

令和6年1月26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 (3)

(特に主張Ⅱの補充)

(これまでに唱えられた民法解釈は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと)

神戸家庭裁判所尼崎支部合議係 御中

申立人ら手続代理人弁護士 作 花 知 志 代

(担当) 同弁護士 宮 井 麻 由 子

目 次

第1 本書面の概要	4
第2 これまでの民法学説の解釈は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと	5
1 明治民法制定前までの解説が「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと	5
(1) 旧民法草案起草者である熊野敏三の解説	5
2 明治民法制定から終戦までの民法学説が「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと	6

(1) 梅謙次郎の解説	6
(2) 牧野菊之助の見解	6
(3) 中川善之助の戦前の見解	7
3 日本国憲法制定、昭和民法改正の後の民法学説が「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと	9
(1) 山中康雄の1949年(昭和24年)の見解	9
(2) 中川善之助の戦後の見解	10
(3) 我妻榮の見解	11
(4) 上野雅和の『注釈民法(20)親族(1)』における見解	12
(5) 中川淳の1977年(昭和52年)の見解	12
4 1980年頃以降の民法学説が「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと	13
(1) 山田卓生の1980年(昭和55年)の見解	13
(2) 石川稔の1984年(昭和59年)の見解	14
(3) 上野雅和の1989年(平成元年)の見解	15
(4) 二宮周平の1990年(平成2年)の見解	16
(5) 棚村政行の1994年(平成6年)の見解	16
(6) 星野英一の1994年(平成6年)の見解	17
(7) 大村敦志の1995年(平成7年)の見解	17
(8) 星野茂の1997年(平成9年)の見解	19
(9) 泉久雄の1997年(平成9年)の見解	20
(10) 日本弁護士連合会の2003年(平成15年)の見解	21
(11) 棚村政行の2004年(平成16年)の最高裁判所・家庭裁判所調査官研修所発行の『調研所報第41号特別号』掲載論文の見解	21
(12) 有地亨の2005年(平成17年)の見解	22
(13) 大村敦志の2010年(平成22年)『家族法〔第3版〕』の見解	22

(14) 大村敦志の2015年(平成27年)『民法読解 親族編』の見解	23
5 小括	25
第3 国家賠償請求訴訟の各地裁判決における民法解釈は、合憲拡張解釈によつて同性婚を認めることを否定するものではないこと	25
1 はじめに	25
2 札幌地裁判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと	26
3 大阪地裁判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと	27
4 東京地裁令和4年判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと	29
5 名古屋地裁判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと	30
6 福岡地裁判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと	32
第4 千葉勝美元最高裁判事の論述は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは民法解釈の範囲内であること」を示唆していること	33
第5 民法における実親子関係に関する規定は、民法が同性婚を否定とする根拠にならないこと	36
第6 まとめ	36

第1 本書面の概要

- 1 本書面では、特に主張Ⅱ（家事審判申立書73頁以下）に関連する補充として、これまでに唱えられた民法解釈は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないことを示す。
- 2 主張Ⅱは合憲拡張解釈を述べるもので、合憲拡張解釈は法解釈の一つであるため、当該解釈が法解釈の範囲内であることを前提とする。そのため、家事審判申立書の主張Ⅱにおいては、同性婚禁止解釈が憲法に適合しないことを述べる前に、その前提として、現行の民法、戸籍法が同性婚を禁じていないという解釈が法解釈の範囲内であることを示した（家事審判申立書73～90頁）。
- 3 この点に関し、これまでに唱えられた、現行法が同性婚を禁じているか許容しているかに関する民法解釈は、いずれも、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していない。

結論としてはそれを主張していると解される見解についても、理由付けを見ると、その結論は論証されていない。

それゆえ、これまでに唱えられた民法解釈は、いずれも、民法の解釈の一つである合憲拡張解釈によって同性同士の婚姻を認めることを、否定する意味を持たない。

- 4 また、全国の複数の同性カップルらが、現行法が同性婚を禁じているという前提に立った上で、国会が同性婚を認める立法措置を講じないことは国家賠償法上の違法であると主張して提起している一群の国家賠償請求訴訟において、これまでなされた5つの地裁判決（札幌、大阪、東京、名古屋及び福岡）は、いずれも、憲法判断の前提として、現行法が同性婚を禁じているという見解を採用する。

しかしながら、そこで5つの地裁判決が判示している民法解釈は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」をそもそも示していないか、理由付けにおいてそれを論証していない。

そのため、5つの地裁判決の判示も、民法の解釈の一つである合憲拡張解釈によって、同性同士の婚姻を認めることを否定する意味を持たない。

5 そして、元最高裁判事である千葉勝美による近時の論稿は、民法が同性婚を禁止していないと解することが、「民法解釈の範囲内」であることを示唆している。

6 すでに家事審判申立書で述べたとおり、民法の実親子関係に関する規定についても、感覚的、抽象的な印象論ではなく、網羅的、具体的、客観的に見れば、いずれも同性婚と両立しない規定ではない。それらの規定の存在を根拠として、「民法が同性婚を許容していると解することが民法解釈の範囲外である」ということはできない。

7 本書面では、これらを詳述することによって、改めて、現行法が同性婚を禁止していないという解釈が法解釈の範囲内にあることを明らかにする。

第2 これまでの民法学説の解釈は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと

1 明治民法制定前までの解説が「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと

(1) 旧民法草案起草者である熊野敏三の解説

ア 旧民法草案起草者である熊野敏三は、旧民法の第1草案の理由書である『民法草案人事編理由書上巻』（昭和21年頃）の「第八十五條 人違ニ由リ若シクハ心身喪失ノ時為シタル婚姻ハ不成立トス」等と題する項目において、「婚姻ハ男女ノ会合ニシテ、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、其ノ婚姻ノ不成立ナルコトハ論ヲ俟タズト雖モ、之ヲ明示スルノ必要ヲ見ズ」と説明する（甲A296・74丁表裏）。

イ 熊野敏三は、同性間で婚姻をしたときは、「その婚姻が不成立である事は論

を俟たないものの、これを明示する必要はない。」と述べており、結論としては、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張しているものの、理由は示されておらず、この結論は、論証されていない。

2 明治民法制定から終戦までの民法学説が「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと

(1) 梅謙次郎の解説

ア 明治民法の起草者梅謙次郎は、明治32年発刊の『民法要義卷ノ四』において、「外国ノ法律中ニハ往々当事者双方共ニ男子ナルカ又ハ女子ナル場合ニ於テハ婚姻無効ナルコトヲ云ヘリト雖モ、是レ固ヨリ言フヲ俟タザル所ナリ。蓋シ婚姻トハ男女間ノ関係ヲ定ムルモノナルガ故ニ、男子間又ハ女子間ニ於テ婚姻ナルモノアルベカラザルハ言ハズシテ明カナリ。故ニ我民法ニ於テハ之ガ規定ヲ設ケズ」と解説した（甲A9・118頁）。

イ 梅謙次郎は、「同性間の婚姻なるものがありえないことは言わずして明らかである。そのため、我が民法はかかる規定（引用者注－外国法に時々見られる、同性間の婚姻を無効とする規定。）を設けなかった。」と述べており、結論としては、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張しているものの、理由は示されておらず、その主張は論証されていない。

(2) 牧野菊之助の見解

ア 牧野菊之助は、1901年（明治34年）『法律教科書親族法』で、「婚姻には当事者双方の承諾を必要とするものなれば、婚姻を為すの意思なきときは承諾の全く欠缺したるものなるを以て、これを無効とすべきは当然なり。而し

て、当事者に婚姻を為すの意思なき場合に種々あり。或は人違いの如き、或は肉性の錯誤ありたる時の如き之なり」と論じた（甲A299・59頁）。

また、1908年（明治41年）『日本親族法論』には、「肉性ノ錯誤アリテ両男又ハ両女ノ間婚姻シタルトキノ如キ」場合は「畢竟当事者間ニ全ク婚姻ヲ為スノ意思ノ存在セザルモノナレバ、之ヲ無効トセザルベカラズ」と論じた（甲A300・198～199頁）。

イ 牧野菊之助は、「当事者間にまったく婚姻をするという意思が存在しないため、無効としなければならない。」と述べ、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張している。

しかしながら、その理由らしき記載は、同性間で婚姻をした場合は「肉性の錯誤」によるものである、という点のみである。性的指向が同性に向く者にとって、自らが望む同性の相手と婚姻しようとする意思は、「肉性の錯誤」によるものではないから、牧野菊之助の理由付けは誤りであり、当該主張は当たらない。

(3) 中川善之助の戦前の見解

ア 中川善之助は、1937年（昭和12年）、「婚姻意思とは、主観的に婚姻なりと思ふ結合に入らんとする意思ではなく、客観的に婚姻なりと見られる結合に入るべきの意思である。客観的にといふは、当該社会の習俗的観念に従つて決定されるといふ意味である。」とした上、同性結婚の如きはこの意味で婚姻意思なき無効婚と見らるべきものである」と論じている（甲A301・20頁）。

イ 中川善之助は、1942年（昭和17年）には、「学問を妻とすとか、書籍を配偶者とすといふのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻といふ如きことが婚姻的法律要件として否認されなければならないのである」と論じている。また、中川善之助は、ヨー

ロッパの教会法における無効婚の理論に関し、「民法典の注意深き予見にも拘はらず、実際はどうしても有効視することの出来ない婚姻的關係であて、無効婚の列挙から漏れたものが出て来た。同性婚がその著しい例である。『明文なければ無効なし』の原則と、かかる変態關係との間に板挟みとなった民法学者が遂に見出した血路は『無効となし得る婚姻』の外に『当然無効なる婚姻』もしくは『不成立の婚姻』なるものがあるといふ理論であった。Nichtige EheではなくてNicht=Eheだといふのである。mariage nulではなくmariage inexistentなのである」とした上で、我が国の婚姻に関し、「婚姻意思とは当事者の主観によって婚姻たる關係を創設せんとするだけの意思ではなく、常該社會の習俗的觀念に照らして客觀的に婚姻と見らるべき結合と造らんとする意思でなくてはならない。同性婚の如きはこの意味で無効なのである」と論じた。(甲A54・189、214頁以下)

ウ 中川善之助は、同性婚を「どうしても有効視することの出来ない婚姻的關係」と述べており、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張するものである。

しかしながら、この主張の理由のうち、まず、「当該社會の習俗的觀念」に従うと「同性結婚の如きはこの意味で婚姻意思なき無効婚と見らるべき」という点については、当該見解が唱えられた当時の「社會の習俗的觀念」は、補充書面(2)で述べたとおり、同性愛を、変態性欲、常軌を逸した變態的行為であるなどに見なし、臭素剤の投与、身体的労働及び冷水浴、境遇の變化等によって「治療」すべきものと見ていた。すると、中川善之助のいう「社會の習俗的觀念」は、現在には該当しないから、この1つ目の理由は、現在は、理由付けとして成立しない。

同じ理由で、同性間の關係を「かかる變態關係」と述べている点も、現在は理由付けとして成立しない。

次に、中川善之助の見解のうち、同性間の婚姻は、「學問を妻とするとか、

書籍を配偶者とする」ことと「全く同様」に「真の婚姻意思とは見られない」とする点については、学問を妻としたり書籍を配偶者とできないのは、学問や書籍が人ではないからであって、同性との婚姻についてそれと同視する見解は、もともと理由付けとして誤っている。

したがって、中川善之助における、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外である」という主張は、現在においては当たっていない。

3 日本国憲法制定、昭和民法改正の後の民法学説が「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと

(1) 山中康雄の1949年（昭和24年）の見解

ア 山中康雄は、現行民法施行後である1949年（昭和24年）に発刊された中川善之助監修『注解親族法』において、「婚姻意思とは、当事者に社会の習俗によつて定まる夫婦たる身分を与え、また将来当事者間に生れ出ずる子に、社会の慣習によつて定まる子たる身分を取得せしめようとする意思であつて、単に不定限の性関係を許容せんとする意思ではない。同性婚にはこの意味における婚姻意思ありとは考えられず、また科学的な産児制限により子の出生を防止しようとする合意を含む、いわゆる友愛結婚にも婚姻意思ありとなしうるかどうかは極めて疑問である。」と述べた（甲A313・61～62頁〔山中康雄執筆部分〕）。

イ 山中康雄は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張していると解されるが、その理由は、同性婚には「社会の習俗」にいう婚姻意思がない、というものである。

しかしながら、1949年（昭和24年）当時の社会においては、補充書面（2）に述べたように、同性愛は、「変態性欲」、「性的不適応の一種」などと位置づけられていた（甲303・82～83頁、甲304・26～30頁）。

他方、現在は、同性愛を「変態性欲」などとする知見は完全に否定されており、山中康雄の時代にあった「社会の習俗」は存在せず、この理由は、現在は理由付けとして成立しない。

したがって、山中康雄における、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外である」という主張は、現在においては当たっていない。

(2) 中川善之助の戦後の見解

ア 家事審判申立書17頁でも述べたとおり、中川善之助は、1958年（昭和33年）発刊の『親族法（上）』において、明治民法下におけるのと同様、「学問を妻とするとか、芸術と結婚するというのが一片の比喩に過ぎなく、真の婚姻意思とは見られないのと全く同様に、同性間の婚姻というようなものも婚姻的法律要件としては否認されなければならない」とし、「同性婚の如きは婚姻ではなく、これに向けられた意思も婚姻意思とはいえない」と論じている（甲A49・158～159頁）。

日本国憲法24条によって、家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等が規定され、それに伴って民法の家族法規定が改正された後の時代になっても、中川善之助は、同性婚については、明治民法下と同様、「学問」とか「書籍」など一方が人ではない場合の「一片の比喩」と「全く同様」と論じている。

イ 中川善之助は、戦前と同様、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張するものである。

ウ しかしながら、前記2(3)でも述べたように、学問を妻としたり書籍を配偶者とできないのは、学問や書籍が人ではないからであって、同性との婚姻についてそれと同視する見解は、もともと理由付けとして誤っている。

また、仮に中川善之助が当時の社会通念を理由としているとしても、1958年（昭和33年）当時の社会においては、補充書面（2）に述べたように、同性愛は、「性的不適應の一種」、「性欲の質的異常（性的倒錯）」などと位置

づけられていた（甲304・26～30頁、甲305・274～287頁）。
他方、現在は、中川善之助の時代におけるような「社会の習俗」は存在しない
（甲A315～319、甲A287・291頁、甲A289・56～58頁、
甲A309の2、甲A289・105頁等）。

中川善之助が自己の主張としてあげる理由は、現在においては理由付けとして成立しておらず、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外である」という中川の主張は、現在においては当たっていない。

(3) 我妻榮の見解

ア 我妻榮は、1961年（昭和36年）発刊の『親族法』において、「婚姻をする意思（婚姻意思）とは、夫婦関係を成立させるという意思である。しからば、夫婦関係とは何か、といえば、その社会で一般に夫婦関係と考えられているような男女の精神的・肉体的結合というべきである」とし、中川善之助の前記見解を参照として表示して、「同性間の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない」と論じている（甲A50・14頁、18頁）。

イ 我妻榮は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張するものである。その際、同性婚は「社会で」一般に夫婦関係と考えられていないことを根拠とする。

ウ しかしながら、1961年当時の「社会」においては、同性愛は、「変態性欲」、「性欲の質的異常（性的倒錯）」との精神医学の位置づけが是正されていなかった上、1979年（昭和54年）の文部省「生徒の問題行動に関する基礎資料」の中で、同性愛が倒錯型性非行の一つに挙げられ、「この同性愛は…一般的に言って健全な異性愛の発達を阻害するおそれがあり、また社会的にも、健全な社会道徳に反し、性の秩序を乱す行為となり得るもので、現代社会にあっても是認されるものではないであろう」と記述され（甲A308・63頁）、代表的な辞書である『広辞苑』では、1969年（昭和44年）出版の

第二版から1983年（昭和58年）出版の第三版まで、同性愛は「同性を愛し、同性に性欲を感じずる異常性欲の一種」と記述されていた（甲A309の1、甲A287・105頁）。

これらの見解は、現在の「社会」においてはいずれも改められるに至っており（甲A315～319、甲A287・291頁、甲A289・56～58頁、甲A309の2、甲A289・105頁）、我妻の見解は、現在においては理由付けとして成立しない。

エ 我妻の、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外である」という主張は、現在においては当たっていない。

(4) 上野雅和の『注釈民法(20)親族(1)』における見解

ア 上野雅和は、1966年（昭和41年）の『注釈民法(20)親族(1)』では、「婚姻が男女の結合であることは、婚姻の社会的本質からいって当然である。このような意味で、同性婚はもちろん成立しない。」と述べている（甲A48・189～190頁〔上野雅和執筆部分〕）。

イ 上野雅和は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張していると解されるが、「婚姻の社会的本質」とは何であるのか述べられておらず、当該主張は論証されていない。

（上野雅和は、後述のとおり、前記『注釈民法(20)親族(1)』の改訂版である1989年（平成元年）『新版注釈民法(21)』では、記述を変更している。）

(5) 中川淳の1977年（昭和52年）の見解

ア 中川淳は、1977年（昭和52年）『親族法逐条解説』で、「婚姻意思とは、社会観念上、婚姻的共同生活関係にはいる意思をいう（通説・実質意思説）。したがって、同性婚のごときは、社会観念上、婚姻意思の存在を肯定することはできない」と述べている（甲A51・72頁）。

イ 中川淳においても、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を主張していると解されるが、その根拠は、同性婚が「社会観念上」婚姻意思として肯定されていないということである。

しかし、補充書面（２）で述べたとおり、１９７７年当時、社会において、同性愛は「異常性愛」とされ（甲Ａ３０７・２９頁）、１９７９年（昭和５４年）の文部省「生徒の問題行動に関する基礎資料」の中で、同性愛が倒錯型性非行の一つに挙げられ、「この同性愛は……一般的に言って健全な異性愛の発達を阻害するおそれがあり、また社会的にも、健全な社会道徳に反し、性の秩序を乱す行為となり得るもので、現代社会にあっても是認されるものではないであろう」と記述され（甲Ａ３０８・６３頁）、代表的な辞書である『広辞苑』では、１９６９年（昭和４４年）出版の第二版から１９８３年（昭和５８年）出版の第三版まで、同性愛は「同性を愛し、同性に性欲を感じずる異常性欲の一種」と記述されていた（甲Ａ３０９の１、甲Ａ２８７・１０５頁）。

他方で、これらの見解は、現在の「社会」においてはいずれも改められるに至っている（甲Ａ３１５～３１９、甲Ａ２８７・２９１頁、甲Ａ２８９・５６～５８頁、甲Ａ３０９の２、甲Ａ２８９・１０５頁）。

ウ したがって、中川淳による「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外である」という主張は、現在においては当たらない。

４ １９８０年頃以降の民法学説が「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していないこと

(1) 山田卓生の１９８０年（昭和５５年）の見解

ア 山田卓生は、「結婚の権利というよりは、平等保護違反との関係で、同性間の結婚を認むべしとする議論がある。」「このように考えれば、結婚の相手を選ぶ権利には、性別を選ぶ権利も含まれることになり、結婚と生殖とは切りはなされることになる。」などと述べている（「私事と自己決定 結婚と離婚 1

—結婚の自由をめぐる— 法学セミナー 300号、甲A322・74頁)。

イ もっとも、山田卓生は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外である」か否かについて、自説を明らかにしていない。

(2) 石川稔の1984年(昭和59年)の見解

ア 石川稔は、以下のように述べる(「新・家族法事情 同性愛者の婚姻〔その2〕」法学セミナー356号、甲A323・59～60頁)。

「わが民法においても、婚姻は男女間の法的結合であるといった定義規定は見付からない。ただ「夫婦」という言葉が男女間の結合であることを示唆するだけである(この点はアメリカでもhusband and wifeが男女を示唆するのと同じである)。そして、わが国でも通常の使用法として婚姻は男女間の結合であるとして使われてきている。だから、民法をみるかぎり、その状況はアメリカと異なる。ところが、わが国では憲法24条が「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し……」と規定しており、右の憲法上の婚姻概念が民法上の婚姻概念と同義であるとすれば、婚姻は男女間の結合を意味するものと解されるのである。(ちなみに、英文憲法では両性はboth sexesとなっている)。憲法24条1項の制定趣旨は右のような男女の結合を表示するところにあつたものではないけれど、両性という言葉は同性婚を排除する理由の一つに使うことができるということである。だから、右のような文理解釈によるのではなく、根本的には、社会制度としての婚姻という観点から目的解釈によって同性婚の許否は決せられるべきものである。」

「生殖と種の保存が婚姻と直接結びつくわけでは決してない。子を産むことのない高齢の男女であっても婚姻することはできるのだから、要するに、一つのカテゴリーを婚姻として設定すれば、そのなかに多少の雑物(本筋でないもの)が混入するのはやむをえないのである(高齢者の婚姻を雑物というのはいすぎで恐縮であるが)。だから、その雑物が社会的に容認されるものかどうか

かが問題なのである。」

「同性婚の許否は社会との関係において判断されるものということになる。そうであれば、ホモが社会的に容認されるべきかどうか、容認されるとすればどこまでか、が決め手となる」(引用者注—現在は「ホモ」は差別語とされている。)

イ 石川論文は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲内である」旨を述べているものと解される。少なくとも、それが「法解釈の範囲外である」とは述べていない。

(3) 上野雅和の1989年(平成元年)の見解

ア 家事審判申立書19～20頁でも述べたとおり、上野雅和は、1989年(平成元年)の『新版注釈民法(21)』(甲A52)において、その旧版である1966年(昭和41年)『注釈民法(20)親族(1)』で、「婚姻が男女の結合であることは、婚姻の社会的本質からいって当然である。このような意味で、同性婚はもちろん成立しない」としていた前記3(4)の記述(甲A48・189～190頁)を改め、次のように論じた。

現在では、「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。」、「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」(『新版注釈民法(21)』、甲A52・178～179頁)。

イ ここで上野雅和は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲内である」旨を述べているものと解される。少なくとも、それが「法解釈の範囲外である」とは述べていない。

(4) 二宮周平の1990年（平成2年）の見解

ア 二宮周平は、1990年（平成2年）『事実婚の現代的展開』（甲A324）で、「同性カップルは、異性愛でないこと、法的な家族の枠組みに入らないことで、二重の偏見にさらされている。それは、セックスの面だけ興味本位に強調された煽情的な見方や、異常な性格という病理的な見方で捉えられ、一人の人間としての在り方を無視される原因となっている。」とし（258頁）、同性愛者が「社会的には少数で、カムアウトすること（同性愛であることを宣言すること）自体困難」であるという実態を指摘した上で（259頁）、同性カップルの存続の準婚的保障に関し、「保護を与えたからといって、全ての人が同性をパートナーとして選ぶわけではない。種の再生産を崩壊させるほど多数になるとは考えられない。だから、法的保護を否定するような制裁を加える必要はない」と論じた（345頁）。

イ 二宮周平は、現行法が同性婚を禁止していると解するのか、そうではないと解するのかについて、何らの解説もせず自説も示さないが、少なくとも、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」とは述べていない。

(5) 棚村政行の1994年（平成6年）の見解

ア 棚村政行は、1994年（平成6年）「同性愛者間の婚姻は法的に可能か」法学セミナー476号（甲A325・21頁）で、前記山中、前記中川善之助の見解を紹介して、「このような通説的立場からは男どおしや女どおしの同性カップル間の婚姻は法的には認められないことになる。」とした上、「最近では少数ながらこの通説的見解に疑問を提起する立場もでてきた。」と指摘し、前記上野や前記石川の見解を紹介している。

イ 棚村は、自説を示す形式を取っていないが、少なくとも、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」とは述べていない。

(6) 星野英一の1994年(平成6年)の見解

ア 星野英一は、1994年(平成6年)『家族法』(放送大学教育振興会、甲A326・59頁)で、「婚姻障害」の項において、「男女の結合であることを要すると解される。どこでも民法に規定がないようだが、外国では要件として取り上げられている。」としている。

イ 星野英一は、その記述からして、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張してはいないように解される。

ウ この点、木村草太は、前記国家賠償請求訴訟のこれまでの5つの地裁判決を分析した論文(令和6年1月発表)において、同性間の婚姻を認めないことを明記した条文はない、とし、現行法上同性婚が認められない根拠としては、「婚姻障害説」(同性婚も婚姻に含まれるが、相手方同性であることが不文の婚姻障害である、という説明)と「定義説」(そもそも現行法の婚姻の定義に同性婚が含まれない、という説明)が考えられる、とする(甲A329・60頁)。

星野英一は、木村の分類で言う「婚姻障害説」を述べるものである。木村においても「不文の」とするとおり、星野英一も、「どこでも民法に規定がないようだが」とのみ述べる。

しかしながら、これらの見解は、同性婚を禁止する根拠規定がないのに禁止するということになり、法律による行政の原理に反する。

エ このように、星野英一は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張してはいないと解されるが、仮にそう主張しているとしても、その主張は論証されていない。

(7) 大村敦志の1995年(平成7年)の見解

ア 大村敦志「性転換・同性愛と民法(上)(下)」ジュリスト1080、1081号(甲A327の1、2)は、「同性カップルが婚姻類似の生活関係を持

つ意思を持っていてもこれ（婚姻意思）にはあたらないという解釈が支配的である」としつつ、「民法の「婚姻」に同性婚をも含めるという解釈論は不可能ではない。」とし、「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。」と述べる（甲327の2・64頁、傍点は引用者）。

続いて大村は、「婚姻保護の思想的根拠」として、社会が「婚姻という制度を設けてきた理由は必ずしも明らかでない。」とし、「婚姻＝再生産という図式はその通用力を失いつつあるともいえる。」「異性のカップルでなく同性のカップルであっても、「愛」があれば、その共同生活に婚姻としての保護を与えるべきではないかという議論が出てくることにもなる。」とする。一方で、「結果として子を持つことはないにせよ定型的には子を持ちうる異性カップルが婚姻制度を利用するのは社会的に許容できるところである」ことと、「生殖の伴うべくもない同性のカップルに婚姻を認めるかどうかとは別の問題」とし、「日本においては今日でも以前として、婚姻は継続的な共同生活を営み子を産み育てようとする男女の利用を念頭に置いた制度であると考えられているというべきであろう。」とする（甲327の2・64～65頁）。

大村はこのように、「定型的に子を持ちうるか否か」を基準として、男女でありさえすれば婚姻できるとし、同性カップルは婚姻できない、と述べる。

イ 大村の論は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張する趣旨であるか否かは判然としないものの、大村は、「民法の「婚姻」に同性婚をも含めるという解釈論は不可能ではない。」と述べ（甲327の2・64頁、傍点は引用者）、前記木村の分類における「定義説」（「そもそも現行法の婚姻の定義に同性婚が含まれない」という説明、甲A329・60頁）は否定する。

大村は、「現行法の婚姻の定義に同性婚が含まれない」という法解釈を、採りうる唯一の法解釈であるとは述べていないのである。

ウ また、大村は、民法が同性婚を禁止しているとする根拠規定も挙げない。

大村は、フランス民法における、婚姻適齢の規定（144条）を根拠に「婚姻は、本質上、性の相違を予定している。民法典はこのことを明示的に述べていないが、エレガントな仕方で示唆している（144条）」とする解説を紹介しているが（甲327の1・71頁）、法律による行政の原理との関係上、「エレガントに示唆」することで足りるのかについては論じない。かかる大村の見解は、法律による行政の原理に反する。

エ 以上のように、大村の1995年ジュリスト論文の論は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張する趣旨であるか判然としないが、仮にその趣旨であるとしても、その主張を支えるに足る論証はなされていない。

(8) 星野茂の1997年（平成9年）の見解

ア 星野茂は、「わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題」法律論叢69巻3・4・5合併号（甲A328）で、「同性カップルの婚姻を法律上積極的に認める見解は今日までのところほとんど見当たらない。」とし、その論拠として、「婚姻意思説」、「婚姻障害説」を紹介し、「これに対し、同性婚を法律婚姻として認めないことに疑問を呈する見解」として前記上野や二宮の見解を紹介し、「結論的には同性婚を法律婚として認めることには消極的だが、民法の解釈論としては同性婚を民法の「婚姻」に含めることも可能であるとする見解」として前記大村のジュリスト論文を紹介する。

星野茂は、自身の見解としては、「現行法は、文言の上からも「夫婦」、「夫」、「妻」という男女の別を示す語を用いており、婚姻法についても、親子法についても男女の夫婦とその間の子どもを前提に規定されているのであり、同性カップルをも保護の対象と考えて立法されているわけではない」ことを理由に、「明文の規定はないが、現行法上婚姻障害に当たると考えるのが妥当であると思われる。」とする。

イ 星野茂の見解は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張する趣旨であるか否かは判然としないが、その記述ぶりからすれば、そこまでの主張はしていないと解される。

ウ 仮に、その主張をしているとしても、論拠として挙げられるのは、「夫婦」、「夫」、「妻」という文言と、婚姻法と親子法についても男女の夫婦とその間の子どもを前提に規定されていることのみである。このうち後者は、結論の言い換えにすぎない。前者は、家事審判申立書において詳述したとおり、それらの文言を用いる規定は、解釈の余地なく同性婚を禁止する規定とまでは言えない。

また、星野茂自身が、「明文の規定はないが、現行法上婚姻障害に当たる」とするとおり、同性婚を禁止する根拠規定がないのに禁止するということになり、この見解は、法律による行政の原理に反する。

エ 以上のように、星野茂の論は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張する趣旨であるか判然としないが、仮にその趣旨であるとしても、その主張を支えるに足る論証はなされていない。

(9) 泉久雄の1997年（平成9年）の見解

ア 泉久雄は、『親族法』（甲A66）において、「婚姻は、法によって承認・保護された男女の性結合であり、永続的な共同生活関係である（したがって、男性同士もしくは女性同士の同性愛は婚姻ではない）」と当然のように論じている（49頁）。

イ 「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張する趣旨であると解される。

ウ しかしながら、泉久雄は、その理由を何ら述べることなく、また、自らが「子の出生は婚姻の本質と密接に結びついているけれども、婚姻に不可欠の目的ではない」（50頁）としている点との整合性についての言及もない。

エ 以上のように、泉久雄は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張するが、その主張を支えるに足る論証はなされていない。

(10) 日本弁護士連合会の2003年（平成15年）の見解

ア 日弁連は、性同一性障害者特例法に関する意見書で、戸籍（法令上）の性別の変更の要件として「婚姻していないこと」を要件とすることを求め、その説明として、「家族法等との調整も勘案し、婚姻していないことも要件とすべきである。この要件を満たさない場合には、同性婚を認めるか、離婚や婚姻無効といった法的な処理までを行わねばならないからである。」との意見を公表している（甲A330）。

イ 日弁連の意見は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張する趣旨であるか判然としないが、仮にその趣旨であるとしても、その主張を支えるに足る論証はなされていない。

(11) 棚村政行の2004年（平成16年）の最高裁判所・家庭裁判所調査官研修所発行の『調研所報第41号特別号』掲載論文の見解

ア 2004年（平成16年）、棚村政行は、最高裁判所と家庭裁判所調査官研修所が発行する『調研所報第41号特別号』に掲載した「事実婚・同性婚保護の現状と課題」（甲A331）において、次のように述べる。

日本国憲法下においても、「同性婚は、社会観念上婚姻的共同生活とは認められず婚姻意思に欠け無効とする立場、明文の規定はないが婚姻の本質から婚姻障害の一つとして男女の結合でなければならないとし同性婚を無効と解する立場が通説とされてきた。」としつつ（49頁）、「これに対して、少数ながらこれらの通説に異論を唱える立場も出てきている。」として、前記上野、前記石川らの見解を紹介している。

そして、「しかし、これらの見解は少数説にとどまり、同性婚を無効と解するのが現在の通説である。」と述べる（50頁）。

イ 棚村の論は、自説を明らかにする形をとらないが、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲内である」旨を主張していると解される。

(12) 有地亨の2005年（平成17年）の見解

ア 有地亨2005年（平成17年）『新版家族法概論』（甲A332）は、「同性同士の結婚を認めるべきか否かがアメリカや西欧で論議されているが、同性婚が当該社会で社会的に承認されるならば、当然法的保護の対象になる」と論じている（73～74頁）。

イ 有地の論は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲内である」旨を主張するものと解される。

(13) 大村敦志の2010年（平成22年）『家族法〔第3版〕』の見解

ア 大村敦志は、2010年（平成22年）、『家族法〔第3版〕』（甲A333）（甲A19と同じ書籍）（初版は平成11年）で、次のように述べる（286頁）。

「同性のカップルに婚姻と同様の法的保護を認めるか。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。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。このようにいうと、不妊の男女カップルや子どもをもつ気のない男女カップルの関係は婚姻ではないのかという疑問が提起されよう。しかし、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い

とも、婚姻の要件は充足されると考えるべきである。この点は婚姻の成立のところで、仮装婚との関係で述べたとおりである。」

ここで、大村が、「仮装婚との関係で述べたとおり」とするのは、一定期間にわたり共同生活を営んできた当事者の一方が、死を直前に控え他方に相続権を付与するためになされたいわゆる「臨終婚」を有効とする論である（130頁）。

大村は、このような臨終婚の事例において、「抽象的・定型的」には、「子どもを育てることを合意して共同生活を送る」という目的を満たす、とする一方、同性カップルの間には、このような意味での婚姻の目的が満たされない、としている。

イ 大村『家族法〔第3版〕』は、大村の1995年のジュリスト論文と同様、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張する趣旨であるか判然としないが、仮にその趣旨であるとしても、大村は、臨終婚の事例において「抽象的・定型的」には上記目的を満たすとしながら、同性カップルの中には、生殖医療技術によって子を持ち共同で養育する者があるという立法事実との関係には言及しない。同性婚を禁じているとする根拠規定が何であるかについても述べない。

ウ 以上のように、大村が、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張する趣旨であるか判然としないものの、仮にその趣旨であるとしても、その主張を支えるに足る論証はなされていない。

エ なお、大村敦志『家族法〔第3版〕』（2010年発行）には、性的マイノリティに関する基礎的な記述の誤りが散見されることは、補充書面（2）で述べたとおりである。

(14) 大村敦志の2015年（平成27年）『民法読解 親族編』の見解

ア 大村敦志は、2015年（平成27年）、『民法読解 親族編』（甲A334）

で次のように述べ、木村草太の学説分類にいう「不文の婚姻障害説」（甲329・60頁）に立つことを明らかにしている。

「民法に規定のない婚姻障害として、同性婚の禁止がある。これは婚姻の本質からして当然のことと解されている。実際のところ、明治民法の立法時には議論の対象とされていなかった。また、その後も概説書類でも、近年に至るまでこの点に触れるものはほとんどなかった（もっとも、中川160－161頁は、この問題を婚姻意思の問題としてとらえ、同性婚の場合には婚姻意思を欠くとしている。）」（32～33頁）

イ ここでは、大村は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張しているように解される。

ウ もっとも、大村は、前掲星野英一、前掲星野茂と同様、「民法に規定がない婚姻障害」としながら、なぜ「規定がない」のに婚姻届を不受理処分にするのか（法律による行政の原理との関係等）は明らかにしない。

同性であることを婚姻障害とする、ということは、同性婚も民法上の「婚姻」概念自体には含まれる、ということであり（このことは、大村自身、1995年（平成7年）の前掲ジュリスト論文（甲A327の2）64頁で述べている。）、「婚姻」という用語そのものは、同性の二人の婚姻届を不受理処分の根拠規定にはならないはずである。

かかる大村の見解は、法律による行政の原理に反する。

エ また、大村は、「婚姻の本質からして当然のことと解されている。」、「実際のところ、明治民法の立法時には議論の対象とされていなかった。」、「その後も概説書類でも、近年に至るまでこの点に触れるものはほとんどなかった」として、明治民法制定以来の民法学説の議論状況を自説の論拠とする。

しかし、補充書面（2）で詳述したとおり、明治民法制定以来の民法学説は、同性愛、同性愛者が、「言葉にするのはばかられる」とか、変態性欲、精神疾患などとされ、偏見、差別感情の対象となってきた歴史的社会的状況に影響

されている。明治民法制定以来の民法学説の議論状況そのものを論拠とする大村の議論は、誤りである。

オ 以上のように、大村が、「民法が同性婚を禁止していないと解することは法解釈の範囲外である」と主張しているとしても、それを支えるに足る論証はなされていない。

5 小括

以上のとおり、これまで唱えられた民法学説上の解釈は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していない。結論としてはその主張を述べていても、その結論は論証されていない。

第3 国家賠償請求訴訟の各地裁判決における民法解釈は、合憲拡張解釈によって同性婚を認めることを否定するものではないこと

1 はじめに

現行法が同性婚を禁じているとの前提に立った上、国会が同性婚を認める立法措置を講じていないことは国家賠償法上の違法であると主張して提起された一群の国家賠償請求訴訟において、これまでになされた5つの地裁判決（甲A225、甲A275～278）は、いずれも、現行の民法及び戸籍法は同性婚を禁じているという解釈（同性婚禁止解釈）に立っている。（この一群の国家賠償請求訴訟の判決について、単に「札幌地裁判決」などとも言う。また、令和6年3月に、一群の訴訟のうちの東京二次訴訟の地裁判決が予定されているため、令和4年11月30日になされた東京地裁判決（甲A276）は、「東京地裁令和4年判決」とも言う。）

しかしながら、5つの地裁判決が判示する民法解釈は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」をそもそも示していないか、理由付けにおいてそれは論証されていない。そのため、5つの地裁判

決の判示も、民法解釈の一つである合憲拡張解釈によって、同性同士の婚姻を認めることを否定する意味を持っていない。

以下、具体的に述べる。

2 札幌地裁判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと

(1) 札幌地裁令和3年3月17日判決（甲A225の1・2頁）は、次のように述べて、憲法判断の前提として、民法は同性婚を禁止しているとの見解に立つ。

「3 民法及び戸籍法の関連規定

民法739条1項は、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、同法74条1号は、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届け出なければならない旨規定するなど、婚姻制度を定める民法及び戸籍法の諸規定が全体として異性間の婚姻（以下「異性婚」という。）のみを認めることとし、同性間の婚姻（以下「同性婚」という。）を認める規定を設けておらず、これら民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定（以下、総称して「本件規定」という。）は、婚姻は、異性間でなければすることができない旨規定している。」

(2) かかる札幌地裁判決の判示は、その正確な意味は必ずしも明確でないが、戸籍法74条1号等が「夫婦は」とする文言をもって、民法及び戸籍法が同性婚禁止規定を持っていると解釈する見解であると思われる。

しかしながら、家事審判申立書において逐条的に検討したとおり、戸籍法74条1号を含め、民法及び戸籍法の「夫婦」「夫・妻」「父母」などの文言を用いた規定は、いずれも、同性婚禁止規定とするには足りない。

また、仮に、これらを同性婚禁止規定であると解したとしても、札幌地裁判決の判示内容は、民法が同性婚を禁止していないと解することが「法解釈の範囲外であること」は示していない。

(3) したがって、札幌地裁判決は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していない。

3 大阪地裁判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと

(1) 大阪地裁令和4年6月20日判決（甲A275の1・21～22頁）は、次のように述べて同性婚禁止解釈を採用する。

「(1) 原告らが主張する本件諸規定（引用者注－「同性間の婚姻を認めない民法第四編第二章及び戸籍法の諸規定」のこと）について

原告らは、婚姻を異性間の婚姻に限定している民法第四編第二章及び戸籍法の規定全てを本件諸規定として、これらが違憲である旨主張するものであるが、少なくとも本件諸規定に含まれると原告らが主張する民法739条1項は、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定め、これを受けた戸籍法74条は、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏等を届出書に記載して、その旨を届け出なければならないと定めているにすぎず、その他の規定をみても同性間の婚姻を禁止する旨定めた明文の規定はなく、民法731条以下の婚姻の実質的要件に係る規定中にも「同性でないこと」を明示する規定はない。しかし、民法等において婚姻の当事者について「夫婦」などの文言が用いられていることに加え、明治民法から現行民法に至るまでにおいても、一貫して、婚姻は男女間によるものであることが当然の前提とされ、同性間については、婚姻の意思を欠くなどと解釈されて、婚姻として取り扱われてこなかったこと（認定事実）、実際、原告らは我が国の各地方公共団体において婚姻届を提出したが、いずれも同性であることを理由に不受理とされたこと（前提事実）を踏まえると、本件諸規定を含む我が国における婚姻制度は、配偶者が異性であることを当然の前提とするものであり、配偶者が異性であることを婚姻の要件とするものと解釈できる。そこで以下では（後記3、

4についても含む。)、本件諸規定が上記のように解釈されることを前提に、本件諸規定が憲法の規定に違反するか否かを検討する。」

(2) 大阪地裁判決の前記判示は、まず、「本件諸規定を含む我が国における婚姻制度」について、配偶者が異性であることを婚姻の要件とするものと「解釈できる」とする。しかしながら、「解釈できる」だけでは、その解釈が唯一の法解釈であるということにはならないため、民法が同性婚を禁止していないと解することが「法解釈の範囲外であること」は示されていない。

(3) 次に、大阪地裁判決の前記判示のうち、「民法等において婚姻の当事者について「夫婦」などの文言が用いられていること」については、民法が同性婚を禁じているというべき根拠規定として足りないことは、家事審判申立書において逐条的に検討したとおりである。この点は、同性婚禁止解釈の論拠として不十分である。少なくとも、民法が同性婚を禁止していないと解することが「法解釈の範囲外であること」は示していない。

(4) そして、大阪地裁判決は、「明治民法から現行民法に至るまでにおいても、一貫して、婚姻は男女間によるものであることが当然の前提とされ、同性間については、婚姻の意思を欠くなどと解釈されて、婚姻として取り扱われてこなかったこと（認定事実）」を論拠に挙げ、「明治民法から現行民法に至るまでの議論状況」を論拠としている。

しかしながら、補充書面（2）で述べたとおり、民法の立法過程や学説の議論状況には、同性愛・同性愛者らへの偏見や差別感情が反映されている面が否定できず、それ自体を所与の事実として法解釈の論拠とすることはできない。

(5) さらに、大阪地裁判決のうち、「実際、原告らは我が国の各地方公共団体において婚姻届を提出したが、いずれも同性であることを理由に不受理とされたこと（前提事実）」との点については、行政解釈が同性婚禁止解釈に立っていることを言い換えているにすぎず、法解釈の理由にならない。

(6) したがって、大阪地裁判決は、「民法が同性婚を禁止していないと解するこ

とが法解釈の範囲外であること」は示していない。

4 東京地裁令和4年判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと

(1) 東京地裁令和4年11月30日判決（甲A276の1・2頁）は、次のように述べて、憲法判断の前提として、民法は同性婚を禁止しているとの見解に立つ。

「3 法律の定め

民法は、第4編第2章「婚姻」を設け、婚姻に関する諸規定を置き（731条以下）、婚姻の成立要件、効力等について定めているところ、その中で、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、その効力を生ずる旨を定め（739条1項）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（750条、767条等）。

また、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記載して、その旨を届け出なければならず（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成し（16条1項本文）、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こととされている（13条6号）。

このように、婚姻制度に関する民法第4編第2章及び戸籍法の諸規定（以下、これらを併せて「本件諸規定」という。）は、同性の者同士の婚姻を明文で禁止しているものではないが、婚姻を「夫」と「妻」の間のも、すなわち異性間のも、と定めており、同性間の婚姻は認められていない。」

(2) 東京地裁令和4年判決の判示は、その意味するところは必ずしも明確でないが、実質的には、民法及び戸籍法が「夫婦」、「夫」「妻」と「呼称」する文言や、戸籍法13条6号が、夫又は妻である旨を記載することを規定していることをもって、民法及び戸籍法には同性婚禁止規定があると捉えていると解され

る。

(3) しかしながら、家事審判申立書において逐条的に検討したとおり、民法及び戸籍法の「夫婦」「夫・妻」「父母」などの文言を用いた規定は、いずれも、同性婚禁止規定というに足りない。少なくとも、それらの文言をもってしては、民法が同性婚を禁止していないと解することが「法解釈の範囲外である」とはいえない。

(4) したがって、東京地裁令和4年判決は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していない。

5 名古屋地裁判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと

(1) 名古屋地裁令和5年5月30日判決（甲A277の1・2～3頁）は、次のように述べて、憲法判断の前提として、民法は同性婚を禁止しているとの見解に立つ。

「3 婚姻制度に関する規定の内容

(1) 民法は、第四編第二章第一節において、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規定するほか（739条1項）、婚姻の要件に関する規定を置き、戸籍法は、民法739条1項を受けて、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届け出なければならない旨規定する（戸籍法74条1号）（以下、民法の規定は、昭和22年法律第222号による改正後の民法の家族法部分を総称して「現行民法」ということがあり、同改正前の家族法部分の規定を「明治民法」、同改正を「昭和22年民法改正」という。）。

そして、民法は、婚姻の効力に関し、氏の統一（同法750条）、夫婦の同居、協力及び扶助の義務（同法752条）等を、夫婦の財産に関し、婚姻費用の分担（同法760条）等を、離婚に関し、財産分与（同法768条）

等を規定するほか、親子関係に関し、夫婦の子についての嫡出の推定（同法772条1項）、親権に関する規定（同法818条3項）を置き、相続に関し、配偶者の相続権（同法890条）を規定するなど、婚姻の重要な効果に関する規定を置いている。また、戸籍法では、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（同法16条1項本文）、当該戸籍には、夫婦について夫又は妻である旨が記載され（同法13条6号）、子が出生した場合にはこれを届け出なければならず（同法49条1項）、子は親の戸籍に入るごととされており（同法18条）、戸籍の正本は市役所等に備え置くごととされて公証されている（同法8条2項）。

(2) 同性間の婚姻についての解釈

民法及び戸籍法の諸規定は、同性間の婚姻を明文で禁止していないが、民法及び戸籍法が、婚姻をしたカップルを「夫婦」、その当事者を「夫」又は「妻」と呼称していることなどから、現在の実務では、同性間の婚姻は認められないものと解されている（以下、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の諸規定を「本件諸規定」という。）。

(2) まず、そもそも名古屋地裁判決の判示は、「現在の実務が、民法は同性婚を禁止しているとの解釈を採っている」という「実際の状態」を述べているにとどまり、同性婚禁止解釈が唯一の法解釈であることを述べておらず、民法が同性婚を禁止していないと解することが「法解釈の範囲外であること」は述べていない。

(3) また、名古屋地裁判決の判示は、実質的には、結局のところ民法及び戸籍法が「夫婦」とか「夫」「妻」という「呼称」する文言のみを理由としている。

しかしながら、家事審判申立書において逐条的に検討したとおり、民法及び戸籍法の「夫婦」「夫・妻」「父母」などの文言を用いた規定は、いずれも、同性婚禁止規定というに足りない。少なくとも、それらの文言をもってしては、民法が同性婚を禁止していないと解することが「法解釈の範囲外である」とは

いえない。

- (4) したがって、名古屋地裁判決は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していない。

6 福岡地裁判決が、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していないこと

- (1) 福岡地裁令和5年6月8日判決（甲A278の1・3頁）は、次のように述べて、憲法判断の前提として、民法は同性婚を禁止しているとの見解に立つ。

〔(3) 法律の定め

民法は婚姻届の受理要件として、婚姻成立の実質的要件（民法731条～736条）を満たしていること、民法739条2項やその他の法令の規定に違反していないことを定めており、民法及び戸籍法には、婚姻当事者が異性同士でなければならないという規定は明示的には存在しない。

他方で、民法739条1項は、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、戸籍法74条1号は、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏を届け出なければならない旨規定していること等に照らし、現在の婚姻制度として、同性同士の婚姻の届出は、不適法とされる。以下、同性同士の婚姻を不適法とする民法及び戸籍法の諸規定を総称して、「本件諸規定」という。）」

- (2) 福岡地裁判決の前記判示は、結局のところ戸籍法等が「夫婦」等と「呼称」する文言のみを理由として、同性婚禁止解釈を採るものである。

しかしながら、家事審判申立書において逐条的に検討したとおり、民法及び戸籍法の「夫婦」「夫・妻」「父母」などの文言を用いた規定は、いずれも、同性婚禁止規定というに足りない。少なくとも、それらの文言をもってしては、民法が同性婚を禁止していないと解することが「法解釈の範囲外である」とはいえない。

(3) したがって、福岡地裁判決は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」は示していない。

第4 千葉勝美元最高裁判事の論述は、「民法が同性婚を禁止していないと解することは民法解釈の範囲内であること」を示唆していること

1 元最高裁判事の千葉勝美は、令和4年3月発行の判例時報に掲載された論文「同性婚認容判決と司法部の立ち位置—司法積極主義の足音は聞こえてくるのか?」（判例時報2506・2507合併号）（甲A338）において、前記の国家賠償請求訴訟における札幌地裁判決に関する論文の中で、憲法24条の解釈の可能性として、次のように論じる（下線は原文ママ）。

2 千葉はまず、憲法24条には次の二つの趣旨があることを確認する（206頁）。

(1) 24条の趣旨I

「明治民法では、「家」制度を中核として、戸主の強い権限が規定され、家族の身分行為に対する同意権等が定められていた。また、家の財産についての長男子による家督相続権や妻の財産上の取引の無能力を定めており、男女差別的な考えに基づく仕組みが置かれていた。」これに対して、憲法24条は、憲法の基本的人権の保障の理念と齟齬する「明治憲法下の明治民法による差別的な仕組みを明確に否定し、憲法の理念に基づく家族生活に関する基本的原則を採用することを宣言したもの」である。

「そして、24条の趣旨Iは、婚姻という社会制度については、傍線部分の文言（引用者注—「両性の合意のみ」、「夫婦が同等の権利を有する」、「個人の尊厳」、「両性の本質的平等」）からすると、異性同士の婚姻を前提にしていたことは明らかであるが、それは、当時は、社会制度として同性同士の婚姻という制度は念頭に無かったからであって、社会制度としての婚姻の定義を異性婚と定めることに強い意図があったとまではいえない。」

(2) 24条の趣旨Ⅱ

「24条が置かれたことにより、その文言からして、異性同士の婚姻が憲法の想定している社会制度としての「婚姻」であり、立法府としては、それに従った婚姻の具体的な内容を法律によって制定していくことが義務付けられた」という趣旨が明らかにされた」

3 千葉は、その上で、憲法24条の趣旨Ⅱを次のように再検討する。(甲A338・207頁)

「24条の趣旨Ⅰについては、憲法13条の個人尊厳の理念や14条の法の下での平等の理念を、婚姻及び家族という社会制度構築の場面で、同じ基本理念に基づくべきであることを示したものである。そうすると、24条1項にいう「両性の合意」は異性同士であることを積極的に要請したものと解する必要はなく、「当事者の合意」と言い換えても支障の無いものであり、同じように「夫婦が平等の権利を有すること」は、「双方が平等の権利を有すること」と言い換えても趣旨は同じであり、同条2項の「両性の本質的平等」は「双方の本質的平等」と言い換えても大きな齟齬はないであろう。」

「ところで、24条の趣旨Ⅱについては、24条の前記の文言が異性婚を想定していることが明らかなものであることから生ずるものであるが、24条は婚姻要件を定める定義規定ではなく、婚姻という社会制度においても基本的人権の思想が貫かれるべきことを宣言することを意図するものである。そして、そこで用いられた文言は、当時は当たり前のことと観念されていた異性婚を念頭に置いていたために使用されたのであって、その文言自体に他の積極的・固定的な役割を担わせているわけではなく、前記のとおり、同趣旨を他の文言で言い換えることも可能なものなのである。そうすると、この文言が24条の本来の趣旨Ⅰを超えた趣旨Ⅱのような、過剰な、あるいは意図しない効果を生じさせることのないような別の文言を選択してそれと同旨のものとして解釈・適用する余地があるはずではなかろうか。」

「24条の趣旨Ⅱについては、24条の文言が婚姻の定義をしたものとはいえないはずであるのに、そこで用いられたいくつかの用語によって、憲法が認めている社会制度としての婚姻は異性婚というものと解するしかなくなり、それとはそぐわない婚姻（具体的には同性婚等）を立法により創設する余地はないと解される結果を招いているのである。このような状態は、今日の我が国どころか世界各国において広がりを見せている同性婚に対する理解・評価と整合するのには疑問があり、その意味で、24条の趣旨Ⅱを堅持することについては再検討する必要があるのではないであろうか。それは、24条の「両性」、「夫婦」等の用語については、男女の属性を持った者という意味から、その本来の意図（24条の趣旨Ⅰ）を踏まえると、前記のように、明確な異性婚を想定させない「当事者」、「双方」の用語でも足り、今日においては、そのような意味として解釈することができる、あるいは解釈すべきであって、そのような趣旨で、あるいはその限度での「憲法の変遷」が生じているのではないか、という視点で再検討する必要があると考える。」

「以上によれば、司法部としては、憲法24条については、その趣旨Ⅱは今日受容できないものとなっているとして、すなわち、趣旨Ⅱの同性婚を認めない根拠となっている文言をそのようにならないような用語と意味に変わってきているとして（すなわち、「当事者」、「双方」という意味であるとして）憲法判断を行なうことが考えられよう。」

- 4 千葉勝美の論文は、前記の一群の国家賠償請求訴訟の各判決や、当事者の主張と同様、現行法が同性婚を認めていないという前提で記載されており、前記に引用したのは憲法解釈の可能性についてであるが、その意味するところは、民法解釈にも同じく妥当する。

すなわち、民法において、「夫婦」「夫・妻」「父母」など、婚姻当事者が男女であることを意味するような文言は、当時は当たり前のことと観念されていた異性婚を念頭に置いていたために使用されたのであって、その文言自体

に他の積極的・固定的な役割を担わせているわけではなく、同趣旨を他の文言で言い換えることも可能なものである。

これらの文言については、過剰な、あるいは意図しない効果を生じさせることのないような別の文言を選択してそれと同旨のものとして解釈・適用する余地があるはずである。その別の文言とは、家事審判申立書170頁等に述べたとおり、「配偶者関係にある両当事者」、「一方配偶者・他方配偶者」、「実親・その配偶者たる養親」等である。

- 5 以上のとおり、千葉勝美元最高裁判事の前記論述は、民法が同性婚を禁止していないと解することは、「民法解釈の範囲内であること」を示唆している。

第5 民法における実親子関係に関する規定は、民法が同性婚を否定とする根拠にならないこと

- 1 すでに家事審判申立書40～52頁等で述べたとおり、民法の実親子関係に関する規定は、網羅的、具体的、客観的に見れば、いずれも、同性婚と両立しない規定ではない。
- 2 すると、それらの規定の存在を根拠として、「民法が同性婚を許容している」と解することが民法解釈の範囲外である」ということはできない。
- 3 付言するに、民法の実親子関係に関する規定は、感覚的、抽象的には、あたかも同性婚と両立し得ない規定であるかのような印象を我々に抱かせるものであるが、法解釈は、そのような感覚的、抽象的な印象によって行なうことはできないのであって、網羅的、具体的、客観的に検討すれば、家事審判申立書40～52頁等で述べたとおり、実親子関係に関する規定によって、「民法が同性婚を許容していると解することが民法解釈の範囲外である」とすることはできない。

第6 まとめ

以上のとおり、これまでに唱えられた民法解釈は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが法解釈の範囲外であること」を示していない。民法における実親子関係に関する規定も、民法が同性婚を否定とする根拠にならない。

むしろ、元最高裁判事千葉勝美の論文は、「民法が同性婚を禁止していないと解することが民法解釈の範囲内であること」を示唆している。

そのため、同性婚を禁止していないという解釈が法解釈の範囲内である以上、この範囲内で、民法は、憲法に適合するよう解釈されなければならない。

したがって、家事審判申立書73頁以下で「主張Ⅱ」として述べたとおり、民法は、当事者の性別の組合せを問わない内容に合憲拡張解釈（憲法14条1項、24条2項）されなければならない、本件婚姻届は受理されなければならない。