

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

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19準備書面

(被告第4準備書面に対する反論)

2021年(令和3年)6月30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

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

第1 はじめに

本件では、原告が、法律上同性間の婚姻を認めない本件規定は、憲法24条1項、14条1項及び24条2項に違反することを論証した(訴状29頁、原告ら第3準備書面、同第11-1準備書面31頁、同第11-2準備書面17頁)のに対し、被告は、同第2準備書面及び同第3準備書面において、婚姻は伝統的に生殖と結びついて理解されている、婚姻の目的は生殖関係の保護にある等と論じて、これらを理由に、婚姻の自由や平等権の保護が同性間に及ばず、個人の尊厳の理念にも反しない旨主張する。

原告は、上記に対し、原告ら第11-1準備書面(婚姻の自由関係)、同第11-2準備書面(同左に関する被告の反論について)及び同第11-3(憲法14条関係)において全面的に反論を加えたが、今回被告は、同第4準備書面を提出してなお争う。

しかし、被告の主張はいずれも失当であるから以下詳述する。

第2 憲法24条1項関係

1 被告第4準備書面と本書面の骨子

被告は、①婚姻制度の目的は生殖関係の保護にある(第4準備書面・第2)、②自己決定権は現在の婚姻制度を越える新たな制度の創設を求める権利ではない(同第3)、③被告主張を学説も支持している(同第4)等を繰り返す。

しかし、①憲法24条1項が保障する婚姻の自由に法律上同性のカップルが含まれるとする解釈は、婚姻の自由が憲法上保障される趣旨・必然性に照らせば、当然の帰結であり何ら特異な解釈ではない。本書面では、まずこの点を指摘し、②憲法学説においても、憲法24条1項が法律上同性同士の者についても婚姻の自由を保障するとの解釈が多数説となりつつある事実を述べる。そのうえで、③自己決定権に関する被告の論難が失当であること、④婚姻制度の目的が生殖関係の保護にあるとして同性間に婚姻の自由が及ぶことを否定する

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

被告の議論も成り立たないことを再論する。

2 憲法24条1項の保障する婚姻の自由は法律上同性同士の婚姻も含まれること

(1) 憲法の24条1項の婚姻の自由

「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」する（憲法24条1項）。

憲法24条1項は、婚姻をするについての当事者の意思決定が、当該当事者の「自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきである」という趣旨を明らかにしたものであり、それは「十分尊重に値」する（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁・再婚禁止期間違憲訴訟判決）。したがって、婚姻をしようとする人々の意思決定を制約する法律は、公共の福祉による制約として正当とされない限り、不当な国家介入として憲法上禁止される（最大判令和3年6月23日 宮崎裕子、宇賀克也裁判官反対意見）。

(2) 婚姻の自由は同性にも及ぶこと

そして、上記は、婚姻をしようとする当事者が同性であっても同様である。

確かに、憲法24条1項は、「両性」との文言を用い、立法経緯において、婚姻の当事者として異性のみが想定されていたことがうかがわれる。

しかし、憲法上の権利とは、すべての人が個人として尊重される（憲法13条前段）との基本原理の実現に不可欠と認識された法的利益が最高法規上の権利に高められたものである（甲A150「高橋和之『立憲主義と日本国憲法』

（有斐閣、2017）13条」、原告ら第3準備書面第1の2(1)）。憲法24条1項が婚姻の自由を保障しそれが「十分尊重に値する」のも、たとえば、「婚姻は、人がその後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つ」（同上 三浦守裁判官の意見）と言われるように、それが個人尊重原理と特別の関係にあるからである。これが「婚姻の自由」が憲法上の権利とされた根拠であり必然性で

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

ある。

そして、もしこの根拠と必然性が、異性間については妥当するが同性間では妥当しないなら、婚姻の自由も、異性間にのみあてはまる権利となる。しかし、もしそれが、異性間同性間を問わないなら、憲法24条1項は同性間についても婚姻の自由を保障しているはずである。

この点、人と人は性的指向によってその尊厳に違いはなく、同性愛者と異性愛者のちがいは性的指向の違いにすぎないとすれば、「人がその後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つ」であることは、同性間でも異性間でも異なる理由はない。実際そのとおりであることは、原告らが陳述書で述べるパートナーとの歩みの事実から明らかである。本年3月17日の札幌地裁判決(甲A401)も、「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が、・・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」(26頁)「婚姻によって享受する利益の価値に差異があるとする理由はな(い)」(23頁)と指摘する。

他方、憲法には、ある対象に特定の効果を与える条文を置いているとき、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(甲A228号証「木村草太意見書」10・11頁)。具体的には、衆参両院の議員の任期の区別を設けた憲法45条・46条等の規定がこれにあたる。しかし、婚姻の自由(憲法24条1項)は、上記憲法45・46条のように、憲法が設ける区別の根拠を十分に説明できる性質のものではないため、この類型にあたらず、憲法24条1項の婚姻は、法律上異性同士である「男女」に限定されるいわれはない。

以上、婚姻の自由が憲法上の権利とされた根拠と必然性は、婚姻しようとする

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

る当事者が同性どうしであろうと異性どうしであろうと同様に妥当する。そうであれば、憲法24条1項が「両性」の語を用いても、また、同条項制定当時婚姻の当事者として同性が想定されていなかったとしても、同条の保障する婚姻の自由が同性異性に関係なく及ぶものと解すべきである(木村草太教授意見書(甲A420)参照)。

(3) 憲法解釈

このように、憲法の条項が文理上直接言及しないことがらでも、当該条項の根拠や趣旨、憲法上の権利とされた必然性が直接言及されていることがらと同様に妥当する場合に、当該条項の保障を及ぼすことは最高裁判所も多くの重要判例において当然のこととして行っている。

すなわち、憲法22条は、文言上職業「選択」の自由のみを保障するが、それが選択した職業を行う自由、すなわち営業の自由をも保障する(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)。憲法31条は、「刑罰」を科する刑事手続を対象としているが、行政手続にも類推適用される(最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁)。憲法13条や同14条は「国民」の語を用いるが、いずれもその趣旨は人である限り、外国人にも及ぶ(憲法14条につき最大判昭和39年11月18日刑集18巻9号579頁)。

憲法24条1項が「両性」の語を用いても、婚姻の自由が憲法上保障される根拠と必然性に照らし、同性間でも婚姻の自由が保障されるとする解釈は、なんら特殊な解釈の方法ではない。

(4) 社会の変動と憲法24条1項

上記の解釈は、社会の変動と憲法規範の関係に照らしても正当である。

すなわち、憲法は個人の尊重を実現するための体系であり、憲法上の各条項はスタンドアローンの存在ではない。いずれも、すべての人が「個人として尊重される」といえるため不可欠であるという共通の根拠・必然性を持っている。そして、人は生き、社会は変化するから、憲法の究極価値である「個人の尊重」

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

の意味は、社会の変動に伴って進展・変化する。

たとえば、憲法制定時、個人に関する情報の保護の重要性は十分意識されていなかったが、情報化社会が高度に進んだ現代社会では、すべての個人が尊重されると言えるためには、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由の保障が不可欠と認識され、プライバシー権が生まれる。「個人の尊重」の内実が深化するがゆえに、憲法の各条項における解釈・人権の内容も進展していく。最高裁自身が、1945年当時に想定することのできなかった「取材の自由」に関して、時代の変遷によって「尊重に値」するとして憲法解釈を変えたことも何よりの証左である(原告ら第3準備書面20頁～21頁参照)。

被告主張及び札幌判決は、憲法24条1項が「両性」という言葉を用い、これが「男女を想起させる文言」であるがゆえに、憲法24条1項が異性婚についてだけ定めているとする。

しかしながら、憲法制定当時と現在では、その間に、人の性の多様性とセクシュアル・マイノリティーの存在に対する知見・認識において、人類史的と言いつても大きな転換がある。セクシュアル・マイノリティーの存在が次第に可視化され(訴状35頁～38頁)、異性愛だけを自然・正常とし、同性愛等を病理・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」は、科学的根拠を完全に失い、その正当性は失われた(原告第11—1準備書面23頁～31頁)。同性愛は人の性の自然なあり方の一つとして認識され尊重されるべきものと考えられるようになり、性的指向又は性自認に基づく差別が許されないとする普遍的な認識が確立した。人の性の多様性を知った私たちは、すべての人が個人として尊重される(憲法13条前段)ことを、科学的正当性を失った古い異性愛規範(異性愛だけが自然・正常で尊重に値する)を前提とすることは許されない。人の性は多様で、同性愛も異性愛も人間の性の自然なあり方として尊重されねばならない。個人の尊厳は、当然にこのことを前提とせねば

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

ならない。

このことは、他方で、人々が婚姻にその役割として期待する内容が、パートナーとの親密な関係性、人格的結びつき、共同生活の安定性が重要視されるようになってきている(甲A210-1〔二宮意見書〕25頁)。このような中で、婚姻は男女に限られるとする考え方は減退し、同性間の婚姻も「婚姻」に含まれ得るとする社会的な認識が確立している(原告ら第3準備書面19頁～20頁)。

確かに憲法制定時において、「両性」という文言は主に男女を想定していたのかもしれない。しかしながら、被告主張も札幌判決もこのセクシュアル・マイノリティーをめぐる社会の変動について考慮していない。憲法解釈は、社会の変動に伴い、進展・深化していくのであって、憲法解釈が現代において成り立つかどうか問い直されなければならない。そのような不断の検討をすれば、憲法24条1項にいう「婚姻」から同性間の婚姻が排除される理由は全くない。

(5) 被告引用の学説解釈の変化

被告は「学説においても、憲法24条1項・・が同性婚を異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを命じたものとは解されていない」等と主張する(被告第4準備書面第4の2(1)(2)13頁)。

このような従前の学説を援用する被告の議論に対しては、原告第11-2準備書面・12頁、16頁及び22頁等で批判を加えたが、何より重要なことは、本件及び同種訴訟が全国で提起され、本年3月には札幌地方裁判所で本件規定を憲法違反とする判決が出される中で、近時学説の状況に大きな変化が生じていることである。(以下、下線は引用者)

ア 渋谷秀樹教授

たとえば、渋谷秀樹教授は、被告の挙げた乙13では上記同様の記述をしておられたが、2021年5月31日刊行の『憲法を読み解く』(甲A

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

415)では、「両性」とは、本条の制定当時は男性と女性を想定していたのでしょ。ところが近年、同性同士の婚姻あるいは婚姻に準ずる関係(パートナーなど)を認める国が急増しています。アメリカ合衆国最高裁判所は2015年、同性同士の婚姻関係を承認しない州法を違憲としました。「婚姻」とは何でしょうか。最高裁は、「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」とします(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)。たしかにこのような共同生活を男女が営むケースが多数派でしょう。しかし「真摯な意思をもって」このような共同生活を営もうとする同性カップルが現に存在します。それを多数派が否定するのは個人の尊重に反するでしょう。下級審判決に、同性婚を認めないのは本条(注:憲法24条)と13条に反しないとしつつ、14条1項に反する差別取扱いに当たり違憲としたものがあります(札幌地判令和3年3月17日判例集未登載)」と述べ、法律上同性のカップルに婚姻を認めない本件規定が憲法の基本原理である個人尊重の理念に反し違憲となることを示唆している。

イ 辻村みよ子(東北大学名誉教授)

辻村名誉教授も、乙17では、「通説は、24条の「両性」をboth sexという定めとして捉え、24条下では同性婚は許されないと解してきた」等(乙17 129頁)と述べていた。

これに対し、2021年5月3日、日本経済新聞に憲法記念日に寄せたコメントでは、「同性婚は認められますか」の質問に対し、「憲法制定時に同性婚が念頭になかったのは事実だとしても、規定は『合意のみに基づく』という点に主眼がある。婚姻は当人の合意があればよく、親などの承諾はいらないという意味だ。『両性』は男女の夫妻に限らないというのが今では多数説となっている。憲法改正は必要ない。民法改正の議論を期待

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

する。」(甲A 414 2021年5月3日付け 日本経済新聞 「私の考える憲法」と述べ、憲法24条1項の保障する婚姻の自由に同性カップルも含まれるという解釈が多数説になったことを指摘している。

ウ 高橋和之(東京大学名誉教授)

このような学説の状況につき、高橋和之名誉教授は、『立憲主義と日本国憲法』のなかで、第4版までは、「結婚の自由については憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性間の婚姻まではカバーしていないというのが通説である。」としていたが(甲A 421 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』第4版2017年3月)、昨年4月刊行の第5版では、「結婚の自由について憲法24条が保障しているが、近年議論され始めた同性婚の結婚まではカバーしていないというのが通説であった。」(甲A 422 同 第5版2020年4月 156頁)と改めるに至っている。

エ このように、憲法24条1項の婚姻の自由の保障が法律上同性のカップルにも等しく及ぶとする解釈は、既に多数説となりつつある。

(4) 憲法13条が同24条1項の解釈において果たす役割

ア 憲法上の憲法13条の位置づけ

①憲法は、憲法13条前段がうたう個人の尊厳を究極的な価値とする原理体系である(原告ら第3準備書面第1の2(1))。憲法上の個々の権利は、離れ小島のようなスタンドアローンの存在ではなく、いずれも、憲法13条前段が保障する個人の尊厳を出発点(母胎)として、それぞれが個人の尊厳の保障の実現にあたって不可欠と判断され、法律でも破れない権利・規範として憲法上、個別具体的に規定されたものである(甲A150「高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2017)13条」)。

②また、憲法13条後段に規定する自己決定権は、個別人権がそこから派生・分節化する源泉的権利である(甲A150)。そして、憲法が個人

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

の尊厳を究極的な価値とする原理体系である以上、個人の尊厳の保障に直結する自己決定権は、憲法上、特に重要な権利である。

最高裁判所が、輸血を伴う医療行為の拒否に関して「このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない(最高裁平成12年2月29日第三小法廷判決)」と判示するのも、自己の人生の在り方について意思決定する権利、すなわち自己決定権が憲法上十分尊重される、重要な権利であるからである。

3 被告第4準備書面に対するその他の反論

被告第4準備書面における、憲法24条1項に関連する事項の主張に対し、以下のとおり反論する。

(1) 自己決定権に関連する被告主張について

ア 憲法13条の保障内容に関する被告の主張に理由がないこと

被告は、「憲法が自己決定権を保障しているかどうかやその具体的内容が明らかでない」との主張を繰り返す(第3準備書面第2の2(2)イ(ア)及び第4準備書面第3の1(2)ア)。

しかし、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかの決定が、人が人格的自律の存在として生きるうえできわめて重要であり、自己決定権(憲法13条)の重要な適用場面であること、そのことが憲法24条1項の婚姻の自由が憲法上十分尊重に値する根拠となることは、訴状第5の2に詳述したとおりである。

イ 被告主張が憲法13条の憲法上の位置付けを理解しないものであること

また、被告は、「仮に婚姻に関する何らかの自己決定権を観念できるとしても、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に構築されたものであって、その法制度の枠を超えた、同性の

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

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」との主張を繰り返す(第3準備書面第2の2(2)イ(ア)、第4準備書面第3の1(2)ア、同書面第3の2(2))。

しかし、前述のとおり、憲法24条が婚姻を男女間に限定しているとする事自体誤っている。

また、自己決定権を保障する憲法13条後段は、具体的人権の根拠となる源泉的権利であって、憲法上の個別具体的権利の存在によって制限される性質のものではない。上記被告の主張には理由がない。

さらに、被告の上記主張は、法制度により、憲法13条が制限されることを前提としているともとれる。このような主張が現行憲法の最高法規性(憲法97条、98条)を無視するものであることは明かである。

被告の主張は憲法の基本的構造関係を踏まえないものである。

(2) 婚姻制度の目的は親密関係の保護にあり、婚姻の自由は同性カップルにも及ぶこと

ア 婚姻制度の目的を参照する意味

原告らは、婚姻の自由が憲法上の権利に高められた根拠と必然性は同性カップルにも妥当することから、婚姻の自由が同性カップルにも及ぶことを論証した(本書面前述、訴状29頁以下)。

これに対し被告は、第2準備書面以降、「現行の婚姻制度の由来、沿革、趣旨、目的等」との表題のもと、婚姻制度が伝統的に生殖と結び付けられて理解されてきたなどと主張し、婚姻の当事者は男女に限定されるとする。

被告は、上記のとおり、「伝統的に生殖と結び付けられて理解されてきた」等ことさらにあいまいな表現で議論を進めようとしているが、婚姻の自由が同性カップルにも及ぶか否か(婚姻制度は同性カップルも保護しているか)を論じるにあたって重要なのは、「婚姻制度は何を保護しようとしているのか」という意味における法制度としての婚姻制度の「目的」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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

ある。それは、婚姻制度全体を貫いて、たとえば婚姻の要件・方式・効果をもっとも整合的に説明する理念であり、結局は法解釈によって確定されるものである。

これに対し、たとえば婚姻が現実に社会で果たしている役割や、婚姻しようとする人々が婚姻に期待することがら等の意識は、上記の意味における法制度としての婚姻の「目的」とは区別して論ずる必要がある。

そして、仮に被告が主張するとおり、婚姻制度の「目的」が生殖保護にあるのだとすれば、生殖能力が婚姻の要件となったり、生殖能力を欠く者の婚姻が制約されることが自然であるが、明治民法以来、生殖能力が婚姻の要件とされたことなど一度もない。

以上より、被告の主張はいずれも理由がない。

以下では、婚姻制度の目的に関する原告らの主張を再度確認し、原告らの主張は札幌判決に裏付けられていることを論じる。続いて、被告が第4準備書面で述べる反論がいずれも失当であることを明らかにする。

イ 原告らの主張における婚姻制度の目的

明治民法以来、婚姻制度の目的を生殖保護に求める考えや、生殖を婚姻の要件と直結させる考えは文言上も解釈論上も一貫して排され、婚姻制度の目的は多元的・包摂的な「両心の和合」や「共同生活」すなわち親密関係の保護にあると解されてきた（原告ら第11-1準備書面・12頁）。

そして、戦後、家族生活における個人の尊厳や婚姻の自由、夫婦関係における平等確保を定める新憲法の制定に伴い、現行民法の婚姻制度は、家制度の桎梏から解放され、婚姻制度の目的が、当事者の親密関係を保護することにあることは一層明確となった（原告ら第11-1準備書面・17頁）。婚姻制度の目的を生殖に単純化し、婚姻の要件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（憲法13条前段）という憲法の基本原理のもとでおおよそ許容される余地はない（同・19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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

以下)。

判例上も、「婚姻の本質は、良性が永続的な精神的・肉体的結合を目的として真摯な意志を持って共同生活を営むことにある」とされている(最大判昭和62年9月2日)。

そして、婚姻の目的が生殖保護に限定されず、広く親密関係の保護と観念される以上、婚姻の自由が同性カップルにも及ぶことは明らかである。すなわち、1973年DSM改正等により、人の性のあり方に関して、異性愛のみを自然で正常なものとするいわゆる「異性愛規範」は、科学的にも法的・倫理的にも正当性と合理性を完全に失った(原告ら第11-1準備書面・31頁)。婚姻という重要な法制度の要件の合理性は、個人の尊厳(憲法13条、同24条2項)の見地から、不断に問われねばならないのであって(最大決平成25年9月4日最大決相続分違憲決定も、相続制度について同旨)、婚姻へのアクセスを、科学的にも法的倫理的にも正当性と合理性を失った観念に基いて制約することは到底許されることではない。

加えて、婚姻の意義等に関する社会の変動(原告ら第3準備書面・18頁)や同性婚法制化への世界的な潮流(原告ら第6準備書面・18頁)、社会の動きの加速化(原告ら第6準備書面・20頁、原告ら第11-1準備書面・35頁以下)、生殖・養育を行う同性カップルの存在(原告ら第11-1準備書面42頁以下)等に鑑みれば、同性カップルの婚姻を認める必要性は極めて高いのである。

ウ 札幌判決における婚姻制度の目的

令和3年3月17日、札幌地裁は、同性カップルの婚姻を認めない民法・戸籍法は憲法14条1項に反すると判断した(以下「札幌判決」という)。

札幌判決は、明治民法に関する各文献(引用者註・札幌訴訟甲A186、196、199、乙4)を引用しながら、「明治民法においては、婚姻と

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

は、男女が夫婦の共同生活を送ることであり、必ずしも子を得ることを目的とせず、又は子を残すことのみが目的ではないと考えられるに至り、したがって、老年者や生殖不能な者の婚姻も有効に成立するとの見解が確立された」(認定事実(3)ウ)と認定した。すなわち、婚姻制度の目的は男女が夫婦の共同生活を送ることにある以上、婚姻制度による保護の対象には、老年者や生殖不能な者も含まれるという見解が、明治民法時から確立していたことを認定した。

その上で、札幌判決は、「現行民法は、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子を作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、子を産み育てることは、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(認定事実(3)ウ)、昭和22年民法改正においてこの点の改正がされたことがうかがわれないうこと(認定事実(5)ウ)に照らすと、子の有無、子を作る意思・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のが相当である」と判示した。

エ 被告は原告らが引用する各文献・各判例の理解を誤っていること

ところが、被告は、婚姻制度の目的は生殖保護にあるとの主張に固執し、原告らが引用する各文献・各判例は、いずれも原告らの主張を補強するものではないなどと主張する。そこで、被告の主張が、各文献・各判例を理解していないものであることを明らかにする。

(ア) 甲A第211号証の33(熊野ほか)

被告は、同文献に「産子ノ能力ハ一般ニ具備スヘキ条件」との記載があることなどをあげて、同文献は「婚姻を生殖と結びつけた男女間の結合と捉えつつ、このような理解を前提とした上で生殖能力のない者の婚

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

姻の可否を論じていると解するのが自然」と主張する(被告第4準備書面6頁)。

しかし、同文献は、民法の「法文」上も、また、「法理」上も、産子の能力は「必要欠ク可カラサル条件ニアラス」とし、産子の能力を要件とする考えは「我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラス」とまで断ずる。特に、熊野らが「法理上ヨリ観察セハ婚姻ハ両心ノ和合ヲ以テ性質ト為ス」と述べていることから、婚姻の目的(本質)が「両心ノ和合」すなわち親密関係の保護と捉えられていることは明かである。

被告が強調する「産子ノ能力ハ一般ニ具備スヘキ条件」は、当時の社会一般の人々には、そのような意識が強かったことを述べたものであり、法的意味での婚姻の目的を対比する趣旨の記載である。熊野らは、結局のところ、そのような考えは「我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラス」とまで断じているのである。

(イ) 甲A第213号証、同243号証、同244号証

被告は、富井政章の「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル」との見解(甲A第213号証、同243号証、同244号証)について、「これも我が国の婚姻制度が、伝統的に、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基本的な目的に据えてきた旨の述べるものではない」と主張し、その理由として同文献が「明治民法が協議離婚制度を採用したことの理由を述べたもの」にすぎないことを挙げる(被告第4準備書面6頁)。

しかし、同文献は、「婚姻は夫婦の『心の和合』であるから、夫婦が別れようと望んでいるのに、法が強制して離婚を認めないとしても、婚姻の目的は達せられず、害のみがあるだけである。」(甲A第244号証268頁)と述べている。すなわち、同文献は、協議離婚制度を採用した理由を明らかにするにあたり、婚姻制度の目的に言及している。

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

同文献がこのような論述を取ったのは、協議離婚制度は、婚姻制度の目的が親密関係保護にあることに由来する制度だからである。すなわち、協議離婚制度は、離婚しようとする夫婦双方の合意と市区町村長への届け出のみによって離婚を成立させる制度であり、婚姻関係の終了を夫婦の意思にかからしめるものであるところ、これは、夫婦が婚姻関係の終了を望む場合すなわち親密関係がなくなった場合に、婚姻による保護の必要がないとするものだからである。

この点は、有責配偶者からの離婚請求の可否を判断した最大判昭和62年9月2日・民集41巻6号1423頁が、「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から、夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復に見込みが全くない状態に至った場合には、当該婚姻は、もはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべき」と論じたこととも合致する。

したがって、協議離婚制度を採用した理由は婚姻制度の目的とは関係がないという被告の主張に理由がないことは明らかである。同文献は、原告らの主張を基礎づけるものである。

(ウ) 甲A第211号証の17 (穂積重遠)

被告は、「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」との記載(甲A第211号証の17)は、「離婚又は婚姻の要件に関して論じたものであ」ることを理由に、我が国の婚姻制度の基本的な目的が親密関係保護にある旨を述べるものではないと主張する。

しかし、婚姻制度の目的を論じる意義は、婚姻制度によって保護される人々の範囲を明らかにする点にある。同文献は、婚姻制度の目的について「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

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

セズ。」と述べ、その目的から導かれるものとして「故に子無キヲ去ルコトナク、老年者ノ婚姻を禁ズルコトナク、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。」と要件を説明している。したがって、目的と独立して要件を論じていると理解することはできない。

また、同文献は、「婚姻ハ夫妻ノ共同生活ヲ目的トス。」としていることから、婚姻制度の目的を婚姻当事者の親密関係の保護と捉えている点で原告らの主張を基礎づけるものである。

なお、被告の主張するとおり、婚姻制度の目的が生殖や子の保護となるのであれば、生殖能力が要件として定められなければならない。しかし、同文献は「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。」として、明確に生殖能力が要件にならないことを説明するものである。被告の主張とは明確に矛盾する。

以上、同文献は離婚又は婚姻の要件に関して論じたものであることから婚姻制度の目的について論じたものではないという被告の主張に理由がないことは明らかであり、同文献は原告らの主張を基礎づけるものである。

(エ) 最高裁平成25年12月10日第三小法廷決定

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ページ)の寺田逸郎裁判官の補足意見を引用して、「婚姻制度の趣旨の理解において生殖と子の養育を重要視しているのは明らかである」旨主張する(被告第3準備書面第3の3(1)イ、被告第4準備書面第2の2(2))。

しかし、同補足意見で重要であるのは、現行民法は、「夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結び付いている」と述べながらも、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(以下「特例法」という)3条について「当該夫婦が、血縁関係とは切り離された形で嫡

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

出子をもうけ、家族関係を封ずることはしないこととしたと考えるほかない。」と述べた点にある。すなわち、同補足意見の力点は、嫡出推定制度は夫婦と子との血縁関係の有無から切り離されたものであることを明らかにする点にある。

また、同最決の法廷意見は、生殖可能性のないカップルから生まれた子に嫡出推定を及ぼし婚姻制度の保護の対象としている。同法廷意見が、仮に、婚姻制度の目的を、生殖あるいは血縁関係を有する子の保護のみと捉えているのであれば、このような結論を取らないはずである(寺田補足意見も、本判示をもって「血縁的要素を後退させ」たとする。)

以上より、被告の主張は、同補足意見において力点がない部分を恣意的に抜き出したものであり、内容を理解しないものであると言わざるを得ない。

(オ) 最高裁令和2年3月11日第二小法廷決定

被告は、現に婚姻をしている者に性別の取り扱いの変更の審判を認めない特例法の規定(同法3条1項2号)が、憲法13条、14条1項、24条に違反しない旨を述べた最高裁判所令和2年3月11日第二小法廷(ウェブサイト)を引用する。

しかし、同最決は、「異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序」を前提にしており、法律上同性のカップルの婚姻を認めない「現在の婚姻秩序」そのものの合憲性について判断したものではない。

したがって、同最決は、原告の主張を否定するものではなく、また被告の主張を裏付けるものでもない。

オ 婚姻の意義に関する人々の意識が変化していること

被告は「現在においても、婚姻の当事者が男女であるとの理解が一般的であることや、学説の議論状況について、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

のところであろうと思われると総括されていることを主張する。婚姻の意義に関する人々の意識は、婚姻制度の要件を画するものではないが、被告のかかる主張は現状を理解しないものであるから、以下人々の意識の変化について補足して説明する。

まず、婚姻当事者は男女にとどまらないという意識が広がり続けていることは、原告ら第2準備書面及び原告ら第11-1準備書面において主張するとおりである。また、学説については、まさにいま議論が深められている真っ最中であり、憲法学者における憲法24条1項の解釈がこの数年で大きくシフトしたことは、前記2(3)にて主張したとおりである。

この点、札幌判決は、登録パートナーシップ制度を導入する地方公共団体の増加(認定事実(8)ア)、同性婚を法律によって認めるべきとの国民の意見の増加(認定事実(10)ア～オ)、同性愛者のカップルに何らかの法的保障が認められるべきだとの意見に肯定的な回答が75%に上ること(認定事実(10)オ)、LGBTに対する基本方針を策定している企業数の増加(認定事実(8)イ)を根拠に、「性的思考による差別取扱いを解消することを要請する国民意識が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうことを示しているといえ」と述べる。

また、札幌判決は、諸外国(とくにG7参加国等の先進国)において、同性婚又は同性間の登録パートナーシップ制度を導入する立法が多数行われ、同性婚を認めない法制は憲法に反する司法判断も示されるようになったこと(認定事実(7)ア)、我が国に所在する外国団体も、我が国における外国人材の活動が制約されているとの懸念を示す意見を表明するに至っていること(認定事実(7)イ)を根拠に、「諸外国及び地域において、同性愛が精神疾患ではないとの知見が確立されて以降、同性愛者のカップルと異性愛者のカップルとの間の差別取扱いを解消するという要請が高まっていることを示すものといえ」とも述べる。

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

以上のとおり、婚姻の意義に関する人々の意識は変化しており、「現在においても、婚姻の当事者が男女であるとの理解が一般的である」等の被告の主張には根拠がない。

カ 被告の主張は破綻していること

被告は、「憲法ないし現行民法が制定された際にも、現在においても、婚姻が生殖や子の養育と結びついており、婚姻の当事者が男女であるという理解が一般的である旨を主張しているのであって、婚姻が子の養育と結びついていない旨主張しているものではない」と述べる(被告第4準備書面9頁)。

このように、被告自身も、生殖と区別した上で、子の養育と婚姻の結びつきを認め、婚姻の唯一の目的が生殖関係保護とはいえないことを認めている。

原告ら第1 1-1 準備書面・第2・3・(3)・(4)で詳述したとおり、憲法や民法が婚姻制度の役割の一つとして生殖保護を予定しているとしても、生殖は婚姻のすべてではなく、養育(血縁関係の有無にとらわれない)や親密関係の保護をはじめとしたあまたの要素を婚姻は包摂するものである。民法の規定の建て付けからも生殖が婚姻の唯一の目的とはおよそ解されず、むしろ、血縁関係のない親子関係・婚姻家族関係を当然に予定しているのも、上記(4)で述べたとおりである。

本年6月23日に出された夫婦同氏強制事件最高裁決定で示された宮崎裕子裁判官及び宇賀克也裁判官による反対意見においても、民法が多様な家族を想定し容認していることが次のとおり指摘されている。

「憲法24条1項は婚姻の自由だけでなく、その反面において離婚の自由、再婚の自由も保障する趣旨の規定であると解され、民法も、本人の合意による離婚や再婚を制限する規定を何ら設けていない。そして、民法が定める家族制度においては、法律婚をしている父母の嫡出子の氏は父母の氏と

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

するというルールが設けられている一方で、子を持つ両親が離婚し、さらにそれぞれが別の相手と再婚し、それを繰り返すことは何ら制限されておらず、その結果として子自身の意思によることなく、親の離婚、再婚により、実の両親と、さらには同居の家族とみられる者とも、子の氏が異なる状況に置かれることが民法の制度上も当然想定され、容認されている。このことは、民法が、子の氏とその両親の氏は同じでなければならないことを常に要求しているわけではないことを示している。この点を勘案すると、子の氏とその両親の氏が同じである家族というのは、民法制度上、多様な形態をとることが容認されている様々な家族の在り方の一つのプロトタイプ(法的強制力のないモデル)にすぎないと考えられる。そして、現実にも、夫婦とその未婚子から成る世帯は、時代を追うごとにますます減少しており、世帯や家族の実態は極めて多様化し、子の氏とその子が家族として暮らす者の氏が異なることもまれでなくなっている。したがって、そのプロトタイプたる家族形態において氏が家族の呼称としての意義を有するというだけで人格的利益の侵害を正当化することはできないと考える。他の家族形態においてはそもそも氏が家族の呼称という実態自体があるとはいえないからである。」

「加えて、それ以外に同判決で夫婦同氏制の合理性の説明として挙げられている内容(氏は夫婦であることを対外的に公示し識別する機能を有すること、嫡出子であることを示すこと、家族の一員であることを実感すること、子がいずれの親とも氏を同じくすることによる利益を享受しやすくすること)は、いずれも民法が想定している夫婦や親子の姿の一部を捉えているとはいっても、上記で述べた家族形態の多様化という現実と、家族の形が多様であることを想定し容認する民法の寛容な基本姿勢に照らすと、夫婦同氏制の合理的根拠とはいえない。」

上記反対意見の「民法が定める家族制度においては、法律婚をしている

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

父母の嫡出子の氏は父母の氏とするというルールが設けられている一方で、子を持つ両親が離婚し、さらにそれぞれが別の相手と再婚し、それを繰り返すことは何ら制限されておらず、その結果として子自身の意思によることなく、親の離婚、再婚により、実の両親と、さらには同居の家族とみられる者とも、子の氏が異なる状況に置かれることが民法の制度上も当然想定され、容認されている。」部分は、すなわち、夫婦とその間の血縁関係のある子という婚姻家族以外の婚姻家族が民法上当然想定され、容認されていることを示すものである。「家族の形が多様であることを想定し容認する民法の寛容な基本姿勢に照ら」せば、婚姻が生殖関係保護を唯一の目的としているなどまったくの誤りであることに帰結する。

その上で、原告ら第1 1-1 準備書面・第3 で詳述したとおり、同性カップルもまた生殖及び養育が可能であり、特に養育については、現に少ない数の同性カップルが子の監護・養育を担っているのである。

婚姻制度の目的が生殖保護に限られず、子の養育もまた婚姻制度の目的に含まれることを認める被告の主張に立てば、婚姻制度が同性カップルを想定していないという被告の主張を維持することはおよそ不可能である。したがって、被告の主張は既に破綻している。

第3 本件規定が憲法14条1項に違反する別異取扱いであること

1 はじめに

被告は、被告第3 準備書面(14~22頁)において、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、②同性間の婚姻が認められないことには合理性があると主張した。これに対し、原告らは、原告ら第1 1-3 準備書面において、①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及び②本件別異取扱いに合理的根拠は認められないことを論じた。

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

今般、被告第4準備書面において、被告は、①については再反論せず、②についてのみ再反論を行っている。原告らは、本件別異取扱いについて憲法14条1項適合性の審査を免れることができないことについては、さすがに被告も議論の前提としているものと理解し、以下においては、本件別異取扱いに合理的根拠がないことについて、被告の個別主張に対する反論を行いつつ、改めて以下のとおり整理する。

2 別異取扱いの存在

(1) 性的指向に基づく法的な別異取扱い

婚姻の本質は、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(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁参照)、同性愛者等は、そのような本質を伴った婚姻をその性的指向に従って同性であるパートナーと行うことを希望しても、法律上、同性間での婚姻が認められていないことから、その希望するパートナーとの婚姻は認められない。これに対して、異性愛者は、自らの性的指向に従って異性のパートナーと婚姻することができる。

したがって、異性間の婚姻を認め、同性間の婚姻を認めていない本件規定は、婚姻を希望する者の性的指向に基づき婚姻に関して別異取扱いを行うものである(訴状42～43頁)。

この点、札幌判決(20～22頁)も、「婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為である」とした上で、「同性愛者のカップルは婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生ずる法的効果を享受することはできない。そうすると、異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で区別取扱いがあるということが出来る」と判示

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

して、「性的指向による差別取扱いがないとする被告の主張は、採用することができない」としている。

(2) 個人と個人の問題であるという被告主張について

この点、被告は、「憲法14条1項が規定する法の下での平等とは、個人と個人の平等をい」とした上で、「原告らは、法令上の区別として、『同性カップル』という人的関係と『異性カップル』という人的関係との間の差異について述べるところ、このような差異が、そもそも憲法14条1項が禁止する不合理な差別に該当し得ること及びその理由については、原告らの主張において明らかにされていない。」と主張する(被告第4準備書面17頁)。

しかし、原告らは、訴状(42頁)において、「異性との婚姻を希望する者(異性カップル)には婚姻を認め、同性との婚姻を希望する者(同性カップル)には婚姻を認めないという現行民法及び戸籍法による別異取扱い」を「本件別異取扱い」と定義し、本件別異取扱いの主体を基本的には個人として記載している。ただ、婚姻はカップル単位で行うもので、婚姻の不平等がカップル単位で生じるのは当然であることから、カップル単位の記載も付記しているものである。

個人である同性愛者等あるいは同性カップルのいずれに着目したとしても、別異取扱いを受けていることに違いはないから、被告の主張はいずれにしても本件の審理に影響を与えるものではない。

(3) 性的指向に基づく法令上の区別はないとの被告主張について

また、被告は、「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く、本件規定の文言上、同性愛者であることに基づく法的な差別的取扱いを定めているものではないから、この点に法令上の区別は存在しない。」とも主張する(被告第4準備書面17頁)。

しかし、被告は、他方で、「現行民法も、婚姻の当事者が男女であることを

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

前提としているのであり、このことは、現行民法750条以下において『夫婦』という用語が用いられていることにも表れている」として(被告第2準備書面4～5頁)、民法の文言上、同性である相手との婚姻が認められていないことを自ら認めている。

婚姻の本質は、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(前掲最大判昭和62年9月2日)、この本質を伴う婚姻を同性愛者が行おうとするならば、その相手は、自らの性的指向に従い、必然的に法律上同性の者になる。よって、法律上同性の者との婚姻が認められていないことと、性的指向に基づく婚姻ができないことは、同性愛者にとって、完全に同義である。もし、被告の主張が、民法に「性的指向」という文言が明示されていないことをもって、性的指向に基づく法令上の区別を否定するものであるとすれば、詭弁以外のなにものでもない。

この点、同性愛者が、性的指向が合致しない異性との間で婚姻することができるとしても、そのような婚姻は、当該同性愛者にとって婚姻の本質を伴ったものとならず、そのような婚姻は憲法24条が予定している婚姻と解し難いことや、それをもって異性愛者と同等の法的利益を得ているとみることができないことは、札幌判決(21～22頁)においても確認されているところである。

なお、例えば、被告が引用する長谷部恭男教授の文献(乙14)においても、「憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮するものとは考えていないように思われる」として(187頁。下線は原告ら代理人。)、同性間の家庭生活ないし婚姻が同性愛という性的指向を有する者同士の間のものであることを当然の前提としている。

【求釈明】

被告は、「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」とするが、抽

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

象的・一般的には性的指向に基づく別異取扱いが存在することを認める趣旨か。
仮にそうでない場合、被告は、同性愛者等(同性カップル)が婚姻できないのはいかなる事由に基づくと整理するものか。明らかにされたい。

3 審査基準

原告らが訴状の段階から繰り返し述べているとおり、本件別異取扱いが後段列挙事由に基づくものであること、性的指向は自らの意思でコントロールできない事柄であること(甲A3の1・オーバーガフェル事件アミカス・キュリエ意見書7～9頁、甲A3の2・訳文9～11頁)、被侵害権利・利益が重大であること、民主政の過程で救済されえない事柄であること等から、本件別異取扱いが合理的根拠を有するかは厳格に判断されなければならない(訴状52～55頁ほか)。

この点、札幌判決(22頁)も、「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様のものということができる」とした上で、「このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」として、非常に厳格な審査基準を採用している。

4 本件別異取扱いに合理的根拠がないこと

そのような厳格な審査基準に照らした場合、本件別異取扱いに合理的根拠があるといえるか。

(1) 立法事実の有無・内容

まず、本件規定が制定された当時の立法事実について検討すると、婚姻が男女間の制度とされてきたのは、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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

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ためである(甲A217・風間教授等意見書)。しかし、この異性愛規範は正当性・合理性を失い、さらに、現代では、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(できなければならない)という意識が高まっている(原告ら第11-1準備書面23~41頁)。

この点、札幌判決(24頁)も、「平成4年頃までには、外国及び我が国において、同性愛は精神疾患ではないとする知見が確立したものといえ、…さらに、性的指向は、人の意思によって選択・変更できるものではなく、また後天的に変更可能なものでもないことが明らかになったこと…からすると、同性愛が精神疾患であるということを前提として同性婚を否定した科学的、医学的根拠は失われたものといえる」と述べている。

同性間の婚姻が想定されなかった背景にあった科学的・医学的根拠(立法事実)が失われた以上、同性間の婚姻を認めない本件規定に合理性を見出すことはできない。

(2) 婚姻制度の目的

次に、婚姻制度の目的に照らしても、本件別異取扱いに合理的根拠を見出すことはできない。

すなわち、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様々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(原告ら第11-1準備書面12~23頁及び原告ら第11-3準備書面11頁)。この点、札幌判決(25~26頁)も、「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」とした上で、「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」と判示している。このような婚姻制度の目的に照

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

らせば、同性カップルの共同生活ないし親密関係も異性カップルと同様に婚姻制度により保護されるべきであり、同性カップルを婚姻制度から排除することに合理性はない。

これに対し、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りとされているためである」（被告第3準備書面17頁）として、婚姻制度の目的はあくまで生殖関係保護にあるとしつつ、「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いう観点から、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り、このような要件の設定には合理性がある」（被告第4準備書面18頁）との主張を繰り返し、「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かか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」（原告ら第11-3準備書面17頁）との原告らの指摘に対しては、「原告らの上記主張は、婚姻もまた法制度の一つであって制度を利用するための基準は明確であるという観点を捨象して論難するものであり、差別的なダブルスタンダードであるとの指摘は当たらない」と強弁する（同19頁）。

被告の主張を端的に言い変えると、以下のとおりである。

- ①婚姻制度の主な目的は、婚姻当事者間の生殖関係保護であるから、生殖の意思又は能力のない者には本来婚姻は認められない。
- ②よって、生殖可能性のない同性カップルに婚姻を認めないことには合理性がある。
- ③ただ、婚姻制度の目的は抽象的・定型的に捉えざるを得ず、また、基準は明確である必要があるから、異性カップルについてのみ具体的な生殖の意

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

思又は能力を問うことなく婚姻を認めたとしても、差別的なダブルスタンダードではない。

以下、被告の主張が失当であることを順に述べる。

ア 婚姻制度の主な目的は婚姻当事者間の生殖関係保護にあるから、生殖の意思又は能力のない者には本来婚姻は認められないとする被告主張（上記①）について

(ア) 被告の主張は現行法の規定と整合していないこと

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」（被告第3準備書面17頁）として、「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。

しかし、現行法において、婚姻による法的効果を定めた規定のほとんどは、同居・協力・扶助義務（民法752条）、配偶者相続分・遺留分の設定（同890条、900条及び1042条以下）、財産共有推定及び財産分与（同762条2項及び768条）など、生殖関係の保護ではなく、婚姻当事者間の共同生活や親密な関係の保護を目的としている。

嫡出推定の規定（同772条）ですら、父子関係を早期に安定させることに主眼を置いており、婚姻当事者間の自然生殖による子であること（すなわち父と子の血縁関係）を前提としていない。このことは、最判平成25年12月10日民集第67巻9号1847頁が、生殖能力を有しないことが明らかである性別の取扱いの変更の審判を受けた夫の妻が婚姻中に懐胎した子について同条の推定の効果を及ぼしたことや、最判平成26年7月17日民集第68巻6号547頁が、元夫と同条により嫡出の推定を受ける子について、DNA鑑定により生物学的な親子関

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

係が否定された場合であっても、法律上の親子関係を否定することはできないとしたことから明らかである。2020(令和2)年12月に成立した生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律においても、カップルが生殖補助医療によって第三者から精子又は卵子の提供を受けて授かった子、つまりカップル間の自然生殖によらない子についても、当該カップルとその子との間に親子関係が認められる旨が定められたところである。

また、被告が主張するように婚姻当事者間の生殖関係保護が婚姻制度の主たる目的であるならば、生殖の意思や能力が婚姻成立要件とされ、また、生殖の意思や能力が認められなくなったことが離婚の原因とされるのが自然な論理的帰結であるが、現行法はそのようには設計されていない。

被告の主張は、婚姻の法的効果の一部にすぎない生殖関係保護のみを殊更に取り上げるものであり、現行法の規定と整合しておらず、不当である。

【求釈明】

生殖関係保護が婚姻制度の主たる目的であるという被告の主張は、現行法が定める要件や法的効果がそのように設計されていないこととどう整合するのか、明らかにされたい。

(イ) 被告の主張は社会の意識とも整合していないこと

また、婚姻制度の主な目的が生殖関係保護にあるとする被告の主張は、婚姻や家族に関する社会の意識とも整合していない。

すなわち、原告ら第11-1準備書面(18~19頁)において述べたとおり、各種調査において、「結婚したら、子どもをもつのが当たり

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

前だ」(NHK「日本人の意識調査」(2018年))、「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「第6回全国家庭動向調査」(2018年))といった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。

民法の学説においても、古くから、婚姻制度の目的・本質は、「両心の和合」「心の和合」「共同生活」にあり、「人は子を得る目的のために婚姻するものでは決して無い」などとして、婚姻の目的は生殖に単純化されないとの理解で一致している(原告ら第11-1準備書面5~9、22~23頁)。

(ウ) 被告の主張は、実在する家族の存在意義を否定するものであること

さらに、被告の主張は、実在する家族の存在意義を否定するものである。

すなわち、あえて指摘するまでもないが、世の中には最初から子をもうける意思を持たずに婚姻する異性カップルもいれば、病気や年齢などの理由で子を設けることができないものの婚姻する異性カップルも一定数存在する。

また、子連れで再婚する場合など、片方の親としか血縁関係がない子を夫婦で養育している異性カップルも相当数存在する。

さらに、自然生殖が子を持つ唯一の方法でないことは、当然の知見と

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

なっている。原告ら第11-1準備書面(47頁)で主張したように、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、現行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。法制度上も社会生活上も、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、実践されているのである。

両親と血縁関係がある実子とそうでない子の価値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、「両親とその実子によって構成される家族の形態に特別な価値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」ということが説得的に主張できない限り、被告の主張は成り立たない。

被告の主張は、子のいない異性カップルや両親間の生殖によらない子を養育している異性カップルないし家族の存在意義を否定するものと言わざるを得ない。

【求釈明】

被告は、子のいない異性カップルや生殖によらない子を養育している異性カップルを婚姻制度の本来の目的には合致しない存在であると位置づけているという理解でよいか。

イ 生殖可能性のない同性カップルに婚姻を認めないことには合理性があるとする被告主張(上記②)について

被告は、同性カップルには生殖可能性がないから婚姻制度から排除されることには合理性があると主張するようである。しかし、同性カップルにも「子どもを産み育て」る可能性や蓋然性は十分に存在するのであって、被告の主張は成り立たない。

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

すなわち、生殖補助医療が発達した現代においては、生殖の方法は自然生殖に限られず、異性カップルであるか同性カップルであるかを問わず、生殖補助医療の技術が利用されている。例えば、第三者精子提供を受けて妻が妊娠・出産した子を夫婦で育てている異性カップルが相当数存在するのと同様に、片方の女性が第三者精子提供を受けて妊娠・出産した子を共に育てている女性カップルも相当数存在する。

また、異性カップルが子連れで再婚して子育てをするのと同様に、同性カップルもそのような子育てを現実に実践している。原告小野と原告西川はまさにその実例であり、両名はそれぞれが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)。

このように、同性カップルは、実際に子を生殖補助医療によって授かったり、養育したりしているのであって、同性カップルであるからといって「子どもを産み育て」る可能性や蓋然性がないと結論付けることは、論理的にも実態に照らした場合にも誤りである。旧民法及び明治民法の時代から両親双方の実子の養育に限定されない養育形態が予定・実践されてきたことは前述のとおりであるが、これに加えて生殖補助医療が発達した現在においては、同性カップルと異性カップルの間で生殖の可能性や蓋然性に差異はない。

なお、被告は、「婚姻が子の養育と結びついていない旨主張しているものではない」とするが(被告第4準備書面9頁)、そうであれば猶更、同性カップルを婚姻から排除することに合理性はない。

ウ 婚姻制度の目的は抽象的・定型的に捉えざるを得ないこと及び基準の明確性から、異性カップルについてのみ具体的な生殖の意思・能力を問うことなく婚姻を認めても差別的ダブルスタンダードではないとする被告主張(上記③)について

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

(ア) より明確な基準が存在すること

被告は、婚姻制度の目的は抽象的・定型的に捉えざるを得ないこと及び基準の明確性から、異性カップルについてのみ具体的な生殖の意思・能力を問うことなく婚姻を認めても差別的ダブルスタンダードではないと主張する。

しかし、仮に、被告が主張するように生殖関係保護が婚姻制度の主な目的であるならば、基準の明確性を考慮しても、生殖の意思や能力が婚姻の要件とされるべきであるところ、現行法はそのようには設計されていない。被告の主張は現行法の規定と矛盾した不合理なものである。

また、生殖の意思や能力を要件としない場合であっても、例えば、生殖可能性のない高齢カップルについては、年齢という明確な基準を用いて婚姻制度の利用可能な範囲を限定することが可能であるにもかかわらず、現行の婚姻制度はそのような手法を採用していない。

さらに、性同一性障害の性別の取扱いの特例に関する法律に基づき性別の取扱いの変更を行った者を婚姻制度から排除することも、十分に明確な基準と言えるが、現行法はそのような建て付けとなっておらず、性別の取扱いを変更した者についても婚姻を認めている。

つまり、被告が主張するように生殖関係保護が婚姻制度の主な目的であるならば、かかる目的に即したより明確な基準が存在する。同性カップルを同性カップルであるというだけの理由で婚姻制度から排除することについて、「基準の明確性」を理由として説得的に説明することは不可能である。

(イ) 基準設定が保護されるべき対象と一致していないこと

そもそも、「婚姻制度の目的は抽象的・定型的に捉えざるを得ず、また、基準は明確である必要がある」という被告の主張を前提にしても、この主張そのものからは、婚姻制度の目的をどの程度抽象的・定型的に

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

捉え、婚姻制度の利用の可否をどのような基準で区別すべきかという結論が当然に導かれるものではない。

被告の弁明は、婚姻制度の主な目的を生殖関係保護と捉えた場合でも生殖の意思や能力をもたない異性カップルに婚姻を認めることの説明にはなっているが、子どもを産み育てる可能性や蓋然性を有する同性カップルを婚姻制度から排除することの説明にはなっていない。

問題の本質は、仮に、被告が主張するように抽象的・定型的に判断する必要があり、基準は明確である必要があるのだとしても、なぜ同様の考えに立って、同性カップルも包摂されるような線引きができないのかという点である。異性カップルについて、個々の当事者の具体的な生殖可能性を問わず、生殖の意思や能力ない者にも婚姻を認めるのであれば、同性カップルについても、生殖可能性を具体的に問うことなく婚姻を認めることは可能なはずである。被告が言うのは、家族に関する基本的制度は目的の有無を抽象的・定型的に判断せざるをえない、基準は明確であれ、ということに過ぎないから、生殖可能性のない異性カップルが包摂される基準は許されて、同性カップルが包摂されるような基準は認められないことの説明にはなっていない。合理的根拠がないのに、一方は可能で他方は不可能というなら、それはやはり、差別的なダブルスタンダードに他ならない。

そもそも、基準を明確なものとするのは、実際上の要請に応えるための一種の便法である(婚姻適齢も同様の仕組みである)。便法である以上、それは、当該制度によって本来保護されるべき人の範囲とできるだけ一致するものでなければならないのであって、婚姻制度によって保護されるべきは誰なのかという問題として切り離して論ずることは意味がない。この点、少なくとも、婚姻の効果を享受しうることは重要な法的利益であり(札幌判決23頁)、婚姻制度から排除されることは重

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

大なる不利益である。ところが、「法律上の男女」という外形基準は、この重要な利益を同性愛者等から一律に奪うものであり、いかにも乱暴である。異性カップルか同性カップルかを問わないという外形基準の方が、明確性の要請と本来保護されるべき人の範囲とできるだけ一致するという要請の双方をよりよく満たすことは明らかであり、基準設定として合理的である。

エ 小括

被告の主張の本質は、生殖関係保護という婚姻制度の目的から同性カップルが婚姻制度から排除されることの合理性を導くものではなく、「同性カップルは婚姻制度から排除されても仕方がない」との結論を導くために、現行法の規定や社会の意識・実態を無視して婚姻制度の目的を生殖関係保護と設定しようとするものである。その上で、異性カップルには生殖の意思や能力を問うことなく婚姻を認める一方で、同性カップルについては子の生殖・養育の可能性や実態が認められるにもかかわらず婚姻を認めないという差別を、婚姻制度の目的の抽象性・定型性及び基準の明確性をもって正当化しようとするも、それに成功していないことは、これまで述べてきたとおりである。

この点、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をもって、性別を同じくす

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

る両名に結婚させないというのは、明らかに非合理的な差別的扱いである。」

(4頁) とするところである。

なお、被告は、大村敦志『家族法(第3版)』(乙12)において大村教授が、「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる」という見解を述べるものであると整理するが(被告第4準備書面19頁)、正確には、同教授は、この直前に「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。」とも述べているのであって、同性カップルを婚姻制度から排除することに合理性があるとの持論を述べているものではない。

(3) 制約される権利・利益の内容

このように、同性カップルを婚姻制度から排除する本件別異取扱いについては、立法事実は既に失われ、婚姻制度の目的からしても合理性を認めることができないにもかかわらず、本件別異取扱いにより同性愛者等が得られない権利利益は、憲法が保障する婚姻の自由、社会的承認に伴う心理的・社会的利益、法的・経済的権利・利益及び事実上の利益と多岐に及ぶのであって、本件別異取扱いが同性愛者等に与える権利侵害・不利益は、非常に重大である(訴状43～52頁)。

ア 婚姻の自由

まず、憲法24条1項に基づき、同性愛者等にも婚姻の自由が保障されていることはこれまで述べてきたとおりであるから、本件別異取扱いは、憲法が保障する同性愛者等の婚姻の自由を侵害するものである。

この点、札幌判決(23頁)は、「婚姻によって生じる法的効果を享受する利益は、それが異性間のものであれば、憲法24条がその実現のため

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

の婚姻を制度として保障していることからすると、異性愛者にとって重要な法的利益であるということができる。」した上で、「異性愛者と同性愛者との差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である。」として、「本件区別取扱いは、このように異性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享有し得る重要な利益である婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益について、区別取扱いをするものとみることができる。」と結論付けた。

つまり、札幌判決は、婚姻が憲法上保障された重要な利益であり、その重要性においても享受する利益の価値においても、異性愛者と同性愛者等とで差異はないと述べており、同性愛者等が婚姻できないことが重大な不利益であることを裏付けるものである。

イ 身分関係の公証と社会的承認

また、本件別異取扱いにより、同性カップルは、婚姻関係にあることの戸籍による公証を受けることができず、社会的な承認を得ることもできない。

この点、札幌判決は、「婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為である」(20頁)とした上で、「婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にある」(29頁)としている。そのような身分関係の公証やそれに応じた法的地位が同性カ

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

カップルに与えられないということは、すなわち、同性カップルが、「正当・正常な関係性」であるとの社会的承認を得られないことを意味する。自分の意思ではどうにもならない事由により身分関係の創設・公証から排除・拒絶することは、人を生まれで差別する身分制度と全く同程度に差別的である。

これに対し、被告は、「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」から、「本件規定による取扱いが、同性カップルに対する負のメッセージを社会に伝達したり、同性愛者等に対する構造的差別を生じさせているとはいえない。」と主張する(被告第4準備書面22頁)。

しかし、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁(再婚禁止期間違憲判決)が「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」と述べており、日本においては、法律婚したカップルが「正式」なカップルであると認識され、社会的に承認を受けるべき関係性とされている。婚姻制度は国民の意識に幅広く浸透しており、ある二人が法的な夫婦であるという関係性は、社会生活上当然のように周囲から意識され、尊重されている。そのため、婚姻制度のあり方は、直接的又は間接的に人々の意識に大きな影響を与えており、婚姻が異性カップルに限定されている現行婚姻制度のあり方は、同性カップルや同性愛者等が「社会に承認されるに値しない、異常で劣ったもの」という差別意識や偏見を根付かせ、助長し、その是正を妨げている。このことは、同性愛者等の尊厳を傷つけ、自己肯定感の涵養を妨げ、低下させ、メンタルヘルスの悪化、自殺念慮や自殺未遂を引き起こすなど、同性愛者等が抱える生きづらさを生む大きな要因にもなっている。同性カップルの婚姻を認めない現行の婚姻制度が改められないまま、社会においては、同性カップルや同性愛者等に対する差別意識や偏見が改められるなどという状況は、想像する

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

ことができない。

実際、原告らは、法律婚が認められている異性カップルと同様の生活実態を築いているにもかかわらず(原告ら第15準備書面3~10頁)、同性間の婚姻が認められていないことにより、同性愛者等は社会的に「ないもの」として扱われ(同11~12頁)、同性愛者等に対する差別・偏見が助長され(同12~16頁)、原告らは、将来を描けない絶望感や自己否定感情に悩まされ続けている(同16~26頁)。

この点、最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁(婚外子法定相続分合憲決定)に付された中島敏次郎裁判官ほか4裁判官の反対意見も、「非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる」と指摘しており、その後の最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁(婚外子法定相続分差別違憲決定)においても、当該規定の「存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないこと」が考慮された上で、当該規定による区別には合理的根拠が存しないものとの判断がなされている。

被告は、「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」から負のメッセージは与えていないと言いが、原告らが問題としているのは、「継続的な関係を結べるか否か」ではなく、「国が同性カップルを婚姻制度から排除していること」であって、被告の反論は的外れである。同性間の婚姻が認められていないことは、個別の法的効果(権利・利益)が与えられないということの前に、同性愛者等の個人の尊厳を著しく傷付けるものであるということが、改めて強く認識されなければならない。

ウ 個別の法的効果

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

婚姻によって生じる個別の法的効果について、それを同性カップルに付与しない論理的根拠が存在しないという原告らの主張(訴状56～58頁)に対して、被告からは依然として具体的な反論はなされておらず、個々の法的効果について同性カップルに付与しない論理的根拠が存在しないことを、被告は自認しているものと解さざるを得ない。

これに対し、被告は、「婚姻による法的効果に関する各規定が婚姻制度の趣旨ないし目的に沿って相互に密接に関連するものとして設けられており、恣意的に分断することが不当である」との抽象的な反論を行うにとどまる(被告第4準備書面20～21頁)。

しかし、かかる反論は、これまでの判例における平等権の適用の仕方と相いれないものである。すなわち、最大決平成20年6月4日民集第62巻6号1367頁(国籍法違憲判決)では、父母が婚姻すると子どもが準正し、届出で国籍が取得できる(父母が婚姻しない場合はできない)という「婚姻の効果の一部」を規定する旧国籍法3条の該当部分について違憲無効の判断がなされた。また、最大決平成25年9月4日(婚外子法定相続分差別違憲決定)においても、旧民法900条4号但書により婚外子の相続分を婚内子の2分の1とする規定する部分が違憲無効と判断されている。生まれてきた子が婚外子か婚内子かはまさに「婚姻の法的効果の一部」であるから、これも法的効果の一部について平等権を適用し判断したものである。このように、婚姻の効果の一部について、その享受に婚姻を要求することが不合理なら、その効果に関する区別を部分的に無効にすることはこれまでの判例でもとられてきた判断手法である。つまり、婚姻の法的効果について個別に検討することが問題視される理由はない。

そして、上記各事案では、国籍法や民法で定められた婚姻の一つの効果について平等権違反が問題となっているところ、今回は民法などで定められた婚姻の複数の効果が問題とされており、かつそれが多岐にわたること

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

から、「婚姻」要件の除外ではなく「婚姻」そのものを求めているものである。

なお、同性カップルの場合に適用困難かもしれない規定が存在すること(例えば、男性カップルに嫡出推定の規定(民法772条)をそのまま適用することは想定しづらい)は、その他ほとんどの規定の適用において支障を生じない同性カップルを婚姻制度自体から排除することを正当化しない。このことは、例えば病気等により妊娠・出産することができない妻とその夫については、嫡出推定の規定が適用される余地はないものの、それだからといって当該カップルが婚姻制度から排除されるわけではないことを考えれば明白である。生殖に関する規定については、適用のあるカップルについて適用し、そうでないカップルについては適用されないというだけのことである。

【求釈明】

婚姻による法的効果を同性愛者等に与えないことの合理性の有無を一つ一つの法的効果について検討することが不当であると被告が主張するのであれば、全体的かつ総合的に見た場合に、同性カップルにも適用可能な法的効果がほとんどであるにもかかわらず、同性カップルが婚姻制度そのものから排除され、婚姻による法的効果の一つも得ることができないことの合理性はどこにあるのか。説明されたい。

(4) 事情の変化

最高裁は、婚姻や親子等の家族生活に関わる領域においても、以前は合憲と判断されていた法律について、国内外の社会状況の変化や国民の意識の変化を踏まえ、違憲と判断してきた(前掲国籍法違憲判決、前掲婚外子相続分差別違憲決定、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁(再婚禁止

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

期間違憲判決) など)。

原告らがこれまで各準備書面において詳述してきた国内外の社会状況の変化及び国民の意識の変化を踏まえれば、本件別異取扱いにもはや合理的根拠が見いだせないことは明らかである。

なお、札幌判決は、国民の中には「同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観」も存することから、立法府は、「異性婚と同様の同性婚を認めるかについてその裁量権を行使するに当たり、上記のような否定的な意見や価値観を有する国民が少なからずいることを勘酌することができる」とし、また、そのような事情は、「同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部であってもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌されるべきもの」であると判示する(28～29頁)。

しかし、同判決が指摘するとおり、「国民の総意が同性婚に肯定的であるということに至らないのは、明治時代から近時に至るまで、同性愛は精神疾患でありこれを治療又は禁止すべきものとの知見が通用しており、そのような結果、同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観が国民の間で形成されてきたことが、理由の1つであると考えられる」(28頁)。そして、そのような知見は「平成4年頃には完全に否定された」(31頁)。そうであれば、現在では完全に否定された誤った知見に基づいて形成された「同性婚を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観」を、そのまま立法府が裁量権行使に当たって斟酌し得るものとするのは、結局のところ、合理的な理由を欠いた差別的な意見や価値観であっても性的指向に基づく区別取扱いの合理的根拠たり得ること(つまり、本件規定の合理性を基礎付ける事情たり得ない誤った知見が、国民の「意見や価値観」というフィルターを通すことによって、再び本件規定の合理性を基礎付ける事情となること)を認めるのに等しい。かかる帰結は、性的指向に基づく区別取扱いについて「真にやむ

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

を得ない」合理的根拠を求める同判決の判示(22頁)と到底整合し得ない。

この点、木村草太教授の意見書(甲A420)7頁も、「同性婚を認めることを嫌悪する国民がいるという理由で、同性婚を認めなかったり、異性婚とあえて別制度の同性婚制度を設けたりするのは違憲の疑いが強く、そのような制度を作る立法裁量があるとは理解できない」と指摘し、また、駒村圭吾教授の意見書(甲A241)24頁においても、憲法婚24条2項の定める「個人の尊厳」に照らして立法をすべき義務が国会にある以上、「婚姻は異性愛者間で行われるもの」という「国民の意識」は考慮要素から排されなければならないとされている。

以上のことからすれば、札幌判決が、同性間の婚姻に対する否定的な意見や価値観を持つ国民が少なからずいることを立法府が斟酌し得るかのように判示した点は、「同性愛は精神疾患でありこれを治療又は禁止すべきものとの知見」が完全に否定された平成4年頃までの間における過去の立法府の裁量権行使に対する評価に関するものとして限定的に解釈することが相当であり、今後とも将来にわたって、同性間の婚姻を法律によって認めることに対する否定的な意見や価値観を有する国民が少なからずいることを理由として、同性間の婚姻を法律で認めることや同性愛者に対して婚姻によって生じる法的効果を享受する法的手段を提供することを拒むことを許容する趣旨を含むものではないと解するのが相当である。このような解釈は、同判決(29頁)が、「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比較して、自らの意思で同性愛を選択したのではない同性愛者の保護にあまりにも欠けるといわざるを得ない。」と判示していることとも整合的である。

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

5 小括

異性間の婚姻を認め、同性間の婚姻を認めていない本件規定は、同性愛者等の性的指向に基づき婚姻に関する別異取扱いを行うものである。かかる別異取扱いに合理的根拠があるか否かは厳格に審査されなければならないところ、立法事実、婚姻制度の目的、制約される権利・利益の内容、事情の変化等を踏まえれば、本件別異取扱いに合理的根拠が認められる余地はなく、被告からも、それを覆すに値する主張はなされていない。本件別異取扱いは、憲法14条1項が禁止する法的な差別的取扱いに該当するのであって、本件規定は同項に違反する。

なお、念のため付言すると、異性カップルと同様の法的効果を伴う婚姻という手段を同性カップルが選択できるようにしなければ、違憲状態を解消することはできない。

すなわち、まず、札幌判決(23頁)が「異性愛者と同性愛者との差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、異性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を享受する利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、異性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である。」と判示したとおり、同性カップルと異性カップルには等しい法的効果が与えられなければならない。

また、同判決(20頁)が、「婚姻とは、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果を同時又は異時に生じさせる法律行為であると解することができる」とするよう、婚姻によって生じる法的効果は、婚姻により「公証」される「身分関係」と結びついている。よって、根本となる身分法(家族法)の改正を伴わずに、他の関係諸法令の改正のみにより同性愛者等に対して婚姻によって生じる法的効

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

果を享受し得るものとするような法的手段は、婚姻の本質的な法的効果を付与せずに個々の法的効果を付与するものにすぎず、本件規定の違憲性を解消する手段として相当でない。同判決(29~30頁)も、「婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にあるいえる。そうすると、婚姻は、契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」旨を明示的に述べている。

さらに、同判決(31頁)は、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない(全く同じ制度にはできない)こと」とも述べるが、例えば、国による同性間の登録パートナーシップ制度などという形で、敢えて異性間の婚姻と別の法制度を設けることは、合理的理由を欠いた差別的なものであるとしてアメリカの判例法理でも否定された「分離すれど平等」の誤りを繰り返すものとして当然に否定されるべきものである(木村草太教授意見書〔甲A420〕6頁参照)。このことは、ドイツ連邦憲法裁判所による平等原則の適用により異性カップルの法律上の婚姻と生活パートナーシップ法上の同性カップルとの間の取扱いの相違が次々と違憲とされ(西村枝美「同性婚の未規定性の憲法適合性—婚姻の自由ではなく人格権の問題として—」関西大学法学会編『関西大学法学論集』69巻3号154頁、203-204頁本文及び注98(関西大学法学会、2019年)(甲A423)参照。)、最終的には、立法による同性婚制度の導入に至ったドイツの経験が教えるところである。中岡淳「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新・判例解説Watch憲法No.187、1頁、4頁(日本評論社、2021年)(甲A424)も、「ドイツ連邦憲法裁判所の判例が示すように、婚姻を『異性婚』と定義しつつ、区別事由としての『性的指向』を平等審査の厳格化の要因として考慮していくと、異性間の婚姻と同性パートナーシップの法律関係における実質的差異はほぼ完全に失わ

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

れていく」、「日本の司法がドイツと同じ轍を踏まないためには、『婚姻の自由』という実体的権利を前提に、その適用範囲に同性婚を含めないことが適切か否かを論ずる必要があると思われる」と指摘している。

いずれにしても、立法府が、異性カップルと同性カップルとの間で享受し得る法的利益の内容やそれを付与する法的手段について区別取扱いをしようとするのであれば、上記3(審査基準)で述べたとおり、かかる別異取扱いが合理的根拠を有するかが厳格に判断されなければならない(札幌判決(22頁)の表現を借りるならば、「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」)。

ただし、以上のような検討は、婚姻及び家族に関する事項についての具体的な制度の構築の責任を第一次的に負う立法府がまずもってなすべきものであって、これらの点に関する立法府の検討の結果が何ら示されていない現状において、裁判所が、本件規定の違憲性を解消するための具体的な法的手段の詳細まで示さなければ、本件規定を違憲とする判断をなし得ないというものでない。

第4 本件規定が憲法24条2項に違反していること

1 はじめに

被告は、憲法24条2項が、同条1項を前提に具体的な制度構築における要請・指針を示したものであり、異性間の関係としての婚姻以外については立法による制度構築が要請されていないこと、法律上同性のカップル間での婚姻を認めていない本件規定は「個人の尊厳と両性の本質的平等」という要請を損なっておらず国会の立法裁量の逸脱していないこと等を主張する。

しかし、被告の上記主張は誤りである。いずれの反論も失当であること、法律上同性のカップルに婚姻を認めない本件規定が「個人の尊厳及び両性の本質的平等」に立脚することを立法府に求めた憲法24条2項に違反することを論証する。

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

2 憲法24条1項と憲法24条2項の関係について

(1) 被告の主張

被告は、憲法24条1項の「両性」という文言から、憲法24条1項は当事者双方の性別が同一である場合に法律婚を成立させることを想定していないため、憲法24条2項は、異性間の関係としての婚姻以外については立法による制度の構築が要請されていない、そのため憲法24条2項違反が生じえないなどと主張する(被告第4準備書面23頁)。

(2) 原告らの反論

しかし、被告の上記反論は成り立たない。

ア 憲法24条は、明治民法下での封建的な家族観を排し、婚姻における自由・平等な結合形式を基礎に家族形成を考えるべきことを定めた条文である(甲A251駒村圭吾教授意見書・16頁)。

このような制定の趣旨を踏まえて憲法24条の構造をみると、家制度のもとで戸主による婚姻への介入が認められていたためにいつ誰と結婚するか否かについてさえ当事者の意思の自由が制限されていたこと、及び、婚姻における男女の権利義務に苛烈な不平等があったこと、という家制度の問題点の中核を何よりもまず明確に否定し、そこからの解放を宣言するために、第1項が制定された。そして、婚姻及び家族に関する具体的な事項は法律によって定められるものであるところ、家制度をあらゆる方面から根絶するためにフリーハンドの法律事項とするのを許さず、これらを定める法律は個人の尊厳と両性の平等に立脚しなければならないという厳格な規律として第2項が置かれた。

つまり、同条1項は、憲法制定当時、「家族生活における個人の尊厳と両性の平等」において特別に重要な規律を宣明したのであって、婚姻及び家族に関する事項の全てについて規律したものではない。婚姻及び家族に関する

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

事項全般の具体的な規律は同条2項に委ねられており、同条2項が同条1項を包含するという構造である。ゆえに、仮に、同条1項は男女の婚姻のみを規定しているという被告の主張に立ったとしても、同条2項は同条1項の規定する範囲を超えた守備範囲を有する定めであるから、同条2項もまた男女の婚姻のみを規定する条文であるとは論理必然には導かれない。

イ また、「同性愛者と同性愛者との差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、同性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益の価値に差異があるとする理由はな」として、同性愛者と同性愛者の楽しむ利益の価値は等価であることが確認された札幌判決を踏まえれば尚更、婚姻及び家族に関する事項を規律する同条2項が同性愛者のカップルないし法律上同性どうしのカップルの婚姻及び家族に関する事項を排除していると解することはできない。もしそうであるなら、同条2項が性的指向に基づく差別的取り扱いを容認していることになってしまうからである。

ウ それに加え、上述したとおり、憲法24条が明治民法下での封建的な家族観を排し、婚姻における自由・平等な結合形式を基礎に家族形成を考えるべきことを定めた条文であることからすれば、同条2項の「両性」という文言を男女と拘泥して解釈する必然性は失われている。憲法制定過程における関心は、封建的家族制と決別し、婚姻を当事者間の合意に委ねる点にあったのであり、家族観は可変的なものであって、将来の変遷に開かれたものと見られていたことが制定過程の議論からもこのように理解すべきであるからである(甲A251・18頁～19頁)。

そして、「同性愛が精神疾患であることを前提として同性婚を否定した科学的、医学根拠は失われた」(札幌判決)今日、婚姻及び家族に関する事項における自由と平等の実現は、同性愛者だけが享受するものではなく、同性

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

愛及び両性愛といった異性愛者と等価値の性的指向の者も等しく享受すべきであることが否定される理由はないからである。

したがって、同条2項の「両性」は、「一对の性」や「一組の性」といった、性別中立的な文言として解するのが妥当である(甲A251・8頁)。

エ このように、法律上同性のカップルを婚姻制度に組み込まない本件規定が憲法24条2項にいう「個人の尊厳」に立脚したものであるか否か、すなわち、本件規定の憲法24条2項適合性は、憲法24条1項の保障範囲とは別の次元にあるものとして問題となる。

3 本件規定が憲法24条2項に違反するということ

憲法24条2項は、「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。」と定めている。

被告は、24条2項の「法律は……制定されなければならない」との文言や、後掲の再婚禁止期間違憲判決の「婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに」という判示の一部に依拠して、24条2項が立法府に広範な裁量を与えており、法律上同性のカップルに婚姻を認めないことも、立法府に与えられた広範な立法裁量を逸脱・濫用するものではないと主張する。

しかしながら、被告の主張は誤りである。

憲法24条2項は、憲法上、法律事項とされている事項に関する他の条文、たとえば国籍に関する憲法10条や租税に関する憲法84条などと異なり、「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」として、立法にあたっての要請を明示して規律している。つまり、婚姻及び家族に関する事項についてフリーハンドの法律事項とするのを許さず、これらを定める法律は個人の尊厳と両性の平等に立脚しなければならないという厳格な規律として置い

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

たのである。

そこで、以下、これまでの最高裁判例で明らかにされた憲法 24 条 2 項の規範としての意味・機能を述べ、本件規定が憲法 24 条 2 項という「個人の尊厳」に違反する旨を論ずる。

(1) 憲法 24 条 2 項の法的規範としての意味

再婚禁止期間違憲判決(最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 242 7 頁)は、憲法 24 条 2 項は「婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える」と判示した(傍線は原告ら代理人による)。

憲法 24 条 2 項は、婚姻及び家族に関する事項の法制化について、「個人の尊厳」「両性の本質的平等」に照らして、その制度構築に憲法上の制約・限界を与えた。憲法 24 条 2 項がこのような立法府への統制を施したのは、家庭生活における個人の尊厳及び両性の本質的平等が無視されていた明治民法化の家制度に対する真摯な反省に基づくものである。それゆえ、他の条文(憲法 10 条、84 条)と違って、あえて立法裁量を統制する規定がなされていることも併せれば、同条 2 項による立法裁量の統制は極めて厳格であると解さなければならない。

また、2021(令和 3)年 6 月 23 日に出された夫婦同氏強制事件最高裁決定宮崎裕子裁判官及び宇賀克也裁判官反対意見においても、「憲法 24 条 2 項は、婚姻及び家族に関する事項を法律事項とするのみ定めているわけではなく、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して法律が制定されなければならないと明記している。」と述べられ、また、同決定三浦守裁判官意見においても「憲法 24 条 2 項は、その立法に当たり、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきものとして、その裁量の限界を画しており、憲法上の権利として保

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

障される人格権を不当に侵害する立法措置等を講ずることは許されない。」と述べられており、これらの判示もまた、同条2項がフリーハンドの法律事項ではなく、裁量の限界を厳格に規律するものであることを示している。

このように再婚禁止期間違憲判決等は、憲法24条2項に厳格な統制の規律としての意味を持たせたことが明らかとなった。

その上で、判決が示した憲法24条2項による「要請、指針」の内容については、以下で詳述するように、夫婦同氏合憲判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)及び非嫡出子法定相続分差別違憲決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)によってその内容が明らかになる。

(2) 憲法24条2項による「要請、指針」の内容

ア 夫婦同氏合憲判決から導き出される具体的機能

夫婦同氏合憲判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)によって、憲法24条2項の「要請、指針」は3つの厳格な規範命題に敷衍された。

同判決は、憲法24条2項の明示している要請・指針は「単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」と判示した(傍線等は原告ら訴訟代理人による)。

すなわち、同判決は、憲法24条2項の「個人の尊厳と両性の本質的平等」との文言について、立法府に対し、①「個人の尊厳」につき、「憲法

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと」と、②「両性の本質的平等」につき、形式的平等では足りず「**両性の実質的な平等が保たれるように図ること**」、③そして、「**事実上不当に制約されることのないように図ること**」、という3つの厳格な命題を達成するよう求める機能があることを明らかにしたものである(以上につき、甲A241・17頁～19頁)。

イ 非嫡出子法定相続分差別違憲決定から導かれる具体的機能

非嫡出子法定相続分差別違憲決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)も憲法24条2項の解釈において重要な判示をしている。同決定は、遺産相続に関し嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする規定の憲法14条1項適合性を審査するなかで、憲法14条1項のみならず憲法24条2項をも引用して、以下のように述べた。

「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向...等を総合的に考察すれば家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に意識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる」。

この部分は、まさに法定相続分差別の合理的根拠を否定し、(憲法24条2項を引照しつつ)憲法14条1項違反を述べた核心部分である。

上記核心部分を導き出すにあたり、最高裁は、「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする」規定の合理性を、「種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべ

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

き法的問題と整理したのであり(傍線等は原告ら訴訟代理人による)、「個人の尊厳と法の下での平等」という規範によって「嫡出でない子の法定相続分を嫡出子のその2分の1とする」規定を違憲であると判断したものである(以上につき、甲A241・21頁)。

同判決に照らしても、本件規定の憲法24条2項適合性審査の中心は、「個人の尊厳」と「法の下での平等」に違反するか否かである。

なお、同判決は「法律婚を重視する意識」を家族の形態の多様性を受容する国民の意識に対して劣位におき、非嫡出子の法定相続分規定について、上記のとおり「個人の尊厳と法の下での平等」に照らして違憲であると判断している。すなわち、この考えからすれば、被告が主張する「国民感情を含めた社会状況」(被告第4準備書面24頁)は、憲法適合性審査においてなんら決定打にならないことが導かれる(甲A241・21頁脚注27)。

ウ まとめ

これらの最高裁判例を踏まえれば、本件の憲法24条2項の審査について導かれる規範は以下のとおりである。

憲法24条2項によって、立法府に広範な裁量が委ねられたのではなく、むしろ立法府に対し立法裁量の統制を厳格に規律したのであって、問題となる法規定の憲法適合性にあたっては、夫婦同氏合憲判決の示した3つの命題をも参照して「個人の尊厳」に違反するか否かを厳格に判断しなければならない。

そして、その判断においては、「国民感情」や「社会通念」を過大に考慮してはならず、本件規定の憲法適合性はあくまでも「個人の尊厳」に立脚して法的に判断しなければならないのである(甲A241・21頁～22頁)。

(3) 本件規定が「個人の尊厳」に違反すること

以上を踏まえれば、同性カップルに婚姻を認めない本件規定は、既存の家族

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

制度の合理性を判断する憲法24条2項に照らして正当化される余地はないという結論が導かれる(甲A241・18頁～19頁)(原告ら第7準備書面5頁～11頁をも参照)。以下、具体的に検討する。

ア 「婚姻の自由」の侵害

婚姻は、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係を公証し、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという身分関係と結びついた複合的な法律効果を同時又は異時に生じさせる法律行為である(札幌判決・20頁)。再婚禁止期間違憲判決が、婚姻をするについての自由について「尊重に値する」と判示したように、婚姻の自由は憲法上の保護を受ける権利利益である。また、最大決令和3年6月23日三浦意見〔8頁〕は、再婚禁止期間違憲判決における婚姻の自由の定義について、「これは、民法の規定が、再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき、憲法の平等原則との関係で考慮すべき点として判示したものであり、この自由の憲法上の位置付けや規範性を限定したものではない」とした上で、「婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つである」と述べている。この判示からも、婚姻の自由は憲法上の権利利益であって法規範性を有するものである。

そして、「同性愛が精神疾患であることを前提として同性婚を否定した科学的、医学根拠は失われた」(札幌判決)今日、婚姻及び家族に関する事項における自由と平等の実現は、異性愛者だけが享受するものではなく、同性愛等も等しく享受すべきであることに争いはない。にもかかわらず、本件規定は同性愛者等がその性的指向に基づいた法律上同性の相手と婚姻するかしないかの自由を直接的に奪っているのであるから、憲法上の権利利益であるところの婚姻の自由を直接的に侵害するものである(夫婦別

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

姓訴訟判決の命題①)。

イ 重要な法的利益を奪っていること

そして、婚姻は、社会の重要な法律上の利益及び効果と密接に結びついている。婚姻によって生じる法律効果は、数多くあり、例えば、相続権、財産共有数艇及び財産分与、共同親権、所得税・住民税、相続税、在留資格等の効果が存在する(訴状44頁～52頁)。札幌判決29頁でも「婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証とその身分関係に応じた法的地位を付与する点にある」としたうえで、婚姻によって生じる法的効果は「法的利益であると解する(23頁)」とされている。本件規定は、同性愛者等から、このような重要な法的利益の一切の享受を奪っているという意味において、本件規定は、同性愛者らに極めて強い不利益を与えているものである。

ウ 侵害が永続的であること

そのうえ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないし、変更すべきものでもない(甲A2の2、甲A3の2・9頁、甲A7の2・13頁など)。それゆえ、本件規定は、同性愛者等から、婚姻という公証及び婚姻によって生じる法的利益の享受を永久的に奪っていることになる。すなわち、本件規定は、同性愛者らから、事実上どころか、法律上、婚姻と婚姻によって生じる法的利益を直接かつ永続的に侵害しているのであって(夫婦別姓訴訟判決の命題③)。侵害の程度は極めて深刻である。

エ 本件規定が与えるスティグマ

被告は、日本では、同性愛者らが二人で共同生活をする事自体が否定されていないのだからそれで十分であると強弁する。

しかしながら、札幌判決29頁が、婚姻によって生じる法的効果の本質は「身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にある」と述べているように、婚姻はそのカップルの関係性を公に証

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

明する機能をもち、法律婚を尊重する意識がいまだに根強い現代日本社会において(札幌判決22頁～23頁)、婚姻することではじめてカップルは社会の一員と認められるという風潮が根強くある。

ところが、法律上同性のカップルは婚姻という選択肢が奪われているゆえに、真摯な関係として認知されず、「社会から認められない」、「風変わりな」、「特異な」、「異質な」、「不幸な」関係と扱われる状況が残存する。これらのことは、本件原告らの陳述書や原告ら以外の当事者による陳述書にて生々しく述べられているとおりである(原告ら第15準備書面も参照)。

そればかりか、今日においても、国会議員から「LGBTは種の保存に背く」「道徳的にLGBTは認められない」と発言が平然となされる(甲A413)。これらの差別発言からも、法律上同性のカップルの関係性が真摯なものとして認知されているとは到底言えないであろう。

これまでの準備書面でも繰り返し述べているとおり、同性愛者等及び法律上同性カップルに対する偏見や差別意識を残存させている大きな要因の一つが、法律及び国の制度の在り方にある。

法律及び政府の態度が、社会における差別感情、差別意識を助長増幅することはかねてより指摘されており(甲A209・81頁～88頁)、最大判平成7年7月5日民集49巻7号1789頁の反対意見が「非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一と定めていることは、非嫡出子を嫡出子に比べて劣るものとする観念が社会的に受容される余地をつくる重要な一原因となっていると認められる」と述べているのも同趣旨である。国の法制度の在り方は、特定の属性の人たちを優遇し、その反面としてその属性に属さない少数者についてスティグマを押しつけてネガティブなメッセージを印象付けるといった差別の温床となりうる危険を常に孕んでいる。国の法制度のあり方は、国民及び日本に住む人々の意識に見えない影

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

響を及ぼすのであるから、本件規定の存在が、法律上の同性カップルの関係は社会的に認められないものであるという観念を醸成する根源となっており、結果として、「LGBTには生産性がない」「道徳的にLGBTは認められない」といった差別発言に代表される同性愛そのものに対する差別感情を生産し続けているといえるのである(甲A208・差別発言の一覧)。

本件規定は、法律上同性カップルの婚姻を認めていないことによって、法律上同性カップル及び同性愛者に対する差別意識、劣位意識、すなわちスティグマを社会に植え付けているのである。

オ 小括

憲法24条2項の「個人の尊厳」は「個人の意思的行為とは別に、人間存在そのものに対する犯しがたい畏怖の根源(甲A241・24頁)」、「個人の、人間としての尊厳(甲A35・125頁)」とも解される。このような解釈に立たなくても、少なくとも、憲法24条2項は、憲法13条とは別にあえて「個人の尊厳」という文言を規定していることからすれば、家族及び婚姻に関する事項を定めるうえで、立法府に対して、人が生きるうえで当然備えなければならない尊い価値の尊重を強く要求したと解することができる。

それにもかかわらず、本件規定は、同性愛者等から憲法上の重要な権利利益であるところの婚姻の自由及びそれに伴う法的効果を直接的かつ永久的に奪っている。

また、本件規定は、同性愛者等は異性愛者と等しく扱われない存在である、劣った存在であるというスティグマを押し続ける源になっている。このことは、同性愛者等に対して、婚姻によって生じる法的効果のみならず、人に対して当然に払われなければならないリスペクト、敬意、畏怖を否定する皆ともになっている(甲A241・24頁)

したがって、本件規定は、「個人の尊厳」(憲法24条2項)に違反す

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

るのである。

カ 同性愛者に対するネガティブな価値観の考慮は許されないこと

もともと、近時の調査によれば、同性同士の婚姻を法律で認めるべきとの国民の意見は多数になりつつあるものの、いまだに同性間の婚姻に対する否定的な意見や価値観が存在する。

しかしながら、そのような国民意識は、「個人の尊厳」に違反するか否かという法的判断をするうえでは、考慮されてはならない(非嫡出子違憲判決の命題)。

札幌判決はそれを限定的にしろ斟酌しているが(28頁から29頁)、個人の尊厳に違反するか否かの審査においては、限定的であってもそれらの判断を優先することはあってはならない。

4 被告の反論に対する再反論

(1) 被告の反論要旨

被告は、原告ら第7準備書面で主張した点について縷々反論を試みている。すなわち、

- ① 契約や遺贈などによって「婚姻と同様の法的効果」を得ることができるため個人の尊厳に違反しない(被告第4準備書面第6の2(3)ア〔26頁〕)、
- ② 異性カップルも同性カップルも婚姻によらずに人生のパートナーとして継続的關係を作ることにはできる(被告第4準備書面第6の2(3)イ〔26頁〕)、
- ③ 最大判平成27年12月16日で判示された「誰と婚姻をするかについて当事者間の自由かつ平等な意思決定にゆだねられるべきであること」から当事者双方の性別が同一であっても婚姻できるということが当然に導かれるわけではない(被告第4準備書面第6の2(3)ウ〔27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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

④ 本件規定は婚姻を利用することができるか否かの基準を性的指向に設けたわけではない(被告第4準備書面第6の2(3)エ〔27頁〕)、

⑤ 婚姻制度の対象を男女に限定することには合理的な理由があり、婚姻によらないパートナー関係を結ぶことはできるのだから、同性カップルに婚姻を認めなくても同性愛者らへのスティグマの付与にならない(被告第4準備書面第6の2(3)オ〔28頁〕)、

などと述べて、本件規定は同性カップルの「個人の尊厳」を傷つけない旨主張する。

(2) 原告らによる再反論

しかしながら、被告の主張はいずれも失当である。

ア 主張①について

札幌判決20頁で述べるように、婚姻は婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係を公証し、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという身分関係と結びついた複合的な法律効果を同時又は異時に生じさせる法律行為である。婚姻は契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものではないし、そもそも婚姻によって生じる法的効果の一つである配偶者の相続権(民法890条)についていえば、遺贈又は死因贈与によっては遺留分減殺請求権を受ける可能性があることなどの点において、完全に代替することはできない(札幌地判令和3年3月17日判決裁判所HP参照(平成31(ワ)267号)30頁)。

イ 主張②について

法律婚が浸透しているこの現代社会では、婚姻するかしないかの選択が人生において、重要なライフイベントであることは疑いがない。それにもかかわらず、被告は婚姻に拠らずに人生のパートナーとして継続的関係を作ることはできるから婚姻制度を利用できずとも個人の尊厳に違反しな

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

いと言いつつ、この反論がまかり通るとすれば、異性カップルにおいても婚姻制度を廃止しても「個人の尊厳」に違反しないことになる。しかしそのような事態を被告は果たして許容するのであろうか。前述したように、法律婚が浸透している社会においては、いまだに多くの異性カップルが、法律婚を選択しているが、その異性カップルに対して、婚姻によらずして人生のパートナーとして継続的関係を作ることができるからとして婚姻する必要はないというのだろうか。異性カップルについては婚姻制度は必要であると認める一方、同性カップルの場合には婚姻制度の享受を認めない、というこの姿勢そのものが、何らの合理的根拠を持たない差別そのものである。

また、原告らの主張の主眼は、婚姻するかどうかの選択肢（すなわち、結婚の自由である。）の有無にある。異性カップルのうち結婚をせずに幸福を追求できる者がいるとしても、それは婚姻するかどうかの選択肢を行使した上でのことである。かかる選択肢が用意されておらず、選択以前に婚姻しないで生きることを強いられている法律上同性カップルと同列に解することができないのは火を見るより明らかである。にもかかわらずこのような主張を平然と維持する被告の態度は原告らはじめとする同性愛者等への侮辱にほかならない。これまでもこの主張の撤回を求めているが、改めて撤回を求める。

ウ 主張③について

被告はなんら理由を示さずにかかる主張をしている。被告の主張の根拠が全く不明であるから、被告はその理由を説明すべきである。「誰と婚姻をするかについて当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられる」という原則は、婚姻相手の選択の自由であって、「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」（最高裁昭和62年9月2日判決）とするところの婚姻

【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」東京訴訟(東京地裁)第7回期日(20210630)提出の書面です。

の本質からすれば、自らの性的指向に合致した相手の選択であることを当然含むと解すべきである。

エ 主張④について

本書面における憲法14条1項に関する主張において述べたとおり、本件規定は性的指向という事由に着目して法的な別異取り扱いを設けていることは言うまでもなく、被告の反論は的外れである。

オ 主張⑤について

被告は、本件規定が文言上、同性愛者であることに基づく法的な差別的取扱いを定めたものではないと主張するところ、民法は「妻」「夫」と規定し、明らかに異性同士の婚姻しか認めていない。民法900条4号但し書き前段との文言の違いを主張するが、民法が異性同士の婚姻のみを認め、同性同士の婚姻を全く排除しているということは言うまでもない。それによってスティグマが発生していることは本書面においても繰り返し主張しているところである。

5 24条2項に関するまとめ

以上詳述してきたとおり、本件規定が憲法24条2項にいう「個人の尊厳」の要請に適合するものではないことは明らかであり、被告のこの点に関する反論にはいずれも理由がない。

故に、本件規定は憲法24条2項に違反する。

第5 おわりに

本件規定は、憲法24条1項、憲法14条、憲法24条2項にもいずれにも違反する。

以上