

意見書

2025年2月9日
学習院大学法学部准教授
マシャド・ダニエル

はじめに

本意見書は、現行民法上の同性間の婚姻（以下「同性婚」という）の可否について、これまでの研究に基づいて意見を述べるものである。

私は、結論から言えば、現行民法において同性婚が成立し得ることを否定する根拠がすでに失われており、またその成立を認める余地が十分にあると考えている。以下では、私見の妥当性を示すために、婚姻制度の目的と同性婚の関係（Ⅰ）を確認したうえで、現行民法上の同性婚の成立可能性（Ⅱ）について検討する。

Ⅰ 婚姻制度の目的と同性婚

1 婚姻制度の目的

仙台市太白区長の意見書（以下、「区長意見書」という）では、「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」とある。確かに夫婦とその間に生まれる未成年子の共同生活は婚姻制度によって法的保護を与えられるべき共同生活関係であろう。しかし、少なくとも現行民法上の婚姻の目的は、この共同生活関係に限って排他的に法的保護を与えることではなく、社会的に正当と認められる多様な共同生活関係すべてに対して法的保護を与えることである。

戦後の民法改正の立案担当者であった中川善之助は、「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」ないとしていた（中川善之助『略説身分法学』（岩波書店、1930年）101頁）。また婚姻制度は、「婚姻のために婚姻する」結合の中から、「道徳社会上の要求の主要なものと法律技術上の要求とを合わせて、それに適った」結合に対して正当なものとして法的保護を与えるものと考えられてきたのである（穂積重遠『親族法大意（改訂版）』（岩波書店、1925年）53頁）。そして、婚姻制度の法的保護の対象は、時代や地域とともに変容する習俗上の「結婚」の内容によって決まり、「単に立法技術上の一形式的要件を缺くの故を以て、凡ゆる保護を拒むは正しき態度と」言えないとされたこと（前掲中川（1930）94頁）は現行法上の婚姻制度と密接不可分の関係にある内縁保護の根幹を成している。

したがって、同性カップルの共同生活関係が婚姻制度の法的保護を与えられるべきか否かは、ア・ポストリオリの婚姻制度の目的（立法時の制度設計に際して設定される固定的な目的）により決せられるのではなく、ア・プリオリに存在し時代とともに変容を遂げる婚姻制度の目的（実定法以前に存在する社会制度としての柔軟な目的）に照らして、それぞれの時代および社会において正当な結合として法的保護を与えられるべきと認められる関係に該当するか否かによって判断されるべきであろう。

なお、このような伝統的な婚姻制度の理解から、仮に同性カップルの共同生活関係が社会的に正当な結合として法的保護を与えられるべき関係に該当するとしても、立法技術上の形式的要件を具備できない場合は、法改正を経なければ、婚姻に準ずる関係として婚姻制度の法的保護を享受できる余地があるにとどまることはそのとおりである。したがって、現行民法において同性婚が成立し得るか否かという判断は、同性カップルが社会的に正当な結合として法的保護を与えられるべき関係とされるに至っていることを前提（この前提については後述）として、同性カップルが婚姻の立法技術上の形式的要件を具備できるかどうかの判断に還元される。この点についてはIIで後述することにして、その前に婚姻の目的と同性婚の成立可能性についてもう少し敷衍して検討する。

2 日本近代婚姻法における生殖の位置付け

区長意見書では、婚姻が生殖と不可分の関係にあることが前提とされているが、この考え方は、日本の婚姻法の伝統に照らして異質なものであるべきである。管見の限り、日本で初めて婚姻と生殖の関係について直接触れた文献は、穂積重遠『親族法大意』（岩波書店、1917年）である。すなわち、穂積は「(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」(同 61 頁) と述べ、この見解がその後の定説となった。

異論が全くなかったわけではないが、大正時代の主要な概説書（柳川勝二『日本親族法論』（清水書店、1924年）¹、外岡茂十郎『親族法講義』（敬文堂書店、1924年）²、遠藤登喜夫『親族相続法綱領』（巖松堂書店、1924年）³、和田于一『婚姻法論』（大阪巖松堂書店、1925年）⁴、岩田新『親族相続法綱要』（同文館、1926年）⁵）においても、昭和時代の主要な概説書（野上久幸『親族法・三省堂コンメンタール』（三省堂、1928年）⁶、河邊久雄講述『親族法講義』（日本大学出版部、1930年）⁷等）においても婚姻は当事者間の精神的・肉体的結合に基づく共同生活関係であって必ずしも生殖を目的とするものではないとされていた。また、中川善之助により、この見解が下記のとおり整理され、戦後にかけて日本婚姻法制度の伝統的理解となった。すなわち、

「婚姻における結合は合理的・利視的な目的社会結合にあらずして、性情的・愛著的なる本質社会結合である。結合の根本的動力となるものは何等の打算的利益にあらず、寧ろ非合理的なる性情自体である。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く、「婚姻の結合は性情の所産であつて、理性の制作ではないからである。然か

¹ 婚姻は男女の精神的結合にしてその共同生活を目的とするものであり、「生殖力ノ缺乏セル人、交接不能ノ人トノ婚姻ハ有効ナリヤ否ヤ是等不能ノ事由ハ仮令之アルモ人自体ニ関スル錯誤ニ非ルハ明白ニシテ又婚姻ノ本質ニ背戻スルモノニアラス婚姻ハ精神的結合ニシテ子孫繁殖ハ其主タル目的ニアラス從テ先天的無勢力ノ者ト雖モ、極老者ト雖モ、瀕死者ト雖モ其間ニ婚姻ハ存在スヘシ決シテ之ヲ無効ナリト為スヲ得ス」（同書 169 頁）。

² 「婚姻ニヨリテ共棲生活ニ関スル権利義務発生ス。或イハ夫婦間ニ発生スル権利義務ヲ以テ常ニ Sexual-Intercourse ニ関スルモノナリト為ス（Regulated Sexual Relation）。然レトモ性的ナル事ハ婚姻ノ唯一無二ノ必要の要素ニ非サルノミナラス、近代法ハ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キヨリ之ヲ觀レハ蓋シ正当ニ非サルヘシ」（同書 114-115 頁）

³ 「結合トハ肉體上ノ關係ノミナラス平常互ニ相協力シテ生活スルヲ云フモノナリ」（同書 81 頁）

⁴ 「元來婚姻ノ目的ハ数へ來レハ種々アルテアロウカ、其最モ重要ナル目的ハ男女ノ生理的結合（略）デアリ、又子ノ生育教養（略）デアラウ。我民法モ亦婚姻ノ目的トシテ是等ノ事實ノ存在ヲ否認又ハ禁止スルモノテハナイ。然シ乍ラ我民法ハ婚姻ノ主タル目的ハ男女ノ共同生活ニ在リト為シ、必スシモ男女ノ生理的結合、子ノ生育教養ヲ以テ缺クヘカラサル婚姻ノ使命トスルモノテナイ」（同書 19-20 頁）

⁵ 「生殖能力ヲ有スルコトハ、婚姻ノ要件テハナイトサレテアル。幼年者ノ結婚モ取消事由タルニ止マル」（同書 25-26 頁）

⁶ 「今日ノ社会状態ニ於テ夫婦カ其生活ノ全部ヲ共同ニスルコトハ困難デアロウ。シカシ經濟生活ノ結合ノミヲ目的トスルカ如キハ婚姻テハナイ。少クモ一般ノ形ニ於テ婚姻ハ夫婦ノ精神肉體經濟ノ各方面ノ生活ノ結合ト生殖ヲ目的トスルモノト謂ハネハナラス。…生殖カ婚姻ノ目的ニアラサルモノト為スカ如キハ例外ヲ捉エテ一般ヲ推サムトスルモノデアル。精神病カ離婚原因テナイコトヲ理由トシテ婚姻ハ精神的結合ヲ目的トシナイト論シ得ルモノハナイデアロウ。」（同書 118-119 頁）

⁷ 「婚姻ハ精神的結合ニシテ生殖ハ唯一ノ目的ニアラサルカ故ニ、不具ナルコト癩癩若クハ無勢力ナルコトハ婚姻ヲ無効トセス」（同書 115-116 頁）

らばその場合の性情は何を目的とするか。人は子を得ることを嫌つても必ずしも婚姻を嫌ふものではない。従て婚姻の核心をなす性情も窮極的には種族保存に向けられて居るにしても、人を直接婚姻にまで赴かしめるものとしては、何等かより明確な、又より近接な目標が存して居なければならぬ。私はそれを『異性特質の相互享有』だと考える」(前掲中川(1930)101-102頁。下線は筆者による)

確かに、中川善之助の「異性特質の相互享有」という表現にみられるように、上記論者のいずれもが婚姻を男女の結合として捉えており、同性婚が成立する余地はないと考えていた。しかし、そのことは、婚姻または婚姻制度の目的からの帰結ではなく、当時の社会的または科学的な同性愛の病理的理解を前提としている。そのためにも、IIで後述するとおり、戦前の学説は生殖が婚姻の(唯一の)目的ではないことと同性婚が認められないことを整合的に説明する説得的な解釈論を提示することに苦戦した。また、中川善之助がいう「異性特質の相互享有」たるものは、後述のとおり、同性愛が変態性欲ではないとされるに至った現在は「性的指向に基づく結合」と読み替えることは可能かつ自然である。

以上から、婚姻が生殖と不可分の関係にあることをもって同性婚の可能性を否定することは、そもそも日本婚姻法の伝統的な理解に違背するものであり、少なくとも民法学説の観点からは、時代錯誤甚だしい論調である。明治民法においてさえ婚姻は「男女の意思に基くべきものとされ、又祖先祭祀の承継者を得ること若くは子孫を残すことのみが目的とはせられ」(谷口知平『日本親族法』(弘文堂書房、1935)210頁)なかったにもかかわらず、家制度が廃止されて70年以上経過した今になって、同性婚の成立可能性を否定したいがために、あえて婚姻制度の存在意義を「種の保存」に求め、日本婚姻法の伝統に異質な考え方を導入すべきではない。なお、区長意見書の上記理解は、近年の一連の民法改正の趣旨または方向性に反するという点でも時代の流れに逆行しているが、この点については項を改めて検討する。

3 現行民法上の婚姻法と親子法の関係の変容

我妻栄が婚姻について述べるとおり、「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〔戦後の改正民法〕の態度もそう」であった(我妻栄『親族法』9頁)。

近代法上の婚姻制度は、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。近代西欧家族法において、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（婚姻家族）として法的保護を与えられるべきであるとされ、その他の婚外の結合や親子関係は正統な家族を脅かすものとして忌避され排除された。戦後の民法改正は、家という前近代的な共同生活関係の家族としての正統性を否定し、上記の意味における近代家族を近代日本の正統な家族にしようとするものであった。

しかし、20世紀末から児童の権利に対する社会的意識が向上し、家族が多様化するに伴い、近代法上の正統な家族像に疑義が呈されるようになった⁸。その結果、2013年に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ようとする嫡出子と非嫡出子の区別が廃止されたが、その後も再婚禁止期間や共同親権の婚姻への限定などによって婚姻関係と親子関係を結び付けて上記近代家族像を前提とする家族法制の妥当性が疑問視され、両者を適度に切り離す方向で家族法制が改められてきた。

近代婚姻法の親子関係の正統化機能が否定されると同時に、親子関係が父母の婚姻の有無によってなるべく影響を受けないようにすべきとする見解がすでに主流になっているが、近年の一連の家族法改正においても一貫して民法上の婚姻関係と親子関係の結び付きが弱められ、令和6年の改正（令和6年法律第33号）をもって上記有力説の家族法のあり方を前提とする、いわゆる「平成民法」⁹の家族法が出現するに至ったといえる。具体的には次のような変化があげられる。

平成30年の民法の一部を改正する法律（成年年齢関係）によって、成年年齢が20歳から18歳に引き下げられたことにあわせて、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ことにより、1996年の民法改正要綱以来の懸案であった婚姻適齢における男女不平等をめぐる問題が解決された（前掲大村（2024）7頁）が、その結果、戦後の民法改正以降に残った数少ない性別を基準とする法規範がひとつ減ることとなった。また令和4年の改正（令和4年法律第102号）によって、一方では、改正前に子が嫡出子か

⁸ 1994年の児童の権利に関する条約の批准や1996年の民法改正要綱案などがその変化を如実にあらわしている。

⁹ 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）5頁）が、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。

非嫡出子かによって生じていた父子関係の法的安定性の不均衡が解消され¹⁰、他方では、嫡出推定の重複を避けるための再婚禁止期間が廃止されることにより、同じく 1996 年の民法改正要綱以来の懸案であった再婚禁止期間における男女不平等をめぐる問題も解決され（前掲大村（2024）8 頁）、性別を基準とする法規範があとひとつ減ることとなった。そして、これらの改正の結果、婚姻の成立と親子関係の成立それぞれの規律が相互に干渉し合う程度が大きく低下した。

さらに令和 6 年の民法改正（令和 6 年法律第 33 号）によって、親権の帰属・行使と父母の婚姻の関連性が大きく相対化しただけでなく、改正民法第 817 条の 12 第 2 項において「父母は、婚姻関係の有無にかかわらず、子に関す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」（傍点は筆者による）と定められ、父母としての法的地位と夫婦（婚姻関係にある者）としての法的地位それぞれの独立性が確認され、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家族法の方向性が再確認されたと言える。

以上を踏まえて、仮に、上記のとおり戦後の民法改正によって婚姻制度の目的が男女およびその間に生まれる（かもしれない）子の共同生活関係を正統化し正統な家族として法的保護を与えることにあったとしても、このような考え方は、現行民法たる「平成民法」においては、すでに採用し得ないものというべきである。したがって、同性カップルの共同生活関係から自然生殖によって子が生まれ得ないことを現行民法上同性婚が認められないことの根拠として取り上げる主張は、前記 I 2 で述べたとおり、婚姻の目的に係る伝統的な理解に反するのみならず、婚姻法制と親子法制との間の不要な関連性は親子関係に係る不当な差別や男女不平等をもたらすものとして断ち切るべきとする現行民法たる「平成民法」の精神に反するというべきである。なお、令和 4 年改正および令和 6 年改正のいずれにおいても家族をめぐる社会情勢の「多様化」や「多様性」がキーワードであり、それぞれの改正の根幹をなしている¹¹。

¹⁰ 非嫡出子の父子関係を安定させるために、認知無効の訴えが制限されただけでなく、嫡出否認権者の拡張および嫡出否認の訴えの出訴期間の伸長によって嫡出推定によって望まれない父子関係の排除が容易になり、婚姻によって推定される父子関係の安定性が相対化した。

¹¹ 令和 3 年 2 月 10 日法務大臣の諮問第 113 号では「父母の離婚に伴う子の養育への深刻な影響や子の養育のあり方の多様化等の社会情勢に鑑み、子の利益の確保等の観点から、離婚及びこれに関連する制度に関する規定等を見直す必要があると思われるので、その要綱を示されたい」（下線は筆者に

4 民法の定める抽象的・定型的な婚姻関係の内容

区長意見書では、「婚姻関係のように、家族に関する基本的な制度については、その目的もある程度抽象的・定型的に捉えざるを得ず、また、制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要があるとの観点から、民法は、抽象的・定型的に、男女間において婚姻を認めたものである」として大村敦志『家族法（第3版）』（有斐閣法律叢書、2010）が引用されているが、不適切な引用であるとする。大村敦志が「異性性の消滅」という項目の中で同性カップルの契約的保護の可能性を肯定したうえで婚姻的保護の可能性について次のように述べている。

「問題はその先にある。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含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・個別的目的とははされていなくとも、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、仮想婚との関連で述べたとおりである（⇒第1章第3節第1二2(3)）」

（前掲大村（2010）286頁）

当該箇所において大村敦志は婚姻の目的を抽象的・定型的なものとして考えることによつて、婚姻の目的が「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点」にあるとした場合であっても不妊の男女カップルや臨終婚などの有効性を認めながら、同性カップルが排除されると解する可能性を指摘したに過ぎない。言い換えると、不妊の男女カップルや臨終婚などの有効性を認めながら、同性婚の可能性を否定するには、婚姻の目的を「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送るという点」と解せざるを得ないことを意味するに過ぎず、そのように解すべきだとは述べられていない。区長意見書のよ

よる）とされており、また法制審議会家族法制部会第1回会議（令和3年3月30日開催）議事録2頁の藤田幹事による改正の趣旨の説明、11頁の沖野委員発言、14頁の大山委員発言、25頁の原田委員発言、30頁の小粥委員などにおいて家族の多様化に対応することが同改正の目的であるとされている。なお、法制審議会民法（親子法制）部会第1回会議（令和元年7月29日開催）議事録28-29頁においても井上委員の発言などにおいて法制審議会の議論の中で家族の多様化に対応する必要性が改正の基本的な視点のひとつとして位置付けられている。

象的・定型的に捉えなければならないとは一切述べられていない。むしろ、婚姻の目的を抽象的・定型的に捉えるという大村敦志の考え方は、家族法制の基準の明確性ではなく、明確な基準を相対化させる仮想結婚の否定を念頭においたものである。すなわち、区長意見書でいう「制度を利用することができるか否かの基準」をむしろ不明確にする議論である。

この点についてももう少し敷衍すると、大村敦志は上記「第1章第3節第12(3)」において、嫡出性の付与のみが目的の婚姻を無効とした最判昭44・10・31民集23巻10号1894頁と死を直前に控え相続権を付与するためになされた臨終婚を有効とした最判昭44・4・3民集23巻4号709頁を整合的に説明するために、婚姻の「意思は、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」としていることから、前記引用部分の「抽象的・定型的」は、このような婚姻意思の捉え方を指すものであることがわかる。この考え方によって婚姻意思の判断基準が明確になるわけではなく、そもそも家族法制の基準の明確性の要請といったようなものが考慮されておらず、単に判例法の落とし所を求めようとするものである。そして、IIで述べるとおり、現行民法上の婚姻意思を抽象的・定型的に捉えたとしても、前記I2および3のとおり、時代錯誤甚だしい婚姻の目的論を採用しなければ、婚姻意思の欠如を理由として同性婚の成立可能性を排除することは困難であると思われる。

以上から、区長意見書において、家族法制の基準の明確性のために婚姻の目的を抽象的・定型的に捉えざるを得ないとしている点では、看過し難い矛盾があり、あたかも大村敦志の見解を紹介しているかのような引用の仕方は出典の誤った理解によるものである。したがって、「婚姻関係のように、家族に関する基本的な制度については、その目的もある程度抽象的・定型的に捉えざるを得」ないという主張や「制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要があるとの観点から、民法は、抽象的・定型的に、男女間において婚姻を認めたものである」という記述等は民法学的根拠のない持論というべきである。なお、大村敦志の記述から、民法は、抽象的・定型的に婚姻を男女に限定しているか否かの決め手は、婚姻の目的をどう考えるかにあることにかんがみると、前記I1から3までにおいて述べたとおり、むしろ民法は、抽象的・定型的に婚姻を男女に限定していないということになる。

5 同性カップルに生殖能力等がないという前提の誤謬

ところで、仮に区長意見書のいうとおり「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」としても、同性カップルに生殖能力がなく、また子を育てる能力がないという前提に誤りがあるというべきである。

東京高判令 6・10・20 で述べられているとおり、「現在でも、婚姻した夫婦間における子の養育は、夫婦間の自然生殖によってもうけた子のみを対象として行われるものではなく、一方のみと血縁関係のある子のほか、血縁関係のない養子や里親として養育の委託を受けた児童を対象としても行われるものであり、同性同士の共同生活においても、一方のみと血縁関係のある子、養子又は里親として養育の委託を受けた児童を共に養育している例が実際に存在しているのであって、次世代の構成員の確保につながる社会的機能を果たすことが、男女間の婚姻であれば実現可能で、同性間の人的結合関係では実現不能」ではない。

女性カップルは、異性カップルと同様に、精子提供によって子を産み育てることができ、また、男性カップルは、異性カップルと同様に、養子縁組によって子どもを養育することができる¹²。さらに、同性カップルは、異性カップルと同様に、連れ子を育てることもできれば、養育里親になることもできる¹³。そして、日本では公的統計データはないが、実際に子どもを産みまたは育てている同性カップルが存在し、また現に子どものいない当事者に子どもをもうけて育てる意思があることが先行研究によって報告されている¹⁴。したがって、婚姻家庭を子の養育のための最適な環境とする現行法または日本社会において同性婚を認めないことは、むしろ現に同性カップルによって養育されている子どもに対してその最適な環境

¹² なお、男性カップルは生殖能力がないわけではなく、代理出産によって子をもうけることができるが、妻が妊娠できない異性カップルによる代理出産の是非とともに別途に検討しなければならない問題であって同性婚の可否に直結するような問題ではない。

¹³ 2017年4月に大阪市が男性カップルを「養育里親」として認定したケースが初めて明らかになり、その後、同性カップルを「養育里親」認定の対象とする自治体が増えている。例えば、2018年10月から東京都の改正里親認定基準において同性カップルも認定の対象とされるようになった。なお、「養子縁組里親」が認められていないのは、婚姻届を受理されない同性カップルが共同縁組をすることができないためであって同性カップルの養育能力に問題があると考えられているためではない。

¹⁴ 日本における同性カップルによる子育て等の現状について、二宮周平編『LGBTQの家族形成支援』（信山社、2023）19頁以下、杉山麻里子「セクシュアルマイノリティの家族形成」二宮周平・風間孝編『家族の変容と法制度の再構築』（法律文化社、2022）136頁、同『ルポ 同性カップルの子どもたち』（岩波書店、2016）などがある。杉山が述べるように、同性婚訴訟の原告の中に子どもを育ててきたカップルもいるだけでなく、宇都宮地裁真岡支判令和元・9・18の事案で認定された事実の中で女性カップルが自力でSNSで募集した者からの精子提供を受けてシリンジ法によって子どもを授かるうとした過程が描かれているが、これらは氷山の一角とみるべきであろう。

へのアクセスを遮断し、またはその家族の正当性を否定し、その利益を害するものであるということ十分に考慮に入れなければならない。

また、仮に民法上の婚姻の目的が夫婦間の生殖・子育てであるとして、問題は現行民法が自然生殖による生殖・子育てのみを抽象的・定型的な婚姻の目的としているかである。一方では、生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律（以下「生殖補助医療特例法」という。）第 10 条により嫡出否認の特則が定められていることから、民法第 772 条は、嫡出推定が夫婦間の自然生殖による出産を前提としたものであるといえる。他方では、母子関係は分娩の事実によって成立するとされており、生殖補助医療特例法第 9 条は、卵子提供の場合でもそうであることを確認するにとどまり、もとより民法第 772 条は、少なくとも母子関係については、生殖補助医療による生殖を婚姻の抽象的・定型的な目的から排除しているわけではないともいえる。

ところが、民法 772 条以下の実親子法制が自然生殖のみを対象とする規定であったとしても、民法上の婚姻の目的を夫婦間の自然生殖に限定しなければならない必然性はない。民法は、嫡出推定制度によって実父母関係を婚姻と結び付けるのと同様に、養子縁組制度（普通養子縁組であるか特別養子縁組であるかを問わず）によって養父母関係を婚姻と結び付けている。そして、養子縁組制度については、明治民法制定当時から、自然生殖によらず夫婦と未成年子との間の法的な親子関係を形成することがその重要な目的のひとつであるとされてきた。そうすると、民法上の婚姻の抽象的・定型的な目的を夫婦間の未成年子の存在可能性と結びつけて考えたとしても、その未成年子の存在可能性は、自然生殖によるか養子縁組によるかを問わないというべきである。そして、同性カップルが子を養育する能力を有することは、里親制度の実務等においてすでに認められているのみならず、自然生殖によって子をもうけない異性カップルと同様に、婚姻の抽象的・定型的な基本的効果の中から夫婦による自然生殖によらない未成年子の共同養育を想定した諸規定の適用（民法第 795 条、796 条、798 条ただし書、817 条の 3 等）を受けることができる以上、同性カップルによってもこうした意味における婚姻の抽象的・定型的な目的が実現可能であるというべきである。

以上から、仮に、区長意見書のように、近年の一連の民法改正の方向性に反して、民法上の婚姻の目的を親子関係と不可分のものとして捉えたとしても、同性カップルが自然生殖によって子を授かることができないこと以外には、婚姻の目的を実現できないと解する根拠は見当たらない。

なお、同性婚については、現行実親子法制を前提とする限り、「夫」および「妻」がいない婚姻であって自然生殖による父子関係の成立を前提とした民法第 772 条を適用する余地はないと解すべきであると思われるが、異性婚であっても民法第 772 条が法律婚の事実によつてのみ直ちに適用されるとは限らず、当該夫および妻の個別具体的な事情により民法第 772 条が適用されるか否かが判断されてきた（最判昭 44・5・29 民集 23 卷 6 号 1064 頁、最判昭 44・9・4 判タ 240 号 137 頁等）。民法第 772 条が適用されない異性間の法律婚がある以上、はたまた法律婚であっても民法第 772 条が適用されるとは限らない以上、法律婚の抽象的・定型的な目的の範囲を同条の適用可能性によって画することはできず、もっぱら民法第 772 条を適用できないことを根拠として同性婚の可能性を否定することに合理性はないというべきである。

小括

以上から、日本民法では、婚姻制度の目的は、社会的に正当と認められる共同生活関係に法的保護を与えることであり、また生殖が婚姻の主たる目的として捉えられたことはなく、戦後の民法改正によって民法上の婚姻が想定する家族が夫婦とその未成年の子からなる近代家族に改められたが、1990 年代頃からこのような近代家族像に疑義が生じ、近年の一連の家族法改正によって、唯一無二の正統な家族は存在しないことを前提として、正当な家族の多様性が確認されている。さらに、嫡出子と非嫡出子の区別の廃止を皮切りに、婚姻関係と親子関係が相互に影響し合う程度が大きく低下し、現行民法の婚姻の目的を生殖・子育てに限定する民法上の合理的根拠がすでに失われたというべきである。また、仮に現行民法上においてもなお婚姻の抽象的・定型的な目的の中に生殖・子育てが必然的に含まれると解したとしても、同性カップルといえども、異性カップルと同様の養育能力を有するのみならず、夫婦の一方が不妊である異性カップルと同程度の生殖能力を有することを考慮すると、生殖能力の欠如等を理由として同性カップルを婚姻の抽象的・定型的な目的から排除することはできない。

ところが、I の 1 で指摘したとおり、同性間の結合はこの意味における婚姻の目的を実現し得るものであったとしても、現行民法上で直ちに同性婚が許されるとはいえない。近親婚や重婚などによっても生殖・子育てをすることは不可能ではないが、同性間の共同生活関係と同じようにこれらの関係が社会的に正当であると認められるに至ったとしても、現行民法

ではこれらの結合の正当性を否定する明文の規定があるため、これらの規定は廃止しなければ、近親婚や重婚などを生じさせる婚姻届を受理することはできず、法的保護は婚姻に準ずる近親婚的内縁または重婚的内縁としての保護にとどまらざるを得ない。すなわち、婚姻の目的とは別に、立法技術上の形式的要件の充足可能性が問題となる。したがって、現行民法上同性婚が成立し得るか否かは、もっぱら同性間の結合が社会的に正当な共同生活関係として法的保護されるべきものであると言えるか否か、そしてこれを前提として、現行民法が制定法として同性婚の成立可能性を否定しているか否かによって判断されるべきであるが、この点については現行民法上の同性婚の成立可能性に係る解釈論とともにIIで詳述する。

II 現行民法上の同性婚の成立可能性

結論を先取りしていえば、私見では、現行民法は同性婚を想定する規定が用意されていないため、同性婚の成立を否定するにせよ肯定するにせよ、解釈論として何らかの調整をしなければならないところ、前記Iで確認した現行民法の婚姻の目的に照らし、同性婚の可能性を否定する形式的根拠も実質的根拠も失われており、むしろ同性婚を肯定する実質的根拠があると認められるに至っている以上、同性婚の成立を許容する解釈を優先すべきである。以下では、現行法上の同性婚の成立可能性に関する民法学説の（欠如）の現状（1）、および婚姻制度から同性カップルを排除する民法の仕組みの変遷を確認したうえで（2）、同性婚を無効とする解釈の難点を指摘し（3）、最後に、同性婚の成立を認める解釈の可能性について検討する（4）。

1 戦後の同性婚の成立に係る民法学説の変遷

戦後の民法学説は、1980年代前まで同性婚の可能性に触れるものがほとんどなく「『婚姻（をする）意思』は、『社会通念に従って婚姻類似の生活関係』を形成する意思であり、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にはあたらないという解釈が支配的」であった（大村敦志「性転換・同性愛と民法（下）」ジュリ1081号64頁）。

このような戦後の支配的解釈（以下「婚姻意思欠如説」という。）は、「学問を妻とするとか、書籍を配偶者とするとかいふのが一片の比喻に過ぎなく、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定されなければならないのである」（中川善之助『日本親族法』（日本評論社、1942）189頁）という、戦前からの中川善之助の見解に由来している。II2で後述するように、婚姻意思欠如説は、戦前の

民法学説における民法上の同性婚の可能性をめぐる議論の中で出現したが、戦後にかけて中川善之助の家族法理論（身分行為論や実質的意思説等）が通説として定着し、民法上の同性婚の可否をめぐる議論がされなくなるとともに、暗黙の「支配的解釈」と化した。おそらく同性愛が変態性欲として捉えられていたこともあり、少なくとも 1980 年代末に同性愛者に対する社会的認知度が上昇し始めるときまでは、深く考えなくても同性カップルが婚姻意思の伝統的通説にしたがって同性間に婚姻意思がないことはいうまでもないこととされその関係が「社会通念上夫婦として認められる関係」に該当し得なかったため、戦後から議論がしばらくされなくなったのだろう。この時期にあえてこの問題に触れるものは、我妻榮のように、文末中で、中川善之助由来の婚姻意思欠如説を再確認するにとどまっていた¹⁵。

ところが、1980 年代に入って性的少数者の問題に関する社会的意識が変わりはじめ、また家族の多様化によって婚姻それ自体の社会的通念が変化するとともに、民法学者が従来の婚姻意思欠如説に限界があると勘づき始めた。1984 年に、石川稔は「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く」「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きなりで恐縮であるが）。だから、その雑物が社会的に容認されるものかどうかは問題なのであり、「同性婚の拒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ろう」と述べ、同性カップルの共同生活関係および婚姻それ自体の社会通念の変化によって同性婚が可能になることを示唆した（石川稔「新・家族法事情 同性愛者の婚姻〔その 2〕」法セ 356 号 60 頁）。また、1966 年に註釈民法の婚姻の前注において、「II 実質的要件…（ク）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つて当然である。このような意味で同性婚はもちろん成立しない」（青山道夫編『註釈民法（20）親族（1）§§725～762』（有斐閣、1966）189-190 頁）と述べていた上野雅和は、1989 年の新版註釈民法（青山道夫・有地亨編『新版注釈民法（21）親族（1）総則・婚姻の成立・効果 §§725～762』（有斐閣コンメンタール、1989））において、この問題に 2 行ではなく 2 頁を割き、「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。したがって、同性の生殖結合関係や共同生活関係は婚姻たりえないとされてきた」としたうえで、一方では

¹⁵ 婚姻の意思について「夫婦関係とは何かといえ、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」という記述の文末末注一において「同性婚の『婚姻』はこの意味で婚姻ではない（中川・百五八頁）」とされている（我妻榮『親族法』（有斐閣、1961）14、18 頁）。

「生殖と子の養育は婚姻の一つの主要な目的ないし役割ではあっても、生殖を目的としない婚姻も法律上有効であり、他方では「生殖および子の養育は婚姻内でだけ許容されるということもでき」ず、このように「婚姻と生殖との不可分の結合関係が失われると…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」として石川稔と類似の理解を示した（同 178-179 頁）。

また、1990 年に事実婚的保護を「意図された事実婚」に応用するための理論を展開した二宮周平は、同性カップルについても、憲法上の権利保障という観点から、事実婚的保護の可能性を肯定的に捉えるべきであるとし、はじめて同性カップルの共同生活関係の準婚的保護の可能性を示唆した。しかしながら、当時はまだ同性カップルが事実婚的保護の要件とされる婚姻意思を有しうるとすることが困難であったことを意識し、事実婚的保護ではなくも、契約的保護を認めるべきであるとした（二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990）344-345 頁）。これに対し、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」（大村敦志「性転換・同性愛と民法（下）」ジュリ 1081 号 64 頁）と指摘したうえで、「内縁としての保護」の可能性について、内縁保護法理によって「内縁に一定の法的保護が与えられるのは、それが婚姻に似たものであるからである。そうだとするならば、異性カップルの共同生活関係に対して内縁としての保護を与えることはある程度まで可能であるとしても、同性カップルを同様に扱うことはできない。同性間では婚姻が不可能である以上、内縁もまたあり得ないということになる」と述べ、結論において、二宮周平と類似の見解を示した（同 65 頁）。

このように、1980 年代から 1990 年代にかけての民法学説においては、婚姻意思等の伝統的通説を前提とする限り、婚姻の社会通念の変化によって民法上同性婚を認める余地があるが未だこのような変化が認められないことを前提として、従来事実婚的保護を同性カップルに及ぼすことができないと考えられていた。そして、これを受けて、同性カップルに事実婚的保護を与えることを念頭に、民法学説上の婚姻意思欠如説が揺らぎはじめる。

1994 年に星野英一があえて従来支配的見解に反して婚姻意思の問題としてではなく、婚姻の成立的要件として年齢および再婚禁止期間とともに、婚姻は「③男女の結合であること

を要すると解される。どこでも民法には規定がないようだが、外国では要件として取りあげられている」(星野英一『家族法』(放送大学、1994) 59 頁)とした。その理由は必ずしも明らかではないが、1997 年に星野茂は、従来の婚姻意思欠如説と星野英一の「婚姻障害事由説」とを比較検討し、婚姻意思欠如説をとれば同性カップルに対して準婚的保護を与えることができなくなることを前提に、「同性カップルの場合には、当事者が同性であるということだけで『婚姻意思』はないと断じていることが果たして今日でもいえるのか疑問」であるとしたうえで、「私見としては、現在の制度のうえでは解釈論として同性カップルに法律上婚姻を認めることはできないと考える。現行法は、文言の上からも『夫婦』、『夫』・『妻』という男女の別を指す語を用いており、また、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からである。それゆえ、同性カップルは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。そして、通常は考えられないが、この同性カップルの婚姻につき誤って婚姻届が受理されたような場合には、その性質上、取消の対象となるのではなく、無効となると考えられる」という見解を示した。そして、このような解釈に基づいて、同性カップルの内縁的保護の可能性を肯定した(星野茂「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 卷 3-4-5 号 241-248 頁)。

その後、婚姻および同性愛に関する社会通念が変化したこと等を理由に同性カップルを事実婚として保護すべきとする見解が有力¹⁶になるが、その前提となる民法上の同性婚の可能性に係る検討は、ほとんど見当たらない。この点について、2015 年に大村敦志は「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」(大村敦志『民法読解 親族編』(有斐閣、2015) 32-33 頁)と述べ、近年この状況が変わってきたことを示唆するが、現在も、確かに概説書類で同性婚に触れるものが増加したとはいえ、立法論や比較法に徹するもの(二宮周平『家族法(第5版)』(新世社、2022) 33-35 頁)、同性婚が認められないことを当然の前提とするもの(前田陽一・本山敦・浦野由紀子『民法 VI 親族・相続(第6版)』(有斐閣、

¹⁶ 大島梨沙「日本における『同性婚』問題」法セ 706 号 7 頁、棚村政行「日本における同性婚及び同性パートナー湿布制度をめぐる動向」新・アジア家族法三国会議編『同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題』(日本加除出版、2018) 123-131 頁、二宮周平「同性パートナーシップの公的承認」二宮周平編『性のあり方の多様性』(日本評論社、2017) 22-23 頁などを参照。これに対して 2000 年代以降は同性間の共同生活関係に対する準婚的処遇を否定する見解は見当たらない。

2022) 50-51 頁、柳勝司編『家族法(第4版)』(嵯峨野書院、2019) 65-66 頁)、松川正毅『民法親族・相続(第7版)』(有斐閣アルマ、2022) 70 頁)、事実婚的保護の可能性にしか触れないもの(山本敬三監修『民法7家族』(有斐閣、2023) 51 頁)など、現行民法における同性婚が成立し得ない根拠または仕組みを検討するものが依然として皆無であり、大村敦志自身のその概説書において示した見解が、事実上、通説的見解として機能するに至っている。

すなわち、大村敦志は、星野英一と同様に、同性婚の問題を婚姻意思の欠如としてではなく、「生物学的要因」として、次のように説明している。

「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。同性では子どもが生まれないので、同性のカップルの共同生活は婚姻とはいえないということだろう。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。

少なく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。他方で、そもそも『男』とは何か、『女』とは何かということも検討が必要になっている。性転換が社会的に許容されはじめているからである。

少なくとも現段階では、同性婚を認めたり、性転換者の婚姻を無制限に求めることは困難だと思うが、同性のカップルに対して契約的な保護を拒む必要はないだろう」

(前掲大村(2010) 133-134 頁)

このように、現在の民法学説の通説的見解は、同性カップルの事実婚的保護を与えることを視野に、従来の婚姻意思欠如説から婚姻障害事由説に方向転換し、当該婚姻障害の根拠を、異性の婚姻を前提とする、憲法および民法の「夫婦」等の文言に求めている。民法の文言が異性を想定したものであることは当然であるし、婚姻障害事由説が同性カップルの準婚的処遇を容易にしようとした点は評価されるべきであろう。しかし、この見解は、もっぱら婚姻の目的が「二人の人間が子どもを育てることを含意して共同生活を送る」ことであって「同性間で子どもが生まれない」という実質的根拠によって支えられているところ、前記 I のとおり、このような見解を維持するための実質的根拠が過去に存在したかは怪しく、もし存在したとしてもすでに失われている。そうすると、この見解は実質的根拠を欠いた文理解釈と化している。また、次項で述べるように、この見解において、婚姻の無効事由・取消事由を限定する民法第 742 条柱書または民法第 743 条という明文の規定に反することが度外視さ

れ、これらの規定が存在しないかの如く普及しており、実定法規の文理を重視する解釈論としても問題がある。

なお、このように解釈論が粗末になっている理由を考えると、おそらく 1990 年代以降、民法学説がいわゆる解釈論の時代から立法論の時代へと移り変わり、2000 年代から同性カップルの法的処遇をめぐる議論は再び社会的な注目の的となる 2010 年代半ばまで、民法学研究は主として立法論に向けられた比較法研究に徹し、同性婚は立法によって解決されるべきものだという考え方が定着したことに原因がある¹⁷。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ことのあらわれとして、戸籍実務において婚姻届の不受理理由が「同性間の婚姻が憲法第 24 条に反すること」から「同性間の婚姻が不適法であること」という曖昧な表現に改められ、またいわゆる結婚の自由をすべての人に訴訟（以下では「同性婚訴訟」という）において違憲審査の対象が「民法及び戸籍法の諸規定」であるとされ、民法上何故に同性婚が認められないかが必ずしも明らかにされないまま、同性婚が認められないという「所与の前提」として合憲性が争われているという不可解な現象が発生している。

以上から、現在の民法学説をもって現行民法上同性婚の可否を説明することはできず、民法上の同性婚の位置付けを再考しなければならないが、そのためには、まず近代民法における同性婚排除の仕組みまたは法的根拠の沿革を確認する。

2 民法上の同性婚排除の法的根拠の変遷

(1) 旧民法における同性婚成立防止の仕組み

¹⁷ この点について、大村敦志は「家族法改正において（家族法）学説は連戦連敗以前の状況にある」（前掲大村（2024）14 頁）と指摘していることが示唆的である。家族法学説が現行民法の解釈論を顧みない立法論を展開していることが、現行民法を前提とする家族法改正においてその存在感を發揮せず空回りしている原因のひとつであると思われる。また大島梨沙「家族制改革における立法の位置」井田良・松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（サカニシヤ出版、2014）214 頁もこの点を指摘している。なお、「同性婚は法解釈ではなく立法によって導入されるべき」という考え方は、特に 2015 年に Obergefell v. Hodges において米連邦最高裁判所によって同性婚が認められて以降、2019 年に同性婚訴訟が始まったこともあり、積極的に主張されなくなったが、2000 年代にはカナダと南アフリカにおいて、2010 年代にはブラジルと台湾において同性婚が司法権の積極的な介入によって認められるに至っており、比較法の観点から、同性婚の合法化に向けた法解釈による司法介入（そのあり方はそれぞれの国の法制度によって異なるが）例を見ないものではない。

民法学者がこのことをあまり意識してこなかったが、旧民法人事編（明治 23 年法律第 98 号）には、同性婚の発生を防止するための仕組みが用意されていた。すなわち、第一草案の『民法草案人事編理由書』では、婚姻の不成立に関する同草案第 85 条について次のような解説がある。

「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

不成立ノ婚姻ハ其文字ニ明示セル如ク法律上存立セサルモノトシテ其事実ハ如何ナル効果ヲモ生セサルモノトスル。何トナレハ虚無ノモノハ道理上効果ヲ生スルノ謂ハレナケレバナリ。」

（『民法草案人事篇理由書』（1888）74-75 頁）

同条は下記のとおりに定めていたが、明治民法以降の民法（後述）と異なり、不成立事由を限定列挙する文言がおかれていなかったため、同条第 1 号の婚姻意思の欠如および同条第 2 号の形式的要件の欠如の「二箇ノ場合ノ外」の不成立事由の存在が意識的に容認されていたのである。

第七節 婚姻ノ不成立及ヒ無効ノ請求

第八十五条 人違ニ由リ若クハ心神喪失ノ時為シタル婚姻ハ不成立トス

又身分取扱人ノ立会ナクシテ為シタル婚姻ハ不成立トス

婚姻ノ不成立ハ何人ニ限ラス何時ニテモ訴権又ハ抗弁方法ニ依リ之ヲ申立ツルコトヲ得

草案の審議を経て同条第 2 号が形式的要件の欠如ではなく近親婚にとって代わったが、例示列挙という同条の仕組みが変更されず、旧民法人事編第 55 条として制定された¹⁸。

なお、同性婚が不成立であることの実質的根拠は明らかにされていないが、少なくとも婚姻と生殖の不可分性ではなかったことはわかっている。旧民法人事編では、明治民法以降の民法と同様に、生殖能力や性的能力等が婚姻の成立要件とされておらず、不成立・無効事由ともされていないのみならず、前掲令和 6 年東京高判で確認されているとおり、「旧民法人事編の起草過程は、生殖能力を持たない男女の婚姻の可否に関し、当時のイタリア民法にない、子孫の生殖をし得ない『身体の不能力』を婚姻の無効原因に加えようとする意見もあ

¹⁸ 第五節 婚姻ノ不成立及ヒ無効

第五十五条 人違、喪心又ハ強暴ニ因リテ雙方又ハ一方ノ承諾ノ全ク欠缺シタル婚姻ハ不成立トス

第三十四條乃至第三十七條【近親婚の禁止】ノ規定ニ違ヒテ爲シタル婚姻モ亦不成立トス

婚姻ノ不成立ハ何人ニ限ラス何時ニテモ之ヲ申立ツルコトヲ得

ったが、そのような規定が設けられなかった。この点に関し、起草者は、婚姻は『両心の和合』をもって性質とするものであり、『産子の能力』は必要不可欠の条件ではないから、高齢や身体的事由により生殖能力を欠くことを婚姻の障害事由とすべきではないと考えていた」のである。

ところが、旧民法人事編の上記仕組みは偶然に同性婚の発生を防止し得るものではなかった。婚姻の不成立という概念は、フランスの注釈学派に由来し、当時のフランス民法学における婚姻の無効に関する通説的見解は、①「明文なき無効なし (pas de nullité sans texte)」という婚姻法の原則（教会法由来）を前提とし、②制定当時のナポレオン民法になかった合意の欠如や形式的要件の欠如等の場合においてこれらの婚姻が「無効婚 (mariage nul)」ではなく「不存在婚 (mariage inexistant)」であるとしてその効力を否定していた。そして、当時のフランス民法学説では②の典型例として当事者の同性が取り上げられていた¹⁹。

実は、旧民法以前に民法編纂過程前期から上記①および②がすでに日本に伝わっていた。箕作麟祥および牟田口通照により起草された明治 11 年民法草第 155 条において「婚姻ハ完全又ハ不完全ノ取消ノ原由アルニサレハ其取消ヲ為ス可カラス」として①に係る規定がおかれたのである。婚姻の不存在に関する規定は置かれなかったが、当時のフランス学説において民法上の婚姻の無効が相対的無効および絶対的無効に区別されていたことを受け、ナポレオン民法ではなく学説にならって婚姻の無効（「取消」）の原因（「原由」）は完全なる原因と不完全なる原因にわけて規定され、同草案第 156 条で当時のフランスの概説書において不成立婚の原因として必ず取り上げられていた意思の欠如（同条第 1 号）および形式的要件の欠

¹⁹ この点について、中川善之助『日本親族法—昭和十七年』(日本評論社、1942) 213-215 頁や有地亨『新版家族法概論(補訂版)』(法律文化社、2005) 82 頁等を参照。中川は、フランス民法において教会法由来の「明文なければ無効なし」の原則が採用されたが、「民法典の注意深き豫見にも拘はらず、実際にはどうしても有効視することの出来ない婚姻的關係でいて、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、かかる変態関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つた。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 (ママ) である…」(下線は筆者による)と解説したうえで、「我が国においはこれが甚だしく歪曲されて入っている…民法の無効とは何をいふか。それはヨーロッパ流の不成立婚に近い。当然無効であり、何人からもまた何時に手もこれを主張することが出来ると解されているのもこの故である。しかも民法はここにも『明文なければ無効なし』の原則を適用し、『婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス』として二つの原因を掲げたのである」と説明している。このように、中川の婚姻意思無効説は、同性カップルに対する時代的な偏見と民法第 742 条柱書において「明文なき無効なし」の原則を採用されていることに依拠しているのであるが、この点については、本文で改めて詳述する。

如（同条第2号、第5号および第6号）が完全なる原因として定められた。不成立婚という概念は、法を改正することなく、①の原則に照らして生ずる不都合を解消するためのものだったため、ナポレオン民法に足りていないと思われた明文の規定が追加されたのであろう。その中に当事者の同性が含まれていなかった理由は明らかではないが、同草案の参考にされた文献において不成立婚の例として当事者の同性が取り上げられていなかったことが原因であると考えられる。

これに対して、旧民法人事編においては、当時のフランス民法における講学上の区別であった絶対的無効および相対的無効の概念が民法上の概念として採用されなかった²⁰が、婚姻の不成立という新たな概念が民法上の実定法規として定められた。旧民法人事編草案第86条の無効は他の無効と異なり「公益ノ為メ之ヲ設クルモノナレハ其効力ハ絶対的ノモノトス」とされていることなどから、明治11年民法草案の無効の完全なる原由が旧民法人事編上の不成立概念に相当するものではないことがわかる。すると、旧民法人事編第一草案第85条および旧民法人事編第55条は無効・取消しの類の定めたものではなく、当時のフランス民法における「不存在婚（*mariage inexistant*）」の規範を実定法規として制定したものであるといえる。

以上から、旧民法人事編において、当事者の同性が旧民法第55条に含まれる不文の不成立事由として想定され、同性婚の発生を防止するための実定法規が用意されていたことが明らかである。しかし、旧民法の修正によって起草された明治民法への移行において、おそらく不成立概念の意義が十分に理解されなかったため、日本の民法がこのような仕組みを失うこととなる。その結果、戦前の概説書類において、明治民法上同性婚が認められないことの説明が錯綜することになるが、この点については、項を改めて述べることにする。

(2) 同性婚発生防止のための実定法規の喪失と戦前の民法学説の対応

²⁰ この点について、ボワソナードは学説的な説示をする規定を民法におくべきではないことを原則としていた。例えば、プロジェ第1条（財産の定義）に関する解説において、ボワソナードは学説的な説示を法として定めてしまうと、当該学説に誤りがあれば、立法のみによってこれを修正することができ、民法が硬直的になってしまうことを理由として、相当の理由がなければ、このような規定をおくべきではないとしていた。なお、このような考え方はボワソナード固有のものではなく、法律取調委員会でも採用されている（財産の定義規定の「相当の必要性」の有無に関する議論について、民法草案議事筆記第1回を参照）。

明治民法では「不成立」概念が「無効」に改められたことについて、梅謙次郎は法典調査会において次のように説明している。

「既成法典ニハ「婚姻ノ不成立及ヒ無効」トアリマスルガ其意味ハ本案ノ是迄用キ來タリマシタル言葉ノ例ニ依ルト無効及ビ取消ト云フコトニナルヤウデアリマス、ケレドモ此無効ト云フノハ婚姻ニ付テハ又別段ノ意味ヲ持テ居ツテ矢張り是ハ無効、普通ノ場合ナラバ不成立ト言フベキ場合デハアルガ全ク不成立ニシテハ結果ニ於テ便宜ノ爲メ幾分か取消ノ場合ト同ジヤウナ効力ヲ生ゼシメルケレドモ理論ハ矢張り無効デアルト云フヤウナ考ヘデ或ハ無効ト云フ字ガ使ハレタカトモ想像ハ付キマスル然ウシテ外國ニモ然ウ云フ例ハナイノテハアリマセヌ例ヘバ獨逸民法草案ノ如キハ現ニ然ウ云フ意味ニ使フテアリマス…」

(法典調査会 第 143 回 議事速記録 47 卷 134 丁裏)

このように、起草者においては、旧民法人事編第 55 条の「不成立」は、つまり「無効」のことであり、前項で述べたフランス民法学説の「不存在婚」の概念に由来しフランス民法上の「無効」の概念と性質を異にしていたことが認識されていなかった。梅がこのような誤解をしていたことは、現行民法第 742 条に相当する明治民法の甲 50 号議案第 785 条の法典調査会における梅の説明からも明らかである。すなわち、梅はそこで「第三ニハ人事編ノ三十四條乃至三十七條ノ場合ニハ婚姻ガ絶対ニ無効、不成立ト云フコトニナツテ居リマス」(法典調査会 第 143 回 議事速記録 47 卷 136 丁裏)と述べており、旧民法同条の「不成立」をフランス民法でいう「絶対的無効」、明治 11 年民法草案でいう「無効の完全なる原由」と同視している。前項で述べたとおり、絶対的無効・相対的無効の区別と不存在婚という概念は別個独立のものであって明治 11 年民法草案には不存在婚が導入されず、旧民法には絶対的無効・相対的無効の区別が講学上のものとされ、この相違を理解していれば、「不成立」と「無効の完全なる原由」と同一視できないことに鑑みると、梅は、少なくとも明治民法の起草当時において、「無効」と「不成立」の相違を気づいていなかったといえる。

ところが、旧民法の不存在婚を無効として位置付けると、旧民法と異なり、「明文なき無効なし」の原則を廃止しない限り、この原則に従って同条の事由を限定しなければならない。この点について、法典調査会において重岡薫五郎はなぜこのような当然のことを規定しなければならないのかという質問をすると、梅は「先刻モ申シタ通り此場合シカ無効トハセヌ夫レダカラ明文ガ要リマス若シ一般ノ法理トカ或ハ規定トカニ依テ無効トナルベキ場合ハ矢張り本案モ無効トナルノナラバ仰ノ如ク明文ハ要リマセヌガ併シ一般ノ原則カラ言ヘバ無効ト爲ルベキ場合デモ本案デハ無効トシナイ」と述べ、前項で指摘した「明文なき無効なし」の原則を説明している。このようにして、現行民法第 742 条に相当する明治民法第 778 条に、

旧民法人事編第 55 条と異なり、「婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス」という柱書が設けられたのである。

前記(1)で示したとおり、旧民法人事編第 55 条の不成立概念は明文の規定を不要とする点で婚姻の無効と区別されていたものであり、絶対的無効と相対的無効の区別に基づくものではなかったため、梅が、知らない間に、旧民法人事編において用意されていた同性婚の発生を防止するための実定法規を民法から落としたわけであるが、その結果、戦前の概説書類において、同性婚の効力を否定する解釈論が錯綜することになる。

前掲大村（2015）の記述からわかるように、あまり知られていない事実だが、実は戦前の概説書類において、同性婚の可否について触れるものが多数存在している。比較的詳細な記述のあるもののみを取り上げると、牧野菊之助『日本親族法論 全』（巖松堂書店、1908）169、199 頁、岡村司『親族法』（金刺芳流堂、1922）109、111 頁、遠藤登喜夫『親族相続法綱領』（巖松堂書店、1924）81 頁、外岡茂十郎『親族法講義』（敬文堂書店、1924）113-115、131-133 頁、和田于一『婚姻法論』（大阪巖松堂書店、1925）13、125 頁、126 頁、岩田新『親族相続法綱要』（同文館、1926）27 頁、森本富士雄『日本親族法』（文信社書店、1926）44 頁、野上久幸『親族法』（三省堂、1928）160 頁、河邊久雄講述『親族法講義』（日本大学出版部、1930）94-95、114 頁、野田孝明『親族法講義案』（巖松堂書店、1933）108 頁、中川善之助『親族・相続』（岩波書店、1933）56 頁、薬師寺志光『日本親族法論上巻』（南郊社、1939）352-354、418 頁、中川善之助『日本親族法—昭和 17 年』（日本評論社、1942）189 頁などがある。特に 1920 年代に同性婚の可能性に触れるものが多くなるが、おそらく大正時代において性欲学が流行したことと関係しているのだろう。前掲令和 6 年東京高判において確認されているように、「大正時代に流行した性欲学によって同性愛が『変態性欲』として紹介され、異性愛が自然で、同性愛が病理であるとの認識が広く社会に浸透した」が、この流行を受けて、現在の概説書においてさえ触れられることのないインターセックス（当時は「半陰陽」と呼ばれていた。）に触れるもの（前掲和田（1925）126 頁）も出てくるほど、これらの問題に触れる概説書が増えたのである。

その議論の中で、明治民法のもとで同性婚が成立し得ないことについて異論はなかったが、説明の仕方にばらつきがあった。1935 年に高窪喜八郎は、それまでの民法学説をまとめた総覧において、婚姻の無効に関する項目の中で、野上久幸の婚姻意思欠如説と岡村司の当然無効説を下記のとおり紹介している。

「(一) 人違い… (二) その他の事由… (7) 同性間の婚姻

三三 岡村博士—無効条件 此ノ条件ヲ缺クトキハ婚姻ノ無効ナルモノヲ云フ。即チ当事者カ同性ナルトキ (要領 109)

三四 野上学士—同性者間ノ婚姻ハ社会観念上其ノ意思ヲ以テ婚姻意思ト為シ難イカ故ニ無効テアル (親族法 160)」

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』418-419 頁

具体的に、岡村は「婚姻ノ無効及取消ハ法律ニ明文アル場合ノ外生スルコトナシ但当事者ノ異性ニ関スル条件ニ違背セル婚姻ノ無効ニ付キテハ規定ナシト雖モ是レ自明ノ道理ニシテ法文ヲ待タザル所ナリ」としてその根拠を「自明の道理」として説明し、無効事由の限定列挙に反する解釈を容認する見解を示している（前掲岡村（1922）111 頁）。対して、野上は、管見の限り、概説書類で初めて婚姻意思に関する実質的意思説を提示し、次のように説明して、同性間においては婚姻意思をもつことができないことを理由として、同性婚が婚姻意思の欠如によって無効であるとしている。

「当事者ノ間ニ、家籍ノ変動ニツキ意思ヲ欠クカ如キ、同居生活ノ意思ヲ欠キ、扶養ノ義務ヲ負担スル意思ヲ伴ハヌガ如キハ、婚姻意思ヲ欠クモノト云エナイ。婚姻意思ハ只社会観念ニ依リテ定マル夫婦タル身分ノ設定ヲ内容トスル。家籍ノ変動、夫婦間ノ個々ノ権利義務ノ発生、姻族関係、法定親子関係ノ発生ノ如キハ、法律カ婚姻ニ対スル効力テアツテ当事者ノ意思ト交渉ヲ持タナイ。同姓者間ノ婚姻ハ社会観念上其意思ヲ以テ婚姻意思ト為シ難イカ故ニ無効テアル。」（下線は筆者）

（前掲野上（1928）159-160 頁）

この記述は、中川善之助による実質的意思説に関する記述²¹に先立っていることから、さらなる検証を要するが、以上の考察から、婚姻意思の欠如を「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を有しない場合を指す」とする判例（最判昭44・10・31民集23巻10号1894頁以下）の定着につながった、中川善之助由来とされてきた実質的意思説は、明治民法下において無効事由の限定列挙に触れることなく同性婚の可能性を否定する必要性から提唱されたものである可能性がある²²。

²¹ 前掲注 14 を参照。

²² 筆者はその点を明らかにするための研究を進めてきたところであるが、これまでの調査にもとづいて、現時点では、断定できないがその可能性はきわめて濃厚であると考えている。なお、中川善之助が自ら婚姻意思の説明において実質的意思説と同性婚の否定を明示的に結び付けていないが、中川善之助が同性婚の可能性を婚姻意思の欠如によって説明することと前掲注 14 の記述を併せて読むと、中川善之助の家族法理論においても婚姻意思の一般的理解と同性婚の排除をめぐる理解が関連し合っていることが明らかであろう。

ところが、戦前から、すでに、婚姻意思欠如説によっても必ずしも同性婚の成立を否定できるとは限らないという問題が指摘されていた。1939年に薬師寺志光が先見の目をもって次のように述べている。

「当事者が同性ナルトキ—婚姻ハ一男一女ノ結合タルコトヲ要スル故、同性者間ニ於テ婚姻ノ合意ヲ為スモ、婚姻ノ本質ニ反シ、無効デアル。学者或ハ此ノ場合ニハ社会観念上婚姻意思ナキガ故ニ無効ナリトシテ之ヲ婚姻意思欠缺ノ場合ナリトスルモ（七）、少ナクトモ生理的ノ男子ガ、両親ノ誤解ニ因リテ女子トシテ育テラレ、自ラモ女子ナリト誤診シテ男子ト婚姻スル場合ノ如キニ於テハ、社会観念上婚姻意思アルモノト解スルヲ相当トシ、而モカカル合意ハ婚姻ノ本質ニ反スルガ故ニ無効ナリト解スベキデアル。（七）野上久幸「親族法（コメンタール）六版（昭和4年）・160頁、中川善之助「親族法（新法学全集昭和11年乃至12年）・153頁」（下線は筆者）

薬師寺志光『日本親族法論上巻』（南郊社、1939）418頁

婚姻意思欠如説では、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、生物学上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、同性婚が成立し得るわけである。このように、同性婚の成立可能性を社会通念上の夫婦と結びつけることによって当該社会通念の内容によって同性婚が成立しえるということが戦前からすでに指摘され、そのことを根拠として同性婚を婚姻意思の欠如によって否定するのではなく、明文の規定に反してでも当然無効とすべきという考え方があったのである（以下では、戦後の婚姻障害事由説に対してこの見解を「当然無効説」と呼ぶ）。

なお、明治民法のもとでは、当然無効説でも解釈論として問題がなかったのだろう。なぜなら、薬師寺が述べるとおり、同性婚は明治民法上の婚姻関係という法律関係の「本質」に反するものだったからである。明治民法では、男性である夫には夫の権利義務があり、女性である妻には妻の権利義務があるとされ、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ため、婚姻関係は性別の異なる当事者それぞれの性別を基準として異なる2種類の身分（「夫」および「妻」）から構成される法律関係であった²³。

²³ 枚挙にいとまがないが、例えば、明民第788条（「妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル」）、第789条（「妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ／夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムルコトヲ要ス」）、第791条（「妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ」）、第798条（「夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負擔ス」）、第799条（「夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒ其配偶者ノ財産ノ使用及ヒ収益ヲ爲ス權利ヲ有ス」）、第801条（「夫ハ妻ノ財産ヲ管理ス／夫カ妻ノ財産ヲ管理スルコト能ハサルトキハ妻自ラ之ヲ管理ス」）など、婚姻の成立・効力・解消のありとあらゆる側面において性別に基づく区別がされていた。

すなわち、明治民法のもとでは、同性婚は、両当事者を「買主」とするあり得ない売買契約のように、婚姻という法律関係の本質に照らして成立する余地がなかったのである。

この点についてもう少し敷衍すると、明治民法上の「夫」および「妻」は、性別と無関係に選択し得る法的な身分ではなく、生理的な原因に還元されると考えられていた男女間の優劣を前提とするものであった。中川善之助はその著『略説身分法学』（岩波書店、1930）107頁において、婚姻の原理を説明するにあたって、「妻の女性的劣位は法律が之を無能力とすることによつて創造せられるのではなく、その経済的才能の比較的劣なりと云う事実の上に基づ（き、）此事實は法律に依つて償うことが出来ない」と指摘していることからわかるように、明治民法上の「夫」の身分と「妻」の身分の相違は、男女間の不平等を是とする考え方ではなく、自然科学的な事実であると誤信されていた男女の生物学的優劣によって当然生じるものと考えられていた。したがって、その意味においても、明治民法のもとでは、婚姻意思欠如説によって説明するにせよ、当然無効説によって説明するにせよ、同性間の婚姻が成立する余地はなかったというべきである。ただ、婚姻意思欠如説は、戦前の制定法実証主義および概念法学のもとでは、明文なき無効なしの原則を定めた明治民法第778条という明文の規定に反しないことから、当然無効説よりも妥当と思われたのだろう。

(3) 戦後改正による同性婚成立否定の形式的根拠の喪失

戦後の民法改正では、憲法第24条所定の両性の本質的平等の原則を受け、民法上の男女間の形式的平等が徹底された。明治民法と異なり、婚姻当事者が「夫」であるか「妻」であるかによって当事者の法的処遇を区別する規定がわずかしかなかった。すなわち、明治民法は「夫の支配と庇護と、これに対する妻の服従を理念としたために、妻は無能力とされ、夫婦共同生活の財政的責任は夫（または女戸主）とされ、夫は妻の財産を管理し、その収益権を持った。また、夫と妻の貞操の義務に差別を設けた。—新法は、妻の無能力という制度を廃し、財産は各自自分の財産を管理収益するものとした。貞操上の不平等」も取り去られたのである（我妻栄『親族法』（有斐閣、1961）11頁）。同改正後、性別を基準として婚姻当事者の法的処遇が異なる規定は、婚姻適齢に関する民法第731条、再婚禁止期間に関する民法第733条および746条、嫡出推定および嫡出否認に関する民法第772条から第778条までの規定のみとなった。その結果、婚姻当事者の性別を指し示す用語の使用頻度が急減し、

当該法規の適用について当事者の性別を特定しない「夫婦」という文言等の使用頻度が急増した（表 1 を参照）。

表 1 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

	明治民法	現行民法
夫婦	23 回	43 回
夫	66 回	10 回
妻	38 回	5 回
男	7 回	1 回
女	22 回	5 回

この変化は、戦前の当然無効説に疑義を呈することはいうまでもない。婚姻と生殖との不可分的関連性を前提としない限り、婚姻当事者が夫であるか妻であるかを問わない対等な法律関係たる民法上の婚姻の本質から同性婚の成立可能性を否定することが困難になる。前記 II 2(2)において述べたとおり、明治民法のもとでは、同性婚を「買主同士の売買」に例えること（あるいは中川善之助のように「学問を妻とする」という比喩）ができたところ、戦後の改正民法においては、夫婦間の生殖可能性を婚姻の本質としない限り、このような比喩は必ずしも当てはまらなくなる。そして、前記 I 2 で述べたとおり、伝統的通説においては、夫婦間の生殖が婚姻の目的ではないと考えられていた。しかし、このような実定法規上の同性婚排除の根拠がなくなったからといって戦後の民法改正以降、直ちに民法において同性婚が成立し得たと解することはできない。

上記変化は、前記 II 2(2)において触れた中川善之助が提示した婚姻における拮抗の原理（夫婦の隷従関係とその均衡を図るために必要な妻の法的保護）の形式的消失を意味し、習俗上の実質的な婚姻における性別規範的な分業の原理（女性は自然科学的に家事・育児に従事すべきとするいわゆる「男女役割分業」）および社会的事実としての拮抗の原理の消失を意味するものではなかった（前掲中川（1930）101-109 頁）。辻村みよ子が指摘するように、「当時は、美濃部達吉が『夫婦同権と言っても…妻は出産及び育児に付いての天賦の責任を有するものであるから、夫と対等に自己の職業を有し自己の収入を得て自活することを要求することは不可能』（注 13 美濃部達吉『新憲法逐条解説』日本評論社（1947 年）63 頁参照。）であると述べていたように、性別役割分業論に基づく実質的不平等（妻の隷従）容認論も存在していた」のであるが、周知のとおり、少なくとも配偶者相続分が引き上げられ、「女子

に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」が 1985 年に批准された 1980 年代頃まで、このような性別役割分業論が日本の習俗上の婚姻を支配する原理となった。

また、戦後の民法改正を立案した我妻栄も中川善之助も「親族関係は、実定法によって規律される以上に、習俗や道徳によって規律され」るため、「具体的な事件の法律的解決に当たって当・不当の判断をする際には、それらの事情に慎重な考慮を払う必要がある」（前掲我妻（1961）9 頁）と考えていたが、このような理解は（前記 II 1 および II 2(2)で述べた婚姻意思に関する実質的意思説の通説化にも繋がったが）社会事実上の男女間の実質的不平等を考慮に入れた一連の民法学説・判例法理の生成に向けられていたものである。換言すれば、戦後の実定法規は、習俗上の「結婚」における夫婦の実質的不平等によって生ずるさまざまな男女間の不公平を是正して妻を保護する必要があることを前提として解釈されてきたのであり、戦後になってからも依然として習俗上の婚姻（社会的な事実としての婚姻）を考慮した解釈を通じて、当事者の性別を基準として当事者の法的処遇が異なっていたため、民法上の同性婚を観念し得なかったのである。

夫婦間の実質的不平等を念頭においた戦後の実定法規範（判例を含む。）の例は、枚挙にいとまがないが、①内縁の妻の法的保護に向けられた内縁保護法理、②法律婚の妻の法的保護の要請に基づく有責配偶者からの離婚請求の制限等の裁判離婚の原因の厳格な解釈論、③実務における財産分与に係る 2 分の 1 ルールの定着、④遺族厚生年金の男女間の年齢差その他の公法上の給付の受給要件の男女差などが挙げられる。これらの実定法規範は、すべて、社会構造的な男女差を前提として考え出されたものであるからこそ、社会事実上の実質的な男女平等が進展するにつれ、その妥当性に対して疑問を差し挟む声があがってきた。詳細は II 3(2)イで述べるが、民法学説における内縁保護法理の支持の後退がその典型例であろう。

以上から、婚姻関係が習俗上の夫婦関係、すなわち社会通念上夫婦と認められる関係であることを前提として、少なくとも 1980 年代前までは実定法上同性婚を観念できることは不可能だったといえる。そして前記 II 1 で述べたとおり、1980 年代半ばから、特に習俗上の婚姻における性別に基づく行為規範性が消失するにつれ、婚姻というものの社会通念に当てはまらないことを理由として、民法上の婚姻から同性婚を抽象的・定型的に排除する実質的・合理的根拠が失われたのである。

また、婚姻関係は、実定法によって規律される以上に、習俗や道徳によって規律されるため考えられないことではあるが、もし戦後の民法改正以降、習俗上の婚姻が直ちに実質的に男女平等になっていれば、その時から同性婚を観念しえたのかを問う必要がある。これについて、同性愛が変態性欲であるとする病理的理解が克服されない限り、同性間の共同生活関係が社会的に正当と認められる関係に該当し得ないだろう。したがって、このような同性愛の病理的理解が克服された 1990 年代半ばまでは、婚姻当事者間の社会的性差を基準とする法規がなかったとしても、同性間の共同生活関係を社会観念上夫婦として認められる関係、すなわち、正当な結合として法的保護を与えられるべき関係として捉えることはできなかったというべきである。

男女間の実質的不平等を前提とする婚姻の社会通念と同性愛の社会的理解を背景として、前記Ⅱ1 で述べたとおり、戦後の民法学説においては、上記の実質的根拠を中核とする婚姻意思欠如説が定着し、形式的根拠を中核とする戦前の当然無効説が自然消滅し、1980 年代まで同性婚に触れる文献が激減する。しかし、1980 年代半ば頃から 2000 年代にかけてこれらの社会情勢の変化による実質的根拠の消失に伴い、前記Ⅱ1 で述べたとおり、民法学説において、婚姻意思欠如説によっては同性カップルの準婚的処遇が困難になることを見据えながら、婚姻障害事由説が有力になっていく。問題は、婚姻障害事由説が戦前の当然無効説の復活であるか、もし復活であるとすれば、戦前の当然無効説の難点を克服できているかということであるが、この点については、項を改めて検討することにしたい。

3 同性婚を無効とする解釈論の難点および実質的根拠の喪失

前記Ⅱ1 および 2 のとおり、民法上の同性婚の可否をめぐる学説は、戦前の婚姻意思欠如説と当然無効説の対立を経て、戦後にかけて婚姻意思欠如説が伝統的通説となった。判例では、伝統的通説を採用する先例はないが、佐賀家審平 11・1・7 家月 51 卷 6 号 71 頁は、傍論として、「婚姻の実質的成立要件は、法例 13 条 1 項により各当事者の本国法によるところ、申立人の本国法である日本法によれば、男性同士ないし女性同士の同性婚は、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」とし、近年の一連の同性カップルの法的処遇をめぐる裁判例があらわれるまで、唯一同性婚の可能性に触れる裁判例となっていた。

ところが、前記Ⅱ1 および 2 で考察したとおり、1980 年代末から、同性間の共同生活関係にも事実婚的保護を拡張することを視野に、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、星野英一をはじめとする婚姻障害事由説が星野茂等の論文を通じて大村敦志に引き継がれる。そして、大村敦志の概説書において、性別を婚姻の消極的要件として位置付ける次のような記述が、区長意見書で確認されるように、民法において同性婚が認められない理由として援用されるようになる。

「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」

(前掲大村 (2010) 133 頁)

前述のとおり、同性婚に触れる概説書類であってもほとんどのものが同性婚が認められないことを当然としながらその根拠を示さないが、その中でも根拠を示すものは、主として、上記記述に依拠している。「現行の民法は同性婚につき何ら規定を置くものではないが、婚姻を明確に異性間に限るとの規定も存在していない。しかし、通説は、法律の条文における「夫」「妻」という文言等を根拠に民法の婚姻は男女の結合であることを前提とすると解している」(常岡史子『家族法』(新世社、2020) 42 頁) というように上記記述を「通説」として位置付けるものもあれば、近年の同性婚訴訟において民法の規定と併せて戸籍法の規定が取り上げられていることから、750 条以下における「夫婦」という用語だけではなく戸籍法の規定における用語に触れるものもある(青竹美佳ほか『新ハイブリッド民法 5 家族法』(法律文化社、2021) 105 頁) が、いずれも民法や戸籍法などの「夫婦」という文言の文理を唯一の根拠としている。

現行法上同性婚が認められないことを所与の前提とする同性婚訴訟においては、ほとんどの裁判所は、上記のとおり、戸籍法の規定にも触れながら、もっぱら①民法制定当時において同性婚が想定されなかったこと、②「夫婦」という文言の文理解釈によって同性間の共同生活関係を含めえないことを根拠に現行民法のもとでは同性婚が認められないことを前提事実と認定している。札幌地判令 3・3・17 判時 2487 号 3 頁²⁴、東京地判令 4・11・30 判時

²⁴ 「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

2547号45頁²⁵、名古屋地判令5・5・30裁判所ウェブサイト²⁶、福岡地判令5・6・8裁判所ウェブサイト²⁷、東京地判令6・3・14 LEX/DB25598385²⁸、東京高判令6・10・30 LEX/DB25621271²⁹のいずれにおいても「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」

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。」

²⁵「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ば、夫婦について新戸籍を編成し（16条1項本文）、当核戸籍には、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」の間のもの、すなわち異性間のものとして定めており、同性間の婚姻は認められていない。」

²⁶「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。）」

²⁷「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。）」

²⁸「現行民法739条1項によれば、婚姻は、戸籍法（昭和22年法律第224号）の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生じる旨規定されており、現行民法731条から737条までにおいて、婚姻障害事由が規定されているものの、婚姻の相手方が、法律上同性であるということは、当該事由の一つとして明示的には規定されていない。しかし、一般に、本件諸規定における「夫婦」とは、法律上の男性である夫及び法律上の女性である妻を指すものとされ、同性カップル等が、婚姻届を提出しても、不適法として受理されず、同性カップル等は、婚姻ができない状況にある。」

²⁹「民法は、第4編「親族」に第2章「婚姻を設け、婚姻の成立要件、効力等について定める規定を置いている（同法731条以下）。その中で、民法は、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、その効力を生ずる旨を定め（民法739条1項）、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）。戸籍法は、婚姻をしようとする者は、夫婦が称する氏等を届書に記載して、その旨を届け出なければならない旨を定め（同法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することを原則とし（同法16条1項）、戸籍には、戸籍内の各人について、氏名、出生の年月日、実父母の氏名及び実父母との続柄等のほか、夫婦については夫又は妻である旨を記載しなければならない旨を定めている（同法13条）。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、同性婚は認められていないと解される。」

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、このような通常の用例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」(前掲令和6年東京高判)と同様の説明がある。これに対し、大阪地判令和4・6・20判時2537号40頁は婚姻意思欠如説にも言及する³⁰が、いずれの裁判例においてもこの点が争点ではなかったため、上記記述が通説として機能していることを示すに過ぎず、その妥当性を裏付けまたは検証する先例的意義を有しているとはいえない。そして、次に示すとおり、婚姻障害事由説は、形式的根拠も実質的根拠もなくなった戦前の当然無効説の劣化版というべきであって採用することはできない。

3.1 戦前の当然無効説の劣化版として婚姻障害事由説

前記Ⅱ2(2)で述べたとおり、戦前の婚姻無効説には、明治民法第778条柱書所定の「明文なき無効なし」の原則を定める明文の規定に反するという難点があった。しかし、明治民法上同性婚が婚姻という法律関係の本質に反するものだったことは当然であった。法律関係としての婚姻が性別によって異なる相互補完的な権利義務関係から成っていたため、買主間で売買が成立し得ないのと同様に、明治民法では同性間で婚姻が成立し得なかったという説明が成り立っていた。したがって、前記Ⅱ2(1)において確認したフランスの「不存在婚」論にならって「明文なき無効なし」を定める民法第742条柱書の文言に反しても、明治民法下では同性婚が婚姻の本質に反するものとして不成立または不存在とする形式的・実質的根拠があったと言える。

しかし、前記Ⅱ2(3)で述べたとおり、戦後になると、民法上の婚姻当事者が夫であるか、妻であるかによって、その権利義務が区別されなくなった。契約に例えると、戦後民法における婚姻は、当事者が売主であるか買主であるかということその法律関係の本質とする売

³⁰「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②)、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(2))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。」

買契約（民法第 555 条）とは異なり、各当事者が共同の事業を営むことを約し、当事者の立場が当該契約の性質上当然区別されない組合契約のような法律関係に変化したといえる（民法第 667 条）。

確かに、嫡出推定制度（嫡出否認制度を含む。以下同じ。）については、依然として、婚姻当事者が夫であるか妻であるかによって法的扱いが異なるため、婚姻当事者の性別が意味を有しなくなったわけではない。婚姻が男性である夫と女性である妻から成るものでなければ、妻が婚姻中に懐胎した子を当該婚姻の夫の子と推定することはできない。しかしながら、嫡出推定制度は、認知制度とともに、法律上の実父子関係の成立を規律するものであり、生殖は民法上の必然的な婚姻の目的をなすものでもなければ、婚姻という法律関係の本質的な要素でもないと言われてきたことは前述したとおりである。

なお、令和 4 年の民法改正（令和 4 年法律第 102 号）前は、嫡出推定は再婚禁止期間という婚姻障害事由を通して婚姻の成立に影響を及ぼし得たが、現在は、民法第 4 編親族第 2 章において、婚姻当事者の性別を指し示す（とされている）言葉は「夫婦」しか残っておらず、同章における婚姻の成立・効力・効果を性別によって区別する規定は一つも残っていない（前述のとおり、婚姻適齢に関する民法第 731 条は平成 30 年の改正によって性別中立化している。その意味では「男は…、女は…」という表現を指摘する前掲大村（2010）の記述が前提とする民法がすでに変容を遂げているとも言える）。そのことから、婚姻に外在する嫡出推定制度を根拠として婚姻当事者の性別を限定する解釈論は、近年の一連の家族法改正と逆行するものであると言わざるを得ない。

なお、民法第 750 条が「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する」としていることから、民法上の夫婦は必ず「夫」と「妻」から成るものでなければならないという主張も見受けられるが、同条の趣旨は婚姻を性別と結びつけることではなく、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（我妻栄『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、1956）131 頁以下、二宮周平編『新註釈民法（17）親族（1）§§725～791』（有斐閣、2017）[床谷文雄] 166 頁³¹）。氏について性別の規範的効力を否定する条文をも

³¹ 当初は「夫婦ハ共ニ夫の氏ヲ称ス但当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」とされていたところ、GHQ からの指摘を受け、性別を基準とした法的規範性を失った現行法の規定に改められたとされている。

って婚姻当事者の性別を限定する条文として読み替えることは、憲法第 24 条において「両性の合意」という用語が使用されていることをもって婚姻の自由を定める条文に同性婚の禁止を読み込む解釈と同じ程度不合理であって、上記のとおり、実質的根拠を欠いた文理解釈に過ぎないのみならず、同条の精神に反するというべきであろう³²。

以上から、近年の婚姻障害事由説は、戦前の婚姻無効説と異なり「夫婦」という文言の文理以外に根拠を有しないにも関わらず、戦前の婚姻無効説と同じように、民法第 742 条柱書という明文の規定に反するものであって、戦前の婚姻無効説の劣化版であるといわざるを得ない。前記 II 1 で説示したとおり、婚姻障害事由説には、同性間の共同生活関係が社会通念上夫婦と認められる関係ではなかった時代において当該関係に対して事実婚的保護を拡張する点に意義があったかもしれないが、現在はその意味がすでに失われている。

なお、日本においては確かに同性カップルの婚姻届が受理されていないが、これをもって民法第 742 条の適用が問題となり得ないわけではない。外国において婚姻が形式的に成立した場合にはやはりその適用が問題となる。この場合には、婚姻意思欠如説を採用しない限り、同条柱書に反せずに当該同性婚の効力を否定することはできず、婚姻障害事由説を採用するにしても、何故に民法第 742 条に反した解釈が許されるかを説明する必要がある³³。

³² 憲法学説では、近年まで、憲法第 24 条の「両性」という文言を根拠に憲法が同性カップルの婚姻を禁止していないことについて異論はなく、憲法が異性カップルの結婚と同じ程度に保障しなければならぬと命じているわけではないとの理解が大方のところ（長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)国民の権利及び義務(1)§§10-24』（有斐閣、2017）510 頁。なお、近年は憲法第 24 条が積極的に同性婚を保障するものであると解する見解も有力になっているようである）とされていたが、このような憲法解釈は、現行民法上同性婚が成立し得るとする解釈と相容れないものではない。すなわち、もし現行憲法上同性婚が保障されていないと解したとしても、現行民法上同性婚が成立し得ないという解釈に直結せず、現行民法上同性婚が成立し得るかどうかは、1946 年に公布された憲法第 24 条のいかんによってではなく、当時からすでに大きな変化を遂げている現行民法（いわゆる「平成民法」）上の婚姻をどのように捉えるべきかによって判断すべきであり、憲法第 24 条の解釈と民法上の婚姻の成立要件等の解釈は次元を異にするものである。もう少し具体的にいうと、上記憲法解釈を前提として現行民法上同性婚が成立しうると解した場合、憲法は同性婚を保障していないと解された場合、立法府が現行民法を改正することによって同性婚を否定することが可能と解されるにとどまり、特に不都合はないと思われる。むしろ、同性婚が認められないことが違憲であると判断するよりも、立法府の裁量を尊重した判断であると評価することもできる。

³³ なお、説明は不可能ではないと思われるが、その説明をする責任は、これを主張する学者またはこれを採用する裁判所にあつて筆者または本件の申立人にあるものではない。さらにいえば、説明は法技術的に可能であったとしても、本文で後述するように、当該法律構成が可能であるからといって当該法律構成を採用すべきではなく、それぞれの解釈の比較衡量によって実質的根拠を示す必要があるが、少なくとも私見では同性婚を否定する実質的根拠を見出すことはできない。

3.2 現在の学説・判例における同性間の婚姻意思の肯定

(1) 婚姻意思欠如説と婚姻意思をめぐる民法学説の現状

前記Ⅱ2(2)で考察したとおり、婚姻意思欠如説は戦前の前掲野上久幸の概説書（1928）に遡るが、野上は「婚姻意思ハ只社会観念ニ依リテ定マル夫婦タル身分ノ設定ヲ内容トスル」ところ、「同姓（ママ）者間ノ婚姻ハ社会観念上其意思ヲ以テ婚姻意思ト為シ難イカ故ニ無効テアル」としていた。1920年代当時は、婚姻意思を社会観念上夫婦と認められる関係を形成しようとする意思とする見解は必ずしも一般的ではなかったが、中川善之助の家族法理論を通じて戦後にかけて実質的意思説と呼ばれ、伝統的通説として定着した（中川善之助編『註釈親族法上』（有斐閣、1950）162頁〔山中康雄〕二宮周平編『新注釈民法』（有斐閣、2017）141頁〔高橋朋子〕）³⁴。中川善之助によれば、

「婚姻をなすとは、その時代の社会通念に従つて婚姻と見られるべき関係を形成するの謂であり、単に当事者の主観に従つて婚姻なりと思料するだけのものであつてはならないといふことである。学問を妻とするとか、書籍を配偶者とするとかいふのが一片の比喩に過ぎなく、眞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約的法律要件として否認されなければならないのである。異性間の親密関係と雖も、また稀には婚姻とは呼び難きものもありうる。即ち一言にしていへば、各時代各社会にはいづれも習俗上一定の型が決つて居り、その型に嵌るものだけを婚姻と呼ぶように約束されたものがある。」

（前掲中川（1942）189頁）

そして、周知のとおり、判例は、少なくとも婚姻意思については、基本的に実質的意思説を採用している。すなわち、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ついて、最高裁は「（民法742条1号）にいう『当事者間に婚姻をする意思がないとき』とは、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を有しない場合を指すものと解」すべきであるとして当該婚姻を無効としたのである（最判昭44・10・31民集23巻10号1894頁）。したがって、現在の判例・伝統的通説にしたがって、同性間において婚姻意思がありうるか否かの判断基準は、同性同士が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しうるか否かであ

³⁴ 実質的意思説が先か同性婚に係る婚姻意思欠如説が先かをめぐって、さらなる検証が必要であるが、前述のとおり、同性婚に係る婚姻意思欠如説が先である可能性が濃厚である。実質的意思説は中川善之助の家族法理論と相性が良いためその延長上にあるものとして捉えられることが多いが、「社会通念に従つて婚姻と見られるべき関係を形成」は同性婚の否定を意識した野上の記述に由来すると思われる。そして、中川自身は実質的意思説によって同性婚を否定する必要性を十分認識していた（前注14）。

り、社会観念上夫婦であると認められる関係の中に同性カップルが含まれるといえるかどうかによって決まることになりそうである。

ところが、現在、実質的意思説は①習俗上の家族が多様化したことによって社会通念が判断基準として機能しなくなったこと、および②社会通念の内容が明らかではなく裁判所による恣意的な判断を許してしまうことなどから、ほとんどの民法学者から批判されている。だが、実質的意思説に問題があることと、婚姻届を提出する意思で足りるとする形式的意思説（届出意思説とも）が極端に失すること以外については、見解の一致が見られず、学説が乱立している³⁵。この点について、窪田充見が述べるとおり、「現在では、民法上の定型的な効果に向けられた効果意思といったように、民法によって規定された法律効果に向けた意思として婚姻意思を理解する見解が有力」である。そして、「（この見解を）実質的意思説の系譜として位置付けることも可能かもしれないが、実質的意思説の眼目が、社会通念を手がかりとして法規範とはある程度切断された婚姻意思を語るという点にあった」ことに鑑みると、この見解と従来の実質的意思説とでは、基本的なスタンスが大きく異なるのである（窪田充見『家族法』（有斐閣、2019）25頁）。要するに、現在の民法学説においては、婚姻意思の有無は、社会通念という概念によって判断すべきではなく、民法上の婚姻の効果を欲する意思の有無によって決めるべきという点については、見解がある程度一致しているが、民法の婚姻の効果のうち、どの効果を重要としてそれを欲する意思を必要とするかが不明確で

³⁵ 「①婚姻や養子縁組のような創設的身分行為には、その効果のうちの基本的部分を意欲する積極的意思（実質的意思）が必要であるが、離婚や離縁等の解消的身分行為には、すでになされている創設行為の機能の一部を失うことを意欲する消極的意思（形式的意思）で足りるとする法意意思説（高橋忠次郎・婚姻法における意思と事実の交錯〔1993.初出1970〕129頁。なお、二宮37頁は、「法的意思説」の名称を、以下の③④説を例示しつつ、婚姻から生じる法的効果を欲する意思〔法的意思〕があればよいとする説に与えている）、②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（法律的定型説）（中川高男「身分行為意思の一考察」家月17巻2号〔1965〕12頁、佐藤義彦「身分行為論管見」太田武男・現代家族法の課題と展望〔1982〕27頁、前田陽一「いわゆる「仮想の『身分行為』」の効力に関する一考察」立教34号〔1990〕128頁等）、③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楽しむという意思が欠けている場合には婚姻意思は存在しないが、通常は届出意思があれば婚姻意思は存在するという説（大村127頁以下）、④婚姻意思とは法的婚姻に伴う法的効果を全面的に享受するという意思であるが、たとえ一部の効果のみを目的とした婚姻届がなされた場合でも、結果的には婚姻の法的効果を全面的に生ぜしめて当事者間に問題が生じない場合には、有効な婚姻と認めてよいとする説（内田IV55頁以下）、⑤今日の家族関係の多様化を前提とすれば、夫婦関係のあり様を定型化することは困難であり、当事者が何を婚姻の効果として求めているかも多様であることから、婚姻の意思を法律上の婚姻関係の設定意思とする説（二宮37頁）などが主張されている」（前掲二宮編『新注釈民法』141頁〔高橋朋子〕）。

あるという点で、従来の実質的意思説と同様の課題が残されている。近年の民法学説がいまだこの難点を克服できていないこともあり、これらの学説が未だ伝統的通説としての実質的意思説にとって代わるに至っていないとも言える。

以上から、区長意見書において「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」（傍点は筆者による）としている点では、従来の実質的意思説を修正するものであり、判例・伝統的通説を主張しているように見えるが、実質は近年の有力説と類似した独自の見解を採用して学説・判例を変更しようとするものである。上記のとおり、近年の有力説はまだ従来の判例・伝統的通説の立場が抱えていた問題を克服できておらず、判例を変更すべき段階に至っていないと思われるが、有力説（以下、窪田充見にならってこれを「法律的定型説」と呼ぶ。）は傾聴に値するため、婚姻意思を民法上の婚姻という法律関係の発生を欲する効果意思であると捉えると、同性同士の間にもこのような意味における婚姻意思を有し得るか否かを検討する必要がある。したがって、以下では、それぞれの立場に分けて婚姻意思の必然的欠如をもって同性婚の成立可能性を否定できるか否かについて検討する。

(2) 判例・学説における伝統的通説上の同性間の婚姻意思の肯定

II 1 で前述したとおり、1990年代頃から民法学説において同性婚を認めないことの実質的根拠に疑義が呈されるようになり、当時はまだ同性カップルの関係を社会観念上夫婦と認められる関係とすることが困難であったことを前提に、同性カップルに対して準婚的保護を拡張する可能性が模索されるようになった。

1990年に二宮周平は憲法上の権利保障という観点から同性カップルの法的保護を肯定的に捉えるべきであるとしながらも、少なくとも当時は、同性カップルを事実婚として保護することが困難であると認め、代わりに契約的保護による事実婚に準じた法的扱いをすべきであるとした（二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社、1990）344-345頁）。1995年に、大村敦志はこの点について、日本における事実婚の保護が内縁関係の婚姻関係との類似性を基礎とし、当時の日本社会では、同性カップル関係を社会通念上の夫婦と認められる関係としたり、婚姻の届出を欠くということ以外に法律婚と変わらないとしたりすることはできなかったことを理由に、少なくとも当時は、事実婚的保護の可能性に対して消極的な見解を示した（前掲大村（1995）65頁）。要するに、内縁保護法理に基づく準婚的処遇を受けるには、

社会通念上夫婦と認められる関係を形成する意思、すなわち婚姻意思が必要であるとされてきた³⁶ため、同性カップルに対して従来の準婚的処遇を拡張するには同性間でも婚姻意思を有しうるといえなければならなかったところ、その時代の習俗上の「結婚」や「夫婦」の社会通念にはまだ同性カップルを含めることができなかつたと考えられたのである。

確かに、1980年代頃まで社会における実質的な男女間の不平等を前提とする男女役割分業型の夫婦関係が一般的であったことや同性愛が戦前から続いて「変態性欲」とされていたことにかんがみると、少なくとも1990年代半ばまでは日本において習俗上の夫婦関係に同性カップルの関係を含めることに無理があった。しかしながら、その頃から、1996年の民法改正要項に見られるように、女性のさらなる社会的進出と家族の多様化によって習俗上の夫婦関係を男女役割分業型の婚姻関係に限定することができなくなり、また1995年に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となどからわかるように、同性愛それ自体に対する社会的認識が大きな変化を遂げた。これらの社会情勢の変化を受け、1997年に星野茂は、前述のとおり、同性カップルでは婚姻意思を有し得ないとするに無理があるとしながら、同性婚の成立可能性については婚姻障害事由説をとりながら、内縁については「愛情に基づいた生活共同体があり、しかも社会的にもそれが認められるものであれば内縁としての保護を認めてもよい」と述べている（前掲星野（1997）247-248頁）。

その後、特に2010年代に入ってから、欧米諸外国を中心に同性パートナーシップ等の婚姻に代わる制度ではなく同性間の婚姻が認められるようになったこと、また日本においても当事者運動が活発になり、2015年の渋谷区同性パートナーシップ証明制度を皮切りとして類似の制度が日本全国の自治体に普及し始めたことなどを踏まえ、社会観念上夫婦と認められる関係の射程から同性カップルを含めうることを前提に、同性カップルに対して内縁保護法理を拡張すべきとする見解が有力になった³⁷。

³⁶ 前掲有地（2005）57頁、前掲二宮（2022）150頁、前掲前田ほか（2022）113頁などのように内縁が成立する要件として婚姻意思が必要であるとするものが多いが、婚姻意思は届出意思を含むものであるため、届出意思を含まない内縁関係を形成する意思のことを婚姻意思と呼ぶことには違和感を覚える。内縁が成立するために必要な意思は婚姻が成立するために必要な届出の意思+ α の α のみであろう。ただ本意見書において内縁が成立するために必要な意思が婚姻が成立するために必要な意思と重複しているという点が重要であるため、ここでは問題にしないことにした。

³⁷ 大島理沙「日本における『同性婚』問題」法セ706号7頁、棚村政行「日本における同性婚及び同性パートナーシップ制度をめぐる動向」新・アジア家族法三国会議編『同性婚や同性パートナーシッ

2010年代後半から、宇都宮地裁真岡支判令和元・9・18判時2473号51頁をはじめ、同性カップルの準婚的処遇に関する一連の裁判例が公刊されるようになったが、少なくとも上級審においては、民法上の婚姻の効力についても公法上の婚姻の効果についても同性カップルに対して準婚的処遇が積極的に肯定されるに至っている。

民法上の婚姻の効力については、前掲判令和元年宇都宮地裁真岡支判は準婚的処遇を認めながら、「現行法上、婚姻が男女間に限られていることからすると、婚姻関係に準じる内縁関係（事実婚）自体は、少なくとも現時点においては、飽くまで男女間の関係に限られると解するのが相当であり、同性婚を内縁関係（事実婚）そのものと見ることはできない」ことを理由に同性カップルに婚姻に準ずる法的保護を与えることはできないが、内縁に準じた法的保護を与えることができると判断したところ、東京高判令和2・3・4判時2473号47頁は、当該事案の関係は「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えることができる。したがって、控訴人及び被控訴人は、少なくとも民法上の不法行為に関して、互いに、婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有するものというべきである」として婚姻に準ずる法的保護を認めた。そして、これに対して上告があったが、最判令3・3・17（LEX/DB25569621）において最高裁は本件は受理すべきものとは認められないとして、本件を上告審として受理しなかったことによって、少なくとも結論において、控訴審の判断に法解釈の誤りがなかったという理解を示した。

公法上の効力については、名古屋地判令和2・6・4判タ1482号131頁は「同性の犯罪被害者と共同生活関係にあった者が犯給法5条1項1号の『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った者』に該当するためには、同性間の共同生活関係が婚姻関係と同視し得るものであるとの社会通念が形成されていることを要するというべきである」として「本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係が婚姻関係と同視し得るものであるとの社会通念が形成されていたとはいえ、本件処分当時においては、同性の犯罪被害者と共同生活関係にある者が、個別具体的な事情にかかわらず、『事実上婚姻関係と同様

『制度の可能性と課題』（日本加除出版、2018）123-131頁、二宮周平「同性パートナーシップの公的承認」二宮周平編『性のあり方の多様性』（日本評論社、2017）22-23頁などがある。

の事情にあった者』(犯給法5条1項1号)に当たると認めることはできないというべきである」として同性カップル関係を社会通念上夫婦と認められる関係に至っていないと判断した。

これに対して、名古屋高判令和2・6・4判タ1482号131頁は、夫婦の社会通念に触れることなく、「(犯給法)の定めは、死亡した者との親族関係の遠近の程度と現実の生活における関係の緊密さを考慮して一定の順位を設け、その第一順位の者に給付する趣旨と解されるが(略)、その親族関係の遠近の程度については民法上の概念を用いて定められている。そして、犯給法5条1項1号においても、『配偶者』、『婚姻の届出』、『婚姻関係』という民法上の婚姻に関する概念により定められていることからすると、民法上は法律婚主義が採用されていることから(739条1項)、同号は、一次的には死亡した犯罪被害者と法律上の婚姻関係にあった配偶者を遺族給付金の受給権者としつつ、死亡した犯罪被害者との間において法律上の婚姻関係と同視し得る関係を有しながら婚姻の届出がない者も受給権者とするものであると解される。同号括弧書きの『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った者を含む。』との定めも、犯給法に特段の定めがないから、婚姻の届出ができる関係であることが前提となっていると解するのが自然であり、民法上婚姻の届出をすること自体が想定されていない同性間の関係も含まれ得るとすることは、条文の解釈から逸脱するものといわざるを得ない」と判断した。また、北海道の職員であった原告が、在職中、その同性パートナーであるAが北海道職員の給与に関する条例9条2項1号の「届出をしないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者」として同号の「配偶者」に該当し、また、地方公務員等共済組合法2条4項の「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る者」として同条1項2号イの「配偶者」に該当するか否かについて、札幌地判令和5・9・11裁判所ウェブサイトも同様の判断を示した。

ところが、最判令6・3・26民集78巻1号99頁において最高裁は、同性カップルの共同生活関係が社会通念上夫婦として認められるか否かについては触れることなく、「(犯給法5条1号)が、括弧書きにおいて、『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った者』を掲げているのも、婚姻の届出をしていないため民法上の配偶者に該当しない者であっても、犯罪被害者との関係や共同生活の実態等に鑑み、事実上婚姻関係と同様の事情にあったといえる場合には、犯罪被害者の死亡により、民法上の配偶者と同様に精神的、経済的打撃を受けることが想定され、その早期の軽減等を図る必要性が高いと考えられるか

らであると解される。しかるところ、そうした打撃を受け、その軽減等を図る必要性が高いと考えられる場合があることは、犯罪被害者と共同生活を営んでいた者が、犯罪被害者と異性であるか同性であるかによって直ちに異なるものとはいえない。そうすると、犯罪被害者と同性の者であることのみをもって『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』に該当しないものとするのは、犯罪被害者等給付金の支給制度の目的を踏まえて遺族給付金の支給を受けることができる遺族を規定した犯給法5条1項1号括弧書きの趣旨に照らして相当でないというべきであり、また、上記の者に犯罪被害者と同性の者が該当し得ると解したとしても、その文理に反するものとはいえない」とし、婚姻関係との類似性を基準とする規定の適用を認めることによって夫婦の社会通念を理由とする同性カップルの法的保護の定型的・抽象的な排除に与しないことを示唆している³⁸。

以上から、少なくとも現在は、前掲令和6年東京高判において述べられているとおり、「国民の意識としても、一般に、性愛の対象とする相手を人生の伴侶と定めてその関係に社会的公認を受け、安定的に生活を共にすることに婚姻の意義の多くを見出しているのが実情」であり、日本社会における習俗上の婚姻から同性カップルを抽象的・定型的に排除することはできないと思われる。

なお、この点について、区長意見書は、「我が国における『社会通念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」として、社会通念が法令に先行する習俗によって決まるものではなく民法の規定上想定されるものによって決まるという独自の見解を述べているが、この見解は、同性婚の成立可能性を否定するために、婚姻意思に関するこれまでの判例・通説を実質的に変更しようとするものであるうえ、次項で述べるとおり、民法の規定において想定されている夫婦関係に同性カップルの関係が含まれ得ないとする実質的根拠がすでに失われていることを度外視したものである。

(3) 法律的定型説による同性間の婚姻意思否定の困難

前記Ⅱ3.2(1)で述べたとおり、近年の民法学説においては、実質的意思説の社会通念という判断基準が機能し難くなったこと、また判断基準が曖昧に失うことを理由に、民法上の

³⁸ さらに、いわゆる同性婚訴訟において、東京高判令6・10・30は婚姻を男女間の結合関係とする社会通念を「かつての社会通念」として位置付けていることも注目される。

婚姻により客観的かつ明確な基準を求めようとする傾向があるが、婚姻意思を婚姻の一部又は全部の効果の発生を欲する意思とすべきか、それとも民法上の婚姻という定型的・抽象的な法律関係の発生を欲する意思とすべきか等さまざまな見解が入り混じっている。以下では、その中から、婚姻の効果に着目したものと民法上の定型的・抽象的な婚姻概念に着目したものに分けて現行民法上で同性カップルが婚姻意思を有し得るか否かを検討する。

イ 婚姻の効果と同性間の婚姻の意思

民法上の婚姻の効果であって、異性カップルと異なり、同性カップルに及ぼし得るか否かが問題になるのは、性別が規範的な意味を有する嫡出推定制度に関する規定および性別が規範的な意味を有しないが文言上両性の当事者を前提とする夫婦の氏に関する規定のみである。

嫡出推定制度は、確かに夫と夫または妻と妻からなる同性カップルを対象とする余地はないことについては、前記で確認したとおりである。しかしながら、妻が懐胎できない異性カップルに対しても、民法第 772 条以下の規定を適用する余地はなく、婚姻する前に懐胎できない事実を知って婚姻したとしても、嫡出推定制度の適用という効果の発生を欲することができないことを理由に、当該婚姻意思が意思欠如によって無効になるわけではない。

また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、親子法としての制度趣旨と婚姻法としての制度趣旨を分けて捉えることは十分可能である。親子法としての趣旨は、婚姻によって生ずる夫または妻という身分を基準にして実父子関係を早期に確定させることにより、子を保護しながら家庭の平穩（またはプライバシー）を守る点にある。これに対して、婚姻法としての嫡出推定の効果は、婚姻中に子を設けた場合、当事者両方がその子の親にならなければならないという点に還元される。嫡出推定制度に限らず、配偶者のある者が未成年者を養子とすることによって親になるには、配偶者とともにしなければならない（民法 795 条）とされ、また配偶者の直系卑属を養子にする場合には家庭裁判所の許可が不要とされ、既存の子についての共同養育が促進されている（民法 798 条ただし書）が、これらの規定から婚姻によって子をもうけるかどうかという判断は共同でしなければならないこと、また婚姻中は共同で養育をした方が望ましいことが前提とされている。したがって、婚姻法としての嫡出推定制度について、婚姻という法律関係の中核をなすものとして要求されるべき民法上の効果意思は、嫡出推定制度の諸規定の適用それ自体に向けられた意思ではなく、婚姻後未成年子に係る判断を配偶者とともにしなければならないという定型的・抽象的な効果

に向けられた意思であるというべきである。そうすると、同性カップルは、事実問題として、妻が子を懐胎できない異性カップルと同様に、嫡出推定制度の適用を欲する意思を有し得ないとしても、婚姻法としての嫡出推定制度の趣旨に係る効果の発生を欲することは十分可能である。

なお、区長意見書にあるとおり、最決平 25・12・10 民集 67 卷 9 号 1847 頁における寺田逸郎判事の補足意見では、「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」と述べられているが、このように、婚姻制度の存在意義をもっぱら嫡出推定に求める寺田逸郎判事の見解は、法廷意見の中で述べられているものではないこと、生殖を婚姻の主たる目的としない日本家族法の伝統的理解と相容れないこと（前記 I 2）、現行民法（いわゆる「平成民法」）上の婚姻制度および親子法制度を前提としたものではなく、このような理解は近年の一連の家族法改正の趣旨に反すること（前記 I 3）などから、この補足意見をもって現行民法上の婚姻における嫡出推定制度を位置付けることはできない。なお、婚姻意思について実質的意思説を採用したとされる先例において、嫡出性の付与という効果を欲する意思があってもこれが真に婚姻する意思であるとは言えないとされたこと（前掲昭 44 年最判）も、この補足意見と緊張関係にあると言える（もし嫡出推定制度が婚姻の中核をなすものであれば、これに向けられた効果意思があれば十分と考えるべきであろう）³⁹。

民法第 750 条については、同条の文言は確かに民法上の夫婦が「夫」と「妻」から成るものであることを前提とするものであるが、同条は夫婦同氏の原則を定めたに過ぎず、婚姻当事者が夫および妻からなるものでなければならない旨を定めたわけではない。前述のとおり、異性カップルを前提とする「夫婦」という用語が用いられているのは、制定当時、同性間の共同生活関係を社会通念上の婚姻関係と見る余地がなかったためであり、憲法第 24 条において「両性の合意」という用語をもって婚姻の自由を定める条文に同性婚の禁止を読み込む解釈と同じように否定されるべきであろう。したがって、同性カップルにおいても婚姻によ

³⁹ ただし、同事案では婚姻による父子関係の確定ではなく嫡出子の身分という効果に向けられた意思であったため、寺田判事の上記見解と全く相容れないものではない。

って同氏になるという民法上の効果を欲する意思を有することができる以上、本条の文理をもって同性カップルの婚姻意思を否定することはできないというべきである。

ロ 民法上の定型的な効果意思

近年の学説の中では、民法上の婚姻の効果を判断基準とした場合であっても、民法上の婚姻のどのような効果を欲する意思がなければ婚姻が成立しないと判断されるべきかが不明確であることから、婚姻意思は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べきであるという見解もある。ところが、この見解は部分的な夫婦共同生活を実現する意思であっても婚姻意思が認められる場合があるということを前提としており、上記イで検討した見解における婚姻意思の範囲を拡張するものであって縮小するものではない。したがって、上記イで検討した見解において同性婚の成立可能性が否定されない限り、民法上の定型的な効果意思に着目する見解から、本来、同性間の婚姻意思を否定する余地はないというべきである。

なお、区長意見書では、「婚姻意思とは、当事者間に真に社会通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のことをいうところ（略）、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。」という主張があり、民法上の定型的な効果意思を重視する見解と類似しているが、独自の見解であって現在のいかなる民法学説によっても支えられているものではない。すなわち、区長意見書の見解は、伝統的通説としての実質的意思説における「社会通念上夫婦であると認められる関係」という婚姻意思の判断基準の内容を、理由を示さず、民法上の抽象的・定型的な「婚姻像」に差し替えようとするものであるが、これにより近似の婚姻意思に関する学説の課題が克服されるわけでもなければ、婚姻意思の社会通念が戦後の民法改正当時の婚姻の社会通念に固定されるおそれがある。一方では婚姻意思の内容が固定されることによって時代とともに変化する夫婦関係を包摂する概念としての「社会通念上夫婦であると認められる関係」の意義が没却され、他方では家族の多様化に伴う判断基準の明確性・恣意性をめぐる課題が依然として残る。したがって、このような独自の見解を採用すべきではない。

4 同性婚を認める解釈の可能性—性差を想定した文言と法規範の再考

以上から現行民法においては、婚姻障害事由説および婚姻意思欠如説により同性婚の成立可能性を否定することが困難であることを確認したが、否定の否定は必ずしも肯定を意味するわけではないため、同性婚成立肯定説としてどのようなものが考えられるかを検討しなければならない。一方では、同性婚成立肯定説は異性を想定した民法の文言の文理に反する解釈でなければならないため、文理に反する解釈の可能性（１）およびその積極的根拠について検討しなければならない（２）。

（１）民法上の文言の文理に反する解釈の可能性

I から述べてきたとおり、現行民法上同性婚の成立可能性を否定する見解は、実質的根拠はないが、民法上の「夫婦」や「夫」「妻」という文言の文理という形式的根拠はある。すると、同性婚の成立を肯定するには、これらの文言の文理に反する解釈をせざるを得ないことになる（なお、これらは「明文の規定」ではない。同性婚の可否に関する明文の規定がないことについて異論はない。したがって、同性婚成立肯定説は明文の規定に反するものではなく、実定法規から抜き取られた断片的な文言の文理から想定される戦後改正当時の婚姻像に反するに過ぎないというべきであろう）ため、文理に反する解釈の許容性について検討しなければならない。

実定法解釈は、文理解釈を出発点にすべきであることは当然であるが、「このような解釈の手法だけでは問題があることは、民法典の起草者、特に富井政章と梅謙次郎自身が早くから指摘していた。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）29 頁）。したがって、実質的根拠のない民法の文言の意味を逐語的に確定しようとすることによって同性婚の成立可能性を否定する解釈は、100 年前以上の近代法典整備前の制定法実証主義への逆戻りである。

確かに、星野英一が述べるように、法は法律家のみならず一般の人への行為規範である以上、民主社会における法律解釈は、素人にとってわかりやすいものでなければならぬため、法解釈は法文の文言の文理を出発点としなければならない（前掲山本（2021）42 頁、星野英一『法学入門』（有斐閣、2010）151 頁）。大村敦志の恩師であってその民法学に多大な影響を与えた星野英一は、それまであまりにも文理解釈を軽視した民法学に対して文理解釈の重要性を再確認したのであるが、当然、文理を超える解釈の可能性を否定するものではなく、法文が行為規範として機能しなくなるという過度の法解釈を否定したに過ぎない。星野は、複数の解釈の可能性がある場合には、法律は立法者が何らかの目的で制定するものである以上、立法者または起草者の考え方を尊重すべきであるとしたが、「法律の解釈とは、現在の法律を適用して社会関係を規律し、紛争を解決するための前提として行われるものである以上、現在どのように解釈するのが適切かということを考える必要がある。したがって、以上のような解釈の手順を踏みながらも、最終的に決め手となるのは、『現在その規定が何を目的としていると考えられるか』という観点からする解釈、つまり『目的論的解釈』である」という（前掲山本（2021）44 頁、前掲星野（2010）152-153 頁）。同性婚の成立可能性のように、起草者または立法者が想定せずその意思が明らかではない問題については、法文の字句に拘泥した文理解釈によって法律の欠缺を補充するのではなく、法文が行為規範として機能しなくなる範囲で、星野は、自ら提唱した目的論的解釈としての「利益衡量・価値判断による解釈」によるべきであるとしている（前掲星野（2010）154-155 頁、前掲山本（2021）44-45 頁）。

法学部の法学入門講義の典型例で恐縮ではあるが、公園の入口に「馬車入るべからず」という立札が立っていれば、「馬車」の文理に照らして「牛」を含めることが不可能であるからといって直ちに牛や虎を引き連れて公園に立ち入っても良いということにはならない。「馬車」の文理に含まれる「馬」が公園に立ち入ってはいけないとした趣旨は、公園の安全性と衛生管理である以上、「馬車」を拡張解釈して「牛」や「虎」などを含めることが十分可能である（前掲星野（2010）156 頁）。同じように、「夫婦」の文理の中に同性カップルを含めるべきかどうかはそれぞれの法規の目的に照らして解釈されるべきである。前述したとおり、星野英一にならって婚姻障害事由説を前提とする大村敦志も「男」「女」、「夫」「妻」、「夫婦」という用語の文理を絶対視しているわけではなく、同性カップルの関係に対して婚姻的保護を与えられるか否かは、婚姻の目的（婚姻制度の趣旨）によって判断されるべきで

あるとしている。そして、現行民法上の婚姻の目的に照らして同性婚の可能性を排除できず、むしろ現行民法上の婚姻の目的を実現するために同性婚の成立を認めて然るべきであることは前述のとおりである。

ところが、上記は民法学の理論であって判例はこのような民法解釈よりも文理を重視するかという、むしろその逆である。特に家族法分野においては、判例は、紛争の個別具体的妥当性を重視し、文理のみならず、実定法規の趣旨または精神に反する解釈をすることが多々ある。典型例は、内縁保護法理である。婚姻の届出がなされる前に、婚姻の拘束力を認めまたは婚姻法規の類推適用を認めることは、民法第 739 条の文理に反するのみならず、明治民法・戦後民法の立法者・起草者が意図した趣旨・精神と正面から衝突するものであるということは民法学者によって散々指摘されてきたことである。それでも、実質的に男女不平等な社会における内縁の妻の要保護性を無視すれば、紛争の解決について個別具体的な妥当性を確保することができないことから、このような判例法理には一定の正当性があることも一般的に認められてきたところである。このように考えると、内縁保護法理と異なり、そもそも想定されていなかったため立法者・起草者の意思に反するとはいえない同性婚の成立を認める解釈は、日本法の伝統に照らして、ハードルがより低いと考えられる。

また、婚姻法と同様に性別を基準とする法規を含む制度の適用が、当該制度の文理に反しないとして、同性カップルへの拡張を認めた判例がすでにあることも着目すべきである。前述のとおり、前掲令和 6 年最判において、「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」と判断されたが、犯給法施行令 6 条 2 項 1 号、2 号では当事者が「夫」であるか「妻」であるかによって支給額が異なるとされている。

(遺族給付金に係る倍数)

第六条法第九条第一項の政令で定める倍数は、次の各号に掲げる場合の区分に応じて当該各号に定めるものとする。(略)

2 前項第一号の「生計維持関係遺族」とは、犯罪行為が行われた当時、犯罪被害者の収入によつて生計を維持しており、かつ、次の各号のいずれかに該当していた遺族をいう。一妻(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を含む。)二六十歳以上の夫(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を含む。第五号において同じ。)、父母又は祖父母(略)

すなわち、遺族給付金の額は、施行令の規定により算定する遺族給付基礎額に、遺族の生計維持の状況を勘案して施行令所定の倍数を乗じて算出されるが、当該倍数は受給権者が「生計維持関係遺族」であるか否かにより異なり、妻又は内縁の妻が当然含まれ、夫又は内縁の夫は 60 歳以上の場合に限り含まれるとされているわけであるが、最高裁は、そのことを前提としながらも、「犯罪被害者と同性の者であることのみをもって」犯給法 5 条 1 項 1 号括弧書き「に該当しないものとするは、犯罪被害者等給付金の支給制度の目的を踏まえて遺族給付金の支給を受けることができる遺族を規定した」本件括弧書きの趣旨に照らして相当でなく、「同性の者が該当し得ると解したとしても、その文理」に反せず、「犯罪被害者と同性の者は」本件括弧書き「に該当し得ると解するのが相当である」としたのである。

ところが、筆者が同判例を評釈した拙稿で述べたように、「男性の同性当事者が『夫』に該当し、女性の同性当事者が『妻』に該当すると解すべきだろうか。この種の区別は『男女間における生産年齢人口に占める労働力人口の割合の違い、平均的な賃金額の格差及び一般的な雇用形態の違い等からうかがえる妻の置かれている社会的状況』（地方公務員災害補償法上の遺族補償年金制度につき最判平 29・3・21 集民 255 号 55 頁）を根拠とすると解されている。当該区別が、異性カップルの主婦婚的関係における妻の地位を意識したものだとすれば上記解釈に無理があるということになるが、単に社会的な男女間の経済格差から設けられたものだとすれば上記解釈を認める余地が十分あると思われる」が、それぞれの規定が同性カップルに対して適用されるかどうかは、適用されるとすればどのように適用されるべきかは、それぞれの規定や制度の趣旨に照らして決めるべきであろう。婚姻法についても、これと異なる解釈をする必要性は、特に見当たらない。

なお、以上の考察において、「夫婦」に同性カップルの共同生活関係を含める解釈が「夫婦」の文理に反することを前提としたが、法律用語としての「夫婦」の沿革に照らして考えると、必ずしもそうではないことを指摘しておこう。星野英一自身が認めるように、法規の行為規範としての機能を損なわないために文理解釈を出発点にしなければならないが、法律用語は専門用語であるため、文理解釈は日常的な意味を出発点としなければならないわけではない（前掲星野（2010）151 頁）。そして、日本の「法律が継受法であることから、翻訳語ゆえに、原語の意味（これもテクニカルタームである）を調べる必要がある」という。

明治民法において、「夫婦」という用語は、両方の婚姻当事者を指す場合（明治民法 790 条「夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ」など）および婚姻当事者の性別を問わない規範であ

る場合（明治民法 729 条 2 項「夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキ亦同シ」や 792 条「夫婦間ニ於テ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得但第三者ノ権利ヲ害スルコトヲ得ス」など）に用いられる用語であり、フランス語の「conjoins」（明治民法 729 条）や「époux」（明治民法 790 条、792 条）等に由来している。すなわち、複数形のない日本語において「配偶者」の複数形を指す法律用語として捉えることが十分可能であり、また婚姻当事者の性別を問題にしない場合に用いられる専門用語として捉えることもできる。要するに、法律用語としての夫婦を日常用語としての夫婦と同一視する必然性はなく、法律用語としての由来または現行民法上の用語法に照らしてその文理に同性カップルを含めることは不可能ではないと思われる。そうすると、そもそも同性婚の成立を否定する見解の根拠がほとんどなくなる。

(2) 現行民法上の同性婚が成立し得るとする解釈の積極的根拠

上記のとおり、「夫婦」等という文言の文理に反したとしても現行民法上同性婚が成立し得ると解することは技術的に十分可能であるが、可能だからといってそのように解すべきことにはならない。しかし、私見では、現行民法上同性婚が成立し得ると解すべき理由は十分あると考える。

前述 I で述べたとおり、婚姻法の目的は社会的に正当と認められる関係に法的保護を与えることであるが、少なくとも現時点では、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。したがって、婚姻法の目的を実現するために、現行民法上、「夫婦」等という文言の文理にもかかわらず、同性婚が成立し得ると解すべきである。なお、婚姻の目的は、婚姻当事者を法的に保護するだけでなく、生殖によるか養子縁組等によるかを問わず、その間に設けられる子どもにも法的保護を与えることにあることに鑑みると、同性婚の成立可能性を否定することは、同性カップル関係の当事者に対して婚姻の法的保護を否定することを意味するだけでなく、同性間の共同生活関係の中で現に養育されている子どもに対しても婚姻法の法的保護を否定することをも意味することを考慮に入れるべきである。

なお、これに対して、現行民法上でも同性カップルは契約や遺贈、あるいは養子縁組等によって同様の法的保護を受けることができ、または近年の裁判例等を通じて異性カップルの事実婚と同等の法的保護を受けることができるようになってきたため、「夫婦」等の文理に

反するとすれば、あえて同性婚を民法上の婚姻に含める必要性がないという見解もあり得るが、このような見解は偽善的にも婚姻の価値を貶めるものである。婚姻には、当該関係が社会的に正当であるという公認の利益（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についての利益をいう（前掲令和 4 年大阪地判））があり、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。のみならず、民法上の親族法によらないで共同生活関係に対して婚姻と同等の法的保護を与えようとする場合にもさまざまな限界がある。

もう少し敷衍すると、確かに同性パートナーシップ制度によって公認の利益の一部を実現できるかもしれないが、この制度は全国の地方自治体において認められているものでもなければ、各自治体の制度内容が一律に定められているわけでもない。公認の利益は、抽象的には、「婚姻した当事者が将来にわたり安心して安定した共同生活を営むことに繋がるものであり、我が国において法律婚を尊重する意識が浸透していることや、近年、婚姻に関する価値観が多様化していること等を踏まえれば、自己肯定感や幸福感の源泉といった人格的尊厳に関わる重要な人的利益といえることができる」（前掲令和 4 年大阪地判）が、このような婚姻の抽象的な利益が社会生活上の個別具体的な利益に直結することが多い点で重要な意味を有する。そして、各地方自治体の同性パートナーシップ制度の内容が異なるため、公認の利益が個別具体的な利益に具現化される程度が異なる⁴⁰。さらに、社会全体においてこれらの制度が象徴的なものとして捉えられているため、制度自体から公認の利益および個別具体的な利益を確保することが困難である。

住宅ローンを例にとると、同性パートナーシップ制度の利用を前提に同性間の共同ローンを認める金融機関が増したが、東京都パートナーシップ宣誓制度を利用した同性カップルが直ちに共同ローンの申請をすることはできない。金融実務上では、渋谷区のパートナーシップ証明制度を水準とし、東京都パートナーシップ宣誓制度において要件とされない合意契約書の公正証書および任意後見契約の登記事項証明書の提出が条件とされているため、東京都パートナーシップ宣誓制度を利用したカップルであっても、共同ローンを組むには合意契約書の公正証書を作成し、任意後見契約を締結しなければならない。結局、金融実務が同性

⁴⁰ その例として、東京都パートナーシップ宣誓制度と渋谷区パートナーシップ証明制度とでは、前者では公正証書の作成が不要であるのに対し、後者では合意契約書と任意後見契約書の両方につき、公正証書の作成が要件とされている。

パートナーシップ制度自体に公認の利益を認めているわけではなく、公証制度および任意後見制度によって生ずる公認の利益を借用して対応しているに過ぎないといえる。さらに、これらによって再現される公認の利益は、婚姻の公認の利益と同等のものではない。同じく共同ローン为例にとると、金融実務では、外国人と日本人の同性カップルであれば、渋谷区と同等の同性パートナーシップ制度を利用しても共同ローン申請を認めない金融機関もある。法律婚であれば、一方当事者が外国籍であったとしても認められることに鑑みると、同性パートナーシップ制度による公認の利益が婚姻による公認の利益に劣るものとして受け止められていることがわかる。換言すれば、同性カップルであることで門前払いはされなくなったものの、法律婚ができない同性カップルであることが審査においてマイナスな要素として働いている。

民法上の婚姻の個別具体的な効果についても同様の限界がある。対内的には、①関係の不当破棄に対する責任、②解消後の財産分与、③死亡解消後の財産等の承継または分与、④臓器移植等の意思決定など、対外的には⑤未成年の子との関係、⑥居住保護、⑦事故死等による損害賠償請求権、⑧税法上の配偶者控除や扶養控除、⑨社会保障立法上の取り扱いなどのいずれについても、現行民法上同性婚が成立し得ると解せなければ、社会的に正当な関係として十分な法的保護を与えることはできない。その中で、同性婚が成立し得ないとすれば、同性カップルが現に養育している未成年の子に対して共同親権を有する方法がなくそもそも代替不可能なもの（⑤のほか③⑥⑧もそうである。）もあるが、①のように準婚的処遇によって婚姻と同等の法的保護を与えることができるように見える場合であっても決して婚姻と同等の法的保護が与えられるとは限らない。

この点について、一方では、前掲令和元年宇都宮地裁真岡支判のように、現行民法上では同性婚が認められないと解されていることを考慮して損害賠償額を減額するなど異性カップルの事実婚に対して与えられる法的保護の程度が低下するおそれがある。他方では、逆に、前掲令和2年東京高判のように異性カップルの事実婚よりも法律婚に近いものとして扱うことで、同性愛者の婚姻からの自由が侵害されるおそれがある⁴¹。

⁴¹ 大澤逸平が述べるように、通常は「法律婚の解消が協議又は裁判の形で行われる必要があるのと異なり、いわゆる内縁関係の終了自体は一方当事者による解消の意思表示と事実上の婚姻関係の廃絶によって終了するとされ、その不当破棄による不法行為責任の有無は、内縁関係が一方当事者の意思により終了したことを前提に、その解消の意思表示に正当な理由があるかどうかを審査される」ところ、同判決では「『Xは、YがAと故意に性的関係を結んだことにより、本件関係の解消をやむなくされた

さらに、区長意見書は、民法上の婚姻の目的を抽象的・定型的に捉える必要性について、確かに「家族に関する基本的な制度については…制度を利用することができるか否かの基準は明確である必要」がある。しかし、実質的根拠のない文理解釈に基づいて現行民法上同性婚が成立し得ないとしながら同性間の共同生活関係に対して準婚的処遇を認めることの方が制度の利用可能性を不明確にし、行政当局のみならず当事者および取引社会の法的安定性をも害すると言わざるを得ない。むしろ、現行民法上同性婚が成立し得ると解すれば、婚姻法の法的保護を及ぼすべき同性間の共同生活関係を明確にすることができ、現状の不安定な状況を解消するとともに、家族法上の身分を基準とするさまざまな制度（民間の制度を含む。この点について前掲令和6年最判の企業実務への影響について山本大輔「最三判令和6年3月26日を踏まえた、死亡退職金支給の企業実務への影響」NBL1265号（2024）21頁を参照されたい。）の運用における法的安定性を確保でき、また当事者自身に対しても明確な行為規範を示すことによってその婚姻からの自由を確保することができる。

以上から、現行民法上同性婚が成立し得ると解した方が、婚姻法の目的の実現のみならず、公私のさまざまな社会制度の運用に関わる予測可能性を高め、当事者のみならず社会全体の法的安定性に資するといえるべきである。

おわりに

現行民法では、同性婚について明文の規定はなく、法の欠缺があるところ、その欠缺を補充するために、「夫婦」等の文理に反する（と思われる）解釈をして同性婚を認めるのか、それとも民法第742条柱書という明文の規定に反する解釈をして同性婚を否定するのを選択しなければならない。すると、結局のところ、現行民法において同性婚が成立し得ると解

もの』としており、関係解消の意思表示の正当性如何という判断枠組みを採らない。むしろ、XとYとの関係が解消に至ったことがYの『不貞行為』を原因とするものであるかどうかを判断しており、離婚による慰謝料をめぐる判断のあり方に近い」（道垣内弘人・松原正明編『家事法の理論・実務・判例5』82頁〔大澤逸平〕）が、棚村政行が述べるように、「意識的選択的事実婚やパートナーシップの解消自体に不当破棄責任を肯定することは、当事者の意思に反し、ライフスタイルの自由に対する過渡な干渉ともなりかねない」（棚村政行「事実婚・同性婚の法的保護」小野幸二教授古希記念論文集刊行委員会編『21世紀の家族と法』（法学書院、2008）319-320頁）ところ、現行民法上で同性カップルが婚姻の届出をすることができないと解しながら、準婚的処遇を認めることによって、かえって同性愛者の婚姻からの自由を侵害するおそれがある。すなわち、異性カップルについては婚姻の届出をしていない事実から婚姻法上の法的保護を与えるべき関係ではないことが前提とされることによって異性カップルの婚姻からの自由が保障されるが、同性カップルについてはこのような前提が働かないのである。

すべきかどうかは、これらの形式的な根拠によって判断されるべきではなく、社会的に正当であると認められる共同生活関係に対して法的保護を与えるという婚姻法の目的に照らしながら、同性婚が成立し得ないと解した場合と同性婚が成立し得ると解した場合における当事者、社会、および法制度への影響を比較較量して判断されるべきである。現在の日本社会において同性間の共同生活関係が正当であると認められるに至っていることは、判例・学説によって当該関係への準婚的処遇の拡張可能性が肯定されていることから明らかであるが、このような状況（すなわち、同性カップルの準婚的処遇が認められている状況）のもとでは、現行民法上同性婚が成立し得ないと解した場合の弊害は同性婚が成立し得ると解した場合の弊害をはるかに上回るというべきである。したがって、私見では、現行民法においても同性婚が成立し得ると解することは法技術的に十分可能であるのみならず、そのように解釈すべきと考える。

なお、現行民法上同性婚が成立し得ると解することは、立法府が民法改正によって同性婚の成立可能性を否定し得ることを妨げないため、司法介入のあり方としては家族法制度に係る立法府の裁量を尊重したものであることを指摘しておく。

略歴

- 2014年3月 東京大学法学部卒業
- 2016年3月 東京大学大学院法学政治学研究科修士課程修了
- 2020年3月 東京大学大学院法学政治学研究科修士課程満期退学
- 2020年4月 立教大学法学部国際ビジネス法学科特任准教授
- 2023年4月 学習院大学法学部准教授
- 2023年4月 立教大学法学部国際ビジネス法学科兼任講師
- 2024年4月 名古屋大学法学研究科非常勤教員

（現在に至る）

学会活動

日本私法学会会員、外国法制研究会、カップルの法的処遇に関する研究会等

関連業績

- ・単著『ブラジルの同性婚法 — 判例による法生成と家族概念の転換』（信山社、2018

※第20回尾中郁夫・家族法新人奨励賞受賞（2019）

- ・単著論文「特集／性同一性障害特例法違憲大法廷決定 手術要件の緩和と性別変更後の親子関係の成否をめぐる諸問題」ジュリスト 1595号 62-67頁（2024）

- ・単著論文「[特別企画／同性カップルの法的処遇（2）——論点整理のために] 同性カップルの法的処遇に関する研究会 日本における同性カップルの法的処遇」ジュリ 1578号 102-105頁（2022）
- ・単著論文「同性カップルのための事実婚の新たな展開：ブラジルと日本の比較研究」アメリカ法 2021(2) 257-274頁（2021）
- ・島村暁代共著論文「【未来志向で学ぶ外国法】〔第10回〕[ブラジル] 親子関係の多様化とママ休暇制度」法学教室 496号 4-7頁（2022）
- ・大村敦志共著論文「日本法とブラジル法が会おうとき—民法とグローバリゼーション」柏木昇ほか編『日本とブラジルからみた比較法』（信山社、2019） 21-54頁
- ・評釈「犯罪被害者と同性の者が「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に該当し得る」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.158（2024）
- ・評釈「同性カップルの関係の解消と不法行為責任」大村敦志・沖野真己編『民法判例百選Ⅲ 親族・相続』別冊ジュリスト 264号 58-59頁（2023）
- ・評釈「判例解説:名古屋地判令和2年6月4日判時 2465・2466号合併号 13頁——同性カップルが社会立法上の「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に該当するか」道垣内弘人・松原正明編『家事法の理論・実務・判例5』（勁草書房、2022） 86-100頁