

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

令和3年(ワ)第7645号 「結婚の自由をすべての人に」訴訟請求事件

原告 山縣 真矢 ほか7名

被告 国

原告ら第2準備書面

(婚姻制度の目的について)

2022(令和4)年3月10日

東京地方裁判所民事第44部甲合議1A係 御中

原告ら訴訟代理人 弁護士 上杉 崇子

同 寺原 真希子

他28名

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第 4 回期日(20220324)提出の書面です。

(目次)

第 1 本準備書面の目的.....	5
第 2 婚姻制度の目的に関する法解釈論 (婚姻制度の目的は二人の当事者の親密関係の保護であること)	6
1 はじめに	6
2 明治民法制定当時の議論	6
(1) 明治民法における婚姻と生殖	7
(2) 小括.....	13
3 新憲法・現行民法における婚姻制度に関する議論	14
(1) 憲法の制定と民法家族法の全面改正.....	14
(2) 現行婚姻法の目的と原則	18
4 新憲法改正民法における婚姻制度と生殖との関係についての議論.....	19
(1) 新憲法が予定する婚姻制度と生殖	19
(2) 改正民法における婚姻制度と生殖	23
(3) 現行民法における生殖と婚姻にかかる学説	24
(4) 被告が引用する民法学説 (被告第 2 準備書面 11 頁) について	25
5 裁判例で示された婚姻制度の目的に関する裁判所の理解	26
(1) 札幌地裁判決における婚姻制度の目的	26
(2) 最高裁判例における婚姻制度の目的.....	27
6 おわりに	29
第 3 「異性愛規範」には何ら正当性・合理性がないことが社会の普遍的な認識となったこと	29
1 はじめに.....	29
2 同性カップルを婚姻制度から排除する規範とその変化.....	30
(1) 同性愛に対する差別・偏見と「異性愛規範」	30
(2) 新憲法制定・民法改正時も「異性愛規範」が強固であったこと.....	34

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

(3) 「異性愛規範」が正当性と合理性を失ったこと	36
(4) 小括	38
3 性的マイノリティの家族形成全般について議論の変化	38
(1) 法律上の同性カップルの婚姻を認めている国の増加	38
(2) 自治体における同性カップル尊重の動き	39
(3) 企業社会・経済団体・弁護士会等の動き	39
(4) 同性カップルに法的保護を与えようとする判決等の存在	40
(5) 社会における「同性婚を採用すべきだ」という声	41
(6) 国政でのセクシュアル・マイノリティの差別・偏見を除去しようとする動き、それに伴う法律上同性カップルの保護	42
(7) 小括	43
4 まとめ	44
第4 同性カップルも生殖・養育を行っており、子の福祉の点から法律上の同性カップルの婚姻の法制化は急務であること	45
1 法律上の同性カップルも現に生殖・養育を行っていること	45
2 生殖	46
(1) 法律上女性同士のカップルは精子提供により妊娠・出産しうること	46
(2) カップル双方の生殖子による妊娠・出産以外の方法による生殖が、婚姻制度による保護に値すること	47
3 養育	48
(1) 婚姻制度における養育の位置付け	48
(2) 養育のあり方が多様であること	49
(3) 法律上の同性カップルによる養育の実践	49
(4) 小括	50
4 子の福祉の点から法律上同性同士の婚姻の法制化は急務であること	50
(1) 法律上の同性カップルの婚姻は、子の福祉の観点からも必要であること	

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第 4 回期日(20220324)提出の書面です。

.....	50
(2) 米国最高裁判決が子の福祉の観点から法律上の同性カップルの婚姻の法制化を認めたこと	52
5 小括	53
第 5 結語	54

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

第1 本準備書面の目的

本準備書面は、被告第2準備書面における被告の「婚姻制度についての伝統的な理解及び現行憲法の制定に伴い制定された現行民法が制度化した婚姻は、いずれも異性間の人的結合関係を前提したものであり、そこでは同性婚の存在は想定されていない」との主張に対し、反論を述べることを目的としたものである。

原告らは、法律上同性のカップルに対し婚姻を認めない本件規定が憲法24条1項、2項及び14条1項に違反すると主張している。この主張は、憲法の保障する「婚姻」による法的保護が同性カップルにも及ぶことを前提としたものである。

この原告らの主張に対し、被告は、「婚姻は、伝統的に生殖と密接に結びついて理解されており、男女間のものであることが前提とされてきた」旨を述べ、生殖可能性のない関係性には憲法上の「婚姻」という法的保護が及ばないかのように主張する(被告第2準備書面・7頁以下)。

しかし、従来の婚姻制度に関する法的議論において、生殖保護のみが婚姻制度の目的であると理解されたことはなく、二人の当事者の親密関係の保護が婚姻の目的であると理解されてきた(以下、第2)。

さらに、「婚姻」が法律上の男女間のものに限られてきたのは、生殖が婚姻と密接に結びついてきたからではなく、いわゆる「異性愛」だけを自然・正常とし、同性愛を含むそれ以外の性愛を病理・不自然で異常なものあるいは未熟なものとする「異性愛規範」が社会全体で共有され、法律上の同性カップルの親密な関係や共同生活はおよそ法的保護を及ぼすべき対象として意識されることが無かったためである。しかし、個人の尊重という現行憲法の基本原理の下では、このような「異性愛規範」は正当性・合理性を失っている。また、社会の変化に

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

伴い、婚姻の当事者を法律上の異性カップルのみとすることは、人々の意識とも乖離し、法律上の同性同士であっても婚姻することができるはずだという意識が急速に広がっている（以下、第3）。

さらに、被告の主張は、法律上の同性カップルは生殖や養育と無縁であることを当然の前提とするが、法律上同性のカップルが子を養育する実態は既に社会に存在しており、子の福祉の点からも法律上同性のカップルに婚姻制度利用を可能とすることが急務である（以下、第4）。

以下、詳述する。

第2 婚姻制度の目的に関する法解釈論(婚姻制度の目的は二人の当事者の親密関係の保護であること)

1 はじめに

被告は、婚姻が伝統的に生殖と密接に結びついて理解されていたことを理由に、婚姻は男女間のものに限られると主張する（被告第2準備書面・7頁以下）。

しかし、婚姻制度の目的は、明治民法以来二人の当事者の親密関係の保護だと理解されており、婚姻制度の目的が生殖のみに単純化されたことは一度もない。このことは、明治民法以来、生殖の能力や意思が婚姻の法的要件とされてこなかったことから明らかである。

以下、詳論する。

2 明治民法制定当時の議論

明治期には家制度のもと、婚姻を生殖と結びつけて考える人々もいたとはいえ、法制度としての婚姻制度の目的は親密関係の保護であり、生殖が婚姻の目的とは考えられていなかった。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

(1) 明治民法における婚姻と生殖

ア 「家」制度と結びついた婚姻の理解

明治維新により成立した新政府は、近代的な法制度の導入をめざし、法典編纂事業に着手した。旧民法（明治23年法律第98号）の施行延期を経て、1898年（明治31年）、ようやく明治民法が施行され、わが国に近代的婚姻制度が導入された。

しかし、明治民法の家族法制はその根幹に「家」制度があり、「婚姻」も、家制度のもと、家の存続という価値に従属した（甲A145 二宮周平教授意見書4頁, 甲A146 利谷信義「家族法の実験」101～102頁）。夫婦の生殖も、父系の血統による後継ぎを確保する点に意味があり、当事者双方が結婚を望んでも、後継ぎが産まれるまで戸主や親が「入籍」を認めないとか、子を生まない女性は「離縁」されるといったことが珍しくなかった（たとえば、甲A147 [中島玉吉] 4～5頁の表「番号四」）。この意味で、明治期には、婚姻を生殖と結びつけて考える人々もいたことは事実である。

しかし、法制度としての婚姻制度の目的は親密関係の保護であり、生殖が婚姻の目的とは考えられていなかった。

イ 「産子の能力」が婚姻の法的要件とされていなかったこと

まず、旧民法も、また明治民法も、「産子の能力」（夫婦により自然生殖をなしうること）を婚姻の法的な要件とはしていなかった。

旧民法立案過程では、「身体の不能力」ある場合には「婚姻の目的たる子孫を生殖するの結果を得（ず）」〔引用者註 旧カナ表記を現代カナ表記に変更。以下同じ〕として、上記「不能力」を無効原因に加えようとする議論もあったようであるが、それは採用されず、旧民法成

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

案で生殖能力が婚姻の要件とされることはなかった(甲 A148 前田陽一「民法七四二条・八〇二条(婚姻無効・縁組無効)」広中俊雄, 星野英一編『民法典の百年IV』(有斐閣, 1998)8~9頁参照)。

明治民法でも, 産子の能力は, 婚姻の無効・取消原因や離婚理由ともされず, 解釈論上も, 「無子, 生殖不能の如きは離婚原因乃至は婚姻の無効や取消原因とされない」ことで一致していた(甲 A149 谷口知平『日本親族法』(弘文堂書房, 1935)210頁末尾~3行目, 甲 A145 二宮意見書 14頁以下(以下, 甲 A145 を単に「二宮意見書」と言う))。

ウ 婚姻の「目的」についての学者の理解

旧民法及び明治民法の立案者やその後昭和に至るまでの研究者は, 以下の表記載のとおり, 婚姻制度の「目的」が「生殖」ではなく, 「両心の和合」(下記①熊野・岸本), 「心の和合」(下記②富井), 「夫妻ノ共同生活」(下記④穂積重遠), すなわち親密関係を保護することにあるとの理解で一致していた(下線部は原告ら代理人による)。

[旧民法]

①	熊野敏三, 岸本辰雄 『民法正義人事編卷之壱』 (新法註釈会, 1890年[明治23年]) (甲 A150)	(両名は, 「民法人事編」(1890(明治23)年法律98号)の起草者であり, 大審院判事もつとめる) 「法文上より論ずれば, 産子の能力なき男女に婚姻を禁ずるの法文あるを見ず。 且つ, <u>法理上より観察せば, 婚姻は両心の和合を以て性質と為すものにして, 産子の能力は一般に具備すべき条件なれども, 必要欠く可らざる条件にあらず。</u>
---	---	--

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

		<p>故に、老年、不具又は切割等に依り産子の能力欠缺するも、婚姻を為すの妨碍と為る可らず」192～193頁。</p> <p><u>(生殖(産子)能力の無い男女は婚姻し得ないとする見解は)「我民法の精神を得たるものにあらず」(192頁最終行)</u></p>
--	--	--

[明治民法]

②	<p>富井政章</p> <p>(甲 A151 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 A152 泉久雄『親族法』126頁, 甲 A153 有地亨『新版家族法概論 [補訂版]』268頁参照)</p>	<p>(明治民法起草者の一人)</p> <p>協議離婚制度を設ける理由を整理し、積極説の論拠として「<u>婚姻と云ふものは主として心の和合である。</u>然に、夫婦が不和である実際両方共離れんと欲して居るに、法律が強て束縛して夫婦で居れと云ふことは、到底其婚姻の目的を達し得らるるものでない」点をあげ、婚姻の目的として生殖に言及しない。</p> <p>(戦後、最高裁判所昭和62年9月2日判決民集41巻6号1423頁(甲A172)が、有責配偶者からの離婚請求の可否について、「婚姻の本質は両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにある」ところ、それが失われた以上戸籍上だけの婚姻を存続させるこ</p>
---	--	---

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

		とはかえって不自然であると判示し、やはり、生殖に言及しないのと共通する。)
③	岡村司『民法親族編(明治三十一年)完』 (京都法政大學講義録, 1898〔明治31〕年) (甲 A154・280 頁)	(婚姻の目的について) 当事者からみれば「肉体の結合及び児子の生育教養」としつつ(同書 280 頁), 社会からは妻子の保護者の確定, 個人・社会の道德の扶持と指摘する(二宮意見書 18 頁)。
④	穂積重遠『親族法大意』 (岩波書店, 1917〔大正6〕年) (甲 A155 61 頁)	(「日本家族法の父」とされ最高裁判所判事もつとめる) <u>「婚姻は夫妻の共同生活を目的とす。必ずしも子を得ることを目的とせず。」</u> 「故に子無きを去ることなく, 老年者の婚姻を禁ずることなく, 生殖不能を以て離婚又は婚姻の無効取消の原因とすることなし」
	同『親族法』 (岩波書店, 1933〔昭和8〕年) (甲 A156 221 頁)	<u>「婚姻とは終生の共同生活を目的とする一男一女の正当な結合関係を云ふ」</u>
⑤	森本富士雄『日本親族法』 (文信社書店, 1926〔昭和元年〕) 44 頁 (甲 A157)	「男女の結合は <u>共同の生存を目的とす。即ち婚姻の目的は性交に在らず又子を得ることにも非ず。</u> 従て性交不能者不産女も亦婚姻することを得と云ふを現今の通説とす」
⑥	中川善之助『略説身分法学』 (岩波書店, 1930〔昭和5年〕)	「 <u>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</u> 」として, 婚姻の目

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

	101 頁 (甲 A158)	的を生殖に単一化する風潮を批判
⑦	谷口知平『日本親族法』(弘文堂書房, 1935〔昭和 10 年〕) 210 頁 (甲 A159)	「祖先祭祀の承継者を得ること若しくは <u>子孫を残すことのみが目的とはせられることなく</u> (無子, 生殖不能の如きは離婚原因乃至は婚姻の無効や取消原因とされない)」
⑧	小出廉二「親族法」 (明治大学出版部 1941〔昭和 16〕年) 45 頁 (甲 A160)	「 <u>子を得ることは婚姻の目的ではない。</u> 」

以上見たように、生殖や養育に言及する学説も(上記③, ⑦), あくまで婚姻の役割の一つとして挙げているにとどまり、婚姻制度の目的を「生殖」のみに単純化することはない。むしろ、そのような理解は、「我民法の精神を得たるものにあらず」(①熊野・岸本)として明確に排されたのである。

エ 「産子の能力」が婚姻の法的要件とされなかった理由

では、家制度のもと、生殖が重要な意味を持っていたはずの明治期において、婚姻制度の「目的」が生殖に単純化されなかったのは何故か。

それは、第 1 に、旧民法及び明治民法は、維新後の日本が西欧列強に伍して「文明国」の仲間入りをすべく導入した近代的法制の中核にあり、婚姻は当事者の自由な意思の合致を基礎とする、という近代的婚姻の本質的属性を否定するわけにはいかなかったからである(甲 A16・152 頁 6 行目, 153 頁下から 10 行目及び 157 頁下から 10 行目,

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

(二宮意見書 10 頁 5 行目以下)。

すなわち、明治以前の婚姻は、階級的内婚制が厳格で、異なる身分階級の者との婚姻ができず、地域的内婚制の制約も存在した。これに対し、明治政府は、明治4年には「華族より平民に至るまで互に婚姻するを許す」と題する太政官布告(甲 A161)を発してこれら制限を撤廃した。廃藩置県、戸籍制度、田畑勝手作の太政官布告が出されたのも明治4年である。明治5年には近代的な私的土地所有権の基礎を作る太政官布告第50号が出されている。日本の近代化を急ぐ明治政府において、「自由意思による婚姻」の原理が近代的法制の基本原則の一つと位置づけられていたことがうかがわれる。「一夫一婦制と自由な合意による婚姻という近代的な婚姻制度の根幹が明治民法で確立」されたのである(二宮意見書6頁7行目)。

この点は、①前述の熊野と岸本も、「民法正義人事編巻の壺」において、「我婚姻法の性質」として、「一夫一婦の制」、「夫婦の自由承諾に出づ可きこと」及び「夫婦の関係は平等なる可きこと」をあげ(甲 A150, 142~143 頁),「婚姻は各人天賦の権利」と述べ(甲 A162・193 頁), ②「明治民法」原案を審議した法典調査委員会の委員だった奥田義人が、「近世文明国に於ては婚姻は一男一女の共同生活なることを要し、而して其共同生活は男女双方の自由意思に基きたるものなることを要す」とし(甲 A163 奥田義人『親族法論』(有斐閣書房, 1898) 108 頁), ③穂積重遠も、「婚姻とは終生の共同生活を目的とする一男一女の法律的結合関係を云ひ、又は此結合関係を創設する当事者の意思表示を云ふ」、「婚姻には、当事者自身の自由意思による合意と法定形式を履める其の合意の表示とを要す」(甲 A155 穂積重遠「親族法大意」60~61 頁)と述べるとおりである。

せつかく近代的法制度を導入するのに、婚姻に「産子の能力」とい

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

う障壁を課すのでは、近代的法制の基本原理に悖ること甚だしい。旧民法を起草した熊野と岸本が、そのような議論を、「我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ」と断じたのは当然である（前掲甲 A150 192 頁最終行）。

第2に、現実には、婚姻には生殖以外に重要な役割があったからである。特に、婚姻は、当事者間の関係を保護・公証することで安定化させるという役割があり、それは、個人の幸福追求に加え、近代化を急ぐ明治国家にとっても重要な意味を持っていた。

近代国家は、家や地域の桎梏から解放された個人から構成されることを建前とする。しかし、婚姻に関する個人の選択は、家や地域の干渉を受けやすい。子が生まれるか否かは、家や地域の存続に大きく関わるからである。そのため、個人が婚姻という人生における重大な選択をするにあたり、家や地域による干渉を極小化することは、近代化の成否にとって重要な課題であった。

そこで、近代国家は、「産子の能力」の有無に関わらず、婚姻を望む当事者を広く婚姻制度に包摂し、その関係を保護・公証することを通じて、家や地域による干渉を極小化しようとしたのである。

このように、生殖の能力を要件とすることで多数の者が婚姻から排除されることは、当時の為政者にとってもあまりに非現実的だったのである。

旧民法や明治民法下でも、生殖能力の有無を問わず広く婚姻ができたのは当然であった。

(2) 小括

明治期においては、確かに、家制度のもと、人々の素朴な認識や古い意識では、婚姻と生殖を結び付けて理解されることもあった。しか

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

し、法制度としての婚姻は、これとは画然と区別され、婚姻の「目的」を生殖としたり、生殖を婚姻の要件に直結させる考えは一貫して否定されてきた。婚姻制度の「目的」は、より多元的・包摂的な「両心の和合」や「共同の生活」であり、そのような理解に基づき 婚姻の要件や効果が定められ、また解釈された。

法制度の「目的」とは、ある制度の要件・方式・効果を貫いて、当該制度の全体をもっともよく説明しうる理念であり、社会の人々の素朴な認識や為政者の意図とは別個の存在である。法制定にあたっては、何を「目的」として当該制度を設営するのかが問われ、制定後は当該制度に関わる法条を解釈する際の羅針盤となる。上記のとおり、旧民法、明治民法ともに、婚姻の「目的」が「両心の和合」や「共同の生存」にあり、「生殖」に単純化されないとすれば、婚姻の要件も、生殖の観点のみから画することはできず、「両心の和合」や「共同の生存」を旨とする関係を築こうとする者はあまねく自由な意思の合致する限り婚姻できなければならない。よって、「生殖できない者は婚姻制度の目的に合致せず婚姻の保護に値しない」との論は成り立たないし、逆に、明治の婚姻が男女の制度であり同性どうしは婚姻できないことを「産子の能力」が無いことから説明する議論も成り立たない（同性間で生殖ができないとの議論自体が誤っていることは後述する）。

被告の主張は、明治期の議論を前提に置いたとしても、見当違いというほかない。

3 新憲法・現行民法における婚姻制度に関する議論

(1) 憲法の制定と民法家族法の全面改正

ア 近代的婚姻制度を導入した明治民法は家制度の桎梏を課されてお

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

り，新憲法を踏まえた全面改正を要したこと

焦土の中，新憲法が制定され，家制度を廃止する民法改正が実現した。前述のとおり，明治民法は，わが国に近代的婚姻制度を導入したが，家族関係については，「戸主が家族の婚姻等に同意権をもつなど身分上の監督権を有し，相続において『長子』や『男子』を優先するなど，封建的『家』制度が家族関係を支配し」（甲 A164 木下智史ほか「新コンメンタール憲法（第2版）」301～302頁），「自由な意思による婚姻」の原則は大きな制約を受けていた。「一夫一婦制」と「夫婦関係の平等」という点でも，妻の姦通は離婚原因であるのに夫の姦通は離婚原因とされず，刑法上の姦通罪も夫の姦通については相姦者（姦通の相手方）が人妻である場合以外は処罰しなかった。その背景には，家の後継ぎを確保するために，夫婦間に子，とりわけ男子が生まれない場合，夫は妻以外の女性と関係をもち男子をもうけることが黙認ないし推奨されたという事情があった（二宮意見書7頁）。夫の認知を受け，戸主の同意を得て夫の家に帰属した婚外子（庶子）と妻（嫡母）との間には親子間におけると同一の親族関係が生じ（明治民法728条），妻は嫡母として後継ぎである庶子の養育を求められた（二宮意見書同上）。

明治民法の時代に熊野や岸本，奥田，穂積らが強調した，一夫一婦制・自由意思に基づく婚姻・夫婦の対等平等という近代的婚姻の基本原則は，家制度という大きな桎梏を課されて「貫徹」されず（二宮意見書6頁最終段落），「旧民法に体现された家族をめぐる法制度は，個人の尊厳と両性の平等とはほど遠いもの」（甲 A53 注釈日本国憲法(2)497頁）だった。

加えて，明治以来の富国強兵策が戦争に突き進む中で，女性は出産を強制された。「生めよふやせよの世の中になってな。男の子はお国の

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

ためになるさかい、めでたいめでたいと言うて」と、11人の子を産み3人の男子を兵士として送った滋賀県の女性は語っている(甲 A165 鹿野政直・堀場清子『祖母・母・娘の時代』(岩波書店, 1985)123頁, 164頁)。1940年, 政府は「優良多子家庭」の表彰をするようになる(甲 A166 国立社会保障・人口問題研究所「厚生省の優良多子家庭表彰並附帯調査」人口問題研究1巻3号(1940-6)73頁)。「父母を同じうする満六歳以上の嫡出の子女十人以上を育成したること」が表彰の条件とされ(表彰要項二, 1), 早婚と, 少なくとも5人の子を産むことが奨励され, 「子宝報国」のスローガンも用いられるようになった。富国強兵と戦争は, 日本中の女性にこのような苦しみを強いたのである。

イ 民法改正にあたり, 憲法24条1項及び2項が羅針盤となったこと

このような歴史の反省から, 『家』制度を解体して, 家族関係に個人の尊厳と平等を確立することが, 日本国憲法制定にあたっての課題であった(甲 A164 木下智史ほか「新・コンメンタール憲法(第2版)」302頁, 甲 A53 注釈日本国憲法(2)497頁も同旨)。

GHQスタッフとなったベアテ・シロタ・ゴードンが起草した憲法24条の原案(いわゆるマッカーサー草案23条)は, 同民政局の承認を経て日本側へ伝えられ, 日本の法律家や民衆に歓迎され受け容れられた(甲 A167の1 「1945年のクリスマス」, 二宮意見書7頁ほか。民政局はいずれも法律等の専門家ぞろいであったことにつき甲 A167の1, 38頁)。ベアテらの日本の女性の体験に寄せる想いと, 婚姻に関する近代社会の普遍的原則が出会ったとき, 婚姻の自由と両性の平等を宣言する憲法24条が生まれた。近代的婚姻の基本原則が, 憲法24条1項, 2項に明示されたことで, あらためて民法改正の羅針盤となったのである。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

ウ 改正民法の内容

この憲法を受けて民法が改正された。

1947年第1回国会での、衆議院及び参議院の司法委員会における民法改正案提案理由説明は以下のとおりである。

「日本国憲法は、その第13条及び第14条で、すべて国民は、個人として尊重せられ、法の下に平等であって、性別その他により経済的又は社会的関係において差別されないことを明らかにし、その第24条では、婚姻は両性の合意のみにもとづいて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならないこと、及び配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならないことを宣言しております。」

「提案理由説明」は、このように新憲法の要請を説明したうえで、

「然るに現行民法特にその親族編相続編には、この新憲法の基本原則に抵触する幾多の規定がありますのでこれを改正する必要があります」と指摘した(甲 A168 及び甲 A169)。

改正民法は、法定推定家督相続人に対する婚姻規制、戸主の婚姻同意権、姦通により離婚または刑の宣告を受けた者は相姦者と婚姻をすることができないという規定を廃止するとともに、父母の婚姻同意権を未成年の子に限定して、婚姻の自由を確保し、拡大した。また、家族を「家」のような団体として規定せず、夫と妻、親と子、親族相互の個人と個人の権利義務関係として規定し、同居協力扶助義務(民法752条)、婚姻費用分担義務(同760条)、日常家事債務の連帯責任(同761条)、夫婦別産制(同762条)、離婚原因(同770条)、婚姻中の子

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

に対する親権の共同行使（同 818 条 3 項）など，可能な限りの夫婦平等化を図った。

エ 小括

「日本の婚姻法は，家制度の廃止により，ようやくこの原理〔近代的婚姻制度の基本原則＝引用者註〕を体现するものとなった」（二宮意見書 1（3）末尾。 10 頁 13 行目以下）。

(2) 現行婚姻法の目的と原則

こうして誕生した新憲法と現行民法における婚姻は，「子宝報国」はもちろん，「家の存続」や「男系の血統の維持」を第一義とするものではない。

何より，新憲法の基本とされた「個人の尊重」の原理（憲法 13 条前段）は，すべての人がその人らしい人生を送るべきことを求める。ひとりひとりの生き方は，それが人の人生であるというだけで価値がある。そして，人が人生の途上で人と出会い，親密な関係を築いて共同生活をする場面でもそれは同じはずである。婚姻は，この親密関係と共同生活を承認し保護・規律する制度であるから，すべての人が個人として尊重されると言えるためには，すべての婚姻が尊重される必要があり，そのためには，生殖の能力や意思にかかわらず，婚姻が広く開かれている必要がある。さらに，婚姻をするについての自由，とりわけ誰と婚姻をするのかという相手方選択の自由が必須である。相手方選択の自由は，人格的行為としての「婚姻」を婚姻たらしめる核心であり，それなくしては，婚姻ができると言っても形ばかりの自由であり，人生の選択を意味しないからである。法定推定家督相続人に対する婚姻規制，戸主の婚姻同意権の廃止等の民法の改正は，そのため

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

に行われたのである。

以上からすれば、憲法制定を受けてなされた婚姻制度改定は、自由意思に基づく婚姻と夫婦の対等平等という近代社会の婚姻の基本原則を徹底することにより(憲法24条1項2項, 民法2条参照。また, 前掲甲A150 熊野・岸本「民法正義人事編巻の壺」142頁), そうして生まれた新しい婚姻制度の「目的」は、家族生活における個人の尊厳, 婚姻の自由, 夫婦関係における平等を確保し, これらの観点から当事者の親密な関係を規律し保護することである(二宮意見書9頁, 12頁)。

新憲法と改正民法は、婚姻の意味を生殖に単純化し、生殖能力の欠如を理由に婚姻を否定するような法制を決して許さない。新憲法と改正民法のもとで被告の議論が成り立つ余地は無い。

4 新憲法改正民法における婚姻制度と生殖との関係についての議論

(1) 新憲法が予定する婚姻制度と生殖

憲法は、婚姻と生殖の関係をどのように考えているのか。一部の人の素朴な意識においては、婚姻を生殖と結びつける考えも存在し、為政者はそれを強調することがあるので、以下、憲法の予定する婚姻制度と生殖との関係を述べておく。

ア 現行婚姻制度における生殖保護の位置づけ

憲法の基本原理である「個人の尊重」の理念からは、人がパートナーと子をもうけ育てることは、人間らしい「生」の選択の一つのあり方であり、また、社会の関心事として、異性であれ同性であれ十分保護と尊重に値する。そもそも、子どもは、一個の人間として成長し発達する固有の権利を有し(最高裁判決昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁)、そのために大人による保護と愛着関係を必要とする存在

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

であり、親密関係を築く二人の大人が協力し愛情をかけて養育するという環境によく馴染む。その意味で、子の養育は婚姻の重要な役割の一である。憲法と民法が、婚姻制度の重要な役割の一つとして生殖や養育を予定していることは疑いない。

しかし、生殖は婚姻のすべてではない。

婚姻は、生殖以外に、「性的愛着、道徳的感情、子の保護、实际的効用、経済的連帯、世間並みの習慣、秘蹟」といった「あまたの要素」をもつ複合的的制度である(甲 A170 青山道夫「家族法論」(法律文化社, 1958)63 頁最後から 2 行目以下)。憲法 13 条の「個人の尊重」の見地からは、これらのいずれを体現する婚姻も生き方として尊重されねばならず、「国家の法律が婚姻制度として規律する場合には、婚姻の持つこれらの諸要素を全般的に、総合的に考察することが必要」なのである(甲 A170・64 頁 1 行目)。

イ 婚姻制度の目的を生殖保護に求める主張は、人々の意識に乖離していること

(ア) 二宮意見書(甲 A145)で紹介されているように、各種調査において、結婚と生殖・子育てを結び付ける回答は低下傾向にある。

まず、NHK「日本人の意識調査」(2018 年)によると、「結婚したら、子どもをもつのが当たり前だ」は 54% (1993 年) から 33% に減少し、「結婚しても、必ずしも子どもをもたなくてよい」は 40% (1993 年) から 60% に増加している。

また、国立社会保障・人口問題研究所「第 6 回全国家庭動向調査」(2018 年)によると、「夫婦は子どもを持ってはじめて社会的に認められる」は、35.8% (2008 年) から 24.7% (2018 年) に減少している。妻の年齢別に見ると、40 代 15.7%, 30 代 9.9%, 20 代

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

7.8%であり、若い世代ほど、賛成の者が著しく少なくなる。

このように、現在の人々の意識としても、規範意識としての婚姻と生殖・子育ての結びつきは相対的に低下している。

(イ) また、結婚のメリットに関する人々の回答においても、生殖・子育ての占める地位は低下している。

まず、国民生活白書(2004年)の「結婚の良い点・メリットは何か」(あてはまるものすべて)によれば、未婚者・既婚者とも「家族や子どもを持てる」(58.2%, 63.5%), 「精神的な安定が得られる」(54.3%, 61.9%), 「好きな人と一緒にいられる」(58.0%, 57.7%) が突出して多い。「家庭はどのような意味を持つと感じているか」によれば、「家族の団らん」(54.9%, 63.8%), 「休息・やすらぎ」(55.4%, 57.3%), 「家族の絆を強める場」(37.6%, 50.8%) がトップ3であり、「子どもを生み、育てる場」(19.5%, 27.0%) は未婚・既婚とも9項目中6番目である。結婚のメリットとして子どもを持てることが挙げられていても、家庭を子の出産・保育の場として意義づける意識は低い。

そして、国立社会保障・人口問題研究所「第15回出生動向基本調査」(2015年)によると、女性の未婚者及び既婚者の子どもを持つ理由(複数回答可)として、a「子どもがいると生活が楽しく豊になるから」(未婚者73.3%, 既婚者78.4%), b「好きな人の子どもを持ちたい」(未婚者55.1%, 既婚者37.7%), c「結婚して子どもを持つことは自然なことだから」(未婚者39.0%, 既婚者48.7%) である。aが未婚者・既婚者共通に突出しており、cのような規範的意識よりも、生活の楽しさ、豊かさという実利が重視されていることがわかる。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

ウ 婚姻制度の目的を生殖保護に求める見解は、基本的人権の尊重・平和主義等を掲げる新憲法と矛盾すること

他方、生殖は、自然生殖であれば性的結合という当事者双方の人格に深く関わる行為を介してなされ、人工生殖も自己の分身とも言える生殖子を提供された生殖子と結合させて子を迎える行いである。いずれも、本人らの自由な意思に委ねられるべき事柄であり、婚姻したからといって当事者以外の者が生殖を強要することはできないし、仮に当事者が生殖を望んだとしても妊娠懐胎に至るかどうかは多分に生命の神秘に委ねざるをえない事柄でもある。なにより、かつて結婚が家の存続や富国強兵の道具とみなされ、女性がつらい経験を強いられた歴史を考えれば、国が婚姻制度の意義・目的を生殖・子育てに単純化することは、人々の人生の選択が為政者の都合のよい政策目標に利用されるおそれがあることを深く自覚する必要がある(二宮意見書19頁)。

エ 小括

このように考えると、婚姻の「目的」を生殖に単純化し、婚姻の要件や効果を生殖に結びつける考えは、すべての国民が個人として尊重されるという憲法の基本原理といかにも相容れない。憲法と、憲法の理念にそって改正された現行民法は(民法2条参照)、婚姻制度の「目的」を、個人の尊厳と両性の本質的平等の観点から当事者間の共同生活を規律し保護することにおき(二宮意見書9頁下から11行目, 12頁最終段落)、そのことをとおして、子の育成・保護を含むさまざまな婚姻の機能が間接的に保護される。それが、憲法の基本原理にもっとも整合的な解釈である。

婚姻が対等な当事者の自由意思の上に築かれ、その解消時も含め、

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

両当事者の実質的平等が確保されることで、当事者の関係は安定し、個人の尊厳と両性の本質的平等の理念を体現する家族が形成される。そのことを通して生殖も養育もそれ以外の機能ももっともよく果たされる。(甲 A16 新版注釈民法(21)157 頁下から 9 行目以下同旨)。憲法と現行民法は、婚姻を、このように懐深い多元的・複合的制度として構想したのである(甲 A170 青山道夫「家族法論」(法律文化社, 1958)63 頁最終行以下)。

(2) 改正民法における婚姻制度と生殖

以上の整理は、民法上の規定とも合致する。

民法は、婚姻の要件として、当事者の合意による婚姻の成立を原則とし(二宮意見書 29 頁)、未成年の子の婚姻に対する父母の同意(民法 737 条)を除いて、婚姻適齢(731 条)、重婚禁止(732 条)、女性のみ再婚禁止期間(733 条)、近親者間の婚姻の禁止(734 条)という要件を満たす場合には、自由に婚姻をすることを保障する(2022 年 4 月 1 日より成年年齢が 18 歳となることに伴い婚姻適齢も男女とも 18 歳となり父母の同意は完全に不要となる)。認知症や障害等により、判断能力が欠けるのが通常の状態にある成年被後見人でも、意思能力がある状態なら、婚姻の自由が保障される(同上、民法 731 条ないし 741 条)。

婚姻の無効原因及び取消原因に、生殖能力の有無や生殖の有無の定めはない(同 742 条ないし 749 条)。婚姻の効力として生じる義務についても、生殖に関する定めはなく(同 752 条)、離婚事由にも、生殖に関する定めはない(770 条)。他方、法的親子関係の規律は、婚姻とは別の章に規定され、婚姻とは切り離されて整理されている。

このような民法の規定は、民法が婚姻の目的を生殖に単純化する立場に立たず、憲法の理念・要請を体現する家族が実現することによっ

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

て生殖を含むさまざまな役割がよく果たされることを期待していることを示している。

(3) 現行民法における生殖と婚姻にかかる学説

現行民法に関する学説も、生殖と婚姻との関係について、以下のとおり、旧民法及び明治民法の学説と同様に論じる（下線部は原告ら代理人による）。

泉久雄『親族法』51頁は、「子の出生は婚姻の本質と密接に結びついているけれども、婚姻に不可缺の目的ではない・・・婚姻の本質である夫婦の結束(固い結合)は生殖(行為)がなくても可能であ[る]」と述べている。

また、上野雅和教授は、1989年刊行の『新版注釈民法(21)〔補訂版〕』で、「現在では、夫婦が子を産み育てることは、社会通念上期待されてはいても、法的に要求されているとはいえない。」「生殖と子の養育は婚姻の一つの主要な目的ないし役割ではあっても、生殖を目的としない婚姻も法律上有効な婚姻である」と指摘し、これに続いて、「このように、婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われると、婚姻の成立及び維持についての社会的利益も重要性を減じ、婚姻法は主として夫婦の個人的利益の保護を目的とするものになる」、「個人がこれらの（婚姻による）利益享受のために婚姻関係の形成の承認を求めてきたとき、男女の結合であれば、生殖や性関係の可能性がなくても、さらに臨終婚のように、共同生活の可能性すらなくても、婚姻法的利益を付与しながら、同性間の結合であれば、生殖能力の点を除けば夫婦の実質を伴っていても、婚姻法的利益の付与を拒否する合理的根拠があるのか」と述べ（甲 A16 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)〔補訂版〕』（有斐閣、1989）178頁〔上野雅和〕179頁）、生殖の能力や意思を問題

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

にして同性間の婚姻を否定する議論に強く疑問を投げかけている。

二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』69頁〔二宮周平執筆部分〕
(甲 A43)も、「婚姻の意義、目的は、出産や子の養育などではなく、
パートナーとの人格的結びつきの安定化に見い出されるようになる」
としている。

(4) 被告が引用する民法学説（被告第2準備書面11頁）について

被告は、中川善之助（乙9）、我妻栄（乙10）、大村敦志（乙11・乙12）等の民法学者の文献を引用し、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的である旨を主張する。

中川善之助や我妻栄といった高名な民法学者であっても、「異性愛規範」の限界から逃れることができていなかったことは後述するが、ここでは、婚姻制度の目的と生殖との関係の観点から反論する。

婚姻意思について、中川善之助は「その社会において婚姻と見られる生活共同体を形成しようとする意思」と定義し、我妻は「その社会で一般に夫婦と考えられているような男女の精神的・肉体的結合」を成立させる意思と定義する。ここにおいても、カップルが生殖を望むか否かは婚姻意思とは無関係とされており、かえって「生活共同体」「精神的・肉体的結合」といった親密関係に相当する言葉が用いられている。

また、被告は、大村敦志『家族法（第3版）』（乙12）において大村教授が、「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる」という見解を述べるものであると整理するが（被告第2準備書面11頁）、正確には、同教授は、この直前に「二人の人間が共同生活を営むという点のみに着目

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

すれば、その二人が異性であるか同性であるかは必ずしも重要ではないかもしれない。」とも述べているのであって、法律上の同性カップルを婚姻制度から排除することに合理性があるとの持論を述べているものではない。

5 裁判例で示された婚姻制度の目的に関する裁判所の理解

(1) 札幌地裁判決における婚姻制度の目的

令和3年3月17日、札幌地裁は、同性カップルの婚姻を認めない民法・戸籍法は憲法14条1項に反すると判断した(甲A171, 以下「札幌地裁判決」という)。

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

その上で、札幌地裁判決は、現行民法・戸籍法が「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対して、法的保護を与えることを重要な目的としていると解することができる」とする一方で、「現行民法は、子のいる夫婦といない夫婦、生殖能力の有無、子を作る意思の有無による夫婦の法的地位の区別をしていないこと、子を産み育てることは、個人の自己決定に委ねられるべき事柄であり、子を産まないという夫婦の選択も尊重すべき事柄といえること、明治民法においても、子を産み育てることが婚姻制度の主たる目的とされていたも

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

のではなく、夫婦の共同生活の法的保護が主たる目的とされていたものであり（認定事実(3)ウ）、昭和22年民法改正においてこの点の改正がされたことがうかがわれないこと（認定事実(5)ウ）に照らすと、子の有無，子を作る意思・能力の有無にかかわらず，夫婦の共同生活自体の保護も，本件規定の重要な目的であると解するのが相当である」と判示した（下線部は原告ら訴訟代理人）。

札幌地裁判決は、婚姻制度の目的として「夫婦の共同生活自体の保護」を挙げ、婚姻制度が有する生殖・養育保護の機能を求めない当事者をも保護の対象としている。このように、婚姻制度の目的が生殖保護に単純化されないのは明らかである。

また、札幌地裁判決は「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係」の保護をも目的として挙げる。子を産み育てながら共同生活を送ることは、夫婦の共同生活の一態様である。したがって、「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係」の保護という目的は、「夫婦の共同生活自体の保護」という目的に包摂される関係にある。ここでいう「共同生活」が親密関係を指すことは言うまでもない。このように、札幌地裁判決は、婚姻制度の目的を親密関係の保護と解している。

このように、札幌地裁判決は、婚姻制度を、婚姻制度の有する生殖・養育保護の機能を求めるカップルもそうでないカップルも等しく、その親密関係を保護の対象とするインクルーシヴな制度として理解している。

(2) 最高裁判例における婚姻制度の目的

最高裁も、有責配偶者の離婚請求事件や夫婦別姓訴訟判決において、その判断の前提として婚姻制度の目的に言及している。これらの事件

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

において、最高裁は、婚姻制度の目的は親密関係の保護にあると述べており、生殖保護に単純化していない。

ア 有責配偶者の離婚請求事件判決

最大判昭和 62 年 9 月 2 日民集 41 卷 6 号 1423 頁 (甲 A172)は、有責配偶者からの離婚請求の可否に関し、「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにある」と判示した。

「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」は、原告らが言うところの親密関係に他ならない。すなわち、最高裁は、婚姻の本質は親密関係にあることを明らかにしており、生殖には一切言及していない。

イ 夫婦別姓訴訟判決 (令和 3 年 6 月 23 日)

夫婦同氏制の合憲性が争われた最大判令和 3 年 6 月 23 日判例タイムズ 1488 号 94 頁 (甲 A173)では、婚姻制度の目的に関し、各裁判官より見解が表明された。

例えば、三浦守裁判官は、意見において、「婚姻は、その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択であり、個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つである」(下線部原告ら訴訟代理人)と述べ、カップルが生殖をするか否かの選択について言及していない。

また、宮崎裕子、宇賀克也の両裁判官は、反対意見において、「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的に認められた人間の営みであり、私たちは、原則として、憲

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

法24条1項の婚姻はその意味と解すべきであるとする(下線部原告ら訴訟代理人)と述べ、婚姻制度の保護の対象を「終生的共同生活を目的とする結合」すなわち親密関係としている。

6 おわりに

このように、明治民法以来、婚姻制度の目的は二人の当事者の親密関係の保護にあると解釈されてきた。婚姻制度の重要な役割の一部として生殖や養育が予定されていることは否定しないが、それらはあくまで重要な役割の一部でしかない。婚姻制度を生殖とのみ結びつける被告の考え方は、自由意思に基づく婚姻・夫婦の対等平等という近代的婚姻の基本原則と相いれず、新憲法制定や民法改正後においてこれを採用する余地は一切ない。このことは、戦後憲法学及び民法学の学説、各最高裁判例・下級審裁判例によって確認されている。

以上より、婚姻制度の目的は二人の当事者の親密関係の保護にあるのであり、婚姻制度の目的を生殖と結びつけて婚姻は男女間のものに限られるとの被告国の主張は、失当である。

第3 「異性愛規範」には何ら正当性・合理性がないことが社会の普遍的な認識となったこと

1 はじめに

被告は、「婚姻関係は伝統的に生殖と結びついて理解されていたために男女間に成立する関係と考えられてきた」と主張するが、近代日本の法制に、生殖の能力から婚姻制度が及ぶ範囲を決する伝統など存在しないことは、第2で述べたとおりである。

では、明治民法で婚姻が法律上の男女の制度とされ、1947年の民法改正でもそれが変わらなかったのは何故か。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

それは、以下のとおり、いずれの法制の制定時も、「異性愛」だけを自然・正常とし、同性愛を含むそれ以外の性愛を病理・不自然で異常なものあるいは未熟なものとする「異性愛規範」が社会全体で共有され、法律上の同性間の親密な関係や共同生活は、およそ法的保護を及ぼすべき対象として意識されることがなかったからである。しかし、「異性愛規範」はもはや正当性・合理性を完全に失っており、そのような差別・偏見に基づいて法律上同性のカップルを婚姻制度から排除することは許されない。

以下では、同性愛者を婚姻制度から排除する規範とその変化に焦点を当てて、この点を詳述する。なお、トランスジェンダーを婚姻制度から排除する規範とその変化については別稿で詳しく述べる予定である。

2 同性カップルを婚姻制度から排除する規範とその変化

(1) 同性愛に対する差別・偏見と「異性愛規範」

ア 旧民法及び明治民法制定時

世界でも、日本でも、同性同士の性愛や親密な関係は歴史上さまざまな表現・記録中に認められ、同性愛を受容し、時には理想化する文化も存在した。明治初期日本でも、男性、特に男子学生間の性的行為を含む関係である「男色」(なんしよく)を「智力」「大志」に結びつけて理想化する考えが存在し、これとは逆に「醜い行い」「世界の笑いもの」とする見方と並立していた(甲 A174 風間・赤枝意見書 4 頁～6 頁(以下、甲 A174 を「風間・赤枝意見書」という。))。

しかし、男性間の性行動を処罰の対象とする鶏姦条例の制定(1872年)もあって、やがて男色を「悪習」として否定する見方が支配的となり、旧民法(1890年)も明治民法(1898年施行)も、このような社会

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

的認識のもとで策定された。そこでは、同性間の親密な関係を家族として保護すべきかどうかを検討される余地はなかった。

それは、

① 明治民法の起草委員であった梅謙次郎は、「外国の法律中には、往往当事者双方共に男子なるか又は女子なる場合に於ては、婚姻無効なることを云へると雖も、是れ固より言ふを俟たざる所なり。蓋し婚姻とは男女間の関係を定むるものなるが故に、男子間又は女子間に於て婚姻なるものあるべからざるは言はずして明かなり。故に我民法に於ては之が規定を設けず」(甲 A175 梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編』(有斐閣書房, 1899)118 頁)と記している。

② 法典調査会委員だった奥田義人も、「婚姻は男女の自由の意思に基く結合ならざる可からず、是れ婚姻の性質上当然言ふを俟たざる所を以て、本法は別に明文を以て之を規定することなく」(奥田義人『親族法論』(有斐閣書房, 1898) 111 頁)と述べている。

これらは、まさに、「結婚は男女間で成り立つ」という「素朴な形の異性愛規範」のあらわれであり、1898年(明治31年)の明治民法は、この「異性愛規範の萌芽」ないし「素朴な形での異性愛規範」を確立させる役割を果たしたのである(風間・赤枝意見書6頁1行目及び下から4行目, 8頁~9頁「まとめ」)。

イ 「異性愛規範」の確立

その後、1900年代になると、一方では、「高等女学校令」(1899年)にみられる女性の中高等教育の進展や「恋愛」概念の広まりといった社会の変化の中で、男女の恋愛・交際が結婚につながる価値あるものとして雑誌等でとりあげられるようになった(赤枝・風間意見書7頁から8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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

他方、ドイツの精神科医であるリヒャルト・フォン・クラフトエビングの「Psychopathia Sexualis [性的精神病質] (1886)」が、日本に「色情狂編」(法腎学会, 1894, 『裁判医学雑誌』1891-95年)(甲 A176), 「変態性欲心理」(1913年)等のタイトルのもと紹介・刊行されるなど、西欧の性科学が翻訳・紹介され、日本社会で「性慾學」が流行した。

当時の性科学者である澤田順次郎と羽太鋭治の『変態性欲論』(1915年)は、同性間の性欲を「性欲本能の倒錯」「正常ならざる性欲」を意味する変態性欲のひとつとし、「不自然な性欲」、「一種の伝染病」であり、「社会を破壊」するものと論じた(羽太・澤田『変態性欲論』11頁)。

1920年前後には、「変態心理」、「性之研究」、「変態性欲」といった多数の一般向け雑誌が刊行されて通俗的性欲学が流行し、同性愛は、文字どおり変態性欲として興味本位で描かれた(風間・赤枝意見書9頁以下)。

ウ 女性間同性愛の可視化(風間・赤枝意見書第3章)

日本で女性間の同性愛が可視化されたのは、20世紀に入ってからである。1900年代頃から、女学生等の親密な関係が新聞・雑誌等で報じられ、1911年に起きた女学校卒業生同士の心中事件が報道されることで広く知られるようになった(風間・赤枝意見書15頁「1」3行目)。

1920年代には、女性同士の親密な関係を賞賛し、異性に対する愛とも、男性同性愛とも異なる「純粋な霊的な愛」として擁護するものもあったが(風間・赤枝意見書20頁下から3行目)、同性愛に「先天性(真性)」と「後天性(仮性)」の二種別があるという、クラフト・エビングやハヴロック・エリスなど、当時の西洋の性科学の考え(科学的根拠は必ずしも明白でなく多分に恣意的で曖昧なものであった)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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

輸入されると、これが女性同士の親密な関係に当てはめられ、女学校時代の同性愛は一時的で模倣的なもの（「仮の同性愛」）で無害であるが、成人女性の同性愛は永続的で、より深刻なもの（「真の同性愛」）とみなされた（風間・赤枝意見書 23 頁）。

さらに、1930 年代になると、女性同士の心中事件が、猟奇的あるいは病理的事件として報じられ、当事者を「変態」視する論調が強まり、女性における同性愛が異性愛に比べいかに劣っているものか一方的に断定する論調（同意見書 25 頁 2 行目）、同性愛を「自己愛－同性愛－異性愛」という性欲心理の発達段階の途中で止まっている「精神の異常傾向者」（同意見書 27 頁 1 行目）、「一種の小児病」（同意見書 27 頁第 2 段落）とみなす論調が見られるようになった。

このように、女性の同性愛は、異性愛の前段階の「未熟な」関係、いずれ卒業し「異性愛」に至るべきものとされた点で男性の同性愛と異なる点があるが、「異性愛」こそ自然で正しいあり方とみなす「異性愛規範」が前提となっている点では同様であった（以上全体につき、風間・赤枝意見書 15～30 頁）。

エ 小括

こうして、同性間の性愛を病理・倒錯あるいは未熟な成長段階とみなす「異性愛規範」が、社会全体で共有された（風間・赤枝意見書 9 頁～11 頁、6 頁 6 行目）。医学・心理学だけでなく、法律専門家や司法、立法、行政分野の専門家・実務家の間でも、同性愛を「変態」「異常」として侮蔑や嘲笑の対象とする意識が社会の共通認識となり、社会の慣行や法制度も異性愛だけを自然で正常とする「異性愛規範」に立脚して形成されたのである。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

(2) 新憲法制定・民法改正時も「異性愛規範」が強固であったこと

ア 戦後の民法改正

新憲法が制定され、民法が改正されたのはこのような状況のもとである。改正民法は、家制度の桎梏を排し、婚姻の自由という近代的婚姻の基本原則を徹底させた(二宮意見書1(3)末尾, 10頁13行目以下)。人と人は性的指向や性自認の違いによってその尊厳に違いはなく、人の性的指向や性自認が多様であることを知る現代の我々からすれば、個人の尊重という憲法の基本原則のもとでは、婚姻の自由は、家制度の桎梏のみならず、「異性愛」だけを正常とする「異性愛規範」の桎梏からも解放されてしかるべきであった。しかし、1947年当時は、欧米でも、同性愛を精神病理とする認識が未だ支配的であり、「異性愛」だけが人間の性の正常なあり方であるという通念を問う科学研究は、まさに緒に就こうとする時代であり、日本では、なおさら知られていなかった。新憲法に基づいて婚姻の自由を拡大した民法改正も、「異性愛規範」の限界からは逃れることはできず、同性間の親密な関係や共同生活を家族として法的に保護することは、検討対象とすらされなかったのである。

その結果、たとえば、中川善之助は、『日本親族法』(1942年、日本評論社) (甲 A177)で、婚姻意思の概念を論じる中で、「学問を妻とするとか、書籍を配偶者とするとかいふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻といふ如きが婚姻的法律要件としては否認されなければならない」と切って捨て(同書189頁)、『当然無効なる婚姻』の概念を説明する中で、いわゆる同性婚を「かかる変態関係」と表現する(同書214頁)。同性間の婚姻は、「一片の比喩」の類、「変態関係」であり、およそ法的保護を論ずべき問題とは意識されていない。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

戦後、中川善之助は、1947年の民法改正に関わる司法法制審議会委員となったが、1958年の同『親族法 上巻』(青林書院)でも、ほとんど上記と同じ表現を繰り返している(甲 A178 158~159頁)。

同じく司法法制審議会委員であった我妻栄も、同『親族法』(有斐閣, 1961)で、「婚姻をする意思(婚姻意思)とは、夫婦関係を成立させるという意味である。しからば、夫婦関係とは何か、といえ、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・肉体的結合というべきである」と述べ(甲 A179 14頁)、「同性間の『婚姻』はこの意味では婚姻ではない」と註記した(同書 18頁 註(1))。

被告は、中川善之助(乙9)や我妻栄(乙10)等の民法学者の文献を引用して、婚姻の当事者は男女であるとの理解が一般的である旨を主張する(被告第2準備書面 11頁)。しかし、これは、明治生まれの民法学者も「異性愛規範」の限界を逃れることができていなかったことを示しているにすぎず、現時点においても婚姻の当事者は法律上の男女であるとの理解が一般的であることにはならない。

イ 性的少数者が声をあげることが困難という特殊事情の存在

新憲法制定と民法改正がなされた1947年当時、わが国にもたくさん同性愛者・トランスジェンダー等の性的少数者が暮らしていた。しかし、そのほとんどは、社会の偏見の中で、自分が周囲と異なることに気付いても、それが何を意味するのかさえ認識する術がなく、悩み苦しむ、孤立し、一部を除いてほとんどが「クローゼット」として生きることを強いられ、人権をもとめて声をあげることが到底困難であった。社会には、同性愛を異常視する誤った偏見と差別の意識が、一般大衆から専門家に至るまで広く共有され、憲法制定や民法改正にあたった国会議員、法律家、行政官といった人々もその例外ではあり

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

えなかった(風間・赤枝意見書65頁)。憲法がすべての国民が個人として尊重されることを謳っても、これらの人々の存在と彼ら彼女らが直面する困難は顧みられず、その共同生活が法的保護の対象として議論されることはなかったのである。

なお、札幌地裁判決は、我が国においては、いわゆる同性婚は、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理由について、「同性愛は、明治民法下においては、変質狂などとされた精神疾患の一種とされ、これは治療すべきものであり、また禁止すべきものとされていたのであり(認定事実(2))、昭和22年民法改正がされた頃以降においても、同様に精神疾患とされ、治療すべきもの、禁止すべきものとされていたものであること(認定事実(4)ア～ウ)からすれば、同性愛とは精神疾患に罹患した状態であり、同性愛者間において婚姻を欲したとしても、それは精神疾患が原因となっているためであって、同性愛者間においては社会通念に合致した正常な婚姻関係を営むことができないと考えられたことから、法令によって禁止するまでもないとされたものと解される。」と述べ、同性愛に対する差別・偏見のゆえに法律上の同性カップルの婚姻が認められなかったと認定する¹。

(3) 「異性愛規範」が正当性と合理性を失ったこと

法律上の同性カップルが法的保護の外におかれる原因となった「異性愛規範」は、現在では、その正当性・合理性を完全に失っている(風間・赤枝意見書第3章〔38頁〕及び終章2項〔65頁〕、甲A7の2、6頁以下、甲A180 河口意見書)。

¹ なお、札幌地裁判決は、トランスジェンダーの原告がいなかったため、同性愛に絞った判示をしている。

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

すなわち、キンゼイ(1948, 1953), フォードとビーチ(1951), フッカー(1957)らとその後継者らの各研究は、同性愛が人の性の自然なあり方の一つであり、これを精神疾患として扱う医学的根拠が無いことを実証的に明らかにし、同性愛当事者らによる人権獲得運動が高まる中で、1973年のアメリカ精神医学会における「同性愛そのものは精神疾患として扱わない」旨の決定とDSM改訂、1975年のアメリカ心理学会の「同性愛それ自体は・・・障害を意味しない」「長きにわたり同性愛的性的指向に結びつけられてきたスティグマを率先して取り除くことを全ての精神保健専門家に促す」との決議(甲A3の1, 甲A3の2)、さらにWHOのICDの改訂となって結実した(以上、訴状38頁以下と引用の各書証参照)。

また、1990年代以降、性的指向や性自認によって人を差別し基本的権利を否定することは許されず、あらゆる暴力と差別が一掃されなければならないことが国際人権法上の共通認識となった。いまや、「性的マイノリティの権利保障は、国連の人権施策における主流に位置づけられている」(甲A121 日本学術会議「提言 性的マイノリティの権利保障をめざして—婚姻・教育・労働を中心に—」4頁, 甲A181 谷口洋幸意見書)。

「異性愛」だけが自然で正しい性のあり方とする「異性愛規範」は、科学的にも、法的にも、正当性と合理性を完全に失ったのである。

なお、札幌地裁判決は、「平成4年頃までには、外国及び我が国において、同性愛は精神疾患ではないとする知見が確立したものといえ(認定事実(6)ア, イ)、さらに、性的指向は、人の意思によって選択・変更できるものではなく、また後天的に変更可能なものでもないことが明らかになったこと(認定事実(1)ア, (6)ア, イ)からすると、同性愛が精神疾患であることを前提として同性婚を否定した科学的、医学的

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

根拠は失われたものということができる。」と述べている。

(4) 小括

このように「異性愛規範」は、明治後期に確立した後、新憲法制定及び民法改正後も存続し続け、二人の当事者間の親密関係の保護を目的とする婚姻制度を不徹底なものとしてきた。しかし、すでに見たとおり、近年、「異性愛規範」は正当性と合理性を完全に喪失し、保護対象とする親密関係を法律上の異性カップルに限定する根拠は失われた。

3 性的マイノリティの家族形成全般について議論の変化

被告は、現行民法改正後の同性婚に関する議論の状況に照らせば、現在においてもなお、婚姻の当事者は法律上の男女であるとの理解が一般的であると主張する(被告第2準備書面11頁から12頁)。しかし、被告が引用する学説が前提としていた「異性愛規範」がもはや正当性・合理性を有しないことは、前述のとおりである。さらに、以下のような、国際的な動向や国内の動向を踏まえれば、婚姻の当事者は法律上の男女であるとの理解が一般的であるとの被告の主張が失当であることは明らかである。

(1) 法律上の同性カップルの婚姻を認めている国の増加

世界の30近い国・地域で同性同士の婚姻が認められ、アジアでも、台湾では、2017年5月24日の大法官解釈に基づき、2019年5月同日、婚姻の自由と平等が実現した(訴状101頁から105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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

(2) 自治体における同性カップル尊重の動き

日本では、2022年1月4日の時点で、いわゆる同性パートナーシップ制度を導入した自治体は全国147に達し、これらの総人口は日本全体の人口の4割を超えている(43.8パーセント)。

2019年7月1日には、都道府県で初めて、茨城県においてパートナーシップ要綱が施行された。茨城県知事は、「扱う問題が基本的人権に関わり(甲A182の2~3頁)、性的マイノリティの方々の置かれている深刻な状況を鑑みれば、一刻の猶予もするべきではない(甲A183の4頁)」と述べ、法律上の同性カップルへの法的保護が急務であることを指摘した。茨城県は、同制度に基づいて宣誓書を提出したカップルに関して、県内44市町村に対し、公営住宅の入居の手続などで戸籍上の家族と同等の取扱いを受けられるように呼びかけをしている(甲A184)。

その後、大阪府や三重県、群馬県、佐賀県でも同様の制度が実現した。このように、パートナーシップ制度を導入する自治体は急速に増加しており、日本の総人口の43%を超える人々が、法律上の同性カップルを家族と認める自治体のもとで暮らしているのである。

(3) 企業社会・経済団体・弁護士会等の動き

2018年9月19日には、在日アメリカ商工会議所(ACCJ)が、日本政府に対して同性カップルへの婚姻の権利を認めるための提言(甲A122)を行い、同提言には在日オーストラリア・ニュージーランド商工会議所(ANZCCJ)、在日英国商工会議所(BCCJ)、在日カナダ商工会議所(CCCJ)及び在日アイルランド商工会議所(IJCC)が共同声明に加わった(甲A123)。その後、在日デンマーク商工会議所(DCCJ)も指示を表明するに至った(甲A124)。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

2019年2月14日には、日本組織内弁護士協会(JILA)が、日本において同性カップルの婚姻の権利を法律上認めるべきとの提言を行った(甲 A127)。同提言は、同性間の婚姻を社内規程上は婚姻と認めて福利厚生等において異性間の婚姻と同様に取り扱う日本の企業も現れ始めているところ、このような私企業の支援は、同性カップルの婚姻の権利の問題が「基本的人権の問題であるという理解が根底にあるから」と指摘している。

2019年7月18日、日本弁護士連合会は、同性の当事者による婚姻に関する意見書を発表し(甲 A111)、その中で、同性間の婚姻が認められていないことについて、憲法13条、14条に照らして重大な人権侵害であり、憲法24条は同性間の婚姻を法律で認めることを禁止していないことを述べたうえで、国は同性間の婚姻を認め、これに関連する法令の改正を速やかに行うべきであるとの意見を表明している。

2020年11月18日には、パナソニック、日本コカコーラ、KDDI、資生堂等の企業が賛同して、日本でいわゆる同性婚の法制化を求めるビジネス分野でのキャンペーン(Business for Marriage Equality)がスタートした。プレスリリースに出席したパナソニックの三島茂樹執行役員は「グローバル企業として日本が同性婚を認める国でなければいけないと未来志向で考えた」と話している。2021年12月1日時点で、同キャンペーンには200の企業・団体(従業員数合計1,275,889人以上)が賛同を表明している。

(4) 同性カップルに法的保護を与えようとする判決等の存在

1994年から日本人の同性パートナーと同居し共同生活を送ってきた台湾籍男性に対するオーバーステイによる退去強制処分に対し在留特別許可を求めるための退去強制令書発付処分等取消請求訴訟(甲

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

A58, 59)につき, 被告の国が処分取消し及び在留特別許可を下すこととなり, これを受けて原告が訴えの取下げを行ったことによって同事件は終結した(甲 A60)。被告による上記措置は, 当該同性カップルが「日本人の配偶者等」と同様の実情にあると被告が認めたことを前提としなければ説明ができないものである。

また, 2019年9月18日に言い渡された宇都宮地裁真岡支部の判決では, 「同性カップルであっても実体に応じて一定の法的保護を与える必要性は高い(甲 A35の1 13頁)」と判示する判決を下し, 2020年3月4日に言い渡された東京高等裁判所の控訴審判決(甲 A35の2)も, 「男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあった」と認定し, 両当事者が「少なくとも民法上の不法行為に関して, 互いに, 婚姻に準じる関係から生じる法律上保護される利益を有する」として一審の結論を維持した。司法でも, 法律上の同性カップルに対して家族としての保護を与える方向の判断が現れている。

(5) 社会における「同性婚を採用すべきだ」という声

「同性婚」について, 数多くの世論調査がなされているが, 2019年9月13日に発表されたアンケート結果では, 69.5%にも上る人がいわゆる同性婚を法律で認めることに賛成している(甲 A133, 甲 A185)。

国立社会保障・人口問題研究所の「第6回全国家庭動向調査」(49頁, 甲 A186)によれば, 配偶者のいる女性を対象にした調査では, 同性カップルについて「なんらかの法的保障が認められるべきだ」75.1%, 「男性どうしや, 女性どうしの結婚(同性婚)を法律で認めるべきだ」69.5%と高い割合での回答がある。

また, 2020年3月から4月にかけて朝日新聞と東京大学の谷口将紀

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

研究室が行った全国 3000 人の有権者を対象にした調査では、自民党支持層においても、いわゆる同性婚に「賛成」「どちらかと言えば賛成」と答えた賛成派は、2017 年の 17%から、今回は 41%に増加し、「反対」の 29%を明確に上回っている（甲 A128）。

国内でも、同性同士の関係に家族としての法的保護を与えるべきであるとの認識・理解が既に定着している。

(6) 国政でのセクシュアル・マイノリティの差別・偏見を除去しようとする動き、それに伴う法律上同性カップルの保護

性的指向・性自認による差別は許されず差別解消の具体的な措置が必要であることにつき、与野党を問わずコンセンサスが形成されている。自由民主党は、2018 年、党内及び超党派での議論に基づき、「議論のとりまとめ」（甲 A187）と「性的指向 性自認の多様なあり方を容受する社会を目指すためのわが党の基本的な考え方」（甲 A188）を発表し、性的指向・性自認を理由に当事者がさまざまな困難に直面し、社会の理解を促進し、直ちに行うべき施策に着手すべきことが指摘されている。

2016 年には、当時の民進党、共産党、社民党、生活の党が「性的指向・性自認による差別解消法（案）」を国会に提出し（甲 A189）、2017 年の衆議院選挙では自民党・公明党を含む 6 党が公約に LGBT 施策を明記するに至っている。

さらに、法律上の同性カップルの婚姻の法制化についても、2019 年 8 月、野党 3 党（立憲、共産、社民）がいわゆる同性婚の法制化のための法案を国会に提出し（甲 A84）、日本維新の会も同性婚法制化を党の政策とした（甲 A85）。同年 11 月に開催された院内集会には、自民・公明・立憲・国民・共産・社民・無所属など文字どおり超党派の与野

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

党議員が多数参加して同性婚法制化を支持する意見表明をしている。

民法の相続法改正をめぐる議論の中でも、2018年7月3日、大村敦志教授が、参議院法務委員会に参考人として招致され、「LGBTに限らず、日本社会には様々なマイノリティーが存在する。包摂した形で社会を築き上げていくということが二十一世紀に必要なことなんだろうというふうに思っています(甲 A79 10頁)」と述べ、同性同士の関係性に何等かの保護を与え、包摂していくことが必要であると答えている。

このように主要政党が、そろって性的指向・性自認による差別が許されないことを政策の基本とし、いわゆる同性婚の法制化についても、自民党が慎重な姿勢をとっているものの、同党支持層を含む有権者の間では急速にコンセンサスが形成され、自民党内でもそれに呼応する動きが少しずつ増えている。

2020年(令和2年)1月30日、第201回国会・参議院予算委員会において、法務大臣の森まさこ氏は、同性同士の婚姻を認めるか否かに関する石川大我議員の質問に対し、「今の現状の制度、それがずっと続くとか、それが絶対に完璧であるとかいうふうに申し上げているつもりはございませんで、ここの国会の御議論や国民の皆様のお声にしっかりと耳を傾けて、時代の流れや様々な要請に応じて見直していくということは重要でございます」と答弁している(甲 A190)。

(7) 小括

もはや、国民の意識や国政の動向から見ても、法律上の同性カップルが婚姻の法的保護に値しないという理解が一般的であるなどということは到底できない。人の性は多様であり、性的指向や性自認による差別や人権の否定は許されないことは、国、自治体、企業社会を含

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

めたコンセンサスであり、差別解消への努力が進んでいる。そして、婚姻がその例外ではありえないとの理解も急速に広がっている。国の法律だけが立ち後れているのである。

法律上の同性カップルは、婚姻を切実に求め、社会もそれに呼応し、婚姻の当事者が男女に限るとの理解は明確に否定され、現在においては、婚姻の当事者は男女にとどまらないことが普遍的認識となっている。

なお、上記のような変化にもかかわらず、国民の中には、法律上の同性カップルの婚姻に対する否定的な意見や価値観を持つ者もいると思われる。しかし、こうした事情は、性的指向・性自認による区別取扱いを解消することを要請する国民意識が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうこと、外国において同様の状況にあること等を踏まえれば、現行民法・戸籍法が法律上の同性カップルを婚姻制度による保護の対象としていないことの合憲性の判断においては、斟酌されるべきではない。なぜなら圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、法律上の同性カップルが、婚姻制度による保護を受け得ないとするのは、法律上の異性カップルと比して、自らの意思で性的指向・性自認を選択したのではないマイノリティの保護にあまりにも欠けるといわざるを得ないからである。(札幌地裁判決第3の3(3)キ(イ)参照)

4 まとめ

被告は、明治民法・現行民法において、婚姻が生殖と結びついて理解されそのために男女の制度とされてきたなどという「伝統」論を持ち出し、婚姻の当事者を男女に限定する本件規定の正当化を試みる。

しかし、本書面で論じたように、被告の主張する「伝統」は、歴史

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

の事実にもまったく反している。明治の近代化, 敗戦後の新憲法制定等の歴史を踏まえれば, 婚姻制度の目的は, 生殖の保護に単純化されず, 二人の当事者の親密関係の保護だと解されてきた。

さらに, これまで, 婚姻制度による保護の対象が法律上の異性カップルに限定されてきたのは, 婚姻制度と生殖との結びつきが理由ではない。同性愛やトランスジェンダーを異常・不自然な性のあり方とみなし侮蔑し, 法律上の異性カップルのみを正常・自然とする「異性愛規範」を前提としていたからである。

個人の尊重を基本原理とする現行憲法のもとでは, 「異性愛規範」は合理性・正当性を失っており, そのような偏見に基づいて婚姻の当事者を法律上の異性カップルに限定する本件規定のあり方には正当化の余地はない。

さらに, 現在では, 社会の変化に伴い, 婚姻の当事者を法律上の異性カップルのみとすることは, 人々の意識とも乖離し, 法律上の同性同士であっても婚姻することができるはずだという意識が急速に広がっている。

したがって, 法律上の同性カップルも, 直ちに婚姻制度に包摂されねばならない。

この点でも被告の主張は失当である。

第4 同性カップルも生殖・養育を行っており, 子の福祉の点から法律上の同性カップルの婚姻の法制化は急務であること

1 法律上の同性カップルも現に生殖・養育を行っていること

被告の主張は, 法律上の同性カップルは生殖や養育と無縁であることを当然の前提とする点でも誤っている。法律上の同性カップルでもカップルの間に子を持つことは法律上可能であり, 養育ももちろん可

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

能である。現に、既に多くの法律上の同性カップルが子を持ち、子を育て、家族として生活している。被告の主張はこの点でも決定的に誤っており、法律上同性の者に婚姻の保護を否定する主張の前提となる事実認識に誤りがある。

人が、人生をともにしたいと互いに思う「伴侶」ないし「パートナー」と呼べる他者と出会い、その相手と親密な関係を結んで家族となり、次世代を育むべく二人の間で子を持ち養育することを望む——私たちの経験上、多くの人がこのような望みを抱いていることは確かであろう。婚姻の役割の一つとして生殖と養育があるのは、「結婚して子どもをつくり家族を築きたい」という人の自然な欲求の一つに基礎を置いている。

有力な学説が、「婚姻は単純な男女の性関係ではなく、男女の生活共同体として子の監護養育や分業的共同生活などの維持によって家族の中核を形成する。」と指摘するのも(乙1, 甲A16 青山道夫・有地享編「新版注釈民法(21)親族(1)」157頁)、子の監護養育や分業的共同生活などの維持により家族生活を営むことが人の自然な欲求の一つの表れであることを示すものである。

そして、この欲求は、性的指向や性自認のいかんに関わらない。法律上の異性カップルであれ、法律上の同性カップルであれ、子を持ち、育てたいと望む者はいるし、現に日本でも、決して少なくない数の法律上の同性カップルが子を持ち育てている。以下、具体的に述べる。

2 生殖

(1) 法律上女性同士のカップルは精子提供により妊娠・出産しうること

法律上女性同士のカップルは、ドナーから精子の提供を受けることで、妊娠出産が可能である。法律上同性の二人がカップルとなり、家

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

族生活を営んでいく中で二人の間で子を持ち育てたいと望み、精子提供を受けて妊娠・出産した子を二人の子として養育するカップルは日本でも珍しくはない。

(2) カップル双方の生殖による妊娠・出産以外の方法による生殖が、婚姻制度による保護に値すること

この点につき被告は、婚姻制度が保護するのは、カップル双方の生殖(男女なら精子と卵子)によって子をもうけ養育する関係に限られると言うかもしれない。生殖を理由に法律上の同性カップルを婚姻から排除しようとするれば、そのように言うほかないからである。

しかし、そのような立論は、夫婦及び夫婦双方と血縁関係にある実子という家族形態のみに正当性が認められ、婚姻による保護に相応しく、それ以外の家族形態は正当性がないゆえに本来的には婚姻による保護に相応しくないと声明するに等しい。

法律上の異性夫婦においても、第三者(非配偶者)から生殖の提供を受けて子を持つことは、長い歴史があり、日本では、1949年に最初のAID児の出生以降、多様な生殖補助医療の技術が進歩する中で、夫婦の一方と生物学的にはつながらずに誕生した多数の子どもが、夫婦の子どもとして育てられ、社会の一員として暮らしている。また、法的にも、妻が婚姻中懐胎した子は夫との間に法律上の父子関係が推定され、夫が1年以内に嫡出否認をしなければ父子関係は確定するのであり(民法774条)、夫婦双方が合意して子をもうける場合も同条が適用されるから、民法自体、第三者からの生殖提供によって親子関係が生じることを予定しているのである。

法律上の異性夫婦による非配偶者間人工授精による生殖及び養育は、前記の法律上の同性カップルによる生殖及び養育形態と変わらな

【有償配布 や Web(ホームページ, ブログ, facebook 等)へのアップロード・転載はお止めください】

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

い。夫婦の一方妻とは血縁関係にあるが、夫婦のもう一方夫とは血縁関係にない子を、夫婦の子として産み育てているのである。もし、法律上の同性カップルの生殖及び養育を婚姻による保護に値しないと云うのであれば、被告は、このような法律上の異性夫婦の生殖及び養育についても同じように言うのだろうか。非配偶者の提供精子を用いた生殖補助医療による妊娠出産が法的にも社会的にも認められている以上、このような主張は到底許されない。

3 養育

(1) 婚姻制度における養育の位置付け

被告は、生殖という、妊娠と出産のみに焦点を当てた言葉を殊更に強調するが、これは私たちが次の世代を育成する営みのうち養育という側面をあえて無視した恣意的な論法である。

そもそも、生殖の保護が婚姻の果たす役割の一つとされるのは、それが当事者自身の充足や子を持つ喜びをもたらすと同時に、次世代の育成という役割を担っているからである。そして、次世代育成は、妊娠出産で完結するものではなく、養育につながってこそ意味がある。人の子は生まれた後に放っておかれればたちまち死んでしまう。子を育てるという行為があって初めて子は成長し、世代を繋ぎ、次世代を担う者となる。前記の「婚姻は単純な男女の性関係ではなく、男女の生活共同体として子の監護養育や分業的共同生活などの維持によって家族の中核を形成する。」(青山道夫・有地享編「新版注釈民法(21)親族(1)」157頁)との指摘は、婚姻の役割の一つとしての養育の重要性をも示している。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

(2) 養育のあり方が多様であること

そして、養育において、血縁関係のある母と父の存在とつながりが意味を持つことがあるのも確かであるが、血縁関係がなくとも育てる者が養育上の重要な役割を担い得ることも事実である。つまり、両親双方と血縁関係のある実子の養育という形態のみが、子を産み育てる次世代育成とは限らない。

このことは、旧民法及び明治民法の時代から、当事者の意思によって法的親子関係を発生させる制度として養子制度が設けられ（当時は、跡継ぎ確保の手段として現代よりも養親子関係が活用されていたかもしれない。）、改正民法下でも実親子関係と並んで養親子関係が設けられていることにも表れている。

改正民法制定後の1987年には、特別養子縁組制度が創設された。同制度は、子の福祉を積極的に確保する観点から、戸籍の記載が実親子とほぼ同様となる縁組形式である。さらに、社会事実においても、様々な事情から、子をもうけたが実親二人で養育するのではなく、実親の一方が子を伴って別の第三者とカップルとなり子を養育するというケースは珍しくない。連れ子やステップファミリーと呼ばれることもある。

このように、法制度上でも社会生活上でも、両親双方の実子の養育に限定されない養育形態が予定され、実践されている。

(3) 法律上の同性カップルによる養育の実践

法律上同性のカップルもまた、血縁関係の有無にとらわれない養育が可能であり、現実に実践している。法律上女性同士のカップルについても、法律上男性同士のカップルについてもそうである。それぞれ前婚でもうけた子を引き取った後、家族となり、協力し合って子を養

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

育している家庭もある。同人らの生活実態を見れば、子を養育するカップルの生活共同体は、婚姻の役割の一つである次世代育成としての子の養育を具現化しているものであることが明瞭にわかる。また、セクシュアル・マイノリティ当事者、また支援者に向けて作成された「こどもまっぷ」は、セクシュアル・マイノリティによる子育てをテーマとして作成された報告書であるが、そこでも、子どもが欲しいと考える213名のセクシュアル・マイノリティにアンケートを聞いた結果、既に56名もの当事者が子どもを育てていると回答しており(甲A191・こどもまっぷ『Love Makes A Family』の6頁)、子どもも親の幸せを願っている。

(4) 小括

以上から、子を産み育て次世代を育成するという婚姻の役割のうち、生殖だけを切り取って論じることはまったく無意味である。もしも、養育という点において、両親と血縁関係のある実子とそうでない子の婚姻家族における価値や意味合いが異なるというのであれば、それについて被告は説明されたい。逆に言えば、今日において、両親と実子という婚姻家族形態に特別な価値や意味合いがあるためにそれ以外の家族形態について婚姻を利用させる必要が本来はない、ということができなければ、被告の主張は成り立たない。

4 子の福祉の点から法律上同性同士の婚姻の法制化は急務であること

(1) 法律上の同性カップルの婚姻は、子の福祉の観点からも必要であること

婚姻制度の役割の一つが、生殖及び子の養育を保護することにあるのは原告らも同意しているものである。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

訴状(訴状44頁以下)に挙げた婚姻に伴う具体的な権利・利益のうち、同居・協力・扶助義務、相続権、共同親権等は子の福祉に直接関わる権利・利益といえるし、その他の権利・利益についても、夫婦を保護する規定は、両親が法的に保護されることを通じて子の利益につながることから、子の福祉に資するものといえる。

また、婚姻の有する社会的承認の利益は、カップルの尊厳確保及び関係の安定性・永続性を支えるものであって、夫婦にとどまらず婚姻共同体である家族全体が享受する利益である。婚外子相続分差別事件最高裁判決(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)が「家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透しているとみられる」と述べ、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2586頁)もまた「国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透して」と述べるように、日本では、夫婦及びその間の子を含む婚姻共同体が一つの家族像として考えられ、こうした家族像を基盤として法律婚を尊重する意識が広く共有されてきたし、現在でも一定程度浸透している(婚外子相続分差別事件最高裁判決の岡部喜代子裁判官補足意見参照)。このような状況下において、法律上の同性カップルは、婚姻制度から排除されているために婚姻したくてもできず、婚姻の有する社会的承認の利益を一方的に奪われている。自分たちは社会から承認されていない関係であって婚姻共同体に比べ劣っている関係であるという烙印に苦しみ、法的にも社会的にも不安定な生活を強いられている。この苦しみと困難は、法律上の同性カップルの間の子にも及ぶものである。したがって、婚姻の有する社会的承認の利益は、法律上の同性カップルの間の子の福祉に直結するものである。

以上からすれば、法律上の同性カップルの婚姻を認めないことは、

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

法律上の同性カップルの間の子の利益を侵害し、その尊厳を傷つけるものであるから、婚姻の目的及び役割の一つである生殖及び子の養育の保護に立脚すれば尚更、法律上同性どうしの婚姻の法制化は必然であり急務なのである。

なお、生殖及び子の養育の保護は婚姻の目的及び役割の一つに過ぎず、子を産み育てないまたは産み育てることのできないカップルを否定するものではないのはこれまで述べたとおりである。また、日本社会において法律婚を尊重する意識が一定程度浸透していることは、婚姻共同体を優遇し、婚姻外共同体を冷遇することに合理性を与えるものではないことも念のため付言する(婚外子相続分差別事件最高裁判決は、そのような社会意識を前提にしても、個人の尊重の観点から婚内子と婚外子の法定相続分を区別する合理性はないと判断したものである。)

(2) 米国最高裁判決が子の福祉の観点から法律上の同性カップルの婚姻の法制化を認めたこと

以上述べたことは、連邦法における婚姻及び配偶者を男女間のものに限定して定義した婚姻防衛法(DOMA)第3条が、法の下での平等に反し違憲であるとした米国連邦最高裁2015年6月26日判決においても、次のとおり、明瞭に示されているものである。

「婚姻する権利を保障する第三の根拠は、婚姻する権利が子どもと家族を保護するからである。その意味で、婚姻する権利の意義は、関連する権利である子の養育、生殖及び養育の権利にも由来するものである。」

「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。」「全当事者が同意しているとおりに、血縁の有無にかかわら

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

ず、子どもたちに愛情に満ちた養育にふさわしい家庭を多くの同性カップルが提供している。何十万人もの子どもたちが現在同性カップルによって育てられている。」

「子どもたちは、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。」

「本件で問題になっている各婚姻法は同性カップルの子どもたちを傷つけ、その尊厳を損なうものである。」

「なお、子どもを持たない者または、持てない者にとって婚姻する権利の意義が小さくなるというわけではない。生殖能力、生殖を行う希望または約束を有効な婚姻の条件とする州は現在ないし、今までにもない。既婚のカップルの生殖しない権利を保障した判例に鑑みると、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とはできない。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。」(甲 A107, 甲 A108・238 頁ないし 240 頁)。

5 小括

以上、婚姻の役割及び目的のうち、生殖という点に限って考えても、法律上同性のカップルが婚姻制度から排除される理由にはならない。生殖の背後にある次世代の育成という観点から考えれば、法律上の同性カップルも問題なく「養育」を担いうるとの科学的知見が膨大な実証的研究によって定説となり(甲 A5 の 1 アミカス意見書反訳 20 頁以下)、現に多くの法律上の同性カップルが子育てをしている現実に照らせば、なおさら排除の理由はない。むしろ、婚姻の目的及び役割の一つである生殖及び子の養育の保護に立脚すれば尚更、法律上同

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第4回期日(20220324)提出の書面です。

性どうしの婚姻の法制化は必然であり急務である。法律上の同性カップルもまた、生殖及び養育を担う主体として、この社会に生活している事実を看過することは許されない。

第5 結語

以上述べたところから、被告の「婚姻は、伝統的に生殖と密接に結びついて理解されており、男女間のものであることが前提とされてきた」との主張や、生殖可能性のない関係性には憲法上の「婚姻」という法的保護が及ばないかのような主張には、いずれも全く理由がないことが明らかである。

以 上