



Title	わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題
Author(s)	星野, 茂
Citation	法律論叢, 69(3-4-5): 237-260
URL	http://hdl.handle.net/10291/1421
Rights	
Issue Date	1997-02-28
Text version	publisher
Type	Departmental Bulletin Paper
DOI	

<https://m-repo.lib.meiji.ac.jp/>

わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題

星 野 茂

目次

- 一 はじめに
- 二 婚姻と同性愛者
- 三 養子縁組と同性愛者
- 四 おわりに

一 はじめに

一九九六年七月、埼玉医科大学の倫理委員会は、二名の女性患者に対して性転換手術を行うことを承認した。このニュースがマスメディアを通じて発表されると、様々な方面に反響を及ぼした。これまで、性転換手術に対しては、刑法の分野からは数多くの議論がなされてきたが、これに対して、民事法の分野からはそれほど多くの関心が示されてはいなかった。それは、民事法、特に家族法の領域でもこの性転換の問題やこれに関連のある同性愛の問題をタブー

視する傾向が多分にあつたためであらうと思われる。もちろん、これまでに法律学以外の分野、文学、社会学、精神医学など様々な分野から、この「同性愛」、「性転換」に関する研究が数多く行われてきたことは知られており、その成果として、同性愛の歴史は世界的にみてもたいへん古いものであること、その後多くの宗教的弾圧や社会的迫害を受けてきたことなどが広く知られるようになった。しかし、多くの社会がそうであるように、わが国においても男女のカップルを中心とした一夫一婦制の婚姻形態を法定し、これをもって婚嫁家族共同体とする法律制度を整備しており、これに反する形態の婚姻は法律上の婚姻として認めないという立場をとつた。こうしたこともこの問題をタブー視させてきたことに少なからぬ影響を及ぼしているであらう。しかしながら、一九七〇年代以降、西欧諸国で広がりを見せてきたゲイ解放運動の刺激を受けてか、マスコミでも同性愛に関する事柄を多く取り上げるようになり、しばらく前まではブームと言つてもよほどであつた。こうした傾向は、少なくとも同性愛をタブー視するだけでは問題の解決は図れないという意識を目覚めさせたのではないかとも思われる。⁽²⁾そこで、本稿では、今日のわが国の家族法と同性愛をめぐるさまざまな問題について若干の検討を試みたいと考える。

まず、われわれが一口に同性愛といつてもその態様は様々である。男性同士ないし女性同士の間でしか恋愛感情を持ちえず、性的関係も持つことができない者もいれば、異性の者との間で恋愛感情を持つことも性的関係を持つこともできるし、同性の者との間でもそうした関係を持つことができる者もいる（前者を狭義のホモセクシャルといい、後者をバイセクシャルと呼ぶことがある）。また、生来男性ないし女性としての身体的特徴を有していながらこれに馴染めず、性転換手術等の方法により生来の性を変更したいと考えている同性愛者もいれば（例えば、生来身体的特徴は男であるが、自分は女として男を愛しながら生活することを望む場合、今日ではこれを「性同一性障害」と分類する）、生来の性であり続けながら同性の者との愛情を求める同性愛者もいる（自分は男であるが、男として他の男を愛

しながら生活することを望む場合)。あるいはまた、女性ないし男性のような外形を好みながら生来の男性ないし女性としての自分を否定することまでは求めない者もいる。最近では、家族法の研究者によってようやく同性愛に関する様々な問題点が議論されはじめてきたが、本稿では、こうした同性愛者の法的関係のうち、純粹に男性が男性として男性に対して、あるいは女性が女性として女性に対してお互いに愛情を育み、性的関係を持つような共同体を形成した場合をめぐる法的問題について論点を絞って検討を行い、性転換に関する問題については取り扱わないことにしたいと考える。それは、「同性愛」の問題と「性転換」の問題とは重なり合う部分はあるものの、本来的には異なる次元の問題であると考えたからである。同じ性転換手術を受けたいと希望する場合でも、同性愛者の場合は同性に対する関心からくるものであるが、いわゆる「性同一性障害」といわれる事例では、同性に対する関心というよりは、身体的性と精神的性の不一致からくるものであり、「両者は明らかに異なるといえる。それゆえ、本稿では、「同性愛」の問題（同性愛カップルで婚姻できるかなど）と「性転換」に関する法的問題（性転換後の性を法律上どのように取り扱うかなど）とを区別する意味もあつて、問題の争点を「同性愛」に絞り、従来、問性および性変症の事例として議論されてきた、性転換手術を受けた者をめぐる諸問題については別稿に譲りたいと考える。⁽³⁾

(1) 特に刑法の立場からは判例を素材にした議論されてきた。有名な例として、東京高裁昭和四五年一月一日判決麻薬取締法違反・優生保護法違反被告事件、いわゆる「ブルーボーイ事件」がある。この判例に関する評釈として、高木武「優生保護法第二八条違反の罪の成立を認めた事例」東洋法学二二卷一號(昭和四四年)一三五頁、植松正「性転換手術の適法限界」判例評論二二九號(昭和四四年)二二五頁、富田孝三「性転換手術と刑事責任」法律のひろば二三卷五號(昭和四五年)二〇頁、町野朔「性転換手術」統刑法判例百選(昭和四六年)二五八頁、金沢文雄「一、正当な医療行為にあたらな」とされた事例二、優生保護法二八条の「手術」の意味」判夕二八〇號(昭和四七年)八九頁、高島学司「性転換手術と優生保護法二八条」医事判例百選(昭和五一年)二〇二頁、宮野彬「正当な医療行為—ブルーボーイ事件—」刑法判例百選(昭和五三年)七六頁などがある。

(2) わが国における数少ない法律文献としては、沼正也「財産法の原理と家族法の原理（改訂版）」（昭和三八年）および霞信彦「鶏姦規定をめぐる若干の考察」法学研究五八巻一号（昭和六〇年）一頁などの研究のほか、欧米の同性愛に関する最近の研究として、石川稔「同性愛者の婚姻—同性婚は認められるか—」法セ一九八四年七月号九〇頁及び八月号五六頁、松平光央「西欧文明、同性愛、バーガー・コート—アメリカ連邦裁判所の同性愛処罰法合憲判決を中心に—」法律論叢六〇巻二・三号（一九八七年）一五七頁、篠原光児「同性愛—アメリカ家族法の一断面—」判タ六七二号（一九八八年）一三三頁、棚村政行「家族的パートナーシップ制度」青山法学論集三三巻三・四号（一九九二年）一〇九頁、同「同性愛者間の婚姻は可能か」『ゼミナル婚姻法改正』（一九九五年）四一頁、菱木昭八郎「スウェーデン同性婚法」ジュリ一〇五六号（一九九四年）一三七頁、大村敦志「性転換・同性愛と民法（上）」ジュリ一〇八〇号（一九九五年）六八頁及び「性転換と民法（下）」一〇八一号六一頁などがある。

なお、同性愛者間の婚姻に積極的な姿勢がみられるアメリカにおいても、最近ではその一方で、各州が、他の州で行われた同性婚を認めることを憲法的に強制されなくて済むことを目的とする「婚姻擁護法（the Defense of Marriage Act）」（H.R. 3396, 104th Cong., 2d Sess. (May 7, 1996)）が連邦議会できとりあげられるなど、必ずしも同性愛婚が社会全体として好意的に受け容れられているわけではない一端を表わしている。

(3) この「性転換」の問題については、大島俊之「性転換と法—戸籍訂正問題を中心として—」判タ四八四号（一九八三年）七七頁、同「性転換と法」大阪府立大学経済研究二八巻三号（一九八三年）五五頁、同「スペイン法における性転換の取扱」神戸学院法学二二巻四号（一九九二年）一二五頁、石原明「医療と生命倫理」（一九九七年）五五頁以下などが詳しい検討を行っている。

二 婚姻と同性愛者

一 同性愛者間での婚姻の可能性—同性同士の場合—

(一) 序論 同性愛者同士で婚姻 (homosexual marriage) するとこはできるのであろうか。わが国でこうした問題が裁判上争われた例は見受けられない。しかし、このことは、同性愛者が同性愛者同士の婚姻を望んでいないということの意味しているわけではない。確かに、今日の社会においては、異性愛 (heterosexuality) のカップルの割合に比して同性愛者同士のカップルの割合は極めて少ないと言い得るであろう。しかしこれは、同性愛 (homosexuality) に対する社会的偏見や差別が根強くあり、自分の好きな相手と共同生活を送ることができないばかりか、自分自身が同性愛者であることを社会に公表すること (coming out) すら憚られるという現実にその原因の一端がある。もちろん、同性愛者のなかには、自ら同性愛者であることを明らかにして、同性愛者同士で共同生活を営んでいる例も少なくないし、現にこうしたカップルの場合でも、継続的で安定した共同生活関係を維持したいと望む例は多いであろう。それにもかかわらず、上述のように、同性愛者間での婚姻が問題とされた事例が見受けられないのは、彼らまたは彼女らが現行制度のもとでの婚姻をあきらめているに過ぎないからである。そこで、法的な見地から、こうした同性愛者間での婚姻は本当に認められないのか、また、婚姻制度による保護以外に彼らまたは彼女らに対する保護手段はないのかという問題につき、以下においてもう一度検討してみたい。

(二) 婚姻の成立要件をめぐって 同性愛者の間で婚姻をすることができるとかという問題については、すでに欧米諸国においても、特にここ数年議論がなされてきたところである。そして、いくつかの国では、特別法によって明確に同性カップルであっても婚姻ないしこれに準ずる法的地位を認めるようになった。しかし、わが国においては、明確に同性愛カップルでも婚姻ができ、ないしはこれに準ずる法的地位を認めるとする法律上の規定も存在しないし、また反対に、これを明確に禁止する規定も存在しない。そこで、わが国でも現行法のもとで同性カップルでも婚姻することができるとかが問題となる。

わが国における婚姻成立については民法にその規定がおかれている。民法七三九条一項には「婚姻は、戸籍法の定めるところによりこれを届け出ることによつて、その効力を生ずる。」と規定している。この規定の趣旨をめぐっては学説上見解の対立があるが、判例及び通説は、この届出をもつて婚姻の成立要件と解している(成立要件説)⁽⁴⁾。そこで、実際に同性の者二名が婚姻届を提出しようとした場合、当該届出は受理されるであろうか。おそらく受理されないであろう。また、もし誤つて受理されたとしたら、当該婚姻の効力はどのようなものとなるのであろうか。

わが国の法律上、婚姻は必ず男女間で行わなければならないという規定は存在しない。むしろ憲法二四条は「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、……」と規定していることから、この規定を根拠として、同性愛カップルの共同生活についてその法的保護を認める手掛かりとなる規定であるとする主張もある⁽⁵⁾。しかしながら、こうした見解に對しては、日本国憲法はそこまで積極的な姿勢を示しているとは言えないとの反対論も主張されている⁽⁶⁾。確かに、この点、条文を素直に読む限り「両性」とは「男」と「女」という二種類の性を示すのであり、「男」ないし「女」がそれぞれ二つある場合を指しているわけではないのであって、その「合意」についても、日本国憲法はその成立当初「男女」間の合意を意図していたものと考えられる⁽⁷⁾。しかし、憲法二四条の制定目的自体は、明治憲法時代の「家」制

度下の家族を否定することであったことは明らかである。家制度のもとでは、まさに「家」の存続こそが重要なのであり、個人はそのなかに埋没していた。新憲法は、個人の尊厳と両性の本質的平等を謳うについて、旧来の「家」制度がこうした新しい思想に馴染まないことを意識したのであり、それに代わって、婚姻によって成立した男女の夫婦を中心とした家族を想定したのである。このような趣旨からすれば、二宮周平教授の言われるように、「男女が自分の自由な意思でカップルを作り、民主的な家庭生活を営むことの保障こそ目的とされている」⁽⁹⁾のであろう。しかしながら、このことから直ちに憲法二四条がどのような形態の婚姻も当事者間の合意さえあれば保護するということを憲法上保障しているとは考えられない。憲法は婚姻についての成立要件等の具体的な規定については法律に委ねることを当然の前提としており、法律婚以外のカップルの憲法的保障をしていると考えることには躊躇せざるを得ない。もちろん、それだからといって、法律婚以外のカップルの保護を認めないというわけではない。そうしたカップルの保護については憲法の幸福追求権（一三条及び一四条）の問題として考えればよいのであり、あえて二四条の問題として考える必要はないものと思われる⁽¹⁰⁾。それゆえ、同性カップルの婚姻を憲法が認めているか否かの点については、否定も肯定もしていないと考えるのが素直ではなからうか。

では、民法のレベルでは、この同性カップルの婚姻についてどのように考えていると解することができるであろうか。後述のように、同性カップルの保護を前向きに考えていこうとする見解も散見できるが、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。それにはいくつかの理由が考えられるが、論者によってその根拠とするところに若干の相違がみられる。

第一は、婚姻意思にその根拠を求める説がある（婚姻意思説）。この説は、「同性愛的共同生活には、いくら当事者が夫婦的感情をもっていても、婚姻意思ありということとはできない」⁽¹¹⁾と主張する⁽¹²⁾。

第二は、婚姻障害にその根拠を求める説がある（婚姻障害説）。この説は、明文の規定はないものの、婚姻障害の一つとして男女の結合以外の婚姻を排除する。⁽¹³⁾

これに対し、同性婚を婚法律婚として認めないことに疑問を呈する見解や、⁽¹⁴⁾ 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も民法の「婚姻」に含めることも可能であるとする見解も主張されている。⁽¹⁵⁾

まず、同性カップルについてはいかなる場合であっても「婚姻意思」を認めることはできないのであろうか。この問題について考えるためには、婚姻制度とはいかなるものかという婚姻制度の根本にまでさかのぼって検討されなければならぬ。

(三) 婚姻の目的　そもそも「婚姻の目的は何か」という問いに対して、一言で簡単に答えることは難しい。何故ならば、婚姻も時代により、あるいはまた地域によりその役割も形態も様々であるからである。これはわが国の婚姻の歴史をみても言えることである。⁽¹⁶⁾ しかし、いくつかの類型にまとめてみると、婚姻制度の目的は、①男女の性欲の統制・鎮静化、②子どもの出産と育成、③性を媒介とする夫婦の相互協力と親密さの深化、④同一人の維持的な性欲の充足、⑤家族集団の形成と存続維持などをあげることができる。⁽¹⁷⁾ 一方、国家や社会が家族を一つの制度とし、家族への介入をする理由も、婚姻が社会の次世代の構成員を生産・育成するものとして重要な役割を果たすことを十分認識しているからにはかならない。⁽¹⁸⁾ それゆえ、わが国の現行民法もこうした目的に資するような婚姻夫婦とその間の子どもに関する規定を中心に置いている。しかしながら、今日の社会においては、ライフスタイルの変化・多様性や各個人の価値観の多様化などにより、前述のような婚姻制度の目的も従前のままであるとは必ずしも言えないであろう。まず、婚姻の目的の大きな柱の一つである「保族生活」に関するものについては、今日、性的関係をもたない夫婦や墮胎・

避妊を行う夫婦も増えてきているといわれるし、高齢者同士の婚姻や生殖能力に障害がある者の婚姻も法律上当然有効なものとされている。また、子どもの養育についても、養子縁組や里親制度の利用など必ずしも子どもを作った夫婦が自ら育てなければならぬということでもない。これとは反対に、現在では人工授精や代理母といった新しい親子の形成形態の途も模索されている。さらに、性欲の問題についても、右のように性的関係をもたない夫婦が増加しつつあることのほか、道徳的に言つて問題はあろうが、夫婦関係にある者以外の者にその対象を求めるといふことも減少しているとは言えないし、売春のような例を除いて、そうした行為が法的に禁止されているわけでもない（上述の「男女の性欲の統制・沈静化」、「同一人の維持的な性欲の充足」の欠如）。さらにはまた、内縁関係にある者や非嫡出子に対する差別が許されないということも当然のこととして考えられていることから明らかであろう（上述の「子どもの出産と育成」、「性を媒介とする夫婦の相互協力と親密さの深化」の変化）。⁽¹⁹⁾ こうしてみると、婚姻と生殖との関係は必ずしも密接不可分であるとは言い得なくなっているとも考えられる。そうなると、婚姻に求められる目的は、経済生活の問題及び愛情の対象としての人生のパートナーの選択（「家族集団の形成と存続維持」ということにならう。そうした意味では、必ずしも婚姻が異性間のカップルにおいても婚姻制度に則った保護を与えることも決して不自然なことでは伝統的な婚姻観とは異なり、同性カップルについても婚姻制度に則った保護を与えることも決して不自然なことではないともいえるであろうし、同性カップルには一時的な共同生活を営むものが多いとの主張もあるが、一時的な共同生活をもつに過ぎないカップルは異性カップルのなかにも多く見受けられるであろう。同性カップルのなかにも異性カップルに劣らない愛情を持ち合い、永続的に共同生活をしている者も少なくないのである。このように考えてみると、前述のような学説（婚姻意思説）が、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言わざるを得ない。

ところで、こうした考え方をもちことよって、ただちに現行の婚姻制度を否定しなければならぬということの意味するわけではない。現行の婚姻制度に則つて多くの男女が夫婦として子どもを作り、育てていることは紛れも無い事実であるし、今後もそうした夫婦を中心とした家族共同体が社会的にも法的にも保護されるべきであることに変わりないといふべきである。こうしたことから、同性カプルの保護は必要であらうが、それは婚姻制度のなかで保護することまでは必要としないという見解もあるが、婚姻制度という法的制度に則つて保護されるか否かということには当事者にとつても、社会にとつても大きな問題である。例えば、当事者にとつてみれば、婚姻によつて夫婦相互間の協力・扶助の権利、夫婦財産制度上の権利や利益、相続権、離婚給付、社会保障法上の各種受給権や税制上の特典などがあり、また、社会的な影響をもつものとしては、夫婦間の人間関係の安定、情緒的満足のほか、社会生活上の地位の強化などがある。⁽²⁰⁾特に社会生活上の地位の強化については、前述のように、社会地域における差別や偏見、就学・就職の際の差別的待遇や学校・職場での偏見など現在深刻な問題となっている。

それでは、現行法の上で同性カプルが法律上婚姻できるといえるかという当初の問題について考えてみると、私見としては、現在の制度のうへでは解釈論として同性カ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」という男女の別を示す語を用いており、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、同性カプルをも保護の対象と考へて立法されているわけではないからである。それゆゑ、同性カ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へるのが妥当であると思われる。そして、通常は考へられないが、この同性カプルの婚姻につき誤つ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、無効となると考へられる。

法律上の保護、すなわち同性カプルにも婚姻ないしそれに類似した制度を認めるためには、立法的措置が必要で

あるし、そうした制度の創設についても検討を始めてもよい時代になってきたのではなからうか。⁽²¹⁾

二 同性カップルの内縁的保護の可能性

現行法上、同性カップルは法律上の「婚姻」ができないとしても、そうしたカップルの保護を一切拒否するということを意味するわけではないし、またそのように保護を拒否することは妥当でない。先にも述べたように、生殖を伴わない点を除けば、人と人との愛情に支えられた共同生活関係が形成されている点は婚姻に基づく共同生活関係とは変わりがない（なかには性的関係をもつカップルも少なくない）。そして、こうした事実を無視することは妥当でないであろう。では、こうした同性カップルについて、いかなる保護が可能であろうか。ここで問題となるのは、内縁としての保護の可能性である。そこで、以下において、この内縁としての保護が可能であるかについて若干検討してみたい。

これまで、判例及び学説は、いかなる男女の生活共同体を内縁として保護すべきかにつき多くの議論を重ねてきた。そして今日では、内縁としての保護を認めるということは、当該男女の生活共同体を準婚として保護するということがあり、戸籍上の記載に基づいて形式的画一的に処理される事柄、例えば相続や子どもの嫡出子性付与などの問題を除いて、婚姻の効力に関する規定を準用することを認めるべきであるとしている⁽²²⁾。では、いかなる要件が整えば内縁保護が認められるのか。この点についても学説は従来から議論の対象としてきた。まず、当該男女の関係が社会的にみて、婚姻意思に基づいた共同生活でなければならぬことでは一致している。学説のなかには、このような事実だけでよいとするもの⁽²³⁾、これとは反対に、婚姻の実質的要件をすべて必要とするもの⁽²⁴⁾、婚姻の要件を中核的要件（婚姻意思）と付随的要件（婚姻適齢、重婚、近親婚）とに分け、前者は必要とするが後者は必ずしも必要としない

するもの⁽²⁵⁾。「社会的事実としての内縁を一応すべて内縁とし、法律的規律を与える際に、当該内縁の性格を吟味し、各場合についてその効果を勘案」するといふもの⁽²⁶⁾などがある。内縁保護の問題は中川善之助博士もいわれるように、社会的事実として存在する結合に法的保護を与えようとするものであることから、厳格にその要件を必要とすることはかえって保護を困難にしまふ虞れがあろう。そのため、今日では最後の説が有力といわれることにも十分説得力があるように思われる。このような見解に従えば、同性カップルにおいても、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のではないかと考える⁽²⁷⁾。しかし、こうした考え方に対しては、内縁保護の問題が議論されはじめたところと今日における内縁をめぐる状況とはかなり異なっており、生活共同体があつても、当事者間で婚姻関係を望まないカップルもあり、そうしたカップルにまで内縁として保護する理由はなく、いわば同性カップルもそうしたカップルとして内縁保護の対象とすることに消極的な見解を示す主張もある⁽²⁸⁾。もちろん、こうした見解も、同性カップルに対して一切の保護を認めまいとするものではないが、法的保護を認めるには多くの実践をふまえてみる必要があると主張している。確かに、多くの実践例があればよいのかもしれないが、先にも論じたように、実際にそうした例を重ねるには当事者が同性愛者であるということと公表しなければならぬし、そうした場合には地域社会、職場等での差別や偏見を甘受しなければならぬという大きなリスクを背負う覚悟をしなければならぬ。また、当事者間で契約を試みることも提案しているが、人生のパートナーとこれから生活をしていこうというときに、当事者間でその後の生活に関する契約を結ぶということは、男女のカップルの場合でも行われにくいことであり、実際そうしたデリケートな問題に契約論を持ち込むことが果たして現実的であるのか疑問を感じるころである。さらに、仮に、同性愛カップルがそうした契約を締結したときでも、後に当該契約が公序良俗に反するものとして無効とされる心配はないのであろうか⁽²⁹⁾。

三 同性愛者間の婚姻—男女間の場合—

先にも論じたように、今日では同性愛者で同性同士での婚姻はできないと解されることから、同性愛者は法律上婚姻もできず、また、同性愛者であることを隠したまま異性と婚姻した場合でも婚姻生活がうまくいかない例も少なくない。しかし、いかに最近ではシングルライフを送る者が多くなってきたとはいえ、やはり今日の社会では婚姻をしていない者に対する家族・身内の者や社会の目は冷たいものがある。そこで、最近では、ゲイとレスビアンがお互い同性愛者であることを承知のうえで婚姻届を出して（当事者は一応男女のカップルであるため届出は可能）共同生活をしたり、あるいは別居生活をするという事例が増えている。

従来判例及び通説の立場からすれば、こうした婚姻は婚姻意思がないものとして当然無効ということになろう。しかし、先にもふれたように、今日では男女間の婚姻でも生殖を目的とすることに重点が置かれなくなってきていることを考えると、男と女の同性愛者同士の婚姻でも、少なくとも夫婦らしい共同生活を送っているものについては婚姻としての保護を認めざるを得ないであろうと思われる。それゆえ、後に当事者間で当該カップルを解消する場合には、離婚という手続きをとることになる。そして、その際の離婚理由としては、「婚姻を継続し難いその他の事由があるとき」に該当することになろう。一方、別居している例については、婚姻意思もまた共同生活関係もないのであるから当該婚姻は無効と解してよいと思われる。⁽³⁰⁾このような偽装結婚ともいえる現象を引き起こす原因は、同性カップルが法的に婚姻できないばかりか、公に同性愛者同士で共同生活を営むこともできないという現実があるということである。こうした事例を増加させないためにも法的保護を早急に考える必要があろう。

四 同性愛と離婚事由

同性愛者が異性と婚姻した場合、相手方にその事実を告げたくて婚姻をする場合にはそれ程問題になることはないであろう。しかし、同性愛者であることを相手方に秘匿したまま婚姻した場合には当事者、特に相手方(配偶者)にとっては重大な問題を生じさせることになる。バイセクシャルの者であれば、異性(配偶者)とも性的交渉をもつことも当然できようが、異性に全く関心を示すことができない同性愛者の場合には深刻である——お互いの性的関係をもたない旨の合意のもとで婚姻した場合には事情が異なるであろう——。このように、自らが同性愛者であることを秘したまま婚姻し、後に配偶者がその事実を知った場合に、当該配偶者は、他方配偶者が同性愛者であることをもつて離婚事由(民法七七〇条一項五号にいう「その他婚姻を継続し難い重大な事由」)ありとして離婚を求めることができるであろうか。

ここで問題となるのは、自分の配偶者が「同性愛者であること」をもつて離婚事由とすることができるところである。この問題について争われた事例はほとんど見当たらないが、否定例として、神戸地姫路支判昭和三四年一月三〇日下民集一〇卷一一号二五二六頁がある。⁽³¹⁾ 本件は、Y(夫)には同性愛の偏向があり、女性に対する欲望は恬淡で、X(妻)との婚姻前から勤務先の年下のA男と同性愛的行為があり、Xとの婚姻後も三日にあげず同人を連れ帰り、普通の交際に見られないような態度を示していたという事例である。本件では、XやXの父が右の事実を注意したり、XがYがかたきん(片臈丸)であると信じ、かたきんや同性愛者は時に女性に対する欲望がないことを聞き、Yに対し適当な産婦人科医に診察してもらおうよう進言したため、Yが機嫌を損ね家出をしたという事情があつた。これに對

して裁判所は、「夫婦の交りはX主張のように極めて尠いことが認められるが、Yが所謂かたきん（片舉丸）で不具者であるとの確証はない。（中略）XとしてはYの家出当時やがては生れ出づる子のためにもYが翻意して帰宅することを望んでいたであり、且Yとして性的不能者でない本件においては、前叙認定の肉体的要素の尠いことは未だ以て婚姻を継続しがた重大な事由となし難い」と判示した。本件事例では、夫は同性愛者であったようだが、夫婦関係が全くなかったというわけでもないようであり、その当時は夫が同性愛者であるという認識はあまりなかったようである。婚姻した後、自分の配偶者が実は同性愛者であると知ったときは、確かにそのときの精神的ショックは大きいものと思われる。そのため、もはや夫婦としての信頼関係も失われ、夫婦としての実体が失われるに至る場合も当然でてくるであろう。しかし、その一方で、そうした事実が明らかになつたとしても、自分の配偶者との精神的結合が直ちに断たれ、回復の見込みが全くなくなるとは限らない。それゆえ、同性愛者であるという事実それ自体は「その他婚姻を継続し難い重大な事由」にはあたらないが、その他の態様如何によつてはこれにあたる場合がでてくると考えるべきである。なお、その他の態様についての判断にあたっては、夫婦としての信頼関係ないし精神的結合の継続の可能性、性的交渉の可能性などが総合的に考慮されるべきであろう。⁽³²⁾

(4) 中川善之助『親族法上巻』（昭和三七年）一七八頁、我妻栄『親族法』（昭和三六年）四二頁、久貴忠彦『親族法』（一九八四年）五八頁、鍛冶良堅『親族法講義（改訂版）』（一九九三年）二四頁。もちろん、この通説に対しては、当事者の合意、挙式、同居、届書作成のいずれかによつて婚姻は成立し、届出によりその効果が発生するという効力要件説も有力に主張されている。

(5) 角田由紀子『性の法律学』（一九九一年）二二〇頁以下。角田弁護士は、憲法二四条が「両性の合意のみに基づいて」と規定している理由は「戦前の家制度下の婚姻が、当事者である男女の合意などを考慮せずに、あるいは合意ぬきに、家制度の存続という封建的価値を重視して成立していたことを否定するためであった。男女平等、夫婦の権利・義務の平等、個人の尊重をこそ婚姻の原則と考えるというのが、憲法二四条の趣旨である」として、このことから「両性」という文言にこだわ

必要はないとする。

- (6) 樋口陽一「近代」にこだわる——人権」という考え方をめぐって——法七四八九号（一九九五年）一七頁、大村・前掲論文（下）六四頁。
- (7) 横田耕一「日本国憲法からみる家族」法学セミナー増刊「これからの家族」（一九八五年）八五頁。また、日本国憲法の英文の表現では、「both sexes」という表現を用いており、sexの複数形は「男」と「女」を表すものと考えられる。
- (8) 横田・前掲論文八七頁。
- (9) 二宮周平「事実婚の現代的課題」（一九九〇年）二八六頁。
- (10) 角田・前掲書も、結論的には同性愛カップルの共同生活は憲法一三条によって保護されると考えている。
- (11) 中川善之助・前掲書一六七頁。我妻・前掲書一四頁も「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」を夫婦関係とし、同性間の婚姻はこの意味で「婚姻」には当たらないとしている（同書一八頁注（一）参照）。
- (12) なお、中川高男教授は、七四二条の「その他の事由」により同性婚は婚姻意思がないとする（中川高男「親族相続法講義」（一九八九年）一一三頁）。
- (13) 星野英一「家族法」（一九九四年）五九頁。
- (14) 青山道夫「有地亨編」新版注釈民法（21）（平成元年）一七八頁「上野雅和」、乾昭三二宮周平編「新民法講義5 家族法」（一九九三年）一一頁。
- (15) 大村・前掲論文六四頁。
- (16) わが国の婚姻の歴史については、中山太郎「日本婚姻史」（昭和三年）、高群逸枝「日本婚姻史」（昭和四四年）、石井良助「日本婚姻法史」（昭和五二年）、四方壽雄「性と家族」法七増刊「日本の家族」（昭和五四年）一〇〇頁以下などの研究がある。
- (17) 四方・前掲論文一〇七頁。
- (18) 前掲「注釈民法（21）」一七八頁。
- (19) 前掲「注釈民法（21）」一七八頁、四方・前掲論文一〇七頁、大村・前掲論文六四頁。
- (20) 右川・前掲論文（八月号）五二頁。
- (21) 棚村・前掲「同性愛者間の婚姻は法的に可能か」五二頁。
- (22) 鍛冶・前掲書七八頁、中川善之助・前掲書二二六頁。

(23) 中川善之助・前掲書三二二頁は、「一般習俗上婚姻と見られるべき結合でありながら、方式が欠けたため法律上の婚姻と見られない結合を処理しようというのが内縁問題なのであるから、内縁成立の要件は法律より前にあるといわなければならぬ。結合が婚姻的であつて法律上の方式が欠けていればみな内縁なのである。」と述べている。

(24) 柚木馨『親族法』(昭和二五年)一五七頁。

(25) 明山和夫「内縁の成立に関する一考察」家月一一卷三号(昭和三四年)一四頁。

(26) 我妻・前掲書二〇〇頁。

(27) 乾II二宮編・前掲書一一頁、二宮・前掲書三四四頁以下。

(28) 大村・前掲論文(下)六五頁以下。

(29) 最近では相続法の領域でも公序良俗違反の問題が人倫や道徳性という視点から相続人の保護へと移りつつあるといわれるが、例えば同性愛カップル当事者間で相互に包括遺贈をする場合、今日のところまだ人倫に反するないしは反道徳的として無効とされる可能性がないとはいえないのではなからうか。この点、アメリカでも、性的サービスを約因とした契約を同性愛カップルに強行できないとする例 (Jones v. Daly, 176 Cal Rptr.130 (Ct. App. 1981)) や同性愛カップル間の遺言を不当威圧を理由として無効と判断した事例 (In re Kaufmann's will, 247 N.Y.S.2d 664 (A.D. 1964)) などがある。なおこの問題については機会を改めて検討したいと考えている。

(30) しかし、婚姻意思につき、形式的意思説の立場をとると、当該婚姻も有効と解する余地がでてくるであろう。

(31) 肯定例としては、名古屋地判昭和四七年二月二九日判時六七〇号七七頁があるが、本件では、同性愛に陥つた夫が他男との関係を解消した後も、未練断ち難く相手に付きまとうという行動をとつたという事情が性的に異常な行動として考えられたようである。

(32) なお、判例及び学説には性的不能をもって離婚事由に当たるとするものがあるが(高橋忠次郎「目的主義と有責主義」『家族法大系II』(昭和三四年)昭和二二八頁、中川善之助編『注釋親族法(七)』(昭和二五年)二七七頁「木村健助」)、こうした見解によれば、同性愛によって異性(配偶者)と性的関係をもつことができなない場合には、その性的交渉をもてないという事実だけで離婚事由に当たることにならう。また、性的不能という事実だけではなく当該婚姻関係にあらわれた一切の事情を考慮して「その他婚姻を継続し難い重大な事由」の存否を判断しようという見解(判例は概ねこの立場にあるものと思われる。例えば、最判昭和三二年四月一日民集一一卷四号六二九頁や最判昭和三七年二月六日民集一六卷二二〇六頁などは性交不能の事例ではあるが、夫の性交態度の異常性が問題とされていた。)にたつた場合でも、配偶者が「同性愛者」であ

るという事実は大きな判断材料になるものと思われる。

三 養子縁組と同性愛者

一 同性愛カップルとの養子縁組

同性愛カップルが養子縁組との関係で問題となるのは、同性愛カップルが養親となることができるかという事例である。わが国の養子縁組では、特別養子の場合、養親となるためには夫婦であることが要件とされている（民法八一条の三）。そこで、前述のように、同性愛カップルは現行法上婚姻ができない、すなわち夫婦となることはできないため、特別養子縁組の養親とはなり得ない。

では普通養子の場合はどうであろうか。まず、配偶者がある場合には配偶者の同意が必要とされ（民法七九六条）、さらに配偶者のある者が未成年者を養子にする場合には配偶者とともにしなければならないとされている（民法七九五条）が、独身者が養親になることを禁じている規定はない。そこで、同性カップルの場合には戸籍上はどちらも通常独身者であるので、どちらか一方と養子縁組をすることになろう。ただ、未成年養子の場合、家庭裁判所の許可が必要とされているため（民法七九八条）、家庭裁判所がこのような同性カップルのうちの一人から提出された養子縁組許可の申立に許可の審判をすることがどうか問題がある。家庭裁判所の許可基準については、当該縁組が実質的成立要件を具備しているかどうかの判断もすべきかについて学説上見解の対立があるが、いずれにしても当該縁組が未成年者

の福祉に合致するかどうかを判断すべきであるという点については異論がない。ただ、従来は、積極的に子の利益・福祉に合致することを要すると解し、このような場合でない限り養子縁組を許可すべきではないとする立場が有力であったが、今日の多数説は、未成年の子の現在及び将来の生活の妨げになる養子縁組を阻止することができればよく、積極的に福祉の増進が認められなくても、養子縁組を許可することができる⁽³⁴⁾と解している。それゆえ、従来のように、未成年者の福祉に合致するかどうかの判断にあたっては、縁組当事者、特に養親となる者の縁組の動機や目的、実親ならびに養親の家庭状況、養親となる者が養子となる未成年者を監護養育する適格者であるかなど、一切の事情を考慮して客観的に判断しなければならぬ⁽³⁵⁾とまで、厳格な判断が要求されるとまではいえないであろう。

では、実際に、同性愛カップルが養親となる（表面上はカップルのうちの一人が養親となる）未成年養子縁組の場合はどうであろうか。たしかに、異性の夫婦が養親であるからといって、養子となる未成年の子の将来にとって望ましいものになるとは必ずしも言い得ないし、反対に、独身者であろうと、同性カップルであろうと、子どもの現在及び将来の生活の妨げになるどころか、その子どもにとって利益になる場合も少なくないであろう。しかし、一般的にいつて、「子のための養子法」という観点からすれば、なるべく自然の親子に近づけた形の家族が望ましいと考えられるのも当然である。この点、立法例をみると、スウェーデン、デンマークなど同性婚を認める場合であっても、養子縁組はできないとするところもある⁽³⁶⁾。確かに、自己決定権の尊重から、今日ではライフスタイルの選択も各個人に任せられるということは当然のこととして承認されている。その結果、ライフスタイルの多様性が生じ、同性愛カップルの生活もゲイ解放運動とともに徐々に市民権を獲得するようになってきた。それゆえ、同性愛者同士が互いを人生のパートナーとして共同生活することも自由であるというべきであろう。しかしながら、だからといって、このことから直ちに、そうした共同生活に新たに未成年の子を参加させることも自己決定の一環として尊重されなければならない

いということとはできない。やはり、養子縁組、特に未成年養子縁組の場合は「子どもの福祉」に適ったものでなければならぬ。それゆえ、わが国における未成年養子縁組の場合も、家庭裁判所の許可審判の際には、そうした「子どもの福祉」という点が考慮されなければならないことはいうまでもない。ただ、そうした審判の際の基準として、独身者であることや同性愛カップルであることだけを理由として不許可とすることには問題があろう。⁽³⁷⁾ やはり、事例によつて、ケース・バイ・ケースで総合的に判断すべきであらうと思われる。⁽³⁸⁾

次に、成年養子縁組の場合について考えてみたい。成年養子の場合には、未成年養子の場合と異なり、養子の養育・監護ということは考えなくてもよいことから、従来から、成年養子の場合には様々な目的でなされる縁組であつてもその有効性が否定される例は少ないといえる。このようなこともあつて、縁組意思とは何かという問題についても比較的柔軟に対応する学説が多い。⁽³⁹⁾ それゆえ、同性愛カップルの養子となるものが成年者である場合でも、親子になろうという意思さえあれば養子縁組意思があるとされるであらう。ただ、同性愛カップルが養親となる場合も双方がともに養親となることはできないため、同性愛カップルのどちらか一方と養子縁組をせざるを得ないことになる。

このように、法律上同性愛カップルはそつて養親になることができないとすると、事実上の養親子関係をもつという事態も生じる。そうした場合、従来の「事実上の養子」の理論によつて当該親子関係は保護されるであらうか。事実上の養親子関係については、内縁（準婚）の場合と同様、内縁縁組（準縁組）として保護しようとするのが判例及び学説の立場であるといえる。しかしながら、内縁と事実上の縁組とは必ずしも同じ議論にのるとは言いがたい面もある。例えば、婚姻意思・縁組意思をみた場合、縁組意思は婚姻意思に比べて不明瞭さがあるといわれているし（特に成年養子縁組の場合）、事実上の縁組といつても、成年養子の場合と未成年養子の場合とは事情を異にするであらう。そこで、まず、事実上の養子縁組の成立要件についてみると、学説上は見解の対立があるが、特に未成年養子縁組の場

合に裁判所の許可が必要かが問題となる。この点については、縁組意思の合致があればよく、事実上の養子縁組として保護されるには、家裁の許可までは必要ないものと考えられる。しかし、未成年養子縁組は、特に「子どもの福祉」に適うよう配慮されなければならないことから、養親との同居は保護のための要件として必要であると考えられる⁽⁴⁰⁾。そこで、このような要件が整っている同性カップルと事実上の養親子関係にある者については内縁縁組として保護することができるものと考えたい。養子が成年の場合については、特に問題があるとは考えられないし、また、養子が未成年者である場合であっても、当該関係につき何ら法的保護を与えないことによつて「子どもの福祉」が図られることにもならないと思われるからである。しかし、保護の内容・効果についてみると、内縁の場合と同様、戸籍の記載上形式的画一的に決せられなければならない事項、すなわち、嫡出子たる身分の取得（八〇九条）、同氏（八一〇条）、養親が親権者となること（八一八条二項）、法定血族関係（七二七条）、婚姻障害（七三四条、七三六条）、相続関係（八八七条、八八九条）、扶養関係（八七七条）の発生などについては、いずれも認められないことになる。なお、このように同性カップルと事実上の養親子関係にある者が保護されるという場合、その保護の範囲は養親となる同性カップル双方と養子である。この点が法律上の養親子関係を成立させた場合と異なるところである。また、既述のように、法律上の養親子関係を成立させる場合、同性カップルが養親となる時は当該カップルのうちの一人と養子となる者だけが親子となるが、カップルの他方と当該養子との関係は事実上の養子として保護の対象となることになる。

二 同性カップル当事者間で養子縁組をする場合

同性カップルが法律上婚姻できないという現実の前で、どうしても同じ戸籍に入りたいという願望のもとに、当該

カップルの間で養子縁組をおこなう事例があるといわれている。もちろん、このような養子縁組は親子関係そのものを創設しようという意図からでているものではなく、いわば便法に過ぎない。それゆえ、このようなカップルの養子縁組はもちろん望ましいものであるとはいいがたい。⁽⁴¹⁾ それにもかかわらず、こうした養子縁組は今日のところ防止する術はないというのが現状といえるであろう。そこで、こうした同性愛カップル間の養子縁組を有効なものとして認めることができるかが問題となる。この点については、基本的には、既述の養子縁組のところ論じたことと同様のことがいえるのではないかとおもわれる。すなわち、カップルのうち一方が未成年者である場合には（双方が未成年者では養子縁組ができない）、未成年養子として家裁の許可が必要になり、その際に未成年者の福祉にどうか否かの判断がされることになる。これに対し、当事者双方が成年である場合には、親子関係の社会的定型性及び縁組意思の内容が不明確なことなどの理由で有効な養子縁組として認められることになるものと思われる。⁽⁴²⁾ いずれにしても、このような便法を用いなくともすむような方策が考えられなければならないであろう。

- (33) 積極的福祉説。潮見俊隆「未成年養子の許可」、『家族法大系IV』（昭和三五年）所収二一〇頁、中川良延「未成年養子の許可について」法学二三卷一五頁。
- (34) 消極的福祉説。我妻・前掲書一七三頁、中川淳「親子問題に関する審判例」栗原II太田編『家事審判例の軌跡（一）』（一九五五年）所収八九頁。岡垣學「未成年養子の許可基準」山島II泉編『演習民法（親族）』（昭和六〇年）二四八頁。
- (35) 阿部浩二「未成年養子の許可の基準について」岡山大学『法学と法史の諸問題』所収一四四頁、中川善之助編『注釈民法（22）のII』（昭和五七年）五八五頁。
- (36) 例えば、スウェーデンの同性婚法第三章二項では同性婚者の養子縁組を禁止しているが、その理由として、同性婚家庭において養育されることが子の精神的発達にマイナスをもたらすからだとされている（菱木・前掲論文一四〇頁）。
- (37) 大村・前掲論文（下）六七頁は、このような場合には養親としての適格性が否定され得るとしている。
- (38) もちろん、そうした許可の判断をする際の材料として、養親となる者が同性愛カップルであることや独身者であることも考

慮されることは当然あることである。この点、今日のわが国の社会では、残念ながらもまだ養親が同性愛カップルであるという事実は、養子にとつても偏見や差別の対象となりかねないというリスクを伴うことになるということは否定できない。そうした意味では、大村助教教授が言っておられるように、養親としての適格性が否定され得るという指摘には首肯できるものがある。実際に同性愛カップルの一方から未成年養子縁組の許可申立がなされれば、現実問題として大きくはだかることにならう。

(39) この点、若干問題となりそうなのは、法律的定型説についての議論である。同説によれば、養子縁組は「民法上の養親子関係の定型に向けられた意思」(中川高男『養子(一)(叢書民法総合判例研究521)』(昭和五六年)五九頁)であるとされ、ここにいう定型とは、強行的に定められた氏、親権、扶養、相続等の効果を有する親子関係であるとす。そして、こうした定型に向けられた意思であるかぎり縁組は肯定されるが、できあがった養親子関係が社会習俗と異なるときには民法九〇条や九一条によつて無効となるとす。そこで、同性カップルが養子縁組をしようとする場合、定型性については問題ないとしても、社会習俗と異なる養親子関係となるかが問題となる。しかし、成年養子縁組場合には社会習俗にその定型性を求めることじたいが困難であることから、同性カップル(法的には、そのうちの一人)が養親となる養親子関係であっても公序良俗違反ということにはならないと思われる。

(40) 久貴・前掲書二四八頁。

(41) 大村・前掲論文(下)六六頁は、「共同生活関係の法的保護は他の手段によつてはかるといふのがやはり本筋であらう。」とされるが、現実問題としてはなかなか難しいのではなからうか。

(42) 判例にこのような事例が登場したことはもちろんないが、養養子が問題となつた例が多少参考になるのかもしれない。この養養子の事例に於て判例は、大審院時代から有効と判断している(大判昭和七年二月二日新聞三三七七号一四頁)。すなわち、大審院は、現在情交関係があるとしても縁組意思がある以上縁組は有効であると判断したのである。この立場は最高裁に至つても基本的には継承されているようである。しかし、学説はこれに批判的なものも少なくなく、少なくとも情交関係の現存する当事者間の縁組は縁組意思なきものとして否定されるべきであるとの主張もある(久貴・前掲書二二六頁)。こうした立場によれば、性的関係をもつ同性カップル間の養子縁組はやはり縁組意思がないものとして無効ということにならうか。

四 おわりに

同性愛者をめぐって、現在のわが国の家族法ではほとんど対処する術がないといえるであろう。もちろん、一部の同性愛者のために何も法律まで整備して保護する必要があるのかという議論もでてくるかもしれない。しかし、だからといって弱者や少数者権利や利益が無視されてよいということにはならない。むしろこうした人々の保護を図るものの法律の使命であるといえるであろう。現に、同性愛者は近隣地域において、あるいは職場や学校など社会的差別や偏見の的となっているのは事実である。こうした人々が少しでも社会の表舞台に登場できるように環境を作る必要があるのではなからうか。

しかし、実際、この問題を具体化しようとするとき、どのような制度を作り、保護をしたらよいのかはたいへん難しい課題である。まず、そもそも婚姻とは何か、法律婚制度の目的は何かという根本的な問題が問い直されなければならない。さらにその上で、夫婦とは、親子とはいかにあるべきものなのかという問題も解決されなければならないであろう。

最後に、同性愛者の問題について論ずるにあたって、どうしても避けて通ることのできない関連問題は性転換の問題である。本稿ではこの問題に触れる余裕がなく、また、この問題に関する十分な検討もないままに同性愛カプルの問題について論及してきた。そうした意味で、検討が至らなかつた点が多々あることは十分承知しているが、この点についてはまた別稿で改めて検討することとしたい。