

令和6年(家)105号事件

わたしたちはもう待てないー同性婚を求める仙台家事審判事件

申立人 小濱耕治 外1名

第3準備書面 (民法論)

令和7年4月23日

仙台家庭裁判所 家事審判係 御中

申立人ら手続代理人 弁護士 太 田 伸 二

同 弁護士 佐 藤 由 紀 子

同 弁護士 須 田 晶 子

同 弁護士 小 島 智

同 弁護士 飛 澤 聡 美

同 弁護士 宇 部 雄 介

同 弁護士 大 林 弘 典

同 弁護士 小 山 悠

同 弁護士 細 矢 智 史

同 弁護士 相 崎 豪

同 弁護士 岩 倉 匠 未

同 弁護士 山 下 将

目次

第1 本準備書面の概要	5
第2 婚姻の目的	6
1 はじめに	6
2 旧民法における生殖と婚姻の関係.....	7
3 明治民法における生殖と婚姻の関係.....	8
4 戦後民法における婚姻	9
5 現行民法	10
6 今日における社会的に正当な共同生活関係.....	12
7 小括	13
第3 民法解釈で同性婚を認めないことに理論的根拠がないこと	13
1 はじめに	13
2 同性間の婚姻を無効とする解釈の誤り.....	14
3 裁判例に先例がないこと	16
4 小括	17
第4 同性婚を否定する形式的根拠がないこと.....	17
1 文理解釈に拘泥しない法解釈の必要性.....	17
2 目的論的解釈の重要性	22
3 小括	23
第5 婚姻の効果を同性カップルに及ぼすことに何ら問題がないこと	24
1 はじめに	24

2	婚姻の効果	24
3	婚姻の効果を同性カップルに及ぼしても不都合はないこと	24
4	嫡出推定制度の位置づけ	25
5	戸籍法への影響	26
6	小括	26
第6	申立人らの婚姻は婚姻成立の要件を全て満たすこと	27
1	はじめに	27
2	一般論として同性婚の当事者に婚姻意思があること	27
(1)	最高裁判例の婚姻意思	27
(2)	近時の裁判例における婚姻意思	29
(3)	学説の有力説における婚姻意思	30
(4)	形式的意思説	30
(5)	小括	30
3	申立人らに婚姻意思があること	31
4	婚姻障害事由がないこと	32
5	適法な届出があること	32
6	小括	32
第7	太白区長意見書への反論	32
1	太白区長意見書の内容	32
2	法令の文言について（上記①）	33
3	明治民法と現行民法の婚姻制度（上記②及び③）	34

4	婚姻意思（上記④）	35
5	最高裁判所の見解（上記⑤）	36
(1)	最判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁	36
(2)	最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁	37
(3)	寺田補足意見の嫡出推定制度	38
6	学説の理解、引用論文等（上記⑥）	38
7	小括	43
第8	おわりに	43

第1 本準備書面の概要

- (1) 本準備書面は、マシャド・ダニエル学習院大学法学部准教授の意見書（甲B 265）に基づき、民法解釈で同性婚が認められることを主張するものである。
- (2) 民法には、婚姻の当事者は男女に限るとか、同性同士では婚姻できないというものの明文の規定はない。それなのにもかかわらず、同性カップルの婚姻は民法上認められないとの主張がある。
- (3) 本準備書面では、同性婚を認めないとするものの根拠を実質的根拠および形式的根拠の2つに分けて論じ、両根拠がないことから、同性婚が認められないという主張には合理的根拠がないことを述べる¹。

¹ 新注釈民法は、「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った。」としつつ、現代では、「伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた、婚姻は男女の結合でなければならないという命題も、必ずしも当然に合理的根拠があるとはいえなくなる。」とし、「同性間の結合であれば、生殖能力の点を除けば夫婦の実質を伴っていても、婚姻法的利益の付与を拒否する合理的根拠があるのかという形で、問題が提起されることになる」と指摘している（『新注釈民法（21）親族（1）』（有斐閣、1989年）178頁）（甲B271）。本準備書面は、この問題提起をしつつ、同性間の結合を民法の婚姻の枠組みから排除することの合理的根拠が失われていることを述べるものである。

実質的根拠とは、民法の立法趣旨や制定経緯、同性婚をめぐる社会的背景などである。例えば、「民法は、1組の男女が子を生み育てる関係を婚姻として保護する趣旨である」とする見解が、同性婚を否定する実質的根拠の一つとして挙げられる。

一方、形式的根拠とは、法文上の文言に依拠するものであり、例えば民法750条で「夫婦」という文言が用いられていることから、この「夫婦」が婚姻した男女のみを意味するものと解釈し、民法は男女の婚姻を想定しているとして、民法は同性婚を否定しているとする見解である。

本準備書面では、同性婚を否定する実質的根拠が存在しないことを「第2」および「第3」で、形式的根拠が存在しないことを「第4」で示す。「第5」で、民法戸籍法の婚姻の効果を同性カップルに及ぼすことに何ら問題がないことを述べる。「第6」では、申立人らが婚姻の要件をすべて満たしているから民法及び戸籍法上においても違法はないことを明らかにする。「第7」で太白区長意見書に対する反論を行う。「第8」で、結論を述べる。

なお、本準備書面では、令和6年7月9日付け仙台市太白区長の意見書を「太白区長意見書」と表記し、当該意見書に適宜触れる。

第2 婚姻の目的

1 はじめに

- (1) 民法の婚姻の目的が何であるかは、同性婚を否定する実質的根拠の存否に関わり、また（「第4」で後述するように）民法戸籍法の「夫婦」といった文言の解釈にも影響するため、重要である。
- (2) 民法の婚姻の目的は、抽象化して言えば、社会的に正当と認められる多様な共同生活関係すべてを公認し法的保護を与えることである。その社会的に正当な共同生活関係は、前国家的な規範として時代とともに変化し、婚姻制度が保護する共同生活関係もそれに伴って変化する。すなわち、婚姻は、時代や社会

によってその制度内容が一様ではなく、法律によって一義的に婚姻の目的が定まるものではない²。

民法は、後述するように旧民法から現行民法に至るまでに大きな変遷を経ているところ、民法の婚姻の目的の内容もそれに伴って変遷してきた。すなわち、民法が婚姻として保護する社会的に正当と認められる共同生活関係の内容が、民法制定時から現代に至るまでに変化してきたところ、民法は、過去においても現在においても、夫婦がその間に生まれた子を産み育てる関係だけを排他的に保護してきたわけではない。

(3) 以下では、民法を、旧民法、明治民法、戦後民法、現行民法の4つの段階に分類し、それぞれ検討する。「旧民法」は、明治23年(1890年)に公布されたが施行されなかった民法の人事編である。「明治民法」は、明治31年(1898年)に公布され施行された民法(明治31年法律第9号)を指している。「戦後民法」は、昭和22年(1947年)に改正された家族法(昭和22年法律第222号)(特に民法第4編)で、およそ1990年代までの家族法を指している。そして「現行民法」とは、特定の法改正を経た民法を指すのではなく、1990年代から今現在にかけての家族法(特に民法第4編)を指している(なぜ1990年代以降の民法を特段論じるのかについては以下の5で述べる)。以下、詳述する。

2 旧民法における生殖と婚姻の関係

太白区長意見書が述べる、夫婦がその間に生まれた子を産み育てながら共同生活を送るという関係を民法が保護しているというのは、婚姻の目的が生殖にある

² 「結婚の自由をすべての人に」東京訴訟の東京高判令和6年10月30日裁判所ウェブサイト(甲B267)は、「婚姻は、当事者間の親密な人的結合関係を一定の要件の下に社会的に正当なものと認め、これに一定の効果を与える制度であり、歴史的にみると、男女が共に生活し、子をもうけて育てるという人の自然な営みの存在を基礎として設けられてきた制度であるという点で通ずるところはあるものの、時代、社会によってその制度内容は一様ではなく、具体的にどのような人的結合をもって婚姻と認めるかは前国家的な規範として一義的に定まるものではない。」と指摘している。

とする立場である。

日本が初めて統一的な婚姻に関する法制度を構築しようと試みた旧民法の起草者らは、当事者間の精神的な結合に基づく永続的な共同生活関係を婚姻と理解していた。すなわち、「夫婦和合シ苦楽ヲ分チ、以テ其天性ヲ遂グル」³、「婚姻ハ両心ノ和合ヲ以テ性質ト為スモノ」⁴、その当事者間の関係を公的に承認するのが婚姻と理解されていた。旧民法の起草者らは、婚姻を生殖と密接に結びついたものという理解はしていなかった。むしろ、旧民法の起草者らは、「婚姻ハ両心ノ和合ヲ以テ性質ト為スモノニシテ、産子ノ能力ハ一般ニ具備スベキ条件ナレドモ、必要欠ク可カラザル条件ニアラズ」と説明し、生殖能力を有しない男女が婚姻し得ないものとする見解を「我民法ノ精神ヲ得タルモノニアラズ」とすら考えていた⁵。

3 明治民法における生殖と婚姻の関係

明治民法の起草者も、「婚姻ト云フモノハ主トシテ心ノ和合デアル」⁶と理解していた。

そして生殖との関係については、明治民法下の民法学説で、「(婚姻は)必スシモ子ヲ得ルコトヲ目的トセス。故ニ子無キヲ去ルコトナク、老年者ノ婚姻ヲ禁スルコトナク、生殖不能ヲ以テ離婚又ハ婚姻ノ無効取消ノ原因トスルコトナシ」⁷との解説がされており、その後この穂積の見解が学説の定説となった⁸。すなわち、当時の学説は、婚姻を、当事者間の共同生活関係を重視し、必ずしも生殖を目的としたものとは捉えていなかった。

³ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』(甲B272・142頁)

⁴ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』(甲B273・193頁)

⁵ 熊野敏三・岸本辰雄『民法正義人事編卷之壱』(甲B273・192～193頁)

⁶ 島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』(甲B274・46頁参照)

⁷ 穂積重遠『親族法大意』(岩波書店、1917年)(甲B275)

⁸ 中川善之助が、「人は何物かのためよりも、婚姻のために婚姻するのである…子を得ることは、生物学的にこそ凡ゆる性結合の原因であるが、社会学的に云えば、それは寧ろ結合の結果であつて、人は子を得る目的のために婚姻するものでは決してない」、と当時の学説を整理し(中川善之助『略説身分法學』(岩波書店、1930年)(甲B276)、その後この整理が、戦後にかけて伝統的理解となった(甲B265・4頁)。

4 戦後民法における婚姻

昭和22年（1947年）の家族法の改正において、周知の通り、日本国憲法の男女平等の基本原理に基づき、いわゆる家制度を廃止し、婚姻や相続における男女の平等な権利が規定された。

戦後民法の婚姻制度は、男女間の結合だけではなく、当該男女間の結合から生じる親子関係も正統化することを目的とした⁹。戦後民法では、正統な男女関係から生まれる子が正統な子であるとされ、正統な男女関係とその子からなる共同生活関係が正統な家族として法的保護を与えられるべきであるとされた。このような戦後民法の婚姻制度では、男女が婚姻すれば子供が生まれ夫婦と親子からなるという家族像が一般に想定され、婚姻と親子を密接に結び付けた規律がされていた。そこには、婚外の男女関係や婚外の親子関係は正統な家族を脅かすものとして忌避された背景があり、例えば嫡出子・非嫡出子の相続分の違いにその思想が現れていた。このような戦後の民法改正の根底には、家制度という前近代的な制度を廃止して、上記の意味における家族像を近代家族として近代日本の正統な家族にしようとする考え方があった。

なお、旧民法から戦後民法にかけての婚姻制度が、男女の結合を婚姻の目的と捉えていたのは、婚姻の目的や婚姻制度から導かれる帰結ではなく、当時の同性愛に対する社会や学説の病理的理解に基づいていたものである。すなわち、同性愛は、日本では少なくとも1980年代頃まで治療を要する変態性欲と捉えられており、そのような同性愛を法的に保護する議論は1990年代まではされてこなかった（甲265・14頁）¹⁰。

⁹ 我妻栄は、「近代文明諸国の法は、ほとんど例外なしに、この結合を一人の男と一人の女との平等な立場における結合とする。そして、その間の未成熟の子を含む夫婦・親子の団体をもって、社会構成の基礎とする。わが新法の態度もそう」であったと指摘する（我妻栄「親族法」（有斐閣、1961）（甲B277・9頁）。

¹⁰ 世界保健機関が作成する国際疾病分類（ICD）では、第9版までは同性愛を障害の一つに分類していたが、1990年にWHO総会で承認された同第10版（ICD-10）で、性的指向（性的指向の内容については令和6年2月14日付申立人ら家事審判申立書7頁）それ自

5 現行民法

(1) 前述の通り、戦後民法においては、男女間の結合と当該男女間の結合から生じる親子関係を婚姻制度として民法は保護していた。そして1990年代以降、後述するように民法は大きな変遷を経験することになる。この変遷を経た1990年代以降の民法を、ここでは「現行民法」と呼ぶ。現行民法においては、婚姻外生殖を区別して取り扱う法的な仕組みはないし、未婚の母に対する差別取り扱いや非嫡出子に対する差別扱扱いは正当なものとはみなされていない。すなわち、現行民法は婚姻と生殖のつながりを重視していない。この点について東京高判令和6年10月30日¹¹の、現行民法の「婚姻の目的について、子の生殖よりも、婚姻当事者間の永続的な人的結合を重視した理解がされてきたことに鑑みると、我が国の婚姻制度は、婚姻当事者間の人的結合関係自体に社会共同体の基礎を成す構成単位としての意義を認め、これを法的な身分関係として制度化し、法的保護を与えてきた」との理解が参考となろう。

1990年代以降の、民法に与えた大きな影響と、それにより「現行民法」に至る過程について、主だったものとして次のことが挙げられる¹²。

(2) 1989年に国連総会において児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）が採択され、日本は1994年（平成6年）に同条約を批准した。同条約では、締約国は児童の最善の利益のために行動するべき義務があり、子に成長する権利があるとし、親の養育は子の権利を保障するためにされるべきとされ

体は障害とはみなされないことが明記された。1995年、日本精神神経学会が、ICD-10に準拠し、同性への性的指向を精神障害とみなさない旨の見解を明らかにした。

このような同性愛が治療を要する疾患とみなされていたことの歴史は、いわゆる「結婚の自由をすべての人に」訴訟の判決でも指摘されており、例えば大阪高判令和7年3月25日（甲B266）では詳細な事実認定がされている。

¹¹ 前掲2

¹² 1995年に大村敦志は、現段階では民法上の同性婚を認めることが困難であるとしながらも、「実定法規にもかかわらず、民法の『婚姻』に同性婚を含めうるという解釈論は不可能ではなく、そのためには、婚姻保護の思想的根拠を問い直す必要がある」（甲B278）と指摘した。1995年の段階で、大村が現行民法上で同性婚を認める解釈の可能性に触れていたことは、1990年代からの同性婚を巡る民法学説の動きを知る参考になる。

た¹³。さらに、1996年（平成8年）の民法改正要綱案¹⁴が出されたことで、子どもが人権主体として捉え直されたり、夫婦間の平等が図られたりし、家族像が多様化するきっかけとなった。すなわち、戦後民法においては当然とされていた男女間の結合と当該結合から生じる親子関係のみを正当な家族像とすることに疑義が呈されることとなった。

(3) 2013年（平成25年）の民法改正（平成25年法律第94号）によって、嫡出子と非嫡出子の相続分の区別が廃止された。この相続分の区別は正統な親子関係とそうではない親子関係を分けることによって近代法上の正統な家族を法的に保護していたものであるが、その区別が撤廃されたことを意味する。

(4) 2018年（平成30年）の民法改正（平成30年法律第59号）によって、婚姻適齢が男子18歳・女子16歳から男女ともに18歳に引き上げられた。

2022年（令和4年）の民法改正（令和4年法律第102号）によって、父子関係の確定をめぐる嫡出子と非嫡出子の間の不均衡が解消され、女性の再婚禁止期間が廃止され、嫡出否認権が子及び母にも認められた。

これら2018年（平成30年）および2022年（令和4年）の改正によって、戦後民法以降に残っていた数少ない性別を基準とする法規範が減り、かつ、婚姻の成立と親子関係の成立それぞれの規律の結びつきがより弱まった（甲265・7頁）。

(5) さらに2024年（令和6年）の改正（令和6年法律第33号）による民法第817条の12第2項で「父母は、婚姻関係の有無にかかわらず、子に関する

¹³ 子どもの権利条約の成立後、欧米諸国では子どもの成長・発達を保障する仕組みを、父母の婚姻関係から切り離して法律上の親子関係にもとづくものとする法制に転換したと言われている、との指摘がある（原田直子「父母の離婚後等の親権者の定め（民法819条）の見直し」（日本弁護士連合会、自由と正義2024年11月号）（甲B279）

¹⁴ 当該要綱案は法案化されることはなかったが、選択的夫婦別姓や嫡出子・非嫡出子の法定相続分を平等にするといった案が規定されていた。

る権利の行使又は義務の履行に関し、その子の利益のため、互いに人格を尊重し協力しなければならない」と定められ、婚姻している夫婦の法的地位が、子の親としての法的地位とは独立した地位であることが確認された。これは、親子関係と婚姻関係とは分けて考えるべきであるとする、現代の家族法の方向性が再確認された規定である。この方向性により、親子関係と婚姻関係を密接に結び付けるものと解釈されていた嫡出推定制度（民法772条）について、その結びつきが弱まり、嫡出推定制度と婚姻制度とは切り離すという考え方が有力となっている（嫡出推定制度の位置づけについては後述する）。

(6) 以上のとおり、1990年代以降の家族法をめぐる出来事と、令和6年10月1日付申立人ら第1準備書面で述べた一連の社会的事実が相まって、現行民法における婚姻をめぐる家族法の解釈が大きな影響を受けた¹⁵。今日、婚姻法を解釈するにあたっては、この現行民法に至る大きな変容とその影響を念頭におく必要がある。

6 今日における社会的に正当な共同生活関係

前述の通り（第2「婚姻の目的」の1）、婚姻の目的は、社会的に正当と認められる多様な共同生活関係すべてを公認し法的保護を与えることである。前述の戦後民法から現行民法に至る大きな変化と、令和6年10月1日付申立人ら第1準備書面で述べた一連の社会的事実を考慮すれば、今日において社会的に正当と認められる共同生活関係は、（同性を含む）人生のパートナーとして選んだ相手と安定的に共同生活を営む関係が含まれる。すなわち、現行民法下では、民法上婚姻として保護される共同生活関係から、同性カップルを排除することはできな

¹⁵ 大村敦志は、これらの一連の変化を捉え、戦後民法に対して「平成民法」がすでに出現していると評価しており、現行民法の家族法が戦後民法から大きく変化したことを示唆している（大村敦志「日本における最近の家族法改正-比較によって考える」潮見佳男先生追悼論文集（家族法）刊行委員会編『家族法学の現在と未来』（信山社、2024））（甲B280）。マシャド・ダニエルは、「現行民法上の同性婚の成立可能性を判断するにあたって現行民法はもはや戦後民法ではないということを意識すべきであろう。」と指摘している（甲265・脚注9）

いのである¹⁶。

7 小括

冒頭で述べた通り、民法の婚姻の目的が何であるかは、同性婚を否定する実質的根拠の存否に関わる問題である。それは、同性婚を否定する実質的根拠の1つとして、民法は、夫婦がその間に生まれた子を産み育てながら共同生活を送るという関係のみに対して法的保護を与えるものと言われることがあるからである。しかしながら、旧民法から現行民法に至るまで、民法が保護する婚姻についてこれまで述べてきたところから分かる通り、民法の歴史上、そのような考え方が民法上採用されたことはなく、仮にそのような見解が一時的に存在したとしても、今日においてはすでに否定されている。すなわち、婚姻している当事者の関係と、親子関係を切り離すという現行民法の考え方、及び同性婚をめぐる国民の意識等の一連の社会的事実からすれば、婚姻の目的の観点から同性婚を否定する実質的根拠は存在しないと言うべきである。

第3 民法解釈で同性婚を認めないことに理論的根拠がないこと

1 はじめに

太白区長意見書では、同性婚は「当然に無効」（同意見書5頁）などと述べられている。また、いわゆる「結婚の自由をすべての人に」訴訟でも、民法解釈として同性婚が認められるかどうかを実質的な争点となっていないことを受けて、民法解釈で同性婚が認められないことを前提とした判決が出されている（この判決については後記「第3」の3参照）。

婚姻の無効事由は民法742条柱書で、婚姻障害事由は民法731条以下で、婚姻の取消事由は民法743条でそれぞれ規定されているところ、同性婚が認められないという規定はない。それなのにもかかわらず、民法の明文にはない無効

¹⁶ 東京高判令和6年10月30日（前掲2）は、同趣旨の摘示をし、婚姻が男女間の結合関係をいうという考え方を「かつて」の社会通念とした。

事由や婚姻障害事由を認めて同性婚を否定する考え方には、十分な理論的裏付けがあるものではない¹⁷。この「第3」で述べることは、同性婚を否定する（「第2」で述べた「婚姻の目的」以外の）実質的根拠が存在しないということである。以下、詳述する。

2 同性間の婚姻を無効とする解釈の誤り

- (1) 旧民法では、同性婚は婚姻の不成立事由として整理されていた。この点で、旧民法には同性婚の成立を防止する法的な仕組みが存在した¹⁸。
- (2) 明治民法では、「不成立」概念が「無効」に改められた¹⁹。明治民法では婚姻の不成立という概念はなくなり、778条が「婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス」とし明文なき無効なしの原則を定めた。しかしこの778条では同性婚が無効事由とされておらず、明治民法下で同性婚が無効という主張には明文に反するという難点があった。そのため、同性婚が民法上認められないことをどのように説明するか学説は苦慮しており、同性婚には婚姻意思がないとしたり、同性婚は無効と考えたりする説が提唱された²⁰。明治民法では、いわゆる家制度を背景として、男性である夫の権利と、女性である妻の権利とが区別されており²¹、夫であるか妻であるかによって婚姻の効力が異なり、夫婦が形式的平等ではなかった。このことから、明治民法下の婚姻は、男性である夫と、女性

¹⁷ マシヤド・ダニエルは、「現在の民法学説によって民法上同性婚が認められないことを説得的に説明することはできていない」と指摘している（甲B265・18頁）。

¹⁸ 旧民法の婚姻の不成立に関する草案第85条について、「此二箇ノ場合ノ外尚婚姻不成立ノ場合アルヤ婚姻ハ男女ノ会社ニシテ若シ肉性ノ錯誤 アリテ両男又ハ両女ノ間婚姻ヲ為シタルトキハ其婚姻ノ不成立ナルコトハ論ヲ俟タスト雖モ之ヲ明示スルノ必要見ス」（『民法草案人事篇理由書』（1888年））と、同性婚は不成立事由にあたりと解説されていた（甲B265・19頁）。

¹⁹ このように改めたことにつき、マシヤド・ダニエルは、起草者の梅謙次郎が、不成立概念と無効概念を区別しているフランス法の解釈を誤解したもの、という分析をしている。そして、旧民法にはあった同性婚否定の仕組みが明治民法ではなくなったことで、民法学者は同性婚の効力を否定する方法について迷走することとなったと指摘している。（甲B265・22頁）

²⁰ 高窪喜八郎「法律学説判例総覧第5巻の2親族編第1続編』（甲B265・24頁）

²¹ 行為能力、財産管理、相続権、貞操義務等において、妻を夫の従属的地位に置く規定があった。

である女がいることが当然に想定されていたのであって、その点で、同性婚を否定する実質的根拠が一応あったとも言い得る。つまり、明治民法下で同性婚を否定する考え方には、家制度を背景とする実質的根拠は一応あったとは見られるものの、明文規定に反する点で形式的根拠を欠いていた。

- (3) 第2次世界大戦後に改正された戦後民法では、憲法第24条の両性の本質的平等の原則を受けて民法上の男女間の形式的平等が徹底された。戦後民法では、婚姻当事者が「夫」であるか「妻」であるかによって規律が異なる規定がわずかしか残らなかった²²。戦後民法が成立してからは、家族法をめぐる判例や学説は、内縁保護法理や、有責配偶者からの離婚請求の制限、財産分与における2分の1の分配といった、男女の実質的不平等の是正に力を注いできた。

戦後の民法学説をみると、同性愛が変態性欲として捉えられていたことを背景に（前述「第2の4」を参照）、1980年代前まで同性婚が認められる可能性に触れるものがほとんどなかった。戦後の学説はしばらく、同性婚を否定する論拠として、同性カップルには婚姻意思がないとする婚姻意思欠如説が通説的な地位を占めていた。1980年代末ころから、学説では婚姻意思欠如説の妥当性に対して疑義が呈されるとともに、男女の性別が婚姻の要件であると位置づける考え方が強調されるようになった²³。その法的根拠として、憲法24条「両性の合意」という表現や、民法750条の「夫婦」という文言に示されているとする²⁴。しかしながらこの考え方（婚姻障害事由説）は、「少なく

²² マシャド・ダニエルは、明治民法と戦後民法において性別を指し示す語彙の使用頻度を比較し、文理解釈上は性別と結びついた用語である「夫」「妻」の使用頻度が戦後民法で大きく減り、一方で当事者の性別を問わない解釈が可能な「夫婦」の文言の使用頻度が増えたと分析し、現行民法において同性婚が無効であるとの主張がより困難になったことを指摘している。（甲B265・26頁）

²³ マシャド・ダニエルは、この考え方を「婚姻障害事由説」として整理している

²⁴ 大村敦志は、婚姻の当事者が性別を異にすることについて「民法典の起草者は書くまでもない当然のことと考えていたので、明文の規定は置かれていない。しかし、あえていえば、憲法24条の『両性の合意』という表現、あるいは民法731条の「男は・・・、女は・・・、」という表現や民法750条以下の「夫婦」という文言に、このことは示されているともいえる」（大村敦志『家族法』（有斐閣、第3版）133頁）（甲B281）と説明している。

とも日本ではこのことが問題にされることはほとんどなかった。しかし、最近では、一方で、同性のカップルの婚姻は認められないかが議論されはじめている」と2010年に大村敦志が指摘したように²⁵、昨今、同性婚を否定する根拠の是非が問われている。

(4) 現在、同性婚を否定する考え方の主たるものは、民法750条の「夫婦」という文言に依拠して同性婚は無効とするものである。これは、法令の文言に依拠する形式的根拠である。しかしながら、同性婚を認めないことの実質的根拠が一応あったとも言い得る明治民法とは異なり（前述の第3の2（2））、戦後民法及び現行民法では同性婚を否定する実質的根拠が失われている状況での、法文の文言にだけ依拠するという形式的根拠頼みの考え方である。このような根拠薄弱な考え方を敢えて現在も維持して同性婚の成立を否定する必要性は全くない。

3 裁判例に先例がないこと

これまで同性婚に関する国の責任が争われた一連の裁判例（例えば「結婚の自由をすべての人に」訴訟など）に、同性婚が民法上認められるかどうかについて実質的に争われた上で判断されたものはない。例えば、東京高判令和6年10月30日²⁶は、「『夫婦』、『夫』、『妻』という文言は、通常は、『夫』は男性を意味し、『婦』及び『妻』は女性を意味するものとして用いられており、上記の民法及び戸籍法の規定において、このような通常の利用と異なる意味でこれらの文言を用いているとは解されない。したがって、婚姻に関する現行の法令は、婚姻を男女間のものとして規定しており、同性婚は認めていないと解される」と述べる。しかしながら、この東京高判もその他の裁判例もいずれも、同性婚が民法解釈上認められるかどうかや、同性婚を民法上否定する合理的根拠の有無について当事者が争点としておらず、裁判所がそれらについて実質的な判断をしたも

²⁵ 甲B281・134頁

²⁶ 前掲2

のではない。そのため、これら裁判例は、同性婚が民法上認められるかどうかという判断の点については先例的意義がない²⁷。

4 小括

現在の同性婚を否定する論拠は、実質的根拠の裏付けがない、法令の文言の文理解釈（文理解釈については後述する）のみに依拠したものにすぎない。同性婚を否定する実質的根拠が失われている現在において、同性婚を否定しようとするのであれば、民法742条の明文に反してまで「同性婚は無効」とする解釈をなぜ敢えてしなければいけないのかについて説得的な説明をする責任が、否定しようとする側にある。しかしながらそのような説得的な説明はされていないのが現状である。

第4 同性婚を否定する形式的根拠がないこと

1 文理解釈に拘泥しない法解釈の必要性

(1) ここまで、同性婚を否定する実質的根拠はないことを述べた。ここでは、同性婚を否定する形式的根拠について述べる。

まず民法の規定を確認すると、現行民法の条文において、「夫婦」は43箇所、「夫又は妻」は夫婦の氏に関する750条以下の4箇所で用いられており、（「夫又は妻」という表現以外で）「夫」もしくは「妻」が単独で用いられているのは親子に関する民法第四編第三章の嫡出推定に関する772条以下の規定である。これらの規定からすると、民法は、婚姻した当事者を「夫婦」と呼称し、そのいずれかを「夫」又は「妻」と呼称している。

戸籍法は、婚姻をしようとする者は、「夫婦が称する氏」等の事項を届書に

²⁷ なお、札幌高判令和6年3月14日（甲B266）は、「控訴人らの主張は、憲法違反をいう前提として、本件規定について、異性間の婚姻を定めているが、同性間の婚姻は許していないとの解釈を前提として、このような定めが憲法の各条項に違反するとの趣旨と解され、以下このような理解のもとに判断する。」（下線は申立人ら代理人付記）と指摘した。これは、訴訟当事者が、同性婚が民法上認められない解釈を前提とした主張をしたことで、同性婚の民法解釈は争点とはされなかった点が確認されたものと読める。

記載して、その旨を届け出なければならぬと定める(74条)。

法令解釈で同性婚を否定する見解は、このような民法・戸籍法の「夫婦」や「夫」「妻」という規定の文言に求めている(同性婚を否定する形式的根拠)²⁸。すなわち、民法には同性婚を否定する明文の規定はないものの、「夫婦」や「夫」「妻」を文理解釈することにより、民法は同性婚を想定していないものとする考え方である。ここで文理解釈とは、法規範の文言に忠実に解釈する手法であり、例えば法文中に「男」とあれば「女」を含めず、「女」とあれば「男」を除外すると解釈する手法である²⁹。

(2) 文理解釈を徹底すれば、「夫婦」が婚姻した男女を意味し、「夫」が婚姻した男、「妻」が婚姻した女を意味すると捉えるのが自然な解釈であろう³⁰。

しかしながら、文理解釈をすると実質的根拠がない不当な解釈になってしまう場合には、別の法解釈の手法を用いて妥当な解釈がされることは、法律学では行われてきた³¹。その1つが、その法が現在の社会において有する目的に従

²⁸ 例えば大阪高判令和7年3月25日(甲B270)は、「民法は、配偶者となる者が異性であることを婚姻の要件として明記していないが、婚姻当事者を、異性同士であることを意味する『夫婦』(750条等)、『夫又は妻』(同条等)としているから、婚姻当事者は異性同士であることを婚姻の要件としているものと解される。」と述べ、東京高判令和6年10月30日(甲B267)は「民法は、・・・婚姻の当事者を『夫婦』と呼称し、夫婦の一方を『夫』、『妻』と呼称している(同法750条等)」、「民法、戸籍法その他の現行の法令には、同性の者同士が婚姻をすることはできない旨を明記した規定はない。もっとも、『夫婦』、『夫』、『妻』という文言は、通常は、『夫』は男性を意味し、『婦』及び『妻』は女性を意味するものとして用いられており、上記の民法及び戸籍法の規定において、このような通常の利用と異なる意味でこれらの文言を用いているとは解されない。したがって、婚姻に関する現行の法令は、婚姻を男女間のものとして規定しており、同性婚は認めていないと解される。」と述べる。

²⁹ 五十嵐清『法学入門』(第4版新装版)(日本評論社、2017年、138頁)甲B282

³⁰ なお、マシャド・ダニエルは、「夫婦」が日本語での法律用語となった沿革に触れ、配偶者の複数形を指す法律用語として捉えることができると指摘する(甲B265・48頁)

³¹ 「法律は、社会生活を一定の目的から規律しようとしているのに、字句に拘泥しては、逆に目的に反する結果になってしまうからである。法文そのものを法律と同視するのではなく、法文を通じて定められた法律の精神に照らした解釈を行うことが求められる。そのためには、法律全体の構成、各規定の相互関係、立法の理由その他の立法当時の状況、継受された母法などを資料として、法律の精神を『推理』する必要がある。これは、法律に規定がある場合はもちろん、欠缺がある場合にも妥当する」(山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」山本敬三・中川丈久編『法解釈の方法論その諸相と展望』(有斐閣、2021年)29頁)」(甲B265・45頁)

って解釈されるべきとする手法であり、講学上、「目的解釈」、または「目的論的解釈」と言われる³²。なお、この解釈手法は、いわゆる「結婚の自由をすべての人に」訴訟の札幌高判令和6年3月14日（甲B266）でも採用された³³。

(3)ア 特に家族法の分野では、これまでも、法のその時代の社会において有する目的に従って解釈される手法が柔軟にとられてきた。例えば、婚姻に関する民法の規定の類推適用を認める内縁保護法理が挙げられる。内縁保護法理は、民法739条の文理に反するのみならず、明治民法や戦後民法の立法者が意図した法律婚を重視する精神に正面から衝突する。それでもなお、裁判所は、内縁の妻の要保護性を重視し、妥当な結果を導いてきた（甲B265・47頁）。

なお、同性カップルの内縁保護法理に関連する裁判例として、内縁関係にある同性カップルの一方が他方に対して、内縁関係の破棄にもとづく損害賠償を請求した事件において、「同性のカップルであっても、その実態を見て内縁関係と同視できる生活関係にあると認められるものについては、それぞれに内縁関係に準じた法的保護に値する利益」があると判示された裁判例がある（宇都宮地裁真岡支判令和元年9月18日判時2473号51頁、その控訴審は東京高判令和2年3月4日判時2473号47頁）。これは、同性カップルにも内縁の保護を及ぼして妥当な結論を導いた近時の裁判例として

³² 甲B265・46頁。なお、目的論的解釈をする手法のうち、法が現在の社会において有する目的は何か、を探る手法は通説とされる（甲B282・151頁）。

³³ 「法令の解釈をする場合には、文言や表現のみでなく、その目的とするところを踏まえて解釈することは一般的に行われており、これは、法人や外国人の人権が問題となる場合をはじめとして（最高裁昭和41年（オ）第444号同45年6月24日大法廷判決・民集24巻6号625頁、最高裁昭和50年（行ツ）第120号同53年10月4日大法廷判決・民集32巻7号1223頁等参照）、憲法の解釈においても変わるところはないと考えられる。さらに、仮に立法当時に想定されていなかったとしても、社会の状況の変化に伴い、やはり立法の目的とするところに合わせ、改めて社会生活に適する解釈をすることも行われている。したがって、憲法24条についても、その文言のみに捉われる理由はなく、個人の尊重がより明確に認識されるようになったとの背景のもとで解釈することが相当である。」と判示し、まさに目的論的解釈を行った。

参考になる。

イ また、同性カップルの一方が犯罪被害者等給付金の支給を受けられるかどうか争点となった最判令和6年3月26日民集78巻1号99頁において、「犯罪被害者と同性の者は、犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律5条1項1号括弧書きにいう『婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者』に該当し得る」と判断された。多数意見は「犯給法5条1項1号の解釈に当たっては、同制度の上記目的を十分に踏まえる必要がある」と述べ、裁判官林道晴の補足意見は犯給法5条1項1号括弧書きの解釈につき「その文理に加え、遺族給付金等の犯罪被害者等給付金の支給制度の目的を踏まえて行うことが相当」と述べ、法の目的を重視する法解釈が行われた。

ウ 民法734条1項により婚姻が認められていない叔父と姪について、内縁関係にあったとして遺族厚生年金を受けることができるかが争われた最判平成19年3月8日民集61巻2号518頁は、近親婚が規制されている民法の趣旨と、遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与するという法の目的を考慮し、姪が「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」（厚生年金保険法3条2項）に当たるとして受給権を認めた。これは同性婚に直接関わる事案ではないものの、民法上の婚姻障害がある関係を、法の目的論的解釈を行うことによって保護した事例として参考になる。

(4) 民法・戸籍法の「夫婦」を性別に結びつけた解釈をする文理解釈は、法解釈の出発点ではあるものの、そのような解釈に合理的根拠がなく妥当な結論を導けない場合にまで、無理に依拠してはならない。前述の通り、同性婚を否定する実質的根拠が現行民法下で失われている以上、同性関係を含む社会的に正当な共同生活関係を保護する目的のため、民法の規定もその目的に沿って解釈されなければならない。

(5) ア 民法で「夫婦」が用いられている具体的な条項に着目すると、すべて、

「夫婦」を、同性カップルを含む性中立的な文言（例えば「当事者ら」など）に解釈しても問題がないし、上記の目的論的解釈からそのように解釈されなければならない規定である。例えば、民法760条「夫婦は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、婚姻から生ずる費用を分担する。」との婚姻費用分担の規定は、「夫婦」を同性婚の当事者らを含むものとして解釈して何ら不都合はないし、現行民法ではそう解釈しなければならない（婚姻の効果を同性カップルに及ぼしても問題がないことについては「第5」で詳述する）。

イ 民法で「夫又は妻」が用いられている具体的な条項に着目すると、民法750条以下の夫婦の氏に関する規定のみが「夫又は妻」を用いている。民法750条以下の夫婦の氏に関する規定の趣旨は、婚姻を性別と結びつけることではない。この規定の趣旨は、婚姻の効力として、当事者が男性であるか女性であるかを問わず平等であるという点を確認しながら、婚姻当事者の同氏の原則を指し示すものである。婚姻当事者の同氏の原則は、婚姻の本質的要素ではない。そのため、「夫又は妻」の文言は一体として「婚姻の当事者ら」等の性中立的な文言として解釈しても何ら問題がなく、民法750条から婚姻が男女に限るものとする根拠として用いるのは、甚だ不適切である³⁴。

ウ 民法で、（「夫又は妻」という表現以外で）「夫」もしくは「妻」がそれぞれ単独で用いられている具体的な条項は、民法772条以下の嫡出推定に関する規定である。当該嫡出推定は、現行民法においては婚姻の本質的要素ではなく、嫡出推定規定は、民法が婚姻を男女に限るという根拠にはならない。これについては「第5」で詳述する。

(6) 以上の通り、民法・戸籍法の「夫婦」は、目的論的解釈により性中立的な文言として解釈しなければならないし、「夫又は妻」「夫」「妻」が民法上用いられている条項はすべて婚姻の本質的要素ではないから、これをもって同性婚を否定するのは実質的根拠の裏付けのない主張である。現代においては民法が

³⁴ 甲B265・33頁

同性婚を認めてないとする実質的根拠が失われているのであるから、「夫婦」「夫又は妻」「夫」「妻」の文言の形式をもって同性婚を否定すると主張する側こそが、なぜに否定できるのかその積極的な根拠を示さないといけないことは、「第3」の小括でも述べたとおりである。

2 目的論的解釈の重要性

- (1) 民法・戸籍法の「夫婦」文言を同性関係の当事者を含むものとして解釈できるとしたとしても、「解釈してもよい」ではなく、そのように「解釈しなければならない」という点が重要である。それは、同性カップルの婚姻届が受理されないことで、社会的に正当と認められる同性カップルが、看過しがたい不利益と権利侵害を被っているからである。
- (2) 令和6年10月1日付の申立人らの第1準備書面で述べた通り、現在の国内の社会的状況や、国際情勢を鑑みれば、日本において同性カップルの関係が社会的に正当な共同生活関係であると認められるに至っていることは明らかである。
- (3) 民法上の婚姻の効果に着目すれば、婚姻当事者と取引に入った第三者の取引の安全を図る規定、居住の保護、関係解消後の財産分与、死亡解消後の財産の承継や分与、事故死等による損害賠償請求権の承継などは、ただちに、同性カップルの婚姻に効果を及ぼすべきである。現状は、同性カップルが民法上の婚姻の効果を楽しめないために、十分な法的保護が与えられていない。
また、税法上の配偶者控除や扶養控除、社会保障立法上の取り扱いといった、民法以外の法的な効果を同性婚の当事者に対して及ぼすべき必要性も極めて高い。
- (4) 婚姻には、当該関係が社会的に正当であるという公認を受ける利益³⁵があり、

³⁵ この利益につき、いわゆる「結婚の自由をすべての人に」大阪訴訟で、大阪地判令和4年6月20日判時2537号40頁（甲B16）は「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

この利益は同性パートナーシップ制度をもって代替できるようなものではない。

住宅ローン等の金融実務で、同性パートナーシップ制度を利用しても、異性夫婦と同様の共同ローン申請を認めない金融機関があり、パートナーシップ制度では不十分な保護が図れない事例もある³⁶。

(5) 同性カップルが法律婚を認められないことでの不利益は、令和6年10月1日付申立人ら第1準備書面でも指摘した。例えば、

ア 同性のカップルは日常生活のなかで法的な不都合に直面せざるを得ないことを指摘するものとして、甲B106（令和6年10月1日付申立人ら第1準備書面「第8 学術団体・大学・福祉系団体の取り組み」で引用）

イ 同性婚が認められないことで企業の対応に限界があることを指摘するものとして、甲B234（令和6年10月1日付申立人ら第1準備書面「第12 新聞報道及び書籍」で引用）

(6) なお、憲法から、同性婚を認める民法解釈が要請されることは、令和6年12月27日申立人ら第2準備書面で述べた。

3 小括

同性カップルが法律婚による公証を受ける利益の重要性、同性カップルを取り巻く社会情勢や、同性カップルが現在直面している数々の問題を緊急に解決すべき高度の必要性からすれば、民法・戸籍法の「夫婦」文言は、決して文理解釈のみに拘泥してはならず、同性カップルを保護すべき民法の婚姻の目的に照らし、目的論的解釈により、同性カップルを含む趣旨として解釈されなければならない。

についての利益（以下「公認に係る利益という。」）と指摘し、同名古屋訴訟で、名古屋地判令和5年5月30日裁判所ウェブサイト（甲B18）は「国による統一された制度によって公証されることが、正当な関係として社会的承認を得たといえるための有力な手段になっている」と指摘している。

³⁶ 甲B265・51頁

第5 婚姻の効果を同性カップルに及ぼすことに何ら問題がないこと

1 はじめに

民法上の婚姻は、婚姻当事者及びその家族の身分関係を形成し、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与され、戸籍によってその身分関係が公証されるものと理解されている（なお、家族法が「身分法」と言われ、身分という概念を用いていることについては、現行民法下の学説でその妥当性が議論されているが、それについてはここではさておく）。そのため、同性カップルの婚姻を認めることが、婚姻の法的効果にどのような影響があるかは一応問題となり得るところではあるが、同性カップルの婚姻を認めたとして、民法戸籍法で不都合が発生することはない。以下詳述する。

2 婚姻の効果

- (1) 民法は、第四編第二章「婚姻」において、婚姻に関する規定を設け（731条以下）、婚姻は戸籍法の定めるところにより届け出ることによってその効力を生ずるとし（739条1項）、親族関係の形成を規定し（725条3号）、同居の親族の扶け合いの義務（730条）、夫婦間の夫婦財産制（755条以下）、夫婦相互の同居・協力・扶助義務（752条）、婚姻費用分担義務（760条）、夫婦の子に関する嫡出の推定（772条）、夫婦の子に対する親権（818条以下）、配偶者の相続権（890条）など、婚姻当事者及びその家族に対して、権利義務を伴う法的地位を付与している。
- (2) 戸籍法は、婚姻は届出によってできるものとし（74条）、婚姻の届出があったときは、夫婦について新戸籍を編製し（16条1項）、当該戸籍には、戸籍内の各人について、夫又は妻である旨が記載されるなどし（13条1号、6号）、戸籍によって婚姻した男女や子の法的地位を公証している。

3 婚姻の効果を同性カップルに及ぼしても不都合はないこと

まず、民法の婚姻の効果は、いずれも、同性婚の当事者に及ぼしたとして何ら不都合はない（むしろ同性婚に対して及ぼさないことで発生する不都合が甚だしいこ

とを前述の「目的論的解釈の重要性」の箇所述べた)。異成婚と同様の共同生活関係を構築できる同性婚の当事者が、同居の親族の助け合い、同居・協力・扶助義務、夫婦財産制などの婚姻の効果を享受することに何ら問題は生じない。いずれも、生殖や、子の養育を伴わない婚姻にも等しく及ぼし得るものである³⁷。

婚姻の効果のうち嫡出推定(772条)については、太白区意見書において婚姻は男女がするものということを前提とした制度という理解があることから、これについては次に述べる。

4 嫡出推定制度の位置づけ

嫡出推定制度(民法772条)は、婚姻した当事者が子をもうけた場合に実父子関係を早期に確定させる趣旨である。生殖能力のない男女カップルや、子をもうける意思のない男女カップルに対しても婚姻が認められていることからすれば、嫡出推定規定は、性交渉によって懐胎することができない同性カップルに対して婚姻を認めない理由にはならない。

そもそも、嫡出推定制度は婚姻法と親子法を結びつけるものであるが、嫡出推定制度の位置づけで考慮すべきは、親子法としての趣旨と婚姻法としての趣旨を分けて捉えることである。「第2」で述べた通り、民法の大きな変化を経て、現行民法下では、婚姻と、生殖及び父子関係の確定の必要性との間の結び付きが必然的なものであるとはいえない。すなわち、嫡出推定は、親子関係を決定するための法理

³⁷ いわゆる「結婚の自由をすべての人に」名古屋訴訟の名古屋高判令和7年3月7日(甲B269)は、同性婚を認めたときの民法への影響について触れ、「民法の婚姻の効力に関する諸規定については、『夫婦』を『婚姻の当事者』、『夫又は妻』を『婚姻の当事者の一方』など性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りるものであり、嫡出推定や認知、親権、養子縁組など親子関係に関する諸規定も、『父母』を『親』に、『夫若しくは妻』を『婚姻の当事者の一方』などという性別中立的な文言に変更するといった法改正で足りると解され」と述べた。名古屋高裁の同指摘は、同性カップルの婚姻を認めて妥当な結論を図るための立法論を提案したもので、厳密には文言解釈を行ったものではない。当該裁判では、訴訟当事者が、民法解釈で同性婚が認められるかどうかを争点にしていない。本準備書面は、民法解釈で同性婚が認められ、新たな立法をせずとも現行の規定の解釈により妥当な結論を導くことができると主張するものであり、その点では名古屋高裁の論旨には賛成しない。しかし、名古屋高裁の同指摘は、同性婚を認めても現行民法の体系を混乱させることがなく、現行の規定で「夫婦」や「夫」、「妻」の文言を形式的に変更するだけで妥当な結論となると指摘している点で参考となる。

であって、婚姻関係を借用しているものにすぎず、婚姻の本質的要素ではないから、嫡出推定の制度があることを根拠に同性カップルの婚姻が認められないと解することは誤りである³⁸。

5 戸籍法への影響

戸籍法の婚姻に関する諸規定も、同性婚の当事者に適用しても不都合はない。戸籍は、民法で認められる婚姻関係を公証する制度であるから、民法で同性婚が認められることの帰結として、戸籍実務も必要に応じて変更されていくものであって、現行の戸籍実務の不都合を理由として婚姻が成立しないということにはならない。婚姻届と戸籍実務については、令和3年大法院決定（甲B4）の宮崎裕子裁判官・宇賀克也裁判官反対意見で戸籍実務への対応が示された。さらに松本哲治教授の指摘のとおり（甲B264）、戸籍実務に何らかの問題があることを理由として婚姻届を受理しないということがあれば本末転倒な議論であり、同性カップルの婚姻の権利を著しく侵害する議論であることは、令和6年12月27日付申立人ら第2準備書面で述べた。

6 小括

現行民法、戸籍法が定める婚姻の効果はすべて、同性カップルの婚姻にも、異性婚と同じく適用ができるし、適用したとして何らの不都合はなく、むしろ適用しないことでの不利益が大きい。現代で同性婚を否定する考え方（いわゆる婚姻障害説で、「夫婦」「夫」「妻」といった文言に同性婚を否定する根拠を求める説）は、民法戸籍法の婚姻の効果の観点からも合理的な根拠はない。

³⁸ 裁判例をみても、前掲38（甲B269）の名古屋高裁は、嫡出推定制度の存在は同性婚を民法上認めることの妨げにならないことを指摘している。

さらに大阪高判令和7年3月25日（甲B270）は、「嫡出推定制度は、婚姻と生殖を結びつける婚姻の主要な効果の一つである。しかし、これは第一次的には子の福祉及び利益を第一に制度設計されるべき親子法制の分野に関わる事項であり、生殖及び家族の在り方等が多様化した現代社会において、嫡出推定制度が婚姻における不可欠かつ本質的要素である、すなわち嫡出推定を及ぼさない婚姻は婚姻と観念しないということとはできない」と指摘し、嫡出推定制度の理解として、婚姻とは離れた親子関係の規律であること、婚姻の本質的要素ではないこと、を述べている点で参考となる。

第6 申立人らの婚姻は婚姻成立の要件を全て満たすこと

1 はじめに

これまで述べてきた通り、民法の婚姻の目的は同性カップルの共同生活関係の保護も含まれており、民法・戸籍法の解釈により同性婚が認められる。ここでは、それを前提に、申立人らが婚姻成立の要件を満たすことを詳述する。

婚姻の成立には、一般に、実質的要件としての婚姻意思（民法742条1号）があること、婚姻障害がないこと、形式的要件としての届出があること、が必要と説明される³⁹。

2 一般論として同性婚の当事者に婚姻意思があること

(1) 最高裁判例の婚姻意思

ア 当事者が子に嫡出推定を付与するためにのみ婚姻し婚姻前にすぐ離婚することを約束していた事案において、最高裁判所は、婚姻意思の内容を「当事者間に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」（最判昭和42年(オ)第1108号同44年10月31日第二小法廷判決・民集23巻10号1894頁）（以下この判例の判断を「当該婚姻意思についての判断」と言う。）と判示し、当該婚姻を無効とした。当該婚姻意思についての判断からすると、婚姻意思の存否は、当事者に「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」があるかで判断される。

なお、当該婚姻意思についての判断は、講学上、実質的意思説と呼ばれる⁴⁰。本準備書面で実質的意思説という用語を用いているところは、当該婚姻意思についての判断を指している。

イ 昭和44年当時は、同性婚の可能性に関する議論が学説でも判例でもされていなかった時期である（「第2」参照）。そのため、当該婚姻意思についての

³⁹ 窪田充見「家族法 -民法を学ぶ-」（第4版）（有斐閣、2019年）（甲B283）。なお、甲B271も参照。

⁴⁰ 実質的意思説が提唱されるに至った経緯は、甲B265・24頁

判断を前提として同性カップルに婚姻意思が認められるかどうかは、現代における婚姻の目的と社会通念の文脈で捉え直す必要がある。

まず、婚姻の目的は、抽象的には、社会的に正当と認められる多様な共同生活関係すべてを公認し法的保護を与えることである。そして現行民法下における具体的な婚姻の目的には、（同性を含む）性愛の対象とする相手を人生の伴侶と定めて安定的に生活を共にする関係が含まれる（「第2」の6参照）。

また、現代における婚姻についての社会通念には、異性婚だけでなく同性婚が婚姻概念に含まれる。それは、令和6年10月1日付申立人ら第1準備書面で述べた通り、LGBT理解増進法など近年の日本における各種の立法、諸外国や国際機関の同性婚に関する動き、日本での政治や民間企業の動き、市民レベルの同性婚を巡る運動、国民への各種の意識調査で同性婚を法的に認めることに賛成する人が多数であること等の社会的な事情に鑑みれば、社会通念上、婚姻概念から同性婚を排除することはもはやできないのは明らかだからである。

そして、一般的に、同性カップルも、異性婚のカップルと同じように真に社会観念上夫婦であると認められる関係を作り、民法の婚姻の種々の効果を及ぼすべき共同生活を営むことができることに疑問の余地はない⁴¹。

以上の、具体的な婚姻の目的と、同性婚に関する社会通念、そして具体的に同性カップルが現実には異性婚と同様の共同生活関係を構築できる現状に鑑みれば、今日において「社会観念上夫婦であると認められる関係」とは、異性婚同様の同性カップルの関係を含むと言うべきである。

ウ なお、昭和44年判例が採ったいわゆる実質的意思説は、婚姻意思の有無が社会通念上夫婦と認められる関係の形成を欲する意思の有無によって判断されることから、同性であっても社会通念上夫婦と認められる関係が生ずれば、同

⁴¹ 裁判例も指摘するところであり、例えば東京高判令和6年10月30日（前掲2、甲B267）は（同性カップルが）「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配偶者としての法的身分関係の形成ができる」と述べる

性婚が成立し得るということは戦前の学説ですでに指摘されていた⁴²。

(2) 近時の裁判例における婚姻意思

婚姻意思に関する近時の裁判例を概観する。

ア 福岡地裁平成5年10月7日判例時報1483号102頁は、「実質的婚姻意思の内容となる「社会観念上夫婦であると認められる関係(以下、「実質的夫婦関係」という。)」とは、今日、そのあり方が多様化している状況にあるとはいえ、民法上の婚姻の効果として法的に現れているところを考慮すれば、少なくとも相互独占的な性関係を持って同居し、相互扶助する生活関係を伴うものであるということが出来る。」(下線は申立人ら代理人付記)と述べた。この裁判例は、最判昭和44年の当該婚姻意思についての判断について、同性カップルの関係を含むと解釈できるものと捉えている点で重要である。

イ 同性カップルの不貞にともなう不法行為責任の存否が争われた宇都宮地裁真岡支判令和元年9月18日判時2473号51頁は、「同性のカップルであっても、その実態を見て内縁関係と同視できる生活関係にあると認められるものについては、それぞれに内縁関係に準じた法的保護に値する利益が認められる」とした。その控訴審(東京高判令和2年3月4日判時2473号47頁)でも、当事者同性カップルの関係について「他人同士が生活を共にする単なる同居ではなく、同性同士であるために法律上の婚姻の届出はできないものの、できる限り社会観念上夫婦と同様であると認められる関係を形成しようとしていたものであり、平成28年12月当時、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあったということが出来る」とした。

これら令和元年と平成28年の2つの裁判例は、社会観念上夫婦と同様と認められる関係が同性のカップルにも認められ得ることが判断された点で参考になる。

ウ このように、近時の裁判例は、前記昭和44年に最高裁が示した当該婚姻意

⁴² 薬師寺志光『日本親族法論上巻』(南郊社、1939年)(甲B265・24頁)

思についての判断について、近時の同性婚をめぐる議論を踏まえた判断をしている。この裁判例の傾向からしても、同性カップルが社会通念上夫婦と認められる関係を構築する意思があることを、定型的に否定することはできない。

(3) 学説の有力説における婚姻意思

近時の民法学説においては、「社会通念」が多義的な概念であることを背景に、実質的意思説は支持を失っている。近似の学説では、婚姻意思を社会通念という曖昧な概念によって決めるべきではなく、民法上の婚姻の効果を欲する意思によって決めるべきという考え方が有力になっている⁴³。民法上の婚姻の効果を欲する意思の内容は、同居、協力扶助、相続のような、婚姻にとって定型的な法律効果に向けられた意思が婚姻意思であるとする説や、同居義務・貞操義務のような婚姻の基本的部分にかかわる効果を享受しようとする意思が婚姻意思であるとする説など、どの婚姻の効果を欲する意思があれば足りるかどうかは論者によって見解が分かれているようである。

当該学説の有力説を前提としても、同性カップルの婚姻意思、すなわち同性カップルが民法上の婚姻の効果を欲する意思を定型的に否定することは困難である（同性カップルが民法上の婚姻の効果を欲しているのに、同性カップルの婚姻届が受理されないという現状が問題になっているのである）。

(4) 形式的意思説

学説には、婚姻意思を、婚姻届を提出する意思と捉える形式的意思説と呼ばれる説もある（甲B283・21頁）。同性カップルの婚姻に婚姻届を提出する意思が欠けることはおよそ考え難く、この説による場合でも同性カップルの婚姻意思は明らかに認められる。

(5) 小括

以上述べてきた通り、婚姻意思を、昭和44年判例の「社会観念上夫婦である

⁴³ 窪田充見は、このような学説の有力説を「法律的定型説」として整理している（甲B283・25頁）

と認められる関係」と捉えた場合であっても（実質的意思説）、学説の有力説の民法上の婚姻の効果を欲する意思と捉えたとしても（法律的定型説）、あるいは婚姻届を提出する意思と捉えたとしても（形式的意思説）、同性カップルは婚姻意思を有することができる。

3 申立人らに婚姻意思があること

ここまで一般論として同性カップルは婚姻意思を有することができる」と述べたところ、申立人らは、次の事情から婚姻意思を有する。

(1) 申立人らは、平成5年（1993年）に出会い、平成7年（1995年）から令和7年（2025年）現在までの約30年間、2人のみで共同生活をしている。平成13年（2001年）頃、2人で末永く暮らしていくためのマンションを購入し、表札には申立人ら両名の名字を併記している。

生活費は、申立人らで出し合い、現在は主に申立人××の年金収入を生活費に当てている。

申立人らは、別個の住民票に分けて届け出ている。それは、同一世帯とすると、続柄が単に「同居人」となり、現状の制度では「夫」「妻」又は「夫（未届）」「妻（未届）」とはならないことが申立人らにとっては受忍しがたい事態なため、やむを得ず分けて届け出たものである。現時点で申立人らは、仙台市が導入したばかりのパートナーシップ制度の利用を検討している。

申立人小濱は、親族に、自分の性的指向をカミングアウトしており、親族と申立人らとの交流は継続的に行われている。申立人らが居住するマンションの近隣住民には特にカミングアウトはしていないものの、平成23年（2011年）の東日本大震災発災時にマンションの近隣住民と近況報告をし合うといった交流があり、近隣住民には男性二人で共同生活をしていることは周知の事実となっている。

(2) 以上の事情からすると、申立人らは、婚姻届を提出した時点および今日までも、明確に、社会的に正当と認められる共同生活関係を構築する意思を有して

いる。前記昭和44年最高裁判例の当該婚姻意思の判断からしても、婚姻意思についての学説の有力説からしても、あるいは形式的意思説からしても、申立人らに婚姻意思があることは明らかである。

4 婚姻障害事由がないこと

民法は744条1項で一定の事由を婚姻障害として規定しているところ、申立人らにこれらの婚姻障害にあたる事情は存在しない。

5 適法な届出があること

戸籍法74条は、「夫婦が称する氏」と「その他法務省令で定める事項」を記載した届出をしなければならないと定める。「その他法務省令で定める事項」については戸籍法施行規則56条が定めており、婚姻の届出は同規則59条とその附録12号に従った様式によることが必要とされている。

申立人らは、令和6年2月6日付で、仙台市太白区長宛に適式の様式で婚姻の届出をしているから（甲A1）、婚姻の形式的要件としての適法な届出がある。

6 小括

以上の通り、申立人らの婚姻は婚姻成立の要件をすべて満たしているのであるから、婚姻届は直ちに受理されなければならない。

第7 太白区長意見書への反論

1 太白区長意見書の内容

仙台市太白区長は、申立人らの婚姻は民法上認められないと主張する。その理由として、民法に関する部分について抜き出すと（括弧内は太白区長意見書の該当ページ）、

- ① 憲法24条「両性の合意」、民法750条等「夫婦」は男女を意味する言葉であり、これら法令の文言から、民法は、婚姻が異性間で行われることが実質的成立要件とされており、この要件を欠く婚姻は当然に無効（4頁）
- ② 明治民法が従来慣習であった男女間の結合としての婚姻を法制度化したも

ので、現行民法は特に同性婚を議論されず成立した経緯からすると現行民法も男女間の結合としての婚姻を想定している（４頁）

- ③ 民法の婚姻制度の目的が、一般に、夫婦がその間に生まれた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、法的保護を与えることにある（１９頁）
- ④ 申立人らの婚姻は、婚姻意思を欠く（５頁）
- ⑤ 最高裁判所の見解として、最判昭和６２年９月２日民集４１巻６号１４２３頁の「婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を自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」との判示がある。また、最決平成２５年１２月１０日民集６７巻９号１８４７頁の寺田逸郎裁判官の補足意見は、「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。」（６頁）、「現行の民法では『夫婦』を成り立たせる婚姻は、単なる男女カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結びついているのであって、その存在を通じて次の世代への承継を予定した家族関係を作ろうとする趣旨を中心に据えた制度である」と述べており、婚姻が男女間でなされることを前提とした理解がされている（１９頁）
- ⑥ 学説の支配的見解が、現行民法の婚姻が男女間で行われることを当然の前提としている（８頁）

といった理由を挙げている。これらに対する反論は、すでに本準備書面の各所で述べたことに加え、次の通りである。

２ 法令の文言について（上記①）

同性婚を否定する形式的根拠を主張するものである。これについての反論は、本準備書面の「第３」及び「第４」で述べた通りである。

まず、「実質的成立要件」という曖昧不明確な要件を民法は採用していない。

さらに、「当然に無効」というのも理論的根拠が存在しない。同性婚を否定する実質的根拠が失われている現状で、民法742条の明文に反する解釈をなぜ敢えてして「当然に無効」などと言わなければいけないのかについて、同性婚を否定する側が積極的に主張立証しなければいけないところ、太白区長意見書では説得的な主張立証は一切されていない。

繰り返すが、現行民法において、同性婚を否定する論拠は、実質的根拠を欠いた一応の形式的根拠しか存在しない。同性婚については法令文言の文理解釈のみに文理解釈のみに拘泥することは、妥当な結論を導くうえで適切ではない。同性カップルの婚姻を保護するという法令の目的に従い、民法の「夫婦」文言は、目的論的解釈により同性カップルを含むものとして解釈されなければならない。

3 明治民法と現行民法の婚姻制度（上記②及び③）

太白区長意見書は、民法の婚姻の目的が、夫婦がその間に生まれた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法的保護を与えるものであるから、同性カップルの関係は民法の婚姻の目的に含まれないとしている。これについての反論は本準備書面の「第2」で述べた通りであり、民法の婚姻の目的は、夫婦がその間に生まれた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のみ法的保護を与えるものではない。

戦後民法は1990年代ころから大きな変遷を経ており、民法が婚姻として保護する社会的に正当と認められる多様な共同生活関係も多様化し、現行民法では同性カップルの共同生活関係も婚姻として保護される対象になっている。現行民法の婚姻の目的は、夫婦がその間に生まれた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のみ法的保護を与えるものではないことは、東京高判令和6年10月30日（甲B267）でも判示されている。

さらに、性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（性同一性障害特例法）の規定のうち生殖機能喪失を性別変更の要件とする部分を違憲無効であるとした最判令和5年10月25日民集77巻7号1792頁が出てからは、法的

性別によると異性カップルであっても生物学的には同性同士であり自然生殖の可能性がない場合や、法的性別によると同性カップルであっても生物学的には異性同士であり自然生殖の可能性がある場合も想定されることとなり、婚姻が自然生殖の抽象的可能性のある男女を定型的に保護することとなるという理解は現在の法体系と合っていない。こういった現代の法体系の観点からも、太白区長意見書の上記③の理解は不適切である。

4 婚姻意思（上記④）

婚姻意思については、本準備書面の「第5」の2で述べた通りである。

太白区長意見書は、最判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁について、「我が国における『社会通念上夫婦であると認められる関係』とは、夫婦関係を規律する民法によって想定されている夫婦関係を意味するものと解すべきである」（下線は申立人代理人付記）などと述べる。しかしながらこのような、民法によって想定されている夫婦関係を婚姻意思の内容とみる見解は、民法が社会通念を決定するかのような論法であり、前記昭和44年最高裁判例の実質的意思説を修正するものであるし、学説の有力説である法律的定型説を採用したかのようにすら見える独自の見解である。

さらに太白区長意見書は、佐賀家審平成11年1月7日家庭裁判月報51巻6号71頁の審判例を指摘している。しかしながらこの審判例は、婚姻当事者の一方が申立前に本国に強制送還されたという状況で申立人が戸籍の訂正を求めたもので、婚姻意思の有無が当事者によって争われた事案ではない。すなわち、同審判の「同性婚は男女間における婚姻的共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠く無効なものと解すべき」という点は傍論である。さらに、同審判は根拠を示さずに、婚姻意思を「男女間における婚姻的共同生活に入る意思」とであると断じており、婚姻意思の内容が何であるかについての判断としては説得力に乏しい。そして、平成11年（1999年）当時の民法をとりまく状況は「第2」で述べた通りで、同性カップルの保護が学説で議論され始めた時期である。このような

事情からすれば、当該佐賀家裁審判例は、同性カップルの婚姻意思の判断については先例的価値がない。

繰り返すが、現代においては、同性カップルが「社会観念上夫婦であると認められる関係」を作ることができないと主張する側が、積極的にその主張立証をしなければいけないが、そのような主張立証は太白区長意見書ではなされていない。

5 最高裁判所の見解（上記⑤）

(1) 最判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁

ア 本大法廷判決は、有責配偶者の離婚請求として著名な判決であり、同性婚の可否については全く論じられていない。引用した部分の全文は、「思うに、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から、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いうことができよう。」というものであって、この判旨を引用して最高裁が同性婚を否定しているという結論を導くのは恣意的で誤りである。

イ すでに述べた通り、現代では、同性カップルを、社会的に正当な婚姻関係を作れないものとして、婚姻概念から定型的に排除するような見解は採られていない。

ウ この判決当時の昭和62年（1987年）は、前述の通り（「第2」の4）、同性愛が変態性欲とされていたことを背景に、同性婚の可能性に関する議論が日本ではされていなかった時期である。そのような時期の判断である「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」（下線は申立人代理人付記）について、「両性」という文言に

拘泥して、敢えて同性婚を排除したものと読み込むのは誤りである。

エ この最高裁の判旨の力点は、婚姻の本質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つて共同生活を営むことにあるという点にあると読むべきであって、同性カップルもそのような目的をもった共同生活を営むものであるから、同性カップルを排除したものと読むべきではない。

(2) 最決平成25年12月10日民集67巻9号1847頁

ア まず、本最高裁判決の決定要旨を確認しておくと、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子は、民法772条の規定により夫も子と推定されるのであり、夫が妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に実質的に同乗の推定を受けないということとはできない」というものであり、寺田補足意見もあくまで当該決定要旨との関係で述べられたものである。

イ 寺田補足意見の「男女カップルに認められる制度としての婚姻」という表現は、「婚姻が男女カップルのみ認められるもの」という趣旨と解すべきではない。別の言い方をすれば、寺田裁判官は、婚姻が男女カップルにのみ認められるもので同性婚は認められないということ述べていないし、そのように理解すべきでない。決定要旨は上記に述べた通りであり、本事案は同性カップルに婚姻が認められるのか否かという点は全く問題となっていないのであるから、婚姻が男女カップルにのみ認められるのか否かについては何も論じていないのである。

ウ この補足意見が出た平成25年（2013年）は、「第2」の5で述べた通り、嫡出子と非嫡出子の区別が撤廃された時期で、現行民法（いわゆる平成民法（本準備書面の注釈15））に移り変わっていく時期である。このような民法の時期的な位置づけを考慮すれば、寺田補足意見を、同性婚を排除したものと捉えることは適切ではない。

エ 太白区長意見書は、寺田補足意見を引用し、同裁判官が同性婚を否定しているとか、最高裁が同性婚を否定しているかのような結論を導いているが、寺田補足意見の内容とその出された時期を正しく理解していない。

(3) 寺田補足意見の嫡出推定制度

嫡出推定制度（民法772条）の位置づけは、「第5」で述べた。嫡出推定制度は、婚姻の本質的な要素ではなく、嫡出推定制度があることが同性婚の妨げにはならない。現に生殖能力のない男女カップルや、子をもうける意思のない男女カップルに対しても婚姻が認められていることからすれば、嫡出推定規定は、性交渉によって懐胎することができない同性カップルに対して婚姻を認めない理由にはならない。

最決平成25年12月10日は、男性としての生殖機能を持たない夫に対して嫡出推定規定を及ぼすことを認めたのであるから、性交渉によって懐胎することができない点では同じである同性カップルにおいても嫡出推定を及ぼす余地はあると解することが可能だと示唆していると理解できる。つまり、本最高裁決定は、民法や最高裁が同性婚を否定している理由にはならず、むしろ嫡出推定規定は同性婚の妨げにならないことを示唆していると理解すべきである。

なお、寺田補足意見が出た平成25年（2013年）当時からは、民法が大きく変わったことは繰り返し述べてきた。現行民法においては、婚姻と、生殖及び父子関係の確定の必要性との間の結び付きが必然的なものではなく、嫡出推定が婚姻の本質的な要素ではないという理解が重要である。

6 学説の理解、引用論文等（上記⑥）

(1) 太白区長意見書の論文等の引用は、自説に都合の良い部分だけを切り取って論旨を曲解する箇所が多い。

(2) 青山道夫ほか「新版注釈民法（21）親族（1）」有斐閣（1989年）上野雅和執筆（太白区長意見書の資料1）（甲B271）

ア 太白区長意見書は、資料1から「憲法も『婚姻は、両性の合理にみに基づ

いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本』とすると宣言し、民法も婚姻により配偶関係にある者を『夫婦』と呼び、婚姻は男女の結合関係であることを当然の前提としている。」の一文を引用し、「現行民法は婚姻が男女間で行われることを当然の前提としているとの見解が少なくとも支配的であり、現行民法の解釈として同性同士の婚姻が認められるという見解は見当たらない」との結論を導いているが（太白区長意見書 8 頁）、この引用は「切り取り」であって極めて不適切である。

イ 引用文には続きがある。すなわち、「しかし、現在では、夫婦が子を産み育てることは、社会通念上期待されてはいても、法的に要求されてはいえない。夫婦に生殖能力があっても、避妊や墮胎により親とならない自由がある。生殖能力のない夫婦もまた婚姻法上の保護を受ける。性関係をもつことさえ夫婦の必要条件とはいえない。生殖と子の養育は婚姻の一つの主要な目的ではあっても、生殖を目的としない婚姻も法律上有効な婚姻である。」として、「生殖を目的としない婚姻も法律上有効な婚姻である」ことを指摘する。

ウ さらに、「他方、現在では、生殖および子の養育は婚姻内だけ許容されるということもできない。（中略）性関係および生殖は婚姻内でのみ許容され、婚姻外のそれは法的に禁止されているとはいえなくなってきた」点も指摘する。

エ 資料 1 は、この二点の指摘を踏まえたうえで、「婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われると、婚姻の成立および維持についての社会的利益も重要性を減じ、婚姻法は主として夫婦の個人的利益の保護を目的とするものになる。（中略）伝統的な婚姻統制の必要のために法定された婚姻の実質要件は、婚姻当時者個人の利益の観点から、再検討せざるをえなくなる。個人の利益を否定するに足る合理的根拠ある強力な国家的ないし社会的利益が存在しない限り、個人の婚姻の自由を制約することは許されなくなる。」と論

じ、「伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた、婚姻は男女の結論でなければならないという命題も、必ずしも合理的根拠があるとはいえなくなる」と結論付けているのである（下線は申立人ら代理人付記。）。

オ 以上に示した通り、太白区長意見書による資料1の引用は「切り取り」であることは明らかである。そして、誤った引用により、誤った結論を導いていることもまた明らかである。資料1が言わんとしていることは、「伝統的婚姻観および法が当然の前提としてきた、婚姻は男女の結論でなければならないという命題も、必ずしも合理的根拠があるとはいえなくなる」ということである。

カ 付言すると、資料1が発行された1989年（平成元年）から25年近く経過しており、その間の国内外の社会情勢は格段に変化しており（令和6年10月1日付申立人ら第1準備書面参照）、もはや同性間の婚姻を認めない合理的根拠は失われるに至っているというべきであろう。本準備書面の注釈1で述べたとおり、「同性間の結合であれば、生殖能力の点を除けば夫婦の実質を伴っていても、婚姻法的利益の付与を拒否する合理的根拠があるのか」という形で、問題が提起されることになる」ことから、現代においては同性婚を否定する合理的根拠がないことはこれまで繰り返し述べてきた通りである。

キ 資料1の『新版注釈民法』は7年前に改訂され、二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』有斐閣（2017年）が刊行されている（甲B284）。そこでは、新たに「婚姻の性中立化（同性間の婚姻の承認）」と項目立てたうえで（73頁から79頁）、「（ア）日本社会の変化」、「（イ）生活保障の類型」、「（ウ）同性間の婚姻導入のプロセス」、「（エ）親子関係へのアクセス」、「（オ）日本法の可能性」が手厚く説明されている点も指摘しておきたい。

(3) 窪田充見「家族法（第2版）」有斐閣（2013年）（太白区長意見書の資

料9)

ア 太白区長意見書は、資料9から「現在の一般的な理解によれば、同性間での婚姻関係は認められていない（妻と夫という概念を用い、子の出産を前提とする民法の規定。さらには、『婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立』とする憲法24条1項が、その法的根拠として挙げられる）。」と引用し、窪田充見が、同性間での婚姻関係は認められない、との見解を述べているかのような印象を与えようとしている。しかし、この引用も不完全である。

イ 資料9は、続いて、「（中略）同性の関係についても、近時の比較法的な動きとしては、それを肯定する法秩序も登場している。ここでは、①同性の婚姻を認める。②同性の婚姻は認めないが、婚姻に準ずるようなパートナー関係を法制度として用意する、といったものに分かれている。」ことを指摘し、「この問題をどのよう考えるべきなのかは、非常に難しい」、「筆者自身は、この問題に対する現時点での答えを持ち合わせていないということ述べて、締めくくらすをえない」と述べているに過ぎないのである。しかも、引用されている文献は、2013年のものであり、そこから10年以上が経過し、社会情勢も大きく変化していることは既に述べた通りである。

(4) 大村敦志「家族法」有斐閣法律学叢書（2010年）（太白区長意見書の資料6）（甲B281）

ア 太白区長意見書は、資料6から、「民法は、婚姻の当事者は性別を異にすることを前提としている。（中略）民法典の起草者は書くまでもない当然のことと考えていたので、明文の規定は置かれていない。しかし、あえていえば、憲法24条の『両性の合意』という表現、あるいは民法731条の『男は・・・、女は・・・』という表現や民法750条以下の『夫婦』という文言に、このことは示されているともいえる。」と引用するが、これも大村敦志の見解を述べたものではない点に留意が必要である。

イ 資料6は、「同性婚の可否」という項目を立てて、この問題について言及している(286頁)。すなわち、「(中略)この点は難問だが、決め手は婚姻の目的をどう考えるかという点にあると思われる。」と視点を提示したうえで、「二人の人間が共同生活を営むという点のみに着目すれば、その二人が異性であるか同性であるかは必ずしも重要ではないかもしれない。しかし、二人の人間が子どもを育てることを合意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められないことになる。」と論じている。また、婚姻の目的については、「ここでいう『目的』は抽象的・定型的な目的であり、具体的・個別的な目的とはされていなくとも、婚姻の要件は充足されていると考えるべき」であり、仮装婚との関連で述べた通りであるとする。そして、仮装婚との関連では、「この意思是、実際に共同生活を継続することが可能であることを前提とした具体的な意思である必要はなく、抽象的な意思で足りるとすれば、臨終婚は有効であるということになる。」(131頁)としている。大村敦志は同性婚の可否について論じてはいるが、自身の結論を必ずしも明らかにしていないと理解するのが相当である。

ウ 大村敦志は、別の論文において⁴⁴、「もちろん、以上のような実定法規定にもかかわらず、民法の『婚姻』に同性婚を含めうるという解釈論は不可能ではない。しかし、そのためには、婚姻保護の思想的根拠を問い直す必要があるだろう。」(甲B278)と述べており、自身の見解は述べず、民法における同性婚の理論的な可能性を指摘している⁴⁵。

⁴⁴ 前掲12

⁴⁵ なお、大村敦志は、2010年の概説書では、「少なくとも現段階では、同性婚を認めたり・・・は困難だと思うが」と述べている(甲B281)。その後、大村敦志は、2024年に、民法が変化したことはいわゆる「平成民法」が誕生したと評している(甲B280)。2010年の段階での「少なくとも現段階では」という表現と、その後の民法の大きな変化をみれば、大村敦志の2010年の文献をもって、今日でも同性婚が認められないとする学説として評価することは適切ではない。

7 小括

太白区長意見書は、民法の誤解や、独自の見解、判例や文献の恣意的な引用に基づいた見解であり、およそ同性婚を否定する根拠を説得的に述べたものではなく、妥当ではない。

第8 おわりに

民法は、旧民法から明治民法へ、明治民法から戦後民法へ、さらに戦後民法が現行民法へと移り変わってきた。日本では遅くとも1980年代ころまでは、同性愛が治療を要する変態性欲と捉えられていたことを背景に、同性婚の可能性について議論することが一般社会でも研究者の間でもほとんど行われてこなかった。その後、同性婚を巡る国際情勢や日本社会の変化、家族の多様化といった状況の変化を受け、民法が保護する婚姻は同性婚を含むものとなり、民法の婚姻の規律と親子の規律を切り離す方向にシフトした。現在では、民法の婚姻概念から同性間の関係を排除する実質的根拠が失われており、むしろ同性間の関係が婚姻概念に含まれないことを説得的に説明することの方が困難である。

太白区長意見書のように、戦後民法までのかつての議論を前提に、同性婚が今でも民法上認められないと説くのは誤りである。現代において、民法・戸籍法上同性婚が認められないとする言説は、実質的根拠の裏付けを欠いた、法令の文言の表現のみに依拠したものであって、根拠が薄弱である。敢えてそのような薄弱な根拠の理屈を現在も維持して、同性婚を排除する合理的な理由も必要性ももはや無い。

申立人らは、婚姻成立の要件をすべて満たしている。これまで同性婚が認められないことで申立人らが長年被ってきた看過しがたい権利侵害と不利益からすれば、申立人らの婚姻届は直ちに受理すべき審判がなされなければならない。

裁判所の役割は、法律婚が認められないことで長年苦しんできた性的マイノリティーである同性カップルを、迅速に、現行の法制度の枠組みの中で救済するこ

とである。申立人ら、ひいてはその他の同性カップルが婚姻できないことからくる大きな苦しみを、「各裁判官の全人格的な価値判断」（千葉勝美、甲B2）によって救うべく、裁判所の勇気ある判断が求められる。

以上