

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)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8名

被告 国

原告ら第20準備書面

(被告第5準備書面に対する反論)

2022年(令和4年)2月9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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

目次

第1	はじめに	3
第2	憲法14条1項適合性審査を回避することは許されないこと	5
1	被告の主張	5
2	憲法24条1項は婚姻を異性間に限る旨定めていないこと	5
3	「整合性」を理由に憲法14条1項適合性の審査を免れられないこと	6
第3	本件規定による別異取扱いが憲法14条1項に違反すること	8
1	本件別異取扱いの憲法14条1項適合性は厳格に審査されなければならないこと	8
(1)	婚姻及び家族に関する事項であるというだけで立法府の広範な立法裁量を導くことはできないこと	8
(2)	民主的プロセスに委ねるべきとの理由で立法府の広範な裁量を導くことはできないこと	13
(3)	同性愛者等が婚姻できないことは性的指向に基づく区別であり、本件規定は同性愛者等に対する婚姻への直接的な制約であること	19
(4)	同性愛者等が侵害されている権利・利益は重要かつ甚大であること	22
(5)	小括	25
2	本件規定に基づく別異取扱いに合理的根拠が認められないこと	26
(1)	被告主張の骨子	26
(2)	被告主張が論理的に破綻していること	26
(3)	婚姻制度の立法経緯及び規定内容から同性愛者等の婚姻制度からの排除を正当化することはできないこと(骨子①への反論)	28
(4)	抽象的・定型的に婚姻制度の目的を捉えることの自己矛盾と帰結(骨子②への反論1)	34
(5)	生物学的な自然生殖可能性を基礎とするという被告主張が破綻しており、かつ、差別的であること(骨子②への反論2)	35
(6)	社会的承認の不存在を理由とすることは差別の是認であること(骨子③への反論)	36
(7)	被告が主張する婚姻制度の目的を前提としても、同性間の婚姻を認めないこととの合理的関連性が認められないこと	38
(8)	札幌地裁判決の判断について	39
3	結論	41

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

第1 はじめに

現行の民法及び戸籍法は、法律上同性同士の婚姻を認めない。これは、①同性愛者等の婚姻の自由を不当に侵害し(憲法24条1項違反)、②同性愛者等を合理的根拠なく差別的に取扱い(憲法14条1項違反)、③個人の尊厳に立脚しないもの(憲法24条2項違反)であるから、法律上同性同士の婚姻を認めない民法及び戸籍法(本件規定)は、その限りで違憲かつ無効である。

ところが、今回の被告第5準備書面は、上記のうち特に憲法14条1項適合性について、(1)憲法24条1項は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から、同性間で婚姻できないことは憲法自体が予定し、かつ許容しており、憲法14条1項違反の問題は生じない(被告第5準備書面第2の1)、そうでないとしても、(2)婚姻及び家族に関する事項については立法府の広範な裁量に委ねられ、同性間の婚姻を認めるか否かの問題は民主的プロセスを通じて解決されるべき問題であり、(3)婚姻制度の目的は、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を特に保護することにあるところ、「同性間の人的結合関係には自然生殖可能性が認められないし、…同性間の人的結合関係を異性間の人的結合関係(婚姻関係)と同視し得るほどの社会的な承認が存在しているとは言い難い」(同31頁)から、同性間に婚姻を認めないことは合理的根拠を欠く差別的取扱いに当たらない(同第2の2)と主張する。

しかし、後に詳述するとおり、(1)同性間で婚姻できないことを憲法自体が予定しかつ許容しているなどとは言えないから、憲法14条1項適合性審査を回避することは許されない。

また、(2)婚姻及び家族に関する事項であるというだけで立法府に広範な裁量が認められることはないし、本件は民主的プロセスに委ねることが許されない事柄なのであって、本件規定の憲法14条1項適合性は厳格に審査されねばならない。

さらに、(3)自然生殖可能性や社会的承認がないことを理由に同性カップルを婚姻制度から排除することを正当化することはできない。

すなわち、そもそも、婚姻制度の目的が生殖にあることを理由に同性カップルを婚姻制度から排除する被告主張は、「なぜ、異性カップルは生殖の能力や意思がなくても婚姻できるのか」という矛盾を説明できない。この矛盾を前に、被告は、「民法…は…生物学的な自然生殖可能性を基礎として抽象的・定型的に立法目的を捉えて、婚姻をすることができる夫婦の範囲を定めている」との弁明を試みるが(同29～30頁)、それは、実際には生殖の

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

能力は問題ではないことを述べるもので、被告の当初の主張と完全に矛盾する。

もともと、婚姻制度の目的を抽象的・定型的に捉え、実際の自然生殖可能性の有無を問わないという被告主張自体は、実は原告らの主張に極めて親和的である。すなわち、子を産み育てる関係を保護することは、婚姻の重要な機能の一つではあっても、その性質上、婚姻の要件を画する「目的」とはなり得ないのであって、実際に、民法もそのことを当然に織り込み、婚姻制度の構築にあたっては自然生殖の能力・意思を婚姻の要件としていない。民法は、より包摂的な見地から、婚姻を、子をもつ意思や可能性にかかわらず、親密な二人の関係に法的保護を与え、当人らの人格的生存を助けると共に社会の基礎単位を形成する制度として構築している。それを正面から認めることこそが、「実際に子をもつ意思や可能性を問わない」という被告主張の自然かつ論理的な帰結である。

しかし、被告はそうしない。同性カップルを婚姻から排除する理由がなくなってしまうからである。そこで被告が今回新たに追加したのが、同性カップルの関係性には異性カップルの婚姻関係と同視し得るほどの「社会的承認」がないという主張である(被告第5準備書面30頁から31頁)。しかしこれは、異性カップルこそが婚姻を認めるにふさわしい「正統」な関係性であって同性カップルはそうではないという差別意識の投影であり、その言い換えに他ならない。そもそも、今なお、婚姻した異性カップルと同視できるほどの社会的承認が同性カップルにないのは、彼ら・彼女らを婚姻制度から排除することによって異性カップルより劣った存在であるというスティグマを与え続けたことが大きな要因である。被告主張は、本件規定による別異取扱いを、かかる別異取扱いによって生じている結果(差別・偏見)をもって正当化しようとするものであり、ほかならぬ国がこのような主張をすること自体極めて不当である。

以上のおり、被告第5準備書面は、従前被告自身が同性カップルに婚姻制度による法的保護を否定する論拠の中核としてきた自然生殖可能性という観点・基準をもはや維持できなくなったが故に、今度は「社会的承認」という、差別の言い換えないし裏返しと言わざるを得ない基準に根拠を求めるほかなくなったことを露呈させたものであり、被告の主張は、本件規定の憲法適合性の論証として完全に破綻している。

なお、被告は、同書面冒頭(4頁)において「同性婚」を独自に定義し、「これに対する形で」という位置づけで「異性婚」を定義した上で、「同性婚」という新たな制度を創設しないという国会議員による立法不作為が違憲審査の対象であるとの誤った理解に立ち、法律上同性同士の婚姻

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

を認めるかは立法政策の当否の問題にとどまると主張するようである¹。しかし、原告らが主張しているのは、現状の婚姻制度と「対する」形の「同性婚」という法制度を新たに創設しないことの立法政策の当否ではない。本件で問われているのは、異性間にのみ認められている現状の婚姻制度から同性カップルを同性同士であるというただそれだけの理由で排除していることの違憲性である。以下、その前提で反論を行う。

第2 憲法14条1項適合性審査を回避することは許されないこと

1 被告の主張

被告は、「憲法24条1項」は「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」として、「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、かつ許容している」のであり、本件規定による別異取扱いは憲法14条1項に違反しないと主張する(被告第5準備書面6～7頁)。

これは、これまでの被告準備書面でなされていた、憲法24条1項の「両性」が文言上男女を表していることが明らかであり、同項では同性間の婚姻は想定されていないから、同性間の婚姻を認めない本件規定が憲法14条1項に違反すると解する余地はないという主張(被告第1準備書面20頁及び同第3準備書面15～17頁)を基本的に繰り返すものである。原告はすでに詳細に反論をしているが(「両性」の文言と24条1項のあるべき解釈につき原告ら第3準備書面2～14頁及び同第11-2準備書面17頁以下、24条適合性と14条適合性の関係について同36～37頁及び同第11-3準備書面3～10頁)、あらためて、次のとおり反論を追加する。

2 憲法24条1項は婚姻を異性間に限る旨定めていないこと

まず、「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」ているとの被告主張は、憲法24条1項の文理に

¹ 例えば、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に当たっては」(被告第5準備書面8頁)、「同性間の人的結合関係を対象とする新たな婚姻に準じる法制度を構築するか否か等の問題を含め」(同13頁)、「同性婚を定めていない本件規定が憲法14条1項又は同法24条2項に違反するか否かという問題と、同性婚を定めるのが立法政策として相当か否かという問題とは、次元を異にする」(同19頁)、「立法政策の相当性の問題を超越して直ちに…合理的根拠を欠くものであるということとはできない」(同39頁)などとする。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

もおおよそ適合しない。同条項は、「両性」という文言を用いてはいるが、「両性(男女)の人的結合関係だけを婚姻制度の対象とする」とか、「両性(男女)以外の人的結合関係は婚姻制度の対象とはしない」とは規定していない。被告の主張は、同条項の「両性」という文言に憲法が想定しない意味を無理矢理持たせようとする一解釈論に過ぎない。

しかし、解釈論としても、被告主張は失当である。なぜなら、憲法24条1項の制定趣旨は、再婚禁止期間最高裁判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁)が「当事者間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と述べたとおり、戸主の同意権を否定して当事者本人以外の意思により婚姻が妨げられないことを明確にする点にあり、同性間の関係を婚姻制度から排除することなど議論もされていなかったからである。そうであれば、同条で「両性」の文言が使われているからといってそこから同性同士の組合せを積極的に排除するとの趣旨を導くことは、解釈として誤っている。

むしろ、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り(最高裁昭和61年(オ)第260号同62年9月2日大法廷判決・民集41巻6号1423頁参照)、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかということは、単に婚姻という法制度を利用するかどうかの選択ではなく、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(夫婦同氏制にかかる最高裁令和3年6月23日大法廷決定の三浦裁判官意見。以下、同決定を「令和3年夫婦別姓最高裁決定」という。)。憲法が、すべての人が個人として尊重されることを基本原理とし(13条)、そのために不可欠な権利を列挙するものとするれば、上記のような本質を持つ婚姻の自由が、異性愛者には保障され同性愛者等には保障されないと解することは、上記憲法の基本原理に反すること甚だしい。憲法24条1項が保障する婚姻の自由(ないし同項の趣旨に照らして十分尊重に値するとされている婚姻をするについての自由)は、同性愛者等にも及ぶと解すべきである。

3 「整合性」を理由に憲法14条1項適合性の審査を免れられないこと

また、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ころ…、同性間では…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」と主張する(被告第5準備書面6～7頁)。

しかし、憲法解釈において、「ある法律が憲法のある条項に反しないと解

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

釈される場合には、憲法の他の条項にも反しないと解釈しなければならない」という意味の整合性は要求されない。憲法の各条項にはそれぞれの制定趣旨や保障内容があり、それぞれの条項の観点から合憲性の審査が行われる。憲法の他の条項で保障されていないからといって他の条項に反しない(保護されない)という結論が当然には導かれないことは、最高裁判例でも確認されている²。

原告ら第11-1準備書面(6~10頁)にて詳述したとおり、平等原則の適用が当然に排除されるのは、憲法の明文が当該区別を積極的に規定し、その根拠が憲法の基本原理等から十分説明できる場合に限られる。例えば、条例による地域差については、地方自治(憲法92条)という憲法上の制度の意義と条例制定権を定めた憲法の明文(同94条)によって、その根拠を十分説明することが可能である。これに対し、同性間の婚姻を認めないことについては、憲法の明文が積極的に規定していない上に、憲法24条1項は同性間の婚姻を禁止しているとは解されず、婚姻を異性間に限ることが憲法の基本原理から説明できる関係にもないのであるから、憲法24条1項の規定をして本件規定の憲法14条1項適合性審査が当然に排除されることはない。むしろ、憲法24条1項の趣旨は、前述のとおり、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点にあるのだから、同性間の婚姻を認めることこそが当該趣旨から導かれる帰結である。

仮に、被告が主張するとおり、憲法24条1項の要請する婚姻が第一義的には異性間の人的結合関係のみを対象とする趣旨であったとしても、憲法24条に基づいて構築された制度は、婚姻の可否を不当に差別的に線引きするものであってはならない。婚姻制度は、憲法24条に基づいて構築されるとともに、憲法14条1項の観点からもその合理性が審査されなければならないのである。憲法が、さまざまな人権や統治のルールを列挙することで多重的に人間の自由を確保しようとする仕組みである以上それは当然である。

以上、憲法が同性間の婚姻が認められないことを容認しているといえるためには、憲法14条1項の観点からも本件規定を審査する必要がある。にもかかわらず、被告の主張は、憲法24条1項の解釈のみを理由に本件規定が当然に憲法14条1項に違反しないと結論付けるものであり、失当である。

² 例えば、障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止規定にかかるいわゆる堀木訴訟判決(最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁)においては、憲法25条違反の問題と「別に」同14条違反(さらには13条違反)の「問題を生じうる」旨が判示され、それぞれ検討されている(同判決「理由」三項)。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

第3 本件規定による別異取扱いが憲法14条1項に違反すること

1 本件別異取扱いの憲法14条1項適合性は厳格に審査されなければならないこと

被告は、憲法14条1項適合性審査の厳格さ(密度)が、区別の事由や対象となる権利利益の性質・重要性を総合的に考慮して具体的事情に応じて異なることを前提としつつ(被告第5準備書面8頁ア)、本件規定による別異取扱いの憲法14条1項適合性については、著しく緩やかな独自の審査基準を定立する。

しかし、以下のとおり、その根拠として被告が述べるのは、いずれも誤った解釈ないし的外れな指摘であり、本件規定による別異取扱いの憲法14条1項適合性は、厳格に審査されなければならない。

(1) 婚姻及び家族に関する事項であるというだけで立法府の広範な立法裁量を導くことはできないこと

ア 被告は、婚姻及び家族に関する事項について、「総合的判断の必要性」や「パッケージ」を理由に立法府の「合理的な立法裁量」を強調し、憲法24条2項についても、同条項はこの観点から婚姻及び家族に関する事項を立法事項としたかのように主張する(被告第5準備書面9～11頁イ)。その上で、同性間の婚姻を認めるか否かについては民主的プロセスに委ねられるべきであり立法府に広範な裁量が認められると結論づける(同12～13頁ウ。この点は後記(2)で検討する)。

イ しかし、そもそも、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項に広範な立法裁量を認める規定ではない。同条項は、婚姻及び家族に関しては、法律が、すべて「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」に立脚して制定されるべきことを立法府の義務として定めるものであり(甲A425・辻村みよ子・山元一編著『概説 憲法コンメンタール』157頁(信山社、2018)[糠塚康江])、立法府を厳格に規律統制する規定である。

すなわち、日本においては、戦前、個人よりも家を優先する家族制度が人々(とりわけ女性)を苦しめ、また、悲惨な戦争に国民を動員する役割を果たした(甲A210号証の1・二宮意見書18頁、同211号証の11利谷信義104頁)。憲法は、この歴史に対する痛切な反省に立って、婚姻及び家族に関する事項を法律事項とすることで為政者の専断が家族法制を恣意的に利用することを封じ(法律への留保。甲A426・宇賀克也『行政法概説I 行政法総論(第7版)』32頁(有斐閣、2020))、同時に、内容面でも、立法府にフリーハンドを与えず、法律の内容が個人の尊厳と

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

両性の本質的平等に立脚するよう義務づけたのである。このように、憲法24条2項が立法府を厳格に規律統制するものであることは、憲法が13条で個人の尊重を宣明し同14条で平等原則を定めているにもかかわらず、同24条2項で重ねて「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚すべき旨明記していること(国籍に関する憲法10条や租税に関する同84条は、単に「法律でこれを定める」あるいは「法律又は法律の定める条件によることを必要とする」としている)や、憲法制定と同時に民法総則(現在の2条)にも同様の定めを解釈の指針として置いてその趣旨を徹底しようとしていることから裏付けられる。また、憲法24条の原型となった総司令部案23条が、両性の平等、相互の合意による成立、相互の協力等、婚姻と家族について同条が定める「原理に反する法律は廃止され」ねばならない旨定め(甲A427・高柳=大友=田中『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説』169頁(有斐閣、1972))、実際に、憲法の施行に際し、民法親族編・相続編の諸規定が違憲無効となる事態を回避するため応急的措置法の制定が必要であったこと(甲A19・註解日本国憲法上巻470~471頁)は、憲法24条1項と2項が、内容的実質(同97条)と形式的効力(同98条)の両面で憲法の最高法規性(甲A428・芦部信喜・高橋和之補訂『憲法(第七版)』12頁(岩波書店、2019))を体現する規定であり、立法府を厳格に規律統制する規定であることを示している(甲A429・澁谷秀樹教授意見書3頁)。

憲法24条2項が立法府に広範な裁量を認める規定であるかのように言う被告の解釈は誤っている。

ウ また、被告は、再婚禁止期間最高裁判決及び平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁)が、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ…総合的な判断を行うことによって定められるべきものである」等と判示していることをひいて、立法府の広い裁量が根拠付けられるかのように論ずる(被告第5準備書面9頁)。

しかし、婚姻及び家族に関する事項だからと言って、国の伝統や国民感情が憲法の条項や要請の上にあるわけではない。上記引用の判示部分も当然にそれを前提としており、被告主張は、最高裁各判例を正解しないものである。

確かに婚姻や家族は全ての人にとって身近な制度であるから、伝統や国民感情への考慮が重要な場面が存在する。しかし、憲法は国の最高法規であって(前文一段、98条1項)、立法上まず考慮されるべきは、憲法の条項でありその規範的要請である。特に、日本においては、まさにその身近

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

な制度が、個人よりも家を本位とし、女性よりも男性を上置く制度であったがために人々を苦しめ、また、「民主主義の成長を萎縮させた」。憲法は、この歴史への反省から、「婚姻の自主性を宣言し…個人主義的家族観に基づいた、家族生活の法律的規整を要求」(甲A19・註解日本国憲法上巻470頁)して憲法24条を置いたのであり、伝統や国民感情を無反省に尊重することは24条の存在を無に帰するものであり到底許されない。婚姻及び家族に関する事項こそ、伝統や国民感情以前に、「個人の尊厳と両性の本質的平等」そして婚姻の自由が徹底されねばならず、伝統や国民感情は、憲法の条項や規範的要請に照らして問い直され、これらと抵触しない限りで意味を持つ。

最高裁も、婚姻や家族に関する事項であるからといって、当然に広範な立法裁量を認めるものではないし、伝統や国民感情が現状そのままに憲法上の要請と並列的に考慮されるとするものでもない。

①たとえば、再婚禁止期間最高裁判決は、「婚姻及び家族に関する事項は…全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである」としつつ、「その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく」とか、「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」などとして、立法府の裁量に委ねられるのは、あくまで「内容の詳細」「具体的な」部分であることが前提となっている。判決は、上記に続けて、婚姻をするについての自由が十分尊重に値すること、当該事案は婚姻に「直接的な制約を課す」規定の憲法適合性が問題となっていることを指摘して、「以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である」と述べて審査密度が高いことを判示する。つまり、「内容の詳細」「具体的な制度の構築」が問題となる場合と、憲法が求める内容への直接の制約が問題となる場合とを区別し、「第一次的には立法府の裁量に委ねられる」のは前者であることが前提となっている³。

②婚外子の法定相続分に関する平成25年9月4日最高裁大法廷決定も、「立法府の合理的判断」に言及しつつ「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

³ この点、再婚禁止期間最高裁判決の加本調査官解説も、「制度設計の具体的内容に関わるものと、本件規定のように婚姻(法律婚)をすること自体を制約するものがあり、立法裁量の広狭については、それらの内容に応じた考慮を要すべきものといえるだろう」と述べている(甲A167・667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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

い差別的取扱いに当たるか否かということであり」として問題を絞り込み、同種事件の平成7年最高裁判決が「法律婚主義」を強調して「立法府が合理的裁量を逸脱したとは言えない」としたのに対し、法律婚主義のもとでも総合的考慮が必要であり、また、その考慮要素は時代と共に変遷するものでもあるから、当該規定の合理性は「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」る、という極めて厳格な基準(密度)を導いている。

国民の意識・感情についても、一方では、「法律婚を尊重する意識が幅広く浸透している」ことを認めつつ、当該規定の合理性の判断が「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否か」という「法的問題」とであると説いて、上記浸透の事実が、上記の「法的問題の結論に直ちに結びつくとはいえない」とする。逆に、国民の意識・感情のうち、「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認識されたきた」という変化を指摘し、法律婚制度が定着してはいても、その制度のもとで子にとっては自ら選択修正できない事柄を理由として不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し権利を保障すべきという考えが確立されてきているとの趣旨を述べて、差別の合理的根拠が失われていると判示する。つまり、国民の意識等は、現状そのままに考慮対象となるのではなく、個人の尊厳と法の下での平等という憲法の要請に照らして合理性が問われ、重みづけされて考慮されたのである(甲A241・駒村圭吾教授意見書19～21頁)。

③さらに、最高裁判所は、同様に、選挙制度についても、選挙制度の具体的内容については立法府に広い裁量を認めつつ、選挙への参加自体が制約される場面ではこれとは区別して極めて厳格な審査を行っている⁴。

最高裁判所の各判決が婚姻及び家族に関する事項について一律に広い立法裁量を認めたり、伝統や国民感情を憲法の条項や規範的要請と並列的に扱っているかのように論ずる被告主張は誤りである。

エ さらに、被告は、婚姻がパッケージであるとも論じる(被告第5準備書面9～10頁)。

しかし、仮に婚姻制度が「パッケージ」であるとしても、憲法は国の最高法規であり、その条規に反する法律の「全部又は一部」は効力を有しない

⁴ 在外日本人選挙権最高裁判決(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁)は、「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。」として、選挙権を認めた後の詳細ではなく、選挙権そのものが制限されていることについて、厳格な審査基準を示している。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

(憲法98条1項)。裁判所は、一切の法律が憲法に適合するかしらないかを決定する権限を有している(同81条)。したがって、例えば、パッケージの一部に、第三者の同意がなければ婚姻できない定めがあれば、その規定は憲法24条1項に違背し、よほどの正当理由無き限り無効である。いわゆる再婚禁止期間のうち100日超過部分が憲法違反とされ、改正されたのも、パッケージ中当該部分が憲法14条1項に違背したからである。

結局、パッケージであることは、それ自体が広範な立法裁量を意味するものではなく、パッケージであることで憲法適合性審査そのものが制約されたり、その在り方が変更されなければならないわけではない。

しかも、本件では、法律上同性同士の婚姻を認め、同性愛者等が婚姻の本質に即した婚姻をなすことができるようにすることが、法律婚というパッケージが構築された趣旨(婚姻制度の本質)を害するとか、被告が言うところの「全体の規律」や「法制度全体」に解決困難な影響を及ぼすといった主張は、被告から一切なされていない(原告が重ねて求釈明しても被告は回答しない)。同性愛者らは割合で見れば圧倒的に少数者であり、同性愛者等に婚姻が認められることによって、異性愛者の生活環境や権利が侵害されることなどありえない。実際、同性間に婚姻が認められている諸外国においても、弊害や混乱など起きていない。むしろ、現行の婚姻制度に同性愛者等が包摂されることこそ、婚姻が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婚姻制度の本質に資するものであり、すべての個人が尊重されることを基本的価値とする憲法の下にある日本社会に必要なことである。婚姻がパッケージであることを持ち出す被告主張は無意味である。

そもそも、本件訴訟で問われているのは、法律婚というパッケージの全体から同性愛者等が排除されていることの憲法適合性である。すべての人が個人として尊重されるという憲法の下で、ある属性を持った人々が社会の重要な制度から全面的に排除されているいわゆる「門戸規制」の問題である。本来、このような門戸規制は、制度アクセスを認めたいうえでの提供され享受できる利益の当否の問題とは異なり、人と人に機会の平等において明確な序列をつくる行為であるから、当該属性によって排除すること自体の正当性や人と人の区別自体の合理性が厳しく問われる必要がある。ところが、これをパッケージの一要素と描く論法は、ある属性の人々が社会の基本的制度から門戸において排除されるという民主主義社会の根幹にも関わる重大問題と、アクセスが認められたうえでの内容や制度の細目の問題とを、いずれをも「パッケージ」ないし「制度設計」の一要素として扱い、あたかも両者が同質・同列の問題であるかのように見せかけ、本件の本質的重要性を隠蔽する。それは、人種差別によりレストラン入店を拒絶する行為を、店

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

の「コンセプト」と称して言い逃れするのと同じであり、憲法適合性審査を誤らせる不当な論法である。

オ 以上は、憲法が、最高法規として、個人の尊重という基本原理の実現に不可欠な権利や利益を保障し、また統治のルールを定める以上、当然の帰結である。憲法は、個人の尊重という基本原理に照らして「重要なこと」「譲れないこと」を憲法上の権利・利益として定めるのであり、「重要なこと」等として憲法が定めた内容に立法府の裁量は及ばない。

問われている問題は、法律婚という誰もが知る社会の重要な制度について、法律上異性同士であれば認められ、同性同士であれば一切認められないといういわゆる「門戸規制」を行う本件規定の別異取扱いが合理的根拠に基づくと言えるかどうかであり、婚姻及び家族に関する事項であれば何でも立法裁量に委ねられているなどという考えは、法の支配の否定にほかならず、憲法が認めない。

カ なお、被告は、同種事件の札幌地裁令和3年3月17日判決(甲A401。以下、「札幌地裁判決」という。)が、本件規定が憲法24条に違反しないと判断しつつ憲法14条1項に違反すると判断した点を「特異なもの」と批判する(被告第5準備書面10～11頁)。

しかし、再婚禁止期間最高裁判決及び平成27年夫婦別姓最高裁判決は、憲法の条項毎に憲法適合性を判断しているのであって、「憲法24条に違反しない法律の規定が憲法14条違反となることはない」というような機械的な見地に立つものとは到底解されない。

また、上記判決の各調査官解説は、「憲法14条1項の形式的平等を害し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」(甲A167・加本調査官解説684頁)等とあるように、ある規定が憲法14条1項が保障する形式的平等に違反しない場合に実質的平等の観点から憲法24条2項違反の有無を検討することを前提としたものである。これに対して、本件における同性愛者等の婚姻制度からの排除は、実質的不平等を問うまでもなく、形式的不平等の観点から審査すべき事柄であるから、被告の批判はそもそもその前提を欠き失当である。

(2) 民主的プロセスに委ねるべきとの理由で立法府の広範な裁量を導くことはできないこと

ア 次に、被告は、「婚姻について、いかなる人的結合関係をその対象とするかは、婚姻の在り方を形作る核心ともいうべきであり、我が国の家族の在り方、ひいては社会の根幹に関わる極めて重要な問題」であると述べ、それゆえ、「婚姻の当事者の範囲や要件については…ある程度時間をかけた国民的

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

議論が不可欠という意味で、民主的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」と主張する(被告第5準備書面12頁)。

イ しかし、憲法が国の最高法規であり(憲法98条1項)、裁判所が一切の法律が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する(同81条)以上、上記のような理由だけで裁判所がその職責を放棄することは許されない。

そもそも、憲法が民主主義原理に依って立ち、国会を国権の最高機関としながら(同41条)も、法律に対する違憲審査権を裁判所に与えた(同81条)のは、民主主義といえども人権を侵害する、民主的議会がその存立の基盤である市民的自由を自ら抹殺し独裁を誕生させるという悪夢のような人類史の現実を直視した結果である。まさに、「人権は法律から(も)保障されなければならない」のであり(甲A428・芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法(第七版)』389頁(岩波書店、2019))、憲法は、その任を明文をもって裁判所に託したのである。

そうであれば、法律によって、①個人の尊厳ないし重要な人権が著しく傷付けられ、一刻も早く救済すべき場合、②人間価値の平等という民主主義社会の基本に関わる場合、又は③民主政のプロセス自体が傷付けられ、民主政システムの機能不全に直結する問題が生じている場合は、上記の違憲審査制が生まれた趣旨が妥当する場面であり、憲法自身が、解決を民主的プロセスに委ねることなく裁判所が積極的に違憲審査を行うことを予定している。

このような事態は、一見すると民主主義原理に反するよう見えるが、しかし、「制憲者は、そのことを承知の上で、最高裁に違憲審査権を与えた」のであり、「法律が人権を侵害しているかどうかの判断に関しては、最高裁の判断が優位するというのが制憲者の意図」であり(甲A430・高橋和之『体系憲法訴訟』20頁(岩波書店、2017))、「政治部門による民主的判断は尊重すべきであるという考えが妥当するのは、政治プロセスの民主性が確保されているときに限られ、…さらに、制憲者の意図が、国民からさえもある程度独立した、その意味で民主的性格の小さい独立の裁判所こそが立法府をコントロールするのにふさわしいというものであったとすれば、その意図こそ…尊重されるべき」である(甲A431・高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第5版)』461頁(有斐閣、2020))。「裁判所は、政治部門のとり社会経済政策には敬意を払うべきではあるが、同時に、法の支配を支える中核である裁判所が、個人の基本的人権の保護に意を用い、個人や少数者が政治社会過程から不当に排除されることのないように配慮し、立憲民主主義過程の維持保全に原理面において積極的に寄与していくことが期待されている…。文言と構造・制憲者の意思・従前の法的決定(先例)との関係性に十分配慮した憲法解釈に努める限り、違憲審査を行う裁判所は反

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

民主主義的であるという批判に怯む必要はない」(甲A432・佐藤幸治『日本国憲法論(第2版)』679頁(成文堂、2020))。

ウ 以上からすれば、本件は、まさに、憲法が司法による積極的な審査を予定している場面そのものである。

本件では、婚姻の自由(婚姻をするについての自由)という憲法が保障する人権ないし憲法上十分尊重に値する法的利益が、本人による変更困難な属性によって、一律全面的に奪われている。すなわち、人が人生の途上で望む相手と婚姻することは、「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(令和3年夫婦別姓最高裁決定 三浦裁判官意見)。自由な合意による婚姻は「近代的な婚姻制度の根幹」であるが(甲A210の1・二宮教授意見書6頁、同211の14青山69頁、211の28我妻12頁ほか)、社会が高度化して生活が都市化し、個人の生活の国家・地方公共団体への依存性が増加する中(甲A433・塩野宏『行政法I第六版』9頁(有斐閣、2015))、人生の伴侶との関係を法律婚に高める選択の意味はますます大きくなっている。

ところが、本件規定は、当事者の合意があっても法律上同性同士の場合はただそれだけで婚姻を認めず、その結果、同性カップルと異性カップルとは、その尊厳において、また親密性や共同生活の実体において本質的違いがないのに(原告本人及び証人尋問の結果を想起されたい)、同性愛者等の性的少数者は、婚姻の本質に即した婚姻をなすことができない。本件規定は、原告らを、婚姻制度という重要な社会の制度から、その門戸において一律かつ永久的に排除する。しかも、このような法律のあり方を支えた、「異性同士の性愛のみが正常で保護に値し、同性同士の関係は異常・逸脱であり法的保護を論じる対象にすら値しない」という異性愛規範は、既に正当性と合理性を完全に喪失し(甲A217・風間教授と赤枝教授の意見書63～70頁)、人の性のあり方の多様性を尊重することが普遍的な共通認識となっているにもかかわらず。

本件は、個人の尊重(憲法13条)や、「人格の価値が全ての人間について同等である(尊属殺最高裁判決 最大判昭和25年10月11日刑集4巻10号2037頁)」という民主主義社会の基本原則(ベースライン)をゆるがす重大な問題なのである。

さらに、本件では、原告ら同性愛者等が数の上で圧倒的少数者であるうえに、長きにわたって異性愛規範のもと異常・変態として人格的存在と扱われず根強い差別にさらされている事実に向ける必要がある。このように社会の偏見や敵意にさらされ、劣った存在とする意識が社会で共有されてきた

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

少数者の人権侵害は、一般に民主政のプロセスを通して解決することは極めて困難であり、解決を民主的プロセスに委ねるのは、問題を放置するのと同じである。この点は、平成27年夫婦別姓最高裁判決における寺田裁判官補足意見も、「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係る」場合には「民主主義的プロセスによる公正な検討への期待」が「妨げ」られると指摘しているところである。

そして、それを実証するかのように、原告ら第16準備書面(12~33頁)において詳述したとおり、政治家からは相変わらず同性愛者らを含む性的少数者に対する差別発言が繰り返され(甲A208・政治家による差別発言一覧)⁵、本件提訴時のヤフーコメントからも、未だ社会には根強い偏見が存在していることが明らかとなっている(甲A254・ヤフーコメント)⁶。また、国会では、「同性婚」の導入の可否が初めて論じられた2015年以降、「極めて慎重な検討を要する」という答弁が繰り返され、検討自体が行われていないという状況が続いている(甲A258~265・国会における質疑内容)。これらの状況は、まさに、少数者に対する偏見のために民主的プロセスでの解決が困難であることをあらわしている。

以上、本件では、婚姻という社会の基本的制度に深刻な欠陥があり、同性愛者等の婚姻の自由(婚姻をするについての自由)ないし平等権という重要な人権と個人の尊厳が侵害され、民主主義社会の基本が揺らぐ事態となっている。ところが、社会の根強い差別と偏見のために、民主政のプロセスが機能することを期待できない。そうである以上、民主的プロセスに委ねるべきであるとして広範な立法裁量を認めることは許されない。本件のように、深刻な人権と尊厳の侵害がありながら社会の根強い差別のために長く黙殺されてきた問題においては、裁判所が積極的に厳格な違憲審査を行い明確な違憲判決を下すことで、当事者の直面する深刻な現実が事実に基づいて社会に明らかにされ、問題が法的・理性的に整理されて提示される。それが立法府が機能不全から脱して本来の使命を果たす契機となり熟議の素材の提供となる。差別された少数者の人権問題では、厳格な違憲審査と違憲判断は民主政の否定ではなく民主政の治療薬なのである。こうして民主主義原理と自由主義原理のバランスが回復されることが、憲法が予定する立法と司法(民主主義と法の支配)の役割分担である(甲A256・泉徳治元最高裁判事「一歩

⁵ 例えば、神奈川県海老名市のある市議会議員は同性愛者を「異常動物」と評し、杉田衆議院議員は性的少数者について「生産性がない」と述べた。

⁶ 例えば、本訴訟の原告について「頭おかしい方々です」「気持ちに正直な言葉にすると、気持ち悪い」「同性愛者はやっぱり病気だなあと、思う」「気持ち悪いので見たくない自由を、保障して欲しい」などのコメントが投稿されている。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

前に出る司法」73頁)。

民主主義は個人尊重の原理を基礎とするので、すべての国民の自由と平等が確保されてはじめて開花するという関係にある。民主主義は、単に多数者支配の政治を意味せず、実をともなった立憲民主主義でなければならない(甲A428・芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法(第七版)』17頁(岩波書店、2019))。令和3年夫婦別姓最高裁決定の三浦裁判官の意見が、「婚姻の自由を制約することの合理性が問題となる以上、その判断は…憲法上の保障に関する法的な問題であり、民主主義的なプロセスに委ねるのがふさわしいというべき問題ではない」と指摘するとおりである⁷。

エ それでも被告は言うかもしれない。本件は、「婚姻の在り方を形作る核心」あり、「我が国の家族の在り方、ひいては社会の根幹に関わる極めて重要な問題」であるから、司法は謙抑的であれ、と。

しかし、最高裁は、婚外子が、婚姻の外で生まれたというだけで相続において法の明文をもって差別されてきた問題で、民法の当該規定部分を違憲として差別を是正した。明治民法以来届出婚主義をとる家族法制のもとで、戸籍に登録された関係こそが正しい関係で法的保護に値すると考える硬直的立場からは、婚外子と婚内子の区別は、婚姻の在り方を形づくる核心に関わり、「我が国の家族の在り方、ひいては社会の根幹に関わる極めて重要な問題」であるものと解されてきたとも言える。しかし、最高裁は、個人の尊厳に照らして区別の合理性が不断に問われるべきことを指摘し、差別を是正した。

それは何を意味するか。婚外子は、父との関係では婚姻家族関係の中にはいないものの、「我が国の社会の根幹である家族」に包摂されたのである。この包摂は、個人の尊重を確保し婚外子の尊厳を回復させるものであると同時に、日本社会をその基盤において強めるものでもあった。排除されつまはじきにされる者は、つまはじきにする者らの集団に帰属できないから、そこ

⁷ アメリカ連邦最高裁のオーバーガフェル判決も、民主主義の過程(プロセス)との関係について、「憲法が民主主義を変化のための適切な手続きだと考えているのは確かだが、それはかかる手続きが基本的権利を侵害しない限りにおいてである。」「個人が基本的権利を主張するにあたって立法行為を待つ必要はない。…たとえ社会一般が反対し、立法府が行動を起こすことを拒否している場合であっても、個人は侵害を受けた場合、憲法上の保護を受ける権利を行使することができる。…同性婚の主張者が民主的過程において現在優勢か劣勢かどうかは重要ではない。当裁判所が審理すべき問題は憲法が同性カップルの婚姻する権利を保障しているかどうかという法的問題なのである。」と述べて(甲A100・246～247頁)、「議会の多数派によっては保護されない少数者の権利を保護し、性的指向による差別を是正するには、裁判所が違憲審査権を行使すべきである」との考え方を示している(甲A164・57及び61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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

には当然分断がある。しかし、つまはじきを止め、包摂が生じれば、かつてつまはじきにされていた者は、新たに包摂された集団への帰属意識・愛着を自然に持つようになるし、つまはじきをしていた者はつまはじきにされていた者を自分と同じ仲間として迎えることになる。仲間が増えることは安心が増えることである。社会に安心が増えることは社会を強くし豊かさが増えることである。個人の幸福は社会の豊かさに繋がる。

同性間の婚姻もまさに同じである。今の今まで、「我が国の社会の根幹である家族」から、同性愛者らはまさに完全に排除されてきた。日本社会は、その「基礎的構成単位」ないし「根幹」から、彼ら・彼女らをつまはじきにし、締め出してきたのである。それをこれからも続けることを選ぶのか。それとも包摂へ向かうのか。国は、一方で性的指向は多様であり、どの性的指向も等しく尊重されなければならないと啓発しているのに(甲A57、58、59、116、117、118ほか)、同性愛者らを社会の根幹から締め出し続けるのは背理と言うほかない。婚姻制度が日本社会の根幹の問題だからこそ、同性愛者らを排除することは許されない。同性愛者らは私たちのすぐ隣にいる。この国の社会の根幹から排除されながら、家庭に、学校に、職場に、地域に、この国に同性愛者らは生活してきたし今生活している。いま、これらの人々に対する排除をやめたらどうなるか。社会の根幹に同性愛者らが帰属できるようになり、同性愛者らの尊厳が回復され、この国の社会の基盤が強められる。

それは、長谷部恭男教授が自己決定権が保障される意義に触れて「社会の視線から逃れて自らの生き方や考え方を見つめなおすことを可能とする空間や自らの選ぶ相手とのみ親密な関係を取り結ぶ可能性を保護されることのない者は、自らを自律的に生きる存在として尊重されていると感じることもなく、社会公共の問題に真剣に取り組み、貢献しようとする意欲も持たないであろう」(甲A18・長谷部恭男『憲法 第7版』150頁(新世社、2018))と指摘することと同義であり、渋谷区でパートナーシップ制度が始まり制度を利用した者たちが、「社会に参加してる感じ。税金を納めてるところに自分も参加しているっていう感じ」を持つようになった、「選挙自体もしっかり行くようになった」等と回答しているとおりである(甲A434・平成29年11月5日付け「渋谷区パートナーシップ証明実態調査 報告書」34頁)。

「婚姻について、いかなる人的結合関係をその対象とするかは、婚姻の在り方を形作る核心というべきであり、我が国の家族の在り方、ひいては社会の根幹に関わる極めて重要な問題」なのは、それが古い伝統や意識から見て違和感があるからではない。そうであってはならない。今まで社会の構成単

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

位、根幹からいわれなく排除されてきた日本中の人々の切実な利益と尊厳が回復され、この社会に包摂される、そのことによって私たちの社会が、強さと豊かさを増し、すべての人が個人として尊重される社会に一步近づく。これこそが本件が「社会の根幹に関わる」本当の意味である。

裁判所は、いまこそ、憲法の明文で主権者から託された権限を正しく行使し、長く役割を果たさずにいる国会が一步でも前に踏み出すために、厳格な憲法適合審査を行い、本件規定を違憲と判断すべきである。それは、自分の性のあり方が社会の多数とは異なることにちょうどいま気付き始めた日本中の子どもたちや十代のひとびと、未来への不安の中仲間とつながりSNSを駆使して社会を変えようとしている若者たち、いつか社会が変わることを期待しながら息長く歩んできた当事者ら、周囲に情報も無くわが子の話をもどのように受け止めるべきか悩みながらそれでもわが子と向き合い、さらには、そのわが子が迎えた新しい世代を家族として受け入れともに育てている親・家族たち、そして、この社会がすべての人を大切にする持続可能な社会となることを願うすべての人々に、この社会は生きてゆく価値があるのだという信頼と安心を保障することになる。

「婚姻の在り方の核心」や「社会の根幹」を表層において捉え強調する被告の議論に足をとられてはならない。人々の背中を、法的裏付けをもってあたたかく押す、そのような判決を言い渡すべきである。

(3) 同性愛者等が婚姻できないことは性的指向に基づく区別であり、本件規定は同性愛者等に対する婚姻への直接的な制約であること

ア 被告は、「本件規定は、一人の男性と一人の女性との間の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」として(被告第5準備書面14頁)、本件規定にかかる立法府の裁量は広範であることの根拠とする。

しかし、婚姻の本質が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こと(前掲昭和62年9月2日最高裁判決参照)からすると、同性愛者が性的指向と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にはならず、婚姻意思を伴っているとは認め難く、このことは、異性愛者が同性と婚姻することを想定した場合も同様である。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

婚姻の利益を享受すると言えるためには単に当事者の性別の組合せが本件規定の要求する組合せと合致しているだけでは足りない。同性愛者等が婚姻の本質に合致する婚姻を行うには、自らの性的指向に基づいて同性と婚姻を行うしかない。それにもかかわらず、本件規定は法律上同性同士の婚姻を妨げているのだから、本件規定は、性的指向に基づく制度的な区別をしていることにほかならない。異性間の婚姻のみを認め、同性間の婚姻を認めないことが、性的指向に基づく区別であると解されることについては、諸外国の裁判例でも度々判示されているところである⁸。

本件規定による別異取扱いが性的指向に基づくものであることを否定する被告の主張は、結局のところ、「同性愛者であっても、異性との間で婚姻することは可能であるから、性的指向による区別取扱いはない」という、札幌地裁判決が一蹴した到底採用し難い見解を、形を変えて繰り返すものであると評せざるを得ない。

なお、被告は、婚姻制度の目的が自然生殖関係保護であると主張しているところ、自然生殖は、通常、性愛に基づくものであるから、自然生殖関係保護を強調することは、むしろ、婚姻の本質における性的指向の重要性を浮き彫りにさせるものとも言える。

イ また、被告は、原告らが婚姻できないのは「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結果にすぎない」とも主張する(被告第5準備書面14頁)。

しかし、同性愛の性的指向を有する者がその性的指向と合致する同性との間で婚姻することを妨げられているのは、本件規定が一人の男性と一人の女性との間にのみ婚姻を認めていることによって永続的に生じる直接的な帰結であり、かつ、性的指向が自らの意思によって自由に決定し得るものでないことからすると、自らの意思によってはコントロールし得ない必然的な帰結であって、本件規定の単なる「事実上の結果ないし間接的な効果」にとどまるものでないことは明らかである。

被告の主張は、夫婦別氏希望者が婚姻できないことは「事実上の制約」な

⁸ 例えば、アメリカ連邦最高裁のオーバーゲフェル判決は、「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」(甲A100・245頁)として、同性カップルの婚姻する権利の否定が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ているし、台湾の大法官解釈も、「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、性別を同じくする両名に同様の永続的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」(甲101の2・4頁)と判示している。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

いし「間接的な制約」に過ぎないとした平成27年夫婦別姓最高裁判決及び令和3年夫婦別姓最高裁決定からヒントを得たものと推察されるが、これらは、婚姻を希望する者が「夫婦が称する氏」を定めることができないことの結果として別氏希望者が婚姻することができないことについて整理したものであり、(その整理の当否は措くとしても、)同性愛の性的指向を有する者がその属性ゆえに婚姻を認められないという本件とは、全く場面が異なる。本件は、原告らの性的指向に基づいて、婚姻することが直接的に制約されているのであるから、むしろ、婚姻に対する「直接的な制約」であることを前提として100日を超える再婚禁止期間部分を憲法14条1項違反であると判断した再婚禁止期間最高裁判決を踏まえて、厳格な審査がなされる必要がある。

ウ さらに、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」と主張し(同14頁)、「平成27年夫婦別姓訴訟最高裁判決も…上記の考え方に沿う判断を示している」とする(同5～6頁)。

しかし、平成27年夫婦別姓最高裁判決から被告が引用した部分は、民法750条が、その文言上、夫と妻のいずれの氏をも選択できる規定となっていることから、男女間の形式的な不平等の存在を否定したものに過ぎず、被告が主張する考え方を示したものではない。もし、被告が主張する考え方に従って、当該規定の結果生じることになる実際の差異を考慮しないとすると、立法者が法規定の文言を取り繕うことで差別的取扱いが容易に正当化されることになるが、憲法14条1項がそのような差別を許容する趣旨であると到底解されない。

エ 加えて、被告は、「多種多様な人的結合関係のうち、本件規定が一人の男性と一人の女性の人的結合関係について婚姻を定める」として(同14頁)、同性間の人的結合関係が多種多様な人的結合関係の中の一つに過ぎないかのように整理する。多様な人的結合のうち、訳あって異性間の人的結合関係に婚姻を認めたのであって、同性愛者等を殊更に排除するものではないと言わんばかりである。

しかし、1対1の人的結合関係には、法律上異性同士の人的結合関係と法律上同性同士の人的結合関係の二種類しか存在しない。本件は、その二種類しかない人的結合関係のうち、前者には婚姻を認め、後者には婚姻を認めないという別異取扱いに合理性があるか否かを問うものであるところ、被告の整理は、「多種多様な人的結合関係の中の一つを殊更に取り上げてそれにつ

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

いて特別に婚姻を認めることの合理性」という立法政策問題にすり替えようとするものであり、不当である。

異性愛者は人口の9割以上を占め、同性愛者等は1割にも満たない。婚姻の本質に照らせば婚姻に人の性的指向は欠かせない要素であるところ、人口の9割以上の異性愛者のカップルは「一人の男性と一人の女性との人的結合関係」に自ずと当てはまり自身の性的指向に沿った婚姻が可能であるのに対し、圧倒的少数者の同性愛者等のカップルはそこから排除されているのである。この少数者の人権侵害という点が本件の本質であるが、被告の上記記述はそれを隠すための小手先の印象操作と言わざるを得ない。

オ ここで、念のため付言すると、性的指向による区別はすべからず性別による区別でもある。すなわち、ある男性(A)と婚姻を望む女性と男性がいる場合、本件規定の下では、女性はAと婚姻することができるが、男性はAと婚姻することができない。このとき、Aとの婚姻を望む男性は同じようにAとの婚姻を望む女性との間で差別取扱いを受けることになるが、男性の性的指向に着目すれば、それは性的指向に基づく差別取扱いと評価でき、他方、男性の性別に着目すれば、「男性であるが故にAと婚姻することができない」として、性別に基づく差別的取扱いと評価することもできる。本件規定が性的指向について「中立的」な規定であるなどとの主張を被告が維持する場合、原告らは、本件規定が性別による別異取扱いであることもあわせて主張することとする(甲A435・大野友也準教授意見書参照)。

(4) 同性愛者等が侵害されている権利・利益は重要かつ甚大であること

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「法律に基づく制度によって初めて個人に与えられ」「憲法で保障されているものではない」と述べ(被告第5準備書面15頁)、「同性婚」についても、「同性婚の相手を自由に選択する権利や、婚姻によって生じる法的効果の全部を同性婚によって享受する利益等の同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものであるということとはできないし、同性間の人的結合を定める婚姻制度が存在しない以上、具体的な法制度によって認められたものともいえない」とし(同16頁)、そのような「権利利益の性質」が「十分に考慮されなければならない」と主張する(同17頁)。

しかし、婚姻には、被告自身が列挙する多数の権利利益が結びつけられ(配偶者の法定相続権、嫡出推定、成年擬制及び所得税法上の配偶者控除など、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少なくない)、相手との関係が家族として認められ公証される機能がある(甲A16・179頁ほか)。そして、婚姻に関する選択は、このような制度にアクセスする意

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

味を持つだけでなく、「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、人の人生と人格の核心に関わるすぐれて人間的な選択である。まさにそれは「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（令和3年夫婦別姓最高裁決定三浦裁判官意見）。憲法が個人尊重の原理に不可欠な権利とルールを列挙したものであるなら、婚姻の自由ないし婚姻をするについての自由は憲法上の権利とされる根拠が十分にある。

また、被告は、婚姻の自由が、生来的、自然権的権利と異なるとか人が当然に享受すべき権利ではないなどと述べる。しかし、人が人生の途上で人と出会い生活をともにしようとするときに社会が一定の条件のもと承認してさまざまな利益や負担を結びつける仕組みは、人間社会の歴史と同じほどに古い行い（習俗）と考えられ（甲A211の14青山道夫・62頁末尾から5行目以下、同211の28我妻栄・一頁冒頭）、近代法は、これを法制度として規律したものである。よって婚姻の自由を自然権的権利と峻別すべき根拠はない。現実にも、婚姻するかどうか誰と婚姻するかの問題は思想・良心の自由や信教の自由等「自然権的権利」の問題と同程度に人の全存在・全人格をかけた問題となりうることを私たちは知っている。婚姻の選択が公権力の干渉を受けない私的領域にあることも私たちは疑わない。法制度を前提としていても、人格に深くかかわりそれ故に人格的自律に不可欠の権利・自由は存在する。それは人が人である以上当然に享受すべき権利である。再婚禁止期間最高裁判決が「憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するもの」と判示し、同判決調査官解説（甲A167・669頁）が「憲法上保護されるべき人格的利益」と述べるのもこの趣旨であり、被告主張は失当である。

「権利利益の性質」を問題にするのであれば、むしろ、原告らが侵害されている権利・利益が甚大であるという意味での「権利利益の性質」（訴状43～52頁、原告ら第19準備書面37～42頁など）が、憲法14条1項適合性の審査において「十分に考慮」されるべきなのである。

なお、憲法14条1項適合性審査の場面において、区別に係る権利利益ないし法的地位が「重要」なものであると認められるために、当該権利利益ないし法的地位自体が憲法上保障されたものであることが必須でないことについては、国籍法最高裁違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）が示すとおりである。また、そもそも原告らは、「同性婚の相手を自由に選択する権利」などは主張していないし、「婚姻によって生じる法的効果の全部を同性婚によって享受する利益等の同性婚に係る権利利

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

益」が憲法上保障されているとも主張していない⁹。原告らが主張しているのは、現在の婚姻制度から同性愛者等が性的指向又は性別に基づいて排除されていることの憲法14条1項違反である。

さらに、被告は、「同性間の婚姻に係る権利利益」が「具体的な法制度によって認められたものともいえない」と言うが、この主張は、婚姻の自由や婚姻の効果として認められる権利利益を享受する法的利益が、憲法が保障し要請するものではなく法律上規定されて初めてその限りで法的に保護されるという主張を前提にしなければ意味をなさない。しかし、前述のとおり、婚姻の自由や婚姻の効果を楽しむ利益は憲法上「十分尊重に値する」のであり、被告主張は前提自体が誤っている。

そもそも、本訴訟は、「婚姻をするについての自由」や「婚姻の効果を楽しむ利益」という憲法上保護される権利利益について、法律が異性間にはこれを認め同性間には認めていないからこそ提起されているのであり、この区別の憲法14条1項適合性が問題となる時に、「同性間の婚姻に係る権利利益」が法律によって認められていないことを理由として保護を否定するのは、結局、今まで権利を認められてこなかった人々には平等原則の保護が及ばないと言っているのと同じであり、被告主張は意味不明かつ不当である。

なお、被告は相変わらず、婚姻による一定の法的効果については他の方法によって婚姻と同様の効果を生じさせることができるとか、同性間で婚姻類似の人的結合関係を構築したり共同生活をするものが制約されるものではないなどと主張するが(被告第5準備書面16～17頁)、それらの主張がいずれも失当であることは、原告らがこれまで指摘してきたとおりである(原告ら第11-3準備書面25～31頁及び34～37頁など)。被告が挙げる手法は、同性愛者等が被っている深刻かつ甚大な不利益ないし権利侵害の解消ないし軽減からは程遠い¹⁰。異性カップルと同等の社会的承認を同

⁹ 例えば、子どものいない異性同士の法律婚カップルは子どもに関する法的効果を楽しむように、異性カップルの場合であっても、婚姻によって生じる法的効果の全部を楽しむとは限らない。婚姻に伴う多数の法的効果のうち、ある種類の法的効果を実際には享受しないことをもって、異性カップルが婚姻自体を制限されることがないのと同様に、同性カップルが生殖に関する法的効果を保って享受しないとしても、そのことが、婚姻自体を制限されることを正当化することはない。

¹⁰ 被告が主張するように婚姻に伴う権利利益が代替可能なのであれば、現在、異性カップルに認められている婚姻制度自体を廃止することも立法府の裁量の範囲内であり、憲法違反とはならないことになるが、その帰結が誤っていることは明らかである。この点、再婚禁止期間最高裁判決の加本調査官解説においても、「法律婚制度自体の廃止は許されないであろう」と指摘されている(甲A167・669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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

性カップルが正当に取得するためには、「婚姻類似の人的結合関係」を営むことでは足りず、社会的に承認された形態である「婚姻」という人的結合関係が認められる必要がある。婚姻以外の方法で我慢せよとの主張は、同性カップルが「法制度が想定していない関係性」であるとして、二級市民の地位に置かれ続けることを積極的に容認することを意味するということ、被告は反省をもって自覚しなければならない¹¹。

(5) 小括

以上のとおり、被告が独自に定立する著しく緩やかな審査基準の根拠として被告が述べた解釈は、いずれも失当又は的外れであるから、本件規定による別異取扱いの憲法14条1項適合性について、被告が定立した基準で審査することは許されない。これまで原告らが繰り返し述べてきたとおり(訴状52～55頁など)、本件規定による別異取扱いの憲法14条1項適合性は、厳格に審査されなければならない。

なお、被告は、「同性婚を定めていない本件規定が憲法14条1項又は同法24条2項に違反するか否かという問題と、同性婚を定めるのが立法政策として相当か否かという問題とは、次元を異にするものである点にも留意する必要がある」と主張するが(被告第5準備書面19頁)、前述のとおり、本件においては、同性愛者等が婚姻制度から排除されていること自体の憲法適合性が問われているのであって、婚姻が認められた後の詳細をどうするか等という立法政策が問われているわけではない。本件規定による別異取扱いについては、立法政策の問題ではなく、憲法適合性(人権侵害)の問題として、厳格に審査されなければならない。

また、被告は、札幌地裁判決が、「立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるについて、広範な立法裁量を有していると解するのが相当である…と判示しながら、憲法14条1項の適合性判断においては、当該立法裁量との関係についての具体的な言及をしないまま、性的指向の性質のみを掲げて審査密度を上げている点で、論旨一貫していない」と批判するが(同20～21頁)、原告らは、そもそも、同性間の婚姻を認めないことを正当化する立法裁量は存在しないと主張するものであり、また、厳格な審査を行うべき理由として、性的指向が自らコントロールできない事柄であることのみを主張するものでもないから、かかる批判は原告らに当てはまらない。

¹¹ アメリカ連邦最高裁のオーバーゲフェル判決も、婚姻が認められないことの重大性について、「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。」と述べる(甲A100・245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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

2 本件規定に基づく別異取扱いに合理的根拠が認められないこと

(1) 被告主張の骨子

被告は、本件規定の立法目的に合理性があり、同性間の婚姻を認めないという手段がその立法目的との関連において合理性を有すると主張する(被告第5準備書面第2・2・(3)及び(4))。その骨子は次のとおりである。

- ① 本件規定の立法経緯及びその規定内容からすると、本件規定に基づく婚姻は、一人の男性と一人の女性との人的結合関係とその間に産まれる子との人的結合関係を制度化したものであり(同24頁)、本件規定の立法目的は、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にある(同25頁)。
- ② もっとも、子を産み育てるという目的は、具体的かつ実現可能性のあるものである必要はなく抽象的・定型的に捉えれば足り、生物学的にみて生殖可能性のある男女の組合わせ(ペア)であればこの目的は充足される(同26～27頁)。つまり、本件規定は、生物学的な自然生殖可能性を基礎として抽象的・定型的に立法目的を捉えて、婚姻をすることができる夫婦の範囲を定めている(同29頁)。
- ③ 夫婦に子がいなくても、子を産む意思や可能性がなくても、男女の組合せの家族であれば社会の自然かつ基礎的な集団として社会的承認があるが、同性同士の組合せには異性間の人的結合関係(婚姻関係)と同視し得るほどの社会的承認が存在しないから、婚姻の対象を男女の組合せに限るのには合理性がある(同30～31頁)。

(2) 被告主張が論理的に破綻していること

被告が本件規定の立法経緯及びその規定内容から導かれるとする本件規定の立法目的(上記骨子①)が、生殖を必須の要素とする点で被告独自の見解に過ぎず論拠に乏しいものであることは、原告らがこれまで繰り返し述べてきたとおりである(原告ら第11-1準備書面、第19準備書面等)。ゆえに、これを前提とした骨子②は本来意味が無い。

もっとも、仮に婚姻の目的が生殖であるという骨子①を前提にしたとしても、骨子②以下の被告の論証は破綻している。

すなわち、今回被告がいう本件規定の立法目的は、(A)一人の男性と一人の女性が、(B)子を産み育てながら共同生活を送るという関係に、特に法的保護を与えるものである(骨子①)。被告は、従前、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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

の法的保護の対象は、(B)子を産み育てながら共同生活を送る関係性にあるとしていたが、今回さらに(A)一人の男性と一人の女性という主体の限定が加えられた。すなわち、(A)(B)二つの要素の関係は、(A)かつ(B)である。しかし、実際のところ(B)は個々のカップルの意思や生命の神秘などに委ねざるを得ない性質のものであり、(B)を立法目的の要素としてそのまま婚姻の要件と直結させることはおよそ不可能である。

そこで、生殖可能性については抽象的・定型的で足りるとすることで(B)を維持することを試みたのが、今回の骨子②である。しかし、②のように子を産み育てる目的は抽象的・定型的で良く、子を産む意思や可能性を問わないということを許容するのであれば、その意思や能力がなくても婚姻できるのであるから、(B)は立法目的として無内容(婚姻の要件を画する意味は持たない)となり、正真正銘の建前上の「目的」であり、結局、被告の主張する立法目的の実体としては(A)(一人の男性と一人の女性という主体)しか残らない。被告の主張は、「生物学的に男女である組み合わせが婚姻の保護対象である」ということを述べるに過ぎないことが、骨子②の主張により、益々明確となったといえる。

ここで、婚姻の対象について、子を産む意思や可能性を問わないという被告の主張は、原告らの主張に極めて親和するものであることに気付かれない。子を産み育てる関係を保護するという点は、婚姻の一つの重要な機能・役割であるが、婚姻制度の主な立法目的(保護の範囲を画する「目的」)にはその性質上からなり得ないのであって、民法もそのことを当然の前提としている。本来、この点を正面から認め、婚姻は、子の有無にかかわらず、親密な二人の関係に法的保護を与え、当人らの人格的生存を助け社会の基礎単位を形成する制度と解すべきなのである。これこそが、子を産む意思や可能性を問わないという被告主張の自然かつ論理的な帰結である。

他方で、(B)をこれほど無内容な程度に抽象化してよいのであれば、(A)についても同様に抽象化ないし拡大的解釈ができない理由はない。すなわち、婚姻の保護対象の主体をおよそ一人の人と一人の人との結合とすることである。そもそも、被告が生殖をこれほど重視するのは、それが「今後の社会を支える次世代の子を産み、育(む)」起点になるからであろう(被告第5準備書面30頁)。しかし、同性カップルもさまざまな方法で次世代の子を産み、育成することを直接担うことが

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

できるのであり(原告ら第11-1準備書面42~48頁など)、そうであれば抽象化ないし拡大解釈には十分理由がある。

しかし、そうすると、本件訴訟の被告主張は完全に破綻する。そこで、被告が新たに追加したのが骨子③の「社会的承認」である。夫婦に子がいなくても、子を産む意思や可能性がなくても、男女であれば社会の自然かつ基礎的な集団として社会的承認があるから合理性があるというのである。ここに至ってもはや被告は、(B)(生殖目的)を建前としてすら維持できないことを自白した。むしろそれを放棄した。要するに、子のいるいないにかかわらず、男女の組み合わせこそが家族としての社会的承認を得ているから婚姻の対象に相応しいというのである。

被告の主張をまとめると次のようになる。異性カップル(異性愛者のカップル)と同性カップル(同性愛者のカップル)は婚姻の対象として区別されるべきものであり、本件規定の立法目的は異性カップルの保護であり同性カップルの排除である、異性カップルの家族は社会の自然かつ基礎的な集団として社会的承認があるが同性カップルの家族にはそれがないため、この区別には合理的根拠がある、と。

しかし、上記被告主張は、男女の組合せこそが正統であるというのと同義であり、異性愛は正常で同性愛等は異常・変態であるというかつての誤った理解とどう違うのであろうか。さらに、異性カップルの婚姻関係と同視できるほどの社会的承認が同性カップルにないのは、婚姻制度から同性愛者等らを排除することによって異性カップルより劣った存在であるというスティグマを与え続けたことが大きな要因である。にもかかわらず、婚姻制度の対象とならない理由として社会的承認がないことを挙げることは、多数派の横暴・法の支配の否定にほかならない。

以上、被告の主張が論理的に破綻していることが、今回一層明白となった。以下、個別に反論する。

なお、そもそも、本件のように、別異取扱いが程度問題ではなく all-or-nothing の問題である場合(同性愛者等は、婚姻できるが一部の効果を享受できないのではなく、婚姻すること自体を許されていない)、目的・手段を人為的に分解するのではなく、端的に区別の合理性(つまり、婚姻の可否について性的指向や性別で線引きすること自体の合理性)の有無を憲法上の価値判断や立法事実を照らして正面から問うべきである(甲A436・宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開(第2版)』113頁(日本評論社、2014))。

(3) 婚姻制度の立法経緯及び規定内容から同性愛者等の婚姻制度からの排除

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

を正当化することはできないこと（骨子①への反論）

従前から、被告は、「婚姻制度の目的は…夫婦がその間に生まれた子どもを産み育てながら、共同生活を送るという関係」の保護にある（被告第3準備書面の17頁から18頁）等と主張し、原告は、第11-1準備書面ないし第11-3準備書面及び第19準備書面で全面的に反論を加えたところであるが、今回被告は、若干の手直しを施して執拗に婚姻制度の目的を理由とする議論を繰り返す。改めて反論する。

ア 伝統や慣習によって同性愛者等の婚姻制度からの排除の合理性を基礎づけられないこと

まず、被告は、「伝統的に、婚姻は…異性間のものであることが前提とされてきた」、「婚姻は、我が国の従来慣習を制度化したものであり、男女間のものであることが前提されている」などと主張する（被告第5準備書面21～23頁）。

しかし、ここでの被告の主張は、日本において、法制度上、婚姻が男女間に認められてきており、社会がそのような婚姻制度の内容を認識し、従ってきたという事実をなぞる以上のものではない。仮に、婚姻は男女間のものであるという「伝統」や「慣習」があるとしても、それは、これまでの婚姻制度が男女間でしか認められてこなかったことからして当然のことである。被告の主張は、本件規定による別異取扱いの憲法適合性審査の前提である現在の婚姻制度の内容を述べるものに過ぎず、そのような「前提」をいくら繰り返し論じたとしても、本件規定が憲法に適合することを裏付けることにはならない。特に、被告が21頁のア(ア)として挙げる乙1（新版注釈民法(21)〔上野雅和〕）は、婚姻を同性間に認めないことに合理的根拠が無いことをいち早く指摘した文献の一つであり、「男女の結合であれば、生殖や性関係の可能性が無くても、さらに臨終婚のように共同生活の可能性すらなくとも、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」と指摘する（同号証179頁）。被告こそ、上野教授の核心をついた問題提起に答えるべきである。

もちろん、憲法適合性判断において伝統や慣習を斟酌することが合理的である場合もある。但し、伝統や慣習それ自体が、審査対象たる規定の内容と区別できない場合や、当該規定が内包する差別が伝統や慣習という形で定着してしまっている場合は、別である。本件においては、同性間の婚姻を認めない本件規定の憲法適合性が問題となっているところ、被告がいう「伝統」や「慣習」は、まさしく、本件規定の内容そのものであるし、本件規定

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

が内包するものとして原告らが指摘している差別が制度として定着してきたことによって形成されてきたものである。婚外子の法定相続分に関する平成25年9月4日最高裁大法廷決定が判示したとおり、「本件規定の合理性は…個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし」、法律上同性のカップルの「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であり」、被告が言うような「伝統」や「慣習」が、それだけで当然に、別異取扱いの合理性を基礎づけることはない¹²。伝統や慣習は「個人の尊厳と両性の本質的平等」(憲法24条2項)という憲法の規範的要請に照らして考慮されるにすぎない。

なお、被告は、「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」ことの根拠として、大村敦志「民法読解 親族篇」32～33頁(乙11)を挙げるが(被告第5準備書面23頁)、大村教授がここで述べているのは、同性婚について「概説書類でも、近年に至るまでこの点に触れるものはほとんどなかった」ということに過ぎず、「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」とか、「今後も婚姻というものは男女にのみ認めるべきであるという理解が一般的である」などと述べたものではない。

イ 婚姻に関連する民法及び戸籍法の諸規定から生殖が婚姻制度の目的であると解することはできないこと

また、被告は、民法及び戸籍法の条項を羅列した上で、「このように、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」と主張し(被告第5準備書面23～24頁)、そこから同性愛者等の排除を正当化しようとする。

しかし、被告が羅列する条項のほとんどが、いずれも生殖を伴わない婚姻にも等しく適用されるものであることは、これまでも原告らが指摘してきたとおりであり(原告ら第19準備書面29頁など)、被告がこれらの条項の

¹² アメリカ連邦最高裁のオーバーゲフェル判決も、「歴史と慣習はこの審理に指針を与え規律するものではあるが、その外縁を画するものではない…。この審理方法は、歴史を尊重し歴史から学ぶものの、過去のみが現在を支配することを許さない。」(甲A100・235頁)、「権利は過去にだれがその権利を行使したかによって定義されるべきであるとするのであれば、従前の慣行がその正当化理由となり続けるのであって、新しいグループは、一度否定されたら、当該権利を享有することができなくなる。…婚姻する権利は、歴史と伝統に由来する基本的な権利であるが、権利の根拠は歴史にのみ由来するものではない。権利はまた、現代において切迫した意義を有する自由を、憲法の要請に基づきどう解釈定義すべきかについてよりよく理解することによっても、生じるのである。…」(同242頁)と述べている。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

存在を理由として、婚姻と生殖との結び付きを必須のものであるかのように帰結することには、相当に無理がある。

被告が特に強調する嫡出推定(民法772条)すらも、必ずしも自然生殖による血縁関係を保護することを立法趣旨とするものでなく(原告ら第11-3準備書面11~13頁において指摘済み)、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)。

そもそも、やはり原告らが繰り返し指摘してきたとおり(原告ら第19準備書面30頁など)、婚姻と生殖の結び付きが、法制度としての婚姻の設営に際してその保護される者の範囲を画するほどの意味を持つのであれば、民法上生殖の能力等が婚姻の要件となっていて然るべきである。被告の主張は、生殖が婚姻の要件となっていないという旧民法以来の一貫した事実からも、婚姻の効果のほとんどが生殖を伴わない婚姻にも等しく及ぼし得るものであるという事実からも、さらに、嫡出推定ですら生殖と必ずしも結び付くものではないという事実からも目を背け、婚姻=生殖という構図に固執するものであり、非論理的であると言わざるを得ない。

ウ 婚姻制度の目的は親密関係の保護にあり、生殖関係保護は婚姻の機能・役割に位置付けられること

上記のとおり、本件規定の立法経緯及びその規定内容からは、被告が主張する「本件規定の目的は、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にある」(被告第5準備書面25頁)との結論は導けない。にもかかわらず、被告はその主張を維持した上で、「婚姻制度の目的が『親密関係の保護』であると主張する原告らの上記主張も理由がない」とする(同29頁)。

しかし、被告が羅列する条項やこれまでの民法学説における議論を踏まえれば、婚姻制度の目的は当事者の親密関係の保護(親密性に基づく共同生活の保護)にあると解さざるを得ない(原告ら第11-1準備書面17頁)¹³。

そして、被告は、婚姻制度の目的が「親密関係の保護」にあることを否定する一方で、婚姻制度が「夫婦の共同生活自体も保護している」ことを肯定する(被告第5準備書面34頁)。婚姻の本質が、永続的な精神的及び肉体

¹³ 令和3年夫婦別姓最高裁決定の宮崎裁判官・宇賀裁判官の反対意見も、「婚姻自体は、国家が提供するサービスではなく、両当事者の終生的共同生活を目的とする結合として社会で自生的に成立し一定の方式を伴って社会に認められた人間の営みである」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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

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以上(前掲昭和62年9月2日最高裁判決参照)、「夫婦の共同生活」は親密関係に基づくことが大前提であると解されるのであり、親密関係と共同生活をあえて分離する被告主張は、理解不能である。婚姻制度が「夫婦の共同生活自体も保護している」ことを被告が肯定するのであれば、それは、婚姻関係の主な目的は親密関係(親密性に基づく共同生活)の保護にあるとの原告ら主張を肯定するのと同義である。同性カップルが親密性をもって共同生活を送っている実態があることは原告本人尋問でも明らかになったところ、婚姻が夫婦の共同生活自体を保護しているというのであれば、同じく共同生活の実態がある同性カップルに婚姻の効果を及ぼさせないというのは論理的に一貫しない。被告が、婚姻制度が「親密関係(親密性に基づく共同生活)」を保護するものであるとの原告ら主張を否定し続けるのであれば、婚姻制度が「夫婦の共同生活自体も保護している」と被告が認めることとの整合性を説明されたい。

また、被告は、「本件規定は…婚姻をした夫婦に子を産み育てることを強制したり、義務付けたりするものではなく、子を産み育てることは婚姻をした夫婦の意思に委ねられるべき性質ものであることに変わりはない」とするが(被告第5準備書面27頁)、そうであれば、猶更、婚姻制度の目的が生殖関係保護にあるという被告主張は理由を失い、やはり、親密関係保護が目的であるということに帰結する。そもそも、婚姻した夫婦に生殖が義務付けられないのであれば、被告が主張する、「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」という婚姻制度の目的を達成することはできない。達成することすら意図されていない内容をもって、法制度としての婚姻制度の目的であると解釈するのは、非論理的である。

さらに、被告は、「婚姻における夫婦間の生殖及びそれによる子の養育の要素を軽視して本件規定の立法目的の合理性を判断するのは相当でない」とも主張するが(同27頁)、原告らは、軽視などしていない。むしろ、原告らは、子を産み育てることの重要性を踏まえ、同性カップルにも、(異性カップルと同様に)生殖補助医療で子をもうけたり、子を養育する能力があり、実際に多くのカップルが子育てをしていることを論じてきた(原告ら第11—1準備書面42～48頁など)¹⁴。同性愛者等の婚姻を認めたからと言っ

¹⁴ なお、アメリカ連邦最高裁のオーバーゲフェル判決が「婚姻はまた、子の最善の利益にとって重要な永続性と安定性も提供する。…婚姻が与える承認、安定性及び予測可能性がない限り、自分の家族が他の家族に何らかの意味で劣っているという烙印に苦しむことになる。」(甲A100・239頁)と指摘するとおり、同性カップルの婚姻を認めることは、その間で養育されている子の利益ともなる。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

て、それは婚姻制度の機能の一つとしての生殖や養育を軽視することを意味しない。現に民法が生殖や養育をしない異性カップルに婚姻を認めても、それが生殖や養育の要素を軽視していることを意味しないのと同じである。

「結婚したら子どもを産むべきである」とか、「子どもを産むなら結婚すべきである」等の考えを持つ者が一定数存在することは否定しないが、原告ら第11-1準備書面(18~19頁)の統計データが示すとおり、婚姻にどのような意義を見出すかは人それぞれであり、民法及び戸籍法における子や生殖に関する規定は、あるカップルが子を産み育てることとなった場合には、それらの規定に従う(そこに定められた法的効果が生じる)ということの意味するに過ぎない。被告の議論は、婚姻制度がどのような役割・機能を有するかという問題と、法制度としての婚姻はそれらの役割・機能のうち何に着目して設営されるのかという問題を混同している。法は、婚姻の重要な役割として生殖があることはふまえつつ、法制度として婚姻を設営するにおいては、より包摂的な「親密関係保護」を「目的」とし婚姻の要件もこの見地から定めている。それは、婚姻が個人の幸福追求の極めて重要な選択肢であってまさに「各人天賦の権利」と謂うにふさわしく(甲A437・熊野敏三ほか「民法正義人事編 巻の壱」193頁)、そこに排除を持ち込めば社会の分断に直結するからである。婚姻はその本質において包摂であり、個人の尊重(13条)・個人の尊厳(24条2項)を旨とする現憲法は、婚姻を生殖に単純化することはなおさら許さない。

なお、被告は、3つの文献(乙21我妻、乙22青山、乙23鈴木)を引用して、民法学者も婚姻制度の目的が生殖関係保護にあると考えているかのように主張するが(被告第5準備書面28~29頁)、実際には、いずれの文献も、婚姻の役割・機能として生殖や養育が無視できないことを指摘するにとどまり、「本件規定の目的は、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にある」などと論じるものではなく、自然生殖可能性がないことを理由に同性愛者等を婚姻から排除する被告主張を根拠づけるものではない。

エ 婚姻制度の目的を生殖保護とする被告主張が差別的であること

ここで、婚姻＝生殖と捉え、子を産み育てることが婚姻制度の目的であるとする被告主張が極めて差別的であることを指摘しておきたい。

すなわち、子を産むことができるかは自らがコントロールできない属性である。そのような属性を婚姻に不可欠な要素とすることは、明治民法制定時ですら許されず(原告ら第11-1準備書面4~12頁で詳述したとおり、そのような見解は「我民法の精神を得たるものにあらず」と批判されていた)。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

現憲法下ではより一層許されない、差別的発想である。ほかならぬ国が、婚姻制度の目的について、子を産み育てる関係性を特に保護すべき点にあると明言することの異常さを、被告は十分に認識しなければならない(その不当性は、かつて女性を「産む機械、装置」とした、ある国会議員による差別発言の問題性とも通底する)。不妊の異性カップルも多く存在する中、婚姻制度の目的をこのように理解しているということを、果たして被告は、日本社会及び国際社会に向かって、胸を張って説明できるのだろうか¹⁵。

現行民法は、子をもうけるに至ったカップルについては嫡出推定を含む諸般の規定を適用し、子を自然生殖によってもうけられないカップルについては養子縁組という選択肢を提供するとともに、子を養育しないカップルについても配偶者としての法的効果を与えて保護しているのであって、各カップルがどのパターンに属するかによって、婚姻できるか否かや保護の度合いなどに優劣をつけてはいない。憲法24条2項要請に照らしても、婚姻制度の目的は、当事者間の性愛に基づく結合に法的保護を与え、そのことによって当該カップルに生殖を含めた社会的生活の基盤を提供することにあると解さざるを得ない。生殖に関連する規定が婚姻の役割・機能を果たす観点から現行民法上存在するからといって、これこそが婚姻制度の目的であると捉えることは、目的と手段の逆転を試みるものにはほかならない¹⁶。

(4) 抽象的・定型的に婚姻制度の目的を捉えることの自己矛盾と帰結(骨子②への反論1)

以上のような、自然生殖可能性をメルクマールとして婚姻制度の目的や保護範囲を決することの論理的矛盾を前にして、被告は、「民法(本件規定)は…抽象的・定型的に立法目的を捉えて、婚姻をすることができる夫婦の範囲を定めている」と弁明する(被告第5準備書面29～30頁)。

しかし、これはごまかしである。なぜなら、婚姻制度の目的が子を産み育てることを目的とする共同生活の保護だから、生殖できない同性カップルが婚姻できないのは当然だと論じたのは被告である。この被告主張は、婚姻制度の目的が定まれば、そこから、婚姻によって保護される対象者の範囲が論

¹⁵ なお、被告主張によれば、生殖の能力や意思がないカップルに婚姻を認めないという規定も憲法上問題がないという、明らかに誤った帰結が導き出されることになる。

¹⁶ アメリカ連邦最高裁のオーバーゲフェル判決も、婚姻と生殖の関係について、「当裁判所または州が、生殖能力または生殖する約束を婚姻する権利の条件にしているということではできない。憲法上の婚姻の権利には多くの側面があり、子どもの養育はその一つの側面に過ぎない。」と述べている(甲A100・239～240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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

理的に導かれ、保護の対象が厳格に画されることを前提とする。だからこそ、明治民法の時代から、禁治産者や産子能力を欠く者の婚姻の可否に関連して、婚姻制度の目的が論じられてきたのである。あまつさえ、被告は、同性カップルでも、里子や養子縁組、生殖補助医療という男女が普通に用いる手段によって子をもうけたり養育する現実があるのに、そのことは一顧だにしない。この一顧だにしない論法に従えば、「現実に生殖の能力や意思がない者の共同生活も、抽象的・定型的には『子を産み育てることを目的とする共同生活』に含まれる」などと婚姻制度の保護を広げることなど論外である。

それでも被告が抽象的・定型的の主張を維持するのであれば、むしろ、婚姻の対象について、子を産む意思や可能性を問わない＝子を産み育ててもそれをしなくても構わないという被告主張は、前述のとおり、本来は、原告らの主張に極めて親和する。ただ、被告は、男女の場合はこの論法で婚姻制度の保護範囲をやすやすと広げるのに、同性カップルにはこの論法を認めない。かかる差別取扱いこそが被告主張の欺瞞である。

(5) 生物学的な自然生殖可能性を基礎とするという被告主張が破綻しており、かつ、差別的であること(骨子②への反論2)

被告は、「生物学的な自然生殖可能性を基礎」として婚姻の対象を定めるとした上で、「同性間の人的結合関係には自然生殖可能性が認められない」から、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する(被告第5準備書面29～31頁)。つまり、異性カップルにのみ婚姻が認められるのは、実際に自然生殖が可能であるか否かにかかわらず、「生物学的」に男女である異性カップルであるから、という主張である。

しかし、「生物学的な自然生殖可能性を基礎」とするという被告の主張は、戸籍上の性別を変更した者についても婚姻が認められていることと明確に矛盾する。戸籍上の性別を変更しても、生物学的な性別を変更することはできないから、生物学的に見れば、戸籍上の性別を変更した者とそのパートナーは同性同士なのであって、「生物学的な自然生殖可能性」は認められない。

「生物学的な自然生殖可能性」を基礎として婚姻できるカップルの範囲が定められているとの被告主張は、この1点のみをもってしても破綻している。

結局、ここでの被告の主張は、「男女の異性カップル」であることを理由として婚姻が認められるという結論を述べているに過ぎず、なぜ、異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルに婚姻を認めないことに合理性があるのかという点について、何ら答えるものではない。換言すれば、被告の主張は、「男女の異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルには認めない」という差別的取扱いそれ自体が、婚姻制度の積極的な目的であるという主張

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

である。同性愛者等を積極的に排除することこそが婚姻制度の目的であると理解・主張することは、それ自体が差別的であって、恥じるべきことである。

被告の主張は、同性愛者等を婚姻から排除するという結論から逆算して、明治民法及び現行民法の制定時から婚姻の本質とは理解されてこなかった自然生殖能力という異性カップルの一般的属性を、これこそが保護の対象であったとして無理やり強調するものであると言わざるを得ない。

(6) 社会的承認の不存在を理由とすることは差別の是認であること (骨子③への反論)

以上のとおり、いよいよ自らの主張を維持できなくなった被告は、今回、新たに、「異性間の人的結合関係が…家族をその中心となって形成しているという社会的な実態があり、当該実態に対して歴史的に形成されてきた社会的な承認がある中、…同性間の人的結合関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置づけるかについては、いまだ社会的な議論の途上にあり、我が国において、同性間の人的結合関係を異性間の人的結合関係(婚姻関係)と同視し得るほどの社会的承認が存在しているとは言い難い」から、同性間の婚姻が認められないことに合理性があるとの主張を追加した(被告第5準備書面30～31頁)。

しかし、同性カップルが、異性カップルと同様に親密性に基づく共同生活を営み、子を産み育てる同性カップルも多数存在することについては、これまで論じてきたとおりであり(原告ら第11-1準備書面42～48頁など)、同性カップルには異性カップルと同様に共同生活の実態がある。

それにもかかわらず、被告が言うところの「同性間の人的結合関係を異性間の人的結合関係(婚姻関係)と同視し得るほどの社会的承認」が存在していないのは、現在の法制度(本件規定)が同性間の「婚姻関係」を認めていないからである。現行制度が同性間の婚姻関係を認めていない中で、婚姻関係と同視し得る社会的承認が同性カップルに対して与えられるはずはない。それこそが、まさしく、原告らが原告ら第15準備書面等において繰り返し主張している、本件規定の存在が同性カップルないし性的少数者の社会的承認を妨げているということなのである¹⁷。同性間の婚姻が認められていない

¹⁷ 婚外子法定相続分差別最高裁決定も、「本件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」として、問題となっている規定の存在自体が生み出す差別意識を指摘する。

また、アメリカ連邦最高裁のオーバーゲフェル判決も、「州が婚姻を重要なものとして尊重すればするほど、婚姻からの排除は、重要な点において、ゲイとレズビアンを平等に処遇す

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

ことによって生じている社会的承認の不足を、同性間の婚姻を認めない正当化理由とすることは、社会にはびこる同性カップルないし性的少数者への差別や偏見を是認することにほかならない。被告の主張は、日本社会全体に遍在する性的少数者に対する差別や偏見を先に解消してからでない、同性愛者等には婚姻を求める資格がないと言っているに等しい。

性的少数者はひとりひとり人間であり人生はさまざまに有限である。婚姻の自由と平等を見ることなく無念の死をとげた者が、法律ができたからと言ってやり直すことはできない。社会的に承認されないことに起因して自ら命を絶った者がまたやり直すということもできない。ところが、マイノリティである同性愛者らに対する本件規定による別異取扱いが問題となっている本件において、かかる別異取扱いを生じさせている被告が、人口の9割以上を占めると推察される圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容が得られるまでは、かかる別異取扱いを改める必要性がないとか、その合理性が失われたとはいえないかのように論じているのであり、それ自体きわめて不適切であり(札幌地裁判決29頁も同旨)¹⁸、憲法の基本原理(13条)にもとめることはなほだしい。被告主張は、本件規定による別異取扱いそれ自身が、同性カップルないし性的少数者の社会的承認を妨げていることから目を背け、本件規定による別異取扱いを、かかる別異取扱いによって生じている結果(差別・偏見)をもって正当化するものであり、極めて不当である。異性カップルが家族を形成しているという社会的実態や社会的承認は、同性カップルないし性的少数者の痛みの上に形成されてきたことが十分に認識されなければならない。

べきではないと教えることとなる。我が国社会の中核的制度からゲイとレズビアンを州が締め出すことは、ゲイとレズビアンを貶めることになる。」「真摯で個人的な反対が法律となりまた公の秩序となる場合には、必然の結果として、自由を否定された者を貶め、汚名を着せることとなる排除に、州がお墨付きを与えることになるのである。」(甲A100・241～2頁)として、性的マイノリティを制度から排除することによって生じる負の影響について述べる。

¹⁸ 府中青年の家事件東京高裁判決(東京高判平成9年9月16日判例タイムズ986号206頁)も、「平成二年当時は、一般国民も行政当局も、同性愛ないし同性愛者については無関心であって、正確な知識もなかったものと考えられる。しかし、一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものというべきであって、無関心であったり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである。」として、たとえ一般国民の理解が不十分な状況であっても、公権力の行使にあたる者には、同性愛者の権利利益を十分に擁護する特別の責任があることを判示している。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

ここにきてもはや被告は、婚姻＝生殖という自身の主張の柱を建前としてすら維持しきれないことを自白したに等しい。要するに、被告の主張の実態は、本件規定の保護対象として異性愛者（異性カップル）と同性愛者等（同性カップル）を区別する理由として、生殖や子の養育には実質的な意味はなく、男女の組み合わせは家族として慣れ親しまれていて安心感があるが、同性の組み合わせは慣れていないので不安であるという抽象的な印象論・感情論である。婚外子相続分違憲判決が示したとおり、社会の感情や慣習が意味を持つのは、それが憲法の理念と要請に合致する限りであり、上記被告の主張には、合理的根拠のかけらもない。

なお、複数の調査で多数の国民が同性間の婚姻に賛成しているとの結果が出ていること（甲A103～111、149、224、320、416）、200を超える企業・団体が同性間の婚姻の法制化に賛同していること¹⁹、同性カップルに法的保護を与えようとする判決の存在（甲A219）、野党から婚姻平等法案が提出されていること（甲A141）などからも明らかなおと、同性間に婚姻を認めるべきとの「社会的承認」はすでに確固として存在し年代を問わず増大し続けていることを念のため改めて付言しておく。婚姻に際して自然生殖可能性などは問わず、親密関係（親密性に基づく共同生活）こそが婚姻制度で保護すべき対象であるという点にこそ、「社会的承認」が存在しているとも言えよう。

（7）被告が主張する婚姻制度の目的を前提としても、同性間の婚姻を認めないこととの合理的関連性が認められないこと

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との関連においても合理性を有する」と主張するが（被告第5準備書面30頁イ）、仮に、被告が主張する婚姻制度の目的（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）を前提とした場合であっても、同性間の婚姻を認めないこととの間に目的と手段としての合理的関連性を見出すことはできない。

つまり、ある手段が目的との間に合理的関連性を有すると結論付けるためには、当該手段を採用することによって当該目的が促進されるという関係性が認められる必要があるところ、同性カップルを婚姻制度から排除しても、被告が強調する自然生殖保護という目的が促進されることはない。なぜなら、同性カップルは、婚姻できるか否かにかかわらず、自然生殖をすることはできないし、同性カップルが婚姻できなければ異性カップルがより自然生殖す

¹⁹ <http://bformarriageequality.net/#support>

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

るようになるという関係にもないからである。同性カップルに婚姻を認めないという手段には、被告が主張する自然生殖保護という目的との間に、合理的関連性どころか、何の関係性も認められない。婚姻できないことによって同性愛者等が被る不利益(権利侵害)は深刻かつ甚大であるのにもかかわらず、そのような不利益を発生させても婚姻制度の目的に何ら寄与するところがないということでは、かかる不利益の存在を正当化することは到底できない。もし、被告が主張するように、自然生殖関係を特に保護したいということであれば、婚姻自体は異性間か同性間かを問わずに認めた上で、自然生殖保護のための規定を該当するカップルだけに適用すれば足りるのであって、同性愛者等を婚姻という入り口自体から排除することを、自然生殖関係保護から理由付けることは不可能である。

以上は、被告が主張する婚姻制度の目的を踏まえても、同性間の婚姻を認めないことが正当化されないことを意味するだけでなく、被告が主張する婚姻制度の目的がそもそも失当であることを裏付けるということを強調しておきたい。

(8) 札幌地裁判決の判断について

なお、被告は、札幌地裁判決の指摘を4点取り上げて(被告第5準備書面32～33頁記載の①ないし④)、それらの指摘が誤ったものであると主張するが(同33～40頁)、そのうち①②④については、これまで論じたところが反論として当てはまるから繰り返さない。

そして、被告が特に強調する③の指摘に対する批判、すなわち、「本件規定の制定時に同性婚が制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」とする札幌地裁判決の指摘は誤りである、という批判(同34～39頁)も、以下のとおりまったく的を射ないものである。

なぜなら、札幌地裁判決は、明治民法及び現行民法の制定過程及びそれらに規定された婚姻についての理解等に関する事実認定を前提とした上で、「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」(24頁)ことを同性間の婚姻が法制化されなかった理由としているのであり、その背景理由として、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したのである(24、26頁)。つまり、判決は、明治民法及び現行民法の制定過程において、たとえば、同性間の婚姻に関する規定を設けないことの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る等して、それが同性間の婚姻に関する規定を設けない理由となっ

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

た等と指摘するものではないからである。

また、被告は、同性愛が精神疾患であるとの認識が日本に広まったとされる時期と明治民法及び現行民法の制定過程を対比すると、明治民法制定当時(1898年公布)、日本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であり、当該事実を前提とした札幌地裁判決の判断も誤ったものであるなどとも主張するが、1888年(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」中「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、自ラ憐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」との記述があること(甲A438・252～253頁)、また、1894年(明治27年)に出版された呉秀三『精神病学集要前編』にも、「第二卷 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、其精神ハ色事感覚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」との記述があること(甲A439・160頁)からすれば、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が明らかである。

【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」東京第一次訴訟(東京地裁)第9回期日(20220209)提出の書面です。

3 結論

以上のとおり、「自然生殖可能性」をメルクマールとして婚姻制度の保護対象範囲を確定するという被告主張は、もはや論理的に完全に破綻しており、今回被告が追加した「社会的承認の不存在」という主張は、主張自体が差別である。

被告も認めるとおり、婚姻制度は夫婦の共同生活自体を保護しているから、異性カップルと同じように親密性に基づく共同生活を送る同性カップルを婚姻制度から排除することが、かかる婚姻制度の目的に照らして果たして正当化できるのかという点が検討されなければならないところ、被告からそのような正当化事由は主張されていない。

本件規定に基づく同性カップルないし同性愛者等に対する性的指向又は性別に基づく別異取扱いは、差別的な取扱いとして、憲法14条1項に違反する。

以 上