

甲C1号証

神戸家庭裁判所尼崎支部合議係 御中

令和5年(家)第454号

市長村長の処分に対する不服申立事件

意見書

2024年12月18日

立命館大学名誉教授、法学博士

二宮 周平



目次

- 1 はじめに～本意見書の対象とする論点
- 2 合憲拡張解釈の例
- 3 違憲判断と立法的手当の関係
- 4 本件の検討
- 5 おわりに～司法的救済の必要性

1 はじめに～本意見書の対象とする論点

本件申立人 W（日本国籍）は、2018年12月15日、フランスで申立人 P（フランス国籍）と婚姻したことについて、令和5（2023）年6月6日、戸籍法41条に基づき、フランス国の婚姻証書を添付し、Wの本籍地である兵庫県尼崎市長 Y に対し報告的婚姻の届出をした。同年6月29日、Yは当該婚姻の届出を不受理処分とする決定をした。その理由は、不受理証明書によると、「日本では、憲法および民法において、婚姻については男女間におけるものであることを前提としており、同性間の婚姻の規定がないことから、無効な婚姻とされるため」である。

そこで、WとPは、令和5年10月9日、戸籍法122条に基づき、Yの処分を不当として神戸家裁尼崎支部に対して不服の申立てをした。家事事件手続法230条2項によれば、裁判所は、不服の申立てを理由があると認めるときは、当該市町村長に対し、相当の処分を命じなければならない。

本件家事審判申立では、不服申立て理由として以下の主張をしている。婚姻の届出不受理処分は、①同性間の婚姻を禁止されるとする法律の根拠なくなされたもので違法であり、違憲無効であること、②かりに同性婚禁止規定と言いうる規定が存在すると見ても、その同性婚禁止規定は合憲拡張解釈される必要があり、本件不受理処分は、合憲拡張解釈された民法・戸籍法に反して違法であり、違憲無効であること、③同性婚禁止規定があり、かつ同性婚禁止解釈しか取り得ないものであれば、そのような現行制度は憲法13条、14条1項、24条1項及び同条2項に反し、法令違憲であり、現在の婚姻制度は当事者の性別の組合せを問わない範囲で有効に存続することから、本件不受理処分は、違憲無効であることを理由に、①②からは、同性婚を禁じていない現行民法、戸籍法に従い、本件婚姻の届出を直ちに受理すべきこと、③からは、有効に存在する範囲の現行婚姻制度に基づき、本件婚姻の届出を直ちに受理すべきこと、である。

また、本件は、日本人女性とフランス人女性がフランスで挙式し婚姻が成立している事案であり、WとPはフランスでは婚姻関係にある。④法の適用に関する通則法24条1項「婚姻の成立」に関して、外国で成立した同性婚の効力を日本で認める方向での議論がなされており、「国際私法上同性婚を婚姻として性質決定し、成立の準拠法により一旦有効に成立していると認めたのならば、日本民法が婚姻の効力の準拠法として指定された場合には、同性婚にも可能な限り日本民法における婚姻の規定を適用すべきであるように思われる」との見解（林貴美「同性婚・登録パートナーシップをめぐる国際私法問題」二宮周平・渡辺惺之編『現代家族法講座 第5巻 国際化と家族』（日本評論社、2021年）137頁）もある。

①～④等により婚姻の届出不受理処分に対する不服申立てに理由があると認められる場合には、市長村長に相当の処分を命ずる審判が出され、それが確定すると、当該市町村長は審判の命ずるところに従って、是正の措置をとらなければならない。届出等を受理すべき旨を命ずる審判であれば、直ちに受理の手続をとらなければならない（金子修編『逐条解説 家事事件手続法』（商事法務、2013年）696頁）。夫婦同氏を強制する民法750条の憲法適合性に関する最大決令和3・6・23判時2501号3頁の宮崎裕子・宇賀克也裁判官共同反対意見は、裁判所は、不受理処分を取り消すという審判をするのではなく、「届出の日付で受理せよ」という審判をすることになるとする。

こうして婚姻の届出を受理することが義務づけられた場合、婚姻が成立するのだから、aどのような法的効果が生じるのか、b戸籍の記載や戸籍実務はどうなるのかなど具体的な対応が明らかにされなければ、裁判所は不服申立てを認容することに躊躇するかもしれない。しかし、かりに①～④等について本件手続代理人・復代理人弁護士の主張ないし意見書の見解が認められたとしても、a・bに関して早急な法改正や戸籍実務上の手当が実現するとは限らない。その間、当事者は婚姻としての法的保護を受けられない結果、さまざまな社会的な不利益を被るおそれがある。少なくとも、本件は、当事者の居住するフランスでは適法に成立した婚姻なのだから、婚姻の届出を受理して、日本法においても当事者が婚姻関係にあることを承認することが必要である。

そこで、本意見書では、ある条文について違憲無効とした場合の法的対応について、合憲拡張解釈の例として国際婚外子の日本国籍取得に関する最高裁大法廷判決を検討し（2）、違憲判断と立法的手当に関する例として民法750条に関する最高裁大法廷判決・決定を検討し（3）、本件においては、現行制度の下で具体的な対応が可能であり、婚姻の届出を受理することについて何ら法的な問題がないことを指摘する（4）。

2 合憲拡張解釈の例

合憲拡張解釈の例として、平成20年法律88号による改正前の国籍法3条1項の憲法適合性が問題となった事案をとりあげる。

(1) 最大判平成20・6・4の解釈論

同規定は、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子で18歳未満のものは、認知をした父又は母が子の出生の時に日本国民であった場合において、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であったときは、法務大臣に届け出ることによって、日本の国籍を取得することができる」と定めていた。その結果、日本人父と外国人母の間に生まれた婚外子は、出生後に父が認知しても、その後父母が婚姻しない限り、日本国籍を取得することができなかった。

最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁の法廷意見は、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄であること」、父母の婚姻によって日本国民父との生活の一体化が生じ、日本社会との密接な結びつきが生ずるという立法趣旨は、国内的、国際的な社会環境等の変化に照らすと、合理的な関連性がないこと、国籍法2条1合により、日本国民父または母の嫡出子、日本国民父が胎児認知をした婚外子、日本国民母

の婚外子が日本国籍を取得するのに比べて、上記の婚外子は著しい差別的取扱いを受けており、子の被る不利益には看過し難いものがあるとして、国籍法3条1項を憲法14条1項に違反するとした。

さらに法廷意見は、上告人が国籍法3条1項に基づき日本国籍を取得することを認めた。まず、「国籍法3条1項が日本国籍の取得について過剰な要件を課したことにより本件区別が生じたからといって、本件区別による違憲の状態を解消するために同項の規定自体を全部無効として、準正のあった子（以下「準正子」という。）の届出による日本国籍の取得をもすべて否定することは、血統主義を補完するために出生後の国籍取得の制度を設けた同法の趣旨を没却するものであり、立法者の合理的意思として想定し難いものであって、採り得ない解釈であるといわざるを得ない。そうすると、準正子について届出による日本国籍の取得を認める同項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲の状態を是正する必要があることになる」という視点に立った。

その上で、憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義とを踏まえれば、「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、……父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項及び同法の合憲的で合理的な解釈が可能となるものということができ、この解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点からも、相当性を有するものというべきである」とする。

すなわち、「同項を全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈」することが、「同項の規定の趣旨及び目的に沿うものであり、この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである」とする。

(2) 直接的な救済を可能としたことへの評価と意義

松本哲治教授は、このような解釈でポイントとなっているのは、「①『父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したこと』を過剰な要件として位置づける理解、②全部無効という解決を、制度・法律の『趣旨を没却する』が故に、『立法者の合理的意思として想定し難い』として退ける論理、③憲法上の要請と法律の基本的原則を踏まえた国籍取得の認容を、『合憲的で合理的な解釈』として、『不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済のみちを開くという観点』から正当化する論理である」と指摘する（松本哲治「一部違憲判決と救済」土井真一編『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）194頁）。

松本和彦教授は、「ある種の給付が問題となる平等原則違反の事例で、給付を欲する者に司法的救済を与えたという点で、本判決は画期的であった。」と評価し、「本判決は、『立法者の合理的意思』に依拠することで、司法による立法との批判を退け、単なる違憲確認を超えて、上告人に直接救済を与えたのである」と分析している（松本和彦「判例評

積」民商法雑誌 140 巻 1 号（2009 年）79 ～80 頁）。

本判決の藤田宙靖裁判官の意見は、現行法の様々な線引きが交錯する中での、その谷間に置かれている者が個別的な訴訟事件を通して救済を求めている場合には、法解釈の方法として一般的にはその可能性が否定されていない現行法規の拡張解釈によって応えることは、司法の責務であるとする。今井功裁判官の補足意見は、「違憲の法律より本来ならば与えられるべき保護を受けることができない者に対し、その保護を与えることは、裁判所の責務であって、立法権を侵害するものではなく、司法権の範囲を超えるものとはいえない」とする。

以上のように、合憲拡張解釈によって司法による直接的な解決を導いたこと、それは司法、裁判所の責務であることが指摘されている。本判決を受けて、法務省は国籍法 3 条 1 項から準正要件を外す作業に着手し、平成 20 年 12 月 5 日に改正国籍法が国会で可決され、12 日に交付、翌年 1 月 1 日から施行された。改正法により、準正要件は削除されたため、日本人父に生後認知された子は、届出のみで日本国籍を取得できるようになった。上記最高裁大法廷判決が違憲とするのみならず、直接救済をしたからこそ、立法による違憲状態の解消のための速やかな改正がなされたといえる。

3 違憲判断と立法的手当の関係

2 では、ある法律の条文について、条文全部を違憲無効とするのではなく、過剰な要件を課している部分を除いた合理的な解釈をしていた。夫婦同氏を強制する民法 750 条の憲法適合性に関する訴訟でも、同様の解釈論が可能である（渋谷秀樹「訴訟と非訟」立教法務研究 5 号（2012 年）24～25 頁）。

(1) 最大判平成 27・12・16 民集 69 巻 8 号 2586 頁に関して

窪田充見教授は、民法 750 条を違憲としてその効力を否定することに対するハードルは高いと指摘し、子の氏の扱いが問題となることや、民法 750 条が違憲無効とされると、夫婦同氏の根拠も失われ、夫婦別姓のみが残されることになることを挙げ、選択的夫婦別姓等、750 条に置き換わる制度設計の具体的内容まで司法に求めるとすれば、本来の司法の役割を超えることを求めるものだとする（窪田充見「夫婦別姓」法学教室 429 号（2016 年）11～12 頁、なお窪田教授は立法論としては選択的夫婦別氏制を支持する）。

これに対して、私見は、違憲とした場合の事後的対応の問題に関して、裁判所は係属している争点の解決を図るので足り、その判旨に適合するように民法の関連規定を改正することが国会に義務付けられるとする渋谷秀樹教授の見解（渋谷秀樹「訴訟と非訟」立教法務研究 5 号（2016 年）25 頁）を引用した上で、次のように述べた。「本件の場合、少数意見のように、同氏に例外を認めないことに対して違憲判断がなされるのだから、同氏での婚姻届は妨げられず、他方、別氏での婚姻届も受理されることになる。別氏夫婦の戸籍編製が法制化されない段階でも、婚姻届受理証明書で婚姻の公的証明は可能であり、子が生まれれば、どちらかの氏で出生届をし、同じく受理証明書で対応し（住民票は戸籍記載がなくても作成される）、法改正で別氏夫婦の子の氏を統一する制度になれば、氏の変更規定（民法 791 条）を用いることが考えられる。立法までの応急措置は可能である。」とした（二宮周平「判例評釈」私法判例リマークス 53 号（2016 年）61 頁）。

なおここでいう少数意見とは、96%が夫の氏を称することは、「その意思決定の過程に現実の不平等と力関係が作用している」のであり、「その点に配慮をしないまま夫婦同氏に例外を設けないことは、多くの場合妻となった者のみが個人の尊厳の基礎である個人識別機能を損ねられ、また、自己喪失感といった負担を負うこととなり」、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した制度とはいえないとする岡部喜代子裁判官の意見（櫻井龍子裁判官、鬼丸かおる裁判官、山浦善樹裁判官同調）、「問題となる合理性とは、夫婦が同氏であることの合理性ではなく、夫婦同氏に例外を許さないことの合理性」であるとし、「夫婦同氏の効用という点から、同氏に例外を許さないことに合理性があるということとはできない」とする木内道祥裁判官の意見を指す。

(2) 最大決令和3・6・23判時2501号3頁に関して

三浦守裁判官の意見は、民法750条について憲法24条1項違反とするが、夫婦別氏の選択肢を設けるには、子の氏に関する規律をも踏まえ、戸籍の編製の在り方という制度の基本を見直す必要があり、その上で、届出の記載事項やその届出に基づいて行うべき戸籍事務等についても定める必要があり、こうした措置が講じられていない以上、法の定めがないまま、解釈によって、夫婦別氏の選択肢に関する規範が存在するということはできず、したがって、夫婦が称する氏を記載してない届書による届出を受理することはできないとする。(1)の窪田教授の見解を掘り下げたものといえる。

これに対して、宮崎裕子・宇賀克也裁判官の共同反対意見は、2で検討した条文の一部を違憲とする考え方を取り入れ、「本件各規定のうち夫婦の同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務付ける部分が違憲無効であるということになれば、本件処分は根拠規定を欠く違法な処分となり、婚姻の他の要件は満たされている以上、市長村長に本件処分をそのままにしておく裁量の余地はなく、婚姻届不受理処分が違法である場合の一般の審判と同様、届出の日付での受理を命ずる審判をすべきことになると考えられる。」とした上で、(1)の私見を展開して、具体的な対応を示す。

すなわち、「婚姻届の受理による婚姻の成立とその後の戸籍の記載等の取扱いは概念的に区別し得る。婚姻が成立すれば、夫婦としての同居・協力義務や相続などの様々な法的効果が発生するし、別れる場合には離婚の手続をとる必要が生じることになる。夫婦別氏とする婚姻届が受理されても、戸籍の編製及び記載をどうするのか(同一戸籍になるのか、その場合、戸籍の筆頭者は誰になるのかなど)は、法改正がペンディングにならざるを得ないかもしれないが、そのため、当事者が婚姻の事実を証明するために戸籍謄本の交付を請求することができないことが考えられるが、その場合には、戸籍法48条1項の規定により、婚姻届受理証明書を請求することができると考えられる。」とする。

また、法改正がされそれが施行されるまでの間は、「婚姻の際に別氏を称することとした夫婦の間に生まれた子の氏が法的に定まらないという問題が生ずるが、その問題については、子の出生を証明する必要がある場合には、戸籍法48条1項の規定により、出生届受理証明書を請求することができると考えられる。子が生まれた場合に、子の氏が法的には定まらないという問題があるからといって、そのことを理由として、その点を解決するような法改正を迅速にしないまま、婚姻届を受理しないことができるとはいえない。」とする。

犬伏由子教授は、最大決令和3・6・23に対して、婚姻届の受理により婚姻は成立し、戸

籍記載は婚姻の成否には関係しないこと、手続法である戸籍法が整備されていないことによって実体法による婚姻の成立を制約すべきではないことを指摘し、当事者双方の戸籍の身分事項として婚姻の事実の記載は可能と考えるとする（犬伏由子「判例評釈」新・判例解説 Watch30 号（2022）100 頁）。

以上のように、民法 750 条全部を違憲とするのではなく、同氏を強制する部分が違憲であり、民法 750 条のその部分が無効であるという立場に立つと、無効とした後でどのような解決が可能になるかを検討する。

（3）適用される民法の規定と合憲拡張解釈の必要性

夫婦の氏を定めない婚姻届が受理されると、婚姻が成立し、夫婦間の効力として、民法第 4 編第 2 章第 2 節「婚姻の効力」（民法 750 条を除く）、第 3 節「夫婦財産制」、第 4 節「離婚」が適用され、男女のカップルとして子の出生、養育がありうることから、第 3 章「親子」、第 4 章「親権」が適用され、婚姻の死亡解消に際して、第 5 編「相続」が適用される。夫の氏と妻の氏が別であることを除き、夫婦間の権利義務や親子関係の成立について、何の変りもないからである。

選択的夫婦別氏制度については、1996 年 2 月の法制審議会答申「民法の一部を改正する法律案要綱」において導入することが明記されたにもかかわらず、今なお閣議決定されず、内閣提出法案として国会審議はされていない。最大判平成 27・12・16 及び最大決令和 3・6・23 の法廷意見は、氏に関する制度のあり方は「国会で論ぜられ、判断されるべき事柄」であるとするが、審議を促すことすらできていない。

法改正が実現するまで、別氏を希望する夫婦は、婚姻をあきらめるか、自己のアイデンティティである氏を称することをあきらめるかの過酷な二者択一に迫られる。婚姻をあきらめた場合には、配偶者相続権、子の法的地位など多くの法的な不利益を受ける。婚姻前の氏を称することをあきらめた場合には、職業上、社会生活上の信用や実績の中断、自己喪失感等の不利益を受け、旧姓の通称使用をすると、通称と戸籍姓の使い分けのリスク（パスポート等海外では通称も旧姓併記も通用しない）等の不利益を受ける。

当事者の日常生活におけるこうした不利益を一刻も早くなくすためには、前述のように一部違憲無効として、法改正がなされるまでの間、夫婦の氏を定めない婚姻の届出（夫婦別氏の届出）を受理するという戸籍事務取扱い（法務省による通達ないし通知）で対応し、受理により婚姻が成立し、民法 750 条を除く民法の規定を適用するという解決をすべきである。2 で紹介した藤田裁判官、今井裁判官は直接的救済を司法の責務とし、渋谷教授も、民法 750 条によって「不合理な差別的取扱いを受けている者の救済を図り、本件区別による違憲状態を是正することが、憲法 81 条によって違憲審査権が認められている裁判所の義務となるのではないか。」と指摘している（渋谷秀樹「訴訟と非訟」立教法務研究 5 号（2012 年）23～24 頁）。このような解決は同性婚にも妥当する。

4 本件の検討

（1）婚姻の届出の受理を命じた後の法的対応

1 で述べた①～④のいずれかの主張が認められた場合、あるいは札幌高判令和 6・3・14 判タ 1524 号 51 頁、東京高判令和 6・10・30、福岡高判令和 6・12・13 のように同性婚を

定めていない現行民法、戸籍法が憲法 14 条 1 項、24 条（札幌）、14 条 1 項、24 条 2 項（東京）、13 条、14 条 1 項、24 条 2 項（福岡）違反とされた場合には、報告的婚姻の届出不受理処分に対する不服申立てに理由があることになるから、裁判所は当該市町村長に対し、相当の処分を命じなければならない。相当な処分とは、1 及び 3 (2) で述べたように、不受理処分を取り消すという審判をするのではなく、「届出の日付で受理せよ」という審判をすることになる（最大決令和 3・6・23 判時 2501 号 3 頁の宮崎・宇賀裁判官共同反対意見）。その結果、当該市長村長は直ちに婚姻の届出受理の手続をとらなければならない（金子修編『逐条解説 家事事件手続法』（商事法務、2013 年）696 頁）、同性カップルの婚姻が成立する。すなわち、同性カップルに配偶者としての法的地位を保障することになる。

そこで、婚姻の届出の受理により婚姻が成立するとした場合、a どのような法的効果が生じるのか、b 戸籍の記載や戸籍実務がどうなるのかを検討する必要がある。3 で述べたような対応と共通することと異なることがある。

(2) 民法上の法的効果

3 では、夫婦の氏を定めない婚姻届が受理されると、婚姻が成立し、夫婦間の効力として、民法第 4 編第 2 章第 2 節「婚姻の効力」（民法 750 条を除く）、第 3 節「夫婦財産制」、第 4 節「離婚」が適用され、男女のカップルであることから、第 3 章「親子」、第 4 章「親権」が適用され、婚姻の死亡解消に際して、第 5 編「相続」が適用されること、夫の氏と妻の氏が別であることを除き、夫婦間の権利義務や親子関係の成立について、何の変りもないからであることを指摘した。

これに対して、同性カップルの場合は、当事者の性交による子の出生が想定されないため、嫡出推定や認知の規定を同性婚に適用すべきか否かについては、別途の考察が必要である。ここで同性婚を導入したドイツ民法、フランス民法で親子関係の成立についてどのような対応をしているかを概観する。

ドイツ民法 1353 条は、「婚姻は、異性又は同性の二人の者によって、生涯にわたり締結される。」と定める一方、親子関係の成立に関しては、「子の母は、当該子を出産した女性とする。」（民法 1591 条）、「子の父は、次に掲げるいずれかの男性とする。①子の出生時に子の母と婚姻している男性、②父子関係を認知した男性、③第 1600d 条又は家事事件及び非訟事件の手続に関する法律第 182 条第 1 項により、父子関係が裁判上確認された男性」（民法 1592 条）としており、性別の規範を維持している。フランス民法 143 条は、「婚姻は、異性又は同性の二者によって締結される。」と定める一方、母子関係に関しては、子の出生証書における母の表示（民法 311 条の 25）、認知（民法 316 条 1 項）等により、父子関係に関しては、父性推定（婚姻中に懐胎され、または生まれた子は、夫を父とする）（民法 312 条）、認知（民法 316 条 1 項）等により成立するとしており、ドイツ民法同様、性別の規範を維持している。

ところで東京高判令和 6・10・30 は、「婚姻の制度設計上、婚姻当事者の自由意思による合意が要件とされる一方、子の生殖能力や意思があることは要件とされず、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ものといえる。」とする。

福岡高判令和6・12・13は、「婚姻の本質は、両当事者が、互いに相手を伴侶とし、相互に尊属・卑属の関係のない対等な立場で、生涯にわたって共同生活をするために結合し、新たな家族を創設することであり、婚姻は、人にとって重要かつ根源的な営みである。」とし、「同性婚を認める場合、実親子や養親子関係の成否や戸籍への記載方法等の問題は、法令の解釈、立法措置等により解決を図ることが可能なものであり、上記制約の必要性や合理性を基礎付けるものではない。したがって、本件諸規定のうち、異性婚のみを婚姻制度の対象とし、同性のカップルを婚姻制度の対象外としている部分は、異性を婚姻の対象とすることができず、同性の者を伴侶として選択する者の幸福追求権、すなわち婚姻の成立および維持について法制度による保護を受ける権利に対する侵害であり、憲法13条に違反するものといわざるを得ない。」とする。

このように婚姻を、「婚姻当事者間の人的結合関係」（東京）、「互いに相手を伴侶とする関係（福岡）」と捉え、親子関係や戸籍の問題を、同性カップルの婚姻を制約する理由としていないのだから、同性婚当事者に対して、婚姻当事者間の人的結合関係に関する現行民法の規定を適用することができる。

具体的には、民法第4編第2章第2節「婚姻の効力」、第3節「夫婦財産制」、第4節「離婚」、第5編「相続」において「配偶者」が用いられている条文はそのまま同性婚当事者に適用し、「夫婦」、「夫」、「妻」が用いられている条文は、合憲拡張解釈をし、「配偶者」、「配偶者の一方」、「配偶者の他方」に読み替えて当該規定を適用するのである。例えば、同性婚当事者の一方が死亡した場合に、民法890条と900条は「配偶者」と定めているので、そのまま適用し、配偶者相続権と配偶者相続分を保障することができる。共同生活に関する財産の帰属が問題になった場合には、民法762条の「夫婦」を「配偶者」に読み替え、婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とすることができる。一般的な読み替え規定が設けられるまでは、個別の法的问题が生じた際に裁判所によるこうした合憲拡張解釈によって対応することが可能である。

同性婚を認めた場合の親子関係については、嫡出推定や認知の規定適用の可否、生殖補助医療の利用資格、婚姻中の女性カップルの一方が出産した場合の他方と子との関係など検討が必要である。例えば、フランスでは、2013年5月に同性婚を導入した後、2021年8月の生命倫理法改正によって、婚姻、事実婚を問わず、女性カップルが精子ドナーを用いて子をもうけることを可能とし、提供された生殖補助医療への同意が受理される際に、女性カップルが共同で認知をすることによって、出産していない女性と子の法律上の親子関係を成立させるという解決をした。それはあくまで親子関係の問題であって、親子関係が決まらないからといって、婚姻の届出を受理しない正当な理由にはならない。

したがって、婚姻の他の実質的成立要件（婚姻適齢、重婚禁止、近親婚禁止）、婚姻の届出受理要件（婚姻後に称する夫婦の氏のチェック）を満たしている場合、裁判所は、市町村長に対して、届出の日付で、夫欄、妻欄に同性カップル当事者の氏名が記載されている婚姻の届出の受理を命ずる審判をしなければならないのである。

(3) 戸籍への記載と公証

戸籍法においても、(2)同様、同性婚当事者の場合には、条文の「夫婦」、「夫」、「妻」を合憲拡張解釈し、「配偶者」、「配偶者の一方」、「配偶者の他方」に読み替えれば、現行制度をそのまま利用することができる。

戸籍は1組の夫婦と氏を同じくする子ごとに編製するので（戸籍法6条本文）、同性婚当事者がパートナーの一方の氏を婚姻後に称する氏と定めて婚姻の届出をすれば、その一方を戸籍筆頭者として戸籍を編製することができる。3で述べたような戸籍編製上の問題は生じない。また、各自の身分事項「婚姻」には、現行戸籍法施行規則付録24号に従い、【婚姻日】【配偶者氏名】【従前戸籍】が記載される。なお、夫婦の場合、戸籍に記載されている者欄に、【配偶者区分】があり、夫、妻と記載するが、この記載方法につき修正されるまでは、暫定的に【配偶者区分】は空欄とし、婚姻届書の「夫になる人」「妻になる人」も修正されるまでは、戸籍窓口において、それぞれ「配偶者」と訂正して現行の婚姻届書を使用することも考えられる。

こうした実情に即応するために、法務省が通達ないし通知等戸籍先例で対応することが望まれるが、それらが困難で戸籍の編製や記載ができないとした場合でも、3同様、婚姻の事実を証明する必要があるときには、戸籍法48条1項の規定により婚姻の届出受理証明書の請求、交付で対応することが可能である。したがって、婚姻の届出を受理することによって戸籍実務上対応できないような問題は生じない。

(4) 日本人と外国人の場合への対応

これに対して、本件のような日本人と外国人の婚姻の場合には、法の適用に関する通則法25条（婚姻の効力）、26条（夫婦財産制）、27条（離婚）、36条（相続）により、適用される法律が定まる。条文の「夫婦」は「配偶者」と読み替えることになるが、(2)で述べたように、現行民法の関連規定を適用するのであり、同性婚を対象とする新たな規定を設ける必要はない。

他方、戸籍事務の取扱いは、現行制度をそのまま適用することができる。戸籍は1組の夫婦と氏を同じくする子ごとに編製するが、昭和59〔1984〕年法律45号により、戸籍法6条にただし書が加えられた。すなわち、「日本人ではない者（以下「外国人」という）と婚姻した者又は配偶者がいない者について新たに戸籍を編製するときは、その者及びこれと氏を同じくする子ごとに、これを編製する」とされた。また、16条に3項が新設され、「日本人と外国人との婚姻の届出があったときは、その日本人について新戸籍を編製する」とされた。

例えば、日本人女性と外国人男性が婚姻届をした場合、戸籍に登録できるのは日本人だけだから、日本人たる妻が新戸籍を編製する。外国人である夫は戸籍に登録することはできず、新戸籍の妻の身分事項の「婚姻」に、次のような記載がなされる（戸籍法施行規則（付録24号）第73条第1項の書面の記載のひな形（73条6項関係）（『令和7年版戸籍実務六法』（日本加除出版、2024）418～423頁）及び戸籍記載例とコンピューターシステムによる証明書記載例（番号74、75。同書502～503頁）による）。

(i) 日本人たる妻の新戸籍の妻の身分事項欄記載例

令和八年壹月拾七日国籍アメリカ合衆国フェンデンボッシュ、ウェイ（西暦千九百九拾六年壹月壹日生）と婚姻届出東京都千代田区平河町一丁目四番地乙野忠治戸籍から入籍印

(ii) コンピューターシステムによる証明書記載例

【婚姻日】令和8年1月17日

【配偶者氏名】 フェンデンボッシュ、ウエイン

【配偶者の国籍】 アメリカ合衆国

【配偶者の生年月日】 西暦 1996 年 1 月 1 日

【従前戸籍】 東京都千代田区平河町 1 丁目 4 番地 乙野忠治

(i) 日本人たる妻の従前戸籍の身分事項記載例

令和八年杓月拾七日国籍アメリカ合衆国フェンデンボッシュ、ウエイン（西暦千九百九拾六年杓月杓日生）と婚姻届出東京都千代田区平河町一丁目四番地に新戸籍編製につき除籍印

(ii) コンピューターシステムによる証明書記載例

【婚姻日】 令和 8 年 1 月 17 日

【配偶者氏名】 フェンデンボッシュ、ウエイン

【配偶者の国籍】 アメリカ合衆国

【配偶者の生年月日】 西暦 1996 年 1 月 1 日

【新本籍】 東京都千代田区平河町 1 丁目 4 番地

現行戸籍には性別欄はなく、父母との続柄で「長男」「長女」「二男」「二女」など記載されるだけなので、上記、外国籍配偶者の性別は記載されない。身分事項の「婚姻」記載は、実は性中立的なのである。せいぜい配偶者の名が男性的な名か、女性的な名かによって、性別が推測される可能性があるにすぎない。本件のような日本人と外国人の同性カップルの婚姻の届出を受理した場合には、現行戸籍法や戸籍法施行規則をそのまま適用すればよく、戸籍の編製や記載方法を改める必要も、通達や通知等によって修正する必要もない。

当事者が婚姻の事実を証明する必要があるときには、身分事項欄の婚姻に関する記載が掲載されている戸籍の全部事項証明書、個人事項証明書、一部事項証明書の交付を受ければ足りる。また、戸籍法 48 条 1 項により、婚姻の届出受理証明書の交付を請求することもできる。

なお、本件では、W と P は、自己の氏と配偶者の氏を併記した氏（結合氏、フランスでは、WATANABE PROSPER）を称していることから、戸籍法 107 条 1 項により家裁の許可を受けてその旨届出をすることができる（結合氏への変更を許可した先例として、東京家審平成 2・6・20 家月 42 卷 12 号 56 頁、神戸家明石支審平成 6・1・26 家月 47 卷 6 号 78 頁、東京家審平成 6・10・25 家月 47 卷 10 号 75 頁等）。すなわち、W の単独戸籍において、戸籍筆頭者欄の氏は、「渡邊プロスペル」となり、身分事項欄の婚姻には、配偶者氏名として、「コガリ、渡邊プロスペル」と記載される。ちなみに日本人と外国人の婚姻の場合、夫婦別氏が原則であり、外国人の氏を配偶者の称している氏（いわゆる夫婦同氏）に変更しようとするときは、家裁の許可を得ないで、その旨を届け出ることができる（戸籍法 107 条 2 項）。

したがって、本件の婚姻の届出を受理しても、氏と戸籍に関しては現行制度をそのまま適用することができ、法改正や通達・通知による修正等の問題は生じない。

5 おわりに～司法的救済の必要性

2で述べたように、裁判所が国籍法3条1項を一部違憲とし、合憲拡張解釈によって上告人の日本国籍取得を認めたように、裁判所は、Yに対して、申立人W、Pの報告的婚姻の届出の受理を命ずる審判をして、日本においても、WとPの婚姻の成立を認め、配偶者としての権利義務を保障すべきである。かりに札幌、東京、福岡各高裁に続いて、大阪、名古屋、東京第2次各高裁で、同性婚を定めていない現行民法及び戸籍法が憲法13条、14条1項、24条1項、2項等の違反と判断され、続いて最高裁でもその方向での違憲判断がなされたとしても、国会で法改正がなされるまでには、3で述べた選択的夫婦別氏制度のようにながらぬ時間を要する可能性がある。早急な法改正が実現するとは限らない。その間、当事者は婚姻外の関係のまま放置される。判例で事実婚としての法的保護が認められるかもしれないが、その範囲は限られている。現時点の公表例では、同性カップルの共同生活の一時的な解消（不当破棄）に対する損害賠償請求を認容した東京高判令和2・3・4判時2473号47頁、犯罪被害者給付金の受給権を認めた最三小判令和6・3・26裁判所ウェブサイトであり、家族としての共同生活、日常生活のすべてに及ぶものではない。

ところで、前述の東京高判令和6・10・30は、「同性間の関係においても、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身分関係の形成ができることは、安定的で充実した社会生活を送る基盤を成すもので、個人の人格的生存と結び付いた重要な法的利益であることに変わりがなく、男女間の関係におけるものと同様に十分に尊重されるべきものであるといえる。」とし、福岡高判令和6・12・13は、「婚姻が人にとって重要かつ根源的な営みであり、尊重されるべきものであることに鑑みると、幸福追求権としての婚姻について法的な保護を受ける権利は、個人の人格的な生存に欠かすことのできない権利であり、裁判上の救済を受けることができる具体的な権利であるというべきである。」とする。

こうして男女間の関係におけるものと同様に十分に尊重されるべきものであるとし、個人の人格的な生存に欠かすことのできない権利であり、裁判上の救済を受けることができる具体的な権利であるとする以上、同性婚を定めていない現行民法及び戸籍法を違憲無効とするだけでなく、同性婚の法制化に先立って、婚姻の届出を受理して婚姻の成立を認め、配偶者としての権利義務を保障するのは当然の帰結ではないだろうか。とりわけ本件は、日本人女性と外国人女性との婚姻であり、準拠法の問題として日本法が適用される場合には、現行法の配偶者に関する規定を適用すれば足り、戸籍の編製や記載についても、日本人と外国人の婚姻に関する現行の戸籍編製と戸籍記載を適用すれば足りる。同性カップルを対象とした新たな婚姻制度や法規定を構築する必要はないのであり、婚姻の届出の受理を妨げるものは何もない。

前述のように最大決令和3・6・23の宮崎裕子・宇賀克也裁判官の共同反対意見は、「本件各規定のうち夫婦の同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務付ける部分が違憲無効であるということになれば、本件処分は根拠規定を欠く違法な処分となり、婚姻の他の要件は満たされている以上、市長村長に本件処分をそのままにしておく裁量の余地はなく、婚姻届不受理処分が違法である場合の一般の審判と同様、届出の日付での受理を命ずる審判をすべきことになると考えられる。」と指摘し、また、松本哲治教授は、「戸籍をどう

したらいいか分からないから結婚は認められないとすることは、夫婦同氏強制が違憲であるとの前提に立った場合、本末転倒な議論となっている。同性婚を法律婚としないことが違憲な場合、やはり受理を義務づけることになるべきはずのものである。」と指摘している（松本哲治「一部違憲判決と救済」土井真一編『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）208頁）。

本意見書で繰り返し記述したように、本件の場合、婚姻の届出の受理を命じた後の法的対応に何ら問題はないのだから、婚姻の届出を受理し、フランスで適法に成立している同性婚を日本でも承認することが可能である。これこそ本件当事者が望むことである。

届出推定規定が排除されるか否かが争点となった最一小判平成 26・7・17 民集 68 卷 6 号 547 頁で反対意見を述べた金築誠志裁判官は、「事案の解決の具体的妥当性は裁判の生命」と指摘する。貴裁判所がこの視点に立ち、不服申立てを認め、Y に対して本件報告的婚姻届出の受理を命ずる審判をすることを願ってやまない。

○略歴

- 1979年3月 大阪大学大学院法学研究科博士課程単位取得退学
- 1979年4月 松山商科大学経営学部専任講師、のち助教授
- 1985年4月 立命館大学法学部助教授、のち教授
- 1991年3月 法学博士学位授与（大阪大学）
- 2009年4月 立命館大学法学部長・学校法人立命館常任理事（～2012年3月）
- 2015年4月 立命館大学図書館長（～2017年3月）
- 2017年3月 立命館大学定年退職、名誉教授
- 4月 立命館大学特任教授（～2022年3月）
- 2022年4月 立命館大学大学院法務研究科授業担当講師（現在に至る）

○学会活動

第5期ジェンダー法学会理事長（2011年12月～2014年12月）、日本離婚再婚家族と子ども研究学会会長（2021年4月～）、日本学術会議連携会員（2008年10月～）など。

○主著

- ・単著『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990）
 - ・単著『家族法〔第6版〕』（新世社、2024）
 - ・編著『性のあり方の多様性～一人ひとりのセクシュアリティが大切にされる社会を目指して』（日本評論社、2017）
 - ・編著『新注民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017）
 - ・編集代表『現代家族法講座第1巻～第5巻』（日本評論社、2020～2021）
 - ・共編著『家族の変容と法制度の再構築～ジェンダー/セクシュアリティ/子どもの視点から』（法律文化社、2022）
 - ・編著『LGBTQの家族形成支援～生殖補助医療・養子&里親による〔第2版〕』（信山社、2023）
- 以下、本意見書に関する単著論文
- ・「事実婚の多様性と法的保護の根拠」家族〈社会と法〉27号（2011）20頁
 - ・「家族法～同性婚への道のりと課題」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法～尊厳としてのセクシュアリティ』（明石書店、2015）122～147頁
 - ・「パートナーシップ証明制度の意義と展開～札幌市と台湾を例に」戸籍時報759号（2017）14頁
 - ・「事実婚・パートナーシップの死亡解消と『相続』・財産承継」家族〈社会と法〉34号（2018）75頁
 - ・「同性婚導入の可能性と必然性」立命館法学393・394号（2021）610頁
 - ・「同性カップルの事実婚としての法的保護～2つの事例を素材として」法学新報127巻3・4号（2021）449頁
 - ・「LGBTQの諸相と民法上の『配偶者』の再定義～解釈論と立法論」社会保障法37号（2021）

89 頁

- ・「婚姻平等を考える～同性婚の法制化」 戸籍時報 839 号 (2023) 35 頁
- ・「同性婚訴訟 5 つの地裁判決の意義と課題～婚姻の自由の保障へ向けて」 戸籍時報 842 号 (2023) 2 頁
- ・「実務上の課題と具体的な提案」 ジェンダー法政策研究所編『同性婚のこれから～「婚姻の自由・平等」のために法と政治ができること』 (花伝社、2024) 72～100 頁