

【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」九州訴訟(福岡地裁)第11回期日(20221208)提出の書面です。

令和元年(ワ)第2827号、令和3年(ワ)第447号

「結婚の自由をすべての人に」訴訟事件

原告 原告番号1(こうすけ)、原告番号2(まさひろ) ほか4名

被告 国

## 原告ら第23準備書面

(被告第5準備書面の一部に対する反論)

2022(令和4)年11月30日

福岡地方裁判所 第6民事部合議B係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士	安孫子健輔	石井謙一
	石田光史	井上敦史
	入野田智也	岩橋愛佳
	緒方枝里	太田千遥
	久保井撰	富永悠太
	後藤富和	鈴木朋絵
	武寛兼	徳原聖雨
	西亜沙美	塙愛恵
	原田恵美子	森あい
	渡邊陽	吉野大輔
	永里佐和子	仲地彩子
	藤井祥子	藤木美才

上記当事者間の頭書事件について、原告らは、以下のとおり口頭弁論の準備をする。

【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」九州訴訟(福岡地裁)第11回期日(20221208)提出の書面です。

## 第1 はじめに

原告らは、第22準備書面において、大阪地裁判決を批判的に検討しつつ、原告らの主張を再論ないし補足した。大阪地裁判決が被告の主張を一部容れていることもあり、第22準備書面は、概ね、被告第5準備書面に対する反論にもなっており、同書面に対する全面的な反論書面を改めて提出することはしない。

もっとも、同書面における「本件規定が実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めていることが、その立法目的との関連において合理性を有しており、原告らの主張に理由がないこと」(27頁～)については、一部、原告第22準備書面55頁ウにおいて関連する主張を述べているが、正面からの反論を主張していないため、念のため、この点についての反論を行っておく。

## 第2 被告の主張

原告らは、被告のいうように本件規定の立法目的を「一人の男性と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」にあると解すると、子を持たない、あるいは子を持たない夫婦は、婚姻の本来的な保護の範囲外の存在になってしまう、と主張している(原告ら第22準備書面第3部第3第6項(3)ウ(55頁以下)では、「本来の制度趣旨を外れた、いわば非正規的な利用であると位置付けるもの」との表現を用いているが、同旨である。)

被告は、これに対して、本件規定は、生物学的な自然生殖可能性を基礎として抽象的・定型的に立法目的を捉えて夫婦の範囲を定めており、また、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とこれに対する社会的な承認が

【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」九州訴訟(福岡地裁)第11回期日(20221208)提出の書面です。

存在することによって変わらないことや、婚姻のような基本的な制度については目的について抽象的・定型的に捉えざるを得ない上、当該制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要があることからすれば、合理性がある、とする（被告第5準備書面28頁（ア））。

### 第3 抽象的・定型的論とパッケージ論

このうち、抽象的・定型的論については原告ら第18準備書面37頁（イ）において、制度として利用できるか否かの基準は明確である必要があるという論（パッケージ論）についても同書面36頁（ア）において、反論済みである。

いずれも、同書面で述べたとおり合理的根拠のない主張であるし、そもそもこの抽象的・定型的論やパッケージ論では、「本件規定の立法目的が被告の言うようなもの（一人の男性と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）だとすると、子を持つ意思のない、あるいは子を持つことのできない夫婦は、婚姻の本来的な保護の範囲外の存在になってしまう」という原告らの指摘に対して、何の回答にもなり得ていない（例えば、パッケージ論からすると、要するに、子を持つ意思のない、あるいは子を持つことのできない夫婦は、本来的に法が保護を与えることを意図したカップルではないが、制度利用基準の明確性の確保のために便宜上保護を与えられただけの存在、と位置付けられよう。）。

### 第4 社会的実態と社会的承認

- 1 おそらく被告も、この批判があり得ることは自覚していると思われ、それ故、上記2論に加え、「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とこ

【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」九州訴訟(福岡地裁)第11回期日(20221208)提出の書面です。

れに対する社会的な承認が存在するという事実」を持ち出し、これが、実際の自然生殖可能性の有無にかかわらず婚姻を認めることが本件規定の立法目的との関連で合理性を有することを裏付ける一つの事情である、と主張する。

2 この点、上記のような社会的実態及び社会的承認が、いつの時点で存したとするのか、被告主張からは明確ではないが、被告主張の立法目的の正当性を語る文脈の中での言及であるから、現行規定の元となった明治民法制定時にはそのような社会的実態と社会的承認があった、ということなのだろう。

しかし、我が国において、明治民法制定以前に、「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とこれに対する社会的な承認が存在」したという論拠は、被告からは特段提示されていない。

よく知られていることであるが、我が国では、古来律令制の時代より、七去と呼ばれる、夫が妻を一方的に離婚ができる7つの離婚事由が定められており、その一が、「無子」(子がいないこと)であった(原告ら第8準備書面14頁、甲A210)。その後、婚姻形態や家産形態の変遷はあるが、江戸時代に編まれ一般庶民にも広く普及した『女大学』(貝原益軒著『和俗童子訓』が後年名を替えて出版されたもの。)にも七去が記載されるなど(甲A552)、「無子」が離婚事由となることは一般に広く根付いていたと考えられ、実際にも不妊を理由とする離婚は少なくなかった(甲A553)。したがって、明治民法以前において、「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とこれに対する社会的な承認」が存在したというのは、疑問と言わざるを得ない(控えめに言っても、そのような実態・承認が存在したか否かは不明である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」九州訴訟(福岡地裁)第11回期日(20221208)提出の書面です。

そうだとすると、明治民法が、婚姻の成立について生殖能力を要件としなかったこと、七去の「無子」を引き継がず子がないことを離婚事由としなかったこと、そして婚姻の目的について、「男女集合して其共同生活を遂ぐるに在り」とか、「婚姻というものは主として心の和合である」とか、「婚姻は夫妻の共同生活を目的とす。必しも子を得ることを目的とせず。」などと説かれたこと（原告ら第8準備書面13～15頁）は、極めて重大な意味を持つことが明らかである。すなわち、明治民法により、婚姻は、少なくとも法規範の上では、それ以前の「無子」を離婚事由とする制度（つまり、子がなければ夫婦関係は当事者双方の合意がなくとも終了しうる制度）から、子の存在を存続要件としない制度となったのであって、そのような明治民法（本件規定）の立法目的を、「一人の男性と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」と捉えるのは、あまりに無理があるというべきである。

## 第5 結語

本件規定の立法目的を「一人の男性と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」と捉えることは、子を持つ意思のない、あるいは子を持つことのできない夫婦は、婚姻の本来的な保護の範囲外の存在であるとする（子を産み育てないカップル、自然生殖でない子を育てているカップルによる婚姻制度の利用は、本来の制度趣旨を外れた、いわば非正規的な利用であると位置付けるもの）に他ならない。しかしそれは、現行憲法の下における婚姻制度の解釈として全くもって不適当というべきである。

抽象的・定型的論やパッケージ論は、子を持つ意思のない、あるいは子を持つことのできないカップルを便宜上婚姻制度の中に組み込むことについての説明文に過ぎず、上記批判に対抗しうるものではない。それを糊塗するた

【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」九州訴訟(福岡地裁)第11回期日(20221208)提出の書面です。

めに被告が持ち出した社会的実態・社会的承認論も、上記のとおり、本件規定制定時の状況に照らして論拠のあるものとは考えがたい。結局、本件規定の立法目的は、「一人の男性と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」とは解し得ないというほかはない。

婚姻において、夫婦間の子を保護することは、重要である。婚姻にこの側面があることは、原告らも、これまで主張してきたとおり、否定しない。しかし、子の保護は重要な要素としてありつつも、二個人の間親密な結び付きである夫婦共同体の保護それ自体も、本件規定の立法目的である（原告ら第8準備書面17頁以下「3 婚姻制度の目的」参照）。

以 上