

令和3年（ネ）第194号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 控訴人1 外5名

被控訴人 国

控訴審第11準備書面

（生殖と養育に関する主張）

2023年（令和5年）2月21日

札幌高等裁判所第3民事部3係 御中

控訴人ら訴訟代理人 弁護士 加藤 丈晴

同 弁護士 綱森 史泰

同 弁護士 須田 布美子

同 弁護士 皆川 洋美

同 弁護士 上田 文雄

同 弁護士 林 拓哉

同 弁護士 高橋 友佑

同 弁護士 本橋 優子

1 生殖と子の養育について異性カップルと同じ制度を用いても支障がないこと

(1) 問題の所在

ア 原判決は、同性カップルが婚姻の効果の一部ですらも享受できないことは憲法14条1項に反すると判示しながらも、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない(全く同じ制度にはできない)こと」を理由として、立法府の裁量判断を待たなければならないと判示し、立法不作為の違法性を否定した(原判決31頁)。

また、大阪地方裁判所令和4年6月20日判決(甲A506号証)や東京地方裁判所令和4年11月30日判決(甲A513号証)も、生殖や子の養育に着目して、同性間の場合は異性間の婚姻制度をそのまま適用できないことを前提に、現行婚姻制度を定める本件諸規定が違憲であるとの判断を回避しているように見受けられる。

イ この点、同性間の婚姻制度を、現行の異性間の婚姻制度と全く同じ制度に「すべきかどうか」について、議論の余地があることは否定しない。例えば、野党が提出した婚姻平等法案(甲A116)では、同性カップルが婚姻の代替手段として養子縁組を利用していた場合にも離縁後に婚姻できるようにするため、民法736条の適用を排除する旨の特例を設けて同性カップル特有の事情に配慮をしている。

他方、上記のような判決においては、生殖と子の養育に関して、異性カップルと同性カップルの取扱いを「全く同じ制度にはできない」という結論が前提とされるのみであり、本当に「全く同じ制度にはできない」のかどうかについて具体的に検討するところは見られない。

そのため、これらの判決においては、両親が同性となる場合には、何らかの支障が生じるのではないかという抽象的で漠然とした疑問が、「異性間に適用される現行婚姻制度をそのまま同性間には適用できない」という評価につながってい

るのではないかと考えられる。

ウ しかしながら、そもそも、異性カップルであっても年齢や病気、障害などによって生物学的に生殖可能性がない場合はあるのだから、生殖と子の養育に関して、異性カップルと同性カップルの取扱いを全く同じにできないと言い切る理由はない。

そして、この点について具体的に検討してみても、以下に論ずるとおり、生殖及び子の養育に関する現行の諸規定をそのまま同性カップルに適用することも可能であり、仮にそうしたとしても、法適用に関して特段の支障が生ずるものとはいえない。

したがって、生殖及び子の養育に関して「全く同じ制度にすべきかどうか」については議論の余地があるとしても、これらの判決が想定するように、「全く同じ制度にできない」ものとはいえない。

(2) 実子に関する規定（嫡出推定）において支障が生じないこと

ア まず、実子に関する規定として問題になるのは、嫡出推定(民法722条)の規定である。現行法が「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」と定めるところ、これを「一方配偶者が婚姻中に懐胎した子は、他方当事者の子と推定する」などと表記を改めることは必要であるが、同性カップルへの適用には、文言の修正で足りる¹。

この規定は、配偶者の一方が妊娠・出産することを前提とする規定であるから、女性カップルにのみ適用される。したがって、女性カップルの一方が出産した場合、出産していない方の母に嫡出推定が及び、二人の母が共同親権を得

¹ この点について京都産業大学の渡邊泰彦教授は、同性間で婚姻できる場合、「民法772条を適用または類推適用して、異性婚と区別しないことも考えられる」として適用を肯定したうえで、嫡出推定の規定を適用しないことで同性婚を異性婚と区別するという考えは、「異性婚と同性登録パートナーシップの区別の基礎にあった考えは過去のものとなっている」ことから、「将来的に維持できるかは疑問である。」と指摘している(甲A405)。

ることができる。

- イ 他方、男性カップルの場合は、婚姻当事者が妊娠・出産することはあり得ないから、そもそも嫡出推定規定の適用の余地がない。

また、日本では認められていないが、仮に精子提供により代理母出産をすることも、生まれた子の母は代理母となり(最高裁昭和37年4月27日判決・民集16巻7号1247頁。最高裁平成19年3月23日判決・民集61巻2号619頁)、当該男性カップルについて嫡出推定が問題となることはない。

今後、代理懐胎を認めるか、認めた場合の親子法制をどう考えていくかは問題になり得るものの、それは不妊治療に悩む異性カップルにもまったく同じ問題が生じる話であり、同性カップル特有の問題ではない。

- ウ 女性カップルが嫡出推定によって二人とも母になるとする場合、生物学上あるいは遺伝学上親となり得ない「出産していない方の母」に嫡出推定を及ぼしてよいかどうか問題となり得る。しかし、すでに最高裁は、性同一性障害特例法に基づき性別変更をしたトランスジェンダー男性について、遺伝学上の父となり得ないことは明らかであるにもかかわらず、その妻が懐胎した子の嫡出推定適用を認めている(最高裁判所平成25年12月10日判決)。判例上は解決済の問題である。

- エ また、生物学上の親とはなり得ない「出産していない方の母」は、DNA鑑定によって親子関係がないことを証明することが可能であるが、子の出生後に嫡出否認の訴えを起こすことができるとすれば、子の福祉を害することになりかねないという問題がある。しかし、この点も、異性カップルにおいて第三者の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した場合に同じ問題が生じるため、すでに法整備がされている。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第10条は、「妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子(その精子に由来する胚を含む。)を用いた生殖補助医療により懐胎した子については、夫は、民法第七百七十四条の規定にかか

ならず、その子が嫡出であることを否認することができない。」と定め、子の地位の安定を図っている。この法律についても、「妻」・「夫」の表記を「一方配偶者」・「他方配偶者」に改め、そのまま適用すれば足りる。

オ なお、精子提供者である遺伝学上の父は法律上の父となれないのかという点も問題となり得るが、民法779条は認知できる子を「嫡出でない子」としており、婚姻している女性間の子を認知することはできない。

この点も、第三者の精子を用いた生殖補助医療により懐胎した異性カップルにも同じ問題が生じるため、同性カップル特有の問題ではない。

カ したがって、嫡出推定の制度において、同性カップルへの適用は文言の修正で足り、同性カップル特有の問題について特別な別途の配慮や制度構築を要するものではない。

生殖補助医療に関していえば、女性カップルは夫が無精子症の場合の異性カップルと類似し、男性カップルは妻が卵子をつくれず、懐胎もできない場合の異性カップルと類似するから、生殖補助医療特有の問題は、異性間・同性間問わず同じように生じ、同じように立法による解決が必要とされる。そして、生殖補助医療について未解決の課題を残しつつ、異性カップルは婚姻制度を利用できているのであるから、同性カップルも同様に利用できるはずである。

(3) 養子に関する規定において支障が生じないこと

ア 同性間の婚姻を認めた先行諸外国では、養子縁組資格も認めている国が多いが、それによって法制度上の支障が生じたとの報告は見受けられない。

イ 婚姻が認められれば、共同親権が認められるので、子と養子縁組をしてふうふ(夫夫、婦婦)共同で親権を行使することができるようになる。この点も、これを是とするかどうかの議論はあるとしても、同性カップルにそのまま適用することは可能である。

ウ また、特別養子縁組を定める民法817条の3は、養親となる者は既婚者である

ことを要件としているところ、同性カップルが婚姻できるようになれば、特別養子縁組を認めることも可能となり、そのまま適用することが可能である。

エ したがって、養子に関する諸規定は、そのまま同性カップルに適用することができ、同性カップル特有の問題は生じない。

(4) 子の養育について異性カップルと同じ制度を用いても支障がないこと

まず、親権を定める民法818条には「父母」という言葉が用いられているため、これを「両親」などに修正する必要があるが、そのような文言の修正により同性カップルに適用することが可能となる。

親権に関しては、女性カップルのみならず、男性カップルにも適用される。例えば、女性と婚姻し子をもうけた後、親権者を父と指定して離婚した男性が、男性と再婚する場合には、再婚相手の男性と子が養子縁組をすることにより、共同親権を得ることができる。

したがって、親権の制度において、同性カップルへの適用は文言の修正で足り、同性カップル特有の問題は生じない。

2 制度がないことで、同性カップルの生殖及び養育に支障が出ていること

上記のとおり、生殖及び子の養育についても、文言の修正をする程度で、異性カップルが使っている現行制度をそのまま同性カップルに適用することは可能である。したがって、これらを含めた法律の整備をすることは、特に難しいことではない。

しかしながら、国がそれを怠っている間に、多くの同性カップルは、現に子を産み、子育てをしていく中で、様々な困難や不利益に直面する。この点は、アンケート調査に関する令和4年11月2日付報告書(甲A512)の93頁以下にも多くの具体的な回答が記載されている。

特に、同性カップルの一方が外国籍である場合、その不利益はさらに複雑多岐にわたる。この点について前述の大阪地裁判決(甲A506)の原告であり、現時点では

大阪高裁事件の控訴人である坂田麻智(以下「麻智」という。)及びサカタ・テレサ・エベリン(以下、「テレサ」という。)は、テレサ出産後の不利益を具体的に語った陳述書を大阪高裁に提出した(甲A517)。二人は、14年間パートナー関係を続け、日本で一緒に暮らしてきたカップルであるが、①テレサが出産した子について麻智は親権者となれない、②親権者となるために麻智が養子縁組をするとテレサが親権を失う、③テレサが外国籍なので、子に漢字の名をつけても記載してもらえない、④麻智が育児休業を取得しても育児休業給付金が支給されない、⑤子が日本国籍を取得できない等、様々な壁にぶつかっており、そのたびに尊厳を傷つけられ不利益に苦しんでいる。

3 結論

以上に論じたとおり、生殖と子の養育についても、現行の法制度をそのまま同性カップルに適用することは可能であり、同性間の婚姻を認めていない本件規定が違憲であるとされた場合においても、同性カップル特有の事情に配慮して新たな法制度を構築することが必然的であるとはいえない。この点について、京都産業大学の渡邊泰彦教授は、嫡出推定規定を含む親子法制を同性カップルに適用できることを具体的に論証したうえで、「本件において憲法14条違反となる区別取扱いを「婚姻によって生じる効果」ではなく、「婚姻」そのものにみることもできた。同性カップルによる家族形成の一環としての同性婚という視点から、親子関係の規定の適用を含めて同性婚を認める方向へと進むべきだと考える。」と論じている(甲A405)。

当然ながら、全く同じ制度にするかどうかについて立法府に裁量がないわけではなく、だからといって、上記のような現実の支障や困難が生じていることを無視し、差別を放置してよいことの正当化根拠にはならない。全く同じ制度にすることを選択肢に含めて検討すれば、立法により差別解消を図ることが容易に可能なことから、裁判所としては、端的に、そのような差別を放置することは違憲であり、その不作為は立法裁量の逸脱であると判断を示すべきである。

以上