

【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」訴訟事件

原告：山縣真矢 外7名

被告：国

## 原告ら第9準備書面

(憲法14条1項の主張について)

令和4(2022)年10月13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

外

【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 本件の本質は、現行の婚姻制度から原告ら法律上同性のカップルが排除されていることにあり、その憲法適合性を判断すべきこと	4
1 被告主張の骨子	4
2 原告らの主張及び被告主張の誤り	4
第2 本件規定による別異取扱いが憲法14条1項に違反するか否かは、憲法24条1項が法律上同性の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	6
1 被告主張の骨子	6
2 原告らの主張及び被告主張の誤り	6
第3 本件規定による別異取扱いの憲法14条1項適合性は、厳格に審査されなければならないこと	7
1 本件規定による別異取扱いが「性別」に基づく差別であること	7
(1) 被告主張の骨子	7
(2) 原告らの主張及び被告主張の誤り	7
2 本件規定による別異取扱いが性自認や性的指向に基づく差別であること	7
(1) 被告主張の骨子	7
(2) 原告らの主張及び被告主張の誤り	8
3 区別の対象となっている権利利益は極めて重要であること	9
(1) 被告主張の骨子	9
(2) 原告らの主張及び被告主張の誤り	9
4 本件規定による別異取扱いについて、立法裁量は問題とならないこと	12
(1) 被告主張の骨子	12
(2) 原告らの主張及び被告主張の誤り	12
5 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	14
(1) 被告主張の骨子	14
(2) 原告らの主張及び被告主張の誤り	14
6 被告が主張する札幌地裁判決への批判は、的を射ていないこと	15
(1) 被告主張の骨子	15
(2) 原告らの主張及び被告主張の誤り	15
7 小括	16
第4 本件規定による別異取扱いに合理的根拠が認められないこと	16
1 被告主張の骨子	16
2 骨子①への反論	16
(1) 婚姻に関連する民法及び戸籍法の諸規定から生殖が婚姻制度の目的であると解することはできないこと	16
(2) 婚姻制度の目的は親密関係の保護にあり、生殖関係保護は婚姻の機能・役割の一つに位置づけられること	17

【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。

(3) 婚姻制度の目的を自然生殖保護とする被告主張が差別的であること.....	18
(4) 婚姻で保護される自然生殖関係は親密関係を前提とすること.....	19
3 骨子②への反論.....	19
(1) 抽象的・定型的に婚姻制度の目的を捉えることの自己矛盾と帰結.....	19
(2) 被告の理屈では「生殖の意思・能力がない異性カップル」と「法律上同性のカップル」 との間の別異取扱いを説明できないこと.....	20
(3) 生物学的な自然生殖可能性を基礎とするという被告主張が破綻しており, かつ, 差別的 であること.....	20
4 骨子③への反論.....	21
(1) 法律上同性のカップルにも人的結合関係を前提とする共同生活の実態があること.....	21
(2) 社会的承認の不存在を理由とすることは差別の是認であること.....	22
5 大阪地裁判決について.....	23
6 小括.....	25

【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 本件の本質は、現行の婚姻制度から原告ら法律上同性のカップルが排除されていることにあり、その憲法適合性を判断すべきこと

### 1 被告主張の骨子

本件規定は、法律上異性のカップルには婚姻を認め、法律上同性のカップルには婚姻を認めない。その結果、本件原告らのように法律上同性のカップルは、どんなに真摯に婚姻を求め、また実際に長く共同生活を送っても、ただ法律上の性別が同じであるという理由だけで婚姻から排除されている。このような別異取扱いに合理的根拠は無く、本件規定は憲法14条1項に違反する。

これに対して被告は、①婚姻制度から排除されているという原告らの主張を、憲法24条1項の「婚姻の自由」が法律上同性のカップルの人的結合関係にも保障されていることが前提となっているとして、そのような前提が成り立たないこと、②憲法24条1項が法律上同性のカップルの人的結合関係に「婚姻の自由」を保障していない以上、「本件事案の本質的な問題」は、「現行の婚姻制度に加えて同性婚を認める法制度を創設しないことの憲法適合性」であることなどを述べる(被告第3準備書面12～13頁)。

### 2 原告らの主張及び被告主張の誤り

しかし、以下のとおり、上記は見当違いの論難であり失当である。

ア 第1に、婚姻の自由の保障が法律上同性のカップルに及ぶことは、本件規定が憲法14条1項違反であることの前提ではない。原告らの主張は、婚姻制度を利用できる者(法律上異性のカップル)と利用できない者(法律上同性のカップル)との間の別異取扱いが憲法14条1項に違反するか否かを問題にするものである。本書面第2で詳述するとおり、法律が婚姻という社会の重要な制度について別異取扱いをなしている以上、法律上同性のカップルについても憲法24条1項の婚姻の自由の保障が及ぶか否かとは別に、人と人の区別の可否という憲法14条1項適合性が、改めて審査されねばならない。

イ 第2に、上記被告主張は、法律上異性のカップルの人的結合関係に婚姻の保護を及ぼすことと、法律上同性のカップルの人的結合関係に婚姻の保護を及ぼすことを「次元を異にする」(被告第3準備書面8頁)異質の問題と描き出すことで、本来合理的説明の困難な本件差別取扱いを合理化し、さらには法律上同性のカップルが婚姻できないことによる不利益の解決は、制度としても婚姻とは別の制度によることが当然であると印象づけようとする悪意ある議論である。

しかし、婚姻の本質は、人が人生の途上で人と出会い「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(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)。私たちが今知るのは、婚姻の本質に適合しその保護に値する真摯な共同生活は、法律上異性のカップルでも法律上同性のカップルでも可能であり、原告らを含め日本中で多数の法律上同性カップルが真摯な共同生活を送り、送ろうとしている事実である(甲A5号証の2・11頁。原告らの陳述書及び本人尋問によっても立証予定。)

また、人生のパートナーとの関係を婚姻により保護される選択肢を持つことは、当人らの法律上の性別にかかわらず、尊厳ある存在として自分らしい幸福

【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。

追求を歩むために欠かせない。そもそも、人と人は性的指向や性自認によってその人格価値に違いはなく、等しく「個人として尊重」されねばならない(憲法13条前段)。そして、上記のとおり、婚姻の本質に照らしても、また婚姻の選択肢が個人の幸福追求に持つ意味に照らしても、法律上同性のカップルの人的結合関係に婚姻の保護を及ぼすことと、法律上異性のカップルの人的結合関係に婚姻の保護を及ぼすことには、まったく同様の説明によってその意義と重要性が論証され、両者の間に本質的違いは無い。そうだとすれば、本件規定のために法律上同性のカップルが法律上の婚姻ができない問題は、本来であれば当然に包摂されてしかるべき法制度から法律上同性のカップルが排除されてきたという問題であり、法律上同性のカップルに婚姻制度の保護を及ぼすことをもって、「現行の婚姻制度に加えて(その枠外に)」「法制度を創設」することであり「次元が異なる」などと論じる被告の議論(被告第3準備書面12頁から13頁, また7頁から8頁)はおよそ根拠がない。被告は、本質において同じ事柄を異質と描くことで、社会が共有してきた性的少数者に対する偏見・固定観念・違和感を呼び覚まし、その力を借りて、あたかも、本件規定による別異取扱いのほうが自然であり、法律上同性のカップルを現行の婚姻制度に包摂することが本質の異なるものを接ぎ木する特別なことであるかのように印象づけようとする。それは偏見や差別意識を利用して本件の問題の本質を見誤らせようとする議論であり不当極まりない。

そして、尊厳において違いがなく、婚姻の本質に照らしても区別する理由のない法律上同性のカップルを、婚姻とは別の制度によって処することは、重要かつ社会的に身近で象徴的な制度において等しき者を等しく扱わないことであり、差別により尊厳を毀損されてきた人々に対して尊厳の毀損をもって応え、差別にお墨付きを与える行為であり、最悪の選択である。この意味でも被告主張は不当である。

ウ なお、被告は、「仮に本件規定が違憲無効と判断されたとしても、現行の法律婚制度が違憲無効となるだけで、直ちに本件規定の下で同性婚が法律上可能となるものではない」とも主張する(被告第3準備書面13頁)。

しかし、上記のとおり、法律上同性のカップルの人的結合関係に婚姻の保護を及ぼすことと、法律上異性のカップルの人的結合関係に婚姻の保護を及ぼすこととの間に本質的違いは無く、本件規定を違憲無効とする判決を受けて行われる法改正は、本来包摂されてしかるべきであった人々の参入を可能にする技術的なものであり、被告の議論は成り立たない。

実際、原告らが問題としているのは、本件規定が法律上同性のカップルを排除しているという点であり、この点を除いた現行の婚姻制度全体の憲法適合性を問題としているのではないから、本件規定が違憲無効となっても、現行の婚姻制度全体が違憲無効となるわけではない。すなわち、違憲と判断された当該規定の効力について、法令の一部だけを違憲無効とし、過剰な要件を設けることで区別を生じさせる部分を除いて、合理的な解釈をすることは可能である(国籍法違憲判決：最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁等)。本件規定について、法律上同性のカップルを排除する点、つまり、婚姻相手の法律上の性別は異性でなければならないとする要件が無効となれば、法律上同性

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

のカップルも婚姻できるようになる。本件規定が違憲と判断される場合には、法律上同性のカップルが婚姻制度を利用できない点のみを違憲と判断することで足りる。

この点からも、次元の異なる法制度の創設が問題となっているかのように論ずる被告主張は失当である。

## 第2 本件規定による別異取扱いが憲法14条1項に違反するか否かは、憲法24条1項が法律上同性の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 被告主張の骨子

被告は、憲法24条1項は法律上の性別が異なる者同士の人的結合関係のみを対象としており、同条2項もあくまで法律上の性別が異なる者同士の人的結合関係のみを対象とすることを前提として、これを具体化する制度の整備を立法府に要請するものと主張する(被告第3準備書面14頁)。

また、被告は、「同性間では本件規定に基づき婚姻をすることができないことは、憲法自体が予定し、かつ許容するものである」「特定の憲法の条項を解釈するに当たっては、関係する憲法の他の規定を無視することは相当でなく、関係規定との整合性を考慮する必要がある」等と主張する(同14～15頁)。

### 2 原告らの主張及び被告主張の誤り

この点、憲法24条1項の保障が、法律上異性のカップルのみを対象とするものではなく、法律上同性のカップルにも及ぶことについては、これまでに論じてきたとおりである(原告ら第3準備書面4～13頁等)。

他方で、法律上同性のカップルの婚姻を認めないことが憲法24条に違反するか否かと、本件規定による別異取扱いが憲法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否かは、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(原告ら第4準備書面5～9頁)。すなわち、原告らの憲法14条1項違反の主張は、憲法24条1項による法律上同性のカップルへの婚姻の自由の保障を前提とするものではない。

憲法の各条項にはそれぞれの制定趣旨や保障内容があり、それぞれの条項の観点から合憲性の審査が行われる。すなわち、人類は自由獲得の多年にわたる努力の中でさまざまな観点に立つ自由実現のためのルールと仕組みを獲得してきたのであり、憲法は、このような様々なルールを列挙して多重的な審査を課すことで人間の自由を確保しようとする仕組みである。したがって、憲法のある条項で保障されていないからといって、他の条項に違反しない・保障されないという結論が当然に導かれるものではない。たとえば、個別人権規定が一定の法的利益がそれ自体として他の自由一般とは区別して最高法規とするに値するか否かを問うのに対し、平等原則は、人と人の扱われ方に着目して比較することで、国家が人の上に人を作らず、等しき者は等しく扱っているか否かを問うことで、人間の自由と尊厳を確保するのである。よって、仮に、被告が主張するとおり、憲法24条1項自体は法律上異性のカップルのみを対象とする趣旨であって法律上同性のカップルを保護対象とすることを義務付けていなかったとしても、憲法24条に基づいて構築された制度が、人の上に人を作らず、

【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。

等しき者は等しく扱うという平等原則に反する結果をもたらす場合には、憲法14条1項の観点から別異取扱いに果たして合理的根拠があるのかが審査されなければならない。

したがって、憲法14条1項の観点からも本件規定による別異取扱いの合理性を厳格に審査する必要がある。

### 第3 本件規定による別異取扱いの憲法14条1項適合性は、厳格に審査されなければならないこと

被告は、司法審査の厳格さについては、当該事案に応じ、①区別を生じさせている事柄の性質及び②区別の対象となる権利利益の性質とその重要性を総合的に考慮して判断すべきと述べる(被告第3準備書面16～17頁)。この点自体は原告らも基本的に同様の理解であるが、平等原則の出発点が封建的身分制の廃棄・禁止にあり、人の上に人を作らず、等しき者は等しく扱うことを旨としていることからすれば、いわゆる権利の重要性とは別に、当該の法的利益ないし権利についてある事由により差別をすることが人と人の序列化をも意味したり差別意識を正当化する役割を果たすような場合には、やはり区別の合理性について厳格な審査を行うべきである。しかし、上記①及び②に関する被告の個別の主張には誤りが含まれている。以下、上記①、②の順に、被告の主張を整理し、その具体的主張内容の誤りを指摘する。

#### 1 本件規定による別異取扱いが「性別」に基づく差別であること

##### (1) 被告主張の骨子

被告は、被告第2準備書面第5の2(2)エ(ア)(34～35頁)における主張は、法律上の男性と法律上の女性の差別を念頭に置いたもので、「男性間又は女性間の区別は憲法14条1項の『性別』による『差別』に当たらない」と主張する(被告第3準備書面41頁)。

##### (2) 原告らの主張及び被告主張の誤り

しかし、法律上同性のカップルが婚姻できないのは、2人の法律上の性別が同じである点のみによる。カップルの法律上の性別次第で、婚姻できたりできなかったりするるのであるから、区別を生じさせている事柄(上記①)は、婚姻を求める当事者の「性別」(憲法14条1項後段)に他ならない(原告ら第4準備書面10～11頁)。

また、被告の主張が具体的な説明を欠くためにその趣旨は定かでないが、原告らは、「男性間又は女性間の区別」を問題としているものではないから、被告の「男性間又は女性間の区別は憲法14条1項の『性別』による『差別』に当たらない」との反論は的外れである。

#### 2 本件規定による別異取扱いが性自認や性的指向に基づく差別であること

##### (1) 被告主張の骨子

被告は、区別を生じさせている事柄(上記①)は性自認・性的指向でもあるとする原告らの主張について、「本件規定から生じる事実上の結果及び間接的な効果のみに着目して」と指摘する(被告第3準備書面23頁)。また、本件規定の成立過程乃至目的を指摘したうえで、「それ自体、性自認や性的指

【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。

向に着目して法的な差別的取扱いを生じさせることを趣旨として含むものではなく本件規定が性自認や性的指向について中立的なものであることは明らかである等と述べる(同24～25頁)。

## (2) 原告らの主張及び被告主張の誤り

ア しかし、婚姻の本質は、両当事者が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあると解されるところ(最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁)、およそ人は自らの性自認及び性的指向に従って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(原告ら第4準備書面13頁)。このことは、例えば、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。

その結果、一定の性自認ないし性的指向の者については、婚姻が不可能となる(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る)(同13頁)。一定の性自認ないし性的指向の者が、婚姻制度を一切利用できない仕組みになっている点で、本件規定が、性自認ないし性的指向による区別をしていることは明らかである。

被告は、本件規定について、性自認や性的指向に着目して法的な差別的取扱いを生じさせることを趣旨として含むものではないとするが、仮に、被告が主張するとおり、本件規定に積極的な差別的意図がないとしても、「一人の男性と一人の女性」という組合せ、すなわち「シスジェンダーの異性愛者」のみが当然の前提となっていることには変わりなく、一定の性自認・性的指向が想定されていると言わざるを得ない。にもかかわらず、本件規定において「性自認」や「性的指向」という文言が明示されていない点のみを捉え、本件規定が性自認及び性的指向に中立的であるとするのであれば、詭弁以外の何ものでもない。

イ この点、同種事件の大阪地裁令和4年6月20日判決(甲A248。以下、「大阪地裁判決」という。)は、「文言上、…その趣旨、内容や在り方自体が性的指向に応じて婚姻制度の利用の可否を定めているものとはいえない。」としつつも、「婚姻の本質は、自分の望む相手と永続的に人的結合関係を結び共同生活を営むことにある以上、同性愛者にとっては、異性との婚姻制度を形式的に利用することができたとしても、それはもはや婚姻の本質を伴ったものではないのであるから、実質的には婚姻をすることができないのと同じであり、本件諸規定はなお、同性愛者か異性愛者かによって、婚姻の可否について区別取扱いをしているというべきであって、これを単なる事実上の結果ということとはできない。」とする(大阪地裁判決38頁)。

大阪地裁判決も認定するとおり、規定の文言上、婚姻の成立要件として特定の性自認や性的指向を有することを求め、特定の性自認や性的指向を有することを理由に婚姻を禁止するものではないとしても、本件規定が、一定の性自認や性的指向の者にとって、婚姻制度を一切利用できない仕組みとなっ

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

【リンクはご自由にお貼りください】

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

ていることは明らかである。にもかかわらず、本件規定による別異取扱いを「事実上の効果」または「間接的な効果」である等と評価することはできない。

ウ 後記4のとおり、本件規定による別異取扱いについて立法府の裁量は及ばないと解すべきであるが、仮に立法府の裁量が認められるとしても、本件規定による別異取扱いは、性自認ないし性的指向という自らコントロールできない事由に基づく差別であるから、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(原告ら第3準備書面24～25頁)。

この点、大阪地裁判決も「性的指向という本人の意思や努力によっては変えることのできない事柄によって、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについて区別取扱いをするものであることからすると、本件区別取扱いの憲法適合性については、このような事柄の性質を考慮して、より慎重に検討される必要がある。」(大阪地裁判決39頁)としており、原告らの主張と同旨である。

### 3 区別の対象となっている権利利益は極めて重要であること

#### (1) 被告主張の骨子

被告は、「区別の対象となる権利利益の憲法上又は法律上の位置づけによって審査の厳格さが異なる」としたうえで、「憲法24条1項を前提とする同条2項が異性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築を法律に委ねているにとどまり、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻制度の構築については想定しておらず、このような憲法24条の規定を前提として、現行法上、同性間の人的結合関係を対象とする婚姻等を定める規定は存在しない」から、「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」、「これらのことは、憲法14条1項適合性を判断するに当たり、十分に考慮されなければならない」として厳格な審査の必要性を否定する(被告第3準備書面17～18頁)。

#### (2) 原告らの主張及び被告主張の誤り

ア しかし、「権利利益の性質」を問題にするのであれば、原告らが侵害されている権利・利益が甚大であるという意味での「権利利益の性質」(訴状49～59頁)こそが、憲法14条1項適合性の審査において「十分に考慮」されるべきである。

そして、区別の対象となる権利利益(上記②)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は、訴状にて詳述したとおりである(訴状57頁から67頁, 70頁)。また、後記ウ記載のとおり、婚姻によって「正式な」カップルとして社会的承認を与えられることも、極めて重要な利益である。

イ すなわち、法律上同性のカップルについても、婚姻の自由が憲法24条1項により保障されることは、上記第2の2記載のとおりである。ただし、仮に、法律上同性のカップルに婚姻の自由が憲法24条1項により保障されな

【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6回期日(20221013)提出の書面です。

いとしても、区別の対象となる権利利益が重要であるとする原告らの主張には影響しない。憲法14条1項適合性審査の場面において、区別に係る権利利益ないし法的地位が「重要」なものであると認められるために、当該権利利益ないし法的地位自体が憲法上保障されたものであることが必須の要件でないことについては、国籍法違憲判決が示すとおりである。

加えて、法律上同性のカップルの婚姻の自由が憲法24条1項で保障されないとしても、婚姻するかどうか、婚姻相手を誰とするかの選択が、法律上同性のカップルか否かにかかわらず、個人にとっては極めて重要な選択であって、人格的自律に不可欠な権利または利益であることには変わりがない。したがって、個人の尊重を掲げる日本国憲法においては、法律上同性のカップルの婚姻の自由も、極めて重要な権利または利益といえる。

ウ また、憲法や民法等の各規定で保障される権利利益のみならず、婚姻の効果として、婚姻した夫婦は「正式な」カップルであるという社会的承認がもたらされることも忘れてはならない。

大阪地裁判決も認定するとおり、「そもそも婚姻とは、二当事者の永続的かつ真摯な精神的・肉体的結合関係について法的承認が与えられるとともに、その地位に応じて法律上の効果が生ずることによる様々な法的保護等の利益を享受し得る制度であるところ、婚姻をした当事者が享受し得る利益には、相続や財産分与等の経済的利益等のみならず、当該人的結合関係が公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについての利益等も含まれる」（大阪地裁判決26頁。甲A16・179頁ほかも、婚姻制度には相手との関係が家族として認められ公証される機能があるとする。）。この公認に係る利益は、「婚姻した当事者が将来にわたり安心して安定した共同生活を営むことに繋がるものであり…人格的尊厳に関わる重要な人格的利益」である（大阪地裁判決26～27頁）。

エ 以上に対し、被告は、「憲法上も具体的な法制度上も、法律上同性のカップルの人的結合関係を対象とする婚姻等を定める規定が存在しないことを、憲法14条1項適合性判断において十分に考慮しなければならない」として厳格な審査は妥当しないことを主張する。

しかし、本訴訟は、婚姻にかかる重要な権利利益について、従来の法律が法律上異性のカップルにはこれを認め、法律上同性のカップルには認めてこなかったからこそ提起されているのである。「婚姻の自由」は、憲法の明文で保障され、最高裁も「十分尊重に値する」と判示し（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）、婚姻の効果として認められる利益の重要性も上記のとおりである。すなわち、本件規定による別異取扱いの少なくとも一方（法律上異性のカップル）に関しては、それが憲法上保護された重要な権利利益であることに争いが無い。そうであれば、憲法14条1項適合性審査を厳格になすべき理由としては十分であり、法律上異性のカップルにおいて憲法上「十分尊重に値する」権利利益が、法律上同性のカップルでは何故認められていないのかが厳格に審査されねばならないのである。被告主張のように、権利利益の重大性を論ずるにあたり、わざわざ

【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。

ざ、「法律上同性のカップルが婚姻をする権利」というように、従前権利を否定されてきた人々に主体を限定して論ずれば、それが「憲法上も具体的な法制度上も」明定されていないのはいわば当然である。それで厳格な審査が不要となるのであれば、「どうしてそのような区別があるのか」という肝心の問題が事実上審査を免れ、結局、今まで権利を認められてこなかった人々には平等原則が及ばないと言っているのと同じである。憲法であれ法律であれ、これらの人々について権利利益の享受が明示されてこなかった事実は、権利利益の重要性段階ではなく、「当該権利を一方には認め、一方には認めない理由は何か、そこに合理的根拠があるか」という合理性判断本体の段階において、考慮されるべき問題なのである。

以上のおり問題を正しく整理してみれば、大阪地裁判決が判示するとおり、「(婚姻による)公認に係る利益」だけをとっても、その価値は「異性愛者であるか同性愛者であるかによって異なるものではない」(同判決26頁)のであるから、単に憲法が文言上「同性」間の保護に言及していないとか、憲法制定の審議過程で議論されなかったことのみでは別異取扱いの合理的根拠とは到底なりえない。もし、本件規定による別異取扱いを正当と言い張るなら、すべての人が個人として尊重されることを基本原理とする憲法が(13条前段)、法律上同性のカップルのみを捨て置く必然性が説得的に説明される必要がある。しかし、憲法が法律上同性のカップルの婚姻の保護に言及していないのは、人間の性に対する理解が未熟であったり、異性愛のみを自然・正常とする考えが社会にすみずみに至るまで遍在し法律専門家を含め共有されていたがためだからである。そうだとすれば、本件規定による別異取扱いの合理性はいよいよ疑わしく、憲法14条1項は、法律上同性のカップルか法律上異性のカップルか、法律上の性別を問わず婚姻の自由と婚姻による利益が等しく享受されることを求めていると解釈すべきこととなる。

オ なお、被告は相変わらず、「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)が制約されるものではない」と主張する(被告第3準備書面18頁)。しかし、法律上同性のカップルが、法律上異性のカップルと同等の権利利益を享受し社会的承認を正当に取得するためには「婚姻類似の人的結合関係」を営むことでは足りず、社会的に承認された形態である「婚姻」という人的結合関係が認められる必要がある。

また、被告は、「憲法上保障された婚姻に係る権利利益と憲法上保障されず法制度によっても認められない同性婚に係る権利利益とに差異があるのは当然」(同18頁)等とも述べる。しかし、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとでは、その尊厳において、また親密性や共同生活の実態において本質的違いがない。同居・協力・扶助義務、相続権等といった、各種権利利益を享受する必要性は、当事者の性的指向や性自認、パートナーの法律上の性別によって変わる性質のものではなく、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルとの間で差異がないことも明らかである。にもかかわらず、「婚姻によって生じる法的効果を楽しむ利益を異性愛者であっても同性愛者等であっても等しく享有し得る重要な利益であると解することはできない」

【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。

とする被告の主張は、誤っているのみならず、「同性愛者と異性愛者とは権利や利益を保障する必要性が異なる」とする差別的なものであり、到底容認できるものではない。

#### 4 本件規定による別異取扱いについて、立法裁量は問題とならないこと

##### (1) 被告主張の骨子

被告は、婚姻及び家族に関する事項について、「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構築することを想定していないことからすると、…異性間の人的結合関係を対象とする婚姻及び家族に関する事項に比べ、立法府により広範な裁量が認められると解するのが相当である。」「婚姻や家族に関する事項について、立法府に広範な裁量を与えられているのは、それらの事項が国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の…憲法が一義的に定めるのではなく法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられるためである」等と主張する(被告第3準備書面21～22頁)。

##### (2) 原告らの主張及び被告主張の誤り

###### ア 立法府の裁量の問題とはならないこと

しかし、本件で問われているのは、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」の問題であって、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検証されなければならない(原告ら第4準備書面21～22頁)。婚姻にかかる権利・利益の重要性についてはこれまで論じてきたところではあるが、権利利益の重要性とは別に、人と人を序列化して社会的排除ないし差別を強化し、個人の尊重や尊厳を毀損するような、平等原則が原点に関わる別異取扱いであるかどうか、という観点からの審査が不可欠である。

例えば、婚姻のように、人生の途上の選択肢として子どもでも知る身近な制度について、人の人格に関わり、かつ本人の意思による変更や選択が困難な事由により差別することは、社会と本人に対し、国家が人と人の価値に序列があり社会からの排除に値するとみなしていることをわかりやすく象徴的に伝える行為であり、本人の尊厳を深く毀損し、社会の差別を強化する行為の典型である。まさに、学説が、法律上同性のカップルの婚姻を認めないことは、「原則、誰もが参加できる婚姻制度において、ある範疇に属する個人または集団を排斥することであり、同性カップルの尊厳を害するが故に平等権違反となる」(甲A260・白水隆『平等権解釈の新展開』107頁)と指摘するとおりである。

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、一定の人々を全面的に排除する立法府の裁量は存在しない。

###### イ 本件規定による別異取扱いは、民主的プロセスでは是正することが困難であること

また、憲法が国の最高法規であり(憲法98条1項)、裁判所が一切の法

【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。

律が憲法に適合するかしらないかを決定する権限を有するのは(同81条), 法律が人権を侵害する場合には当該法律を違憲無効として, 人権侵害の状況を解消するためである。「裁判所は, 政治部門のとり社会経済政策には敬意を払うべきではあるが, 同時に, 法の支配を支える中核である裁判所が, 個人の基本的な人権の保護に意を用い, 個人や少数者が政治社会過程から不当に排除されることのないように配慮し, 立憲民主主義過程の維持保全に原理面において積極的に寄与していくことが期待されている…」(甲A261・佐藤幸治『日本国憲法論(第2版)』679頁)。そうであれば, 法律によって, 個人の尊厳ないし重要な人権が著しく傷付けられ一刻も早く救済すべき場合, 人間価値の平等という民主主義社会の基本に関わる場合, 又は民主政のプロセス自体が傷付けられ, 民主政システムの機能不全に直結する問題が生じている場合には, 民主的プロセスに解決を委ねることなく裁判所が積極的に違憲審査を行うことを, 憲法自身が予定しているというべきである。

本件では, 婚姻の自由という憲法が保障する人権ないし憲法上十分尊重に値する法的利益が侵害されている。人が人生の途上で望む相手と婚姻することは, 「その後の生活と人生を共にすべき伴侶に関する選択」であり「個人の幸福の追求について自ら行う意思決定の中で最も重要なものの一つ」(令和3年夫婦別姓最高裁決定 三浦裁判官意見)であり, 自由な合意による婚姻は「近代的な婚姻制度の根幹」であるから(甲A145・二宮教授意見書6頁, 同170・青山69頁, 同179・我妻12頁ほか), それが認められていないということは, 個人の尊厳ないし重要な人権が著しく傷つけられていることを意味する。

さらに, 本件規定は, 性別や性自認ないし性的指向といった, 本人によっては変更困難な属性によって, 法律上同性のカップルを婚姻制度から一律かつ永久的に排除する。現在では, このような法律のあり方を支えた, 「異性同士の性愛のみが正常で保護に値し, 同性同士の関係は異常・逸脱であり法的保護を論じる対象にすら値しない」という異性愛規範は, 既に正当性と合理性を完全に喪失し(甲A174・風間教授と赤枝教授の意見書63～70頁), 人の性のあり方の多様性を尊重することが普遍的な共通認識となっている。それにもかかわらず, 原告ら本件別異取扱いを受けている当事者は, セクシュアル・マイノリティであり, 社会における圧倒的少数者であって, 長きにわたって, 異性愛規範のもと異常・変態として人格的存在と扱われず根強い差別に晒されてきた。民主政のプロセスを通して, 本件別異取扱いの問題を解決することは極めて困難である。そうであれば, 解決を民主的プロセスに委ねるのは, 問題を放置するのと同じであり, 平成27年夫婦別姓最高裁判決における寺田裁判官補足意見も, 「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係る」場合には「民主主義的プロセスによる公正な検討への期待」が「妨げ」られると指摘しているところである。以上に加えて, 国会では, いわゆる「同性婚」の導入の可否が初めて論じられた2015年以降, 「極めて慎重な検討を要する」という答弁が繰り返され, 検討自体が行われていないという状況が続いている(甲A234～238, 同240～242, 同245, 同246・国会における質疑内容)。これらの状況は, まさに, 少数者に対する偏見

【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。

のために民主的プロセスでの解決が困難であることをあらわしている。

以上のとおり、本件では、婚姻という社会の基本的制度に深刻な欠陥があり、セクシュアル・マイノリティの婚姻の自由(婚姻をするについての自由)ないし平等権という重要な人権と個人の尊厳が侵害され、民主主義社会の基本が揺らぐ事態となっている。ところが、社会の根強い差別と偏見のために、民主政のプロセスが機能することを期待できない。そうである以上、民主的プロセスに委ねるべきであるとして広範な立法裁量を認めることは許されない。令和3年夫婦別姓最高裁決定の三浦裁判官の意見も、「婚姻の自由を制約することの合理性が問題となる以上、その判断は…憲法上の保障に関する法的な問題であり、民主主義的なプロセスに委ねるのがふさわしいというべき問題ではない」と指摘している。

## 5 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

### (1) 被告主張の骨子

憲法24条2項についての被告の主張は、婚姻及び家族に関する事項について「その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものである」とする点に限っては、原告らの主張と類似する。

ただし、その上で被告は、「国の伝統や国民感情を含めた…観点から、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」等として、本件規定による別異取扱いについて立法府の広い裁量が根拠付けようと試みる(被告第3準備書面19～20頁, 22頁)。

### (2) 原告らの主張及び被告主張の誤り

しかし、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項であるというだけで広範な立法裁量を認める規定ではない(原告ら第4準備書面16頁)。

また、被告が引用する最高裁判例が、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が誤っていることも、原告第4準備書面記載のとおりである(同18～20頁)。最高裁は、当該規定内容の詳細や具体的な制度構築の場面と憲法が求める内容への直接の制約が問題となる場面を区別して、慎重に立法裁量及び審査密度を判断している。また、法的問題と伝統や国民感情とを区別したうえで、侵害されている当該権利利益の重要性を踏まえ、伝統乃至国民感情がどの程度関連しているか、立法裁量や当該制約の合理性を基礎づけるものか等を慎重に検討し、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、伝統や国民感情を考慮すべき範囲または程度を判断している。すなわち、伝統や国民感情は、何らの検討もないままに単純に憲法上の要請と並列的に考慮されるべきものではない(甲A209・19～21頁)。

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

【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。

その規範的要請である。特に、日本においては、まさにその身近な制度が、個人よりも家を本位とし、女性よりも男性を上置く制度であったがために人々を苦しめ、また、「民主主義の成長を萎縮させた」。憲法は、この歴史への反省から、「婚姻の自主性を宣言し…個人主義的家族観に基づいた、家族生活の法律的規整を要求」(甲A19・註解日本国憲法上巻470頁)して憲法24条を置いたのであり、伝統や国民感情を無反省に尊重することは24条の存在を無に帰するものであり到底許されない。

婚姻及び家族に関する事項こそ、伝統や国民感情以前に、「個人の尊厳と両性の本質的平等」が徹底されねばならず、伝統や国民感情は、憲法の条項や規範的要請に照らして問い直され、これらと適合する限りで意味を持つ。

## 6 被告が主張する札幌地裁判決への批判は、的を射ていないこと

### (1) 被告主張の骨子

被告は、同種事件の札幌地裁令和3年3月17日判決(甲A171。以下、「札幌地裁判決」という。)について、①「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も認められたものでもないことを看過している」、②「本件規定は性自認や性的指向について中立的であり、…同性愛者等との間に性自認や性的指向によって差異が生じるのは、本件規定から生じる事実上の結果ないし間接的な効果にすぎないことを見落としている」、③「憲法が…同性間の人的結合関係を対象とする婚姻を定める制度を想定していないと解すべきことが何ら考慮されていない」、④「立法府が…広範な裁量を有すると判示しながら、憲法14条1項の適合性判断においては…性的指向の性質のみを掲げて審査密度を上げている点で、論旨一貫していない」(被告第3準備書面25～26頁)、⑤「本件規定が憲法24条に違反しないと判断したにもかかわらず、…本件規定が憲法14条1項に違反すると判断したことは…特異なものである」(21頁)等と批判する。

### (2) 原告らの主張及び被告主張の誤り

この点、①②③の各批判自体、的を射ていないことは、これまで述べてきたとおりである。

④の批判についても、原告らは、本件規定による別異取扱いについて広範な立法裁量があることをそもそも前提としておらず、また、厳格な審査を行うべき理由として性自認や性的指向が自らコントロールできない事柄であることのみを主張するものでもないから、かかる批判は原告らの主張に当てはまらない。

また、⑤の批判について、憲法24条の観点と同14条1項の観点とは必ずしも同じではなく、それぞれ違憲審査がなされるべきことは前述のとおりであり、憲法24条の判断とは別に、同14条1項の観点から慎重に考慮した際に同項に違反するという判断になることは論理的にあり得ることである。例えば、再婚禁止期間最高裁判決及び平成27年夫婦別姓最高裁判決も、憲法の条項毎に憲法適合性を判断しているのであって、「憲法24条に違反しない法律の規定が憲法14条違反となることはない」というような機械的な見地に立つものとは到底解されない。被告は、自らの主張に沿わない札幌地裁判決の各判断を「特異」と述べるにすぎない。

【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。

## 7 小括

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、本件規定による別異取扱いについて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、本件規定による別異取扱いは、「性別」(憲法14条1項後段)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(公認に係る利益)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、憲法上保障される権利ないし憲法上十分尊重に値する法的利益である。そうであれば、本件規定による別異取扱いについては、立法裁量を前提にしても、厳格な司法審査を行う必要が極めて高いと言わざるを得ない。

## 第4 本件規定による別異取扱いに合理的根拠が認められないこと

### 1 被告主張の骨子

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

- ①本件規定は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることを立法目的とする。
- ②本件規定が、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、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず異性間の婚姻を認めていることは立法目的との関連で合理性を有する。
- ③夫婦間の人的結合関係を前提とする家族が自然的かつ基礎的な集団単位となっているという社会的実態とこれに対する社会的な承認が存在する一方で、同性間の人的結合関係を異性間の人的結合関係(婚姻関係)と同視し得るほどの社会的承認が存在しているとは言い難いことから、本件規定が立法目的との関連で合理性を欠くと評価することは相当でない。

### 2 骨子①への反論

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

被告は、民法及び戸籍法の条項を羅列した上で、「被告の主張は、本件規定について、…全体を通して確認した上で、結論として『生殖に結び付いて理解される異性間の人的結合関係を前提とした制度』と評価している」と述べ(被告第3準備書面29頁)、そこから法律上同性のカップルの排除を正当化しようとする。

しかし、被告が羅列する条項のほとんどが、いずれも生殖を伴わない婚姻に

【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。

も等しく適用されるものであることは、これまでも原告らが指摘してきたとおりであり(原告ら第4準備書面26～28頁)、これらの条項の存在を理由として、婚姻と生殖の結び付きを必須のものであるかのように結論付ける被告の議論は真摯な法解釈の名に値しない。

被告が特に強調する嫡出推定(民法772条)すらも必ずしも自然生殖による血縁関係を保護することを立法趣旨とするものでなく(原告ら第4準備書面29～30頁)、民法の学説においても、古くから、婚姻制度の目的・本質は、「両心の和合」「心の和合」「共同生活」にあり、「人は子を得るために婚姻するものでは決して無い」などとして、婚姻の目的は生殖に単純化されないとの理解で一致している(原告ら第2準備書面)。

そもそも、やはり原告らが指摘したように(原告ら第4準備書面28～29頁)、婚姻と生殖の結び付きが、法制度としての婚姻の設営に際してその保護される者の範囲を画するほどの意味を持つのであれば、民法上生殖の能力等が婚姻の要件となっていて然るべきである。被告の主張は、生殖が婚姻の要件となっていないという旧民法以来の法制史の一貫した事実からも、婚姻の効果のほとんどが生殖を伴わない婚姻にも等しく及ぼし得るものであるという事実からも、さらに、嫡出推定ですら生殖と必ずしも結び付くものではないという事実からも目を背け、婚姻＝生殖という構図に固執するものであり、非論理的であると言わざるを得ない。

## (2) 婚姻制度の目的は親密関係の保護にあり、生殖関係保護は婚姻の機能・役割の一つに位置づけられること

上記のとおり、本件規定の立法経緯及びその規定内容からは、被告が主張する立法目的は導けない。にもかかわらず、被告はその主張を維持した上で、「その目的は現時点においてもなお合理的根拠を有する正当なものであるということが出来る」とする(被告第3準備書面33頁)。

しかし、被告が羅列する条項やこれまでの民法学説における議論を踏まえれば、婚姻制度の目的は当事者の親密関係の保護(親密性に基づく共同生活の保護)にあると解するほかない(原告ら第2準備書面参照)。

また、被告は、「本件規定は…婚姻をした夫婦に子を産み育てることを強制したり、義務付けたりするものではなく、子を産み育てることは婚姻をした夫婦の意思に委ねられるべき性質のものであることに変わりはない」とするが(被告第3準備書面32頁)、そうであれば、猶更、婚姻制度の目的が生殖関係保護にあるという被告主張は理由を失い、やはり、親密関係保護が目的であるということに帰結する。そもそも、婚姻した夫婦に生殖が義務付けられないのであれば、被告が主張する、「子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与える」という婚姻制度の目的を達成することはできない。達成することすら意図されていない内容をもって、法制度としての婚姻制度の目的であると解釈するのは、非論理的である。

さらに、被告は、札幌地裁判決(甲A171・13頁)が、婚姻制度の目的を「子の有無、子をつくる意思・能力の有無にかかわらず、夫婦の共同生活自体の保護も、本件規定の重要な目的」とであると判示したことについて、「本件規

【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。

定の立法目的を夫婦の共同生活自体の保護にあるとして、夫婦の生殖及びそれによる子の養育の要素をことさらに軽視する札幌地裁の上記判示は誤っている。」と主張する(被告第3準備書面32頁)。しかし、婚姻制度の目的は、婚姻が果たす役割・機能のうち婚姻の要件(保護対象)を決するのは何か、という問題であり、札幌地裁判決が判示する「夫婦の共同生活自体の保護」や原告らが主張する「親密関係の保護」というより包摂的なものと理解したからといって、それは婚姻制度の機能の一つとしての生殖や養育を軽視することを何ら意味しない。けだし、親密関係の保護は、自然生殖や養育がその土台の上で保護されることを意味するからである。

札幌地裁判決は、上記判示をするとともに「本件規定は、夫婦が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して」も、「法的保護を与えることを重要な目的としている」と判示している(甲A171・25頁)。原告らも、子を産み育てることの重要性を踏まえ、法律上同性のカップルにも、(法律上異性のカップルと同様に)生殖補助医療で子をもうけたり、子を養育する能力があり、実際に多くのカップルが子育てをしていることを論じてきた(原告ら第2準備書面45～50頁)。後述するように、婚姻をしたカップルが子を持ち養育する場合、その前提には当該カップルの間の親密関係が存在することは言うまでもないところ、被告が婚姻制度の目的であると主張する「自然生殖」は、あくまで子を持つ方法の一つであり唯一無二の手段ではない。婚姻をした場合に自然生殖関係を保護するような法的効果が生ずるのだとしても、それはあくまで婚姻制度の機能の一つにすぎない。このことは、婚姻したカップルの間で子を持つか否か、子を持つ方法にも、自然生殖のほか、生殖補助医療を利用する場合、養子縁組を行う場合など様々なバリエーションがあることから明らかである。

被告の上記主張は、婚姻制度がどのような役割・機能を有するかという問題と、法制度としての婚姻の要件(保護対象)がそれらの役割・機能のうち何に着眼して画されるのかという問題を混同している。

### (3) 婚姻制度の目的を自然生殖保護とする被告主張が差別的であること

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

すなわち、子を産むことができるかは自らがコントロールできない属性である。そのような属性を婚姻に不可欠な要素とすることは、明治民法制定時ですら許されず(原告ら第2準備書面11～13頁で詳述したとおり、そのような見解は「我民法の精神を得たるものにあらず」と批判されていた)、現憲法下ではより一層許されない、差別的発想である。ほかならぬ国が、婚姻制度の目的について、子を産み育てる関係性を特に保護すべき点にあると明言することの異常さを、被告は十分に認識しなければならない(その不当性は、かつて女性を「産む機械、装置」とした、ある国会議員による差別発言の問題性とも通底する)。不妊の異性カップルも多く存在する中、婚姻制度の目的をこのように理解しているということを、果てして被告は、日本社会及び国際社会に向か

【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。

って、胸を張って説明できるのだろうか。

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

#### (4) 婚姻で保護される自然生殖関係は親密関係を前提とすること

本訴訟において、被告は、婚姻制度の目的が自然生殖関係の保護にあるという点に固執する。しかし被告も、親密な愛情や共同生活の意思に基づかない「自然生殖関係」をも婚姻制度によって保護すべきと主張するものではないであろう。つまり、婚姻の本質が親密性に基づく共同生活にあることからすれば、被告が強調する自然生殖関係は、すべての自然生殖関係ではなく、親密な愛情と共同生活意思の帰結としての生殖関係のみを指すと理解せざるを得ない。

そうであれば結局、婚姻制度の目的は親密関係保護にあり、自然生殖関係保護はそこから派生する、あるいはその土台の上に保護される重要な機能・役割の一つであると位置づけられる。被告が自然生殖目的の根拠として引用する文献(被告第2準備書面44頁など)も、むしろ、原告らの理解を補強するものというべきである(甲A262・木村草太教授論考49頁)。

### 3 骨子②への反論

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

以上のような、自然生殖可能性をメルクマールとして婚姻制度の目的や保護範囲を決することの論理的矛盾を前にして、被告は「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3準備書面33頁)。

しかし、これはごまかしである。なぜなら、婚姻制度の目的が子を産み育てることを目的とする共同生活の保護だから、生殖できない同性カップルが婚姻できないのは当然だと論じたのは被告である。この被告主張は、婚姻制度の目的が定まれば、そこから、婚姻によって保護される対象者の範囲が論理的に導かれ、保護の対象が厳格に画されることを前提とする。だからこそ、明治民法の時代から、禁治産者や産子能力を欠く者の婚姻の可否に関連して、婚姻制度の目的が論じられてきたのである。あまつさえ、被告は、同性カップルでも、里子や養子縁組、生殖補助医療という男女が普通に用いる手段によって子をもうけたり養育する現実があるのに、そのことは一顧だにしない。この一顧だにしない論法に従えば、「現実に生殖の能力や意思がない者の共同生活も、抽象的・定型的には『子を産み育てることを目的とする共同生活』に含まれる」な

【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。

どと婚姻制度の保護を広げることなど論外なはずである。

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

## (2) 被告の理屈では「生殖の意思・能力がない異性カップル」と「法律上同性のカップル」との間の別異取扱いを説明できないこと

被告は、婚姻制度の目的について、頑なに「自然生殖関係の保護」にあるとの主張を維持している。そうであるならば、「生殖の意思・能力がない法律上異性のカップル」と「法律上同性のカップル」との間の別異取扱いの合理性を論理的に説明する必要があるが、被告はその論証に成功していない。

被告は、異性カップルであれば生物学的にみて「抽象的・定型的」に自然生殖目的があるといえるとの弁明を試みるが(被告第3準備書面33頁など)、生殖の意思・能力がない異性カップルは、子を産まないと決めていたり、望んでも子を授かることはできないのであるから、「抽象的・定型的」という次元ですら、自然生殖目的を観念することはできない。逆に、そのような異性カップルにでも観念することができる程度に「抽象的・定型的」な自然生殖目的で足りるのであれば、それが法律上同性のカップルにも観念できない理由はない。実際、不妊の異性カップルと同様に、生殖補助医療を利用して子を授かり養育している法律上同性のカップルは相当数存在する。

被告が主張の拠り所とする大村教授による「抽象的・定型的な目的」との概念(乙12・286頁)は、事実婚相手に財産を相続させるために死の直前に行う臨終婚の有効性を説明するために持ち出された概念であるが(乙12・286頁, 甲A263・大村敦志『家族法(第3版)』130~131頁), 同教授が引用する臨終婚の判決(最一判昭和44年4月3日民集23巻4号709頁)の事案では、一方が昏睡状態となった後、実際に亡くなる約1時間前に婚姻届が出されている。大村教授の説明は、このように共同生活を行う実現可能性がほぼない場合にでも、「抽象的・定型的」な共同生活目的が観念できるというものである。そのような趣旨で観念された「抽象的・定型的」という概念を、法律上同性のカップルを婚姻制度から排除する根拠として流用することは許されない(以上につき、前掲甲A262・木村草太教授論考41頁)。

自然生殖保護に固執する被告主張によれば、「自然生殖の意思又は能力のない異性カップルは婚姻できない」との法改正を行うことも憲法違反ではないということになるが、その結論が妥当でないことは明らかである。それと同様に、自然生殖可能性がないという理由で同性カップルを婚姻から排除することにもまた、理由がないことは明らかである。

## (3) 生物学的な自然生殖可能性を基礎とするという被告主張が破綻しており、か

【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。

### つ、差別的であること

被告は、上記指摘に対して、本件規定が「実際の自然生殖関係の有無にかかわらず婚姻を認めている」ことを認めた上で、「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」と主張する(被告第3準備書面33～34頁)。つまり、異性カップルにのみ婚姻が認められるのは、実際に自然生殖が可能であるか否かにかかわらず、「生物学的」に男女である異性カップルであるから、という主張である。

しかし、「生物学的な自然生殖可能性を基礎」とするという被告の主張は、戸籍上の性別を変更した者についても婚姻が認められていることと明確に矛盾する。戸籍上の性別を変更しても、生物学的な性別を変更することはできないから、生物学的に見れば、戸籍上の性別を変更した者とそのパートナーは同性同士なのであって、「生物学的な自然生殖可能性」は認められない。「生物学的な自然生殖可能性」を基礎として婚姻できるカップルの範囲が定められているとの被告主張は、この1点のみをもってしても破綻している。

結局、ここでの被告の主張は、「男女の異性カップル」であることを理由として婚姻が認められるという結論を循環論法で述べているに過ぎず、なぜ、法律上の異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルに婚姻を認めないことに合理性があるのかという点について、何ら答えるものではない。換言すれば、被告の主張は、「男女の異性カップルにのみ婚姻を認め、同性カップルには認めない」という差別的取扱いそれ自体が、婚姻制度の積極的な目的であるという主張である。法律上の同性カップルを積極的に排除することこそが婚姻制度の目的であると理解・主張することは、かかる解釈が憲法13条及び同24条2項に反して許されないことは明白であり、それ自体が差別的であって、恥じるべきことである。

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

## 4 骨子③への反論

### (1) 法律上同性のカップルにも人的結合関係を前提とする共同生活の実態があること

被告は、「夫婦間に実際に子がなくとも、又は子を産もうとする意思や子が生まれる可能性がなくとも、夫婦間の人的結合関係を前提とする家族が自然的かつ基礎的な集団単位となっているという社会的な実態」があると述べる(被告第3準備書面35頁)。

被告のいうところの「社会的実態」とは、親密関係に基づき共同生活を営むカップルが「家族」という集団単位として社会に広く受容されていることを意味すると思われるところ、婚姻しているカップルが「家族」としての社会的実態を有するのは、まさに「婚姻」しているからである。被告の述べる「夫婦＝家族」との「社会的実態」は、身分関係を創設し、公証する婚姻制度に支えら

【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。

れて存在するのである。

法律上同性のカップルが、法律上異性のカップルと同様に親密関係に基づく共同生活を営み、子を産み育てる同性カップルも多数存在することについては、これまで論じてきたとおりであり、法律上同性のカップルには法律上異性のカップルと同様に共同生活の実態がある。

それにもかかわらず、婚姻しているカップルと同様の共同生活の実態を有する法律上同性のカップルに、果たして「家族」としての「社会的実態」が存在しないというのであれば、それはまさに本件規定が法律上同性のカップルに婚姻を認めていないからに他ならない。

## (2) 社会的承認の不存在を理由とすることは差別の是認であること

被告は、「同性間の人的結合関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置づけるかについては、いまだ社会的な議論の途上であり、我が国において、同性間の人的結合関係を異性間の人的結合関係(婚姻関係)と同視し得るほどの社会的承認が存在しているとは言い難い」から、法律上の同性間の婚姻が認められないことに合理性があるとも主張している(被告第3準備書面35頁)。

しかし、被告が言うところの「同性間の人的結合関係を異性間の人的結合関係(婚姻関係)と同視し得るほどの社会的承認」が存在していないのは、現在の法制度(本件規定)が同性間の「婚姻関係」を認めていないことに根本的要因がある。現行制度が同性間の婚姻関係を認めていない中で、婚姻関係と同視し得る社会的承認が法律上同性のカップルに与えられるはずがない。それこそが、まさしく、原告らが訴状74～76頁、原告ら第2準備書面33頁等において主張している、本件規定の存在が法律上同性のカップルないし性的少数者の社会的承認を妨げているということなのである。法律上の同性間の婚姻が認められていないことによって生じている社会的承認の不足を、法律上の同性間の婚姻を認めない正当化理由とすることは、社会にはびこる法律上同性のカップルないし性的少数者への差別や偏見を是認することにほかならない。被告の主張は、日本社会全体に遍在する性的少数者に対する差別や偏見を先に解消してからでないと、法律上同性のカップルには婚姻を求める資格がないと言っているに等しい。

被告の主張の実態は、本件規定の保護対象として法律上異性のカップルと法律上同性のカップルを区別する理由として、生殖や子の養育には実質的な意味はなく、男女の組み合わせは家族として慣れ親しまれていて安心感があるが、法律上同性の組み合わせは家族として慣れていないので不安であるという抽象的な印象論・感情論である。婚外子相続分違憲判決が示したとおり、社会の感情や慣習が意味を持つのは、それが憲法の理念と要請に合致する限りであり、上記被告の主張には合理的根拠のかけらもない。

なお、複数の調査で多数の国民が法律上同性のカップルの婚姻に賛成しているとの結果が出ていること(甲A112～120, 同264～267), 200を超える企業・団体が法律上同性のカップルの婚姻の法制化に賛同していること、法律上同性のカップルに法的保護を与えようとする判決の存在(甲A3

【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。

5-1, 同35-2), 訴状105頁以下でも述べたとおり日本においても2015年7月7日に「法律上同性の者との婚姻が認められないことは人権侵害に該当する」として日本弁護士連合会に人権救済申立がなされたり, 2021年3月に行われたNHKのジェンダーに関する世論調査結果で法律上同性のカップルの婚姻を認めるべきとの意見が56.7%に及んだこと, 野党から婚姻平等法案が提出されていること(甲A84)などからも明らかなどおり, 法律上同性のカップルに婚姻を認めるべきとの「社会的承認」はすでに確固として存在し年代を問わず増大し続けていることを念のため付言しておく。婚姻に際して, 自然生殖可能性などは問わず, 親密関係(親密性に基づく共同生活)こそが婚姻制度で保護すべき対象であるという点にこそ, 「社会的承認」が存在していると言えよう。

結局のところ, 被告の上記主張は, 「異性カップルは, 自然生殖の意思・能力にかかわらず, 婚姻できないことで社会において差別されることがあってはならないが, 同性カップルは差別されても構わない」という差別感情の現れにほかならない。

## 5 大阪地裁判決について

法律上同性のカップルに婚姻を認めていない現行制度の合憲性について判断した大阪地裁判決は, 「婚姻の本質は, 自分の望む相手と永続的に人的結合関係を結び共同生活を営むことにある」(甲A248・大阪地裁判決38頁)とした上で, 「本件区別取扱いは, …性的指向という本人の意思や努力によっては変えることのできない事柄によって, 婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについて区別取扱いをするものであることからすると, 本件区別取扱いの憲法適合性については, このような事柄の性質を考慮して, より慎重に検討される必要がある。」と判示した(甲A248・同判決39頁)。

同判決は本件規定の憲法14条1項適合性についてより慎重に検討すべきとしている点で一定の評価に値するべきものの, 後述するような理由を掲げて本件規定による別異取扱いに直ちに合理的根拠が認められないことにはならないとしており, 当該判断は誤っている。そこで, 下記のとおり大阪地裁判決の問題点について指摘する。

ア まず第1に, 大阪地裁判決は, 「異性間の婚姻は, 男女が子を産み育てる関係を社会が保護するという合理的な目的により歴史的, 伝統的に完全に社会に定着した制度であるのに対し, 同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるかについては…なお議論の過程にある」と判示する(甲A248・同判決40頁)。

しかし, 憲法14条1項適合性, すなわち, ある別異取扱いに合理的根拠が認められるか否かということと, 違憲状態が生じている場合にそれを解消するためにいかなる具体的な手段・方法が考えられるかという議論とは, 本来別の問題である。前者はまさに司法の場で判断すべき問題であり, 後者は司法の判断に基づき立法により検討・解決すべき問題である。大阪地裁判決は, 憲法適合性の議論の中で, 本来立法府で検討すべき後者の問題を取り上げ判断してい

【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。

る点で誤っている。

なお、前述のとおり、法律上同性のカップルに婚姻を認めるべきとの「社会的承認」はすでに確固として存在し年代を問わず増大し続けている。それでも上記判断のように「なお議論の過程にある」と評価され得る状況があるのだとすれば、それは単純に、世論に耳を傾けることなく具体的な議論を始めることさえ怠っている立法府の懈怠に他ならない。大阪地裁判決は、長期にわたり本問題を放置し続けてきた立法府の懈怠に司法によるお墨付きを与えたと評価されてもやむなしの不当な判断と言わざるを得ない。

イ 第2に、大阪地裁判決は、「同性カップルと異性カップルの享受しうる利益の差異は、相当程度解消ないし緩和されつつある。仮に差異の程度が小さくないとしても、その際は婚姻類似の制度やその他の個別的な立法上の手当てをすることによって更に緩和することも可能」と判示する(甲A248・同判決40頁)。

しかし、地方自治体によるパートナーシップ制度は、制度を利用したからといって法律上の婚姻をしているカップルが享受できる法的効果は全く発生しない点で、婚姻制度とは全く異なり、婚姻制度の法的効果を享受できないことによる不利益の解消はできない。他方、仮に法律上同性のカップルに法律上異性のカップルとは異なる制度により婚姻に準ずる法的利益を付与したとしても、法律上異性のカップルとは異なる劣った存在であるとの差別やスティグマの解消にはつながらない。

また、遺言や契約等の他の民法上の制度を利用することによって、婚姻しているカップルと同様の法的効果を享受できるとの指摘もあるが、婚姻であれば婚姻届の提出により一連の法的効果を自動的に享受できる一方で、法律上同性のカップルの場合は、目的ごとに遺言書や契約書の作成を迫られる点で、一定の法的効果を享受するための要件に大きな差異が存在している。このように、婚姻できるカップルと婚姻できない法律上同性のカップルの享受できる利益の差異は、本件規定が改正され法律上同性のカップルも異性のカップルと同様に婚姻制度を利用できるようにならない限り、緩和ないし解消されることなどないのである(詳細は、原告ら第11準備書面を参照)。

なお、大阪地裁判決自身、遺言制度など他の制度を利用することについて「そもそも事前に遺言や契約等をしなければその効果を享受することができないものであり」、「同性カップルが享受し得る利益が、異性カップルが婚姻により享受し得る法律上の効果に及ばないことは確かである」(甲A248・大阪地裁判決31頁)、「かかる個別的な立法等によっては、…同性カップルが社会の中で公に認知されて安心して安定した共同生活を営むために必要な人格的利益である公認に係る利益を満たすことはできない」(甲A248・同判決31頁)、「現時点の我が国においては、同性愛者には、同性間の婚姻制度どころか、これに類似した法制度さえ存しないのが現実であり、その結果、同性愛者は、…婚姻によって異性愛者が享受している種々の法的保護、特に公認に係る利益のような重要な人格的利益を享受することができない状況にある」(同判決39頁)と判示しており、自己矛盾に陥っている。

ウ 第3に、大阪地裁判決は、「同性愛者であっても望む相手と親密な関係を築

【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。

く自由は何ら制約されて」いないと判示する(甲A248・同判決40頁)。

しかし、法律上同性のカップルの場合、現行法の下では婚姻制度を利用することができない点で、親密な関係を築いた先の法的保護(制度的保障)について婚姻ができるカップルとの間で埋まらない溝が生じていることは明らかである。婚姻制度が利用できないことで、2人の関係性に不安を感じ別れを選択する法律上同性のカップルも少なくない。

また、そもそも親密関係を築く自由があるか否かと婚姻が認められるか否かとは別の問題であり、前者が制約されていないから後者を認めなくても許されることにはならない。

エ 第4に、大阪地裁判決は、「法制度としては存在しないものの、多くの地方公共団体において登録パートナーシップ制度を創設する動きが広がっており、国民の理解も進んでいる」など「自らが望む相手との人的結合関係について享受し得る利益の差異」が「緩和されつつある」と判示し、本件規定が立法裁量の範囲内であるとした(甲A248・同判決39～40頁)。

しかし、国民の理解が進んだからといって、法律上同性のカップルが婚姻制度により享受し得る各種利益を享受できるようになるわけではなく(詳細は、原告ら第11準備書面を参照)、何をもって「差異」が「緩和されつつある」と評価するものか不明である。大阪地裁判決の上記判旨は、端的に述べて論理性を欠くものと言わざるを得ない。

## 6 小括

以上より、本件規定による別異取扱いに合理的根拠は認められず、本件規定による別異取扱いは憲法14条1項に違反する。

以上