

令和6年(ネ)第1861号「結婚の自由をすべての人に」訴訟控訴事件

控訴人 山縣真矢 外7名

被控訴人 国

控訴審第2準備書面

－新ヶ江意見書、谷口第3意見書 加藤意見書について－

令和6(2024)年12月13日

東京高等裁判所第24民事部イ係 御中

控訴人ら代理人 弁護士 上 杉 崇 子

同 寺 原 真 希 子

ほか

目次

第1 本書面の目的	3
第2 性的少数者による出産や子育てに関する補足	3
1 はじめに	3
2 子育てにおける親の性的指向・性自認の影響	4
3 日本における性的少数者による子育ての実態	6
(1) 一般社団法人「こどもまっぷ」によるアンケート調査	7
(2) 新ヶ江教授らによるインタビュー調査	10
(3) まとめ	13
第3 2022年11月の自由権規約委員会の勧告に関する補足	14
1 はじめに	14
2 本件勧告の位置づけ	15
3 本件勧告の正統性及び権威性	17
第4 「伝統的な結婚・家族の在り方」に関する主張の補足	19
1 はじめに	19
(1) 問題の所在	19
(2) 若干の用語の整理	21
2 「伝統的」という評価の誤り	21
(1) 男女関係の対性・排他性・永続性について	21
(2) 自然生殖による親子間の血縁という紐帯原理について	23
(3) 生物学上の父母による直系の子の養育という規範的観念の広まり	25
3 まとめ	28

第1 本書面の目的

本書面では、新ヶ江教授の意見書(甲A597の1)、谷口第3意見書(甲A599)及び加藤意見書(甲A709)に基づき、それぞれ、性的少数者における出産や子育て(下記第2)、2022年11月の自由権規約委員会の勧告(下記第3)及び伝統的な結婚・家族の在り方(下記第4)に係る控訴人らの主張を補足することを目的とする。

第2 性的少数者による出産や子育てに関する補足

1 はじめに

法律上同性のカップルに対し憲法上婚姻が保障されているといえないとする理由の一つに、法律上異性のカップルは、子を産み育て、家族として共同生活を送りながら、次の世代につないでいくという社会にとって重要な役割を果たしてきたが、法律上同性のカップルはそうではないということが挙げられることがある。例えば、大阪地裁判決(甲A248)(29頁から30頁)や東京地裁判決(一次)(甲A322)(同40頁)がその趣旨を述べるし、被控訴人国も同様の主張をする¹。

しかし、これらの主張は具体的な事実を無視した空論である。なぜなら、法律上同性のカップルが出産や子育てを行う例は無数に存在するし、子どもがいる法律上同性のカップルは、子育ての中で直面する様々な困難を乗り越え、親としての責務を立派に果たし、次世代を保護育成してきたからである。これらの点で法律上異性のカップルと何ら違いはない。

以上のことについては、原審原告ら第13準備書面、同第35準備書

¹ 控訴答弁書44頁から51頁、原審被告第7準備書面27頁から32頁など。

面などで主張し、控訴人一橋・武田の供述など具体的な証拠を以って立証してきたが、本書面では、新ヶ江教授の意見書(甲A597の1)を踏まえて若干の補足を行う²。

2 子育てにおける親の性的指向・性自認の影響

まず、性的少数者による子育てに関し、子の福祉の観点から懸念を示す見解がある³。しかし、これまで繰り返し主張し立証してきたとおり、子の福祉の観点から親としての責務を十分に果たしうるかどうかは、親の性自認や性的指向によって決まるのではなく、温かい愛情と正しい理

² なお、本訴訟関連訴訟の東京一次訴訟に係る東京高裁判決(甲A710)(以下「東京高裁判決(一次)」という。)は、判決文中において、法律上同性のカップルによる出産や子育てに関し、比較的に詳細に認定している。同判決中で認定された事実としては、例えば、地方自治体の中には、ファミリーシップ宣誓制度を導入したり、法律上同性のパートナーを持つ職員に対し出産支援休暇等の利用などを認める地方自治体があること(同35頁)、里親制度において、法律上同性のパートナーと共同生活を送る者も要保護児童の養育里親となることができる扱いがとられており、実際にこの制度を利用して養育里親として委託を受け、子育てを行う者も存在すること(同35頁)、一般社団法人こどもまっぶが、2021年にインターネット上で実施したアンケート調査において、分析対象者数534人のうち、「現在付き合っている(あるいは婚姻関係にある)恋人やパートナーがいる」と回答した者が80%(428人)であり、そのうち、「実際に子育てしている/していた」と回答した者は33%(141人)いたこと(同42頁)、同訴訟の控訴人らのうち子育てをしている者の生活状況等に関する事実(同43頁から44頁)がある。そのうえで、「控訴人らも、これを望む者であり、それぞれ同性の交際相手を得て、お互いを人生の伴侶とすることを望み、家事や生活費を分担し、子がある控訴人西川と控訴人小野においてはお互いの子を共同して養育するなど、その実態において、婚姻関係にある夫婦と異なるところのない共同生活を営んできた」(同50頁)、「同性同士の共同生活においても、一方のみと血縁関係のある子、養子又は里親として養育の委託を受けた児童を共に養育している例が実際に存在しているのであって、次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たすことが、男女間の婚姻であれば実現可能で、同性間の人的結合関係では実現不能であるというわけではない」(同53頁)などと評価した。

³ 例えば、東京地裁判決(一次)(甲A322)は、「古くから続いてきた男女が共同生活を送る中で子を産み育てるという営みが同性カップルには当てはまらない」(同41頁)、「我が国においても、これらの点について、子の福祉や生命倫理の観点からの検討・・・が不可避」などと述べる(同54頁)。

解を持って子を養育する意思、能力、環境などがあるかどうかによって決まる^{4,5}。この点については、新ヶ江意見書(甲A597の1)「3 海外における性的少数者による出産・子育ての研究(同10頁から19頁)でまとめられている欧米における先行研究からも裏付けられる。

すなわち、欧米では、すでにゲイ、レズビアン、トランスジェンダーなどの性的少数者による出産・子育てに関する研究が1970年代後半から開始され、現在までに心理学、社会学、文化人類学分野での研究が相当数蓄積されているが、これらの研究によって、「標準家族」⁶による子育てと性的少数者による子育てとで、子の発達において両者の間に差はないという具体的な実証的結果が示されている⁷。例えば、アメリカとイギリスで行われた最初に男性と結婚して離婚したレズビアンの母親と離婚した異性愛者の母親を比較した研究によると、子の社会的・情緒的問題や問題行動の発生率に関し両者間の差はなかった⁸。ゲイの父親に関する研究においても、ゲイの父親家族と異性愛の親家族の間で、子の心理

⁴ 専門家の意見書や研究論文については、・アミカスキュリエ意見書(甲A5の2[16頁～25頁])、性的マイノリティ家庭とヘテロセクシャル家庭の間の家族アウトカムの格差に関する系統的レビューとメタアナリシス(甲A585)参照。

⁵ 事例については、控訴人一橋・武田の例について原告ら第13準備書面第2の2[4頁から8頁]、原告ら第18準備書面、原告ら第19準備書面、甲B1から3参照。東京一次訴訟控訴人小野・西川の例、関西訴訟控訴人坂田・SAKATAの例について、原告ら第13準備書面第2の3及び同4[8頁から13頁]など参照。

また、法律上同性のカップルも里親制度の一つを構成する養育里親として認定され、実際に養育里親としての実績を残していることに関し、甲A324、甲A325、甲A327、甲A328を、被控訴人国も法律上同性のカップルを養育里親の重要なリソースと考え、歓迎の姿勢を示していることに関し、甲A464、甲A465をそれぞれ参照のこと。

⁶ 「標準的家族」とは、シスジェンダーの異性愛者の男女1組の夫婦が、遺伝的につながりのある夫婦と氏を同じくする子どもを産み育てる家族をいう(新ヶ江意見書[8頁])。

⁷ 全体的な結論に関し、新ヶ江意見書3-1[11頁から12頁]、同3-4[18頁]参照。

⁸ 新ヶ江意見書3-2-1[12頁から13頁]参照。

的適応に差はないということが示されている⁹。トランスジェンダーの親と子の間の良好な関係についての研究も存在する¹⁰。

これらの研究の中には、性的少数者の親による子育てにおいて、子の福祉にネガティブな要因がある場合も存在することを指摘するものも存在する。例えば、ある研究では、トランスジェンダーの親は、他の家族形態よりも、スティグマ、差別、暴力を経験するリスクが高く、同様にその子たちも専門的支援を受けられていない中でスティグマを経験する可能性が高いと指摘されている¹¹。また、他の研究では、性的少数者の親による子育て経験に親自身がスティグマを感じると、子の心理的適応に影響を与え、そのスティグマ経験が高いほど、女兒の自尊心は低くなり、男児は多動を経験する、子どもが小学校で、同性愛嫌悪的ないじめを経験したといった報告がなされている¹²。

しかし、これら子の福祉にネガティブな要因の多くは、上記の報告からも明らかなように、性的少数者に対するスティグマや性的少数者であることにより生じるストレスとメンタルヘルスなど、社会的要因との関係で発生しており、国が法や制度を整備し、性的少数者を取り巻く社会的障壁を取り除いていくことによって改善可能である。改善に向けた対応をせず、問題を放置することは、子の福祉を歪めることにつながる¹³。

3 日本における性的少数者による子育ての実態

すべての法律上の同性カップルが子を産み、育てているわけではない

⁹ 新ヶ江意見書3-2-2[13頁]参照。

¹⁰ 新ヶ江意見書3-2-4[14頁から15頁]参照。

¹¹ 新ヶ江意見書3-2-4[14頁]参照。

¹² 新ヶ江意見書3-3-4[17頁から18頁]参照。

¹³ 新ヶ江意見書3-4[18頁]参照。

が¹⁴、法律上同性のカップルが子を産み、子育てることを選択することはあるし、既にそのように選択して実践している例は無数に存在する¹⁵。この点も、新ヶ江意見書(甲A597の1)から裏付けられる。

(1) 一般社団法人「こどもまっぷ」によるアンケート調査

一般社団法人「こどもまっぷ」(以下「こどもまっぷ」という)は、2021年4月25日から同年5月31日までの期間、性的少数者で出産・子育てを考えている人を対象として、その生活実態を明らかにする目的で、インターネット上でアンケート調査(以下「本アンケート調査」という)を実施した^{16,17}。

ア 子育てに対する高い関心

本アンケート調査の結果によれば、有効回答者639名のうち22%にあたる141名が実際に子育てをしている／たと回答した。また、約8割にあたる534名の性的少数者が、実際に子育てをしている／た、あるいは子育てをしたいと考えている／たなどと回答し、回答者において子育てに対する関心が高いことが判明した¹⁸。

¹⁴ 法律上異性のカップルも、そのすべてが子を産み育てることを選択するわけではない。

¹⁵ 控訴人一橋・武田の例について原告ら第13準備書面第2の2[4頁から8頁]、原告ら第18準備書面、原告ら第19準備書面、甲B1から3参照。東京一次訴訟控訴人小野・西川の例、関西訴訟控訴人坂田・SAKATAの例について、原告ら第13準備書面第2の3及び同4[8頁から13頁]など参照。

¹⁶ 新ヶ江意見書4-1-1[20頁]、同4-1-2[20頁から21頁]参照。

¹⁷ なお、こどもまっぷは2015年にもアンケート調査(こどもまっぷアンケート)を実施しており、同アンケートのQ10によれば、第三者から精子や卵子の提供を受けて自分が子供を産んだ、同様の方法でパートナーが子供を産んだとの回答がそれぞれ18件、12件であった(甲A321[8頁])。

¹⁸ 新ヶ江意見書4-1-3[22頁]参照。

回答の内訳

実際に子育てをしている／していた	141名(22%)
近い将来子育てをしたいと考えて、実際に行動している	118名(19%)
現在は考えられないがいつか子育てがしたいと考えている	234名(37%)
「以前は子育てをしたかったが諦めた」	41名(6%)

イ 子どもの人数・子育ての方法など

既に出産し子育てをしている（妊娠中を含む）と答えた141名のうち、子供の人数についての回答は以下のとおりであった¹⁹。

回答の内訳

1人	73名(52%)
2人	44名(31%)
3人	4名(3%)
5人以上	2名(1%)
現時点で、自分／パートナー／協力者が妊娠している子どものみ	18名(13%)

子育ての方法に関しては、性的少数者ですでに出産し子育てをしている（妊娠中を含む）と答えた141名のうち、自分とパートナーの二人で育てていると回答したものが102名(72%)おり、パートナー以外のドナーなど複数で育てていると回答したものも15名(11%)い

¹⁹ 新ヶ江意見書4-2-3-2[37頁]参照。

た²⁰。

既に出産・子育てをしている141名のうち、半数強の77名(55%)が第三者からの精子や卵子提供によって子を産んでいる²¹。精子や卵子の提供を受けたと回答した77名のうち、ドナー提供を行う掲示板やSNSなどの利用者が23名(29.9%)を占め、海外の精子や卵子バンクを利用しているものも11名(14.3%)いた²²。

ウ 子育てをする上での不安や悩み

本アンケート調査の結果によると、子育てをする上での不安や悩みが「ある」と答えたものは460名で、その悩みの内訳は下記のとおりであった²³。

回答の内訳

法的制度が整備されていない	75.0%(345名)
社会の偏見や無知	74.8%(344名)
子育てにかかる金銭的・経済的不安	61.1%(281名)
子どもがいじめにあうかどうかの不安	60.0%(276名)
学校での対応	57.8%(266名)
子供への真実告知(血の繋がりや、出自についてなど)のタイミング	53.3%(245名)
精子や卵子提供者との関係	50.7%(233名)
周りの理解が得られない	38.8%(176名)
不妊治療を病院で行う必要があった/必	25.7%(118名)

²⁰ 新ヶ江意見書4-2-3-1[36頁]参照。

²¹ 新ヶ江意見書4-2-4-1[40頁]参照。

²² 新ヶ江意見書4-2-4-4[43頁]参照。

²³ 新ヶ江意見書4-2-5-2[47頁から48頁]参照。

要がある可能性がある	
パートナーとの関係	23.5% (108名)
子育てをするにあたり、周りから孤立している	17.6% (81名)
周りに子育てをしていることを言えない	12.2% (56名)

エ 国に対する要望

また、「国の制度についてどのようなことを望むか」を聞いたところ、「同性婚や同性パートナーシップ制度」と答えたものの割合が92.3% (493名)と最も高く、「幼稚園や学校でのセクシュアルマイノリティに対する教育」が76.4% (408名)、「病院での生殖補助医療(人工授精や体外受精など)を使つての受診」が72.3% (386名)、「不妊治療の助成に関すること」が63.3% (338名)、「シングルマザーやシングルファーザーに対する経済的支援」が61.2% (327名)であった²⁴。

(2) 新ヶ江教授らによるインタビュー調査

新ヶ江教授らは、本アンケート調査の結果を踏まえ、日本における性的少数者で子育てをしている人々がどのように日常生活を営んでいるのかを明らかにすることを目的としたインタビュー調査(以下「本インタビュー調査」という)を行った。

本インタビュー調査の期間は2022年10月から2023年7月である。新ヶ江意見書「5 2022年から実施したインタビュー調査の

²⁴ 新ヶ江意見書4-2-7[52頁]参照。

結果より」では、インタビュー対象者のうち2023年11月段階で出産・子育てをしている性的少数者9名に対する調査分析が記載されている²⁵。

ア 子育てにおける役割分担

本インタビュー調査によれば、子育ての役割分担に関しては、大きく分けて二つのパターン、すなわち、やれることをできる人がやるというパターンと、ジェンダー役割分業「的」なことが行われているパターンが見られた²⁶。法律上異性のカップル同様、法律上同性のカップルにおいても、臨機応変にかつ積極的に子育てが行われていることがうかがわれる²⁷。

イ 子の親に対する意識

子が親に対してどのような意識を持っているかに関しては、親が性的少数者であることに関し、子がそのことを肯定的に受け入れながら周りとの関係を構築しているパターンがある一方で、自分の親が他の親とは違うようだということに対して、疑問や葛藤をもつパターンも見られた²⁸。しかし、後者のパターンにおいても、親が、子が愛され望まれて生まれてきたということを説明し養育することにより、自己を肯定し、自分の出自について自然と周りに伝えることができるようになっていたり²⁹、(トランスジェンダーである)親が子に自らの性自認と異なる性別の恰

²⁵ 新ヶ江意見書5-1-1[57頁]、同5-1-2[57頁から58頁]参照。

²⁶ 新ヶ江意見書5-2-1-1[60頁から63頁]参照。

²⁷ 新ヶ江意見書5-2-1-4[68頁から69頁]参照。

²⁸ 新ヶ江意見書5-2-1-2[63頁から67頁]参照。

²⁹ 新ヶ江意見書5-2-1-2-2[64頁から65頁]記載のCの家族の例。

好をすることのつらさについて説明をすると子がそれに理解を示す³⁰などしている。

このように、本インタビュー調査から、性的少数者の親を持つ子どもは、疑問や葛藤を持つこともあるものの、親からの愛情や親との対話などを通じて自分の生まれた状況を理解しながら成長していることが見て取れる。社会は、このような多様な家族の形を認識し、性的少数者による家族形成を支える制度を構築する必要がある³¹。

ウ 子育ての上での困難 — 制度との関係

本インタビュー調査において、地方自治体の「パートナーシップ制度」や「ファミリーシップ制度」に関し、これらの制度を利用することによって、児童扶養手当の受給が困難になったり、保育所の入所に制限を加えられるのではないかという問題点があるため、これらの制度をあえて利用しないという語りが見られた³²。

本来、制度とは困難に置かれている人の生活改善や支援を行うものであるはずだが、子育てをしている性的少数者にとっては、この制度が逆に支援を阻害する要因となることもあり、もともと法的保障のない象徴的要素の強い「パートナーシップ制度」や「ファミリーシップ制度」が、その制度を利用することによって、児童扶養手当の受給を困難にしたり、保育所の入所に制限を加えられるなどの問題点があることが明らかとなった。子育てをしている性的少数者は、婚姻している法律上の男女と比較して、そもそも制度上平等な扱いを受けられないにも関わらず、一方で、「パートナーシップ制度」や「ファミリーシップ制度」を利

³⁰ 新ヶ江意見書 5-2-1-2-2 [66 頁から 67 頁] 記載の G の家族の例。

³¹ 新ヶ江意見書 5-2-1-4 [69 頁] 参照。

³² 新ヶ江意見書 5-2-2-1 [69 頁から 74 頁] 参照。

用しているという理由から、都合のいい部分のみ法律上の男女と同等に扱われるという、不平等が生じている³³。

エ 子育ての上での困難 — 定位家族との関係³⁴

子の祖父母や親戚など定位家族との関係については、当初から肯定的な例³⁵のほか、当初は第三者の精子提供により子どもを産み育てるということに対し理解を示さなかった実親もいたものの、子どもが生まれた後はその子の存在を認め、子育てにも参加する例が見られた³⁶。子どもが生まれた後に、これまでの家族関係が改善したという例もあった³⁷。

(3) まとめ

本アンケート調査と本インタビュー調査から、日本においても、少なくない数の性的少数者が親として子を育てることを強く望んでいるとともに、実際に愛情を持って子育てをしていることが明らかになった。

一方で、性的少数者による子育てが法制度から排除されることにより、産みの親ではない親と子の関係が法的に不安定であることや、婚姻している法律上の男女が受けられる制度を性的少数者が利用できないなど、様々な困難に直面していることも明らかとなった³⁸。

さらに、性的少数者による子育てに関し子の福祉に悪影響を与える点があるとすれば、それは、性的少数者らの責に帰すべき問題ではなく、

³³ 新ヶ江意見書5-2-2-3 [78頁]。

³⁴ 定位家族とは、子どもから見た自分が生まれ育った家族のことを指す(新ヶ江意見書[56頁]脚注15参照)。

³⁵ 新ヶ江意見書5-2-2-2-2 [76頁] 記載のCの例。

³⁶ 新ヶ江意見書5-2-2-2-1 [74頁から76頁] 記載のEの例。

³⁷ 新ヶ江意見書5-2-2-2-2 [76頁から78頁] 記載のAやDの例。

³⁸ 新ヶ江意見書6 [79頁] 参照。

制度の不備や社会の無理解による差別や偏見によりもたらされたものであることも明らかとなった。

既に性的少数者による子育ての事例が少なからず存在することに鑑みれば、制度の不備に対しては早急に対応が必要であり、既に多様な家族が存在していることについての理解促進と差別の禁止が求められる³⁹。

第3 2022年11月の自由権規約委員会の勧告に関する補足

1 はじめに

2022年11月に公表⁴⁰された日本の第7回定期報告書に係る総括所見(以下「本件総括所見」という。)(原文は甲A427、和訳文は甲A428)において、自由権規約委員会は、日本に対し、以下のような勧告を行った(以下「本件勧告」という。)(甲A428[4頁])。(下線太字はいずれも控訴人ら代理人による)。

10. 委員会は、性的指向及び性自認に基づく差別と闘い、平等な取扱いに関する啓発をするために締約国がとった措置に留意する。しかしながら、委員会は、性的指向及び性自認に基づく差別を禁止する明示的な法律が存在しないことに懸念を抱いている。さらに、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル及びトランスジェンダーの人々が、特に公営住宅、戸籍の性別の変更、法律婚へのアクセス及び矯正施設での扱いにおいて差別的な扱いに直面していることを示す報告に懸念を抱いている(第2条及び第26条)。

³⁹ 新ヶ江意見書6[79頁]参照。

⁴⁰ 採択は2022年10月28日付、公表は2022年11月3日付である(甲A428[1頁])。

11. 委員会の従前の勧告に沿って、締約国は以下のことを行うべきである。

(a) レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル及びトランスジェンダーの人々に対する固定観念及び偏見と闘うための啓発活動を強化すること。

(b) 同性カップルが、公営住宅へのアクセスや同性婚を含む、規約に定められているすべての権利を、締約国の全領域で享受できるようにすること。

極めて残念なことに原判決は本件勧告がなされた事実を全く認定しなかった。しかし、すでに提出済みの準備書面⁴¹でも述べたとおり、法律上同性のカップルに対して婚姻が憲法上保障されているか否かの判断に当たり、本件勧告の意義は極めて大きい⁴²。以下では、谷口第3意見書(甲A599)も踏まえながら、本件勧告の意義について補足する。

2 本件勧告の位置づけ

本件勧告を含む本件総括所見は、国家報告制度に基づき発出された。

⁴¹ 原告ら第28準備書面第2の1[3頁から5頁]、原告ら第35準備書面第3の4[14頁から17頁]など。

⁴² 東京高裁判決(一次)(甲A710)は、自由権規約委員会が2022年10月に日本に対し本件勧告を行った事実を認定している(同32頁)。そのうえで、「性的指向が異性に向く者は、自らの自由意思により人生の伴侶と定めた相手との永続的な人的結合関係について、婚姻により配偶者としての法的身分関係の形成ができるのに対し、性的指向が同性に向く者は、これができないという区別(以下「本件区別」という。)」の合理性判断の事情の一つとして考慮し(同54頁)、「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て定めるべきであることを考慮しても、性的指向という本人の意思で選択や変更をすることができない属性により個人の人格的存在と結び付いた重要な法的利益の享受の可否につき本件区別が生じている状態を現在も維持することに合理的根拠があるとはいえない。」と結論付けた(55頁)。

国家報告制度は、自由権規約上の義務の履行確保制度として創設され、締約国が定期的にその国の人権状況を報告し、自由権規約委員会がこれを審査し、総括所見中の勧告という形で締約国が取り組むべき課題と改善策を勧告する制度である（自由権規約40条）⁴³。

国家報告制度のもとで発出される総括所見中の勧告は、自由権規約2条の義務履行のために締約国がとるべき具体的な手段の提示としての意義をもつ。なぜなら、自由権規約2条は、締約国に対し、同1項において規約上の権利の差別なき「尊重 (respect)」と「確保 (ensure)」を義務づけ、同2項および3項において、そのための立法上、行政上または司法上の必要な措置をとることを義務づけているからである⁴⁴。

また、国家報告制度のもとで発出される総括所見中の勧告は、条約上の義務の履行のために、現時点で、具体的かつ現実的に締約国が選択可能な手法の提示としての意義も有する。総括所見は、締約国からの基本情報および履行状況の定期的な報告、自由権規約委員会からの事前質問リストの送付とそれに対する締約国からの回答、利害関係者による多様な情報提供や締約国との建設的対話 (constructive dialogue) などに基づいて締約国の現状を把握したうえで採択されるからである⁴⁵。この締約国の現状を把握したうえで採択されるという点は、法律上同性のカップルの法的保障に関しても同様であり、自由権規約2条と26条における性的指向による差別の禁止を軸に、建設的対話を通じて得られた情報をもとに、各国の現状にあわせた勧告が出されている⁴⁶。

本件勧告との関係でも、日本に対する事前質問リスト（2017年）

⁴³ 谷口第3意見書5(2) [12頁]、原告ら第10準備書面第3、同第4の1 [7頁から14頁] 参照。

⁴⁴ 谷口第3意見書5(2) [11頁から12頁] 参照。

⁴⁵ 谷口第3意見書5(3) [12頁から13頁] 参照。

⁴⁶ 谷口第3意見書4(1) [6頁から7頁] 参照。

の中で、性的少数者に関していくつかの質問をして、定期報告書での報告を求めたり⁴⁷、専門会員と日本政府との間の建設的対話（constructive dialogue）の中で、日本政府の代表団から、本訴訟関連訴訟の動向についての報告を受ける⁴⁸などのプロセスを経ている⁴⁹。このように本件勧告は日本の現状を把握したうえで採択されたものであり、自由権規約2条の義務の履行のために、2028年以降に予定されている第8回定期報告書の提出に向けて、日本が取り組むべき課題と日本が現実講じることが可能な具体的な改善策を提示するものとして発出された⁵⁰。

3 本件勧告の正統性及び権威性

一般に、締約国に対し法的拘束力を持つのは自由権規約自体（本勧告との関係でいえば、自由権規約2条や26条）であり、総括所見中の自由権規約委員会の勧告そのものは厳密な意味での法的拘束力を持たないと解されている。

しかし、それは、本件勧告の名宛人である日本（行政府、立法府だけでなく司法府も含む）が本件勧告を無視してよいということを意味しない。本件勧告の10項で根拠条文として自由権規約2条と26条が引用されており、本件勧告が自由権規約2条と26条を根拠として発出されたことが見て取れる。自由権規約委員会による自由権規約の解釈は、権

⁴⁷ 事前質問リストには、例えば、「(b)国レベルで同性同士の結合の公的承認に向けて措置が取られたか否かの明確化 (clarify whether steps have been taken towards official recognition of same-sex unions at the national level)」を求める質問が含まれていた（谷口第3意見書3（2）①〔4頁〕参照）。

⁴⁸ 専門会員と日本との建設的対話は、2022年10月13日（第3925回会合）と14日（第3926回会合）の2日間にわたって開催され、日本政府の代表団から、本訴訟関連訴訟の動向についても報告がされた（谷口第3意見書2〔1頁〕、同3（2）③〔5頁〕参照）。

⁴⁹ 谷口第3意見書3（2）〔4頁から6頁〕参照。

⁵⁰ 谷口第3意見書2〔1頁〕、同3〔2頁から6頁〕、同5（4）〔13頁〕参照。

威ある解釈 (authoritative interpretation) ないし有権解釈

(authentic interpretation) に近いものと位置づけられており、自由権規約上の義務を誠実に遵守し、履行するに際しての参照先として十分な正統性を有していると理解されている⁵¹。

また、自由権規約委員会の委員となる者の資格に関し、自由権規約上「法律関係の経験を有する者の参加が有益であることに考慮を払う。」と明記されており、同委員会が行う自由権規約の条文解釈という専門的な作業の正統性が制度的にも担保されている。実際、複数の日本の著名な国際法学者が同委員会の委員として選任されている⁵²。

さらに、ヨーロッパ人権裁判所や米州人権裁判所の判例や勧告的意見などを通じて、法律上同性のカップルの国際人権法上の保護は、何もないという状況から、事実婚としての権利保障、法律同上同性のカップルが家族生活を実効的に営めるよう法制度を含めた措置を講じることが国家の義務であるとの理解の確立、法律婚制度へのアクセスの保障と段階的に発展してきた⁵³。本件勧告は、これら国際人権法上の保護に関する発展を踏まえており、内容的にも十分に論理整合性を持っている⁵⁴。

最高裁も、再婚禁止期間違憲判決（最大判平成27年12月16日民集第69巻8号2427頁）や婚外子相続分差別違憲決定（最大決平成25年9月4日民集第67巻6号1320頁）などにおいて、自由権規約委員会が再婚禁止期間を撤廃せよとの勧告、婚外子差別を撤廃せよとの勧告をしたことを十分考慮したうえで、違憲判断を出している。

このように本件勧告は、十分な正統性及び権威性を有している。自由権規約の締約国であり、本件勧告の名宛人である日本（行政府、立法府

⁵¹ 谷口第3意見書5(1) [10頁から11頁] 参照。

⁵² 谷口第3意見書5(2) [11頁] 参照。

⁵³ 原告ら第28準備書面第3 [8頁から17頁] など参照。

⁵⁴ 谷口第3意見書5(5) [13頁から14頁] 参照。

だけでなく、司法府をも含む)は、本件勧告を無視せず、正面から向き合わなければならない。まして、原判決のように事実認定からあえて落とすような態度は論外である。

本件勧告により、自由権規約委員会が自由権規約2条および26条上の義務の履行手段として日本の現状に即していわゆる同性婚の導入を勧告した現在、本件勧告ならびにその経緯や関連する現状を踏まえ、司法府たる裁判所には、本件勧告と正面に向き合った賢明な判断を示すことが期待される⁵⁵。

第4「伝統的な結婚・家族の在り方」に関する主張の補足

1 はじめに

(1) 問題の所在

被控訴人は、「婚姻は『伝統的に生殖と子の養育を目的とする男女の結合』」であり、明治31年に公布された民法の「第4編 親族」における婚姻は「我が国の従来 of 慣習を制度化したもの」であるなどと主張する(控訴答弁書第4の2(3)ア[44頁から45頁]、原審被告第2準備書面第3[7頁から12頁]など)。明治民法において、法律上は一夫一婦制の原則が確立されたこと、家督の直系嫡出長男子による単独相続が規定されたことなどを踏まえると、被控訴人は、①男女関係の一对性、すなわち、婚姻の当事者が一对の男女であること(控訴答弁書第4の2(3)ア(ア)、(ウ)、(エ)[44頁から45頁])、及び、②自然生殖による親子間の血縁という紐帯原理が「伝統的」に日本の結婚の本質的要素であったこと(控訴答弁書第4の2(3)ア(ア)[44頁])を主張するものと解され

⁵⁵ 谷口第3意見書5(6)[14頁から15頁]参照。

る⁵⁶。また、被控訴人が婚姻制度の目的を一对の男女が「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」にあると主張していることからすると(控訴答弁書第4の2(3)ウ[48頁から49頁])、被控訴人は、①・②の前提として、日本の結婚の本質的要素に一对の男女関係の排他性、永続性を想定していると考えられる(以下、①の要素と合わせて「男女関係の一对性・排他性・永続性」という。)

しかし、被控訴人が主張する上記の要素は、歴史学、社会学の観点から「伝統的」に日本の結婚の本質的要素であったとはいえない。なぜなら、日本の歴史を遡った場合、結婚・家族の在り方はさまざまであり、上記の要素は常に結婚の本質的要素であったとはいえないからである(下記2)。それにもかかわらず、上記の要素を有する結婚のみを日本の「伝統」と主張するのであれば、「伝統」という概念を特定の慣習や観念を正当化するために恣意的に利用しているという誹りを免れることはできない(下記3)。

また、歴史のスパンを近世から明治期以降に限定した場合、歴史学・社会学の観点から日本の「伝統的」な結婚・家族の在り方といわれているのはいわゆる「家」制度である。しかし、そのような「伝統」を重視

⁵⁶ なお、原判決は、「伝統的に、婚姻は、単純な男女の性関係ではなく、男女の生活共同体として子の監護養育や分業共同生活等の維持によって家族の中核を形成するものにとらえられてきた」、「上記のような伝統的な婚姻の捉え方が、なお、相当程度あることがうかがわれるところであり、同性カップル等に対し、異性カップルの婚姻と全く同一の婚姻に係る法制度を認めるべきかどうかにつき、依然として、慎重な検討を要する状況である」と述べる(原判決34頁から35頁)。判決文からは、原判決が、①男女関係の一对性・排他性・永続性、②自然生殖による親子間の血縁という紐帯原理が「伝統的」に日本の結婚の本質的要素であることを前提としているかどうかは必ずしも明らかではないが、仮に、これらの要素を「伝統的」に日本の結婚の本質的要素であることを前提としているのであれば、本文で述べた批判が妥当する。

して、憲法 24 条 1 項及び 2 項を解釈することは、憲法 24 条のこれらの条項が、男女差別的でとりわけ女性の婚姻の自由が制限されていた明治民法下における「家」制度などによる制約を排し、現行憲法が拠り所とした「個人の尊厳」及び「法の下での平等」という基本原理や理念を婚姻についても徹底すべきことを宣言する趣旨で設けられたことに真っ向から反する（下記 3）。

このように「伝統」を重視して憲法 24 条を解釈することには様々な問題がある。これらの問題点は原審原告ら第 7 準備書面第 3 [31 頁から 39 頁] や控訴理由書第 1 分冊第 2 の 4 (4) イ (ア) [37 頁から 38 頁] などでもすでに述べたが、以下では、加藤意見書（甲 A 709）を踏まえて「伝統」を重視することの問題点について敷衍する。

(2) 若干の用語の整理

なお、加藤意見書（甲 A 709）では、「男女間の性的結合関係」を統制する「規範」一般およびそれによって現実化される行為・状態を「結婚」と呼び、その部分集合としての、明治民法という法律の下で成立した「法律婚制度」によって枠づけられた「婚姻」と区別している（同 6 頁）。そのため、本準備書面第 4 でも、同意見書の上記区別を基本的に維持しつつ叙述する。

2 「伝統的」という評価の誤り

(1) 男女関係の一对性・排他性・永続性について

前述のとおり、被控訴人は、①男女関係の一对性が「伝統的」に日本の結婚の本質的要素であったと主張し、その前提として、日本の結婚の

本質的要素に一对の男女関係の排他性、永続性を想定していると考えられる。

しかし、古代から中世の日本の結婚においては、いわゆる対偶婚の性格が色濃く、一对の男女による夫婦関係の観念自体は成立したものの、男女ともに必ずしも他の異性との性関係を妨げるものではなく、その関係を永続させようという志向は弱かった。「単なる性関係」あるいは今日の語彙でいう「恋愛」に似た関係と、社会的に「結婚」として承認された関係との境界は曖昧であり、夫婦関係はお互いの気の向く間のみ続き、どちらか一方が関係に飽きればおのずと終わるようなものであった。⁵⁷

具体的には、まず歌垣などの場で若い男女が出逢い、互いの名を名乗ることを経て恋仲になると、男が女の住まいに通いはじめる。このような通いは、一過性の恋愛、または単なる性交渉として自然消滅することもあるれば、ある程度の期間にわたって関係が続くこともあり、その中には夫婦共同の生活を営む同居婚へ移行するケースもあった。夫婦同居に至った場合、当初は多くは妻方居住であり、生まれた子も事実上母に帰属し、妻方で養育された。ただし古代から中世前期にはまだ後世のような「家」は確立しておらず、諸個人は共通祖先に遡る「氏」という大きな単位に生涯を通じて所属するものとみなされていた(そのため、たとえば死亡後の個人はそれぞれの氏の墓に入るので、夫婦でも別々の墓に入った)。

このような結婚のあり方の下では、男女ともに複数の異性関係をもつことも容易であり、とりわけ男が複数の女のもとに通うことは珍しくなかった。一人の夫に結びつく妻たちの間に序列はなく、また妻と妾とい

⁵⁷ 加藤意見書〔7頁～8頁〕

う区分も未成立であった⁵⁸。また、一对の男女が共同して子を産み育てるといった家族観も形成されておらず、一对の男女の共同生活といった実態も観念できなかったのである。

このように、古代から中世にかけての結婚においては、男女関係の一对性・排他性・永続性といった諸性質が弱く、今日における「単なる性関係」や「恋愛」に似た関係と、社会的に「結婚」として承認された関係との境界は曖昧であった。⁵⁹

(2) 自然生殖による親子間の血縁という紐帯原理について

前述のとおり、被控訴人は、②自然生殖による親子間の血縁という紐帯原理が「伝統的」に日本の結婚の本質的要素であったとも主張する。

しかし、中世後期から近世後期の日本社会においては、夫婦が「自然生殖」によって子を設け、その子を共同生活を通じて養育することは、結婚・家族にとって必ずしも本質的な要件ではなかった。このことは、日本の古代国家は中国の「姓」制度を継受したが、中国において厳格に守られた「同姓不婚」(同姓の者同士は結婚できない)と「異姓不養」

(異なる姓の者を養子に迎えてはならない)という二つの社会規範が日本では定着せず、特に後者が受容されなかったことから裏付けられる⁶⁰。

上記の社会規範のうち「同姓不婚」が定着しなかったのは、日本では近親婚をタブー視する観念が薄かっただけでなく、皇族や上級貴族層のあいだではむしろ族内婚が積極的に好まれたためだとされる⁶¹。他方、「異姓不養」が日本において成立しなかったのは、中世以降「家」が形

⁵⁸ 加藤意見書 [8頁]

⁵⁹ 加藤意見書 [8頁～9頁]。原告ら第7準備書面第3の2 [33～34頁] も参照。

⁶⁰ 加藤意見書 [9頁]

⁶¹ 加藤意見書 [9頁]

成され、生物学的な父系血統の永続よりも、「家」という組織体の永続が志向されるようになり、父系血縁にない他姓の男子であっても養子に取って家を継承させようとしたからであるとされる。このような動向は、中世後期に平安貴族層から始まり、近世に入ると武士層に、江戸中後期には農家の間でも頻繁に見られるようになった。このようにして、「自然生殖」による親子間の血縁という紐帯原理以上に、「家」という抽象的・観念的な対象の存続が重視される傾向が強まった。特に武士や貴族においては、乳母が雇われることが多く、必ずしも子の生物学的両親自身が共同して子育てを行っていたわけではない。⁶²

このように、中世後期から近世後期においては、「家」という抽象的な観念体の永続性が重視されていたのであり、〈夫婦が直系の子を分業的共同生活を通じて養育する〉ことは結婚の本質的な要素とはされていなかった。

また、明治民法の起草過程では、生殖能力の欠缺を婚姻の無効事由とする意見が示されながらも、婚姻は「両心の和合」をもって性質とするものであり、「産子の能力」は必要不可欠の条件ではないとの考えのもとに生殖能力がないことは婚姻の無効・取消事由、離婚原因として定められなかった。このような明治民法の起草過程やその規定ぶりからしても、明治期においても、自然生殖による親子間の血縁という紐帯原理が婚姻の本質的要素に位置づけられていなかったことは明らかであるし、このような共通認識を基礎として昭和22年民法改正以降も生殖能力・

⁶² 加藤意見書[9頁～11頁]。原告ら第7準備書面第3の3[34～35頁]も参照。

子を産む意思が婚姻の要件等とされることはなかったのである^{63,64}。

(3) 生物学上の父母による直系の子の養育という規範的観念の広まり

ア 生物学上の父母による直系の子の養育という規範的観念は近代に形成されたこと

生物学上の父母による直系の子の養育という規範的観念が日本において広まったのは、明治期になってからである。

徳川体制の下で嫡系男性を家長とする家制度が武士家族の在り方として確立された。当時の武士層はせいぜい当時の全人口の数パーセントを占めるに過ぎなかったが、明治政府は、人口のごく一部を占めるに過ぎなかった武士家族の在り方を下敷きにして、明治民法を編成し、家父長制的な家制度を整備して、全国民をこれに包摂した。明治民法下の家族が血統を重んじたものであったことは、家督の直系嫡出長男子による単独相続が規定されていたことなどからも裏付けられる。⁶⁵

このような嫡系男子を重んじる血統主義は、ボアソナードの旧民法を批判する際などに復古主義者らから唱えられたものである。しかし、生物学的な直系の親子関係を重視すべしという思想の先駆となったのは、むしろ、西欧社会の結婚・家族観の影響を受け、当時の日本の妻妾制を批判した森有礼や福沢諭吉といった近代主義者らであった。例えば、福沢諭吉は、「一夫一婦制」に基づく対等な夫婦がその間に生まれる子を育てる家族こそが、「天の道」とであると主張していた。西欧社会の結婚・家

⁶³ 原審原告ら第2準備書面第2[6頁から29頁]、同第7準備書面第2[6頁から31頁]、同第4[39頁から51頁]など参照。

⁶⁴ 東京高裁判決(一次)(甲A710)も、同様の認識を示す(同24頁から25頁、45頁、52頁)。

⁶⁵ 加藤意見書[11頁]

族に範をとったこのような近代主義的「血統」観は、一見、明治民法が確立した家父長制的な家制度とは相容れないように見えるが、男子優先の原則を脇に措けば、嫡系至上の原則においては本質的に一致していた。⁶⁶

また、明治民法の下での家制度の内実は今までの自生的な家秩序とは根本的に異なる面を持っていた⁶⁷。例えば、当時の妻妾制（すなわち一夫多妻制）の慣習を否定するために、近代的婚姻の原則を日本に導入するという立法目的の下、明治民法の下では一夫一婦制が導入された⁶⁸。その他にも、旧来の家の「家長」は祖先から継承され連綿と続く家を当代において預かる「管理人、支配人的存在」に過ぎなかったが、明治民法における「戸主」は家産に対して私的所有権を持つ「個人」としてその地位を与えられた。明治政府は、そのような仕方で、家という自律的な中間団体を実質的に弱体化させ、中央集権的国家に直結する土台として作り変えたのである。⁶⁹

これらのことが示すように、明治民法に規定された家制度は、それを推進した復古主義者らが強調したのとは違って、決して古来の「醇風美俗」を単純に継承するものなどではなく、むしろそれを換骨奪胎し、資本主義・帝国主義の時代に適合するものとして新しく仕立て直された、すぐれて「近代的」なものであり⁷⁰、その仕立て直しの過程で、「一对の男女が、子を養うなどの機能を営む永続的な生活共同体を形成することこそが、社会的承認を受けた人的結合関係である」と捉えられる価値観が形成されていったと言える。そうした意味で、それは「近代において

⁶⁶ 加藤意見書 [11頁～12頁]

⁶⁷ 加藤意見書 [11頁]

⁶⁸ 原告ら第7準備書面第3の4 [36頁]

⁶⁹ 加藤意見書 [11頁～12頁]

⁷⁰ 加藤意見書 [12頁]

創造された伝統」の典型例であった⁷¹。

このように、生物学上の父母による直系の子の養育という規範的観念は、新たに仕立て直された価値観として、明治期に広まり始めたのである。

イ 規範的観念と実態の一致と乖離

上記のとおり、家制度とともに、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のは、明治民法の下であった。しかし、慣習としては戦後も家制度的な実態・封建的家族観が根強く存続していた。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」に実態が近接したのは、1960年代以降の高度成長期になってからであった。ところが、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ともに、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、家族形態の多様化が見られるようになった。⁷²

ウ 小括

このように、「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」は、法律上は明治民法によって確立された。また、実態としては1960年代の高度経済成長期に至って確立されたが、1980年代後半になると家族形態の多様化が見られるように

⁷¹ 加藤意見書〔12頁〕

⁷² 原告ら第7準備書面第3の4、5、6〔36～38頁〕

なっている。したがって、いずれの観点からも、「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」は、「伝統的」といえるほど長い歴史を有していない。

3 まとめ

以上2で述べたとおり、日本における結婚・家族の在り方は、時代によって様々に変化してきた。歴史上のいかなる時期を「伝統的」な結婚・家族のあり方と呼ぶべきかについて、その基準は極めて曖昧である。「伝統」を広義に解し、古代、中世、近世にまで遡るような長期における日本の文化・慣行を指すものとするなら、①男女関係の一对性・排他性・永続性、②自然生殖による親子間の血縁という紐帯原理が「伝統的」に日本の結婚の本質的要素であったと評価することはできない⁷³。もし、そのような時間的な広がりの下、上記の要素を満たす結婚のみを日本の「伝統」と評価するのであれば、それ以外の結婚の在り方（例えば、中世の対偶婚的な性愛の関係）をなぜ「伝統」と呼ばないのかという問いに答えねばならない。こうした問いに正面から答えない限り、「伝統」という概念を、特定の慣習や観念を正当化するために恣意的に利用しているという誹りを免れることはできない⁷⁴。

他方、「伝統」を狭義に解し、時間的な広がりを近世以降だとした場合、「伝統的」と考えられる結婚・家族の在り方は、近世から明治期にかけて普遍的に確立した「家」制度を指すというのが、日本の家族社会学などの分野でおおむね一致した見解である⁷⁵。しかし、日本の結婚・家族における「伝統」の内実を「家」制度に見るという見解を前提に、その

⁷³ 加藤意見書 [13頁～14頁]

⁷⁴ 加藤意見書 [12頁]

⁷⁵ 加藤意見書 [12頁～13頁]

ような伝統を重視して憲法24条1項及び2項の解釈論を展開することは、同条項の解釈として明らかに誤っている。そのことに異論を見ないであろう。なぜなら、憲法24条のこれらの条項は、男女差別的でとりわけ女性の婚姻の自由が制限されていた明治民法下における「家」制度などによる制約を排し、現行憲法が拠り所とした「個人の尊厳」及び「法の下での平等」という基本原理や理念を婚姻についても徹底すべきことを宣言する趣旨で設けられた規定であるからである。その意味で、憲法24条と近世以降の「家」制度を内実とする「伝統」とは大きな緊張関係を有するのであり、憲法24条の解釈の要素にはなり得ない。

憲法制定後、性的少数者を取り巻く社会状況は根本的に変化した。国際的にも、国内的にも、性的指向や性自認はその人それぞれの自然な性の在り方であり、それによって差別があってはならないという考えが広く浸透し、法規範として確立するに至っている。また、家族制度の分野においても、法律上同性のカップルと法律上異性のカップルを同等に取り扱うべきだとの規範意識が浸透し、ほとんどの地方自治体や多くの民間企業において実践されている。「伝統的な家族観」といわれる同性婚は対立するものではなく、後者を認めても、「伝統的な家族観」に基づいて法律上異性のカップルが婚姻することは依然として可能である。1980年代以降、法律上制のカップルの家族も多様化が進んでいる。これらの事情を踏まえれば、特定の要素（すなわち、①男女関係の一对性・排他性・永続性、②自然生殖による親子間の血縁という紐帯原理）を日本の「伝統的」な結婚・家族の在り方とし、それらの要素を必ずしも満たさない結婚・家族の在り方を憲法の保障の対象から排斥することは、憲法の理念であり、憲法24条2項にも明記された「個人の尊厳」及び「法の下での平等」に照らし許されない。法律上同性のカップルも包摂し

た今日的な解釈がなされなければならない⁷⁶。

以 上

⁷⁶ この点に関し、東京高裁判決（一次）（甲A〇）は、「民法は、男女が婚姻をして共に生活すると、夫婦間に子が生まれ、夫婦と親子から成る家族が形成されることを一般的に想定して、婚姻と親子を密接に結び付けた規律をしているが、この一般的な想定全体に当てはまるものだけを社会的に正当な家族の在り方と認めて規律の適用対象としているわけではない。」と述べている（同45頁）。