

令和8年2月3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 (12)

(民法解釈に関するマシャド・ダニエル准教授の意見書に基づく主張)

神戸家庭裁判所尼崎支部合議係 御中

申立人ら手続復代理人弁護士 金 枝 真 佐 尋 代

(担当) 申立人ら手続代理人弁護士 宮 井 麻 由 子

同復代理人弁護士 吉 田 修 一 代

同復代理人弁護士 及 川 裕 貴 代

同復代理人弁護士 伊 藤 建 代

第1 概要

本書面では、学習院大学法学部マシャド・ダニエル准教授（民法学）の意見書（甲A402）に基づき、同性婚の成立を認めることが現行民法の解釈として可能であることを改めて述べる。

第2 民法の解釈において同性婚の成立を認めることができること

1 同性婚の成立を阻止する実定法上の根拠が存在しないこと

(1) 旧民法人事編の規定

旧民法人事編の規定は、不文の婚姻不成立事由を許容していた。そのため、旧民法には同性婚の成立を阻止する実定法上の根拠が存在した（甲A402・19ないし21頁）。すなわち、旧民法人事編の婚姻不成立事由に関する規定は、民法草案人事編に由来するところ、同第85条は、次のように定めていた。

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

この規定について、民法草案人事編理由書では、不成立事由の説明が次のようになされている。

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

このように、民法草案人事編では、婚姻不成立事由を例示列挙する仕組みを採っていたため、当事者の同性を不成立事由として構成することが解釈上可能であった。そして、この仕組みは、旧民法人事編に引き継がれた。

(2) 現民法の規定

これに対し、明治民法では、「不成立」を「無効」と同視し、かつ、明文なき無効なしの原則を採用し、「婚姻ハ左ノ場合ニ限り無効トス」という柱書の下に無効事由を限定列挙する仕組みに変わった（甲A402・22頁）。

そして、この仕組みは、現民法に引き継がれた。

したがって、現民法では、同性婚の成立を阻止する実定法上の根拠が存在しない。

2 同性カップルに婚姻意思が認められること

(1) 社会通念によって婚姻意思の内容が定まること

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いる（最判昭和33・10・31）。

したがって、同性間において婚姻意思がありうるか否かは、同性同士が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しうるかどうかによって決まる（甲A402・36頁）。

(2) 同性カップルも社会通念上夫婦であること

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」とされていたことから、少なくとも1990年代半ばまでは、我が国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は実際上の無理があった（甲A402・38頁）。

しかしながら、1995年に、日本精神神経学会が、同性への性的指向を精神障害とみなしてきたかつての見解を訂正する旨の見解を示し、これを契機に同性愛に対する社会的認識にも大きな変化が生じた。また、1996年の民法改正案要綱に見られるように、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はできなくなった。さらに学説においても、1997年に星野茂が、同性カップルでは婚姻意思を有し得ないとすることに無理があるとしつつ、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考えるに至った。そして、2010年代に入り、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。これに伴い、学説上も、社会観念上夫婦と認められる関係の射程に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（甲A402・38頁）。

このように、現時点（令和8年2月）では、既に、習俗上の夫婦関係に同性間の婚姻関係も含まれるとする社会通念が形成されている。

(3) 裁判所が社会通念の変化を踏まえた判断をしていること

ア 婚姻の民法上の効力に関する判断

同性カップルの一方と第三者との不貞による慰謝料請求に関する最高裁判所令和3年3月17日判決は、上告を受理しない判断を示し、原審の判断には法解釈の誤りがないものと判断しているところ、原審の東京高等裁判所令和2年3月4日判決は、同性カップルの当事者が「できる限り社会通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」と判示したうえで、準婚法理による保護を認めた（甲A402・39頁、甲A25）。

これは、裁判所が、同性カップルの関係を婚姻とは全く別の関係と評価したうえで契約的保護にとどめたものではなく、同性カップルが夫婦と同様の関係であると社会から承認されていることを前提に、準婚法理を適用したことを意味する。

イ 婚姻の公法上の効力に関する判断

最高裁判所令和6年3月36日判決（甲A349）は、「（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もの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った者』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」と判示した。

これは、裁判所が、同性カップルの関係に婚姻関係との類似性を基準とする規定の適用を認めて公法上の法的保護を与えたものであり（甲A402・39頁）、同性カップルが夫婦と同様の関係であると社会から承認されていることを前提に、犯給法の規定を適用したことを意味する。

ウ 婚姻に関する国民の意識に関する判断

同性婚に関する国家賠償請求訴訟の東京高等裁判所令和6年10月30日判決は、「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いだしているのが実情であると認められる」と判示している（甲A390・46頁）。

このように、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、できない状況にある（甲A402・41頁）。

(4) 婚姻意思の内容を法律効果から判断することは判例違反であること

なお、学説上は、婚姻意思について、民法によって規定された法律効果に向けた意思と捉える見解がある（甲A402・36頁）。

しかしながら、最高裁判所は、前記第2・2(1)のとおり、婚姻意思を「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」と捉えている。この考え方は、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ことに眼目がある(甲A402・36頁)。

そのため、仮に民法に規定された法律効果によって婚姻意思の内容を決めるならば、夫婦関係が戦後の民法改正当時の社会通念に固定されるおそれがあり、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」の意義が没却される(甲A402・44頁)。

したがって、民法によって規定された法律効果から婚姻意思の内容を決定する解釈は、最高裁判所の判例と相反する判断であって判例違反である。

(5) 小括

以上から、現時点において同性カップルに婚姻意思が認められることは、明らかである。

3 婚姻障害事由説を解釈上採用できないこと

学説上は、婚姻当事者が同性であることを婚姻障害事由とする見解がある。

しかしながら、かかる見解は、明文なき無効なしの原則を定める民法第742条柱書に違反するから(甲A402・34頁)、解釈として採用できない。

確かに、この見解は、かつて、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。

しかしながら、前記第2・2のとおり、同性間の共同生活関係が社会通念上夫婦と認められる現在においては、婚姻意思を端的に認めて婚姻として保護すればよく、解釈論上の無理を強いてまで同見解を採用する実質的な根拠が失われている。

したがって、婚姻当事者が同性であることを婚姻障害事由とする見解は、民法の解釈として採用し得ない(甲A402・32ないし34頁)。

4 同性婚を認めても民法の文言に反しないこと

(1) 同性婚の成立を否定する見解は民法の文言を根拠とすること

現行民法上同性婚の成立可能性を否定する見解は、実質的根拠はないものの、民法に「夫婦」や「夫」「妻」という文言が存在することに根拠を見いだしている（甲A402・45頁）。

(2) 同性婚の成立に関する明文がないこと

しかしながら、これらはいずれも、婚姻の「効果」に関する規定の文言であり、婚姻の成立に関する規定の文言ではない。もとより、同性婚を禁止する明文は、法文上どこにも存在しない。

したがって、同性婚の可否に関する明文の規定がないことについては異論はない（甲A402・45頁）。

(3) 法解釈は法の精神・目的を推理する必要があること

山本敬三によると、法解釈は、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。この理は、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（甲A402・45頁）。

また、星野英一によると、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。そして、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」という視点からする解釈、つまり「目的論的解釈」である（甲A402・46頁）。

これらの観点を踏まえると、同性婚の成立可能性をめぐる法解釈には、現行民法の目的、とりわけ、婚姻制度の法的保護の対象を検討することが不可

欠である。

そもそも、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る（甲A402・2頁）。このことは、戦後の民法改正の立案担当者であった中川善之助が「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」はいえないと述べ、かかる考え方が内縁保護法理の根幹を成したことから明らかである。そして、前記第2・2(3)ウのとおり、現在、国民の意識としても、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いだしているのが実情であると認められる（東京高等裁判所令和6年10月30日判決、甲A390・46頁）。そうであれば、同性婚を婚姻制度の法的保護の対象とする解釈を採らなければならない。

また、民法772条以下の実親子法制が自然生殖を想定した規定であったとしても、もとより生殖可能性があろうとなかろうと婚姻の成立に影響しないことや、婚姻関係と親子関係を適度に切り離す方向で家族法制が改められてきた民法改正の経緯（甲A402・6頁）、民法第772条が、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ことなどを踏まえると、民法上の婚姻の目的を夫婦間の自然生殖に限定する必然性はない（甲A402・11頁）。

そうすると、現行民法上の婚姻の目的は、夫婦とその間に生まれる未成年子の共同生活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にあると解される（甲A402・2頁）。

そうであれば、同性婚が習俗上の婚姻として社会から承認されている現在において、少なくとも同性カップルに対して民法の婚姻規定を適用することは、正当な法解釈である。

(4) 法文の文理に反しない解釈が可能であること

そもそも、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。

しかるところ、明治民法の「夫婦」という用語は、両方の婚姻当事者を指す場合および婚姻当事者の性別を問わない規範である場合に用いられており、フランス語の「conjoints」（明治民法729条）や「époux」（明治民法790条、792条）等に由来している。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（甲A402・49頁）。

そうすると、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（甲A402・49頁）。

(5) 小括

以上から、同性婚を認めても民法上の文言や文理に反する解釈にはならない。

5 結語

以上のとおり、同性婚の成立を阻止する実定法上の根拠が存在しないこと（前記1）、同性カップルに婚姻意思が認められること（前記2）、婚姻障害事由を解釈上採用できないこと（前記3）、同性婚を認めても民法上の文言に反しないこと（前記4）から、同性婚の成立を認めることが現行民法の解釈として可能であり、かつ、そう解釈することが求められている。