

【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6回期日(20221013)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7準備書面

(婚姻制度の目的について)

2022(令和4)年10月6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

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」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

目次

第1	はじめに	4
1	被告の主張.....	4
2	本準備書面の内容	4
第2	婚姻制度の目的は「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであるとする被告の主張は、法解釈として誤りであること	6
1	はじめに	6
2	被告の主張は、判例上、婚姻の意思の有無の判断及び離婚の可否の判断において、婚姻の当事者であるカップル間の親密関係の有無が重視されており、カップルの自然生殖可能性の有無は重視されていないことを説明できないこと.....	8
3	カップル関係規定と実親子関係規定との関連及び嫡出規定に関する寺田補足意見は、被告の主張の裏付けにならないこと	15
4	被告の主張は、カップルの意思決定の自由と平等を保障する憲法24条の趣旨に反すること	24
5	大阪地裁判決における婚姻制度の目的に関する判示	30
6	小括	31
第3	被告の主張する歴史的かつ伝統的な慣習は、実際の婚姻制度の歴史的経緯と一致していないこと	31
1	はじめに	31
2	律令制導入以前から律令制導入後の古代における婚姻.....	33
3	中世ないし近世における婚姻	34
4	明治初期から明治民法制定まで	36
5	明治民法制定から戦前まで.....	36
6	第二次世界大戦後家族法下の婚姻	37
7	小括	38
第4	現在の社会意識や立法政策から、「子を産み育てる関係」の保護機能を、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」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

制度を利用する唯一の目的と捉えることはできないこと	39
1 はじめに	39
2 婚姻と子を産み育てることに対する社会意識の変化	40
3 婚姻全体に占める高齢者の婚姻の割合の増加	45
4 特別養子縁組制度の充実化	47
5 リプロダクティブ・ライツと生殖補助医療	49
6 小括	51
第5 同性愛を精神疾患とする知見が、明治民法の立法者及び現行民法の立法者に 強い影響を与えた結果、法律上の同性カップルは婚姻制度から排除されたこと ..	51
1 はじめに	52
2 明治民法の立法者は、同性愛を精神疾患であるとする知見の強い影響のもと、 同性同士の婚姻を認めなかったこと	52
3 同性愛を精神疾患であるとする知見は、明治民法制定時すでに存在していた こと	53
4 同性愛を精神疾患とする知見は現行民法の立法者にも強い影響を及ぼし、近 年に至るまで存在していたこと	55
5 小括	55
第6 結語	56

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

第1 はじめに

1 被告の主張

被告は、法律上同性間の婚姻を認めない本件規定が憲法24条1項、同条2項、憲法14条1項に違反しない根拠として、婚姻は伝統的に自然生殖に結び付く異性間の制度と理解されてきたこと（被告第2準備書面7頁）、「明治民法における婚姻は、我が国の従来の慣習を制度化したものであり、男女のものであることが前提とされ」たこと（被告第2準備書面9頁）、現行民法でも、婚姻制度の目的は「一人の男性と一人の女性が子を生み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにあり、それ以外には存在しないこと（被告第2準備書面40頁以下、被告第3準備書面27頁以下及び40頁）等を主張し、法律上の同性カップルを婚姻制度から排除することは、かかる婚姻制度の目的との関連において合理的であるとする（被告第2準備書面46頁以下、被告第3準備書面33頁以下）。

2 本準備書面の内容

(1) 以上の被告の主張に対し、原告らは、第2準備書面において、婚姻制度の目的は親密関係の保護にあること（同「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）」）、法律上の同性カップルが明治民法及び現行民法において婚姻制度から排除されたのは、何ら正当性・合理性が認められない「異性愛規範」によるものであることを主張した（同「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」）。

(2) 本準備書面では、以上の点を一層明らかにするため、以下の各点

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

を主張する。

ア 第一に、被告の主張が法解釈として誤りであることを指摘する
(本書面第2)。

まず、被告は、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」(以下では「『一人の男性と一人の女性』の生殖関係」と言う。)の保護のみであると主張しているが、この解釈を前提とすると、様々な矛盾が生じる。具体的には、婚姻の意思の有無の判断及び離婚の可否の判断において、婚姻の当事者であるカップル間の親密関係の有無が重視されており、カップルの自然生殖可能性の有無は重視されていないこと、カップルの自然生殖可能性が婚姻の要件とされていないことを説明できない(本書面第2の2)。

また、被告は、婚姻したカップル間の権利義務を定める民法のカップル関係規定と実親子関係規定(民法772条から同法791条)の関連を自身の主張の根拠としているが(被告第2準備書面41頁以下、被告第3準備書面28頁から29頁)、カップルの自然生殖を前提としていない養親子関係規定(同法792条から同法817条の11)とカップル関係規定との関連を看過する点、婚姻制度における嫡出規定の意義を重視する寺田補足意見(後述)を誤読している点等において誤りである(本書面第2の3)。

そして何より、被告の主張を前提にすると、婚姻制度はカップルが子を産み育てることを求めていることになるが、これは、カップルの意思決定の自由と平等を保障する憲法24条の趣旨に反することは明らかである(本書面第2の4)。

加えて、大阪地方裁判所は、令和4年6月20日、法律上の同性カップルの婚姻を認めない本件規定を合憲とする判決を行った

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

(甲 A 2 4 8、「大阪地裁判決」という。)。大阪地裁判決は婚姻制度の目的について判示しているので、この判示の誤りについて後述する。

イ 第二に、被告が主張の前提とする事実関係においても誤りがあることを指摘する。

まず、被告は「一人の男性と一人の女性の人的結合関係」(被告第3準備書面24頁から25頁)を社会の基礎的単位とする慣習が歴史的に存在していたと主張するが、これは実際の婚姻制度の歴史的経緯と一致しない(本書面第3)。

次に、婚姻制度は「一人の男性と一人の女性」が「子を産み育てる関係」を保護する機能を有するが、現在の社会意識や立法政策に照らすと、同機能を婚姻の唯一の目的と捉えることはできない(本書面第4)。

そして、被告は、同性愛が精神疾患であるとの知見を立法事実として位置づけるのは誤りであると主張するが(被告第3準備書面36頁から40頁)、同性愛を精神疾患とする知見が、明治民法の立法者及び現行民法の立法者に強い影響を与えた結果、法律上の同性カップルは婚姻制度から排除されたことは明らかである(本書面第5)。

以下、詳論する。

第2 婚姻制度の目的は「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであるとする被告の主張は、法解釈として誤りであること

1 はじめに

被告は、婚姻制度の目的は「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであるから、自然生殖可能性がない法律上の同性カッ

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

プルを婚姻制度から排除することは立法目的との関連で合理的であると主張する（被告第2準備書面46頁以下、被告第3準備書面33頁以下）。

しかし、以下で述べるとおり、被告が重視するカップルの自然生殖可能性の有無は、判例上、婚姻の意思の有無の判断及び離婚の可否の判断において重視されていない（「2」）。また、被告は、カップル関係規定と実親子関係規定（とりわけ嫡出子に関する規定）の関連を自身の主張の根拠とするが、カップル関係規定はカップルの自然生殖を前提としない養親子関係規定とも関連している等の理由により、実親子関係規定との関連は被告の主張の根拠とはならない（「3」）。さらに、被告の主張はカップルの意思決定の自由と平等を保障する憲法24条の趣旨にも反している（「4」）。以上の指摘は、被告の主張と同様の判示をした大阪地裁判決にも妥当する（「5」）。このように、被告の主張（及び大阪地裁判決の判示）は法解釈として誤りであることは明らかである。

なお、被告は「自然生殖可能性」という用語（被告第2準備書面46頁等）について、その有無を「生殖能力の有無、子を作る意思の有無」（被告第3準備書面31頁）によって判断している。そこで、以下では、「自然生殖」とは、男女の性行為により膣内で射精された精子が、排卵された卵子と受精し、受精卵が子宮内膜に到達して着床することにより女性が懐胎するという一連の経過を指すもの（すなわち、生殖補助医療の利用による懐胎を除外するもの）として用いる。そして、「自然生殖可能性」の有無は、カップルの一方又は双方に自然生殖する能力があるか否か、また、カップルに子を産む意思があるか否かによって判断する。

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

2 被告の主張は、判例上、婚姻の意思の有無の判断及び離婚の可否の判断において、婚姻の当事者であるカップル間の親密関係の有無が重視されており、カップルの自然生殖可能性の有無は重視されていないことを説明できないこと

(1) はじめに

被告が主張するとおり、婚姻制度の目的が「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係」の保護のみであり、「夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を重要な要素とする」のであれば(被告第3準備書面32頁から33頁)、婚姻の成立の要件の一つである婚姻意思の有無の判断において、婚姻の当事者たるカップルに自然生殖可能性があることが重視されるはずである。また、婚姻による保護を終了させる離婚の可否の判断においても、婚姻の当事者たるカップルに自然生殖可能性がないことが重視されるはずである。

しかし、下記に述べるとおり、判例上、婚姻の意思の有無の判断において婚姻の当事者たるカップルの自然生殖可能性は重視されていない。離婚の可否の判断においても、同様である。むしろそこで重視されているのは、カップルの間の親密関係の有無である。これらの事実は、婚姻制度の目的は親密関係の保護であるとの原告らの主張と整合的であり、被告の主張が誤っていることの証左である。

(2) 判例上、婚姻意思の有無の判断において、カップルの自然生殖可能性は重視されておらず、親密関係の有無が重視されていること

ア 婚姻意思の内容

婚姻意思の内容について判例は、「当事者間に真に社会観念上

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

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」を有する場合を指すとしている（最判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁）。これは、婚姻意思の内容として「法律上の夫婦という身分関係を当事者間に設定しようとする意思」では足りず、何らかの実質的意思を要求する趣旨であると解されている。

イ 婚姻意思の有無の判断において、カップルの自然生殖可能性は重視されていないこと

「真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」とは何かを考察するうえで参考になる判例として、まず最判昭和44年4月3日民集23巻4号709頁がある。同最判は、カップルの一方（上告人）が、他方（A）が昏睡状態に陥っている間に届出を行い、Aは届出の翌日に死亡したという事案（いわゆる臨終婚）において、「本件婚姻届が死亡したAの意思に基づいて作成され、同人がその作成当時婚姻意思を有していて、同人と上告人との間に事実上の夫婦共同生活関係が存続していた」として、婚姻意思を肯定した。当該事案では、届出の時点においてカップルの一方（A）が昏睡状態に陥っていた以上、カップルに自然生殖可能性はなかったと考えられるが、最高裁は婚姻意思を認めた。

また、前掲・最判昭和44年10月31日は、子に嫡出子たる身分を与えることのみを目的としていたという事案（いわゆる仮装婚）において、「単に他の目的を達するための便法として仮託されたものにすぎない」として婚姻意思を否定した。当該事案のカップルには自然生殖可能性が認められたが（カップルには

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

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

すでに子がいた)、最高裁は、結論として婚姻意思を認めなかった。

このように、婚姻意思の有無の判断において、カップルの自然生殖可能性の有無は重視されていない。

ウ 婚姻意思の有無の判断において、カップルの親密関係の有無が重視されていること

前掲・最判昭和44年4月3日は、臨終婚の事案において婚姻意思を認める理由として、「届書作成当時婚姻意思があり、何等この意思を失ったことがなく、事実上夫婦共同生活関係が存続しているのにもかかわらず、その届書受理の瞬間に当り、たまたま一時的に意識不明に陥ったことがある以上、その後再び意識を回復した場合においてすらも、右届書の受理によつては婚姻は有効に成立しないものと解することとなり、きわめて不合理となる」ことを挙げる。このように、判例は、婚姻意思の有無を判断するにあたり、「事実上の夫婦共同生活関係」の存続¹、すなわち親密関係の存在を重視している。このことは、婚姻意思を認めなかった前掲・最判昭和44年10月31日において、婚姻当事者の一方には別に結婚予定の女性がいて、婚姻後直ちに離婚するつもりであり、婚姻の相手方と共同生活を送る意思がなかった(すなわち、親密関係がなかった)こととも整合する。

このように、婚姻意思の有無の判断において、カップルの親密関係の有無が重視されている。

¹ 前掲・最判昭和44年4月3日の事案では、当該カップルは、昭和22、3年頃から同棲生活を始め、それ以来同棲生活は、一時的には中断したものの、昭和40年4月にAが死亡するまで継続した(盛岡地判昭和41年4月19日、民集23巻4号724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6回期日(20221013)提出の書面です。

エ 小括

このように、判例上、婚姻意思の有無の判断において、婚姻の当事者たるカップルの自然生殖可能性の有無は重視されておらず、カップル間の親密関係の有無が重視されている。これは、婚姻制度の目的は親密関係であるという原告らの主張が正しいことを裏付けている。

被告は、婚姻制度の目的は「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであると主張するが、判例上、婚姻意思の有無の判断にあたって、カップルの自然生殖可能性が重視されていないのは不自然である。被告の主張はこの点を合理的に説明することはできず、この点からも、被告の主張が誤りであることは明らかである。

(3) 判例上、離婚の可否の判断において、カップルの自然生殖可能性は重視されておらず、親密関係の有無が重視されていること

ア はじめに

婚姻制度の目的が「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであるという被告の主張を前提とすれば、離婚の可否の判断においても、婚姻の当事者たるカップルの自然生殖可能性がないことが重視されるはずである。しかし、民法及び判例は、婚姻の意思の有無の判断と同様、自然生殖可能性の有無を重視しておらず、親密関係の有無を重視している。

イ カップルに自然生殖可能性がないことは具体的離婚原因とされていないこと

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

現行民法は、離婚原因（民法770条1項）として、5つの離婚原因を挙げる。そのうち、初めの4つは具体的離婚原因と呼ばれ、不貞行為（同項1号）、悪意の遺棄（同項2号）、3年以上の生死不明（同項3号）、回復の見込みのない強度の精神病（同項4号）である。これらの具体的離婚原因のいずれも、カップルの自然生殖可能性とは関係がない。

ウ 抽象的離婚原因における主たる考慮要素は親密関係の有無であり、カップルの自然生殖可能性の有無ではないこと

5つ目の離婚原因は、「その他婚姻を継続し難い重大な事由」（同項5号）である。これは抽象的離婚原因と呼ばれ、同項1号ないし4号以外の離婚原因がすべて含まれる。

「その他婚姻を継続し難い重大な事由」について、有責配偶者からの離婚請求の可否が争点となった最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁は、「夫婦が婚姻の目的である共同生活を達成しえなくなり、その回復の見込みがなくなった場合」と述べている。そして、同最大判は、「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」としたうえで、「夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至った場合には、当該婚姻は、もはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきであり、かかる状態においてなお戸籍上だけの婚姻を存続させることは、かえって不自然である」とした。「婚姻の目的である共同生活」「夫婦としての共同生活の実体」という表現から明らかなおり、「その他婚姻を

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

継続し難い重大な事由」においては親密関係の有無及びその回復の見込みが主に考慮されている。

他方、カップルの自然生殖可能性は、「その他婚姻を継続し難い重大な事由」において主たる考慮要素とされていない。抽象的離婚原因の具体例としては、暴行・虐待、重大な侮辱、不労・浪費・借財、犯罪行為、宗教活動、親族との不和、性生活の異常、性格の不一致・価値観の相違、疾病・障害、告訴・告発・訴訟提起等が挙げられているところ（甲A249・467頁以下）、性生活の異常ではセックスレスや性行為の異常性等が問題とされており、自然生殖可能性とは関係がない。また、生殖能力の異常は疾病・障害に該当しうるとも思われるが、生殖能力の異常は共同生活を送るうえで支障を生じさせるわけではない上、疾病・障害はこれを負った者に責任を問える問題ではないので、疾病・障害が離婚原因となるか否かはさらに具体的事情を勘案したうえで判断されるのが通常である（甲A249・476頁）。

このように、抽象的離婚原因における主たる考慮要素は親密関係の有無であり、カップルの自然生殖可能性の有無ではない。これは、すでに原告らが主張したとおり、明治民法下において、解釈論上「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ことからしても当然である（甲A149・210頁末尾～3行目、甲A145・14頁以下）。

エ 小括

以上より、判例上、離婚の可否の判断において、カップルの自然生殖可能性は重視されておらず、「婚姻の目的である共同生活」

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

や「夫婦としての共同生活の実体」の有無、すなわち、親密関係の有無が重視されている。これは、婚姻制度の目的は親密関係であるという原告らの主張が正しいことを裏付けている。

被告は、婚姻制度の目的は「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであると主張しているが、最高裁が「婚姻の目的である共同生活」と述べていることに反するうえ、判例上、離婚の可否の場面でカップルに自然生殖可能性がないことが主たる考慮要素とされていない点を合理的に説明することはできない。この点からも、被告の主張が誤りであることは明らかである。

(4) カップルの自然生殖可能性が婚姻の要件とされなかったのは、立法技術上の事情によるという被告の説明は誤りであること

被告は「民法は、婚姻の要件として自然生殖の可能性や意思を求めておらず、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ものの、そのことは、同法が子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としていることと何ら矛盾するものではない」と主張し、その理由として「パッケージとして構築される婚姻及び家族に関する制度においては、制度を利用することができるか否かの基準が明確である必要がある」ことを挙げる（被告第3準備書面44頁から45頁、被告第2準備書面30頁以下も同旨）。

しかし、立法技術上の要請からカップルの自然生殖可能性が婚姻の要件とされなかったという被告の主張は、事実と反する。

すなわち、そもそも、カップルの自然生殖可能性が要件とされ

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

なかったのは、原告らがすでに主張したとおり、明治民法以来、婚姻の本質は「両心の和合」(熊野敏三・岸本辰雄、甲A150)や「心の和合」(富井政章、甲A151)、「夫婦の共同生活」(穂積重遠、甲A155)にあるとされ、自然生殖可能性(「産子ノ能力」)を要件とすることは、「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」(甲A145・6頁)を採用する「我民法の精神を得たるものにあらず」(甲A150)と考えられてきたからである(原告ら第2準備書面8頁以下)。婚姻制度を利用することができるか否かの基準を明確にする必要があるという立法技術上の事情からカップルの自然生殖可能性が要件としなかったという説明なり議論が、現行の婚姻制度の原型が導入された明治民法制定の過程や、現行憲法制定に伴う家族法の改正の過程でなされた形跡もない。

したがって、立法技術上の事情は、カップルの自然生殖可能性が要件とされなかった理由となりえない。

(5) 小括

以上見てきたとおり、判例上、婚姻の意思の有無の判断及び離婚の可否の判断において、婚姻の当事者であるカップル間の親密関係の有無が重視されており、カップルの自然生殖可能性の有無は重視されていない。カップルの自然生殖可能性が婚姻の要件とされなかったのは、婚姻制度の利用基準の明確化という立法技術上の理由からではなく、カップルの親密関係を保護するという婚姻制度の目的の帰結である。

3 カップル関係規定と実親子関係規定との関連及び嫡出規定に関する

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

る寺田補足意見は、被告の主張の裏付けにならないこと

(1) はじめに

被告は、婚姻制度の目的は「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであると主張する根拠として、婚姻の効果に関する諸規定のうち、実子に関する規定（民法772条以下）や親権に関する規定（民法818条以下）（以下、「親子関係規定」という。）を挙げ（被告第3準備書面28頁）、嫡出推定（民法772条）や夫婦同氏（民法790条）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主張する（被告第2準備書面42頁、被告第3準備書面28頁から29頁）。

しかし、親子関係規定は、婚姻中の妻の懐胎により形成される実親子関係規定（民法772条から同法791条）と婚姻の当事者たるカップル間の自然生殖を前提としない親子関係である養親子関係規定（同法792条から同法817条の11）からなる。被告の主張は、婚姻したカップル間の権利義務を定める各規定（以下、「カップル関係規定」という。）と実親子関係規定の関連のみを前提としており、カップル関係規定と養親子関係規定との関連を看過している。しかも、被告の主張は、実親子関係規定は、婚姻の当事者が何らかの理由で「子を産み育てる」という選択をしない場合には当然に適用されないことも看過し、カップル関係規定と実親子関係規定との関連を過大視している。

また、被告は、婚姻制度における嫡出子に関する規定（以下「嫡出規定」という。）の意義を重視する寺田逸郎裁判官の補足意見（後述）を引用する。しかし、嫡出規定はカップルの自然生殖可能性が問題にならない養親子関係にも適用される上、実親子関係に適用される嫡出推定も法的父子関係と生物学的父子関係の不一致を

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

許容している。このように、嫡出規定は「一人の男性と一人の女性」の自然生殖可能性を問題としておらず、上記補足意見は被告の主張の根拠とはならない。

以下、詳論する。

(2) カップル関係規定と実親子関係規定及び養親子関係規定の関連は、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみとする被告の主張の根拠にならないこと

ア カップル関係規定と実親子関係規定との関連は被告の主張の根拠にならないこと

被告は、民法が婚姻の効果として夫婦間の権利義務を定めることによって、「夫婦関係の長期にわたる法的安定」を図っていることを認めつつ、これらのカップル関係規定は、実親子関係規定や親権に関する規定と「有機的に関連したものであって、生殖に結びついて理解される一人の男性と一人の女性の人的結合関係を前提としている」と主張する（被告第2準備書面41頁以下、被告第3準備書面28頁から29頁）。

被告の言う「有機的に関連」の意味は明らかではないが、確かに、民法は、父子関係の形成について、妻が婚姻中に懐胎したときは、当該子の父は当該子の母の夫であると「推定」という方法を採用している（民法772条1項）。ここでいう「推定」は、嫡出否認の訴えの厳格な期間制限（同法777条）からすれば、擬制の意味に近いと解されている。このように、子の父を当該子の母の夫とするという意味において、カップル関係規定は実親子関係規定と関連していると言える。

もっとも、被告の主張は、「子を産み育てる」という選択をし

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

ないカップルの存在を看過している。「子を産み育てる」という選択をしないカップルには実親子関係規定が適用されることはない。したがって、カップル関係規定と実親子関係規定との関連は、カップルが「子を産み育てる」という選択をした場合には実親子関係規定の適用を受けるという限りのものである。

したがって、カップル関係規定と実親子関係規定との関連は、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみとする被告の主張の根拠にならない。

イ 被告の主張はカップル関係規定と養親子関係規定との関連を看過していること

被告は、カップル関係規定と実親子関係規定の関連にしか言及しないが、カップル関係規定は養親子関係規定にも関連している。

すなわち、養親子関係において、養子は縁組の日から養親の嫡出子の身分を取得するが(民法809条)、婚姻したカップルの一方が未成年者を養子とするときは、未成年者の福祉の観点から、配偶者とともにしなければならないとされている(同法795条本文)。これは特別養子縁組においても同様である(同法817条の3)。このように、養親子関係規定も、カップルの双方が親になる仕組みを用意することで、カップル関係規定と関連している。

このように、カップル関係規定は、カップルの自然生殖を前提にしていない養親子関係規定とも関連しているところ、被告の主張はこの点を看過している。

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

ウ カップル関係規定と実親子関係規定との関連を、カップル関係規定と養親子関係規定との関連よりも重視する理由はないこと

民法は、親子関係の形成に関する規律として、実親子関係（婚姻中に妻が懐胎した場合）と、養親子関係（カップルが養子縁組をした場合）の双方を規定しているところ、民法の構成上、親子関係規定（「第四編 親族」「第三章 親子」）は、実親子関係を「第一節 実子」に、養親子関係を「第二節 養子」に配置しており、両規定を相互に独立したものとして並列的に規定している。養子は縁組の日から養親の嫡出子の身分を取得するとされているなど（民法809条）、実質的に見ても、養親子関係は実親子関係に劣位するもの（ないし実親子関係を補充するもの）として位置づけられていない。

したがって、実親子関係規定と養親子関係規定は、相互に独立した並列的な関係にあり、カップル関係規定と実親子関係規定との関連を、カップル関係規定と養親子関係規定との関連よりも重視する理由はない。

エ 小括

以上のとおり、カップル関係規定は、実親子関係規定のみならず養親子関係規定とも関連しており、実親子関係規定との関連のみに着目して、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護に限られると結論付けることはできない。

被告は、別の箇所で、「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ものにほかならず」、「法制度としてその全体が有機的に関連して構築されているものであるから、法制度の一断片のみを取り出して検討することは相当では

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

ない。」と述べる(被告第2準備書面30頁から31頁)。しかし、実際のところ、被告は自らの主張に都合が良い実親子関係規定の「一断片のみを取り出して」主張を構築しているのであり、この点からも被告の主張が到底採用できるものではないことは明らかである。

(3) 寺田補足意見は被告の主張の裏付けにならないこと

ア はじめに

被告は、「婚姻を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(790条)等を定めるところが[原文ママー原告ら訴訟代理人]、異性間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるものであるといえる」と主張し(被告第3準備書面29頁)、当該主張の根拠として、被告は、最小三決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁(性同一性障害特例法により性別取扱いを女性から男性に変更した者に対する嫡出推定の適用を肯定)及び最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁(夫婦同氏合憲判決)のそれぞれに付された寺田逸郎裁判官の補足意見(以下、それぞれを「平成25年寺田補足意見」及び「平成27年寺田補足意見」といい、総称して「寺田補足意見」という。)を引用する。

しかし、原告ら第4準備書面29頁から30頁において論じたとおり、平成25年寺田補足意見も平成27年寺田補足意見も、被告の主張を裏付けるものではない。この点を一層明らかにするため、これらの寺田補足意見が重視する嫡出規定は被告の言う「一人の男性と一人の女性」の自然生殖可能性を前提としておらず、寺田補足意見においても婚姻制度の目的が「一人

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみとされていないことを論じる。

イ 嫡出規定の適用にあたり「男女カップル」の自然生殖可能性は問題とならないこと

平成25年寺田補足意見は「男女カップルに認められる制度としての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、その中でも嫡出推定は、父子関係を定める機能まで与えられていることから中心的な位置を占める」、平成27年寺田補足意見は「男女間に認められる制度としての婚姻を特徴づけるのは、嫡出子の仕組み(772条以下)をおいてほかになく、この仕組みが婚姻制度の効力として有する意味は大きい」などと述べており、婚姻制度における嫡出規定の意義を重視している。

しかし、そもそも嫡出子としての身分を取得することができるのは、実子に限られない。養子も、縁組の日から養親の嫡出子の身分を取得する(民法809条)。このように、寺田補足意見が重視する嫡出規定は、「男女カップル」の自然生殖を前提としない養親子関係にも適用される。

また、実親子関係にのみ定められている嫡出推定規定についても、その要件は妻が婚姻中に懐胎したことのみであって、「男女カップル」の自然生殖可能性を問題としていない。実際、前掲・最小三決平成25年12月10日の事案では、婚姻の当事者間に自然生殖可能性はなかったが、最高裁は嫡出推定規定が適用されることを認めた。

また、嫡出推定の適用を受ける夫は、子の出生を知った時から

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

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

1年以内に嫡出否認の訴えを提起しなければ、生物学的父子関係のない当該子との法的父子関係を否認することはできないが、もし嫡出規定が「男女カップル」の生殖関係を保護することのみをその目的としているのであれば、上記のような嫡出否認の訴えに対する期間の制限を加えなかったはずである。嫡出規定が法的父子関係と生物学的父子関係の不一致を許容してまで出訴期間を厳格に制限した趣旨は、身分関係の法的安定を保持することにより子の福祉を図る点にある（最判昭和55年3月27日家月32巻8号66頁）。すなわち、いったん嫡出推定により父子関係が形成されたとしても、その後否認される可能性がいつまでも存する場合には、子は父から継続して養育を受けられるか不透明となるが、このような事態は子の福祉に反することに鑑み、民法は出訴期間及び否認権者を厳格に制限したのである。推定の及ばない子に関して判例（最判平成26年7月17日民集68巻6号547頁等）がいわゆる外観説を維持しているのも、この点を重視したものである。

このように、寺田補足意見が重視する嫡出規定は、「男女カップル」の自然生殖可能性を前提としていないのであるから、寺田補足意見が嫡出規定を重視していることは、被告の主張の根拠たりえない。

ウ 平成25年寺田補足意見は、婚姻制度の目的としてカップルの親密関係の保護を考慮していること

さらに、被告がその主張の根拠として挙げる平成25年寺田補足意見は、以下の点において、婚姻制度の目的は「男女カップル」の生殖関係の保護のみであるとの被告の主張の裏付けには

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

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

ならない。

まず、平成25年寺田補足意見は、確かに、「男女カップルに認められる制度としての婚姻」を特徴づけるのは、嫡出子の仕組みをおいてほかになく、その中でも嫡出推定は、父子関係を定める機能まで与えられていることから中心的な位置を占める」

(下線部原告ら訴訟代理人)と述べており、婚姻制度における嫡出規定を重視しているが、上記補足意見は、嫡出子の仕組みを、あくまで「男女カップルに認められる制度としての婚姻」を特徴づけるもの(下線部原告ら訴訟代理人)として位置づけているにとどまり、そもそも論として法律上の同性カップルも視野に入れた婚姻制度全体の目的を決定づける本質的効果として位置づけていない。

加えて、平成25年寺田補足意見は、「夫婦となることの基本的な法的効果」(下線部原告ら訴訟代理人)として、嫡出推定に加えて、「相互に協力・扶助をすべきこと、その財産関係が特別の扱いを受けること及び互いの相続における相続人たる地位、その割合がある」とし、「これらは、本質的には、とりわけ強く結び付いた共同生活者であるがゆえの財産関係の規整であり、扶養の必要性の反映であると解される」と述べている。このように、平成25年寺田補足意見は、同居・協力・扶助義務等を、共同生活者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位置づけている。つまり、平成25年寺田補足意見は、婚姻制度における嫡出規定を重視しつつも、カップルの共同生活(親密関係)保護も同様に重視しているのであり、同補足意見は、婚姻制度の目的を被告が主張するように「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護にのみあると理解しているわけではない。

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

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

この点からも、寺田補足意見は、婚姻制度の全体の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであるとする被告の主張の裏付けにならない。

エ 小括

このように、寺田補足意見は、婚姻制度における嫡出規定の意義を重視しているが、前掲・最小三決平成25年12月10日が明らかにしたとおり、そもそも嫡出規定の適用において「男女カップル」の自然生殖可能性は問題とならない。また、寺田補足意見も婚姻制度の目的としてカップルの親密関係の保護を考慮している。したがって、寺田補足意見は、被告の主張の裏付けにはならない。

(4) 小括

被告は、カップル関係規定と実親子関係規定との関連を自身の主張の根拠としているが、婚姻したカップルが必ず実親子関係規定の適用を受けるわけではないこと、カップル関係規定はカップルの自然生殖を問題にしない養親子関係とも関連していることを看過している。そして、嫡出規定の位置づけに関する寺田補足意見を自身の主張の根拠としているが、嫡出規定及び寺田補足意見の趣旨を誤読している。

よって、この点に関する被告の主張は認められない。

4 被告の主張は、カップルの意思決定の自由と平等を保障する憲法24条の趣旨に反すること

(1) はじめに

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

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

被告は、明治民法が憲法24条を受けて1947年に全面改正されて現行民法が制定されたところ、憲法24条には「両性」及び「夫婦」という文言が使用されているから、憲法24条は「一人の男性と一人の女性」の婚姻を前提としていると主張する(被告第2準備書面12頁以下、被告第3準備書面5頁以下)。

しかし、被告の主張は、憲法24条の文言の辞書的な意味のみに拘泥し、その趣旨を無視するものである。原告らが繰り返し主張しているとおおり、憲法24条の趣旨は、明治民法下の「家」制度を全面的に改めるため、婚姻を含む家族生活について民主主義の基本原則である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を特に定める点にある(訴状30～32頁及び52～54頁、原告ら第3準備書面14頁以下)。

被告が引用する1947年の明治民法改正の提案理由(乙6、乙7)で言及されているとおおり、明治民法の親族編・相続編には「この新憲法の基本原則[原告ら訴訟代理人注一憲法24条]に抵触する幾多の規定」があった(被告第2準備書面9頁)。憲法24条に抵触するとして改廃された明治民法の親族編等の規定には、「家」を存続させることを目的とした規定、すなわち妻に跡継ぎとなる子を産ませることを目的とした規定が存在していた。このことから明らかなおおり、憲法24条は、カップルが子を産み育てるか否かについて法は干渉せず、カップルの自由かつ平等の意思決定に委ねるとすることを求めている。しかし、被告の主張を前提とすると、子を産み育てる選択をしたカップルの意思決定は、そうでない選択をしたカップルの意思決定よりも保護されることになるが、これは、明らかに憲法24条に反する。このように、被告の主張は、憲法24条の観点からも正当化できない。

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

以下、詳論する。

(2) 明治民法における婚姻

ア 明治民法における婚姻の成立

明治民法においても、婚姻の本質は「心の和合」(富井政章、甲A151)や「夫婦の共同生活」(穂積重遠、甲A155)にあるとされ(原告ら第2準備書面8頁以下)、近代的婚姻の原則が導入された(同11頁以下)。

しかし、「家」制度の下では、戸主が家族の婚姻や縁組に対する同意権を有していた(明治民法750条)。また、婚姻障害の一つとして、姦通によって離婚した妻は姦通の相手方(相姦者)と婚姻することができないとされた(明治民法768条)。

このように、カップルが合意のみによって自由に婚姻することができるという近代的婚姻の原則は「家」制度の桎梏により貫徹されなかった。

イ 明治民法における婚姻の維持

明治民法下においては、妻は無能力とされ(明治民法14条)、夫が妻の財産の使用収益権・管理権を有していた(明治民法799条、同801条)。また、家にある子は父の単独親権に服することとされ、母に親権は認められなかった(明治民法877条)。

加えて、妻の姦通は厳しく禁止された。妻の姦通は犯罪とされると同時に(明治刑法183条)、姦通によって離婚した妻は相姦者と婚姻することができないとすることで民法上も制裁を加えられた。他方、夫の姦通は禁止されるどころか、夫が妻以外の女性との間で子(「庶子」)をもうけることが想定されていた(明

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

治民法728条)。これは、妻の姦通を禁止することで、妻が産む子が夫の子(「家」の血統を継ぐ子)であることを確保すると同時に、夫の姦通を許容して夫が妻以外の女性に自分の子(「家」の血統を継ぐ子)を産ませる機会を確保する趣旨、すなわち「家」の存続を図る趣旨であった(甲A145・7頁)。

ウ 小括

このように、明治民法下において、妻は、婚姻の成立の場面と、財産管理や生殖・養育等の婚姻の維持の場面の双方において、夫及び「家」に隷属していた。とくに、「家」を存続させるために、性的意思決定の自由に関して夫婦間の著しい差別が許容されていた。

(3) 新憲法及び現行民法における婚姻

ア 新憲法及び現行民法における婚姻の成立

上記の歴史に対する反省を踏まえ、憲法24条1項前段は、婚姻は「合意のみに基いて成立」とした。その趣旨を実現するため、明治民法は改正された。たとえば、戸主の同意権は廃止され、婚姻障害のうち「家」制度を前提としていた規定(姦通によって離婚した妻が相姦者と婚姻することを禁止する明治民法768条等)も削除された。これにより、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするか」は「当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられる」ことになった(再婚禁止期間違憲判決(最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁)、甲A217参照)。

ここで、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」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6回期日(20221013)提出の書面です。

関係の保護のみとする被告の主張を前提とすれば、子を産み育てることを企図していないカップルが、婚姻をすることを自由かつ平等に意思決定したとしても、そのような意思決定は、婚姻制度が保護するものではないことになり、子を産み育てることを企図しているカップルの意思決定よりも劣位に置かれることになる。このような帰結が、カップルの自由かつ平等な意思決定を尊重する憲法24条1項の趣旨に反することは明らかである。

イ 新憲法及び現行民法における婚姻の維持

明治民法下の婚姻が、妻が夫及び「家」に隷属することにより維持されていたことへの反省を踏まえ、憲法24条1項後段は、「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」と定めた(下線部原告ら訴訟代理人)。これは、婚姻の成立だけでなく、婚姻の維持の場面においても、個人の尊厳と両性の本質的平等(憲法24条2項)が実現されることを求める趣旨、すなわち、婚姻したカップルの一方(夫)が他方(妻)を財産管理や生殖・養育等をめぐって支配し従属させることによって維持された明治民法下の婚姻を否定する趣旨である。この趣旨を実現するため、「家」制度を前提としていた諸規定(妻の財産管理を否定する諸規定や「家」の血統を継ぐ子の確保を目的としていた諸規定)は削除され、同居・協力・扶助義務(民法752条)や婚姻費用分担(民法760条)・夫婦財産共有(民法762条)等が定められた。

ここで、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみとする被告の主張を前提とすれば、婚姻制度は、生殖関係を保護することにより、カップルが子を産み育てるこ

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

【リンクはご自由にお貼りください】

「結婚の自由をすべての人に」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

とを求めていることになる。しかし、憲法24条1項は、子を産み育てるか否かはカップルの自由に委ねたうえで、もしカップルが子を産む／育てるという選択する場合には、カップルが、対等な立場で自由に意思決定し、相互に協力する関係を維持することができることを求めているのであって、カップルが子を産み育てることを求めている。よって、被告の主張は、個人の尊厳と両性の本質的平等を婚姻の維持の場面で実現しようとする憲法24条1項に反する。

ウ 小括

このように、憲法24条が謳う個人の尊厳と両性の本質的平等を実現するため、妻を夫及び「家」に従属させる明治民法の規定が改廃された。これにより、婚姻に関するカップルの意思決定は等しく尊重され、「家」の存続を目的とした、性的意思決定の自由に関する夫婦間の著しい不平等は、婚姻制度上は解消されることになった。子を産み育てるか否かについては、カップルの自由かつ平等な意思決定に委ねられ、意思決定の内容を問わず尊重されるとするのが憲法24条の要請に適う。

しかし、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみとする被告の主張によれば、子を産み育てるという選択をしたカップルの意思決定は、子を産み育てないという選択をしたカップルの意思決定よりも保護に値することになる。このような帰結が憲法24条に反することは明らかである。

(4) 小括 (被告の主張は憲法24条の趣旨に反すること)

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

このように、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみであるとする被告の主張は、子を産み育てることに関してカップルの意思決定の内容に優劣を生じさせることになるから、カップルの自由かつ平等な意思決定を保障する憲法24条1項の趣旨に反することは明らかである。

5 大阪地裁判決における婚姻制度の目的に関する判示

最後に、大阪地裁判決における婚姻制度の目的に関する判示を確認し、その誤りを指摘する。

婚姻制度の目的に関し、大阪地裁判決は、「本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、婚姻を、単なる婚姻した二当事者の関係としてではなく、男女が生涯続く安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係として捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係に、社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるものと考えられる」(大阪地裁判決29頁から30頁)と述べ、本訴訟における被告の主張と同様の理解を示した。

上記判示の前提として、大阪地裁判決は、「現在の婚姻制度は、民法において、婚姻当事者である夫婦の権利義務について定める規定だけでなく、嫡出推定制度等親子関係を定める規定(同法772条以下)や親権に関する規定(同法818条以下)等、婚姻した夫婦とその間の子について特に定めた規定があり、戸籍法では、夫婦の婚姻の届出(同法74条)のほか、子の出生時の届出(同法49条1項)や、子の親の戸籍への入籍(同法18条)などについての規定もある」(同29頁)、「現行の婚姻制度には、嫡出推定の規定等、

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

その重要部分において、夫婦が自然生殖可能であることを前提に作られた規定もあり、これらの規定の存在は婚姻制度全体と密接不可分に結びついているとも考えられる」(同34頁、下線部原告ら訴訟代理人)と述べる。

しかし、婚姻制度においてカップル関係規定と親子関係規定(とりわけ嫡出規定)が関連しているからといって、そのことから直ちに婚姻制度の目的を上記のように解する根拠にならないことは、上記3(2)で論じたとおりである。また、嫡出規定の適用にあたりカップルの自然生殖可能性は問題とならないことも、上記3(3)で論じたとおりである。

したがって、婚姻制度の目的に関する大阪地裁判決の上記判示は、民法の解釈として誤りである。

6 小括

以上のとおり、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみとする被告の主張は、民法のカップル関係規定及び親子関係規定の解釈としても、憲法24条1項の解釈としても、誤りであることは明らかである。

第3 被告の主張する歴史的かつ伝統的な慣習は、実際の婚姻制度の歴史的経緯と一致していないこと

1 はじめに

被告は、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」の保護であり、「夫婦間の生殖及びそれによる子の養育を重要な要素とする」と主張するが(被告第3準備書面32頁から33頁)、その根拠として、「本件規定の

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

淵源は、「我が国において、一人の男性と一人の女性の人的結合関係が、今後の社会を支える次世代の子を産み、育みつつ、我が国の社会を構成し、支える自然的かつ基礎的な集団単位である家族をその中心となって形成しているという実態があつて、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存在していることを背景に、男女間の結合としての婚姻の慣習が法制度化されたことにある」ことを挙げる(被告第3準備書面24頁から25頁)。現行の婚姻制度の原型が導入されたのは明治民法によってであるから、被告は、明治民法制定時において、既に、我が国において、「一人の男性と一人の女性の人的結合関係とその間に生まれた子から構成される家族」を社会の基礎的単位とする考え方が歴史的かつ伝統的な慣習として存在しており、明治民法は、そのような考え方を法律婚として制度化し、それが現行民法にも引き継がれているという趣旨を主張するのだと解される。

また、大阪地裁判決も、この点に関し同趣旨のこと、すなわち、「人類には、古来から、男女が共同で生活を営み、自然生殖により子が生まれることにより子孫を残し、次世代へ承継してきた実態が歴史的・伝統的に存在していたところ、近代社会において、このような一人の男性と一人の女性との人的結合関係とその間に生まれた未成熟子から構成される家族が、社会を構成する自然かつ基礎的な集団単位として認識されるとともに、その家族の中心的存在である男女の人的結合関係が、特に婚姻関係として社会的に承認され、保護されるようになった」、「我が国においても、明治以前から男女が共同体を築き家族を形成してきた関係が存在し、その関係が慣習上も結婚ないし婚姻として社会で認められていたところ、明治民法における法制度の近代化に伴い、上記のような慣習が法律婚として制度

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

化された」、明治民法において婚姻は男女間のものとして考えられており、この考えは現行民法に承継された等と述べる（甲A248・28頁～29頁）。

しかし、我が国において、「一人の男性と一人の女性の人的結合関係とその間に生まれた子から構成される家族」が社会を構成する基礎的単位であるとする考え方が古来から存在したとか、現行の婚姻制度の原型は明治民法制定時や現行憲法のもと家族法が大改正された時点で歴史的・伝統的に存在した慣習であるというのは、歴史的な事実と反する。

この点を明らかにするため、以下、婚姻に関する慣習の歴史的変遷を簡潔に述べる。

2 律令制導入以前から律令制導入後の古代における婚姻

(1) 一夫多妻制

律令制導入前の古代の日本の様子が記された「魏志倭人伝」には「大人（身分の高い人）」であれば4人か5人の妻、「下戸（身分の低い人）」にも2、3人の妻がいるとの記載がある（甲A250『日本家族法史論』47頁以下）。

また、律令制導入後は、夫からみて妻と妾（ここでいう妾とは嫡妻に対する第二妻を意味する）は二等親とされており（甲A250・48頁）、古代では一夫多妻制がとられていた。

(2) 婚姻形態（共同生活の有無・態様等）

古代の婚姻形態については、学説上、婚姻当初は妻問婚（訪婚）が行われていても最終的には妻が夫方居住に移る嫁入婚（嫁取婚）の形態が原則であったとするものと、古代においては妻問婚ない

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

し婿取婚が行われており、通いによる生涯的別居ないしは妻方居住が一般的であったとするもの、妻方居住と新処居住の並存、まれに社会の上層において夫方居住があったとするものがある(甲A251『日本法制史』52頁以下)。

婚姻に関して学説がほぼ一致して認めているのは古代の風習として求婚ないし夫による通いの性格をもつ「妻問い(ツマドイ)」が行われていたということである(甲A251・53頁)。また、律令が規定する婚姻の解消事由とは別に、「令集解」、「令義解」の注釈では一定期間夫婦の往来がない場合は妻の側から婚姻を解消できると説明しており、このような婚姻風習の下では、明確な婚姻儀礼がなく恋愛と結婚の区別があいまいであったこと、居住形態は多様で明確な居住規制は存在しなかったこと、婚姻が流動的で離婚・再婚が多かったことなどが特徴として挙げられる(甲A251・53頁)。

(3) 小括

このように、古代では一夫多妻制の慣習とそれを前提とした法制度が存在した。そして、古代の夫婦の共同生活の実態については学説上争いがあり、古来から「一人の男性と一人の女性」が共同で生活を営み子を産み育ててきた実態が存在したとまでは評価することはできない。

3 中世ないし近世における婚姻

平安末期以降になると、夫が自領を離れることが難しいという事情から武家で妻問婚ではなく嫁入婚が行われるようになり、室町時代になると公家も含めて嫁入婚が一般の慣習となって婚姻形態に変

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

化が生じたが、一夫多妻制は続いた (甲 A 2 5 1 ・ 1 2 0 頁以下)。

また、平安後期には古代以来の同族集団である「氏(ウジ)」が徐々に衰退し、「氏」より小規模な、新たに家業・家産・家名等の永続的な継承を目的に結合する父系出自集団たる「家(イエ)」という親族団体が社会の基礎単位として成立するようになった (甲 A 2 5 1 ・ 1 1 8 頁)。

さらに、室町期以後から江戸時代にかけて「家(イエ)」の構成員の内容が変化し、「家」の構成員は、当主と配偶者、その直系卑属あるいは直系卑属の配偶者を基本とするものとなった (甲 A 2 5 1 ・ 2 0 3 頁)。

江戸時代に入ると重婚が禁止され、1733年には妾を妻に直すことは厳禁されたが、武家では妾は公認されていた。さらに、江戸時代の半ばころまでは庶民で妾をもつ者は商人や地主などの富裕者の一部であったが、幕末頃には藩邸に勤務する侍や商店の奉公人まで妾を囲う風潮が広がった (甲 A 2 5 1 ・ 2 0 4 頁以下)。

江戸時代女子修身書である「女大学」でも、七去(夫が妻と離婚できる七つの事由)として「子なき女は去るべし。是れ妻を娶るは子孫相続の為なればなり」との記載に続けて「妾に子あらば妻に子なくとも去るには及ばず」と書いており、明確に妾を認めている (甲 A 2 5 0 ・ 4 8 頁)。

このように、一夫多妻制の慣習は長きにわたって続いた。また、社会の基礎的単位であった「家」は、父系出自集団としての親族団体から基本的に当主と配偶者、その直系卑属あるいは直系卑属の配偶者を構成員とするものへ変化していった。

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

4 明治初期から明治民法制定まで

明治新政府は当初、当時慣習として確立していた一夫多妻制を継承しようとし、明治3年の新律綱領はその五等親図において妾について妻とともに夫に対する2等親として位置づけた。しかし、明治13年旧刑法は、妾条項を廃止し、妾に姦通罪を科することもなくなった(甲A251・305頁)。そして、明治民法が重婚を婚姻取消原因とすることによって、法律上は一夫一婦制の原則が確立された(甲A145・5頁)。

このように明治民法は一夫一婦制を採用しているが、明治民法制定時には慣習として上記のとおり一夫多妻制が存在した。つまり、明治民法制定時において、「一人の男性と一人の女性の人的結合関係とその間に生まれた子から構成される家族」を社会の基礎的単位とする考え方が歴史的かつ伝統的な慣習として存在したという事実や、そのような慣習を、明治民法が法律婚として制度化したという事実は存在しない。一夫一婦制は、近代的婚姻の原則を我が国に導入するという立法目的のもと、当時の一夫多妻制の慣習を否定するために導入されたのである。

5 明治民法制定から戦前まで

前述したとおり、明治民法の下で、法律上は、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確立した。

しかし、その一方で、前述したとおり、明治民法には家族の婚姻に対する戸主の同意権(明治民法750条)と子(男30歳まで女25歳まで)の婚姻に対する父母の同意権(同772条、同773条)といった「家」制度が設けられ、自由な合意による婚姻という婚姻法の原則に大きな規制が加えられた(甲A145・6頁)。このこと

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

が示すように、家族は一人の男性と一人の女性の人的結合とその間に生まれた子という形で理解されていたわけでは無く、あくまで戸主を中心として理解されていたのである。

6 第二次世界大戦後家族法下の婚姻

第二次世界大戦後、応急措置法の制定から始まり、家族法の改正、戸籍法の全面改正(甲A251・374頁、375頁)を通じて「家」制度が廃止されたことで、ようやく当事者の合意による婚姻の成立と、婚姻を個人と個人の権利義務関係と捉えることを基本原理とする近代的婚姻制度が法律上体现された。

しかし、1950年代になっても家制度的な実態・封建的家族観は根強く存在し、「当時の農村では、農業収入は家に帰属し、各構成員はこれにより庇護を受け、夫婦と未成年の子という家族は16%に過ぎなかった」(甲A145・19頁)。つまり、戦後憲法のもと大改正された家族法が施行されていた1950年代ですら、家族の実際の在り方や家族の在り方に対する考え方は、被告や大阪地裁判決の言う「一人の男性と一人の女性の人的結合関係とその間に生まれた子から構成される家族」からは大きくかけ離れていた。

家族の実際の在り方や家族の在り方に対する考え方が「一人の男性と一人の女性の人的結合関係とその間に生まれた子から構成される家族」に接近したのは、1960年代以降の高度経済成長期以降であった。すなわち、1960年代以降の高度経済成長期に入ると「家」制度の事実上の解体と並行して、「男は仕事、女は家庭」という性別役割分業を特徴とする夫婦と未成年の子という家族が「標準的家族像」として定着するようになった(甲A145・20頁)。上記の性別役割分業構造を背景に、高度経済成長期で社会的に婚姻に

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

期待された役割は、次世代の労働力を確保するために出産・子育てを行うことであった(甲A145・20頁)。

しかし、1980年代後半になると、性別役割分業構造が課題として取り上げられ、性別役割分業構造を克服しようとする試みが行われると共に、国勢調査からも、夫婦と未成年の子で構成された家族のみを標準的な家族と考える社会意識が変化し、家族の形態の多様化がみられるようになった(甲A145・20～22頁)。

このように、戦後家族法下においても家族観や家族の実態の変化が起きていた。

7 小括

以上のとおり、被告や大阪地裁判決が言う「一人の男性と一人の女性の人的結合関係とその間に生まれた子から構成される家族」が社会を構成する基礎的単位であるとする考え方は、古来から確立されていたわけでも、現行の婚姻制度の原型が導入された明治民法制定時や現行憲法に基づき家族法が大改正された時点において、すでに歴史のかつ伝統的な慣習として存在していたわけでもない。歴史的にみると、我が国では、一夫多妻制が長きにわたって慣習として行われており、社会の基礎的単位の構成員に対する考え方も変遷している。

明治初期においても一夫多妻は慣習として行われていたが、明治民法は、近代的婚姻の原則を我が国に取り入れるために、当時の慣習を否定して、一夫一婦制の婚姻制度を制定したのである。

また、上述したとおり、古代から現代にかけて、婚姻制度・社会の基礎的単位の構成員に対する考え方は大きく変化しており、戦後家族法下においても家制度的価値観からの脱却、「標準的家族像」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6回期日(20221013)提出の書面です。

定着、「標準的家族像」以外の家族の形態の多様化と、婚姻の在り方・家族観は大きく変化している。

被告や大阪地裁判決の言う「一人の男性と一人の女性との人的結合関係とその間に生まれた子から構成される家族」というのは、高度経済成長期に定着した「標準的家族像」の家族であり、そのような家族は、今日の社会で存在する多様な家族のモデルの一つに過ぎない。

よって、「一人の男性と一人の女性の人的結合関係とその間に生まれた子から構成される家族」を社会の基礎的単位とする考え方が歴史的・伝統的に慣習として存在し、それを法制化して法的な保護を与えたとする被告の主張や大阪地裁判決の認定は誤りであり、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」の保護のみであるとの被告の主張の根拠とはなりえない。

第4 現在の社会意識や立法政策から、「子を産み育てる関係」の保護機能を、婚姻制度を利用する唯一の目的と捉えることはできないこと

1 はじめに

被告は、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」の保護のみであると主張する(被告第3準備書面40頁)。

しかし、後記詳述するとおり、近時、人々が婚姻制度を利用する目的(以下、婚姻制度の目的と区別して「婚姻制度を利用する目的」という。)は多様化しており、現在の社会意識や各種立法政策からは、「子を産み育てる関係」の保護機能を、婚姻制度を利用する唯一の目的と捉えることはできず、「子を産み育てる関係」の保護機能は婚

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

姻制度が果たす様々な役割の一つとして捉えられていると解するのが相当である。

2 婚姻と子を産み育てることに対する社会意識の変化

(1) 「結婚したら子を産み育てるべきである」という規範意識の低下

明治民法下においては、妻は夫の子（家の血統を継ぐ子）を産み育てることを強制され、戦時体制に移行するなかで男子を産み育てることが国策として奨励された(甲A145・18～19頁)。戦後においては、子を産み育てることはカップルの自由かつ平等な意思決定に委ねられた（憲法24条1項参照）はずであるが、現実には人々の間に「結婚したら子を産み育てるべきである」という規範意識が根強く残存した。

しかし、1980年代以降、グローバル化の加速に伴うライフスタイルの多様化や、性別役割分業構造に対する課題意識とこれを克服しようとする試みの広がりなどを背景に、「結婚したら子を産み育てるべきである」という規範意識も低下していった。

例えば、2018年に実施されたNHK「日本人の意識調査」によると、「結婚したら、子どもをもつのが当たり前だ」と回答した者は33%であり、1993年調査時の54%から大幅に減少した。また、「結婚しても、必ずしも子どもをもたなくてよい」と回答した者は全体の60%であり、1993年時調査の40%から大幅に増加している（甲A252号証・NHK「日本人の意識調査（2018年）」webニュース版）。二宮意見書（甲A145・23～26頁）は、上記のNHK「日本人の意識調査」（2018年）やその他の意識調査を分析し、「規範意識として婚姻と生

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

殖・子育ての結びつきは相対的に低下ないし弱くなっており、生殖・子育ての重要性は低減していると評価することができる」(甲A145・25頁)と述べている。

さらに、2022年9月9日、「第16回出生動向基本調査(結婚と出産に関する全国調査)」が公表された(甲A253・「第16回出生動向基本調査(結婚と出産に関する全国調査)」22頁)。当該調査結果によると、「結婚の利点(複数選択可)」として「自分の子どもや家族をもてる」を挙げた独身者の割合は、第9回(1987年)調査時以来ほぼ一貫して増えていたが、今回は減少に転じ、とくに「自分の子どもや家族をもてる」を挙げた女性は前回調査から10ポイント近く減少して39.4%となった。

このように、「結婚したら子を産み育てるべきである」という規範意識は明らかに低下している。

(2) 子を産み育てること以外の婚姻のメリットも重視されていること

ア はじめに

現在、婚姻を求めるカップルが婚姻のメリットとして考えていることは多様である。

後述するとおり、「自分の子どもや家族をもてる」ことは、独身者が結婚のメリットとして挙げる上位の回答であるが、この回答は必ずしも自然生殖で子どもを設けること自体を結婚のメリットとして考えていると解することはできない。また、身分関係の公証を通じてカップルが親密関係を維持していくのに必要不可欠な公認を与える機能や、経済面でのカップル間の平等を図る機能(夫婦財産共有等)等から得られるメリットも婚姻のメリットとして重視されている。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

イ 子を産み育てること以外の婚姻のメリットも重視されていること

婚姻に関する各種の意識調査を分析した二宮意見書(甲A145)は「未婚で結婚願望のある者の間では、結婚は家族や子どもをもつことと結びついており、その限りで、婚姻と生殖—子育ての関連性が維持されているが、結婚の良い点・メリットとして『精神的な安定が得られる』、『好きな人と一緒にいられる』が、家庭の意味として『家族の団らんのある場』、『休息・やすらぎのある場』、『家族の絆を強める場』が数多く選択されており、パートナーとの親密な関係性、人格的結びつき、共同生活の安定性が重視されていることがわかる」(甲A145・25～26頁)と述べている。

また、前掲「第16回出生動向基本調査(結婚と出産に関する全国調査)」(2022年9月9日公表)(甲A253)では、男性の独身者で「結婚の利点(複数選択可)」として「精神的な安らぎのある場が得られる」を選択する人が前回調査より微増し33.8%となり、「自分の子どもや家族をもてる」の31.1%を上回る結果となった。そして、同調査からは「結婚の利点」として「経済的に余裕がもてる」を挙げる人が前回調査に続いて男女とも微増していることも明らかとなった。

ところで、上記回答の「自分の子どもや家族をもてる」について、婚姻して自然生殖により子どもをもつことのみを意味すると解釈することは、上記回答の解釈として正しくないことに留意する必要がある。なぜなら、現行の婚姻制度では、夫婦が子を持たなくても、婚姻すれば夫婦を構成する二人が家族であることが公証・公認されるからである。また、「子どもをもつこと」について、婚姻して自然生殖により子どもをもつケースを想定して回答した

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

例が多いとは推察されるものの、すでに子のいる人と婚姻して子どもをともに育てて家族となるケースや、生殖補助医療を利用して子どもをもうけ生物学的血縁関係はなくとも家族となるケース、夫婦共同で養子を迎え入れるケースなども当然、想定される。

<「第16回出生動向基本調査(結婚と出産に関する全国調査)」(2022年9月9日公表)(甲A253)で示された独身者が挙げる「結婚の利点」の各割合を示した表>

結婚の利点の選択肢(2つまで選択可)	男性	女性
経済的に余裕が持てる	8.40%	21.00%
社会的信用を得たり、周囲と対等になれる	8.90%	8.60%
精神的な安らぎの場が得られる	33.80%	25.30%
現在愛情を感じている人と暮らせる	14.90%	14.00%
自分の子どもや家族をもてる	31.10%	39.40%
性的な充足を得られる	1.80%	0.30%
生活上便利になる	5.90%	5.50%
親から独立できる	3.80%	4.80%
親を安心させたり周囲の期待にこたえられる	13.40%	18.00%

このように、婚姻を希望する者は、婚姻して自然生殖により子どもをもつことのみを婚姻のメリットとして重視しているわけではなく、それ以外の機能から得られるメリット(とくに公認に係る利益)も同様に重視し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6回期日(20221013)提出の書面です。

ウ 「家族や子どもをもてる」というメリットは、他のメリットと並列的な関係にあること

各意識調査の中では、結婚の利点として「家族や子どもをもてる」ことも上位の回答として挙げられている。もっとも、二宮意見書でも述べられているとおり「結婚のメリットや利点、結婚する理由に関する意識調査では、数多くの選択肢が用意されており、それぞれを選択する回答がある。このことは、個人によってメリット、目的、理由は多様であり、単に回答数の多い少ないの違いがあるだけであり、回答数が多いことをもって、一義的にこれが婚姻制度の目的、意義であると結びつけることができないことを示している」(甲A145・26頁)のであるから、単純に結婚の利点として「家族や子どもをもてる」ことが上位の回答であるからといって、「家族や子どもをもてる」ことのみが婚姻制度の目的であると評価することはできない。ましてや、被告が主張する「子を産み育てる関係」の保護のみが婚姻制度の唯一の目的であると結論付けることは到底できない。

また、上記「第16回出生動向基本調査(結婚と出産に関する全国調査)」(2022年9月9日公表)(甲A253)で示された独身者が挙げる「結婚の利点」の各割合を示した前記表からは、「精神的な安らぎの場が得られる」「現在愛情を感じている人と暮らせる」「経済的に余裕がもてる」等が「結婚の利点」の上位の回答として挙げられていることがわかる。

このように、「家族や子どもをもてる」というメリットは、婚姻の他のメリットよりも上位に置かれているのではなく、他のメリットとともに重視されているにとどまる。その意味で他のメリット

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

と並列的な関係にある。

3 婚姻全体に占める高齢者の婚姻の割合の増加

社会の変化により、「結婚したら子を産み育てるべきである」という規範意識が低下しているという事実は、婚姻全体に占める高齢者の婚姻の割合が1980年以降増加傾向にあることからわかる。

昭和前半において、高齢者の婚姻数はごく少数であった。1947年において、初婚(夫)の全体数のうち60歳以上の割合は0.04%であり、再婚(夫)の全体数のうち60歳以上の割合は2%であった。また、初婚(妻)の全体数のうち60歳以上の割合は0.02%であり、再婚(妻)の全体数のうち60歳以上の割合は1%であった。しかし、近時、ライフスタイルの多様化に伴い、婚姻数全体に占める60歳以上の者の婚姻の割合は増加傾向にある。

まず、1980年から現在に至るまでの、初婚総数のうち60歳以上の初婚数が占める割合の変化は、以下の表のとおりである(甲A254:報告書(高齢者の婚姻))。

<初婚者のうち60歳以上の者が占める割合の変化>

	婚姻(初婚)総数	60歳以上の初婚数合計	初婚総数全体に占める割合
夫			
1980	634,352	80	0.01%
1990	581,650	134	0.02%

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

2000	614,968	327	0.05%
2010	484,411	834	0.17%
2020	319,347	992	0.31%
妻			
1980	643,514	127	0.02%
1990	592,262	211	0.04%
2000	626,764	296	0.05%
2010	497,645	358	0.07%
2020	328,670	402	0.12%

次に、1980年から現在に至るまでの、再婚総数のうち60歳以上の再婚数が占める割合の変化は、以下の表のとおりである(甲A254)。

<再婚者のうち60歳以上の者が占める割合の変化>

	婚姻(再婚)総数	60歳以上の再婚 数合計	再婚総数全体に占 める割合
夫			
1980	60,095	2,399	3.99%
1990	71,765	3,094	4.31%
2000	93,191	5,879	6.31%
2010	99,675	8,836	8.86%
2020	73,936	7,502	10.15%
妻			
1980	50,933	527	1.03%

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

1990	61,153	964	1.58%
2000	81,395	2,413	2.96%
2010	86,441	4,147	4.80%
2020	64,613	4,181	6.47%

以上のとおり、婚姻全体に占める高齢者の婚姻の割合は1980年以降増加傾向にある。一般的に、高齢者の婚姻のうち、子の生殖・養育を目的として行われる婚姻は少なく、主にカップルの親密関係保護を目的として行われるものであるから、高齢者の婚姻の増加は「結婚したら子を産み育てるべきである」という規範意識が低下しているという社会の変化の現れであると考えられる。

4 特別養子縁組制度の充実化

前述したとおり、被告はカップル関係規定が実親子関係規定と関連していることをもって、カップル関係規定は「生殖に結びついて理解される一人の男性と一人の女性の人的結合関係を前提としている」と結論づけている(被告第3準備書面29頁)。

しかし、以下のとおり、むしろ立法政策は、法律婚カップルと未成年者の自然生殖によらない親子関係の形成を拡充する方向で進んでおり、婚姻制度の目的を「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」の保護のみとする被告の主張は、現在の立法政策のとも矛盾する。

養子制度は、「家のための養子」から「親のための養子」さらには「子のための養子」という順に発達してきた。養子縁組は、家や親のためではなく、子に対して、充実した養育環境を与えるものとして理解されている。このことは、実父母による子の養育が困難な場

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

合には、子の養育は里親・養子縁組・施設によってされるべきであるとする児童の権利に関する条約20条3項にも表れている(なお、日本は同条約を1994年4月22日に批准している。)

このような「子のための養子」という考え方のもと、1988年、特別養子縁組制度が施行された(民法817条の2以下)。これは、養子と実方との親族関係を終了させ、養親を法律上唯一の親とし、養親子関係を実親子関係に限りなく近接させることで、実親による養育を受けられない子に家庭的環境を与えることを目的として創設された制度である。特別養子縁組制度に基づき養親となるためには、法律婚カップル(民法817条の3第1項)、かつ、カップル共同縁組でなければならない(同第2項)、カップルの双方が25歳以上であることが原則である(民法817条の4)。

法律婚した原則25歳以上のカップルであることが特別養子縁組の養親となる要件であることが示すように、特別養子縁組制度は子どものための制度であると同時に、法律婚したカップルが利用することができる婚姻の法的効果の一つとして位置付けることができる。

2020年、特別養子縁組制度の改正が行われた。これは、特別養子となる者の年齢の上限を原則6歳未満から原則15歳未満に引き上げるとともに(民法817条の5)、実親の同意の撤回の可能期間が、同意した日から2週間を経過する日までに制限された(家事事件手続法164条の2第5項)。こうして、特別養子となりうる子の範囲が広がり、養親候補者による子の試験養育期間中に実親の同意が撤回されることがなくなったことにより、養親候補者がより利用しやすい制度となった。

特別養子縁組制度により、婚姻したカップルは子を産むことなく子をもつことを選択できるようになった。さらに、2020年改正

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

に表れているとおり、立法政策上、特別養子縁組制度がより広く利用されることが目指されている。

社会的にも子を産むことなく子をもつという選択肢が重視されるようになっており、生物学的血縁関係によらない親子関係を形成する特別養子縁組制度を拡充する近年の立法政策の動きも踏まえると、生物学的な血縁関係の保護のみを婚姻制度の目的とする被告の主張が誤りであることは明らかである。

5 リプロダクティブ・ライツと生殖補助医療

(1) 第3次男女共同参画基本計画(2010年)は「子どもを産む・産まないに関わらず、また、年齢に関わらず、全ての女性の生涯を通じた健康のための総合的な政策展開を推進する」として、「リプロダクティブ・ヘルス/ライツ」(性と生殖に関する健康と権利)を保障することを掲げている(甲A255:第3次男女共同参画基本計画)。

このような立法政策を掲げながら、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てる関係」の保護以外に婚姻制度の目的はないとする被告の主張は、法律上の同性カップルの尊厳のみならず、子を産み育てていない法律上の男女カップルの尊厳をも否定するものであり、断じて許容されるものではない。

(2) また、2020年12月の生殖補助医療特例法²の成立からも明らかのように、子どもを望むカップルが生殖補助医療を利用して子をもつ関係を保護する動きも高まっている。

「一人の男性と一人の女性が子を産み育てる関係」の保護以外に

² 正式名称は、生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律である。

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

婚姻制度の目的はないとする被告の主張は、自然生殖を大前提にしているが³、子どもを望むカップルが生殖補助医療を利用して子をもつ関係を保護する立法政策の動きとも合致しない。

すなわち、生殖補助医療とは、自然生殖によるのではなく、医学的な手段を用いて子をもうけることを言い、妻が懐胎する子が夫婦の一方又は双方と生物学的親子関係にない事態(人工授精・体外受精)や、子が分娩した女性と生物学親子関係にない事態(代理懐胎)が生じる場合もある。このような場合、既存の実親子関係規定に従うと、親子関係をめぐって紛争が生じることがあり(例えば、最決平成19年3月23日民集61巻2号619頁[代理懐胎における母子関係]、大阪高判令和2年11月27日判時2497号33頁[不同意胚移植]等)、子の福祉の観点からも問題となる。

こうした事態を踏まえ、2020年、生殖補助医療特例法が成立した。生殖医療特例法は、第三者の卵子を用いる生殖補助医療により生まれた子の母は出産した女性とし(同法9条)、第三者の精子を用いる生殖補助医療に同意をした夫による嫡出の否認を禁止した

³ 被告が自然生殖を大前提としていることは、例えば、被告の「民法は婚姻の要件として自然生殖の可能性や意思を求めておらず、子のいる夫婦と子のない夫婦、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ものの、そのことは、同法が子を産み育てることを目的とする男女の共同生活に対して法的保護を与えることをその目的としていることと何ら矛盾するものではない」(被告第2準備書面第44頁)とし、婚姻制度について「結論として『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』と評価している(被告第3準備書面29頁)」と主張していることから明らかである。

被告は、他の箇所でも、「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保護を与えることにある」との主張について、これ以外に本件規定の目的がないと主張するのか明らかにするよう求めた原告らの求釈明に対し、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ると解するのが相当である」(被告第3準備書面第40頁)と従前の主張を繰り返した上で「本件規定の目的について、現時点において上記に付加して主張する予定はない」(被告第3準備書面第40頁)などとも述べている。

【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」東京第二次訴訟(東京地裁)第6回期日(20221013)提出の書面です。

(同法10条)。このことから、婚姻制度が、自然生殖を前提とした「一人の男性と一人の女性が子を産み育てる関係」の保護のみを目的としているとする被告の主張が失当であることがわかる。

6 小括

以上見てきたとおり、現在、法律上の男女のカップルは、若者も高齢者も、自然生殖により子を産み育てることのみを目的として婚姻しているわけではなく、婚姻制度がもたらす様々なメリットを享受するために婚姻を欲している。そして、各種調査から明らかとなったこのような社会意識を踏まえると、「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」の保護を婚姻の唯一の目的と解釈することはできない。

各種調査から明らかになったように、社会からカップルとして公認されることによる安らぎや精神的安定も、婚姻制度を利用する目的として重視されているのである。

また、結婚して自然生殖により子を産むことは、子をもつために必要な唯一の手段ではなく、特別養子縁組の利用や生殖補助医療の利用により子をもつことが広く社会に受け入れられている。立法者もこのことを重視し、様々な選択肢を用意するために法改正を重ねてきた。

以上からすれば、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」の保護のみであるとの被告の主張は、社会の意識のみならず立法者の意識にも反するものであり、受け入れられる余地はない。

第5 同性愛を精神疾患とする知見が、明治民法の立法者及び現行民法の

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

立法者に強い影響を与えた結果、法律上の同性カップルは婚姻制度から排除されたこと

1 はじめに

被告は、法律上の同性カップルが婚姻制度から排除されたのは、「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護という婚姻制度の目的との関連で合理的であり（被告第3準備書面33から36頁）、同性愛が精神疾患であるとの知見を立法事実として位置づけるのは誤りであると主張する（同36から40頁）。

しかし、婚姻制度の目的が「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみではないことは、すでに本準備書面の他の箇所で述べてきたとおりである。ここでは、同性愛を精神疾患であるとする知見を立法事実として位置づけるのは誤りであるとの被告の主張が、まったく的を外したものであることを明らかにする。

2 明治民法の立法者は、同性愛を精神疾患であるとする知見の強い影響のもと、同性同士の婚姻を認めなかったこと

被告は、同性愛を精神疾患であるとする知見を立法事実として位置づけるのは誤りであると主張する。

しかし、原告らの主張は、明治民法及び現行民法の制定過程において、法律上の同性カップルが婚姻制度によって保護されない理由として、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ていたことを指摘するものではない。原告らは、明治民法以来、法律上同性同士の婚姻が社会通念に照らして当然に認められないと解されてきた背景の一つとして、当時、同性愛を精神疾患であるとする知見があり、そのような知見の強い影響のもと、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を立法者が有し

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

ていたものと解されることを指摘している。

このように、同性愛を精神疾患であるとする知見を立法事実として位置づけるのは誤りであるとの被告の主張は、原告らの主張を曲解するものである。

3 同性愛を精神疾患であるとする知見は、明治民法制定時すでに存在していたこと

明治民法の親族編・相続編は1898年に制定されたところ、それ以前から、同性愛を精神疾患とする知見が存在し、立法者にも強い影響を及ぼしていた。

まず、1888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、「反対的陰部感覺トハ、生来、男女性感覺錯乱シ、男子ニシテ婦人タリ、夫人ニシテ男子タリト思惟シ、諸般ノ動作悉ク此ノ錯乱セル感覺ニ基ヅキテ来タリ、同性ノ人ヲ愛恋シ、自ラ其性状ノ尋常ナラザル知ルト雖モ、自ラ俊ムルコト克ハザル者ヲ謂フ。此症ハ、従来、唯先天性神経質或ハ精神異常ヲ有スル人ニ於テノミ目撃セルモノニシテ、素因無キ人ニ特発スルヤ否ヤハ未ダ明瞭ナラズ。然レドモ、著シキ智力ノ障害無キ人ニ此ノ如キ陰部感覺ノ現存スルノ有ルハ、実ニ奇異ト謂フ可シ。而シテ男女俱ニ此症ニ罹ルヲ見ル」、「前記ノ反対的陰部感覺ノ男子ニ来ルコトアルハ、裁判医事上貴要ノ件ニシテ、一定ノ鶏姦ハ此ノ如キ病的感覺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(甲A 256・252～253頁)。

また、1894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

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

礙」の「(二) 色欲の異常」の「(三) 色欲倒錯」の項目下に、「同性ニ関スル倒錯トハ、同性ニ対スル傾好アリテ、他性ニ対スル淫事感覺ノ缺亡セルモノヲ云ヒ、ウェストファル氏ハ之ヲ色情転倒症ト称セリ。此症アルモノハ自ラ他性ノ觀ヲナシ以テ其愛スル所ニ接ス。是故ニ男子ハ男子ヲ愛恋スルヤ自ラ女ト感ジテ以テ其男ニ接シ、女子ノ女子ヲ愛スルヤ他ヲ女視シテ自ラ男子ト感ズルナリ。能ク其症ヲ察スルニ、解剖ノ形種及淫事ノ機能ハ尋常ナレドモ、其精神ハ色事感覺ノ異常ニ相当シテ変質セル所アリ」、「色欲転倒症ハ、通常生来ニシテ疾病素質ノアル人ノミニ見、通常ハ遺伝ノ禍累アリ、或ハ屢々体質性神経病（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（甲A257・160頁）。

これらからすれば、明治民法の制定以前から、我が国において同性愛が精神疾患であるとする知見が既に存在していたことは明らかである。そうである以上、明治民法制定時において、同性愛が精神疾患であるとする知見が存在し、その強い影響のもと、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を立法者が有していたと解される。このことは、梅謙次郎が「婚姻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）と述べていることから明らかである（原告ら第2準備書面31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6回期日(20221013)提出の書面です。

4 同性愛を精神疾患とする知見は現行民法の立法者にも強い影響を及ぼし、近年に至るまで存在していたこと

同性愛を精神疾患であるとする知見は、原告ら第2準備書面において主張したとおり(同30頁以下)、近年に至るまで存続しつづけた。すなわち、1920年前後には同性愛は「変態性欲」として興味本位で描かれていた(甲A174・風間・赤枝意見書9頁以下)。そして、現行民法制定に関わった中川善之助も、1942年、同性同士の婚姻を「かかる変態関係」と表現していた(甲A177)。

しかし、1970年代に入ってアメリカにおいて同性愛を精神疾患として扱わない動きが生じた(原告ら第2準備書面37頁)。WHOによる「国際疾病分類(ICD)」も、ICD-9では「同性愛」が独立の診断名として採用されていたが、ICD-10(1992年)では削除され、「性的指向それ自体は障害とみなされない」と明記された(甲A32、甲A33、訴状38頁以下)。

このように、同性愛を精神疾患とする知見は、明治民法制定の前年から存在し、近年に至るまで、立法者及び法学者に強い影響を及ぼしていた。

5 小括

このように、同性愛を精神疾患とする知見は、明治民法の制定以前から我が国に存在して明治民法の立法者に強い影響を及ぼした。同知見はその後も存続しつづけて、現行民法の立法者にも強い影響を与えた。こうして、法律上の同性カップルは婚姻制度から排除されつづけてきたのである。

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

第6 結語

以上論じてきたとおり、婚姻制度の目的を「一人の男性と一人の女性」の生殖関係の保護のみとする被告の主張（及び大阪地裁判決の各判示）は、法解釈としても、その前提とする事実関係においても、誤りであることは明らかである。

以上