

【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」訴訟事件

原告：山縣真矢 外7名

被告：国

## 原告ら第4準備書面

(憲法14条1項の主張について)

令和4(2022)年3月22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。

第1	はじめに.....	4
第2	本件規定及びそれに基づく本件別異取扱いが憲法14条1項に違反するか否かは、憲法24条1項が法律上の同性カップルに婚姻の自由を保障しているか否かにかかわらず独立して問題となること .....	4
1	被告の主張 .....	4
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 .....	4
3	憲法14条1項の位置付け .....	5
	(1) 憲法は国家の行為を多重的に規律する仕組みであること .....	5
	(2) 憲法の条項がある法制度を設けることを要請している場合であっても上記の理は妥当すること .....	6
	(3) 本件は、被告が掲げる最高裁判決の事案とは事案を異にすること .....	8
第3	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 .....	9
1	はじめに.....	9
2	本件別異取扱いが「性別」に基づく差別であり、また、性自認や性的指向に基づく差別でもあること .....	10
	(1) 本件別異取扱いは、「性別」に基づくものであること .....	10
	(2) 本件規定が性自認・性的指向に基づく別異取扱いであること .....	12
3	婚姻に係る権利利益が憲法上も保障される重要なものであること .....	14
	(1) 「同性婚制度」が別途制度化されていないことや婚姻以外の制度を利用できるかの問題ではなく、法律上同性のカップルが既存の婚姻制度を利用できないことが問題であること .....	14
	(2) 民法以外の法律による法的・経済的な権利・利益等について .....	15
4	本件別異取扱いの可否については立法裁量は問題とならないこと .....	16

【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) 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裁量を導くことはできないこと .....	16
(2) 本件別異取扱いを民主政の過程で是正することが困難であること .....	22
(3) まとめ .....	24
5 小括 .....	24
第4 本件規定による別異取扱いに合理的根拠が存在しないこと .....	25
1 はじめに .....	25
2 本件規定の目的が法律上の男女の生殖・養育を特に保護することのみにあるとの解釈が失当であること .....	26
(1) 被告の主張 .....	26
(2) 婚姻の由来や沿革に照らし被告の主張が誤りであること .....	26
(3) 民法の規定の解釈からも被告の主張は誤りであること .....	27
(4) 寺田補足意見について .....	29
(5) 学説について .....	30
3 被告主張の矛盾と弁明 .....	30
(1) 被告主張の矛盾 .....	30
(2) 被告の弁明 .....	31
(3) 差別に固執する被告主張 .....	32
(4) 社会的承認の主張 .....	32
(5) 婚姻制度以外の保障の有無は無関係であること .....	34
4 小括 .....	34
第5 結論 .....	35

【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 はじめに

法律上の異性カップルについて婚姻を認めながら法律上の同性カップルには婚姻を認めない本件規定は、憲法14条1項に違反する。このことは、訴状においても詳述しているが、被告が上記別異取扱い（以下「本件別異取扱い」という）は合理的根拠に基づかない差別的取扱いではないとしてこれを争うため、以下、被告の反論がいずれも失当であることを明らかにし、改めて、本件規定及びそれに基づく本件別異取扱いが憲法14条1項に違反することを論じる。

## 第2 本件規定及びそれに基づく本件別異取扱いが憲法14条1項に違反するか否かは、憲法24条1項が法律上の同性カップルに婚姻の自由を保障しているか否かにかかわらず独立して問題となること

### 1 被告の主張

本件規定及びそれに基づく本件別異取扱いが憲法14条1項の平等原則に違反するとの原告らの主張に対し、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」から、「（憲法24条）2項による要請に基づき同条1項の婚姻に関する事項を具体化する本件規定が、異性間の人的結合関係のみを対象としているのは当然のことである」（被告第2準備書面26頁）り、本件別異取扱いは、「憲法自体が予定し、かつ許容しているものであって、憲法24条に違反するものといえないことはもとより、憲法14条1項に違反すると解することもできない」と主張する（同28頁）。

### 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

しかし、上記被告主張は、その前提とする憲法24条1項の理解にお

【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。

いて誤っている。

なぜなら、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」てなどいないし、「両性」の文言には、婚姻制度や婚姻の自由の保護対象をことさら法律上異性のカップルに限定する強い趣旨はなく、逆に、憲法24条2項があらためて「個人の尊厳と両性の本質的平等」を規定していることに照らせば、同条1項は、法律上異性であるか同性であるかを問わず「婚姻の自由」ないし「婚姻をするについての自由」を保障していると解するほかないからである。このことは、訴状や原告第3準備書面で述べたとおりである。

### 3 憲法14条1項の位置付け

さらに、被告の上記主張は、憲法24条1項が法律上の同性カップルに婚姻の保障を要請しているかどうかと、本件規定及びそれに基づく本件別異取扱いが憲法14条1項に違反するかどうかはそれぞれ別個の問題であることを看過している。

#### (1) 憲法は国家の行為を多重的に規律する仕組みであること

すなわち、憲法は、個人の尊重という基本原理に基づき、人が社会で人格的に自律した存在として生きるうえで必須の権利やルールを定めている。このうち、個別の人権規定(憲法15条以下)は、人の精神活動・経済活動・民主政への参加・国家刑罰権との関係等さまざまな生活場面ごとに、個人の尊重の実現のために必須とされる権利を定めるのに対し、これとは別に、国家が個人を処するにあたっては「個人として尊重」(憲法13条)したと言いうる扱い方をしなければならず(甲A47 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』160頁)、そのためには、人と人が合理的理由無く差別されず等しき者は等しく扱われること自体に固

【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。

有の意味があるとの見地から、立法・行政・司法の全ての国家行為を拘束する規範（甲A207 野中俊彦ら『憲法I〔第5版〕』287頁）として、憲法14条が平等原則を定めている。

このように、憲法の各条項にはそれぞれの制定趣旨と保障内容があり、憲法とは、これらを列挙することで人間の自由と生存を多重的に確保しようとする仕組みである。信教の自由や表現の自由、公務就任権といった個別の人権や平等権（原則）は、人類の歴史的経験をとおして個人尊重の原理が具体化（分節化）されたものにほかならないが（甲A193 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』144頁）、上記多重的な規律の仕組み自体も「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」（憲法97条）であり、憲法の個別の人権相互、また、個別の人権と平等原則は、それぞれがそれぞれの観点から法律を規律することが予定されている。

本件でも、原告らのような法律上の同性カップルの婚姻を認めないことが憲法24条1項に違反するかどうかという問題と、本件別異取扱いが憲法14条1項の平等原則との関係で合理的根拠に基づくものと言えるかどうかは別個の問題であり、それぞれの観点から憲法適合性が問われなければならない。

したがって、仮に法律上の同性カップルの婚姻が憲法24条1項では保障されていないからといって、当然には、本件規定及び本件別異取扱いが憲法14条1項違反しないという結論は導かれない。

## （2）憲法の条項がある法制度を設けることを要請している場合であっても上記の理は妥当すること

上記の理は、憲法の条項がある法制度を設けることを要請し、そうして設けられた制度において別異取扱いが生じている場合にも妥当する。

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

当該法制度における給付の有無や程度の如何が、その制度を要請した憲法の条項自体には違反すると言えない場合でも、当該法制度上別異取扱いが生じている限りは、憲法14条1項適合性が常に問題となるのである。

このことは、最高裁判例でも確認されている。例えば、児童扶養手当について障害福祉年金との併給を禁止することを定める規定の憲法適合性が問われたいわゆる堀木訴訟において、最高裁は、障害福祉年金や児童扶養手当の制度設定の根拠となった憲法25条自体の解釈としては上記併給禁止規定が同条に違反するとは言えない場合でも、「憲法25条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなんら合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、別に所論指摘の憲法14条及び13条違反の問題を生じ得ることは否定しえないところである」と判示する（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）。

また、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、その後認知された子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した場合に限って日本国籍の取得を認めていた旧国籍法3条1項に関する国籍法訴訟において、国籍の取得が憲法上保障された法的権利・利益とは言えず、国籍に関する法制度を要請する憲法10条自体の解釈として非準正子に国籍取得を認めないことが同条に違反するとは言えない場合でも、国籍という重要な法的地位に関して準正子との間に生じている別異取扱いについては、憲法14条1項適合性が慎重に検討される必要があるとし、結論として上記別異取扱いは憲法14条1項に違反すると判断した（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）。

本件でも、婚姻制度の設定を要請する憲法24条自体が法律上の同性

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

【リンクはご自由にお貼りください】

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

カップルに婚姻の保障を及ぼすことを要請しているかどうかの問題と、同条の要請により設定された婚姻制度上、法律上の同性カップルと法律上の異性カップルの間に生じている区別取扱いが憲法14条1項に違反となるか否かは別個の問題であり、当該別異取扱いが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、当該別異取扱いは憲法14条1項違反となるのである。

### (3) 本件は、被告が掲げる最高裁判決の事案とは事案を異にすること

被告は、条例制定権に関する最高裁判決（最大判昭和33年10月15日刑集12巻14号3305頁）を挙げて、憲法全体として整合性のある解釈をしたとき、特定の差異が憲法14条1項に違反するという問題とならない場合があり、本件もこれに該当すると主張する（被告第2準備書面27頁～28頁）。

しかし、以下のとおり、本件は上記最高裁判決の事案とは事案を異にし、上記最高裁判決の事案と同様に解することはできない。

すなわち、憲法の条項がある対象に特定の効果を与えるとき、それ以外の対象にはその効果を及ぼさないことを積極的に規定する趣旨である場合があり、その場合には、憲法が問題の区別について、平等原則の適用を排除していると解釈され、その区別が憲法14条1項違反と評価されることはない（甲A208 木村草太教授意見書10頁～11頁）。しかし、このように憲法14条1項適合性の問題が当然に排除されるのは、憲法の明文と基本原理から区別取扱いが生じることが明確に説明される場合だけである。

上記判決で言えば、憲法が民主主義の実質化の観点からその基本原理の一つとして地方自治の原則を採用し（憲法92条）、憲法93条と94条がその保障のために議会の設置と条例内容の自治を認めているという



【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。

積極的な根拠があることから、憲法14条1項の平等原則の適用を排除することが正当化されるのである。

これに対し、本件別異取扱いについては、憲法の明文の定めもなく、憲法24条の制定過程で法律上の同性カップルを婚姻の保護の対象から排除すべきとの議論がされた形跡も全くない。個人の尊厳や基本的人権の尊重等の憲法の基本原理や婚姻の自由の保障の重要性からすれば、婚姻を法律上の異性カップルに限定したり、法律上の同性カップルと法律上の異性カップルとで家族としての保護に差を設けるべきことを憲法が積極的に要請しているなどとは到底言えない。したがって、憲法が本件別異取扱いを積極的に要請している場合にはおよそ該当せず、本件規定及びそれに基づく本件別異取扱いについて憲法14条1項の平等原則の適用が排除されることはありえない。

### **第3 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**

#### **1 はじめに**

法律の別異取扱いの憲法14条1項適合性を判断する審査の厳格さについては、それが何に基づく差別なのか（憲法14条1項後段列挙事由に基づくのか）、いかなる権利・利益に関してなされているかを考慮して（甲A47 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』170頁）、当該事案に応じたものとすべきである。

この点、①本件別異取扱いにおける区別を生じさせている事柄は、婚姻を希望する者同士の法律上の性別が同一であるために婚姻が認められていないという点において、法律上の性別であり、自らの性自認あるいは性的指向のゆえに、法律上の同性を深く愛し、当該相手との婚姻を強く望んでいるという点において、性自認あるいは性的指向であること（訴

【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。

状55頁から57頁), ②これら区別を生じさせている事柄は, 憲法14条1項後段列举事由の「性別」又は「社会的身分」に該当すること(訴状67頁から69頁), かつ, 性自認及び性的指向といった自らコントロールできない属性に基づくものであること(訴状69頁から70頁), また, ③本件別異取扱いを受けている当事者は社会において圧倒的少数者であって民主政の過程での救済が極めて困難であること(訴状70頁から71頁)は, 訴状にて論じたとおりである。

加えて, ④区別の対象となる権利利益が, 憲法上保障されている婚姻の自由であること, 民法やその他の規定にて保障される相続等の婚姻に伴う数多くの具体的権利利益等であることも, 訴状で論じたとおりである(訴状57頁から67頁, 70頁)。

したがって, 本件別異取扱いは, 憲法14条1項後段列举事由によるものであって民主主義の理念に照らし原則として不合理であると考えられること, 基本的人権及び重要な複数の権利利益にかかわるものであることから, その憲法14条1項適合性を判断するにあたっては, 厳格に審査がなされなければならない。

ところが, 被告は, 上記について, 立法府に広範な裁量が認められる旨主張するので(被告第2準備書面28頁~40頁), 以下は, 被告の主張をふまえつつ, 原告の主張を補足する。

## **2 本件別異取扱いが「性別」に基づく差別であり, また, 性自認や性的指向に基づく差別でもあること**

### **(1) 本件別異取扱いは, 「性別」に基づくものであること**

本件規定は法律上の同性カップルの婚姻を認めない。それは, たとえば, 婚姻しようとする相手が法律上の女性である場合, 自身が法律上の男性であれば結婚できるが, 法律上の女性であれば結婚できない。同様

【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、相手が法律上の男性である場合、自身が法律上の女性であれば結婚できるが、法律上の男性であればそれは適わない。いずれの場合も本人の法律上の性別によって婚姻でき、あるいは婚姻できないのであって、これが憲法14条1項後段で列挙される「性別」による別異取扱いであることは明らかである。

ところが、被告は、「本件規定の下では、男性も女性も異性とは婚姻をすることができる一方で、どちらの性も同性とは婚姻することは認められていないのであるから、本件規定が性別を理由に差別的取扱いを生じさせていると評価することはできない。」(被告第2準備書面34頁)旨主張する。

しかし、被告の上記主張は、婚姻の本質や憲法24条1項が何を保障しているのかを全く無視しており、失当であると言わざるを得ない。

婚姻の本質は、最高裁も言うように、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(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)、婚姻する相手の選択は、まさに人生の伴侶ないしパートナーの選択という優れて人格的な選択である。婚姻しようとする本人にとっては、まさにその特定の相手と結婚できるかどうかの問題なのであり、それが自分と異性か同性かは動かしようのない前提として決まっており、現行法上婚姻できるかどうかは決まってしまう。その時に「あなたが男性でも女性でも、異性とは婚姻でき同性とは婚姻できないのは同じでしょ」と言われても何の意味もない問題のすり替えであることは明かである。

憲法24条1項は、上記の切実な選択において、当事者の合意のみに基づいて、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するか」の選択をすることができることを保障しているのである。

法律上の異性カップルと法律上の同性カップルとの間で、婚姻の本質

【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。

である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点に違いはない。ところが、望む相手と婚姻できるかどうかについての取扱いに大きな違いがある。法律上の異性カップルの場合、通常、その当事者は日本において大多数を占める自らの性自認と法律上の性別が一致する「シスジェンダーの異性愛者」であり、婚姻したい相手は法律上の異性であるため、本件規定の下においても、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するか」の自由が侵害されることはない。しかし、法律上の同性カップルの場合、その当事者は本件訴訟の原告らのように「シスジェンダーの異性愛者」ではない性的少数者であり、婚姻したい相手が法律上の同性となることがあるが、法律上の同性である相手方と将来を添い遂げたいという願いがどんなに強くても、本人の法律上の性別が相手方と同じ性別であるとの理由によって、問答無用に婚姻が否定されるという、極めて残酷な結論が突き付けられる。

このように当事者間の合意以外の要因、つまり、法律上の性別により、望む相手と婚姻ができないという大きな違いがあり、原告らはこの点における別異取扱いが憲法14条1項後段の「性別」による区別であり同条に違反するということを主張しているのである。

上記被告の主張は、何が問題の本質であるのかをあえて全く無視した空理空論の極みである。また、上記被告の主張は、同じ人種間での婚姻のみを認める法律につき、同じ人種間での婚姻は認められ、異人種間の婚姻が認められない点において取扱いに違いはないのであるから、平等原則に違反しないという主張と軌を一にし、極めて差別的な主張であると言わざるを得ない。被告は上記主張を直ちに撤回すべきである。

## (2) 本件規定が性自認・性的指向に基づく別異取扱いであること

被告は、本件規定について、「その文言上、婚姻の成立要件として当事

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

【リンクはご自由にお貼りください】

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

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や法律上の性別と性自認が異な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や性自認のあり方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」として、本件規定が性自認・性的指向による差別取扱いであることを否定する（被告第2準備書面35頁～36頁）。

しかし、上述のとおり、およそ婚姻の本質に適った婚姻を行うとするなら、人は自らの性自認及び性的指向に従って「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」その相手を選択するものであり、婚姻の場面において、性自認及び性的指向と婚姻相手の法律上の性別とを分離して考えることはできない。このことは、日本において大多数を占める「シスジェンダーの異性愛者」が、その性自認及び性的指向に基づき、通常、法律上の異性を婚姻の相手方として選択することを考えるだけでも、容易にわかることである。

ところが本件規定は、相手の法律上の性別が自分と異なる性別であることを求めている。その結果、親密ないし性愛の感覚・感情が同性に向く場合や性的指向は異性愛でも法律上の性別が自認する性別と異なる場合等、一定の性自認・性的指向の者については、「本質」を伴う婚姻が不可能である。法律上同性の者との婚姻が認められていないことと、性自認及び性的指向に基づく婚姻ができないことは、性的少数者にとっては完全に同義であって、性自認及び性的指向と婚姻相手の法律上の性別を分離して考えることはできない。本件規定に基づく本件別異取扱いが性自認及び性的指向に基づいた別異取扱いであることは明かであり、民法に「性自認」「性的指向」という文言が明示されていないことをもって、性自認や性的指向に基づく法令上の区別を否定するものであるとすれば、詭弁以外のなにものでもない。

【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。

札幌地裁令和3年3月17日判決(甲A171)においても、「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、そのような婚姻が、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ない場合が多いと考えられ、そのような婚姻は、憲法24条や本件規定が予定している婚姻であるとは解し難い」(なお、同判決における「本件規定」は、民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定を総称している。)ことや、それをもって「同性愛者と同等の法的利益を得ているとみることができないのは明らかで」あることは、確認されているところである。

### 3 婚姻に係る権利利益が憲法上も保障される重要なものであること

(1) 「同性婚制度」が別途制度化されていないことや婚姻以外の制度を利用できるかの問題ではなく、法律上同性のカップルが既存の婚姻制度を利用できないことが問題であること

被告は「同性婚に係る権利利益は、憲法上保障されたものでも、具体的な法制度によって認められたものでもない」(被告第2準備書面39頁)などと述べる。しかし、法律上同性のカップルらにも憲法24条1項において婚姻の自由が保障されていることは、原告第3準備書面のとおりである。したがって、被告の主張はこの点でまず誤っている。また、本訴訟では、法律上同性カップルの婚姻に係る権利利益が具体的法制度によって認められていないことの憲法適合性が問題となっているのであって、具体的法制度の不存在を理由に、それを正当化することは本末転倒である。

原告らのような法律上同性のカップルには、婚姻制度を利用できないことによって、婚姻の自由が侵害されているだけでなく、社会的な承認が得られない、法律婚をした異性カップルが婚姻により享受することが

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

できる様々な法的・経済的な権利・利益及び事実上の利益を一切享受できない等の具体的な不利益があることは、訴状記載のとおりである(57頁～66頁)。

この点、被告は「民法上のほかの制度(契約、遺言等)を用いることによって、婚姻と同様の効果を生じさせることができるから、同性婚が定められていないことによる事実上の不利益は、相当程度、解消ないし軽減する余地がある」(被告第2準備書面39頁)と主張する。しかし、別の制度によって代替できるのは一部の制度・効果にすぎないし、契約や遺贈等の方法によっても婚姻と同一の効果を享受できることが確実であるとはいえない。個別に契約や遺贈等をする手続上及び経済上の負担を要することは軽視されてはならない。何より、婚姻は、婚姻の成立によって生じる身分を基点として法律上事実上の効果が生じることに意味があり<sup>1</sup>、婚姻ができないことは、この身分を取得できないこと、その結果家族としての社会的承認を得られない点で、婚姻制度と別の制度による代替は不可能である。

## (2) 民法以外の法律による法的・経済的な権利・利益等について

被告は「民法以外の法律による法的・経済的な権利・利益及び事実上の利益は、民法上の婚姻の効力の問題とはいえないから、本件規定による区別取扱いの不合理性を基礎づける事情とは認められない」(被告第2準備書面39頁)と主張する。

しかし、前掲国籍法違憲判決が国籍を「基本的人権の保障、公的資格

---

<sup>1</sup> 前掲札幌地裁判決は、婚姻の本質は「身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にある」として、「契約や遺言など身分関係と関連しない個別の債権債務関係を発生させる法律行為によって代替できるものとはいえない」と判断した。

【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。

の付与、公的給付等」の包括的な源泉となる「重要な法的地位」と位置付けているのと同様、婚姻によって生じる法的効果の核心は、「婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、戸籍によってその身分関係が公証され、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという、身分関係と結び付いた複合的な法的効果」の発生にある（甲A171 前掲札幌地裁判決）。

したがって、民法以外の法律によって生じる法的・経済的な権利・利益及び事実上の利益も、それが上記婚姻の仕組みに結びついている限りで民法上の婚姻と結びついた効果であり、本件別異取扱いの合理性の有無にあたって当然考慮に入れられなければならないのである。よって、被告の主張は失当である。

#### 4 本件別異取扱いの可否については立法裁量は問題とならないこと

##### (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は、「総合的な判断によって定められるべき」ことや「法制度のパッケージとして構築されるもの」であることなどを理由に立法府の「合理的な立法裁量」を強調し、憲法24条2項についても、同条項はこのような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2準備書面30頁～34頁）。

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A200 辻村みよ子・山元一編著『概説 憲法コンメンタール』157頁〔糠



【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。

塚康江執筆部分)), 立法府を厳格に規律統制する規定である。

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な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引用し、立法府の広い裁量が根拠づけられるかのように論ずる(被告第2準備書30頁(ア))。

この点、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のは確かである。しかし、婚姻及び家族に関する事項だからといって、国の伝統や国民感情がそのまま無反省に憲法の条項や要請の上に位置するわけではない。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、日本では、まさにこの身近な婚姻制度が、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、「民主主義の成長を委縮させた」。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 『註解日本國憲法 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憲法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、「個人の尊厳と両性の本質的平等」(憲法24条2項)の見地から許容され適合する限りで考慮されるのであって、上記引用の判示

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

【リンクはご自由にお貼りください】

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

部分も当然にそれを前提としている。

被告主張は最高裁判例を正解しないものである。

エ 以下のとおり, 最高裁判決も, 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ていない。

① 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)

同判決は, 「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」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」部分であることを前提としている。

同判決は, 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に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, 憲法が要請し命ずる権利やルールが直接制約される場合とを区別し, 「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。

② 婚外子の法定相続分に関する最高裁決定(最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁)

同決定も, 「立法府の合理的判断」に言及しつつ「この事件で問われ

【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。

ているのは、このようにして定められた相続制度全体のうち、本件規定により嫡出子と嫡出でない子との間で生ずる法定相続分に関する区別が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり」として問題を絞り込み、同種事件の平成7年最高裁決定(最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁)が「法律婚主義」を強調して「立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということとはできない」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(審査密度)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」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てきた」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A209 駒村圭吾教

【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。

授意見書19頁～21頁)。

以上のとおり、最高裁の各判例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を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。

オ さらに、被告は、婚姻及び家族に関する事項は、法制度のパッケージとして構築されることも論じる(被告第2準備書面30頁)。

しかし、仮に婚姻及び家族に関する事項が「パッケージ」であるとしても、憲法は国の最高法規であり、その条項に反する法律の「全部又は一部」は効力を有しない(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ないかを決定する権限を有している(同81条)。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項に違反し、よほどの正当理由が無い限り当然に無効である。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、パッケージ中該当部分が憲法14条1項に違反したからである。

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、そのあ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、法律上の同性カップルの婚姻を認め、性的少数者が婚姻の本質に則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、被告からもなされていない。性的少数者は、割合で見れば圧倒的に社会的に少数であり、法律上の同性カップルに婚姻が認められることによって、法律上の異性カップルの生活環境や権利

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

が侵害されることなどありえない。実際、法律上の同性カップル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、現行の婚姻制度に性的少数者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の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法律上同性の相手との婚姻を望む性的少数者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（憲法13条）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る「門戸規制」の問題である。このように制度へのアクセスそのものを否定する門戸規制は、制度へのアクセスを認めただうえで提供され享受される、あれこれの利益の当否の問題とは異なり、人と人を機会の平等において明確に区別し、人格価値の序列づけとなりやすい行為であるから、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制度の細目的内容の問題とを、いずれも「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、この本質的重要性を隠ぺいする。それは、人種によりレストラン入店を拒絶する行為を、店の「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法制度設計における傲慢を放置する不当な論

【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。

法である。<sup>2</sup>

カ 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、または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。

本件で問われているのは、法律婚という誰もが知る社会の重要な制度について、法律上の異性カップルであれば認められ、法律上の同性カップル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い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。

## (2) 本件別異取扱いを民主政の過程で是正することが困難であること

被告は、婚姻及び家族に関する事項は、「民主的なプロセスに委ねることによって判断されるべき事柄にほかならない」、「憲法が同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度を想定して」おらず、「同性間の人的結合関係を対象とする法制度を構築するか否かについては、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻及び家族に関する事項に比べ、立法府により広範な裁量が認められる」旨主張する(被告第2準備書面32頁～34頁)。

しかし、原告らは、訴状において、本件別異取扱いを受けている当事

---

<sup>2</sup> 憲法上、制度の整備を立法府に命じているほかの例として選挙制度があるが、最高裁は、選挙制度について、具体的選出方法に関わる内容については立法府に広い裁量を認めつつ、選挙へのアクセス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(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)。

【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。

者は、セクシュアル・マイノリティであり人口割合的に社会における圧倒的少数者であるという事実及び社会全体に根深く行き渡った差別意識や偏見は容易にあらため改められるものではないという事実を指摘した上で、民主政の過程で本件別異取扱いが解消され、救済を受けることは極めて困難であるという一般的な理解を確認した(訴状70頁)。

法律上の同性カップルの婚姻については、諸外国においても、米国や台湾のように、民主政の過程ではなく、司法における違憲判決を経て初めて法制化が実現している国が少なくない。日本においても、2019年(令和元年)6月3日に法律上の同性間の婚姻を法制化するための具体的な法律案(民法の一部を改正する法律案)(甲A84)が国会に提出されたにもかかわらず、実質的審議が全くなされない状況が今なお継続している。さらには、法律上の同性カップルの婚姻を認めていない現行法が憲法14条1項に違反すると判示した前掲札幌地裁判決をうけてもなお、当日の記者会見で、当時の内閣官房長官が「政府としては、婚姻に関する民法の規定が憲法に反するものとは考えていない」と述べており、政府として本件別異取扱いの解消に向けた取り組みを行う姿勢を見せる様子はない。これら政府の姿勢は、本件別異取扱いについて民主政の過程で解決することが困難であることを裏付けるものである。

この点、アメリカ連邦最高裁のオバガーフェル判決(多数意見)も、民主主義の過程(プロセス)との関係について、「憲法は、民主主義が変化のための適切な過程であるとするが、これはこの過程が基本的権利を縮減しない限りにおいてである。我々の憲法制度のダイナミックにおいては、個人は基本的な権利を主張する前にまず立法者の行為を待たなければならないということはない。個人は、侵害を受けた場合には、たとえ社会で広く反対され、立法者が行動を拒否するときであっても、憲法上の保障をうける権利を行使することができる」旨を判示して、「議会の

【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。

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A210 尾島明「同性婚を認めない州法の規定と合衆国憲法」57頁・61頁)。

したがって、本件別異取扱いの是正を国会のみに委ねることは許されず、裁判所には、合理性の有無について厳格に判断することが求められるというべきである。

### (3) まとめ

以上から、「同性婚を定めるか否か(同性間の人的結合関係を婚姻の対象とするか否か)・・・については、異性間の人的結合関係を対象とする婚姻及び家族に関する事項に比べ、立法府により広範な裁量が認められると解するのが相当」(被告第2準備書面34頁)とする被告主張には根拠が無い。法律上の同性カップルを法律上の異性カップルに当然劣後するものと位置づけ、特段の理由も無く広い裁量を主張する差別的なものであり到底許されない。

## 5 小括

以上のとおり、本件別異取扱いは、婚姻制度という誰もが知る社会の重要かつ基本的な制度の利用を、法律上の同性カップルには一切認めない「門戸規制」にあたるものであり、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や、個人の尊重という憲法の基本原理に照らすと、立法府の裁量は及ばない。

仮に、立法府の裁量が認められるとしても、本件別異取扱いは、憲法14条1項後段列举事由「性別」又は「社会的身分」による別異取扱いに該当し、かつ性自認及び性的指向という自らコントロールできない事



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

【リンクはご自由にお貼りください】

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

由に基づくものであるから、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものであり、その合理性について厳格な審査が求められる。また、婚姻に係る権利利益は、婚姻により享受できる様々な法的・経済的利益に加えて社会的な承認という婚姻以外の手段によっては代替不可能な利益を含む重要な憲法上の権利利益である。加えて、そのような重要な権利利益であるにもかかわらず、本件別異取扱いを受ける当事者が社会における圧倒的少数者であり民主政のプロセスで解消できるものではないことから、立法裁量を前提にしても、厳格な司法審査の必要が極めて高い。

本件別異取扱いについては、前掲札幌地裁判決が言うとおりに、真にやむをえない合理的理由が存在するのか否かが厳しく問われねばならない。

#### 第4 本件規定による別異取扱いに合理的根拠が存在しないこと

##### 1 はじめに

本件規定が法律上の異性カップルの婚姻を認め、法律上の同性カップルの婚姻を認めないことは、合理的根拠に基づかない別異取扱いであり憲法14条1項に違反する。

ところが、被告は、「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」ってそれは合理的であり、さらに、本件規定が法律上の異性カップルであれば実際の自然生殖可能性にかかわらず婚姻を認めるにもかかわらず、法律上の同性カップルには婚姻を認めないことは（本件別異取扱い）は、上記目的に対する手段として合理性がある旨を主張する（被告第2準備書面40頁～49頁）。

しかし、第1に、本件規定の目的を上記のように法律上の男女の生殖・

【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。

養育を特に保護することと限定的に解することは、民法の解釈として誤りであり、憲法上も許容されない。

そして、第2に、被告主張が法律上の異性カップルであれば自然生殖の意思や可能性にかかわらず婚姻を認めるのに、法律上の同性カップルには認めないことも、およそ合理的説明が不可能であり、正当化する余地はない。

## 2 本件規定の目的が法律上の男女の生殖・養育を特に保護することのみにあるとの解釈が失当であること

### (1) 被告の主張

被告は、民法の規定を列挙し、民法上の婚姻が法律上の男女を前提としていること、一方の死亡後も見据えた夫婦関係の長期にわたる法的安定を図っていることを指摘し、さらに、夫婦間に生まれた子の嫡出推定(民法772条)や父母の氏を称する規定(同790条)について「異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるもの」として、「このように、本件規定は、生殖に結びつ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」と述べ、そこから、本件規定の目的を前述のとおり結論づける(被告第2準備書面40頁～42頁)。

要するに、法律上の男女の自然生殖と生まれた子の養育を特に保護することのみが婚姻制度の目的であるとし、それをそのまま本件別異取扱いの目的として主張するのである。

### (2) 婚姻の由来や沿革に照らし被告の主張が誤りであること

しかし、まず、婚姻の由来や沿革に照らし、法律上の男女の生殖とその二人の間で生まれた子の養育を特に保護することのみが婚姻の目的で

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

【リンクはご自由にお貼りください】

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

あるとの被告の主張が誤っていることは、原告第2準備書面で詳述したとおりである。

### (3) 民法の規定の解釈からも被告の主張は誤りであること

ア さらに、被告自身が第2準備書面41頁に列挙する条項を通覧すればわかるように、そのほとんどは、生殖や養育を伴わずとも、人と人が人生を共にしようとするときにその関係を家族として認め保護・規律する意味を持つ規定であり、また、当該条項によって保護される当事者が法律上の男女でなければならない必然性も無い規定である。

また、子に関する効果を定める規定であっても、例えば、夫婦と生物学的血縁関係のない子を共同で養子にする場合に関する規定(民法795条)は、生殖関係とは無関係である。むしろ、同条は、夫婦の親密関係の中で、養子を共同で監護養育するための規定であり、婚姻の目的が二人の当事者間の親密関係保護にあることと整合する。

婚姻制度の目的が法律上の男女の自然生殖と生まれた子の養育を特に保護することのみにあるとの主張を根拠づけるものではない。

イ 被告は、民法が、「婚姻した夫婦間に生まれた子について、嫡出の推定(民法772条)、父母の氏を称すること等を定める」ことを指摘し、「これは異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるものである」と論じる。このような規定の存在が、婚姻の目的が生殖・養育を特に保護することに限られることを裏付けると言うのである。

しかし、上記のような規定が存在することからは、民法が、生殖や養育を婚姻の重要な役割の一部として考えて、夫婦に子が生まれた場合には早期に親子関係を安定させたり、法的に婚姻した夫婦の子を特に保護しようとしていることはいかかであるが、婚姻の目的が生殖・養育に特に保護を与えることのみであり、それ以外に婚姻の目的は存在しないとか、

【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。

生殖の意思や能力を欠く者は婚姻の保護に値しないとの結論を導くことはできない(甲A208 木村草太教授意見書3頁～5頁)。むしろ、民法は、自然生殖によらない養子も縁組によって嫡出子の身分を取得すると定めているのであって(民法809条)、自然生殖の子であれ養子であれ、婚姻した夫婦が迎えた子どもである限り特別の保護を与えるのが嫡出子の仕組みの眼目である。それは、自然生殖の保護とは次元の異なる観点に立つ制度なのである。

以上、嫡出推定の規定等から婚姻の目的は生殖・養育を特に保護することにあり、それ以外の目的は存在しないことを帰結しようとする被告の議論は、筋違いと言うほかない。

さらに言えば、このように、正式に婚姻した夫婦の子を特別扱いすることは、そうでない子を差別的に扱うことと裏腹であり、憲法13条や同法24条2項に照らして強い疑問が投じられ、相続分や国籍取得要件に関し嫡出子とそうでない子を別異に扱う法律の規定については、相次いで違憲判決が下され、廃止されているのであって、婚姻の意味が嫡出子を生み育てることのみにあるかのような被告主張は、憲法13条及び同法24条2項の趣旨に悖ることはなほだしい。

ウ そもそも、婚姻が被告の言うように「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」なら、民法上生殖の能力等が婚姻の要件となって然るべきであり、生殖の能力を喪失したことが離婚の要件となってもおかしくない。しかし、旧民法以来の婚姻法制がそのような定めを置いていないことは再三指摘したとおりである。

年齢や身体上の都合で、妊娠ができないことが明らかな法律上異性のカップルについても、死の直前になされるいわゆる臨終婚も(最1小判昭和44年4月3日民集23巻4号709頁)有効である。また、性同

【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。

一 性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（平成十五年七月十六日法律第百十一号）は、性別の取扱い変更のために生殖腺除去手術を求め（同法3条1項4号，同法4条1項），自然生殖の能力を喪失することを求めているが，性別取扱い変更の審判の後に，婚姻することを許容している。

エ 以上，婚姻法制の規定内容から婚姻の目的が生殖・養育を特に保護することのみであることを裏付けることはできない。

#### （4）寺田補足意見について

被告は，最高裁判所平成25年12月10日第三小法廷決定（最3小決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁）における寺田逸郎裁判官の補足意見を引用して婚姻の目的に関する被告の主張を正当化しようとする（被告第2準備書面42頁）。

しかし，上記の決定は，「妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できない」場合であるにもかかわらず嫡出推定の規定の適用を認めたものであり，寺田裁判官意見を含め，夫婦と血縁関係にある子を産み育てることのみが婚姻の目的であるなどと述べたものではない。

寺田裁判官の補足意見も，「婚姻を特徴づけるのは，嫡出子の仕組みにおいてほかになく，その中でも嫡出推定は，父子関係を認める機能を与えられていることから中心的な位置を占める」と述べつつ，法は，「当該夫婦が，血縁関係とは切り離された形で嫡出子をもうけ，家族関係を形成することを封ずることはしないこととした」ことを指摘している。

さらに，寺田裁判官は，その補足意見の（注1）において，「なお，本文を含めた以上の説明は，嫡出子とそのもととなる婚姻との関係について現行法における理解を示したものであり，異なる制度をとることを立法論として否定するものではなく，これを維持するか修正するかなどは

【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。

基本的にすべて憲法の枠内で国会において決められるべきことであることはいうまでもない。」と述べている。つまり、「婚姻を特徴づけるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく」という見解はあくまで現行民法上の婚姻に関する分析に過ぎない。上記(注1)の記載から明らかなおおりに、寺田裁判官は、嫡出子の仕組みを維持するか、修正するかといったことは立法政策の問題だと言っているのもあって、嫡出子の仕組みが憲法上の婚姻の不可欠な構成要素だとは一切言っていない。

したがって、寺田補足意見は、被告主張を裏付けるものではない。

#### (5) 学説について

また、被告は、民法学者による3つの文献(乙25我妻栄, 乙26青山道夫, 乙27鈴木禄弥)を引用して学説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(被告第2準備書面44頁)。

しかし、実際にはいずれの文献も、多数ある婚姻の役割・機能の一部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法律上の同性カップル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。

### 3 被告主張の矛盾と弁明

#### (1) 被告主張の矛盾

以上のとおり、本件規定の規定内容、沿革や立法経緯のいずれから、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」との結論(被告第2準備書面46頁)は導けず、当該目的

【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。

を理由に法律上の同性カップルを排除する被告の議論は成り立たない。

そして、婚姻制度の目的が生殖と養育の保護のみであることを理由に法律上の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」という大きな疑問に逢着する。婚姻の目的が法律上の男女の生殖と養育の保護のみであると言うなら、法律上の男女であっても、生殖の意思や能力の無い者は婚姻できないはずである。しかし、前述のとおり、旧民法も明治民法も、現行民法も、一貫してそのような立場には立っていない。被告主張はこの事実を説明できないのである。

## (2) 被告の弁明

この矛盾を前に、被告は、「パッケージとして構築される婚姻及び家族に関する法制においては、…基準が明確である必要がある」、「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」と弁明する(被告第2準備書面44頁～46頁)。

しかし、婚姻の目的は法律上の男女の生殖と養育を特に保護することのみにあると言ったのは被告である。被告の主張は、婚姻制度の目的が定めれば、その目的に適合する者が明らかとなり、婚姻の保護を受けうる対象者が論理的に導かれ、それは「厳格に」判断されることを前提にしている。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。その論法に従えば、「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本来論外なはずである。被告の弁明はまったく非論理的である。要するに、被告は、法律上の男女

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

【リンクはご自由にお貼りください】

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

の場合は上記のように婚姻制度の保護範囲をやすやすと広げるのに、法律上の同性カップルにはこの論法を認めてない。かかるダブル・スタンダードこそが被告主張の最大の欺瞞である。

### (3) 差別に固執する被告主張

被告が主張するように、婚姻制度の目的を抽象的・定型的に捉え、「実際に子をもつ意思や可能性を問わない」のであれば、婚姻の保護対象はより広いものとなるから、被告は、婚姻の「目的」についても、生殖や養育に単純化できないことを正面から認めればよいのである。

そもそも、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、婚姻制度設営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設営している。

「子をもつ意思や可能性を問わない」のであれば、それを正面から認め、婚姻の「目的」を捉え直す、これこそが「実際に子をもつ意思や可能性を問わない」という被告の主張の自然かつ論理的な帰結である。

### (4) 社会的承認の主張

しかし、被告はそうしない。法律上の同性カップルを婚姻から排除する理由が無くなってしまうからである。そこで被告が持ち出すのが、「社会的承認」である。法律上の同性カップルの関係性には法律上の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」がないというのである(被告第2準備書面47頁～48頁)。法律上の男女なら生殖の可



【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。

能性が問われず、法律上の同性カップルの場合だと生殖の可能性が問われる理由はそのためであり、この別異取扱いは合理的だと言いたいのである。

しかし、本当にそうだろうか。私たちの中に、友人知人が結婚すると聞いて生殖能力を問う人がいるだろうか。人生の途上で出会った人と人が結婚しようという時にその生殖能力から婚姻の資格を問う人はいない。そんなことを問うべきではない、問うてはならないことが社会のコンセンサスである。そのようなコンセンサスは厳然として存在する。重要なことは、皆が当然と思っているこの社会のコンセンサスが、法律上の同性カップルには通用せず、だれもが非常識と考える生殖の能否が問われることである。それは何故か？その理由を説明できるのは、法律上の異性カップルこそが正しく自然で家族として認めるにふさわしい「正統」あるいは「正当」な関係性であって、法律上の同性カップルはそうではないという考えだけである。しかし、それは、法律上の同性カップルは、親密な感覚・感情が法律上の同性に向くというだけで正常でなく劣った存在だと言っているのと同じである。今回被告が持ち出す「社会的承認」なるものは、このような差別意識の投影であり言い換えに他ならず、そのような社会的承認を根拠とする区別取扱いが合理的根拠を有するなどと言えるはずがない。

そもそも、上記の意味での法律上の異性カップルだけが持つ「社会的承認」は、社会的多数者であること及び婚姻できることが前提となって形成されてきたものであって、今なお、法律上同性のカップルに法律上の異性カップルと同視できるほどの社会的承認がないのは、彼らを婚姻制度から排除することによって法律上の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。現行制度が法律上の同性カップルの婚姻を認めていない中で、婚姻関係と同視し

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

【リンクはご自由にお貼りください】

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

得る社会的承認を法律上の同性カップルが得られるはずはない。被告の主張は、本件別異取扱いを、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。

#### (5) 婚姻制度以外の保障の有無は無関係であること

被告は、法律上同性のカップルに婚姻が認められないことについて、「同性間の人的結合関係に本件規定による特別の法的保護が与えられていないにとどまり、同性間において婚姻類似の人的結合関係を構築して維持したり、共同生活を営んだりする行為（自由）は何ら制限されるわけではない」（被告第2準備書面48頁）旨主張する。

しかし、本件別異取扱いに合理性があるというためには、法律上の同性カップルに対して本件別異取扱いをすること自体に合理性があるといえなければならないのであって、本件別異取扱いによる不利益が他の方法で部分的に緩和される可能性があることは、本件別異取扱いをすること自体に合理性があることを意味しない。

#### 4 小括

法律上の男女の生殖・養育に特に保護を与えることのみが婚姻の目的であるという被告の主張は、民法の解釈として誤っているうえ、仮に同目的を前提にしても、法律上異性のカップルであれば、自然生殖の可能性にかかわらず婚姻を認め、自然生殖の可能性がないことを理由に法律上同性のカップルには一律に婚姻を認めないとする本件別異取扱いを合理的に説明することはできない。被告は、本件別異取扱いとの合理性を説明するために、恣意的に立法目的を設定したと言わざるを得ない。

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

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」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5 結論

以上より、本件別異取扱いの合理性の有無については厳格に判断されなければならないところ、法律上同性のカップルを一律に排除する本件別異取扱いが正当化される余地はなく、本件規定は、憲法14条1項に違反することは明らかである。

以上