

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

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

第 15 準備書面

(被告第 5 準備書面 32 頁～36 頁に対する反論)

2021 年 (令和 3 年) 11 月 30 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

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

第 1 はじめに-----本準備書面の目的

原告らは、本準備書面において、2021（令和3）年9月10日付被告第5準備書面（以下「被告第5準備書面」という。）32頁乃至36頁の被告の主張に対し、反論する。

なお、本準備書面における略語は、新たに定義するものを除き、原告ら提出の従前の書面の例による。

第 2 札幌地裁判決における明治民法及び現行民法の立法事実について

1 札幌地裁における明治民法及び現行民法の立法事実の認定が誤っているとの被告の主張が的を射ないものであること

(1) 被告の主張

被告は、本件諸規定の制定時に同性婚が規定されなかったのは、同性愛が精神疾患の一種であるとする誤った知見に基づくものであるわけではないから、札幌地裁判決が、本件諸規定の制定時に同性愛が想定されなかったのは、同性愛を精神疾患の一種とする知見に基づくものであると判示したのは誤りであるなど主張する。

しかし、この被告の主張は以下に述べるとおり理由がない。

(2) 被告が札幌地裁判決を正しく理解していないこと

被告は、本件諸規定の制定時に同性婚が規定されなかったのは…同性愛が精神疾患の一種であるとする誤った知見に基づくものであるわけではない、と主張して札幌地裁判決を批判している。しかし、札幌地裁判決は、「同性婚が社会通念に照らして当然のこととして認められないと解されていた」のが同性愛についての誤った知見に基づくものであると述べているのであって、「本件諸規定の制定時に同性婚が規定されなかった」のが同性愛についての誤った知見に基づくものであると述べているのではない。

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

すなわち、札幌地裁判決は、まず、明治民法及び現行民法の制定過程及びそこで規定された婚姻がどう理解されていたかについて、「明治民法における婚姻は、終生の共同生活を目的とする、男女の、道徳上及び風俗上の要求に合致した結合関係であり、又は、異性間の結合によって定まった男女間の生存結合を法律によって公認したものであるとされた。したがって、婚姻が男女間におけるものであることはいうまでもないことであるとされ、よって、同性婚を禁じる規定は置かれていなかった」（札幌地裁判決 5 頁）、「昭和 22 年民法改正は、明治民法のうち憲法に抵触する規定を中心に行われ、憲法に抵触しない規定については明治民法の規定を踏襲したものであり、この際に同性婚については議論された形跡はない」、「昭和 22 年民法改正によっても、婚姻は引き続き男女の当事者のみができるものとされ、夫婦関係とは、社会で一般に夫婦関係と考えられているような、社会通念による夫婦関係を築く男女の精神的・肉体的結合であるとされていた」（札幌地裁判決 8 頁）と認定し、その事実認定を前提として「我が国においては、同性婚は、明文の規定を置かずともそのような社会通念に照らして当然のこととして認められないと解されてきた」（札幌地裁判決 24 頁）と述べる。

そして、そのように解されてきた背景理由として、同性愛が精神疾患であるとする知見があり、同性愛者は、社会通念に合致した正常な婚姻関係を築けないとする考えが存したものと解されることを指摘するものである（札幌地裁判決 24 頁、26 頁）。

このように、札幌地裁判決は、「同性婚が社会通念に照らして当然のこととして認められないと解されていた」のが同性愛についての誤った知見に基づくものであると述べているのであって、明治民法及び現行民法の制定過程において、同性婚に関する規定を設けないことの

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

理由として同性愛が精神疾患であるとする知見が明示的に援用された
というような事実を指摘するものではないから、上記のような被告の
主張は札幌地裁判決を正しく理解しておらず、的を射ないものである。

- (3) 明治民法制定当時の同性愛の扱いの事実認定に誤りがあったとしても札幌地裁判決が誤っているとはいえないこと

被告は、「明治民法の制定当時、我が国において同性愛が精神疾患として扱われていたとの札幌地裁判決の事実認定は、証拠に基づかないものであり、当該事実を前提とする同判決の判断も誤っている」などと主張する（被告第 5 準備書面 3 4 頁）。

しかし、原告らは、明治民法の規定の違憲を主張しているのではなく、1947（昭和22）年に全面的に改正された現行民法や戸籍法の諸規定が違憲であると主張しているのであるから、本件において札幌地裁判決との関係で問題とすべきは1947（昭和22）年の民法改正以降の同性愛に対する知見である。

この点につき、札幌地裁判決は、「本件規定が同性婚について定めなかったのは、昭和22年民法改正当時、同性愛は精神疾患とされ、同性愛者は、社会通念に合致した正常な婚姻関係を築けないと考えられたために過ぎないことに照らせば、そのような知見が完全に否定されるに至った現在において、本件規定が、同性愛者が異性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない。」と述べており、本件の争点を正しく理解している。

したがって、明治民法制定当時の同性愛の扱いに関する事実認定に仮に誤りがあったとしても、札幌地裁判決が誤っているとはいえない。

- (4) 被告が札幌地裁判決を批判するのは論理的に無意味であること

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

被告は、明治民法制定当時の同性愛の扱いや、現行民法制定当時の同性婚の扱いに関する札幌地裁判決の認定・判断を批判するが、そもそも被告が札幌地裁判決の判旨を批判するのは論理的に無意味である。

すなわち、札幌地裁判決の審理においても、被告は、明治民法制定時代に同性婚の存在は想定されていなかったとか、現行民法制定時代に同性婚の存在は想定されていなかったという主張に終始しており、なぜ現在においてその不想定を維持することが許容されるのかについては一切主張立証がなされていない。被告は、「その後の学説の議論状況をみても、現在もなお、婚姻の当事者が男女であるとの理解が一般的であるといえる」（被告第 5 準備書面 20 頁）などと主張するが、仮にその事実が認定されたとしても、それは「現在も同性婚の存在が想定されていない」ことを裏付ける事情に過ぎず、その不想定がなぜ許容されるのかを説明するものではない。

このような被告の主張の不備を補うべく、札幌地裁判決は、規範的な観点から本件諸規定の合理性を基礎づけ得る理由を検討した結果、同性愛に対する医学上の扱いにしかその理由を見出すことができなかったものと考えられる。

この点に関して、毛利透京都大学法学部教授は札幌地裁判決について「実際に同性婚が認められてこなかった理由を、同性愛の医学上の評価に帰着させることができるのかどうかには、疑問がある。本判決は、区別を正当化できる理由としてはこれしかない（つまり、他はすべて同性愛者への不当な偏見だ）という立場を基礎にしているのかもしれない」と指摘している（甲 A 5 3 6・毛利透『婚姻を異性間に限ることの合憲性』法学教室 4 9 2 号 1 2 7 頁）。

このように、札幌地裁判決が同性愛に対する扱いに着目して区別の合理性を述べたのは、被告がそれに代わる合理性の根拠を示すことが

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

できていなかったことが理由であるから、被告が札幌地裁判決を非難するのは論理的に無意味である。

2 明治民法の制定以前から同性愛が精神疾患であるとする知見が存在していたこと

(1) 同性愛の精神病理化

1869（明治2）年、ドイツの精神科医であるカール・フォン・ヴェストファルは、身体的にも感情的にも同性に強く惹かれる若い女性の病歴を公表した。彼は、この女性に「治療」を施した。この「治療」が嚆矢となり、同様の試みがヨーロッパやアメリカ各地に広がっていくことになった。

また、カール・フォン・ヴェストファルと並び、同性愛の病理化を推し進めたドイツの精神科医、リヒャルト・フォン・クラフト・エビング（以下、「クラフト・エビング」という。）は、1886（明治19）年、『Psychopathia Sexualis』（後に邦訳される際の邦題は『性的精神病質』、『色情狂篇』等）を出版した。

『Psychopathia Sexualis』では、異性愛による生殖目的の性交のみを模範とするヴィクトリア朝の道德規範に則して、同性同士の性的行為や親密な情緒的愛着は異常とされた。クラフト・エビングは、法廷で、同性愛者は病気であり、懲罰ではなく治療をもって取り扱うべきであると証言した（以上、甲A537・平田俊明「日本における『同性愛』の stigmatization の歴史」精神療法42巻1号48頁、甲A24・82～84頁、甲A363・11頁～12頁）。

(2) 同性愛の精神病理化の日本への広がり

同性愛の病理化は、日本にも輸入されることになった。1891（明治24）年には、クラフト・エビングの前掲『Psychopathia Se

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

xualis』が『色情狂篇』と題され、『裁判医学会雑誌』に翻訳連載され始めた。1894（明治27）年には、この連載をもとに『色情狂篇』として翻訳本が出版された（甲A538・斎藤光「Psychopathia Sexualis の初邦訳について 邦訳の原典は原著第何版か？」73頁）。なお、『Psychopathia Sexualis』のアメリカ版（米語版）の出版は、1892（明治25）年または1893（明治26）年であり、邦訳本の出版は、世界的に見ても、かなり早い時期での翻訳出版であった。『色情狂篇』では、「凡そ人類は有情なり、情は男女の愛情を以てその本源とす」（乙25・1頁）、「男子にして女子を忌畏し、女子にして淫事を嗜好するものは即ち病的の一現象なり」

（同・6頁）とし、また、病理的な色情として、「他性に対する情欲非常に減退したるか或は全く廃滅し之に代ふるに同性に対する情欲大に亢進せるもの」を挙げ、具体的な症例が数多く紹介された（同・119～194頁）。

また、1888（明治21）年に出版された片山国嘉・江口襄『裁判医学提綱前編』には、「第十章 精神病論」の「各論」の「第三 変質性精神病」の「其三 道德狂」の項目下に、「反対的陰部感覺トハ、生来、男女性感覺錯乱シ、男子ニシテ婦人タリ、夫人ニシテ男子タリト思惟シ、諸般ノ動作悉ク此ノ錯乱セル感覺ニ基ヅキテ来タリ、同性ノ人ヲ愛恋シ、自ラ其性状ノ尋常ナラザル知ルト雖モ、自ラ俊ムルコト克ハザル者ヲ謂フ。此症ハ、従来、唯先天性神経質或ハ精神異常ヲ有スル人ニ於テノミ目撃セルモノニシテ、素因無キ人ニ特発スルヤ否ヤハ未ダ明瞭ナラズ。然レドモ、著シキ智力ノ障害無キ人ニ此ノ如キ陰部感覺ノ現存スルノ有ルハ、実ニ奇異ト謂フ可シ。而シテ男女俱ニ此症ニ罹ルヲ見ル」，「前記ノ反対的陰部感覺ノ男子ニ来ルコトアルハ、裁判医事上貴要ノ件ニシテ、一定ノ鶏姦ハ此ノ如キ病的感覺

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

錯乱ニ基ヅクコト有ル故ニ、克ク判別シテ鑑定シ、尋常ノ鶏姦ト混同スルコト勿レ」との記述がみられる（甲 A 5 3 9・2 5 2～2 5 3 頁）。

さらに、1 8 9 4（明治 2 7）年に出版された呉秀三『精神病学集要前編』にも、「第二巻 症候通論」の「第三篇 意思界ノ障礙」の「（甲）性欲の障礙」の「（二）色欲の異常」の「（三）色欲倒錯」の項目下に、「同性ニ関スル倒錯トハ、同性ニ対スル傾好アリテ、他性ニ対スル淫事感覺ノ缺亡セルモノヲ云ヒ、ウェストファル氏ハ之ヲ色情転倒症ト称セリ。此症アルモノハ自ラ他性ノ觀ヲナシ以テ其愛スル所ニ接ス。是故ニ男子ハ男子ヲ愛恋スルヤ自ラ女ト感じテ以テ其男ニ接シ、女子ノ女子ヲ愛スルヤ他ヲ女視シテ自ラ男子ト感ズルナリ。能ク其症ヲ察スルニ、解剖ノ形種及淫事ノ機能ハ尋常ナレドモ、其精神ハ色事感覺ノ異常ニ相当シテ変質セル所アリ」，「色欲転倒症ハ、通常生来ニシテ疾病素質ノアル人ノミニ見、通常ハ遺伝ノ禍累アリ、或ハ屢々体質性神経病（臆躁，神経衰弱症）ノ著キヲ兼ヌ。然レドモ、色欲倒錯ハ、之ヲ実行セントスルモ社会上刑事上ノ制限ニ羈束セラレテ之ヲ遂グル能ハズ、多クハ手淫又ハ淫欲禁絶ニ沈淪シ為ニ、淫事ニ関スル神経衰弱症トナリ、疾病性素質ノ之ヲ助ケテ益其症ヲ長ズルアリ。其素質又ハ神経衰弱症ヨリ精神病ヲ発スルコト稀ナラズ」との記述がみられる（甲 A 5 4 0・1 6 0 頁）。

そして、すでに『裁判医学提綱前編』が出版され、『色情狂篇』の翻訳連載が行われていた 1 8 9 3（明治 2 6）年には、民法編纂のために新たに法典調査会が設けられ、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎が起草委員に選ばれた。『精神病学集要前編』が出版される中、法典調査会及び帝国議会での審議を経た後、1 8 9 8（明治 3 1）年には、

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

旧民法人事編を廃止して親族編とする民法中修正案（明治 3 1 年 6 月 2 1 日法律第 9 号）が公布され、同年から施行されている。

以上のとおり、明治民法制定期においても同性愛を精神病理とする言説は日本に紹介されていたのである。

(3) 明治民法下における同性間の婚姻に対する民法学者の認識

1937（昭和 12）年、中川善之助は、「婚姻意思とは、主観的に婚姻なりと思ふ結合に入らんとする意思ではなく、客観的に婚姻なりと見られる結合に入るべきの意思である。客観的にといふは、当該社会の習俗的観念に従つて決定されるといふ意味である。同性結婚の如きはこの意味で婚姻意思なき無効婚と見らるべきものである」とした（甲 A 5 4 1・中川善之助「婚姻法概説」穂積重遠・中川善之助編『家族制度全集法律篇 1 婚姻』20 頁）。

さらに、1942（昭和 17）年、中川善之助は、「学問を妻とすとか、書籍を配偶者とすとかいふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻といふ如きことが婚姻的法律要件として否認されなければならないのである」

（甲 A 5 4 2・中川善之助『日本親族法』189 頁）とした。この中川の言葉は、同性間の婚姻やその暮らしが、学問という抽象的な概念との婚姻や、書籍という無生物との婚姻が喩えにあげられるほど実態がなく、具体性を欠く、全くの想像上のものに過ぎないと考えられていたことを示している。

また、中川善之助は、同書で、ヨーロッパの教会法における無効婚の理論に関し、「民法典の注意深き予見にも拘はらず、実際はどうしても有効視することの出来ない婚姻的關係であつて、無効婚の列挙から漏れたものが出て来た。同性婚がその著しい例である。『明文なければ無効なし』の原則と、かかる変態關係との間に板挟みとなつた民法

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

学者が遂に見出した血路は『無効となし得る婚姻』の外に『当然無効なる婚姻』もしくは『不成立の婚姻』なるものがあるといふ理論であった。Nichtige Ehe ではなくて Nicht=Ehe だといふのである。marriage nul ではなく marriage inexistent なのである」と述べている(同・214頁)。

このように、明治民法下では法学者においても同性愛を変態性欲として精神病理とみなし、異性愛だけが正常であり、自然・原則であるとする異性愛規範が強く影響を及ぼし、思考の前提となっていたことが分かる。そのような認識においては、同性どうしで「ふうふ」として共同生活を営むというようなあり方はおよそ想定されず、西欧の学説がそのまま紹介されるのみであった。

3 現行民法の制定当時、同性愛が精神疾患であるとする知見が存在していたこと

1946(昭和21)年出版の小南又一郎『実用法医学綱要』では、「猥褻行為—変態性欲」の項目において、「かかること〔猥褻行為—引用者注〕は多くは痴愚者、精神異常者又は性欲倒錯者(変態性欲者或は性欲異常者ともいう)などに多く見られるのである」と述べられ、「鶏姦」及び「同性愛或いは女子相姦」が変態性欲として挙げられた(甲A543・小南又一郎『実用法医学綱要』82~83頁)。

同書が出版された1946(昭和21)年11月3日には日本国憲法が公布され、翌年5月3日施行された。また、1947(昭和22)年4月、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(昭和22年4月19日法律第74号)が制定され、同年12月には民法の一部を改正する法律(昭和22年法律第222号)が制定され、1948(昭和23)年から施行されている。

【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」関西訴訟(大阪地裁)第 11 回期日(20211227)提出の書面です。

したがって、現行民法の制定当時、同性愛が精神疾患であるという知見はなお継続していた。

この点について、被告は、「日本国憲法に関する審議が行われた第 90 回帝国議会においても、婚姻の対象として同性間の人的結合関係を含めるか否か等についての議論がされた形跡は見当たらず、かえって、当時の司法大臣であった木村篤太郎が、『一夫一婦の原則は、私個人の考えではありますが、これは全くの世界通有の一大原則だと思います。』と述べているなど、婚姻が異性間のものであることが当然の前提とされていたのであって、日本国憲法の制定においても、同性愛者を精神疾患として婚姻制度から排除しようとしたものとは認められない」などと主張する。

しかし、被告が引用する第 90 回帝国議会における木村司法大臣の答弁は、民法改正要綱の離婚原因の規定が「一、妻に不貞の行為ありたる時。二、夫が著しく不行跡なるとき」とされており妻と夫の貞操義務に不平等があるという加藤シヅエ議員の質問に対してなされた答弁である。この文脈に照らすと、木村司法大臣は、「改正民法は妻妾制度などの一夫多妻を認めるものではない」という趣旨で「一夫一妻の原則は…世界通有の一大原則」という答弁をしたと理解すべきであり、被告がいうように「婚姻が異性間のものであること」を述べたものと理解することはできない。

したがって、被告の主張は理由がない。

以上