

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

令和元年(ワ)第2827号、令和3年(ワ)第447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) 外4名

被告 国

## 原告ら第18準備書面

2022(令和4)年1月31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
	久保井摂	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7回期日(20220210)提出の書面です。

## 目 次

<b>第 1 本準備書面の目的</b>	<b>1</b>
<b>第 2 同書面第 2 「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法 2 4 条及び 1 3 条に違反するものではないこと」(5 頁)について</b>	<b>1</b>
1 第 2 の 1 「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法 2 4 条に違反するものではないこと」(5 頁)について	1
2 第 2 の 2 「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法 1 3 条に違反するものではないこと」(8 頁)について	1
(1) 法制度を前提とした権利利益に憲法上の保障が及ぶこと	1
(2) 被告の主張が原告の主張をすり替えた的外れなものであること	2
(3) 小括	3
3 第 2 の 3 (1) 「憲法 2 4 条 1 項が同性間の婚姻の自由を保障しているとする原告らの主張に理由のないこと」(9 頁)について	4
(1) 同ア及びイについて	4
(2) 同ウについて	4
4 第 2 の 3 (2) 「憲法 1 3 条が同性間の婚姻の自由を保障しているとする原告らの主張に理由がないこと」(1 3 頁)について	5
(1) 法制度を前提とする権利利益に憲法上の保障が及ぶこと	5
(2) 原告があくまで「自由」に対する侵害を主張していること	6
(3) 小括	6
<b>第 3 第 3 の 1 「本件規定に基づき同性間で婚姻をすることができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容するものであり、憲法 1 4 条 1 項に違反しない</b>	

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

<b>こと」(16頁)について</b>	<b>6</b>
1 はじめに	7
2 同(1)について	7
3 同(2)について	8
4 同(3)について	9
(1) はじめに	9
(2) 憲法24条1項及び2項に関する解釈について	10
(3) 憲法24条と他の憲法規定との関係について	12
<b>第4 第3の2(2)「同性婚を定めるかどうかについて立法府に広範な裁量 が認められる場合、本件規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、 上記裁量の範囲を逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるとき に限られること」について</b>	<b>14</b>
1 同ア「憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前 提として、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方 法の合理性を具体的に検討すべきであること」(19頁)について	15
(1) 判断枠組みについて	15
(2) 憲法適合性判断の対象について	16
2 同イ「婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条 1項適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断する必要があ ること」(20頁)について	16
(1) はじめに	16
(2) 被告が根拠とする調査官解説等の理解について	17
(3) 憲法14条1項と憲法24条の解釈との整合性について	18
3 同ウ「同性婚を定めるか否かについては、立法府に広範な裁量が認められ ること」(23頁)について	19

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

(1) 被告主張の要旨	19
(2) 厳格な審査を要しないという見解について	19
(3) 立法裁量の存在と裁判所の違憲判断の関係	21
(4) 本件において広範な立法裁量は認められないこと	23
4 同エ「婚姻について同性愛者と異性愛者との間に性的指向によって差異が生じるとしても、それは本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないこと」(25頁)について	24
(1) 被告主張の要旨	24
(2) 本件規定は性別に基づく別異なる取扱いであること	25
(3) 本件規定は性的指向に基づく別異なる取扱いであること	25
5 同オ「同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとは言えないし、具体的な法制度によって認められたものともいえないこと」(27頁)について	28
<b>第5 第3の2(3)「本件規定の立法目的に合理的な根拠があること」について</b>	<b>29</b>
1 同ア「憲法及び民法において、婚姻は、生殖と子の養育を目的とする男女の結合であるとの我が国の伝統、慣習が制度化されたものであること」(34頁)について	29
(1) 同(ア)について	29
(2) 同(イ)について	30
(3) 同(ウ)(エ)について	30
2 同イ「本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めていること」(35頁)について	31
(1) 民法及び戸籍法の諸規定について	31
(2) 被告の言う「生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提	

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

とした制度」の含意 31

(3) 嫡出推定規定等の位置付け 32

3 同ウ「本件規定の目的は、一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、合理性があること」(37頁)について ..... 33

(1) 被告の主張する婚姻の立法目的は誤りであり、不合理であること 33

(2) 被告の札幌地裁判決批判に理由のないこと 36

(3) その他の主張について 42

**第6 第3の2(4)「本件の規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることや、同性婚を定めていないことがその立法目的との関連において合理性を有すること」(43頁)について** ..... 43

1 同ア「本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有すること」(43頁)について ..... 43

2 同イ「同性婚を定めていないことが本件規定の立法目的の関連においても合理性を有すること」(44頁)について ..... 43

3 同ウ「目的達成のための手段・方法の合理性に関する原判決の判断の誤り等」(47頁)について ..... 44

(1) 被告が誤りだと主張する札幌地裁判決の該当部分 45

(2) 札幌地裁判決①、②、④への被告の批判に対する反論について 45

(3) 札幌地裁判決③への被告の批判((エ)「前記③の指摘が誤っていること」(50頁))について 46

(4) 小括 50

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

## 第1 本準備書面の目的

本準備書面は、被告の令和3年10月29日付第4準備書面に対して反論するものである。

以下、項目数などについては特に断りがない限り被告第4準備書面のことを指すものとする。

## 第2 同書面第2「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法24条及び13条に違反するものではないこと」(5頁)について

### 1 第2の1「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法24条に違反するものではないこと」(5頁)について

被告は、「憲法24条は、1項において「両性」及び「夫婦」という文言を用い、2項において「両性の本質的平等」という文言を用いている」ことから、「憲法は『両性』の一方を欠き、当事者双方の性別が同一である場合に婚姻を成立させることをそもそも想定していない」と主張し、したがって、「『婚姻をするについての自由』は、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻についてのみ保障されていると解するのが相当である」と主張する。

これは、被告が繰り返してきた主張であるところ、原告らはこれに対して既に訴状、第5準備書面、第13準備書面等において反論済みであり、繰り返さない。

### 2 第2の2「異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が憲法13条に違反するものではないこと」(8頁)について

#### (1) 法制度を前提とした権利利益に憲法上の保障が及ぶこと

被告は、「婚姻の法的効果を享受する利益や婚姻をすることについての自由は、法制度を離れた生来的、自然権的な権利又は利益として憲法で保障されるものではないというべきである」と主張する(被告第4準備書面

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

・ 8 頁)。

しかし、被告のこの主張は、法制度を前提とする権利利益については憲法上の保障が及ばないと即断しているもので誤りである。

夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性が争われた最高裁平成27年12月16日大法廷判決は「氏に関する上記人格権も、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められる法制度をまっぴら初めて具体的に捉えられるもの」と説示している。この最高裁判決の調査官解説(甲A311・739頁)は、当該判示部分について、「一定の法制度を前提とする人格権や人格的利益については、いわゆる生来的な権利とは異なる考慮が必要であって、具体的な法制度の構築とともに形成されていくのであるから、当該法制度において認められた権利や利益を把握した上でそれが憲法上の権利であるかを検討することが重要となる」と解説しており、法制度を前提とした憲法上の権利が存在することを認めている。

原告らは、この理解を前提に、訴状や原告第13準備書面において、婚姻が重要な法的地位を持つことや人格的自律(自己決定)に関わる等の重要性を持つ事柄であること等を根拠に、婚姻の自由が憲法13条で保障されると主張しているのである(訴状・10～11頁、原告ら第13準備書面・6～21頁)。

法制度を前提とする権利利益については憲法上の保障が及ばないとする被告の主張は、根拠もない被告の独自の見解であるといわざるをえず、誤りであることは明白である。

(2) 被告の主張が原告の主張をすり替えた的外れなものであること

被告は、原告ら第4準備書面の主張について、「結局のところ、これらが侵害されたとする原告らの主張の本質は、同性間の人的結合関係についても、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻と同様の積極的な保護や法

【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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

「法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に対して求めるものにほかならない」とまとめたうえで、「このような内実のものにすぎない個々の権利若しくは利益又はその総体が憲法13条の規定する幸福追求権の一内容を構成すると解することはできない」と主張する(被告第4準備書面・9頁)。

しかし、原告らは、訴状で「同性同士の婚姻を認めていない本件規定が、憲法上の権利である『婚姻の自由』を侵害し、憲法13条及び憲法24条1項に違反する」(訴状・10頁)と主張しているとおり、あくまで「自由」に対する侵害であることを主張している。

また、原告らは、原告ら第13準備書面において、高橋和之教授の『体系憲法訴訟』(甲A325)から「婚姻の自由は、本来婚姻制度に先行する国家以前の『自由』であり、婚姻制度はそれに秩序を与えるために制定されたものにすぎず、したがって法律による定めは基本的には自由に対する『制限』と解すべきもの」との部分引用したうえで(原告ら第13準備書面・32頁)、本件規定が婚姻の自由の保障内容の核心部分を制約していること、その制約の程度が極めて強いことを主張しており、婚姻の「自由」に対する侵害であることを主張している。

被告は、原告らの主張の本質を「積極的な保護や法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に求めるもの」とであると曲解しているが、上記のとおり、原告らはあくまで「自由」に対する制限を主張するもので、法制度の創設を国家に求めるという主張をしていないことは明らかである。

したがって、被告の上記主張は、原告らの主張を正しく理解しないもの、あるいは原告の主張をすり替えているものであり、原告の主張に対する反論として失当であることは明らかである。

### (3) 小括

以上のように、被告が異性婚を定め、同性婚を定めていない本件規定が

【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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

憲法13条に違反するものではないと主張する根拠には誤りがあり、被告の主張は認められない。

### 3 第2の3(1)「憲法24条1項が同性間の婚姻の自由を保障しているとする原告らの主張に理由のないこと」(9頁)について

#### (1) 同ア及びイについて

被告は、原告らが引用した再婚禁止期間違憲判決や最高裁令和3年選択的夫婦別姓事件決定における三浦守裁判官の意見につき、いずれについても同性間の婚姻をする自由、権利又は利益の憲法上の保障の存在を示唆するような判示や内容を見出すことができないから、原告らの主張には理由がないと論難する。

しかし、これらは男女間の婚姻における不平等が問題となった事例であるから、同性間の婚姻についての言及がないのは当然である。

原告らはこれらの判示や意見を根拠に「婚姻の自由」が憲法24条により保障される憲法上の権利であることを主張しているのであって、これら判示や意見から直接同性間においても婚姻の自由が保障されるとは主張していない。

被告の上記主張は原告らの主張を誤解したものであって、的外れである。

#### (2) 同ウについて

被告は、「法の解釈に際し、文言の日本語としての意味や文法が重視・尊重されなければならない、文言からかけ離れた解釈が許されないのは当然である」とし、『両性』及び『夫婦』が男性又は女性のいずれかを欠き、当事者双方の性別が同一である場合を含む概念であると解する余地はないし、「婚姻の法的効果」「を享受する利益や婚姻を具体化する法律に基づく制度によって初めて個人に与えられる、あるいはそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益、人が当然に享受すべき権利又は利益ということとはできないのであるから、異性間における婚姻の効果

【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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

を享受する利益や婚姻の自由と同性間のそれらとの間には憲法を含めた我が国の法制上、本質的な差異があるものと解さざるをえない」から、憲法24条1項について、同性間の婚姻の自由の保障を含むものとして拡張解釈し又は類推適用する基礎はなく、同性間の婚姻について同項を拡張解釈しまたは類推適用することはできないというべきであると主張する。

しかし、拡張解釈又は類推解釈は、文言のみから考えれば本来適用できない条項を文言の意味内容を超えて適用するためのものであるから、文言上「夫婦」や「両性」が同性同士を意味しないことは、拡張解釈又は類推適用を否定する理由にはならない。

被告の主張を前提とすれば、「選択」の文言に職業遂行を含めることはできないし、「刑罰」に関する規定を行政手続に適用することはできないことになる。

被告の主張は、一般的な法解釈理論や最高裁判決の経緯を踏まえないもので失当である。

また、上記で被告がいう「本質的な差異」の根拠となっているのは、憲法の文言上「両性」「夫婦」と規定されていることと、現行法上同性間の婚姻が認められていないことであると考えられる。

しかし、憲法上の文言を理由とする主張はトートロジーであって、拡張解釈又は類推適用を否定する理由にならない。

また、現行法の規定を根拠とする主張は、下位の法律によって上位にある憲法の内容が確定されるとするものであって、法的に誤っている。

憲法24条1項の拡張解釈又は類推適用に関する被告の主張はいずれも失当である。

#### 4 第2の3(2)「憲法13条が同性間の婚姻の自由を保障しているとする原告らの主張に理由がないこと」(13頁)について

(1) 法制度を前提とする権利利益に憲法上の保障が及ぶこと

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

被告は、「婚姻が一定の法制度を前提としている以上、『婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか』を当事者間で自由に意思決定し、故なくこれを妨げられないという『婚姻をするについての自由』は、法制度を離れた生来的、自然権的な自由として憲法で保障されているものと解することはできない」と主張する(被告第4準備書面・15頁)。

この被告の主張が、根拠もない被告独自の見解で誤りであることは本書面第2の第2項(1)で述べたとおりである。

#### (2) 原告があくまで「自由」に対する侵害を主張していること

被告は、原告らが「婚姻の自由」として主張するものの内実は、「同性間の人的結合関係についても婚姻と同様の積極的な保護や法的な利益の供与を認める法制度の創設を国家に対して求めるものにほかならないのであって、国家からの自由を本質とするものではないから、このような自由が憲法13条の幸福追求権の一内容を構成するものと解することはできない」と主張する(被告第4準備書面・15頁)。

被告の主張が、原告らの主張を正しく理解しないもの、あるいは原告の主張をすり替えているものであって、反論として失当であることは本書面第2の第2項(2)で述べたとおりである。

#### (3) 小括

以上のように、被告が憲法13条が同性婚を保障しているとする原告の主張に理由がないと主張する根拠には誤りがあり、被告の主張は認められない。

**第3 第3の1「本件規定に基づき同性間で婚姻をすることができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容するものであり、憲法14条1項に違反しないこと」(16頁)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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

## 1 はじめに

被告は、「本件規定による区別取り扱い」を「本件規定が婚姻について異性間の人的結合関係を対象とし、同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めて」いないことと定めつつ(1(1))、憲法14条1項に違反するか否かを判断する前提として、「法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取り扱いを異にしているか否かについては、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断するのが相当である。」との解釈を示して(同(2))、同解釈に基づいて、「本件規定に基づき同性間で婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容しているものであって、憲法24条に違反するものとはいえないというべきである。」(同(3))と主張する(被告第4準備書面第3の1・16～18頁)。

被告の主張は、憲法24条の解釈を根拠として、憲法自体が「同性間の人的結合関係を対象とする」法制度がない事態の差異を「予定し、かつ許容」しているから、平等原則を定めた憲法14条1項に違反しないという見解である。したがって、被告の主張は、要するに憲法24条が憲法14条1項に優先して適用されるという見解を前提としていると思われる。被告による上記主張の内容は、被告第2準備書面第2の1(8～10頁)に記載された内容(「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こと」)を、言葉を変えて主張するだけのものである。

原告らは、被告の上記主張に対して、原告ら第5準備書面で反論済みであるところ、以下、必要な限度で反論を補充しておく。

## 2 同(1)について

被告は、原告らの主張を「原告らは、本件規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めていないこと、すなわち、本件規定が同性婚を定めていないことが憲法14条1項に違反する旨主張するものと

【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7回期日(20220210)提出の書面です。  
解される。」と要約する。

しかしながら、被告の上記主張は、以下のとおり、原告らの主張を故意にゆがめる主張である。

原告らは、訴状第5(8～10頁)において、現行法上、同性同士の婚姻が認められていない事情を原告らが理解できる範囲で記載した。原告らは、現行法上同性同士の婚姻が認められない法的根拠や理由を具体的に把握できていない。そうした中で、少なくとも、被告が、民法や戸籍法に違反する、すなわち「法令の規定に違反」する(民法第740条)として、同性同士の婚姻を受理していないことは争いが無いところである。そのため、原告は、かかる被告の婚姻の受理実務等から、憲法14条等に違反する対象として、同性同士の婚姻を認めていない民法や戸籍法を「本件規定」と抽象的にではあるが定義した。

すなわち、原告らは、このような意味における「本件規定」を違憲の対象としているのである。それにもかかわらず、被告は、かかる原告らの主張を、「原告らは、本件規定が婚姻について同性間の人的結合関係を対象とするものとして定めていないこと、すなわち、本件規定が同性婚を定めていないこと」と設定し直している。これは、原告らがあたかも、同性間の人的結合関係を婚姻の対象とするように別途定めるべきだと主張しているかのように、故意にゆがめるものである。

### 3 同(2)について

被告は、憲法自体が「同性間の人的結合関係を対象とする」法制度がない事態の差異を「予定し、かつ許容」しているという主張の前提として、「法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にしているか否かについては、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に区別するのが相当である。」との判断枠組みを提示して、その判断枠組みの根拠として最高裁判所平成27年12月16日大法院判決・民集69巻8号2586頁(平成

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

27年夫婦別姓事件)、最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320頁(非嫡出子相続分事件)、最高裁判所平成20年6月4日大法廷決定・民集62巻6号1367頁(国籍法事件)等を列挙する。

しかしながら、被告らが根拠として列挙する判決等は、いずれも、ある憲法条項を根拠として、憲法自体が「同性間の人的結合関係を対象とする」法制度がない事態の差異を「予定し、かつ許容」しているかどうかの判断枠組みを提示する判決等ではない。

したがって、被告らとその根拠として例示する判決等は、いずれも先例として引用することが不適當である。したがって、被告の上記主張は、極めて不合理的な主張である。

なお、被告らの上記見解(2)は、本件規定を判断する上での先例として引用することが不適當である以上、「(3)」の主張と何ら関係がない。また、この点について、被告第2準備書面では先例として最高裁昭和33年10月15日大法廷判決・刑集12巻14号3305頁を例示しているが、先例として引用する判例等に変遷があることについて、被告から何ら言及がないことも付言しておく。

#### 4 同(3)について

##### (1) はじめに

被告は、憲法24条1項及び2項に関する被告独自の解釈に基づいて、「本件規定に基づき同性間の婚姻をすることができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容しているものであって、憲法24条に違反するものとはいえないことはもとより、憲法14条1項に違反すると解することもできないというべきである。」と主張する。

かかる被告主張の内容は、被告第2準備書面第2の1(8～10頁)の焼き直しに過ぎず、この点については原告らは、原告ら第5準備書面で反論済みである。したがって、この点に関する原告の基本的主張や被告への

【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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

反論については、原告ら第5準備書面に譲り、以下では数点だけ細かい点を補足・反論しておく。

## (2) 憲法24条1項及び2項に関する解釈について

ア 被告は、「憲法24条1項が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、同性間の人的結合関係を対象とすることを想定していないことからすると、同条2項による要請に基づき同条1項の婚姻に関する事項を具体化する本件規定が、異性間の人的結合関係のみを対象としているのは当然のことである。」(被告第4準備書面・18頁)と主張する。

しかしながら、被告の上記主張は、意味内容が判然としないところがあるが、以下のとおり、複数の部分に論理の飛躍等があり、誤っている。

イ 一つ目として、憲法制定時点において、憲法24条1項が同性間の人的結合を想定していなかったことと、原告らが婚姻の届出をした時点において、憲法24条1項が同性間の人的結合を想定していなかったことは全く異なるものである。

本訴訟で問われるべきは、原告らが婚姻の届出をした時点において、憲法24条1項(及び他の憲法条項)が同性間の人的結合を想定していなかったか否かである。

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おり、社会情勢や国民意識が大きく変化している(原告ら準備書面のうち、社会の変化についてのもの、原告ら第1、第3、第6、第9、第10、第15、第17の各準備書面を参照のこと)。したがって、被告の上記主張は、単に憲法制定時点において作成された文言だけに依拠する主張であり、憲法制定後の知見を全く無視するものであり、原告らが婚姻の届出をした時点における法的根拠たり得ない。

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

また、婚姻を含む家族制度及び性別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ところ（最高裁判所大法廷平成25年9月4日決定、最高裁第二小法廷平成31年1月23日決定）、被告の上記主張は、単に憲法制定時点の知見に基づいた文言に依拠するだけの硬直的な解釈にすぎず、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、吟味されたとは到底言い難い。

したがって、仮に憲法制定時点において憲法24条1項が同性間の人的結合を想定していなかったとしても、原告らが婚姻の届出をした時点で憲法24条1項が同性間の人的結合を想定していないということでは決してない。

さらにいえば、社会情勢等の変化を踏まえなければならない現時点において、被告国が同性同士の人的結合を想定していないと公然と述べることは、現在の社会情勢や国際社会では非常識であるし、同性同士の人的結合を求める者らの尊厳を害し、これらの者への差別を助長する行為と言わざるをえない。

ウ 二つ目として、被告の主張は、憲法24条2項が対象とする保護範囲の点でも問題がある。

被告は、「特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、関係する憲法の他の規定との整合性を考慮する必要があると解されるところ、憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とする」ことを前提として、憲法24条2項を含む「憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め」ていると主張する。かかる被告の主張は、その意味内容や論理が判然としないところではあるが、憲法24条1項が異性間の人的結合関係のみを対象とする場合には、当然に憲法24条2項が異性間の人的結合関係のみを対象とすると明文で定めら

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

れていることになると考えているようである。

原告らは、憲法24条1項が同性間の人的結合関係をも対象とする規定であると考えているが、仮に憲法24条1項が異性間の人的結合関係のみを対象とする規定であったとしても、論理必然的に憲法24条2項が異性間の人的結合関係のみを対象とする規定であることになるわけではない。憲法24条1項は、文言上その規律対象を「婚姻」に限定している一方で、憲法24条2項は、文言上その規律対象を「婚姻及び家族に関するその他の事項」と広く想定している。また、婚姻や家族に関する事項は、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、吟味される必要があることを考えると、憲法24条2項の「婚姻及び家族に関するその他の事項」は、社会情勢等の変化に伴って、柔軟に解釈すべきであることもともと内在しているとも解することができる。

したがって、仮に憲法24条1項が異性間の人的結合関係のみを対象とする規定であったとしても、論理必然的に憲法24条2項まで含む憲法24条全体が異性間の人的結合関係のみを対象とする規定であることになるわけではない。

### (3) 憲法24条と他の憲法規定との関係について

#### ア 憲法24条が同性間の婚姻を禁止しているわけではないこと

被告は、「憲法24条1項の定める婚姻が異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして本件規定により制度化され、同性間の人的結合関係を対象とするものとして制度化されないという事態(差異)が生じることとは、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とすることを明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることの当然の帰結に過ぎず、同性間では本件規定に基づき婚姻することができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容するものであると解するのが相当である。」と主張する。

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

被告の上記主張は、意味内容が判然としないところではあるが、憲法24条1項及び2項の文言を根拠として、憲法24条ひいては憲法自体が同性間の婚姻を禁止しているという法解釈や、平等原則の適用を排除するという法解釈を行うものと思われる。そのように解さなければ、「同性間では本件規定に基づき婚姻をすることができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容するものである」との命題を導けないからである。

この点、原告らは、憲法24条1項は同性間の婚姻の自由を保障する規定であると考えている(訴状、原告ら第13準備書面)。ただ、憲法24条1項が同性間の婚姻の自由を保障しないという被告の主張に沿った場合であっても、被告の主張が不合理であることを念のために述べておく。

仮に憲法24条1項が同性間の婚姻の自由を保障するわけではないとしても、憲法24条1項が、同性間の婚姻を禁止することまで明言しているわけではない。

また、現在の主な憲法学説においても、憲法24条1項が同性間の婚姻を禁止する規定であるという見解は存在しないと思われる。

したがって、憲法24条1項が同性間の婚姻を禁止していない以上、仮に本件規定が憲法24条1項に違反しない場合であっても、憲法13条、憲法14条1項及び憲法24条2項等の他の憲法規定に違反することは当然にあり得る。

イ ある憲法の規定の要請に基づいて制定された法令であっても、他の憲法規定に違反することがあること

被告の上記主張を前提とすると、被告は、憲法24条の要請に基づいて制定された婚姻制度であれば、他の憲法規定に違反することがないという命題を前提としていると思われる。

しかしながら、以下のとおり、被告が前提とする命題も誤りである。

法制度は、憲法の一つの規定だけから要請されるわけではなく、個人の

【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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

尊重を定める憲法13条、法の下での平等を定める憲法14条1項等の基本的人権規定をはじめあらゆる憲法規定の要請を満たす必要がある。したがって、ある憲法の規定の要請により制定された法令であっても、他の憲法規定に違反することがあることは、憲法の各条項が別の規律内容を有する規定であることから当然である。

いわゆる堀木訴訟判決(最高裁昭和57年7月7日大法廷判決)は、「憲法25条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、別に所論指摘の憲法14条及び憲法13条違反の問題を生じうることは否定しえないところである。」と同趣旨の内容を判示している。

したがって、憲法24条1項に要請されて本件規定が制定されたというだけで、本件規定が他の憲法規定違反(憲法13条、憲法14条1項及び憲法24条2項等)の問題が生じないわけではないことは明らかである。この点で、被告の憲法解釈には、明白な誤りがある。

なお、憲法24条1項が憲法13条、憲法14条1項及び憲法24条2項の適用を排除する特別の規定であるという解釈を採用するのであれば、被告の主張する命題が成り立たないこともないとも思われるが、上記のとおり、憲法24条1項とその他の憲法条項の関係は、そのような関係ではない。

**第4 第3の2(2)「同性婚を定めるかどうかについて立法府に広範な裁量が認められる場合、本件規定が憲法14条1項に違反すると評価されるのは、上記裁量の範囲を逸脱し又は濫用したことが明らかであると認められるときに限られること」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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

## 1 同ア「憲法14条1項適合性を判断するに当たっては、立法府の裁量を前提として、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべきであること」(19頁)について

### (1) 判断枠組みについて

被告は、「憲法適合性を判断するに当たっては、当該取扱いにおける区別が、『事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくもの』であるかどうかについて、立法府に合理的な範囲の裁量判断が認められることを前提にして、その広狭に応じ、立法目的の合理性、目的達成のための手段・方法の合理性を具体的に検討すべきである。そして、審査の厳格さ(立法裁量の広狭)については、当該事案に応じ、①区別を生じさせている事柄の性質(何を区別の事由としているか。)、②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮して、これらの具体的事情に応じたものとすべきである。」と主張する(被告第4準備書面・20頁)。

被告が主張する判断枠組みが「憲法14条1項適合性に関するこれまでの判例の基本姿勢である」ことは、おおむねそのとおりである。しかしながら、判例は、かかる事情だけを合憲性審査の厳格さを判断する上での考慮要素にしているわけではない。

最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁(非嫡出子相続分事件)は、憲法14条1項適合性の判断枠組みを述べる部分で、「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。」という基本的観点を示し、また、婚外子相続分差別規定の合理性が「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出子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き法的問題」と判示し、繰り返し個人の尊重及び個人の尊厳に言及している。つまり、判例は、立法裁量を統制する重要な事情として、上記①と②の事情だけでなく、「個人の尊

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

「**厳**」に関わる事情を重要な考慮要素として考えている。

同性間の婚姻が認められるか否かは、同性間の婚姻を望む者や同性愛者等の個人の尊厳に関わる法的問題である(参照:原告第13準備書面第3の3等)。

したがって、本件規定の憲法14条1項適合性を判断する際には、被告が挙げる上記①と②の事情だけではなく、「個人の尊厳」に係る事情も立法裁量を統制する事情として重視すべきである。

## (2) 憲法適合性判断の対象について

被告は、「立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性を判断する」と主張する。

しかしながら、原告が本件で憲法適合性判断の対象としているのは、(立法行為又は立法不作為の結果としての)本件規定によって生じた本件区別取扱いであり、国会議員の立法行為又は立法不作為ではないし、被告が引用する最判の調査官解説も「立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性を判断するに当たって」の検討方法を論じたものではない(最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁は「民法733条1項の規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分」及び「民法733条1項の規定のうち100日を超えて再婚禁止期間を設ける部分」の憲法適合性が、最判平成27年3月10日・民集69巻2号265頁は「国籍法12条」の憲法適合性が、それぞれ問題となった事案であって、「立法行為又は立法不作為」の憲法適合性が問題となった事案ではない。)

被告の主張は、判例を正しく理解しない的外れなものである。

## 2 同イ「婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈と整合的に判断する必要があること」(20頁)について

### (1) はじめに

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

被告は、調査官解説等の引用を根拠として、「婚姻及び家族に関する事項の立法行為又は立法不作為の憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈に整合的に判断する必要があるというべきである」ことを前提に、「札幌地裁判決が…憲法24条…2項に違反しないと判断しつつ、憲法14条1項には違反すると判断しているものであるが、このような憲法適合性の判断手法は、前記(イ)の判断手法に照らして特異なものであるということが出来る。」(被告第4準備書面第3の2イ・20～23頁)と主張する。

しかしながら、被告の上記主張は、以下のとおり、調査官解説等の理解を誤っているなど極めて不合理である。

## (2) 被告が根拠とする調査官解説等の理解について

憲法14条1項適合性と憲法24条2項適合性との関係について、被告が引用する調査官解説では、「憲法24条2項にいう『両性の本質的平等』については、同項により立法に当たっての要請、指針が示されていることから、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法14条1項の形式的平等を害していない場合であっても、実質的平等の観点から憲法24条2項に違反するとの判断はあり得ると解されるが、同規定が憲法14条1項に違反する場合には、同時に憲法24条2項にも違反するとの結論が導かれることになるであろう」(甲A321・684頁、685頁)と説明されている。かかる説明を素直に読めば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が憲法14条1項に違反する場合を要素とする集合(A)と婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が憲法24条2項に違反する場合を要素とする集合(B)がある場合に、集合Aが集合Bに含まれる(A $\subset$ B)ことになる。

かかる説明に従って考えると、札幌地裁判決が婚姻及び家族に関する本件規定を憲法24条2項に違反しないと判断しつつ、憲法14条1項には

【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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

違反すると判断した点については、上記調査官解説の説明と矛盾することになる。

したがって、原告らは、上記調査官解説との矛盾の限度では、札幌地裁判決が平成27年夫婦別姓合憲判決の判断枠組みの理解を誤っており、本件規定が憲法14条1項に違反するのであれば、憲法24条2項にも違反すると考える。

### (3) 憲法14条1項と憲法24条の解釈との整合性について

被告は、上記調査官解説の説明等を根拠として、「憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈に整合的に判断する必要がある」と主張する。

その上で、被告は、24条2項の解釈に整合的に判断する具体的方法として、「憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とするものとして明文で定め、婚姻に係る法制度の構築を法律に委ねていることからすると、憲法は、…同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していないと解すべきである。」ことを前提にして、かかる憲法24条2項の解釈と憲法14条を整合的に判断すべきであると主張する(ウ)。

しかしながら、被告が上記主張の根拠とする調査官解説は、前記(2)のとおり、憲法14条1項と憲法24条2項の関係について、単に、婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が憲法14条1項に違反する場合を要素とする集合(A)と婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が憲法24条2項に違反する場合を要素とする集合(B)がある場合に、集合Aが集合Bに含まれる( $A \subset B$ )ことを述べたに過ぎない。つまり、上記調査官解説は、この論理関係の点で整合性を有することを超えて、憲法24条2項が同性間の人的結合関係を想定していないという解釈との整合性を要請する内容では決していない。

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

したがって、被告の「憲法14条1項適合性については、憲法24条2項の解釈に整合的に判断する必要がある」という主張は、上記調査官解説を曲解して、憲法14条1項適合性を判断する上で、自らの「憲法24条が婚姻について異性間の人的結合関係のみを対象とする」規定であるという被告の独自の解釈との整合性を要求するだけの主張に過ぎず、到底採用し得ない。

なお、原告らは、繰り返し述べているが、憲法24条が婚姻について異性間の人的結合のみを対象とするとは考えていないことを念のために付言しておく。

### 3 同ウ「同性婚を定めるか否かについては、立法府に広範な裁量が認められること」(23頁)について

#### (1) 被告主張の要旨

被告は、「同性間の人的結合関係を対象とする婚姻及び家族に関連する事項に係る法制度を構築するか否かについては、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻及び家族に関する事項に比べ、立法府により広範な裁量が認められると解するのが相当である」とし、その理由として、婚姻及び家族に関する事項は民主的なプロセスに委ねることによって判断されるべき事柄にほかならないこと、憲法が同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していないことを挙げる。

しかしながら、被告が挙げる理由はいずれも、同性婚について立法府に広範な裁量を認める理由とはなり得ない。

#### (2) 厳格な審査を要しないという見解について

法制度の構築に関して憲法違反を主張するのは、通常、その法制度の存在または不存在によって不利益を受けているマイノリティ(社会的少数者)である。マイノリティは、少数であるため、また差別や偏見により、その抱える問題が社会に認知されなかったり、その存在自体が社会から排除さ

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

れたりする(性的マイノリティに対する社会的差別につき、原告ら第7準備書面第4、第19準備書面)。したがって、特定の法制度に関して社会の承認が存在しているというとき、その承認はマジョリティによるものによらず、マイノリティが受ける不利益に十分配慮したものとはいえない疑いが常に生じる。憲法は、まさにこうした事態を念頭に、マイノリティを含むすべての人に基本的人権を保障して、民主的なプロセスにより構築された法制度であっても、憲法に違反していれば無効とすることとしているのである。被告の言うように、歴史的に形成されてきた社会の承認が存在していることをもって安易に広範な立法裁量を認めれば、民主的なプロセスに委ねては見落とされてしまうマイノリティの人権侵害を放置し、あるいは追認する危険が極めて大きいのであって、それは憲法の基本的な価値に反する。

この点に関して、被告は、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決の調査官解説が、憲法24条2項適合性に関する合憲性審査基準について「少数者の基本的人権を保障するために厳格な審査をするというのではなく、第一次的には国会における民主主義の過程に重きを置いたものになる」と述べていること(甲A311・756頁)に触れる。しかし、ここで引用された部分は、あくまでも憲法24条2項適合性に関する最高裁の立場を解説したものであって、憲法14条1項に関するものではない(前記第2項も参照のこと)。この調査官解説によれば、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた規定が憲法13条や14条1項に違反する場合には、同時に憲法24条にも違反することになるが(例えば民法733条1項の憲法適合性が問題となった再婚禁止期間違憲訴訟においては、同項のうち100日超過部分が憲法14条1項に違反するとともに憲法24条2項にも違反するものとされた。)、憲法13条や14条1項に違反しない場合であっても、上記の観点から更に憲法24条に適合するものかについて検討するこ

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

とになるろう」(同・754頁)、「本件における憲法24条適合性の検討は、前記のとおり、婚姻及び家族に関する制度を定めた法律の規定が憲法13条、14条1項に違反しない場合に、憲法24条の定めた立法上の指針、要請に適合するものかという観点から行われる」(同・755頁)とされており、憲法14条1項適合性に関する違憲審査基準と、憲法24条2項適合性に関する違憲審査基準は明確に区別されている。立法裁量に関する被告の主張は、全体として、この調査官解説のうち憲法24条2項に関する部分を参照したと思われる表現が多々見られるが、これは憲法24条2項適合性に関する立法裁量の議論を、基準の異なる憲法14条1項に無理やり当てはめたものにすぎない。

### (3) 立法裁量の存在と裁判所の違憲判断の関係

被告は、憲法が同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を構築することを想定していないことも、同性婚に関して立法府に広範な裁量が認められる理由として挙げているが、裁量の広狭は、区別の事由が自らの意思や努力によって変えられないものであるか否かや、区別に係る権利利益ないし法的地位の重要性というような事柄の性質に応じて判断されるべきものであり、その制度を憲法が想定しているかどうかとは無関係である。

また、特定の制度について立法府に一定の裁量が認められるとしても、そのことから当然に憲法14条1項に違反しないと結論が導かれるわけではない。

たとえば国籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁)は、「憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。しかしながら、このよ

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

うにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない。」と判示し、また婚外子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、「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきである。この事件で問われているのは、このようにして定められた相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である。」と述べる。

このように、立法府に裁量が認められる事柄であっても、その裁量判断により生じた区別が合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反となるとするのが最高裁の立場である。本件において問われているのは、本件規定により生じている「異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を楽しむか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、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、婚姻によって生じる法的効果を楽しむことはできない」という別異の取扱いが合理的根拠に

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

基づくものとして憲法14条1項に適合するか否かであるから、裁判所としては、そのような観点から本件規定の憲法14条1項適合性を検討して判断すれば足りる。その判断にあたって、裁判所が合理的根拠の有無についてどの程度まで踏み込んだ審査をするのかは、区別の事由が自らの意思や努力によって変えられないものであるか否か、区別に係る権利利益ないし法的地位の重要性といった事柄の性質に応じて定められるべきものである。

#### (4) 本件において広範な立法裁量は認められないこと

本件を見るに、①区別を生じさせている事柄の性質(何を区別の事由としているか。)については、これまで主張してきているとおり、性別ないし性的指向という、本人の意思で容易に変更できるものではなく、かつ個人の尊厳の根幹に関わる事柄が区別の事由とされている。

また、②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性についても、本件で区別の対象となっているのは、婚姻の自由という憲法上保障された重大な権利であり(原告第13準備書面に詳述。なお、仮に憲法上保障された権利とまでは言えないという見解によったとしても、婚姻できるか否かが、法律上・社会生活上・さらには個人の人格、尊厳の点において、極めて重要な事項であることは、論を俟たないであろう。)、婚姻制度を利用するにあたっての内容の点ではなく、そもそも婚姻ができるか否かという入り口段階の問題であることから、極めて重大な事項に関する区別である。また、その重要性についても、原告第4準備書面等で詳述しているとおおりである(なお、被告の引用する調査官解説も、婚姻の重要性について、「近年、法律的には事実婚と法律婚との差異が小さくなる傾向にあるものの、配偶者の相続権や、嫡出推定、成年擬制及び所得税法上の配偶者控除などのように、法律婚の効果としてのみ認められる法律上の重要な効果もあり、また、我が国では今もなお国民の法律婚尊重の意識が幅広く浸透し

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

「ている状況にあることが指摘できる。」と述べる(甲A321・669頁)。

そして何より、前記第1項(1)記載のとおり、判例は、立法裁量を統制する重要な事情として、上記①と②の事情だけでなく、「個人の尊厳」に関わる事情を重要な考慮要素として考えているところ、そもそも婚姻ができるか否か、婚姻するとして誰を生涯のパートナーと定めて婚姻するかは、その個人の尊厳に深く関わる重大事項に他ならない。

以上からして、本件において、国会に広範な立法裁量は認められず、裁判所による厳格な違憲審査がなされるべきである。

#### 4 同エ「婚姻について同性愛者と異性愛者との間に性的指向によって差異が生じるとしても、それは本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないこと」(25頁)について

##### (1) 被告主張の要旨

被告は、本件規定は性別による別異なる取扱いであるとの原告らの主張について、「本件規定の下では、男性も女性も異性とは婚姻をすることができ一方、どちらの性も同性とは婚姻をすることは認められていないのであるから、本件規定が性別を理由に差別的取扱いを生じさせていると評価することはできない。」と反論する。

また、性的指向による別異なる取扱いであるとの原告らの主張については、「本件規定は、一人の男性と一人の女性との間に婚姻を定めるものであり、その文言上、婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めたり、当事者が特定の性的指向を有することを理由に婚姻を禁じたりするものではなく、その趣旨・内容や在り方自体が性的指向に応じて婚姻制度の利用の可否を定めているものとはいえないから、性的指向について中立的な規定であるということができる。」としたうえで、「同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じているとしても、それは、

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

性的指向につき中立的な本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないというべきである。」と主張する。

## (2) 本件規定は性別に基づく別異なる取扱いであること

訴状(14頁)で述べたとおり、本件規定のもとでは、明文の婚姻障害事由(民法731条ないし736条)のない2人の者が婚姻を希望している場合、その2人の法律上の性別が異なれば婚姻できる一方、その2人の法律上の性別が同じであると、婚姻することができない。本件原告らのように法律上の性別が同じ2人の場合には、法律上の性別が同じという、ただその一点のみにより婚姻ができないのであり、これは性別に基づく別異なる取扱いにほかならない。

この点、鹿児島大学の<sup>1</sup>大野友也准教授は、次のように述べる(甲A456)。すなわち、1つの点を除くすべての条件を同じくするもの同士を比較し、その唯一の違いを理由に取扱いの違いがもたらされるかどうかに着目する方法である比較方法論によれば、性別以外の条件が同じ男性A、女性Bがいたとして、性別以外の条件が同じであるから、両者ともに性的指向が男性に向かうものとする、AとBがともに男性Cにプロポーズして、Cがいずれのプロポーズも受け入れる準備ができていた場合、BはCと婚姻できるものの、Aは本件規定により婚姻することができない。AとBの違いは性別以外になく、したがって本件規定は、性別により婚姻できる者とそうでない者を区別していることになる。

同准教授は、この比較方法論、また、関係性の理論及びジェンダーステレオタイプ理論という、国内外の判例に見られる3つの方法のいずれによっても、同性婚を認めないことは性別に基づく差別であると指摘している。

## (3) 本件規定は性的指向に基づく別異なる取扱いであること

ア 被告は、「法律の規定が特定の事由に基づく区別により法的取扱いを異にしているか否かは、当該規定の趣旨・内容や在り方から客観的に判断す

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

べきであって、結果（実態）として生じている、又は生じ得る差異から判断するのは相当でない」としたうえで、本件規定は、一人の男性と一人の女性との間に婚姻を認めるものであり、その文言上、婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めたり、当事者が特定の性的指向を有することを理由に婚姻を禁じたりするものではなく、その趣旨・内容や在り方自体が性的指向に応じて婚姻制度の利用の可否を定めているものとはいえないから、性的指向について中立的な規定であるとする。そして、その結果、同性愛者と異性愛者との間に性的指向による差異が生じているとしても、それは、性的指向につき中立的な本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないと主張する。

しかしながら、この被告の主張は、婚姻の本質を見誤ったものであり、また同性愛者への差別を是認するものであって、到底許容できない。

婚姻の本質は、両当事者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と解される（最大判昭和62年9月2日・民集41巻6号1423頁）。本件規定によっても、同性愛者が性的指向と合致しない異性の相手と婚姻することは可能であるが、そのような婚姻が、同性愛者にとって婚姻の本質を伴ったものにならないことは明らかである。すなわち、本件規定のもとでは、同性愛者は、婚姻の本質に沿う結婚をすることはできない。

当該規定の趣旨・内容（上記の婚姻の本質）からすれば、本件規定は、性的指向について中立的な規定とは到底解されず、明確に、異性愛者には婚姻の本質に合致した婚姻制度を用意する一方、同性愛者は、婚姻の本質に合致する形で婚姻制度を利用することはできないこととしているのである。

人がその婚姻の相手として法律上異性の者を選択するか同性の者を選択するかということは、自らの意思によって自由に決定し得るものではなく、

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

自らの意思にかかわらず決定される個人の性質である性的指向と密接不可分なかわりを有する事柄である。そうすると、本件規定によって異性の相手と婚姻しようとする者と同性の相手と婚姻しようとする者との間に生じている本件区別取扱いは、性的指向に基づくものであると解される。

イ 諸外国においても、同性カップルに婚姻を認めないことは、性的指向に基づく区別取り扱いであると解されている。

すなわち、アメリカ連邦最高裁の **Obergefell** 判決は、「同性カップルの婚姻する権利の否定は、重要かつ継続的な権利侵害を構成する。ゲイとレズビアンに対し、このように権利を否定することは、その尊厳をないがしろにし、その地位を劣ったものにするようになる。そして平等保護条項は、デュー・プロセス条項と同様に、婚姻する基本的権利に対するこのような正当化事由のない侵害を禁じている」(甲A15・245頁)と判示し、同性カップルの婚姻する権利の否定が同性愛の性的指向を有するゲイやレズビアンの人々に対する平等保護条項違反の侵害となることを明らかにした。

また、台湾の大法官解釈(司法院积字第748号解釈)は、「現行婚姻章が一男一女の永続的な結合関係だけを規定し、性別を同じくする兩名に同様の永続的な結合関係を成立させていないのは、性的指向を分類の基準として、同性に性的指向が向く者の婚姻の自由を相対的に不利にする差別的扱いである」と判示した(原告ら第11準備書面参照)。

さらにドイツ連邦憲法裁判所も、2009年7月7日決定(BVerfGE124,19)において、「婚姻か生活パートナーシップかについての個人の決定は、その性的指向性と分ち難く結びつく。したがって、婚姻と生活パートナーシップの遺族年金扶助に関する異なった取扱いを正当化するためには、長期にわたり法的に固定された生活共同体の両形式の間に重大な違いがあることが必要となる」と判示している(甲A457・井上

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

典之「遺族扶助における生活パートナーの排除と一般的平等原則」112頁)。

婚姻制度の中のある効果についての当否、といったことであれば、各国の歴史的・文化的背景等によってその評価が分かれることはあり得るだろうが、もともと婚姻制度が異性間を前提として定められていたところ、同性愛に対する知見の進展等によってそれが不平等と捉えられるようになり、同性間に婚姻が認められないことが平等原則に反しないかが問題となってきた、という流れは、我が国を含め近代立憲国家に共通である。同じ「基本的人権の尊重」という基本原理を奉ずる近代国家であるにもかかわらず、同性間に婚姻を認めないことが、我が国においてのみ、性的指向に基づく区別取扱いには該当しない、というのは、極めて特異な考え方であると言わざるを得ない。

5 同オ「同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとは言えないし、具体的な法制度によって認められたものともいえないこと」(27頁)について

被告は、「同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものとはいえないし、具体的な法制度によって認められたものともいえない」と主張する。

この被告の主張に対しては、本書面第2等で反論済みであり、原告第4準備書面、同第13準備書面等で詳述したとおりであるから、ここでは繰り返さない。

なお被告は、同性間の人的結合関係においても、民法上のほかの制度を用いることによって婚姻と同様の効果を生じさせることができる、などとして、同性間で婚姻できないことについての不利益をことさらに小さく見せようとしているが、判例も「婚姻」自体の利益を重視していることは明らかである(前記第3項(4)参照)。原告は、第4準備書面において、同性婚が認められていないことによる民法や諸法等における具体的な不利益を、多数挙げ

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

た。「婚姻」自体の利益は、民法上のものに限られるわけではないし、民法上のものについても、民法上のほかの制度をもって不利益を解消ないし軽減できるのはごく一部に過ぎず、同性婚が認められないことの不利益は、被告の言うように解消ないし軽減できるものでは全くない。

## 第5 第3の2(3)「本件規定の立法目的に合理的な根拠があること」 について

### 1 同ア「憲法及び民法において、婚姻は、生殖と子の養育を目的とする男女の結合であるとの我が国の伝統、慣習が制度化されたものであること」(34頁)について

#### (1) 同(ア)について

被告は、乙1号証・178頁(青山道夫=有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』)を引用し、「伝統的に、婚姻は、生殖と密接に結び付いて理解されており、それが異性間のものであることが前提とされてきた。」と主張する。

しかし、原告ら第8準備書面の第2の1(1)アに記載したとおり、「伝統的」、「前提とされてきた」なる文言が、いつのことを述べたものか定かではない。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、これを越えて、現在までこのとおりである、という趣旨であれば、争う。

加えて、原告ら第8準備書面の第2の1(1)イに記載したとおり、乙1号証では、被告の引用部分に続けて、「・・・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。」、「・・・男女

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

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。」(同・179頁)と述べられており、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る。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り、被告の上記主張とは異なる趣旨で述べられたものである。

## (2) 同(イ)について

被告は、明治民法における婚姻は、我が国の従来慣習を制度化したものであり、男女のものであることが前提とされていると主張する。

しかし、既に原告ら第8準備書面の第2の2(1)において述べたとおり、乙3号証には、被告の引用部分に続き、「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當なる規定を設けて之を補正せざることを得ず。」とされており、明治民法における婚姻は、従来慣習を制度化したものと評価することはできない。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。

## (3) 同(ウ)(エ)について

現日本国憲法制定当時、婚姻の当事者として男女が想定されていたことは認めるが、被告の「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」との主張については、争う。

原告ら第8準備書面の第2の2(1)記載のとおり、現行民法は、婚姻の当事者を男女と設定して制定しているのであるから、被告が主張の論拠として挙げる現行民法を解説する文献(乙8号証～乙11号証)において、

【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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

婚姻の当事者が男女と記載されているのは当然であって、それ以上の意味を持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。

## 2 同イ「本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めていること」(35頁)について

### (1) 民法及び戸籍法の諸規定について

被告は、本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めているとし、その根拠として、婚姻に関する民法及び戸籍法の諸規定を挙げる(被告第4準備書面36～37頁)。

しかし、被告の挙げる重婚の禁止(732条)、婚姻適齢(731条)、近親者間及び直系姻族間の婚姻の禁止(734条及び735条)、配偶者及び三親等内の姻族との間の親族関係の発生(725条)、配偶者の遺留分を含む相続権(890条、900条1号ないし3号及び1042条)、離婚時の財産分与(768条)、配偶者居住権(1028条)、夫婦同氏の原則(750条)、夫婦の同居、協力及び扶助の義務(752条)、夫婦間の契約の取消権(754条)、夫婦の財産関係(755条)、夫婦財産契約の対抗要件(756条)、婚姻費用の分担(760条)、日常の家事に関する債務の連帯責任(761条)、夫婦間における財産の帰属(762条)等の民法の規定並びに戸籍法の規定は、いずれも生殖や子の養育を伴わない婚姻にも等しく及ぼし得るものと解されるのであって、これらの諸規定の存在は、「本件規定は、生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度として婚姻を定めている」と論ずる被告の主張を根拠づけるものではないことは、原告ら第8準備書面でも主張したとおりである(原告ら第8準備書面18頁)。

### (2) 被告の言う「生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

### とした制度」の含意

そもそも、被告は、本件規定について、「生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度」と述べるが、この「生殖に結び付いて理解される」関係を「前提とし」ている、ということの具体的な意味内容は明確ではない。異性カップルであれば自然生殖で子をもうけることがあるし、そのことに伴う親子関係を規律する制度（嫡出子の制度）が必要になってくる。仮に被告の主張が、この限りのことを意味しているのだとすれば、それは家族関係を規律する民法においては当然の規定に過ぎない（原告ら第8準備書面16～19頁参照）。

他方で、被告のこの主張が、異性カップルは生殖を行うのだということに着目し、そのような異性カップル間の生殖を保護することが婚姻の目的であるという内容を含意するのであれば、そのような主張は誤りであることは、原告ら第8準備書面で述べたとおりである（また、後記第3項参照）。つまり、旧民法、明治民法及び現行民法のいずれにおいても、婚姻の目的が生殖にあるとはされておらず（原告ら第8準備書面13頁～17頁）、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（原告ら第8準備書面17頁～20頁）。

### (3) 嫡出推定規定等の位置付け

さらに、被告は、「民法は、婚姻をした夫婦間に生まれた子について、嫡出の推定（772条）、父母の氏を称すること（790条）等を定めるが、これは異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるものであるということが出来る」とし、その裏付けとして、最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷判決・民集67巻9号1847頁における寺田逸郎裁判官の補足意見を参照する（被告第4準備書面37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7回期日(20220210)提出の書面です。

この点、民法における婚姻の様々な効果の中には、前記のとおり、生殖や子の養育を伴わない婚姻においても効果を楽しむ規定が多数ある一方で、嫡出推定のように生殖に関連する規定もある。異性カップルのみを前提とする現在の婚姻制度の中で、(自然生殖を前提とする限り)婚姻の諸効果のうち当事者が「異性」であることと直接に関連するのは、後者の効果である。嫡出推定等が「異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるもの」であるのは、この意味で当然であって、それ以上の意味を持つものではない。

また、寺田補足意見の引用の当否の点を措くとしても、民法の嫡出推定の規定は、婚姻関係にあるカップル間に子が出生した場合における法律上の父子関係の確定について定めるものであるが他方、婚姻の効力には、前記のとおり、生殖や子と無関係のものも多数ある。にもかかわらず、嫡出推定の規定のみを取り出して、婚姻制度の目的が生殖や子の養育にあるかのように論ずることは、二宮周平教授が指摘するとおり、恣意的な議論であり、民法学説上も支持を得ないものであるといわざるを得ない(甲A214・13～17頁参照)。

### 3 同ウ「本件規定の目的は、一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、合理性があること」(37頁)について

(1) 被告の主張する婚姻の立法目的は誤りであり、不合理であること

ア 被告は「本件規定の目的は、一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにありと解するのが相当である」と主張する。

被告はその第2準備書面では、現行の婚姻制度は男女間を想定しているとは記述していても、明確な立法目的についての主張をしていなかった。そのため、原告側はやむなく、当時札幌地方裁判所等に係属していた同種

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

事件での被告書面の内容から、被告の本来の主張を推測して、原告ら第8準備書面において反論を行っていた。被告が本訴訟においてようやく立法目的に係る主張を明確にしたため改めて反論する。

イ まず、従前被告は、前記他地裁の同種事件において、「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」としていた(原告第8準備書面11頁)。

他方、被告第4準備書面では、上記のとおり、「本件規定の目的は、一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあると解するのが相当である」と主張している。

両者には微妙な文言の違いがある。被告が、どのような意図を持って、このように立法目的の主張を変更したのかは、明らかにされていない。

以下では、被告第4準備書面で明確に主張されている後者を前提に、原告の主張を述べる。

ウ 歴史的にも世界的にも、婚姻形態や親子形態はさまざま存在し、「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」という形態以外の結婚は多数存在する(甲A203・執行嵐・有池亨『家族問題と家族法Ⅱ』60ないし62頁、甲A207・田間泰子『問いからはじめる家族社会学—多様化する家族の包摂に向けて』158ないし159頁)。

原告ら第8準備書面においても主張したが、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以来現在に至るまで婚姻制度の立法目的には生殖は含まれない。婚姻制度の目的が出産・子育てにあるならば、生殖能力を婚姻の成立要件にしたり、生殖不能を婚姻の無効・取消原因、離婚原因にする必要がある(二宮意見書(甲A214)1

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

5頁)、臨終婚や高齢婚、生殖機能を失った者との婚姻、子をもつことを望まない者との婚姻は認められないこととなるが、かかる趣旨の規定は置かれていない。

また、明治31(1898)年に施行された明治民法典では、諸外国の離婚法には例を見ない協議離婚制度が設けられ、妻が子を妊娠中であるか否か、また、子を養育中であるか否かを問わず届出によって離婚ができることとなった。この点については、起草者の富井政章は「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」(甲A212・島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』46頁(岩志和一郎執筆部分)、甲A210・泉久雄『親族法』126頁、甲A211・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おり、生殖は婚姻の目的とされていない。

婚姻の立法目的が、被告のというような限定的なものであるとするならば、例えば、婚姻の要件として子をもうける意思を確認するとか、疾患等の理由により子をもうけ得ないカップルについては婚姻を認めないとか、婚姻の上限年齢を定めるとか、あるいは、婚姻後一定期間子をもうけ得なかったことを離婚理由とする等の制度を定めることも可能ということになるが、そのような立法が、憲法13条、24条等のもとで認められるとは、到底解されない。

エ 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、

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

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である(原告ら第8準備書面18頁)。

## (2) 被告の札幌地裁判決批判に理由のないこと

### ア 札幌地裁判決の内容

被告は、札幌地裁判決が、本件規定の立法目的について、①現行民法が、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、②子を産み育てることが、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、③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がうかがわれないことに照らし、「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のが相当である」と判示した点について、上記論拠をそれぞれ批判している。

### イ 上記①について

(ア) 被告は、上記①について、札幌地裁判決が立法目的について「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のが相当である。」と判示した点について、「パッケージとして構築される婚姻及び家族に関する制度においては、制度を利用することができるか否かの基準が明確である必要がある。」と反論し、当該主張の根拠として平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決における寺田逸郎裁判官の補足意見において、婚姻関係については「社会の構成員一般からみてもそう複雑ではないものとして捉えることができるよう規格化された形で作られていて、個々の当事

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

者の多様な意思に沿って変容させることに対しては抑制的である」と指摘されている点を挙げる。

しかし、上記補足意見は、婚姻自体は当事者の合意によって成立することを前提に、夫婦別氏の選択肢がないことの違憲性が争われた夫婦別姓訴訟におけるものであり、婚姻中の夫婦が未成年を養育している場合に親子間で氏が異なることを「複雑」であるとして、司法審査に消極的な見解を述べる文脈の中で述べられたものに過ぎない。同性間の婚姻を認める場合、異性カップル同様に婚姻届を受理し、国家が公認するふうとして戸籍制度によって公示すれば足りるのであって、社会の構成員一般からみて婚姻制度が複雑になるものでは、全くない。

異性間の婚姻において、婚姻の立法目的が、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『特に』保護を与える」ことにあるというのであれば、子の有無、子をつくる意思・能力の有無について、何らかの要件を課すことはむしろ立法目的にかなうものであり、このような要件を設けたところで、婚姻制度が複雑なものになるわけでもないと思われる(例えば、婚姻年齢に上限を設けるなどの要件は、利用基準は一義的に明確であり、制度が複雑になるものでもなかろう)。しかるに、現在の婚姻制度は、この点について何ら要件を設けることなく、男女でさえあれば、この点を一切問わずに婚姻を認めているのであって、このような制度設計について、被告主張の立法目的を維持した上で「パッケージ論」をもって合理的に説明することはできない。

(イ) また、大村教授の文献を引用した上で、現行民法が子を作る能力や意思の有無でその法的地位を区別していないことと、現行民法が抽象的・定型的に子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としていることは、何ら矛盾するものではない、などとも主張する。

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

しかし、同文献は、その前半部分において、現行民法の婚姻に関する規定を前提に、同性間の婚姻の可否（同性間の婚姻が現行民法の婚姻の要件を充足するか否か）についての解釈論として、「決め手は婚姻の目的をどう考えるかという点にある」（ここでいう「目的」は、婚姻制度の目的を指すものと解される。）ことを指摘した上で、「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」という仮定を置いた場合には、「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」という帰結になることを論じたものである。また、その後半部分も、そのような現行法の解釈論に関して生じ得る「不妊の男女カップルや子どもをもつ気のない男女カップルの関係は婚姻ではないのかという疑問」に対して応答する文脈で、婚姻をするカップルが生殖を具体的・個別的な目的としていなくても、婚姻の要件（具体的には、婚姻の成立要件のうちの「婚姻意思」を意味する（同箇所参照されている「第1章第3節第122(3)(ア)」には、「臨終婚」は有効と解する一方「仮想婚」を無効とする判例の整合的説明として、婚姻意思について、「実際に共同生活を継続することが可能であることを前提とした具体的な意思である必要はなく、抽象的な意思で足りるとすれば、臨終婚は有効であるということになる」と記載されており（甲A458）、婚姻意思の内容を抽象化して理解する、という意味での記述であることは明らかである。))は充足されると考えることができることを指摘したものに過ぎない。

被告のいうように、現行民法が、子を産み育てる男女の共同生活を抽象的・定型的に保護しているなどと述べたものでは全くなく、被告主張の論拠とは全くなり得ない。

ウ 上記②について

被告は、上記②について、婚姻をした夫婦に子を産み育てることを強制

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

したり、義務づけたりするものではなく、子を産み育てることは婚姻した夫婦の意思に委ねられるべき性質のものであることに変わりはない、などと反論するが、札幌地裁判決の趣旨は全く曲解するものであるとしか言いようがない。

子を産み育てることが、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であることは、あまりにも当然のことである。しかし、民法の婚姻制度の立法目的を被告の言うように「一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにある」と解すると、その尊重されるべき自己決定によって子を持たないという選択をした夫婦、あるいは子を持たなかったが持てなかった夫婦は、婚姻制度の本来的な保護の範囲外の存在となってしまう(被告曰く「抽象的・定型的」に男女であるという理由により、婚姻制度の恩恵にあずかっているだけの存在となってしまう。)

しかし、そのような解釈が正当とは思われない。夫婦が子を持たないという選択をすることも重要な自己決定として尊重されるというのであれば、婚姻制度の立法目的は、そのような選択をした夫婦にも等しく保護を与えていることを合理的に説明できる内容であるはずである。立法目的を「子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにある」と解することでは、この点について合理的な説明はできず、到底とりえない解釈と言わざるを得ない。

札幌地裁判決が、自身の解する立法目的の根拠として上記②を挙げているのは、このような考慮によるものと思われ、被告の反論は札幌地裁判決の趣旨を全く曲解する的外れなものである。

エ 上記③について

(ア) 上記③について、被告は、本件規定の立法経緯及びその規定内容から

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

すると、本件規定は、一人の男性と女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的とするものである、と述べるが、この点が誤りであることは、これまで縷々述べてきたとおりである。

(イ) 被告は、この点の根拠として、性同一性障害特例法に関連する最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷決定の寺田逸郎裁判官の補足意見を引用する。当該決定は、性同一性障害特例法により戸籍上の性別取扱が女性から男性に変更された当事者について、その妻が産んだ子の父となるか否かにつき嫡出推定の適用をめぐる争われた案件である。寺田補足意見は、嫡出推定制度及び嫡出否認権の出訴制限制度により、迅速に子の父を定めて養育の安定を図ることを重視して、生物学的な父子関係よりも養育の意思のある者を父とする法的な父子関係形成を優先することの重要性及びその重要な制度は特例法により性別変更がなされた当事者間の婚姻であっても適用されるべきことを強調する中で述べられた。したがって、現行では認められていない同性間の婚姻が異性間の婚姻と同じく認められるべきか否かという本件での論点を念頭においての意見ではなく、この意見を本件に及ぼすことはできないというべきである。

被告は、平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決における同裁判官補足意見の「男女間に認められる制度としての婚姻を特徴付けるのは、嫡出子の仕組み(772条以下)をおいてほかにな」い等とする部分も引用しているが、この夫婦別姓訴訟については、あくまでも、認められている異性間の婚姻について、夫婦同氏としている現行制度の合理性を語る中で言及であり、同性間に婚姻の保護を及ぼすべきでないといった論拠となるものではないことも、既に述べたとおりである(前記第2項(3))。

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

(ウ) また被告は、民法学説を引用して自説の根拠としているが、これらも被告の主張を裏付ける論拠とはならない。

まず、我妻栄『親族法』の記述は、現行民法が婚姻をもって一人の男と一人の女との結合関係であるとしていること及びその間の子を含む夫婦・親子の団体をもって社会構成の基礎とするものと解されることを論じたものであり、被告の主張するように、婚姻と生殖とを結び付けて、本件規定が、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的としていることを論じたものとは解されない。このことは、同書において、同性間の婚姻が民法上の「婚姻」であるとはいえない理由として、生殖や子の養育の欠如ではなく、「その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合」に合致しないため婚姻意思を欠くという理由が挙げられていることから明らかである。

また、青山道夫『身分法概論』の記述は、婚姻制度のもつ社会的な意義ないし機能について社会学ないし法制史的な観点から論じたものであり、現行民法の婚姻制度の目的を論ずる文脈におけるものではないことが明らかである上、同書は、「もとより婚姻の直接の目的は子を生むことではない」とも明言しているから、被告の主張の裏付けとなるものと解することは困難である（なお、同書で示されている「正常な夫婦関係は一般に子を生ずる」というような社会学的な認識も、今日的な観点からは、その妥当性・適切性に疑問があるといわざるを得ない。）。

鈴木禄弥『親族法講義』の記述も、婚姻に対して与えられる諸効果のうち、子への嫡出性の賦与、配偶者への相続権の賦与、姻族関係の発生という効果は、「婚姻当事者間のみにではなく、第三者にも影響を及ぼす……から、もし上述の諸効果が与えられるか否かの不明瞭な男女結合が存在することになると、第三者の利益を害する」との実際的な観点か

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

ら、「法は、画一的な基準を作って、その基準に適合した結合にのみ上述のような諸効果を賦与しており、かかる結合を婚姻という」として、諸効果の発生要件たる婚姻について明確な基準(婚姻届)が必要であることを指摘した上で、「婚姻とは、上述の諸効果を発生させるための要件である、ともいえる」と論じているものに過ぎず、婚姻と生殖及び子の養育との結び付きについて触れるようなところは一切存しないから、被告の主張の裏付けとなるものと解することは困難である(同書のまえがきには、「抽象的な概念規定や要件・効果の羅列を極力避け、具体的な制度のあり方や機能をまず叙述し〔た〕」との方針が示されている(甲A459)。被告が引用する部分も、婚姻に関する民法の具体的な規定を離れて抽象的に婚姻の意義や目的を論ずるのではなく、婚姻の法律上の機能(効果)から出発して、「民法の規定するこれらの効果を生じさせるものが婚姻であり、換言すれば、婚姻とはこれらの効果の要件である」と論じたところにその要点があるものと解される。)

被告は、これらの民法学説を、正しい理解に基づかず引用しているから、被告の主張の論拠とはならない。

### (3) その他の主張について

その他、被告は、原告ら第8準備書面14～15頁の主張について述べている。

しかし、原告ら引用の箇所が、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だとしても、「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル」との見解が示されていたことに変わりはないし、「必ズシモ子ヲ得ルコトヲ目的トセズ」との記載が離婚または婚姻の要件について論じたものであったとしても、明確に子を得ることが目的ではないと記載されている上、離婚の要件に無子がなく、婚姻の要件に生殖能力がないことは明らかなのであって、被告の指摘は、何ら原告主張に対する反論となっていない

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

いものとする。

## 第6 第3の2(4)「本件の規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることや、同性婚を定めていないことがその立法目的との関連において合理性を有すること」(43頁)について

### 1 同ア「本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有すること」(43頁)について

被告は、「本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることがその立法目的との関連において合理性を有する」として、その根拠なるものを主張している。

しかし、原告らが本件で主張しているのは、法律上の性別が異なる者(異性カップル)には婚姻を認め、本件原告らのように法律上の性別が同じ者(同性カップル)には婚姻を認めないという本件規定による別異の取扱いは性別及び性的指向に基づくものであるところ、事柄の性質に応じた合理的な根拠は存在せず、憲法第14条第1項が禁止する差別的取扱いに該当する、というものであり、本件規定が自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることの合理性を問題としているのではない。

被告のこの部分の記述は、結局のところ、本件規定は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的としている、という主張について、その正当性を裏から述べているに過ぎず、実質的にはこれまでの主張の繰り返しである。この点について、本件規定の立法目的がそのようなものではないことは、前記第5で述べたとおりである。

### 2 同イ「同性婚を定めていないことが本件規定の立法目的の関連においても

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

### 合理性を有すること」(44頁)について

(1) 被告は、「同性婚を定めていないことが本件規定の立法目的の関連においても合理性を有する」とし、その理由付けを述べている。

しかし、この項の被告主張は、本件規定が、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的としていることを前提としているところ、これが誤りであることは、前記第5のとおりである。したがって、本項における被告の主張は、そもそもその前提を欠くものであり、特に反論をするに足りない。

なお被告は、本項イの中において、原告らの、同性愛者に対する社会的差別を助長しているといった主張に対する反論を述べている(被告第4準備書面45頁(オ))。これに対しては、別途第19準備書面で反論する。

(2) また、仮に、生殖と子の養育を伴う共同生活の保護を立法目的とする被告の主張に立ったとしても、同性カップルが婚姻制度の利用から排除されていることに合理性はなく、正当化されるものではない。

原告ら第8準備書面の第4でも詳述したとおり、連れ子を共同で養育する、精子提供を受けて出産した子を育てるなど同性カップルにおいてもその間に子をもうけたり、育てたりしながら共同生活を送る営みは日本社会でも行われており、子を得て子を養育することを希望する同性カップルやLGBTQ当事者も多く存在する。

したがって、仮に被告の言うように、婚姻の立法目的が「子を産み育てながら共同生活を送るという関係」に保護を与える点にあったとしても、その対象を一人の男性と女性に限り同性カップルを排除している点には、合理性は認められない。

3 同ウ「目的達成のための手段・方法の合理性に関する原判決の判断の誤り等」(47頁)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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

#### (1) 被告が誤りだと主張する札幌地裁判決の該当部分

被告は、札幌地裁判決が「同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていること」が合理的根拠を欠く差別的扱いに当たると判断した理由は下記の4つであるとした上で、それらの指摘は誤ったものであるなどと主張する(被告第4準備書面47～55頁)。

- ① 婚姻によって生じる法的効果を享受することは、異性愛者にとって法的利益であるところ、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享有し得る
- ② 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から、本件規定の目的は、同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果の一切を享受し得ないものとする理由とはならない
- ③ 本件規定の制定時に同性婚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ころ、この知見が平成4年頃には完全に否定されたことに照らせば、同性婚について定めていない本件規定や憲法24条の存在が同性愛者のカップルに対する一切の法的保護を否定する理由にはならない
- ④ 我が国においては、同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し、同性愛者と異性愛者との間の区別を解消すべきとの要請が高まりつつあり、諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることを考慮すべきである

#### (2) 札幌地裁判決①、②、④への被告の批判に対する反論について

被告の主張のうち、札幌地裁判決①の指摘に対する批判(被告第4準備書面48～49頁)については前記第2、第3等で論じたところが、札幌

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

地裁判決②の指摘に対する批判（被告第4準備書面49～50頁）については前記第5等で論じたところが、反論として当てはまる。

また、札幌地裁判決④の指摘に対する批判（被告第4準備書面54頁）については、別途第19準備書面で述べる。

したがって、これらについては、ここでは繰り返さない。

(3) 札幌地裁判決③への被告の批判（(エ)「前記③の指摘が誤っていること」(50頁)）について

ア 札幌地裁判決は、同性愛についての誤った知見に基づき「本件諸規定の制定時に同性婚が規定されなかった」とは述べていないこと

札幌地裁判決③に対し、被告の批判（被告第4準備書面50～54頁）の結論は、本件規定の制定時に同性婚が定められず、これに関する規定も設けられなかったのは、

- ・「飽くまで、婚姻が異性間の人的結合関係を対象とするものであるという我が国の従来慣習が制度化されたことによる」（被告第4準備書面54頁）ためであって、
- ・「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はない」（被告第4準備書面54頁）

というものである。

しかしながら、札幌地裁判決は、同性愛についての誤った知見に基づき「本件諸規定の制定時に同性婚が規定されなかった」と述べているのではなく、同性愛についての誤った知見に基づき「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」と述べているだけである。

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れらで規定された婚姻がどう理解されていたかについて、次のとおり述べる。

【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」九州訴訟(福岡地裁)第7回期日(20220210)提出の書面です。

- ・「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」(甲A215・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」(同・8頁)
- ・「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」(同・24頁)

そして、そのように解されてきた背景理由として、札幌地裁判決は、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(同・24頁、26頁)。

このように、札幌地裁判決は、同性愛についての誤った知見に基づき、「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」と述べているに過ぎない。明治民法及び現行民法の制定過程において、同性間の婚姻に関する規定を設けないことの原因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。

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

したがって、上記のような被告の批判は的を射ない。

イ 明治民法制定当時、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誤りとの被告の批判に対する反論

(ア) 問題にするべきは、日本国憲法等制定期の同性愛に対する知見であること

明治民法の制定以前から我が国において同性愛が精神疾患であるとする知見が既に存在していたことは後述するが、重要なことは、明治民法制定以前や制定時ではなく、日本国憲法等制定期、すなわち、日本国憲法制定時及びそれに伴う法律改正時の頃の同性愛に対する知見である。なぜなら、原告らが違憲であると主張しているのは、明治民法ではないからである。

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。」(甲A215・26頁)と述べており、本件の争点を正しく理解している。

以上のとおり、明治民法制定時の同性愛の知見に関する事実認定に誤りが仮にあったとしても、そのことは、札幌地裁判決を評価する上でさして問題ではない。

(イ) 明治民法の制定以前から我が国には同性愛が精神疾患であるとする知見が既に存在していたこと

次に述べるとおり、明治民法の制定以前から、我が国には同性愛が精

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

神疾患であるとする知見が既に存在していた。

明治民法の親族・相続の2編が公布されたのは1898(明治31)年である。その10年前である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、「反対的陰部感覚トハ、生来、男女性感覚錯乱シ、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覚ニ基ヅキテ来タリ、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、自ラ悽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覚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覚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覚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」との記述があった(甲A460・252~253頁)。

また、原告ら第16準備書面においても述べたとおり、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・エビングの著作『Psychopathia Sexualis』(1886(明治19)年出版)は、いち早く、1891(明治24)年には、『色情狂篇』と題され、『裁判医学会雑誌』での翻訳連載が開始されている(甲A360)。

他には、1894(明治27)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覚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

【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7回期日(20220210)提出の書面です。

リ。此症アルモノハ自ラ他性ノ観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ジテ以テ其男ニ接シ、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、或ハ屡々体質性神経病（臓躁、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」との記述がある（甲A461・160頁）。

以上のとおりであり、実際には、明治民法の制定以前から我が国において同性愛が精神疾患であるとする知見が既に存在していたことは明らかである。

被告の主張は、自ら事実を調査確認することもなく、札幌地裁判決の事実認定を論難し、史実を不当に歪めようとするものである。

#### （4）小括

以上のとおり、札幌判決の前記「第63（1）」の①ないし④に対する被告の批判こそいづれも誤っているか、失当である。

なお被告は、「(カ)小括」において、「なお」とした上、札幌地裁判決に対し、選択的夫婦別姓についての最高裁判決（平成27年）の調査官解説に言及し、婚姻及び家族に関する事項は、全体の規律の中でどのような位置付けを有するか、仮にその事項を変更した場合に、法制度全体にどのような影響を及ぼすのかといった点を見据えた総合的な判断が必要されるものであるのに、札幌地裁判決は総合的な観点からの検討を怠っており、相当ではないと批判する（被告第4準備書面・54ないし55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7回期日(20220210)提出の書面です。

しかし、被告の引用部分は、24条2項の定めた立法上の指針、要請に適合するものかという判断に際して考慮すべき事柄として挙げられているものである。そして、この調査官解説は、「本判決の立場は、本件では、制度の構築に係る立法裁量の限界が問題となっているものであって、典型的な意味での基本的人権を直接制約する規定の合憲性審査基準が問題になっているものではない」としているところ、本訴訟では、まさに基本的人権を直接制約する規定の合憲性が問題となっているのであり、被告の批判は、前提を欠く。

以 上