

令和6年12月7日

令和5年(家)第454号

申立人 渡邊 礼

同 プロスペル, コガリ

補 充 書 面 (7)

(令和6年民法改正および最大決令和5年10月25日等による
申立書の補充・変更等)

神戸家庭裁判所尼崎支部合議係 御中

(担当) 申立人ら手続代理人弁護士 宮 井 麻 由 子

同復代理人弁護士 金 枝 真 佐 尋 代

同復代理人弁護士 吉 田 修 一 代

同復代理人弁護士 及 川 裕 貴 代

同復代理人弁護士 伊 藤 建 代

目 次

第1 本書面の目的 —————4

第2 申立て後現在までの間の民法改正及び最高裁の判断 —————4

1 令和6年民法改正 ……………4

2	最大決令和5年10月25日(甲A354)	5
3	最二小判令和6年6月21日(甲A384)	7
第3	申立書の主張Iの補充・変更等	9
1	民法306条3号、同308条の2(一般先取特権)(新設)	9
2	民法749条(離婚規定の準用)、765条(離婚届出の受理)[申立書34頁、36頁]	9
3	民法766条1項(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)[申立書36頁~38頁]	9
4	民法766条の2(審判による父母以外の親族と子との交流の定め)(新設)	10
5	民法766条の3(子の監護に要する費用の分担の定めがない場合の特例)(新設)	11
6	民法768条2項、3項(財産分与)[申立書39頁]	11
7	民法770条(裁判上の離婚)[申立書39頁]	11
8	民法772条(嫡出の推定)及び親子関係について[申立書40~52頁]	11
9	民法774条(嫡出の否認)[申立書52頁]	23
10	民法775条(嫡出否認の訴え)[申立書53頁]	25
11	民法776条(嫡出の承認)[申立書54頁]	25
12	民法777条、778条、778条の2[申立書54頁]	26
13	民法778条の3、4[申立書54頁]	26
14	民法779条乃至788条(認知)[申立書54頁]	26
15	民法789条1項(婚姻準正)[申立書54頁(10)ア]	27
16	民法789条2項(認知準正)[申立書55頁(10)イ]	27
17	申立書55頁(10)ウについて	28
18	民法790条(子の氏)[申立書55頁]	29
19	民法797条(15歳未満者を養子とする縁組)[申立書57頁]	29

20	民法811条（協議上の離縁等）〔申立書58頁〕	30
21	民法817条の6等（特別養子縁組の父母の同意等）〔申立書59頁以下〕	30
22	民法817条の12（親の責務等）、民法817条の13（親子の交流等） （新設）	31
23	民法824条の2（親権の行使方法等）、民法824条の3（監護者の権利義務）（新設）	31
24	民法833条（子に代わる親権の行使）〔申立書61頁〕	31
25	民法825条（父母の一方が共同の名義でした行為の効力）、同830条 2項（第三者が無償で子に与えた財産の管理）〔申立書61頁〕	32
26	民法826条（利益相反行為）、同830条1項（第三者が無償で子に与 えた財産の管理）〔申立書61頁〕	32
27	「第三節 親権の喪失」〔申立書61頁〕	32
28	「第五章 後見」〔申立書62頁〕	32
29	民法900条4号ただし書〔申立書62頁以下〕	33
第4	申立書の主張Ⅱの補充・変更等	33
1	Ⅱ・第3（（合憲解釈の前提）現行の民法、戸籍法は、同性婚を禁じていな いという解釈は可能であること）・4（他の規定との関係を検討しても、同性同 士の婚姻届の受理により、なんらの支障も混乱も起きないことが確認されること） について〔申立書76頁〕	33
(1)	「(1) 同性同士の婚姻届を受理した場面について」〔申立書76頁〕	33
(2)	「(2) 女性同士の婚姻カップルに子どもが生まれた場面について」〔申立書 77頁〕	33
(3)	「(3) 男性同士の婚姻カップルについて」〔申立書79頁〕	34
(4)	「(6) 戸籍法の規定について」〔申立書80頁以下〕	36
2	Ⅱ・第10（代替新制度で足るとする論の誤り）・第2項について〔申立書 164頁以下〕	36

3	II・第10（代替新制度で足るとする論の誤り）・第3項（実親子関係決定 ルールの点）について〔申立書165頁以下〕	37
(1)	(1)（前提）について	37
(2)	(2)（女性カップル）について	37
(3)	(3)（男性カップル）について	38
ア	ケース④（代理母により子を持つ場合）	38
イ	ケース⑤（一方が生物学的女性で出産する場合）	39
ウ	ケース⑥（双方が生物学的女性で一方が出産する場合）	40
(4)	(4)（小括）について	40

第1 本書面の目的

本件申立てをなした令和5年10月から現在までの約1年の間に、本件に関わる民法改正及び最高裁の判断がなされた。本書面では、本件との関係におけるこれらの意義を確認するとともに、これらを踏まえて本件の令和5年10月9日付け家事審判申立書（以下単に「申立書」ともいう。）の内容を補充、変更する。

第2 申立て後現在までの間の民法改正及び最高裁の判断

1 令和6年民法改正

令和6年5月17日成立の民法改正法（以下、この改正後の民法を「令和6年民法」という。）は、離婚後の選択的共同親権を規定した。また、非嫡出子についても、原則として親権者を母とし、協議等により父の親権又は共同親権となるものとし、関連する諸規定を改正・新設した。

申立書においては、婚姻に関連する民法の全規定を逐条的に検討し、同性婚を禁ずる根拠法令（同性婚禁止規定）がないことを明らかにするなどした。後記第3において、令和6年民法を踏まえ、申立書の記載を補充・変更する。

2 最大決令和5年10月25日（甲A354）

(1) 最高裁大法廷令和5年10月25日決定は、性同一性障害者特例法3条1項4号の「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること。」との要件（生殖能力放棄要件）を違憲無効とした。

(2) これにより、生物学的には女性である者（仮に「C」とする。）が、妊娠出産の身体機能を有したまま、法令上の性別取扱いを女性から男性に変更することが可能となった。

このようにして法令上の性別取扱いを男性としたCが、実際に出産するということも、ありうることである。（トランスジェンダー男性の妊娠出産についての医療関係者の報告として、甲A357、358）。

（補足すると、同法3条1項5号の性器外観要件（「その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること。」）は現在も条文の効力が維持されているが、女性から男性への性別移行にあたって膣（産道）の閉鎖手術まで行う者はまれであり、従来から家裁実務でも、女性から男性への性別取扱い変更の審判にあたり、性器外観要件の充足のために膣閉鎖は要求していない（甲A359・47頁参照）。また、男性ホルモンの継続投与により陰核が肥大化したマイクロペニスのような外観によっても性器外観要件の充足を認めてきた（甲A359・47頁、74～75頁）。

生物学的女性に対する男性ホルモンの継続投与により月経は停止するものの（甲A360・466頁、甲A361・448頁）、男性ホルモン投与の間隔が開けば、月経が再開することがある（甲A360・466頁）。このことは、国会でも、トランス男性（生物学的には女性であり、性自認が男性である者）が刑事施設に収容された場合の医療上の措置に関して質疑がなされているとおりである

(甲A362の1、2。)

以上のように、前記最高裁決定以後、法令上の性別が男性である者であっても、その者が生物学的には女性である場合、出産する可能性があることとなった。

なお、後述する最高裁令和6年6月21日判決(甲A384)が、子の出生時に法令上の性別が女性となっていた被上告人への認知請求を認容し、被上告人を「父」としたこと等に鑑みると、上記Cは子の「母」となると解される。上記Cを「母」とする解釈は、出産した者が子の実母であるという従来からの解釈(最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁、甲A16)や生殖補助医療親子関係特例法9条にも合致する。

(3) そして、前記Cは、法令上男性であるから、同性婚を禁じる現行法下ないし現行運用下においても、当然、女性(仮に「D」とする。この設例においてDは法令上女性であれば足り、生物学的に男性か女性かは問わない。)と婚姻することができる(性同一性障害者特例法4条1項)。

言うまでもないことであるが、CとDの婚姻は、法令上の性別が男女である者同士の婚姻であり、現行民法及び現行戸籍法が認めていることが明白であるところの異性婚である。

(4) このように、最大決令和5年10月25日以後、同性婚を禁じる現状下においても、双方が女性としての生殖能力を有する二人の婚姻は、認められることとなった。

そのため、同性婚を禁止することの意味は、要するに、単に、「法令上の性別が同じである者同士の婚姻を禁じる」、ということ以外には何もなくなった。この禁止には、実質的な意味は何もなくなった。

同性婚を禁止する必要性がないことは、いっそう明らかであり、同性婚禁止解釈ないし同性婚禁止制度が違憲であることはいっそう明らかである。

(5) そして、申立人らの婚姻届を法改正を待つことなく受理することを求めている本件申立てとの関係で更に重要であるのは以下の点である。

すなわち、申立書42～45頁に詳述したとおり、現行民法下で同性婚を禁止する運用をやめた場合、婚姻中の女性カップルの一方が子を出産した場合の他方と子との親子関係の問題や、子の遺伝上の父が子を認知して法律上「父」となることを防ぎ得ないという問題がある。

この問題は、現行民法下で同性婚を禁止する運用をやめた場合に、唯一、空白、未整備の問題といえる。

(6) もっとも、前記最大決令和5年10月25日以後は、同性婚を禁止している現状においても、前記C（法令上は男性）が、女性Dとの婚姻中に子を出産することがありうるようになった。この場合、「母（C）に妻（D）がいる」状態となる。

妻Dは「夫」（民法772条）とは言えないことから、現行民法下では、Dと子との間に実親子関係を認めることは困難であろう（特に、Dが生物学的にも女性である場合には困難であろう。）。また、遺伝上の父である第三者が子を認知して法律上も実父となることも妨ぎようがない。

つまり、同性婚を認めた場合の法律関係が唯一空白である、「女性カップルの一方が出産した場合の他方と子との親子関係の問題」及び「遺伝上の父が認知により法律上も「父」となることを防ぎえないという問題」と、まったく同じ問題が、前記最大決令和5年10月25日以後は、同性婚を禁止する現状においても、起きうることとなった。

(7) これにより、「法令上同性の二人の婚姻届を受理するために、法改正を要すると」と解することは、以前よりもいっそう不可能となった。

したがって、本件婚姻届も、すみやかに受理されなければならない。

3 最二小判令和6年6月21日（甲A384）

(1) 最高裁第二小法廷令和6年6月21日判決の事案では、性同一性障害者特例法により法令上の性別取扱いを男性から女性に変更した被上告人のパートナーである女性が、凍結保存していた精子を用いて、当該性別取扱いの変更後、上

告人を出生したところ、同判決は、上告人の認知請求を認容し、法令上の性別が女性である被上告人と上告人の関係を、法的な父子関係であると認めた。

- (2) 生物学的には男性である者（仮に「E」とする。）が精子を凍結保存し、法令上の性別取扱いを男性から女性に変更し、性別取扱いの変更後に当該凍結精子によって子が出生した場合は、法令上の性別が女性である者がその子の血縁上の父となることは、性同一性障害者特例法の施行時からありえたことである。現に、その可能性は、同法制定時に指摘されていた。（前記最判三浦守補足意見（甲A384・4頁）、同尾島明補足意見（同5頁）。法制定時、政府側の立法関係者が執筆したものとして『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』（甲A386・92頁最終段落）（甲A68と同一書籍））。

前記最高裁判決は、この場合に、法令上の性別取扱いが女性となっているEについて、法律上も父であることを認めたものである。

- (3) そして、性別取扱いを変更したEは、法令上の性別は女性であるから、異性婚のみを認める現状下においても、当然、男性（仮に「F」とする。この設例においてFは法令上男性であれば足り、生物学的に男性か女性かは問わない）と婚姻することができる（性同一性障害者特例法4条1項）。

言うまでもないことであるが、FとEの婚姻は、法令上の性別が男女である者同士の婚姻であり、現行民法及び現行戸籍法が認めていることが明白であるところの異性婚である。

- (4) このように、同性婚を禁じている現状下においても、Eが、男性Fとの婚姻中に認知によって子の父となった場合、「父（E）に夫（F）がいる」状態となる。

そうである以上、「父に夫がいる事態が生じると、混乱が生じる」などといった理由で同性婚を禁じることに合理的根拠がないのであり、そのことは最二小判令和6年6月21日より、明白となった。

したがって、本件婚姻届はすみやかに受理されなければならない。

第3 申立書の主張Ⅰの補充・変更等

第2を前提に、申立書「Ⅰ 主張Ⅰ」の30頁以降の逐条的検討の箇所を補充・変更する。また、一部誤記を訂正する。

1 民法306条3号、同308条の2（一般先取特権）（新設）

令和6年民法において標記条文が新設されたが、文言、趣旨・目的とも性中立的な規定であって、同性婚禁止規定には当たらない。

2 民法749条（離婚規定の準用）、765条（離婚届出の受理）〔申立書34頁、36頁〕

令和6年民法において標記諸規定が改正されたが、性中立的な内容の改正であって、これらの条文が同性婚禁止規定には当たらないことは従前の通りである。

3 民法766条1項（離婚後の子の監護に関する事項の定め等）〔申立書36頁～38頁〕

(1) 令和6年民法において標記規定が改正されたが、改正の趣旨は、双方の親における監護の分掌が可能となったこと、従前の「面会」の語を改めたことによるに過ぎず、令和6年民法改正との関係で、申立書36頁～38頁に述べた内容に変更点はない。

(2) 前記最大決令和5年10月25日との関係では、次のとおり補充する。

ア 申立書の37頁「イ」乃至38頁「オ」では、法令上の性別が同性であるカップル間には自然生殖がありえないことを前提とする記述をしたが、これは、従来は、性同一性障害者特例法3条1項4号の生殖能力放棄要件が有効とされていたことから、我が国において、法令上男性であるが女性の生殖機能を持つ者や、法令上女性であるが男性の生殖機能を持つ者の存在は、想定されなかったためである。

イ しかしながら、前述のとおり、最大決令和5年10月25日以後、そのような者の存在も想定すべきこととなった。そのため、法令上の性別が同性であるカップル間にも自然生殖がありうることとなった。

例えば、生物学的には女性であるCが、妊娠出産に係る身体機能を有したまま、法令上の性別取扱いを女性から男性に変更し、生物学的にも法令上も男性であるGとカップルになり、Gとの間で自然生殖による子を持つ場合である。

(出生時に割り当てられた性別が女性であり性自認が男性であるトランスジェンダー男性について、性的指向が男性に向く者があることは、従来から知られている(甲A246・57頁、甲A247・50頁、甲A248・18頁)。

「FTMゲイ」、「FTMバイセクシャル」等と呼称する。)

CとGとの婚姻は、法令上の性別が男性同士であり、本申立ての用語(申立書4頁)にいう「同性婚」である。

そして、子を出産したCは「母」となり(最二小判令和6年6月21日等参照)、その男性配偶者であるGは「父」となると解される(民法772条1項、最三小決平成25年12月10日)。

このように、最大決令和5年10月25日以後は、法令上同性のカップルが「父母」であるケースがある。

(この点は嫡出推定規定の項目等で詳述する。)

4 民法766条の2(審判による父母以外の親族と子との交流の定め)(新設)

令和6年民法において標記規定が新設されたが、本条の趣旨は、離婚後も子の利益のために両親以外の者(祖父母等)と子の交流を図るべきことにあり、「父母」の語は通常の場合の用語であるにすぎないと解されるから、同性婚禁止規定とは言えない。

また、最大決令和5年10月25日以後は、法令上同性のカップルが「父母」であるケースがある。

5 民法766条の3（子の監護に要する費用の分担の定めがない場合の特例）
（新設）

令和6年民法において標記条項が新設されたが、ここでも、「父母」は通常の場合の用語であるにすぎず、本条の趣旨は、子の利益のための養育費の履行確保を図るものであるにすぎず、同性婚禁止規定とは言えない。

また、最大決令和5年10月25日以後は、法令上同性のカップルが「父母」であるケースがある。

6 民法768条2項、3項（財産分与）〔申立書39頁〕

令和6年民法において標記諸規定が改正されたが、もともと婚姻当事者の性別の組合せと無関係の条文であり、改正の内容も性別の組合せと無関係であり、改正後の標記諸規定も同性婚禁止規定とは言えない。

7 民法770条（裁判上の離婚）〔申立書39頁〕

令和6年民法において標記規定が改正されたが、もともと婚姻当事者の性別の組合せと無関係の条文であり、改正の内容も性別の組合せに無関係であり、改正後の本条も同性婚禁止規定とは言えない。

8 民法772条（嫡出の推定）及び親子関係について〔申立書40～52頁〕

(1) ア 申立書の標記の箇所では、同性婚と親子関係との関係を、網羅的、具体的、客観的に検討した〔申立書40頁(2)〕。

本補充書面においても、申立て後になされた前記最高裁判断等を踏まえ、改めて、網羅的、具体的、客観的に検討する。

（以下、特に断りのない限り、項目（イ、ウ、・・・）を申立書の記載に合わせる。）

イ 網羅的、具体的に検討すると、法令上同性のカップルが子を持つ場合には、本件申立書に記載した4つの場合（①乃至④）（甲A286・13頁参照）

のほか、⑤乃至⑧の場合がある。

- ① かつての異性パートナーとの間の子を引き取り、同性パートナーと子を共同養育する。(例 女性Aが、男性Cとの離婚時にCとの間の子の親権者となり、その後にAが女性Bとパートナーになり、AとBが子を共同養育する。)
- ② 同性カップルが養子縁組によって養子を迎え、共同養育する。
- ③ 女性カップルが、第三者精子提供を受け、片方の女性が人工授精や体外受精によって懐胎し出産する。
- ④ 男性カップルが、一方の男性の精子により、代理母の候補である女性に依頼をして代理出産をしてもらう。
- ⑤ 法令上男性同士のカップルの一方が生物学的女性であり、その妊娠出産機能により子を出産する。
- ⑥ 法令上男性同士のカップルの双方が生物学的女性であり、一方の妊娠出産機能により、第三者の精子提供により懐胎し出産する。
- ⑦ 法令上女性同士のカップルの一方が生物学的男性であり、その精子により他方が懐胎し出産する。
- ⑧ 法令上女性同士のカップルの双方が生物学的男性であり、一方の者の精子により、代理母の候補である女性に依頼をして代理出産をしてもらう。

ウ (変更なし)

エ (変更なし)

オ (変更なし)

カ 「カ」の記載を次のように変更する〔申立書42頁以下〕。

(ア) 同性婚を禁止しない運用下、生殖補助医療等により、女性Aが、女性Bとの婚姻中に懐胎・出産した場合(③や⑦の場合)、子の実母がAであることは、子を出産した女性が子の実母であるという従来通りの解釈(最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁、甲A16)及び生殖補助医

療親子関係特例法9条の規定のとおりである。

(イ) 次に、Bは、「法令上の性別が男性である配偶者」という意味での「夫」ではないため、民法772条1項は適用されず、Bは実母にも実父にもならないと解される。(但し、Bの生物学的性別が男性である場合には、同条項を適用するという解釈論もありうると思われるし、認知により実父にはなりうる(前記最二小判令和6年6月21日(甲A384)。)

もっとも、婚姻中の女性が子を出産したものの、当該女性の出産当時の配偶者が子の法律上の実親とならないことは、同性婚を禁じる現行運用下においても、令和4年改正による772条1項後段新設より前には生じたことである。すなわち、令和4年改正以前は、女性が、前夫と離婚後300日以内に出産し、出産時に現夫と再婚していた場合、子は前夫の嫡出と推定されるために現夫は当然には父とならなかったからである。

(ウ) また、前記(ア)のケースで、現行民法の規定上、精子提供者である第三者が翻意等してBと婚姻中のAの子を認知することによって、法律上も子の父となる可能性は排斥できないものの、この場合のように、出産した女性の配偶者以外の者が子の法律上の実親とされる状況は、同性婚を禁じている現行運用下においても、令和4年改正前には見られたことである(772条1項後段参照)。

(エ) のみならず、前述のとおり、同性婚を禁じている現状下においても、最大決令和5年10月25日(甲A354)以後は、前記(イ)(ウ)同様の状況はありうることとなった。すなわち、女性Dと婚姻中のC(生物学的女性であり法令上は男性)(CDの婚姻は異性婚である。)が、男性Rとの性交渉により懐胎し出産したような場合である。この場合、女性Dは実母にも実父にもならないであろう。そして、男性Rが子を認知し法律上も「父」となることは防ぎようがない。

(オ) 以上に見たとおり、女性同士の婚姻において前記各状況が生じうるからといって、それと同様の状況が、同性婚を禁じている現行運用下においても生

じうるのだから、民法772条をもって、同性婚禁止規定であるとする
ことはできない。

- (カ) この点、同性婚を禁止しない運用下、法令上女性同士であるAとBが婚姻中のケースで、女性Bが生物学的には男性である場合には（ケース⑦）、民法772条1項を適用（準用）し、Aの妻であるBを「父」とする解釈論もありうるが、いずれにせよ法の適切な解釈に基づく法律判断により解決されるべき問題であり（最二小判令和6年6月21日三浦守補足意見（甲A384・5頁）参照）、そのような解釈論により解決すべき問題があるからといって、民法772条を同性婚禁止規定であると解することはできない。

キ （変更なし）

ク 申立書43頁末尾に「ク」として以下を加筆する。

前記のケース⑧のように、法令上女性同士のカップルの双方が生物学的男性であり、一方の者の精子により、代理母の候補である女性に依頼をして代理出産をしてもらうという場合については、法令上男性同士のカップルが同様のことを行うケース④と同様に解釈されるから、法令上男性同士のカップルについての箇所では後述する。

ケ 更に、申立書43頁末尾に「ケ」として以下を加筆する。

最大決令和5年10月25日以後、同性婚を禁じる現行の運用下でも、前記第2・2のとおり、「母であるC（生物学的女性で法令上は男性）に妻（D）がいること」はありうるようになった。

（繰り返しになるが、前記最二小判令和6年6月21日が、子の出生時に法令上の性別が女性となっていた被上告人を「父」としたことや、生殖補助医療親子関係特例法9条等に鑑み上記Cは「母」となる。）

このケースにつき、現行民法には、生まれた子とDの関係を規律する規定は整備されていないが、だからといって、CとDの婚姻（法令上の性別が男女である二人による異性婚）は、禁じられていない。

婚姻によって生じる親子関係の問題について、現行民法に空白や未整備の

部分があるからといって、そのことを理由にして、当該婚姻そのものを禁じることはされていないのである。そしてそうである以上、同性婚も禁じることはできない。

〔双方が女性である婚姻当事者のうち一方が懐胎・出産した場合と、「同性婚禁止規定」の有無との関係に関する説明の補足〕〔申立書44頁以下〕

- (ア) (変更なし)
- (イ) (変更なし)
- (ウ) 次のとおり変更する。

男女カップルとの唯一の違いは、女性カップルの場合、子を共同養育している両親のうち少なくとも一方が遺伝上の親でないことや、両親以外に遺伝上の親が存在することが、その子どもや第三者にも明らかな公然の事実である、という点であろう。(ただし、当該女性カップルが、生物学的には男女であり、そのことが公然の事実である場合は除く。)

この点は、非配偶者間人工生殖により生まれた子どもに関する立法事実を踏まえて検討を行なうことになるが、このような「論点」の存在を根拠に、「現行民法に同性婚禁止規定がある」とすることはできない。

- (エ) (変更なし)
- (オ) (変更なし)

コ 申立書45頁の「ク」を次のように変更する。

次に、同性婚を禁じない運用下において、女性Aが、男性C（生物学的にも法令上も男性）との離婚後300日以内に出産し、その出産時に女性Bと再婚していた場合、現行民法下では、令和4年改正法により新設された民法

772条3項の趣旨を及ぼしてCの嫡出を排除するか否かが解釈により決定されることになる。その際、仮に子をCの嫡出とするとしても、この状況は、令和4年民法改正の以前、女性Aが、男性Cとの離婚後300日以内に出産し、出産時に男性Dと再婚していた場合と同様の状況であり、新たな混乱が生じるものではない。

すなわち、婚姻中の女性Aが子を出産したものの、出産当時のAの配偶者以外の者が実父とされることは、同性婚を禁じる現行運用下においても、令和4年改正以前には多々生じていたことである（この点の不合理を解消するために令和4年法改正がなされた。）。

のみならず、繰り返しになるが、これと同様の状況は、令和4年改正後の現行民法下で、かつ、同性婚を禁じる現行運用下でも、最大決令和5年10月25日（甲A354）以後は生じることとなった。具体的には、女性Pと婚姻中のQ（生物学的な女性であり法令上は男性）が、男性Rとの性交渉により妊娠し出産したような場合である。この場合、男性Rが子を認知し法律上も子の実父となることは防ぎえない。

すると、法令上女性である者同士の婚姻において同様の状況が生じるからといって、民法772条を、同性婚禁止規定であるとすることはできない。

サ 申立書46頁の「ケ」を次のように変更する。

（ア）男性同士の婚姻においては、いずれの者にも妊娠出産機能がない場合、いずれも子を懐胎・出産することがないが、この点は、婚姻中の者が子を出産した場合の規定である民法772条の適用場面が存在しないというにすぎない。この点をもって同条を同性婚禁止規定であるとは言えない。

（イ）（変更なし）

（ウ）（変更なし）

（エ）この点、前記のケース⑤のように、法令上男性同士であるCとGが婚姻しており、Cが生物学的に女性で、Cの妊娠出産機能により子を出産した

場合、Cは子の「母」となる（前記最二小判令和6年6月21日参照）。

そして、民法772条1項が適用され、子の父は、Cの夫であるGとすることとなろう。いずれにせよ法の適切な解釈に基づく法律判断により解決されるべき問題であり（最二小判令和6年6月21日三浦守補足意見（甲A384・5頁）参照）、そのような解釈論により解決されるべき問題があるからといって、民法772条を同性婚禁止規定であると解することはできない。

（オ）また、前記のケース⑥のように、法令上男性同士であるCとHが婚姻中のケースで、男性CとHが共に生物学的に女性であり、第三者の精子提供等により、Cの妊娠出産機能により子を持った場合にも、Cは「母」となる（前記最二小判令和6年6月21日参照）。

そして、最高裁第三小法廷平成25年12月10日決定（甲14、性同一性障害者特例法により性別取扱いを女性から男性に変更した者について、その者の妻が出産した子について民法772条1項を適用し、法律上の実父とした決定）からすれば、Hについても民法772条1項が適用され、Hは子の出生と同時に父とされる可能性が高い。いずれにせよ法の適切な解釈に基づく法律判断により解決されるべき問題であって、そのような解釈論により解決されるべき問題があるからといって、民法772条を同性婚禁止規定であると解することはできない。

〔双方が男性である婚姻当事者が、第三者である女性の代理出産により子を持つ場合と、「同性婚禁止規定」の有無との関係に関する説明の補足〕〔申立書47頁以下〕

（ア）次のとおり変更する。

男性カップルが子を持つケースとは、前記のケース④のように妊娠出産機能が双方いずれにもない場合、男性カップルの依頼によって女性が代理出産する場合であるところ、同じ生殖技術によって、

生物学的にも法令上も男女である夫婦が子をもつケースでは、従来から、子を出産した女性が子の実母であって、依頼した夫婦のうち妻が卵子提供者である場合であっても、卵子提供者たる女性と子の間に母子関係は成立しない（最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁・甲A16、生殖補助医療親子関係特例法9条）。

この理は、代理出産を依頼したのが男性カップルであっても同じであり、出産した女性を実母とすることになる。

また、この点は、前記のケース⑧のように、代理出産を依頼したカップルが女性カップルであっても同様である。

(イ) (変更なし)

(ウ) 次のとおり変更する。

代理出産が男女の夫婦の依頼でなされる場合との唯一の違いは、子が両親以外の者の胎内から生まれてきたこと、両親の少なくとも一方が遺伝上の親でないこと、両親以外に遺伝上の親が存在することが、その子どもや第三者から見ても明らかな、公然の事実である、という点であろう。（ただし、当該同性カップルが、生物学的には男女であり、そのことが公然の事実である場合は除く。）

しかしながら、この点も「代理出産における子の福祉」の問題に帰するものであり、これらの問題があることをもって「現行法に同性婚禁止規定がある」とは言えない。

シ 申立書48頁の「コ」について、変更なし。

ス 申立書48～52頁の「サ」を次のとおり変更する。

次に、関連して、婚姻関係にある二人の者が子を共同養育する際の親権について詳述する。

(ア) 民法の条文（令和6年民法）

民法818条（親権）は、1項で「親権は、成年に達しない子について、その子の利益のために行使しなければならない。」、2項で、「父母の婚姻中はその双方を親権者とする。」、3項で「子が養子であるときは、次に掲げる者を親権者とする。一 養親（当該子を養子をする縁組が二以上あるときは、直近の縁組みにより養親となった者に限る。）二 子の父母であつて、前号に掲げる養親の配偶者であるもの」と定める。

また、民法819条（離婚又は認知の場合の親権者）は、1項で「父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方又は双方を親権者と定める。」、2項で「裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方又は双方を親権者と定める。」、3項で「子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は、母が行う。ただし、子の出生後に、父母の協議で、父母の双方又は父を親権者と定めることができる。」、4項で「父が認知した子に対する親権は、母が行う。ただし、父母の協議で、父母の双方又は父を親権者と定めることができる。」、5項で「第1項、第3項又は前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。」等と定める。

(イ) 現行民法（令和6年民法）下で同性婚の禁止をやめる場合でも、子の「親権」については民法の条文および現在の運用に即して解釈することで妥当な結論となること

a 前記（ア）によると、同性婚を禁じない運用下、婚姻する二人の法令上の性別の組合せが同じである場合でも、前記ア乃至サに述べた適条や解釈によって、一方を「母」、他方を「父」と解すべき場合には、民法818条2項により共同親権となる。前記サのケース⑤、ケース⑥等の場合である。

b また、双方の親を「父母」と解さない場合（実母と養母、実父と養父等）

であっても、「父母の婚姻中」と同視すべき場合には、民法818条2項により共同親権となると解される。同条項の「父母」は通常の場合を定めたものと解されるからである。

- c 生物学的にも法令上も女性であるBと婚姻中の女性Aが、子を出産して「母」となったケースを、「父母の婚姻中」（民法818条2項）に該当しないと解するのであれば、原則としてAが単独親権者となる（民法819条3項、4項）。

この点、同性婚を禁止する現行運用下でも、前記のとおり、令和4年民法改正以前には、子の実父以外の者と婚姻中の女性が単独親権者になることはあった。すなわち、女性が、前夫と離婚後300日以内に出産し、出産時に現夫と再婚中である場合、子の父は前夫と推定されるために現夫は当然には親権を持たず、Aは単独親権者となっていた（民法819条3項本文）。

また、繰り返し述べるとおり、最大決令和5年10月25日（甲A354）以後は、上記の状況は、令和4年改正後の民法下でもありうることとなった。女性Dと婚姻中のC（生物学的女性であり法令上は男性）が、男性Rとの性交渉により妊娠し出産したような場合である。この場合、Cは単独親権者である母となると解されるからである。

- d 現行民法下でも、同性婚を禁止しない運用下では、男性Gと婚姻中の男性Eが、代理出産により生まれた子を認知し、代理母との協議等により単独親権者となった場合（民法819条4項、5項）や、Eの前妻Fが離婚後300日以内に出産し、かつEが単独親権者となった場合（民法772条2項、819条3項）、男性Eは、男性Gと婚姻中であっても単独親権者となる。

もっとも、これと同様のことは、子の単独親権者となった実父Eが、子の実母でない女性と再婚中である場合と変わるところはなく、同性婚を禁じる現行運用下でも起きていることである上、民法818条、819条と

も抵触しない。

- e 以上のとおり、婚姻中の女性カップルや男性カップルが子を持つ場合にも、同性婚を禁じる現行運用下と異なる混乱が生じるものではなく、民法818条2項、819条3項、4項等の適切な解釈により決定することができる。
- f そして、子の単独親権者となった実母が、その後に女性パートナーと婚姻した場合や、子の単独親権者となった実父が、その後に男性パートナーと婚姻した場合、子とパートナーが養子縁組をしなければそのまま単独親権者であり続けるところ、同性婚を禁じる現行運用下においても、子の単独親権者となった者が、その後に子の実親でない異性パートナーと婚姻した場合と同様である上、818条、819条の適用にも何ら支障はない。
- g 以上のとおり、現行民法（令和6年民法）下で同性婚の禁止をやめる場合でも、子の親権について民法の条文および現在の運用に即して解釈することで妥当な結論を得るのであるから、現行民法の親子関係及び親権に係る諸規定を、同性婚禁止規定とは言えない。

(ウ) 同性の婚姻当事者の共同親権について「連れ子養子の共同親権」の規律を適用できること。

- a まず、前提として、いわゆる「連れ子養子」を想起すれば明らかなおと、異性婚のみを認める現行運用下でも、子の実親と養親の婚姻中は、子は双方の共同親権に服する、と解釈されてきた。

令和6年民法は、これを明文化した（818条3項1号2号）。

例えば、女性Aが前夫Cとの間に子をもうけ、離婚に際して単独親権者となり、男性Dと再婚し、Dと子が（Aの代諾により）養子縁組するケースは多々ある（いわゆる連れ子養子）。

こうしたケースでは、①当事者の合理的意思、②民法795条但書（配偶者のある者が未成年者を養子とする縁組において、配偶者の嫡出子を養子とする場合には配偶者と共同でなすことを要しないとする規定）の趣旨、

③798条但書（未成年者を養子とする縁組において、配偶者の直系卑属を養子とする場合には家庭裁判所の許可を要しないとする規定）の趣旨からして、子は、実母A及びその配偶者である養父Dとの共同親権に服する、と解されてきた（於保不二雄編『注釈民法(23)』甲A18・20頁〔山本正憲〕、大村敦志『家族法第3版』甲A19・284頁、昭和23年3月16日民事甲149号回答等）。

この際、「子が養子であるときは、養親の親権に服する。」とする規定（民法818条2項）は、「養親と実親とが夫婦でない通常の場合を定めたにすぎない」として、解釈によって、適用を排除されてきた（前掲於保編『注釈民法(23)』甲A18・20頁）。

b 前記に見た「連れ子養子の共同親権」の規律は、配偶者が同性である場合にも同じく当てはまる。

なぜならば、前記aの解釈論の根拠である①②③は、いずれも実親と養親の性別の組合せに無関係なものである。①は当然、無関係であるし、②の民法795条但書及び③の798条但書は、文言上も、法の趣旨・目的としても、「配偶者」が異性であることを要求していない。すると、実親と養親の性別の組合せが男女であっても同性であっても、前記aの解釈論の妥当性に影響しない。

したがって、同性婚を禁じない運用下においても、子の実母Aが女性Bと婚姻し、（Aの代諾により）Bと子が養子縁組した場合にも、子は、婚姻中の実母A及び養母Bの共同親権に服する、と解するのみであり、それにつき何らの支障もない。

c なお、民法818条2項は「父母の婚姻中」、同条3項2号は「子の父母であって」と定めるけれども、もとより、民法に養子縁組制度があることや、生殖補助医療親子関係特例法9条及び10条等からしても、民法は、子の親権者が遺伝上の親であることを要求していない。そうである以上、子の共同親権者が男女の組合せでなければならないという合理的理由を見

出すことができない。

民法818条2項及び3項2号の「父母」も、通常用語を用いたにすぎないものと言え、婚姻中の実母と養母や、婚姻中の実父と養父が共同親権者となるという解釈を排除することはできない。

また、法令上は同性同士のカップルであっても、「父母」と解されるケースがありうることは、前記のとおりである（前記最大決令和5年10月25日、最二小判令和6年6月21日参照）。

d （変更なし）

(エ) 以上のとおり、現行民法下、婚姻中の二人と、その二人が共同養育する子との間の法律関係は、婚姻中の二人の性別が同じである場合でも、異性婚のみを認める現在の運用における「連れ子養子の共同親権」の規律をそのまま適用することができ、それにより、異性間婚姻と同様、妥当な結論が得られる。

このように、現行民法（令和6年民法）下で同性婚の禁止をやめる場合でも、子の親権について民法の条文および現在の運用に即して解釈することで妥当な結論を得るのであるから、現行民法の親子関係及び親権に係る諸規定を、同性婚禁止規定とは言えない。

セ 申立書52頁の「シ」について、変更なし。

9 民法774条（嫡出の否認）〔申立書52頁〕

ア 申立書52頁の「ア」について、変更なし。

イ 申立書53頁の「イ」について、変更なし。

ウ 申立書53頁の「ウ」について、変更なし。

エ 申立書53頁の「エ」について、774条4項の理解に誤りがあったため、以下のとおり訂正する。

(ア) 774条4項は、772条3項の規定（子の懐胎から出産までに2以上

の婚姻をしていたときは、直近の婚姻の夫の子と推定する規定）により子の父が定められる場合について、子の懐胎時から出生時までの間に母と婚姻していた者であって子の父以外のもの（前夫）に、嫡出の否認権を認める。嫡出否認の訴えの相手方は、父及び子又は親権を行う母である（民法775条1項4号）。

その趣旨は、離婚後であっても前夫との婚姻中の懐胎である以上、前夫が子の父と推定される場合があるためである（甲A387・183頁）。

(イ) ここで、同性婚を禁止しない運用下、子を出産した母が、懐胎から出生までの間に生物学的にも法令上も女性である者と婚姻していた場合、当該女性（前妻）について774条4項の嫡出否認権を認めるべきか否かは解釈に委ねられることとなるが、当該前妻に772条1項の推定が及ばないこと等を重視してそれを否定するにせよ、当該前妻が懐胎の経緯を知っている場合があること等を重視して肯定するにせよ、法の適切な解釈に基づく法律判断により解決されるべき問題であり（最二小判令和6年6月21日三浦守補足意見（甲A384・5頁）参照）、そのような問題があるからといって、774条4項を、同性婚禁止規定であるということとはできない。

(ウ) 次に、同性婚を禁止しない運用下、子を出産した母Aが、懐胎から出生までの間に、生物学的には男性であり法令上は女性であるBと婚姻していた場合、Bについて嫡出推定を及ぼし「父」と推定する解釈論を採るのであれば、民法774条4項の適条についても平仄を合わせ、Bにも同条項の嫡出否認権を認める帰結になるというだけであって、法の適切な解釈に基づく法律判断により解決されるべき問題であり、そのような問題があるからといって、774条4項を同性婚禁止規定であるということとはできない。

(エ) 以上のとおり、774条4項は同性婚禁止規定ではない。

10 民法775条（嫡出否認の訴え）〔申立書53頁〕

次のとおり変更する。

民法775条（嫡出否認の訴え、令和4年改正）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。

「母」に、生物学的に女性であり法令上の性別が男性である者が含まれることは、前記最二小判令和6年6月21日（甲A384）に徴して明らかであると思われる。

「母」のなかに、出産した実母と婚姻中の養母が含まれるか否かは、同条項の解釈論により決する問題である。

また、「父」や「前夫」のなかに、生物学的に女性であり法令上の性別が男性である者が含まれることは、前記最三小決平成25年12月10日（甲14、性同一性障害者特例法により性別取扱いを男性に変更した者について、その妻が出産した子の法律上の実父であるとした）に照らして明らかである。

「父」や「前夫」のなかに、生物学的に男性であり法令上の性別が女性である者が含まれるか否かは、前述したとおり、嫡出推定や嫡出否認権の解釈論によって適切な解決が図られるべきものである。

したがって、それらの点が条文上一義的ではないということをもって、民法775条を同性婚禁止規定であるとは言えない。

11 民法776条（嫡出の承認）〔申立書54頁〕

次のとおり変更する。

民法776条（嫡出の承認、令和4年改正）は、その文言、法の趣旨・目的からして、同性婚禁止規定とは言えない。

「母」には、生物学的に女性であり法令上の性別が男性である者が含まれることは、前記最二小判令和6年6月21日（甲A384）に徴して明らかであると思われる。

「母」のなかに、出産した実母と婚姻中の養母が含まれるか否かは、同条の

解釈論により決する問題である。

また、「父」のなかに、生物学的に女性であり法令上の性別が男性である者が含まれることは、前記最三小決平成25年12月10日（甲14）に照らして明らかである。

「父」のなかに、生物学的に男性であり法令上の性別が女性である者が含まれるか否かは、前述したような嫡出推定や嫡出否認権の適切な解釈論との平仄を合わせるべきものである。

したがって、それらの点が条文上一義的ではないということをもって、民法776条を同性婚禁止規定であるとは言えない。

12 民法777条、778条、778条の2〔申立書54頁〕

次のとおり変更する。

前記民法775条について述べたのと同様であって、標記各規定をもって同性婚禁止規定であるとは言えない。

13 民法778条の3、4〔申立書54頁〕

次のとおり変更する。

標記各規定をもって同性婚禁止規定であるとは言えない。

「父」にいかなる者を含むかは、民法774条の解釈と平仄を合わせて決せられるにすぎない。

14 民法779条乃至788条（認知）〔申立書54頁〕

第二段落、第三段落を次のとおり変更する。

そもそも、標記各規定が規律するのは認知の問題であるから、標記各規定の「父」や「母」にどのような者を含むかということ自体、婚姻当事者の性別の組合せには無関係な事柄である。

念のため述べると、本条の「父」に、生物学的に男性であり法令上の性別が

女性である者が含まれることは、前記最二小判令和6年6月21日（甲A384）の通りである。

「母」に、生物学的に女性であり法令上の性別が男性である者が含まれることも、前記最二小判令和6年6月21日に徴すれば明らかであると思われる。

「母」のなかに、出産した実母と婚姻中の養母が含まれるか否かは、同条項や嫡出推定等の解釈論により適切に決定されるべき問題である。

これらの点が一義的に明らかでないからといって、標記各規定を同性婚禁止規定であるとは言えない。

15 民法789条1項（婚姻準正）〔申立書54頁(10)ア〕

次のとおり変更する。

1項（婚姻準正）は、父が認知した子が「父母の婚姻によって」嫡出子となることを定めるにすぎず、子を認知した父が男性と婚姻することや、父から認知された子の母が女性と婚姻することを禁じる規定ではない。

この点、前記最二小判令和6年6月21日（甲A384）は、生物学的に男性であり法令上女性である者を「父」とする認知請求を認めたことから、同性婚を禁止しない運用下、子を出産した女性が、生物学的に男性であり法令上女性であって子を認知した者と婚姻した場合にも（ケース⑦の一つ）、「父母の婚姻」として、婚姻準正の効果は認められるものと解される。

子を出産した者が法令上男性であっても、その者は「母」であるところ（前記最二小判令和6年6月21日参照）、同性婚を禁止しない運用下、そのような者が、子を認知した法令上男性である者と婚姻した場合にも（ケース⑤や⑥の一つ）、婚姻準正の効果は認められるものと解される。

いずれにせよ、民法789条1項（婚姻準正）が同性婚禁止規定であるとは言えない。

16 民法789条2項（認知準正）〔申立書55頁(10)イ〕

次のとおり変更する。

民法789条2項（認知準正）は、「婚姻中父母が認知した子」については認知の時から嫡出子となることを定める。ただし、「母」は出産により定めるため、実際には「父」の認知についての規定である。

この点、前記最二小判令和6年6月21日は、生物学的に男性であり法令上女性である者を「父」とする認知請求を認めたことから、同性婚を禁止しない運用下、生物学的に男性であり法令上女性である者が、子を出産した女性と婚姻中に子を認知した場合（ケース⑦の一つ）、婚姻中「父」「が認知した子」として、同条項による認知準正の効果が認められるものと解される。

子を出産した者が法令上男性であっても、その者は「母」であるところ（前記最二小判令和6年6月21日参照）、同性婚を禁止しない運用下、そのような者と婚姻した法令上男性である者が子を認知した場合にも（ケース⑤や⑥の一つ）、同条項による認知準正の効果が認められるものと解される。

いずれにせよ、民法789条2項（認知準正）が同性婚禁止規定であるとは言えない。

17 申立書55頁(10)ウについて

次のとおり変更する。

なお、同性婚を禁じない運用下、第三者の精子提供により、生物学的にも法令上も女性であるカップルA Bの一方であるAが出産し、出産後、懐胎に同意していたBと婚姻した場合（ケース③の一つ）、女性同士の婚姻に係る準正の制度を整備すべきであろうが、現行民法下では、法律上の実母は一人とせざるをえないと解され、子をBの嫡出子とすることはできないと解される。

もっとも、繰り返し述べているとおり、これと同様の問題は、同性婚を禁じる現行運用下においても、性同一性障害者特例法の生殖能力放棄要件を違憲無効とした最大決令和5年10月25日（甲A354）以後は、生物学的に女性であり法令上は男性であるCが子を出産し（Cは「母」となる（前記最二小判

令和6年6月21日参照。)、出産後、その懐胎に同意していた生物学的にも法令上も女性であるDと婚姻(異性婚)した場合にも生じる。

そうであれば、上記のケース③で子をBの嫡出子とすることができないという問題が生じるからといって、民法の準正に係る諸規定を同性婚禁止規定であるということとはできない。

18 民法790条(子の氏)〔申立書55頁〕

第二段落を次のとおり変更する。

具体的に見ても、このうち1項は「嫡出子」の氏を定めるところ、前述したような、個別の各ケースの嫡出推定規定の適用の有無によって区別した上、男性同士や女性同士の婚姻当事者の子についても、民法790条1項を適用すべき場合、「父母」は通常の場合を定めたものとして適用することができる。そうである以上、同条項をもって同性婚禁止規定であるということとはできない。

19 民法797条(15歳未満者を養子とする縁組)〔申立書57頁〕

(1) 令和6年民法改正により第3項及び第4項が新設されたが、第3項中の「父母」は、第1項の「父母」と同様「実父母」を意味し、当該新設との関係で、申立書57頁の記載に変更すべき点はない。

(2) 次に、性同一性障害者特例法の生殖能力放棄要件を違憲無効とした最大決令和5年10月25日や、生物学的に男性で法令上の性別が女性である者について「父」とした最二小判令和6年6月21日により、法令上の性別が同じである二人の者が子の「実父母」である場合がありうることとなったために、民法797条は、同性婚を禁止しない運用下における同性の婚姻カップルにも文言通り適用されるケースがありうることとなった。

具体的には、ケース⑤では、出産した者が「実母」であり、他方配偶者は、当該実母と婚姻中であつたり認知したりすれば「実父」となる。ケース⑥では、出産した者が「実母」であり、他方配偶者は当該実母婚姻中であれば「実父」

となる（最三小決平成25年12月10日（甲14））。ケース⑦では、出産した者が「実母」であり、他方配偶者は認知等により「実父」となる（最二小判令和6年6月21日）。

20 民法811条（協議上の離縁等）〔申立書58頁〕

令和6年民法改正により第3項及び第4項が改正されたが、申立書58頁の記載に変更すべき点はない。

21 民法817条の6等（特別養子縁組の父母の同意等）〔申立書59頁以下〕

ア 申立書60頁の「ア」について、末尾に以下の記載を加える。

それに加え、最大決令和5年10月25日や最二小判令和6年6月21日以後、法令上の性別が同じである二人の者が、子の「実父母」である場合がありうることとなったため、民法816条の6の「父母」、817条の7の「父母」、817条の9の「実方の父母」は、同性婚を禁止しない運用下における同性の婚姻カップルにも文言通り適用されるケースがありうることとなった。

具体的には、ケース⑤では、出産した者が「実母」であり、他方配偶者は当該実母と婚姻中であつたり認知したりすれば「実父」である。ケース⑥では、出産した者が「実母」であり、他方配偶者は当該実母と婚姻中であれば「実父」である（最三小決平成25年12月10日（甲14））。ケース⑦では、出産した者が「実母」であり、他方配偶者は認知等により「実父」となる（最二小判令和6年6月21日）。

イ 申立書60頁の「イ」について、末尾に以下の記載を加える。

それに加え、前記アのとおり、法令上の性別が同じである二人の者が、子の「実父母」である場合がありうることとなったため、民法816条の10（特別養子縁組の離縁）の「実父母」は、法令上同性のカップルであるケースがありうることとなった。

具体的なケース⑤～⑦についても前記アのとおりである。

ウ 申立書 60 頁の「ウ」について、末尾に以下の記載を加える。

それに加え、前記アのとおり、法令上の性別が同じである二人の者が、子の「実父母」である場合がありうることとなったため、民法 816 条の 11（離縁による実方との親族関係の回復）の「実父母」も、法令上同性のカップルであるケースがありうることとなった。

具体的なケース⑤～⑦についても前記アのとおりである。

2.2 民法 817 条の 12（親の責務等）、民法 817 条の 13（親子の交流等） （新設）

令和 6 年民法で標記諸規定が改正されたが、標記諸規定は、817 条の 12 第 2 項に「婚姻関係の有無にかかわらず」とあるように、もとより婚姻には無関係な規定であり、同性婚禁止規定ではない。

法令上同性のカップルが「父母」であるケースがありうることも、民法 797 条や民法 817 条の 6 等の項目ですでに述べたとおりである。

2.3 民法 824 条の 2（親権の行使方法等）、民法 824 条の 3（監護者の権利義務）（新設）

令和 6 年民法で標記諸規定が改正されたが、標記諸規定は、もとより婚姻関係の有無には無関係な規定であり、同性婚禁止規定ではない。

法令上同性のカップルが「父母」であるケースがありうることも、民法 797 条や民法 817 条の 6 等の項目ですでに述べたとおりである。

2.4 民法 833 条（子に代わる親権の行使）〔申立書 61 頁〕

申立書 61 頁・第 5 項(2)「ア」の末尾に以下の記載を加える。

令和 6 年民法改正により、民法 833 条の文言が「父又は母が成年に達しな

い子であるときは・・・」と改正されたものの、成年年齢も婚姻適齢も18歳であることから（民法4条、731条）、本条は婚姻した者に適用はなく、婚姻当事者の性別の組合せに無関係な規定であって同性婚禁止規定ではない。

25 民法825条（父母の一方が共同の名義でした行為の効力）、同830条2項（第三者が無償で子に与えた財産の管理）〔申立書61頁〕

申立書61頁・第5項(2)「イ」の末尾に以下の記載を加える。

法令上同性のカップルが「父母」であるケースがありうることも、民法797条や民法817条の6等の項目ですでに述べたとおりである。

26 民法826条（利益相反行為）、同830条1項（第三者が無償で子に与えた財産の管理）〔申立書61頁〕

申立書61頁・第5項(2)「ウ」の末尾に以下の記載を加える。

法令上同性のカップルが「父又は母」であるケースがありうることも、民法797条や民法817条の6等の項目ですでに述べたとおりである。

27 「第三節 親権の喪失」〔申立書61頁〕

申立書61頁・第5項(3)「ウ」の末尾に以下の記載を加える。

法令上同性のカップルが「父又は母」であるケースがありうることも、民法797条や民法817条の6等の項目ですでに述べたとおりである。

28 「第五章 後見」〔申立書62頁〕

申立書62頁・第6項(1)の末尾に以下の記載を加える。

法令上同性のカップルが「父母」や「父若しくは母」であるケースがありうることも、民法797条や民法817条の6等の項目ですでに述べたとおりである。

29 民法900条4号ただし書〔申立書62頁以下〕

申立書62頁～・第8項(1)の末尾に以下の記載を加える。

法令上同性のカップルが「父母」や「父若しくは母」であるケースがありうることも、民法797条や民法817条の6等の項目ですでに述べたとおりである。

第4 申立書の主張Ⅱの補充・変更等

第2、第3を前提に、申立書の主張Ⅱに関する記載を補充・変更する。

また、一部誤記を訂正する。

1 II・第3（（合憲解釈の前提）現行の民法、戸籍法は、同性婚を禁じていないという解釈は可能であること）・4（他の規定との関係を検討しても、同性同士の婚姻届の受理により、なんらの支障も混乱も起きないことが確認されること）について〔申立書76頁〕

(1) 「(1) 同性同士の婚姻届を受理した場面について」〔申立書76頁〕

変更なし。

(2) 「(2) 女性同士の婚姻カップルに子どもが生まれた場面について」〔申立書77頁〕

ア 「ア 母の決定について」〔申立書77頁〕

(ア) の第一段落の次に以下の記載を加える。

（ただし、法令上の性別取扱いを女性から男性に変更した者が出産した場合にも、その者が「母」となるため（前記最二小判令和6年6月21日参照）、母となる者は、法令上の性別が女性である者に限られない。）

その余は変更なし。

イ 「イ 父の決定及び他方の女性配偶者について」〔申立書78頁〕

(ア) (ア) は次のとおり変更する。

民法772条1項は、「妻が婚姻中に懐胎した子は、当該婚姻における夫の子と推定する。女が婚姻前に懐胎した子であって、婚姻が成立した後に生まれたものも、同様とする。」とする。

出産したAの女性配偶者は、「法令上の性別が男性である配偶者」という意味での「夫」ではなく、民法772条1項は適用されず、当該女性配偶者は実母にも実父にもならないと解される。(但し、本補充書面の前記第3・8のケース⑦の場合のように、当該配偶者の生物学的性別が男性である場合には、同条項を適用するという解釈論もありうると思われるし、認知により実父にはなりうる(最二小判令和6年6月21日(甲A384)。)

(イ) (イ) は、第一段落を次のとおり変更する。

そうすると、当該はAに「夫(民法772条1項)はいない」と解釈する場合には、生まれた子の戸籍の「父」欄を空欄とすれば足る。

(ウ) (ウ) の後に、次の記載を加える。

(エ) さらに、繰り返し述べたとおり、前記第2・2の最大決令和5年10月25日(甲A354)以後は、同性婚を禁じる現行運用下においても、「母に妻がいる状況」は生じることとなったのであり、現行民法下における同性婚禁止解釈をやめたからといって、現在と異なる混乱や支障が生じるものではない。

ウ 「ウ 戸籍の記載について」〔申立書78頁〕

(ア) (ア) の「嫡出でない子として(戸籍法49条2項1号)」の前に以下の記載を加える。

「前記イに記載した解釈論において、民法772条1項を適用しない場合には、」

エ エ乃至カ〔申立書79頁〕

変更なし。

(3) 「(3) 男性同士の婚姻カップルについて」〔申立書79頁〕

ア アの記載は、次のとおり変更する。いずれも、前記最大決令和5年10月25日以後、法令上の性別が男性である者が、子を出産することがありうるようになったことに伴う記述の変更である。

(ア) 前提

現行法上、男性が子の実父となるのは、(i) 婚姻関係にある者が子を出産した場合、(ii) かつて婚姻関係にあった者が婚姻解消後300日以内に出産した場合、(iii) 子を認知した場合のみである。

(イ) (i) について

男性の婚姻カップルの双方に妊娠出産機能がないときには、(i) の場合はないため、支障も混乱も生じない。

また、本補充書面の第3・8のケース⑤（法令上男性同士のカップルの一方が生物学的女性であり、その妊娠出産機能により子を出産する）では、前記第3・8で述べたとおり、民法772条1項が適用されると解されるどころ、出産した者を「母」、他方配偶者を「父」とするのみであって、支障や混乱は生じない。

また、本補充書面の前記第3・8のケース⑥（法令上男性同士のカップルの双方が生物学的女性であり、一方の妊娠出産機能により、第三者の精子提供により子を出産する）でも、同前記第3・8で述べたとおり、最三小決平成25年12月10日（甲14、性同一性障害者特例法により性別取扱いを女性から男性に変更した者について、その者の妻が出産した子について民法772条1項を適用し、法律上の実父とした決定）からすれば、民法772条1項が適用されると解されるどころ、出産した者を「母」、他方を「父」とするのみであって、支障や混乱は生じない。

(ウ) (ii) について

男性配偶者を持つ男性が、前配偶者の出産した子の父として戸籍に記載されるからといって、何らの支障もない。同性婚を禁じる現行運用下において、男性が、前配偶者の懐胎後に離婚し、その出産前に別の女性と再婚したケースと

同様であるにすぎない。

(エ) (iii) について

男性配偶者のいる男性が、第三者の出産した子を認知したからといって、戸籍実務上何らの支障もない。同性婚を禁じる現行運用下において、女性配偶者のいる男性が、第三者が出産した子を認知するケースと同様である。

イ イの記載は、末尾に次の記載を加える。

また、前記アで述べたとおり、男性同士の婚姻カップルの一方が出産した場合には、出生と同時に双方が「父母」となる場合がある。

ウ ウの記載は変更なし。

(4) 「(6)戸籍法の規定について」〔申立書80頁以下〕

エの記載〔申立書81頁〕は、次のとおり変更する。

戸籍法52条（出生届の義務者・資格者）は、分娩した者（母）が女性と婚姻中であるとか、分娩した者と配偶者の法令上の性別が同じである場合に、上述したような民法解釈等によって非嫡出子とすべき場合には、同条2項を適用することになるのみであって、戸籍実務には支障や混乱が起きない。

2 II・第10（代替新制度で足るとする論の誤り）・第2項について〔申立書164頁以下〕

申立書165頁の第2項の(3)と(4)の間に、次の記載を加える。

この点、繰り返し述べているとおり、同性婚を禁じる現行運用下においても、前記最大決令和5年10月25日以後は、子を出産した者C（母）（法令上の性別は男性）が女性Dと婚姻していることはありうるようになった。このケースで、Dが子と養子縁組した場合、同性婚を禁じる現行運用下においても、令和6年民法の下記条項を適用し、「実母Cと養母Dの共同親権」を認めるほかないと解される。

記

818条3項 子が養子であるときは、次に掲げる者を親権者とする。

一 養親（当該子を養子とする縁組が二以上あるときは、直近の縁組により養親となった者に限る。）

二 子の父母であって、前号に掲げる養親の配偶者であるもの

同性婚を禁じる現行運用下においても、双方が女性の生殖能力を有するカップルであっても、法令上の性別が男女であれば、前者を実母、後者を養母とする共同親権を認めるほかない、ということである。

すると、これと同じく双方が女性の生殖能力を有するカップルについて、法令上の性別がいずれも女性であるときに、実母と養母としての共同親権を認めない合理的根拠はない。

3 II・第10（代替新制度で足るとする論の誤り）・第3項（実親子関係決定ルールの特）について〔申立書165頁以下〕

(1) (1) (前提) について

変更なし。

(2) (2) (女性カップル) について

以下のとおり変更する。

ア 女性同士の法的カップル（A及びBとする。）については、前記ケース③（第三者の精子提供によって、一方の女性Aが子が出産した場合）及びケース⑦（Bが生物学的に男性で、Bの精子によりAが出産した場合）を検討することになる。ケース⑧（双方が生物学的男性）は、ケース④（男性カップルの代理母への依頼の場合）の検討に収斂される。

イ 変更なし。

ウ 変更なし。

エ 第一段落の終りに以下の記載を加える。

（ケース⑦で、双方の生物学的性別が男女であることが公然の事実である場合は除く。）

オ 変更なし。

(3) (3) (男性カップル) について

以下のとおり変更する。

ア ケース④ (代理母により子を持つ場合)

(ア) 代理出産により男女の夫婦が子をもったケースでは従来から、子を出産した女性とその子どもの実母であって、上記夫婦のうちの妻が卵子提供している場合であっても、卵子提供者と子の中に母子関係は成立しない (最二小平成19年3月23日決定民集61巻2号619頁・甲A16、生殖補助医療親子関係特例法9条)。

すると、本補充書面第3・8項のケース④のように、男性同士の法的カップルの依頼等によって第三者である女性が子を代理出産するケースでも、代理出産を依頼した法的カップルの双方が「実母」にならないことに変わりない。

すると、代理出産を依頼した法的カップルの関係を「婚姻」と呼ぶべきかどうかは、代理出産における親子関係の問題とは、無関係の事柄である。

(イ) 前記Iでも述べたように、もとより代理出産は、懐胎後、胎児の先天性障害が明らかとなった場合などに出産か人工妊娠中絶かの意思決定をどのようになすか、それを懐胎前の当事者間合意に委ねてよいのか等、検討すべき問題を持っているが、これらの問題は、異性間の婚姻のみを認める現在において、すでに同じく存在している。

そして、事柄の性質上、これらの問題は、代理出産に関する法制度の整備の問題であって、「代理出産を依頼した男性同士の法的カップルの関係を婚姻とすべきか否か」の問題ではない。

(ウ) また、男性カップルの依頼により代理出産で生まれた子について、男性カップルの一方が認知し、出産した女性との協議等により当該男性が子の単独親権者となることは、同性婚を禁じる現行運用下でも可能であるところ (民法819条4項)、代替新制度下においても、婚姻同様、実父であ

る当該男性と、養親となった他方の男性との間に共同親権を認めなければならぬことは、前記のとおりである。

(エ) 代理出産が男女の夫婦の依頼でなされる場合との唯一の違いは、子を共同養育している両親が男性カップルの場合、子が両親以外の誰かから生まれてきたこと、両親の一方が遺伝上の親でないこと、両親以外に遺伝上の親が存在することが、その子どもや第三者から見ても明らかな公然の事実である、という点であろう。

しかしながら、この点は、代理出産により生まれた子どもの福祉の問題に帰するもので、事柄の性質上、代理出産に関する法制度の整備の問題であって、「代理出産を依頼した男性同士の法的カップルの関係を婚姻とすべきか否か」の問題ではない。

(オ) したがって、男性カップルが子の懐胎・出産に関与した場合について検討すると、制度を整備すべきは代理出産についてであって、婚姻にかわる代替新制度を設けるべき合理的根拠はない。

イ ケース⑤（一方が生物学的女性で出産する場合）

(ア) 本補充書面第3・8項のケース⑤のように、男性同士の法的カップルの一方が生物学的女性で、その妊娠出産機能により子を出産した場合、出産した者が「母」となることは当然として（前記最二小判令和6年6月21日参照）、両者の関係を婚姻とする場合には民法772条1項を適用して他方配偶者を「父」とする解釈がありうることは前記のとおりである。

(イ) 改めて検討しても、ケース⑤は、生物学的にも法令上も男女である二人の婚姻（異性婚）カップルにおいて妻が出産したケースとの違いは、出産した者（母）の法令上の性別取扱いが男性であることのみである。

すると、当該母の法令上の性別が女性である場合と男性である場合とで、当該母の法的パートナーの男性が、子の「父」となったりならなかったりすることに、合理的根拠はない。

したがって、ケース⑤でも他方の男性は「父」となり、双方の共同親権

とされるべきである。この場合に、当該母と当該父との関係性を、「婚姻」以外の代替新制度によって規律することに合理的根拠はない。

ウ ケース⑥（双方が生物学的女性で一方が出産する場合）

(ア) 本補充書面第3・8項のケース⑥のように、男性同士の法的カップルの双方が生物学的女性で、その妊娠出産機能により、第三者精子提供等により子を出産した場合、出産した者が「母」となることは当然として（前記最二小判令和6年6月21日参照）、その法的パートナーである男性については、両者の関係を婚姻とする場合には、前記最三小決平成25年12月10日（甲14、性同一性障害者特例法により性別取扱いを女性から男性に変更した者について、その者の妻が出産した子について民法772条1項を適用し、法律上の実父とした決定）から、民法772条1項の適用により、子の出生と同時に父と解釈される可能性が高い。

(イ) 改めて検討しても、ケース⑥は、前記最三小決平成25年12月10日の事案（生物学的にいずれも女性で、法令上は男女である二人の婚姻（異性婚）カップルにおいて妻が出産したケース）との違いは、出産した者（母）の法令上の性別取扱いが男性であることのみである。

すると、当該母の法令上の性別が女性である場合と男性である場合とで、当該母の法的パートナーたる男性が「父」となったりならなかったりすることに合理性はない。

したがって、ケース⑥でも他方の男性は「父」となり、双方の共同親権とされるべきである。この場合に、当該母と当該父との関係性を、「婚姻」以外の代替新制度によって規律することに合理的根拠はない。

(4) (4) (小括) について

変更なし。