張が述べられている。例えば、札幌地裁(札幌地裁平成31年(ワ)第267号事件(以下、「札幌訴訟」という。))における被告第2準備書面では、上記に続けて、本件規定に合理性があること(よって憲法14条に違反しないこと)、という内容が述べられており、そこで被告は、「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って、その目的の合理性は明らかであり、現在においても、その重要性は変わるものではない。」と、本件規定の合理性を主張している(札幌訴訟被告第2準備書面(甲A206)21頁。))。

被告が本件訴訟において行っている前記「婚姻は、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ており、我が国においても、明治民法が制度化した婚姻は男女間の結合を前提としたものであり、そこでは同性婚の存在は想定されていなかった」との主張は、単に、現行の婚姻制度は男女間を想定している、ということだけを述べているだけではなく、上記の「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

【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)提出の書面です。

与えることにあるとされているためであって、その目的の合理性は明らかであり、現在においても、その重要性は変わるものではない。」という主張の前提として主張されているものと理解できる。すなわち、「婚姻は、伝統的に生殖と結びついて理解されている」のだから、民法の婚姻制度の目的は、「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にある」、というのであろう。

(3) 本来、被告は、このような主張があるのであれば、本件訴訟においてもきちんと主張すべきである。しかし、本件における被告の姿勢は、自分からはなるべく答えない、主張しない、というものであるようである。

この点を主張せよと原告から求釈明をしても、それを巡ってさらなるやり取りがなされることも予想され、時間と労力の浪費になりかねないため、やむを得ず、上記のとおり、札幌訴訟での被告の主張を紹介し、被告は本件訴訟でも同様の見解に立つものと理解した上で、以下、被告の主張に対し反論することとする。

## 2 被告主張に対する反論

### (1) はじめに

「婚姻は、伝統的に生殖と結びついて理解されていた」というのが、人類史において結婚という文化が生じたそもそもの由来として、その根底に生殖という性関係が存在した、という点を指しているのであれば、大きく争うものではない。しかし、ここから、民法の婚姻制度の目的が「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」ということが導かれるわけでは全くない。

まず、古今東西を見渡せば、実にさまざまな婚姻形態・親子形態があり、「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

【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)提出の書面です。

いう形態以外の結婚は、多数存在する。我が国においても、明治民法以前から養子は珍しいことではなく（甲A207『問いからはじめる家族社会学』158頁）、夫婦が自身の生物学的な子ではない者を育てるといったことはまま存在した。古今東西のさまざまな結婚制度の共通の要素は、夫婦関係や親子関係を含む親族関係を規定する、というものであって、「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」ことに保護を与えるのが結婚の普遍的な本質である、という事実は存在しない(前記「婚姻と社会統制」(甲A203)参照)。

そして、我が国における、近代国家として法整備した旧民法や明治民法、現行民法に関しても、次項以下で述べるとおり、婚姻制度の立法目的は、「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」とはされていない。

## (2) 旧民法及び明治民法

### ア 旧民法

明治時代の当初は、婚姻の実質的要件は慣習に委ねられ、個別的な指令あるいは間接的に刑法によって旧来の慣習の確認あるいは是正がなされたに過ぎなかったが、わが国最初の民法典として明治23(1890)年に公布された旧民法人事編において、はじめて統一的な実質的要件が定められた(甲A7、乙1「新版 注釈民法(21) 親族(1)」179頁)。

旧民法人事編の起草者による「民法正義人事編卷之壱」(甲A208。明治23(1890)年出版)の《九九》では、フランス民法編纂委員の1人であるポルタリスの「婚姻とは男女が其種族を永続し、人生の艱苦を負担し、且つ其共同の天性を遂ぐる為め集合したる会社なり」との定義に対し、「其種族を永続す」というのは老年や臨終の婚姻を説明することができず、これらの語は婚姻の性質に不可欠でなく無益だとした上で、婚姻の目的は「男女集合して其共同生活を遂ぐるに在り」と断じており、婚姻

【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)提出の書面です。

について生殖と結びつける見解を否定している。

さらに、上記《九九》に続く《一〇〇》では、わが国の婚姻法の性質が略示されているところ、ここで挙げられているのは、第1：一夫一婦の制たるべき、第2：婚姻は夫婦の自由承諾に出つべき、第3：夫婦の関係は平等なるべき、第4：婚姻は永久無期なるべき、の4点であり、ここでも生殖との結びつきは挙げられていない。

明治旧民法人事編の第1草案に対しては、「身体ノ不能力」がある場合には、「婚姻ノ目的タル子孫ヲ生殖スルノ結果ヲ得（ス）」として、イタリア民法に倣い「身体ノ不能力」を無効原因に加えようとする意見もあったが、そのような意見は採用に至らなかった（甲A209・前田陽一「民法七四二条・八〇二条（婚姻無効・縁組無効）」9頁参照）。

## イ 明治民法

そして、旧民法の施行延期を経て、明治31（1898）年に明治民法が施行されたが、ここでも、婚姻の目的が生殖にあるとはされなかった。すなわち、律令制度以来の離婚法では「無子」が棄妻（夫の側からする一方的離婚）の一事由とされていたが（甲A210・泉久雄『親族法』124頁、甲A211・有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』267頁参照）、明治民法においても、生殖能力を有しないことや生殖しないことをもって、婚姻障害事由や婚姻取消・無効事由、離婚事由として規定されることはなかった。

また、明治民法の起草者である富井政章は、諸外国の離婚法にはあまり例を見ない協議離婚を規定することに関し、「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル。然ニ、夫婦ガ不和デアル實際両方共離レント欲シテ居ルニ、法律ガ強テ束縛シテ夫婦デ居レト云フコトハ、到底其婚姻ノ目的ヲ達シ得ラルルモノデナイ」との認識を示しており（甲A212・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

【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)提出の書面です。

部分)、甲210・泉久雄『親族法』126頁、甲211・有地亨『新版家族法概論〔補訂版〕』268頁参照)、離婚の場面においても、心の和合という婚姻の主たる目的が貫かれるべきことを述べている。

そして、民法学説も、「婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。必シモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ。故ニ子無キヲ去ルコトナク、老年者ノ婚姻ヲ禁ズルコトナク、生殖不能ヲ以テ離婚又ハ婚姻ノ無効取消ノ原因トスルコトナシ」と解説しているのである(甲A213・穂積重遠『相続法大意』61頁)。

仮に、婚姻制度の目的が生殖にあるならば、生殖能力を婚姻の成立要件にしたり、生殖不能を婚姻の取消し・無効事由、離婚原因とする必要があるが、旧民法や明治民法に婚姻制度が制定された際、生殖能力を有しないことや生殖しないことが婚姻障害事由や婚姻取消・無効事由、離婚事由とされることはなかった。つまり、婚姻の目的は、前記のとおり、心の和合や共同生活を営むことと理解されていたのである。

### (3) 現行民法

#### ア 現行民法の立法目的

現行民法は、日本国憲法のもと憲法的価値を実現すべく、明治民法を改正する形で1947年12月に制定された。

改正にあたり衆議院及び参議院の司法委員会において立法担当者は「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また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基づいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本とし、相互の協力により、維持されなければならない。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

【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)提出の書面です。

なければならないことを宣言しております。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。」と提案理由を説明した(乙7)。

この明治民法改正により、家制度を支える戸主の婚姻同意権等の規定は廃止され、性による差別は否定され夫婦の法的地位の平等と同権が保障された。現行民法の立法目的は、婚姻の自由と夫婦関係における平等の確保である(二宮意見書(甲A214)9頁)。

#### イ 現行民法の内容

このような大きな改正がなされた一方で、現行民法は、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」と理解できる内容ではない。

現行民法においても、明治民法に引き続き、生殖能力は婚姻の成立要件ではなく(民法731条ないし741条)、生殖能力や生殖の有無を婚姻の無効・取消原因とする定めはない(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、夫婦の同居義務を定める規定がある一方(同752条)、生殖に関する定めはない。離婚原因にも、生殖能力の欠如等生殖に関する定めはない(同770条)。

また、現行民法における婚姻の効力としては、姻族関係の発生(同725条3号)、夫婦の同居・協力・扶助義務(同752条)の発生、婚姻費用分担義務(同760条)の発生、相続権の発生(同890条)等があるが、いずれも子のない夫婦においても効果が生じるものであり、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」にあるという説の根拠となり得る規定ではない。

現行民法における婚姻の効力のうち、生殖に関連するものとしては、嫡

【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)提出の書面です。

出推定に関する規定(同772条)がある。ただこの規定も、「妻が婚姻中に懐胎した子」、「婚姻の成立の日から200日を経過後」に生まれた子及び「婚姻の解消若しくは取消しの日から300日以内」に生まれた子は夫の子と推定するもので、生物学的親子関係を要求せずとも父子関係を成立させることができる規定(しかも、嫡出否認の訴えの制度と結びつき、一旦確定した父子関係は、事後に生物学的親子関係がないことが判明しても、もはや覆せない。)であり、必ずしも「夫婦がその間に生まれた子どもを産み育て」ることに法的保護を与えるものではない。現行民法において、嫡出推定規定は、婚姻後に子が出生した場合における法律上の父子関係成立に関する規定であり、婚姻の結果生じる事象に対応するための規定であって(甲A214・17頁)、この規定の存在をもって、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されている」ことの根拠となるものではない。

#### ウ 小括

以上のとおり、現行民法の婚姻規定の立法目的は婚姻の自由と夫婦関係における平等の確保であり、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」にあるわけではない点は、明治民法からの変更はなく、現行民法の規定からしても明らかである。

### 3 婚姻制度の目的

- (1) 以上のとおり、民法の婚姻制度の立法目的が、「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」とはされていないことは明らかである。
- (2) 最高裁は、婚姻の本質について、「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

【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)提出の書面です。

ある」と述べている(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)。このことは、前項(2)で挙げた、明治民法における、婚姻の目的は「男女集合して其共同生活を遂ぐるに在り」、「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル。」、「婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。」といった言及と付合しており、全く妥当である。

人間の多くは、人生の一時期において、特定の人間と親密なきずなを結び、共に暮らすことを求める。それ故、ひとりの相手を人生のパートナーと定めて継続的な関係を結ぶという当事者の自己決定は、重大な人格的利益なのであり、憲法上、婚姻の自由として尊重され、保護される。婚姻は、このような人間の性質に根差す親密な関係を保護し、規律するものであり、夫婦という家族として、共同生活を営む関係に法的保護を与えることを、第一の目的とする制度である。

そして、前記のとおり、「今日においても家族には多様な機能がある。家族の中では、夫婦間の性愛の充足、生殖、子どもの世話・教育、自立できない者や病者の生活保障とケア、やすらぎと情緒安定など、社会に対しては、性関係のコントロール、人口の維持、労働力の再生産、文化の伝承と保持、社会の安定化などである。どれも社会にとって必要不可欠のものばかりであり、家族がこうしたさまざまな機能を発揮しなければ、私たちの社会は成り立たない。」(甲A204)。婚姻は、その家族の中で最も基礎的で重要な単位である「夫婦」という家族として共同生活を営む関係を保護・規律することによって、そこから派生する家族関係及びそれらが果たす重要な機能を保護・規律しようとするものと言える。

ここに列挙されているとおり、家族の機能の中には、「生殖」「子どもの世話・教育」がある。生殖可能年齢にある男女が婚姻すれば、その間に子をもうけることは自然な成り行きであり、その子の養育が個人的にも社会的にも重要なものであることは、論を俟たない。しかしそれは、婚姻制

【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)提出の書面です。

度が保護しようとする家族関係及びその多くの機能のうちの一部であって、それにのみに法的保護を与えることが婚姻制度の目的ではないし、民法が婚姻を男女間においてのみ認めていることの合理的根拠となるものでもない。

(3) 札幌訴訟における令和3年3月17日判決は、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に法的保護を与えることも婚姻制度の重要な目的であるとしつつも、「現行民法は、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子をつくる意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないこと、子を生み育てることは、個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、子を産まないという夫婦の選択も尊重すべき事柄といえること、明治民法においても、子を産み育てることが婚姻制度の主たる目的とされていたものではなく、夫婦の共同生活の法的保護が主たる目的とされていたものであり、昭和22年民法改正においてこの点の改正がされたことはうかがわれないことに照らすと、子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的である」とし、「同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」と解され(甲A215・25～26頁)、本件規定による別異の取扱いに合理性はなく、憲法14条1項に違反するとした。

この点、原告らの理解によれば、前記のとおり、婚姻は、家族の中で最も基礎的で重要な単位である「夫婦」という家族として共同生活を営む関係を保護・規律することによって、そこから派生する家族関係及びそれら(夫婦という家族関係を含む。)が果たす重要な機能を保護・規律しようとするものである。したがって、「夫婦が子を産み育て」ること自体の保護が民法の婚姻制度の立法目的なのではなく、夫婦が子を産むことや、その生まれた子を育てることの保護は、「夫婦という家族として共同生活を

【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)提出の書面です。

営む関係に法的保護を与える」という婚姻制度の立法目的に包含されているものと考えられる。もともと、子を産むことやその子の養育の保護が重要であることは当然であって、これらの保護は「夫婦という家族として共同生活を営む関係に法的保護を与える」という婚姻制度の大きな立法目的に含まれると解するか(原告らの考え)、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に法的保護を与えることも婚姻制度の重要な目的であるが、子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も本件規定の重要な目的であると解するか(札幌判決の考え)は、説明の仕方に過ぎないとも言える。夫婦の共同生活自体の保護が本件規定の重要な目的であると解する部分において、札幌判決と原告らの主張は同旨である。

#### 4 まとめ

以上のとおり、「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ありとされている」という被告の主張は誤りであり、したがって、民法が婚姻を男女間においてのみ認めていることに合理性があるという被告主張もまた、誤りである。

### **第4 被告主張の大きな誤り ～同性カップルが「子をもつ」「子を育てる」こと～**

#### 1 はじめに

被告は、前記のとおり、「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ありとされているため」と主張している。

その主張が誤りであることについては、前記第3で明らかにしたとおりで

【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)提出の書面です。

あるが、そもそも、「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」ことが「民法が婚姻を男女間においてのみ認めている」ことの根拠たり得るとの考え自体が、全くの誤りである。

すなわち、被告の主張は、同性カップルにおいては、その間に子をもうけたり、子どもを育てながら共同生活を送ることはない(できない)、という考えに基づく。さらに言えば、「その間に生まれた子どもを産み育て」ることのできない同性カップルには、婚姻の保護を及ぼす必要はないという含意もあると思われる。

しかし、現在、同性カップルによって「子をもつ」「子を育てる」ことが行われている。

被告も指摘するとおり(前記第2)、「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。」(乙1・157頁)。これは、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。このような「子を育てる」ことへの欲求は、性的指向のいかんに関わらず生じる。同性のパートナーを得て、子をもち、その子を共に育てたいと望む者は当然存在する。

そして、同性カップルにおいても、連れ子をステップファミリーとして養育していることがあるし、第三者からの精子提供を受けたり、生殖補助医療を利用したりすることにより、子をもつことができる。非配偶者間生殖補助医療により、異性カップルが子をもつと同様である。

## 2 同性カップルが「子を育てる」こと ―連れ子養育

本件の同種訴訟である、東京地方裁判所平成31年(ワ)第3465号結婚の自由をすべての人に訴訟の原告小野春と原告西川麻美は、互いの連れ子とともに養育してきた。そして、小野春が代表をつとめる団体「にじいろか

【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)提出の書面です。

ぞく」には、子育て中及び子育てをしたいLGBT当事者が集まっている(甲A216)。

小野春は著書『母ふたりで“かぞく”はじめました。』(甲A217)で、西川麻美とステップファミリーとなり、パートナーの娘とともに生活していく日々の様子をつづる。同居開始から数年経った後に、トラブルに巻き込まれた娘から、「あのね、『親を呼んでこい!』って言われたから、春ちゃんすぐ来て!」と言われ、「親として」呼ばれたことに喜びを感じるエピソードが紹介されている。パートナーとの結婚式を挙げたことを機に、子どもたちにカミングアウトし、上記「にじいろかぞく」を立ち上げた。

「子どもが欲しい」または「子どもを育てている」LGBTQ や応援する仲間たちを繋げる団体である一般社団法人こどもまっぷが発行した冊子『Love Makes a Family』(甲A218)にも、子どもを得るために妊娠の段階から活動している同性カップルや子どもを授かったカップルが紹介されている。その中のインタビュー記事「ステップファミリー一つ屋根の下で」(12~13頁)に出てくる家族は、同性カップルで、母よしみさんの連れ子(長女、二女、三女)をパートナーの「たーちゃん」とともに養育している。2人の結婚式の3日前に、母よしみさんが「実はたーちゃんと付き合っていて、結婚式をするんだけど皆どう思う?」と投げかける。子どもたちは「動揺もあったけど、やっとママが幸せになるんだなって思いました」「精神的な支えになる人を見つけてくれたなら良かった」「うちはちょっとかわってるなとは思いましたが、うちはそれで成りたってるし、特に良くないことではないのかなと思います」と受け止めた。同性カップルの法律婚制度がないために、子どもたちも、その関係性に名前をつけることができず困惑している様子はあるものの、母親の離婚後に新たな保護者とともに暮らしを形作る様子は異性カップルと同性カップルとの間に特に変わることはない。

### 3 同性カップルが「子をもつ」こと ー生殖補助医療等による妊娠出産

【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)提出の書面です。

(1) 女性同士のカップルが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ことは、日本でも増えつつある。

榑原良江の論文「挙児・子育て希望者の多様化がもたらす課題—同性愛カップルの事例から」(生命倫理 17 巻 1 号 223 頁、2007.9) (甲 A 219) でも「わが国でも 1992 年から、子育てをするレズビアンたちが交流会を行っており、会の代表者は、子育てをする同性愛者の総数が『この 10 年間で増えている』と捉えている。また、当初は異性との間の自然妊娠を経て生まれた子を養育する機会が多くみられていたが、近年は若い同性愛者の間に自ら人工授精を行って挙児を得ることへの意識が高まり、実例も見られるようになっている」と紹介する。

(2) 陳述書 (甲 A 220) を提出した松本くみは、日本の一地方で、カナダ国籍のパートナー女性と一緒に、海外の精子バンクを利用して松本が出産した子どもを育てている。パートナーとはカナダで婚姻をしたが、生まれ育った日本の町で、松本の両親とともに子どもを育てたいと考え、パートナーと一緒に日本に帰ってきた。松本は、自分のパートナーが同性であること、そのパートナーとともに子どもを育てることについて、両親の理解をゆっくりと得た。

「両親ともに、パートナーのことを娘のようにかわいがっており、パートナーだと知ったからといって関係が変わることはありませんでした。初めて言ったときに泣いた母も、その後、私やパートナーに対する態度が変わるということはなく、自然に受け入れていきました。」

「特に両親にとっては孫になる子どもが生まれ、私とパートナーが 2 人で育てる様子を見てからは、より自然に、家族として私たちのことを受け入れているように思います。」(4 頁)

「出産には、私の母と一緒に、パートナーも立ち会いました。パートナーは、母と一緒に泣いて喜んでくれました。」(3 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)提出の書面です。

(3) 陳述書(甲A195)を提出した金由梨は、オランダで同性パートナーと婚姻をし、第三者から精子提供を受けて出産した。いままオランダでパートナーとともに子を養育している。オランダの大学病院でサポートを受けながら出産に臨んだ。金らは、病院スタッフの次の言葉に励まされた。

「子供の顔を見た瞬間に思うよ、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」

そして、金もパートナーも「子供が生まれたときに、それが本当だということを感じ」したのである(7頁)。

その後、金らは二人三脚で子を育て、その子育てについては次のように述べている。

「子どもも、言葉がしゃべれるようになってからは、『私にはママが二人いる』と友達に自慢するようになりました。」(8頁)、「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、誰よりも子供たちが知っています。」(11頁)

このように、異性カップルと別段かわりがない子育てをしており、子ども本人も自然に受けとめている。

(4) 前記『Love Makes a Family』(甲A218)には「子どもが欲しいLカップルと精子バンク」(同26~27頁)の記事で、2人とも1人ずつ子どもを持ちたいと考えている女性どうしのカップルがとりあげられている。カップルのうちの1人は、「人生は一回きりだし、子どもを持つことは、生まれた時から魂の中にインプットされてる気がして」と語り、「何らかの形で絶対に子どもは欲しいと思っているので、里親という選択肢も持っておきたいです」と自分自身が出産する形での「子をもつ」ことに挑戦するだけでなく、「子を育てる」ことは人生の中で必ずかなえたいこと

【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)提出の書面です。

であると述べる。職場の理解を求める段取りも現実的に考えており、いわゆる妊活に真剣に取り組んでいる。

また、上記の松本や金のように、実際に子供を産むに至ったカップルとして、「Lマザー諦めなかった妊活」(同10～11頁)の記事がある。精子を提供してくれる方を自ら見つけ、数回の流産を経て妊娠したという女性が、「これが胎動なんだ!と、とっても感動したのを覚えています」、「産院によって、アンケート用紙に父親の欄が全くないところもあり、聞かれもしないところもあります。」、「私が産んだ産院も祖父母と父親、赤ちゃんの兄弟だけしかお見舞いは許されなかったのですが、事情を話したら、特例で彼女も病室に入れて記念撮影できた時は、とっても嬉しかったですね」と述べている。日本で子どもを得るために熱心に活動している同性カップルがいることがわかる。

#### 4 同性カップルによる子育ての希望と広がり

##### (1) 各種調査

現在、子育てを要望する同性カップルを保護し、また支援する制度はなく、公的なニーズ調査もなされていない。しかし、子育てをしたいとの欲求は性的指向のいかんを問わず生まれるものであり、上記2及び3で述べたような子育てを実践する同性カップルの実数は、いまは偏見や差別をおそれて隠れているだけで、実際には少なからず日本社会に存在している。また、将来は同性のパートナーと子育てをしたいと希望する同性愛者、両性愛者の数も、見えにくいだけで、実際には存在している。

国が国勢調査で同性カップル世帯を把握しようとしないうえ（原告ら第6準備書面10～11頁）、実数を示すことは難しいが、下記の各種調査から、同性パートナーと子育てをする希望を持ち、また、実際に子育てを実践する同性愛者、両性愛者が一定数存在することがわかる。

2016年のNHKによるLGBTを対象としたオンライン調査では、

【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)提出の書面です。

回答者1711名のうち子どもが「いる」と答えたのは96名いた。そのうち66名は、子どもと「同居している」と回答した。子どもが「いない」と答えた1615名のうち、子どもが欲しいと答えたのは614名であった(甲A221・NHK「LGBT当事者アンケート調査～2600人の声から」)

また、上記一般社団法人こどもまっぷは、2019年に子どもが欲しいまたは既にいるLGBTQ当事者235名にアンケートをとり、うち23.8%にあたる56名が子どもを育てているとの回答を得ている(甲A218・6頁)。

特定非営利活動法人虹色ダイバーシティ(LGBTの生きやすい社会づくりに取り組むNPO法人)と上記「にじいろかぞく」ほかによる共同調査「2019にじいろ子育てアンケート」(甲A222)では、LGBT当事者であると答えた470人のうち125人に子育て経験があるとの回答があった(甲A222の18枚目。なお同性カップルに限らない)。また、「あなたは今後、子どもに何らかの形で関わってみたいという希望はありますか?」という問いに対しては、「自分で子どもを産みたい」に当事者の19.2%、「配偶者・パートナーが子どもを産む」に当事者の25.3%、「養子を迎える、里親になる」に当事者の42.2%が選択するとの回答結果となった(甲A222の20枚目)。

上記「里親になる」に関しては、同性カップルに対する里親委託の動きが進んでおり、実際に、2017年4月には大阪市で里親委託がなされ(甲A223・2017年4月5日毎日新聞記事「養育里親 男性カップルを大阪市が全国初認定」)、愛知県に住む30代男性カップルも養育里親に認定されている(甲A224・2020年5月8日ハフィントンポスト記事「里親になった男性カップルが子どもに伝えたいこと」)。里親は家庭的環境を提供する社会的養護であるところ、その里親に同性カップル

【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)提出の書面です。

が認定される動きが進んでいる。

## (2) にじいろかぞくの若い参加者の声

上記『母ふたりで“かぞく”はじめました。』(甲A217)では子育ての希望をもって、上記「にじいろかぞく」に参加する人々がいる様子を紹介している。

「特に、『にじいろかぞく』を歓迎してくれたのは、若い世代。『将来、自分は畳の上で死ぬことはない。誰にも看取られず、ひとりでのたれ死ぬ将来しか思い描けない』と、泣きながら打ち明けてくれた大学生に、『私、同性のパートナーと子育てをしてるんだよね』と言った時の、驚いた顔。今でも忘れられません。『子育てをするなんてこと、あるんですか!』と喜ぶその大学生に、これまで出会ったいろんな家族のこと、自分の家族のことを話すと、とてもうれしそうでした。」

「やがてLGBTファミリーはもちろん、いずれ子どもを持ちたいと思っている若いLGBTカップルと会うことが増えてきました。」(137頁)

このように、パートナーをもち、子どもを得てともに育てるという希望は、性的指向のいかんを問わず生じうるものであり、その希望は周囲から肯定的に受け止められることで、自己認識と可視化が進み、具体的な実践につながっていく。今後も、同性カップルによる子育ての希望、そして実践数が増えていくと考えられる。

## 5 小括

前記第3において、婚姻制度の目的は「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にある」との主張が誤っていることを明らかにした。

さらに本項で述べたとおり、同性カップルにおいても、その間に子をもうけたり、子どもを育てながら共同生活を送るという営みは行われているので

【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)提出の書面です。

あり、そもそも上記が「民法が婚姻を男女間においてのみ認めている」ことの根拠たり得るとの考え自体が、全くの誤りである。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」というのなら、同性カップルにおいて子をもうけたり子の養育を行っており、さらに多くの同性カップルがそれを希望しているのだから、同性カップルに対しても婚姻の保護を及ぼさなければならぬはずである。

被告主張の誤りは明らかであり、むしろ、同性カップルにおいても婚姻制度が必要であることを示しているとさえ言える。

## 第5 結語

被告は、民法の婚姻制度の立法目的は、「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にある」と主張する。

確かに、「結婚」という語から典型的に想像されるのは、生殖が可能な年齢の男性と女性が婚姻し、やがてその夫婦の間に子をもうけ、夫婦とその実子から構成される家族生活を営んでいくというものかもしれないし、実際、そのような家族の数は多い。しかし、婚姻した夫婦を巡る家族というのは、実に多様であり、決してこれだけに留まるものではない。

子のいない夫婦だけの家族がある。病気その他の事情により子をもうけることができない夫婦もいれば、夫婦の意思として子をもうけないことを選択した夫婦もいる。

かつて子をもうけ、子育てをしていたが、子が成長して独立し、夫婦だけの状態に戻った夫婦もいる。自身の子はいるが、その子育てを終えた後に出会い、もはや子をもうけることは想定せずに婚姻した夫婦もいる。

あるいは、自身の生物学的な意味での子ではない子を育てる人もいる。夫

【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)提出の書面です。

婦の一方の実子を夫婦の子として育てる夫婦がいる(いわゆる連れ子)。夫婦のどちらとも生物学的なつながりのない子を養子として迎え、ともに暮らす夫婦がいる。その中には、特別養子縁組を行い、子とより強い法的関係を結び家族を作る夫婦もいる。

これらは例示に過ぎず、現実にはもっと多様な夫婦の姿が存在する。

仮に、民法の婚姻制度の立法目的が「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」というのなら、これら多様な家族は、全て、婚姻が本来的に保護しようとする範囲外の存在ということになるのだろうか。たまたま婚姻が、生殖要件等を付さずに男女というだけで婚姻を許す制度設計となっていることによる、反射的効果としての恩恵に浴しているだけの存在に過ぎないのだろうか。果たしてそれが、明治民法・現行民法の立法者意思として、あるいは現在における民法、ひいては憲法の解釈として、妥当なのだろうか。

もちろんそうではない。婚姻とは、もっと懐の深い制度である。本書面で述べてきたとおり、婚姻は、夫婦という共同生活を送る関係自体を保護し、そこから派生する家族関係(子との関係を含む。)を保護するものであって、弾力的で、多様な生活を包容する制度なのである。

上記で例示した、結婚した夫婦の多様な家族の在り方と、同性どうしのカップルの在り方と、本質的に異なるところはない。異なるのは、カップルが同性どうしであるという、ただその1点だけである。そうであれば、同性カップルに婚姻の保護を及ぼさないで良い理由は、何もない。異性カップルに対しては婚姻制度を用意するが、同性カップルに対してはそれを用意しない本件規定に、合理的な根拠は全く見いだし得ず、被告主張が誤っていることは、明らかである。

以 上