

# 同性カップルの事実婚としての法的保護

——二つの事例を素材として——

二 宮 周 平

はじめに

- I 同性カップルの共同生活保障の類型
  - II 内縁保護法理の原点とその展開
  - III 一方的解消に対する損害賠償請求訴訟
  - IV 犯給法の遺族給付金受給権訴訟
  - V 法の欠缺補充解釈の可能性
- おわりに

はじめに

同性カップルの共同生活に関する訴訟が続いている。宇都宮地真岡支判二〇一九（令二）年九月一八日は、同性

同性カップルの事実婚としての法的保護（二宮）

四四九

カップルの共同生活の一方的な解消に対する損害賠償請求に関して、当該関係を内縁に準ずる関係として請求を認めた。他方、名古屋地判二〇二〇（令二）年六月四日は、「犯罪被害者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」（以下、犯給法）の遺族給付金について、殺人罪の被害者が同性カップルの当事者であったことから、「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に該当しないとして不支給とした愛知県公安委員会の裁定の取消を認めなかった。

後者は、「本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得るとの社会通念が形成されていたということはできない」ことを理由とする。損害賠償を認めた前者も、「現行法上、婚姻が男女間に限られていたことからすると、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というべきである」とする。判決の結論は異なるが、婚姻を男女間に限る現行法を根拠に、同性カップルを内縁関係（事実婚）そのものとは認めない点で共通する。

しかし、前者の控訴審・東京高判二〇二〇（令二）年三月四日は、判決理由の中で、第一審のような留保を付けず、同性カップルを婚姻に準ずる関係と認め、不当放棄の損害賠償請求を認めた。もともと日本の内縁保護法理は、婚姻の届出をしない当事者の家族としての共同生活を保障してきた。控訴審の判断こそ内縁保護法理になかったものである。同性婚やパートナーシップ制度が導入されていないからこそ、内縁保護法理を用いて、当事者の共同生活を法的に保護すべきではないだろうか。

本稿では、同性カップルの共同生活保障の類型を整理し（Ⅰ）、日本の内縁保護法理の展開をたどり（Ⅱ）、上記の

2つの事例を紹介し、その意義や問題点を指摘し(Ⅲ、Ⅳ)、内縁保護法理を用いることの可能性を検討する(Ⅴ)。

## I 同性カップルの共同生活保障の類型

### 1 各国の取組

同性カップルの生活保障として、三つの類型が考えられる。①判例や特別法により事実婚として法的保護を行う、②婚姻とは別の登録パートナーシップ(共同生活のための契約の登録を含む)を認め、婚姻に近似した法的権利を保障する、③同性婚を認めるである。

①として、判決によって個別具体的にケースバイケースで居住、遺族給付、財産契約、共有物分割等を認める国(米国)<sup>(1)</sup>、コモンロー婚(事実婚を法律上の婚姻とみなす仕組み)を同性カップルには認めない国(英国)<sup>(2)</sup>、判例や社会立法(主として社会的給付に関する立法)によって異性カップルは concubinage (union libre) として法的保護を認めるが、同性カップルには否定する国(フランス)<sup>(3)</sup>があった。このように、①によって同性カップルの共同生活に対して安定した保護を図ることが困難であることから、②や③に展開した。

②を導入したのは、英国、フランス、オランダ、ベルギー、ルクセンブルク、オーストリア、スイス、リヒテンシュタイン、アンドラ、チェコ、ハンガリー、イタリア、クロアチア、スロベニア、キプロス、ギリシャ、イスラエル、メキシコ(一部の州)、エクアドル、コロンビア、チリ、ベネズエラ、ニュージーランドなどである。<sup>(4)</sup>後述③の承認後、新規のパートナーシップ登録を認めないが、既にパートナーシップ関係にあるカップルが同制度にとどまるこ

とを認めている例がある（デンマーク、スウェーデン、ノルウェー、ドイツ等）。

③を承認したのは、NPO法人「E.M.A日本」の調査によれば、オランダ（二〇〇二）を嚆矢として、ベルギー（二〇〇三）、スペイン、カナダ（二〇〇五）、南アフリカ（二〇〇六）、ノルウェー、スウェーデン（二〇〇九）、ポルトガル、アイスランド、アルゼンチン（二〇一〇）、メキシコ（一部の州、二〇一二）、デンマーク（二〇一二）、ブラジル、フランス、ウルグアイ、ニュージーランド（二〇一三）、英国（イングランド、ウェールズ、スコットランド二〇一四、北アイルランド二〇二〇）、ルクセンブルク、米国、アイルランド（二〇一五）、コロンビア（二〇一六）、フィンランド、マルタ、ドイツ、オーストラリア（二〇一七）、オーストリア、台湾、エクアドル（二〇一九）、コスタリカ（二〇二〇）である。例えば、フランスは、民法の婚姻の章で「異性または同性の二人は婚姻をすることができる」と規定した（二四三条）。台湾では、民法とは別の形式で同性カップルの永続的な共同生活をおくる権利を認め、「結婚登記」を認める立法がなされた（司法院釈字七四八号解释施行法（二〇一九年五月二二日公布、五月二四日施行）<sup>(5)</sup>）。ブラジルや米国は最高裁の判例による。<sup>(6)</sup>

かつて同性カップルに①を否定していたフランスは、同性婚の導入後、すべてのカップルは、異性カップルも同性カップルも、同じように三つの選択肢をもつようにした。①「私的な」関係としての事実婚、②同棲を公的に宣言するパックス（パートナーシップ登録）、③共和国の市庁舎の「婚姻の間」で厳かに執り行われる民事婚による共同生活の誓約（法律婚）である。<sup>(7)</sup> ベルギーも同様の三つの選択肢を保障する。<sup>(8)</sup> 当事者の性的指向およびライフスタイルのニーズに応えるものとしての選択肢である。

## 2 日本の現状

これに対して、日本では②も③も導入されていない。しかし、②に関しては、地方自治体が同性カップルをパートナーシップ関係にあるものと公的に証明する制度（パートナーシップ証明制度）を導入し始めている。<sup>9)</sup>二〇一五年三月、東京都渋谷区を嚆矢とする同制度は、NPO法人「虹色ダイバーシティ」の調査によれば、二〇一九年から二〇二〇年にかけて導入する自治体が急増し、二〇二〇年一月一日時点で、六〇（二月一日に千葉県松戸市が施行したので六二）に上る。一五の指定都市、二つの府県（茨城、大阪）を含む。利用組数は（二〇二〇年九月三日時点、一、三〇一組）であり、施行時期と人口に左右されるが、利用者が多いのは、大阪市、世田谷区、横浜市、札幌市、福岡市、千葉市、中野区、渋谷区、大阪府、茨城県、那覇市の順である。

パートナーシップ証明制度は、民法や社会保障法など婚姻と同様の法的な権利義務を認めるものではない。しかし、自治体が同性カップルをパートナーシップと公認するものであり、同性カップルの社会的承認と、当該自治体の運営する病院等の施設、企業・事業所が当事者をカップルとして対応することを容易にする効果がある。例えば、公立病院における患者の面会・看病や手術の同意を認めたり、生命保険各社が同性パートナーを生命保険契約の保険金受取人に指定できるようにしたり、損害保険各社も同性パートナーを「配偶者」として扱い、大手携帯電話会社は同性パートナーも携帯電話の「家族割り」の対象にするなどである。また、自治体の裁量、権限内の事項に関して、例えば、公営住宅の入居資格、里親の認定、災害見舞金の受給（横須賀市）、被保険者が死亡した場合に遺族に支給される傷病手当金（世田谷区）、職員のパートナーシップ休暇、結婚祝い金などを認めている。なお、二〇一八年七月、指

定都市市長会は、国に対して、性的少数者に係る窓口の一元化およびパートナーシップ制度を含めた取組の強化を要請している。

③同性婚に関しては、二〇一五年七月、同性婚人権救済弁護士団が当事者四五五名の代理人として日弁連に人権救済を申し立てた。二〇一八年六月、立憲民主党、共産党、社民党は婚姻の性中立化の法案を議員立法として共同提案した。二〇一九年二月一四日、同性カップル一三組二六人が東京、札幌、名古屋、大阪地裁に、同性婚を認めない民法・戸籍法は、個人の尊重、法の下の平等、婚姻の自由に反し違憲であるとして、国家賠償請求訴訟を提起した。その後、同年九月、翌年三月に福岡地裁でも提訴され、弁護士団は「すべての人に結婚の自由を」訴訟と称している。二〇一九年七月、日弁連は「我が国においては法制上、同性間の婚姻（同性婚）が認められていない。そのため、性的指向が同性に向く人々は、互いに配偶者と認められないことによる各種の不利益を被っている。これは、性的指向が同性に向く人々の婚姻の自由を侵害し、法の下の平等に違反するものであり、一三条、一四条に照らし重大な人権侵害と言うべきである」として、同性婚の導入を勧告する意見書を公表した。

学術の間からは、二〇一六年一月、日本家族（社会と法）学会は学術大会で、同性婚を導入する家族法改正を提案し、二〇一七年九月、日本学術会議法学委員会「社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会」は、「提言的マイノリティの権利保障をめざして——婚姻・教育・労働を中心に——」において、婚姻の性中立化を実現する民法改正を提言の一つとして明記した。<sup>(11)</sup>

確かに、1で概観したような、同性カップルの共同生活を制度的に保障する段階には至っていない。しかし、日本には、判例や社会立法によって一九一〇年代以降構築された内縁保護法理がある。これを用いれば、同性カップルの

共同生活を内縁＝事実婚として保護する可能性がある。前述のような日本社会の変化に対応し、共同生活を保障するものとして、①の方法を検討する必要があるのではないだろうか。

## Ⅱ 内縁保護法理の原点とその展開

### 1 内縁保護の必要性

明治民法の立法者は、婚姻と非婚姻の区別をつけるために、届出によって婚姻が成立するという届出婚主義の徹底を重視し、法律上の手続を経ないで事実上夫婦生活を営んでいる男女関係については、私通であつて無効であると捉えていた。<sup>(12)</sup>

しかし、婚姻の届出をしないで事実上夫婦として暮らす例が数多く生じた。家制度の下では、婚姻の届出は、妻を家族の一員として承認する行為だったから、結婚式を挙げ同居していても、嫁としてふさわしいと判断されるまで、あるいは後継ぎの子を出産するまで婚姻届を提出してもらえない場合があつた。また、婚姻には戸主の同意が必要であり（明治民法七五〇条。男三〇歳、女二五歳まではその家に在る父母の同意も必要（同七七二条））、法定推定家督相続人は他家に入ることができない（同七四四条）などの、家制度を理由とする婚姻障害事由があつたため、戸主や親の同意を得られないとか、戸主同士や長男・長女の後継ぎ同士であるなどの理由で婚姻届を提出できないことがあつた。

さらに、経済的にゆとりのない階層では、婚姻の届出の必要性自体が認識されておらず、また、記入式の届書もないたため書式を整えて平日に役所に赴く時間的ゆとりもなかつた。一九二五年の政府の調査では、工場労働者の男性

二〇・二%、女性三〇・三%、鉱山労働者の男性二九・六%、女性四〇・二%が内縁の夫婦であり、当時の国民一般の内縁率推計（男性一七%、女性一六%）より高い数値だった。<sup>(13)</sup>

以上のように内縁の実数が多く、その理由も当事者の責任に帰せられないものであり、何よりも、一方的に婚家先を追い出されたり、工場や鉱山で事故により事実上の夫を亡くした女性の保護の必要性が認識された。

## 2 判例による保護

一九一五年、大審院連合部は、媒酌人を立てて挙式した後、数日の同居で離別された女性からの損害賠償請求について、当該関係を「婚姻予約」と捉え、婚姻予約を有効とし、正当な理由なく予約を履行しなかった者に対して、債務不履行として損害賠償責任があることを明示した（大連判大正四（一九一五）年一月二六日民録二二輯四九頁）。学説は、同判決を「婚姻予約有効法理」に仮託して内縁関係を保護したものと捉え、以降、内縁を婚姻に準ずる関係と位置づけ、婚姻共同生活に関わる婚姻法の規定の準用（類推適用）による法的解決を志向した。<sup>(14)</sup> 大審院時代および第二次大戦後の下級審判例で、すでに内縁の事実上の夫婦共同生活としての側面を尊重した柔軟な扱いをしていたが、<sup>(15)</sup> 最高裁が内縁を準婚姻関係と捉え、婚姻法規定の準用による解決を定着させたのは、内縁の妻の病気療養費を婚姻費用として内縁の夫に分担させた判決（最判昭和三三（一九五八）年四月一日民集一二巻五号七八九頁）以降である。

なぜ、大審院連合部は、内縁を正面から認める解釈ではなく、婚姻予約有効法理を採用したのだろうか。それは、民法の定めた婚姻以外の男女関係を正面から認めることは、建前上、許されないが、正当な婚姻に至る過程であり、正当な婚姻の予約違反という形であれば、この建前に反しないと考えられたからである。<sup>(16)</sup>



広中俊雄教授は、「一九一〇年代当時は、『準婚』的な内縁保護は、民法典が届出のない夫婦結合を起草委員によれば『私通』とみる観点から法的に保護しない立場をとっているという状況のもと、制定法に反する解釈とならざるをえない。反制定法的解釈を裁判所がとるについては、欠缺補充なら課する必要のないような厳しい要件を考えなければならぬが、一九一五年判決は、民法典で意識的に規定が設けられなかった婚姻予約について欠缺補充をおこなうという方法により、内縁の不当破棄に基づく損害賠償についての規律に役立ちうるルールの導入を図つたのであつて、ここに見出される法形成は、当時の法状況を離れて評価すべきものではないと考えられる」と述べている。<sup>(17)</sup>

広中教授の分析によれば、「法の欠缺」について補充解釈をすることは、裁判所の権限内として許されることであり、立法を直接侵害する行為にはならないと認識されたのである。もつとも、法典調査会の議論から明らかのように、婚約に関する規定を設けないというのが立法者の趣旨であり、これを「法の欠缺」として判例が補充することは、やはり一つの法創造に他ならない。

これを促したのは、家制度から生じる試婚的な内縁関係で一方が他方を恣意的な理由で離別することに対する、強い社会的な批判があつたからである。例えば、当時の「法律新聞」巻頭言は、一九一五年判決を高く評価して次のように述べている。「婚姻を重視せざる日本国民は、往々にして其予約を破壊し、為めに種々悲惨の結果を産出して、社会に一種の暗影を投ずること、心あるもの、慨嘆するところなりとす、況んや其違背が利益の為めなる場合多きに於てをや、大審院の新たな判例は、法律解釈の一進歩なると共に、世道人心に向つて、道德的警戒を与ふるに足るもの也」と。<sup>(19)</sup>

判例による内縁の法的保護は、保護の必要性の認識に基づき、法の欠缺を補充するという柔軟な解釈方法によつて

展開した。

### 3 社会立法による保護

工場法施行令などの社会立法は、遺族給付の受給権を内縁の妻に認めた。当初は、「職工死亡当時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」(大正一五(一九二六)年六月五日勅令一五三号、一二条)として受給資格が認められたにすぎず、しかも、受給資格者としての順位は、直系卑属・尊属の次であり、かつ、家督相続人・戸主・同一の家に在る兄弟姉妹と同列で、工場主の選択に任されるといふ補充的な権利者としてであった。しかし、一九四〇年代には、「配偶者(届出ヲ為サザルモ事実上婚姻関係ト同様ノ事情ニ在ル者ヲ含ム)」という表現で受給権などが認められるようになった。<sup>(20)</sup>

第二次大戦後、日本国憲法の下で、労働者の基本権や国民の生存権が憲法上の保障を受け、種々な形で制度化されることになったことから、戦前の恩恵的な保護立法は、基本的権利の立場から改正され、内縁配偶者の救済もこの一環として進展した。数多くの社会立法において、配偶者の定義規定が設けられ、内縁配偶者は「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(あった者)」として法律上の配偶者と同じ扱いを受けるようになる(厚生年金保険の遺族年金、健康保険の各種給付、労働者災害補償保険の遺族補償手当等の受給権、育児介護休業の取得、本件の犯給法の遺族給付金など)。これらの分野では届出婚主義は事実婚主義にとって代わられたといつてよいほどである。社会立法はその趣旨に則り、現実の家族共同生活を保障するものだから、配偶者概念を婚姻の届出をした法律上の婚姻に限定することができない。社会立法であるがゆえに、民法とは異なる配偶者概念を導入することができた。

さらに、重婚的内縁や近親婚的内縁の場合にも法的保護が認められることがある。重婚的内縁について、判例は、

法律婚が実体を失い事実上の離婚状態にあると認められるときは、内縁配偶者の方を保護する<sup>(21)</sup>。内閣法制局は、国家公務員共済組合法の配偶者の意義について、重婚の内縁でも法律婚が「実体を失ったものになっている」とときには、受給の対象となることを示し、実体喪失の認定基準として、法律婚当事者に離婚意思があり、かつ、夫婦共同生活が廃止されている場合をあげていた（大蔵省主計局長照会昭和三八「一九六三年九月二八日決裁」。社会保険庁も同様の見解であり、一〇年程度以上の別居が継続している場合には、法律婚の実体喪失を認めるという基準を示し（昭和五五「二九八〇」年五月一六日庁保発一五号、庁保発一三三三号）、現在に至っている。

近親婚の内縁については、判例は、叔父と姪という傍系血族三親等の関係について、「厚生年金保険の被保険者であった叔父と姪との内縁関係が、叔父と先妻との子の養育を主たる動機として形成され、当初から反倫理的、反社会的な側面を有していたものとはいえず、親戚間では抵抗感なく承認され、地域社会等においても公然と受け容れられ、叔父の死亡まで約四二年間にわたり円満かつ安定的に継続したなど判示の事情の下では、近親者間における婚姻を禁止すべき公益的要請よりも遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与するという厚生年金保険法の目的を優先させるべき特段の事情が認められ、上記姪は同法に基づき遺族年金の支給を受けることのできる配偶者に当たる」（民集掲載の判決要旨）として、遺族年金の受給権を認めた（最判平成一九（二〇〇七）年三月八日民集六一巻二号五一八頁）。これを受けて、社会保険庁は、上記最判の判決要旨に該当する事案について、日本年金機構本部および厚生労働省年金局に対し、その取扱いについて協議を行うものとする旨の通達を出した（平二三（二〇一一）年三月二三日年発三三三三〇一）。

重婚禁止は法律婚が重複する場合のことであり、破綻した法律婚と事実上の夫婦共同生活の併存は、重婚に当たらず

ない。また、重婚の内縁の場合、事実上の夫婦共同生活は内縁側に存在しており、事実の面では一夫一婦制に反しない。したがって、公序良俗違反とは考えられず、遺族年金等社会的給付に関する法的保護のみならず、民法上の法的保護（扶養利益の喪失による損害賠償、財産分与の類推適用など）も認められるようになった。

近親婚の内縁の場合も、婚姻の届出をしていないのだから、近親婚には当たらない。しかし、近親婚関係に該当する当事者が事実上の夫婦共同生活を営むのだから、重婚的内縁のように事実上の一夫一婦制という正当化の理由は成り立たない。これを法的に保護しようとする、広中教授の言う反制定法的解釈にならざるをえない。したがって、遺族の生活の安定と福祉の向上に寄与するという厚生年金保険法の目的から、叔父と姪の関係に限定して、前述のような特段の事情がある場合にのみ、内縁の妻に遺族年金の受給権を肯定する。厚生年金保険法の目的は民法の公益的要請よりも優先するという解釈であり、現在のところ、法的保護は遺族年金等社会的給付に限定される。

どちらの場合も内縁配偶者を保護したからといって、重婚や近親婚を認めたことにはならず、民法上の婚姻障害事由に変更はない。また、法律婚主義という民法体系は維持されている。同様に、同性カップルの共同生活を事実婚として保護するからといって、同性婚を認めたことにはならない。同性カップルの共同生活は、民法制定当時、想定されていなかった<sup>22)</sup>だけであり、禁止されているわけではない。したがって、重婚的内縁や近親婚的内縁に比べて、内縁（事実婚）として認めるハードルは低いと見ることもできる。

### Ⅲ 一方的解消に対する損害賠償請求訴訟

#### 1 事実関係

原告X女と被告Y<sub>1</sub>女は、二〇一〇年二月から同居を開始し、Y<sub>1</sub>が勤務している時は、生活費は双方が負担していた。二人は、二〇一四年三月頃から、結婚について具体的に話し合い、双方の親にカミングアウトし、お互いをパートナーとして紹介した。二人は、同年十二月二十九日、米国ニューヨーク州で婚姻登録証明書を取得し、同州内で結婚式を挙げ、帰国後、二〇一五年五月一日、日本においても結婚式を挙げ、披露宴も催し、XおよびY<sub>1</sub>の親族の一部も参加した。

Y<sub>1</sub>は子を持つことを希望していたことから、Xと話し合い、Y<sub>1</sub>が第三者からの精子提供による人工授精を受け、妊娠・出産することを計画した。二〇一五年七月、Y<sub>1</sub>はSNSを通じて精子提供者としての被告Y<sub>2</sub>に出会い、XにY<sub>2</sub>を紹介した。二〇一六年九月、Y<sub>1</sub>は顕微授精をして妊娠したが、一〇月二二日、流産した。十一月、二人は、将来の子育ての場所としてマンションをX名義で購入することとし、十二月一日は契約を締結した。Y<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>からシリンジ法による精子提供を受けるため、十二月二十八日から二〇一七年一月二日までY<sub>2</sub>のアパートに宿泊した。Y<sub>1</sub>は帰宅後、Xに対してY<sub>2</sub>を好きになったこと、両方とつきあっていたことを述べたことから、Xは事情を把握するため、一月四日、三人で話し合いを行った。Y<sub>2</sub>はXとY<sub>1</sub>の決定に委ねるということで話し合いを終わりにした。一月一二日、Y<sub>1</sub>はXと同居していたアパートを出て友人宅に宿泊し、二七日、荷物を搬出して、別居を開始した。八月頃、Y<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>に連絡し、Xと別れた旨を告げた。

その後、 $Y_1$ と $Y_2$ は不妊治療を開始し、二〇一八年八月九日、長女 $Z$ を出産した。八月一日、 $Y_1$ と $Y_2$ は婚姻の届出をし、 $Y_2$ は性別適合手術を受け、九月一九日、離婚の届出をし、一月二七日、性同一性障害者の性別の取扱いの特例法に関する法律により、戸籍上の性別を女性とする審判を受けた（ $Y_2$ は $Z$ を認知していないものと推測される）。

$X$ は、 $Y_1$ と $Y_2$ の不貞行為によって内縁関係解消に至ったことを理由に、 $Y_1$ と $Y_2$ に対して慰謝料三〇〇万円等の請求をした。原審・宇都宮地真岡支判二〇一九（令二）年九月一八日（裁判所ウェブサイト）は、 $Y_1$ に対して、慰謝料一〇〇万円、弁護士費用一〇万円の支払を命じた。 $Y_1$ と $Y_2$ が控訴し、 $X$ も附帯控訴をした。控訴審・東京高判二〇二〇（令二）年三月四日（裁判所ウェブサイト）は、いずれも棄却した。

## 2 原審の判旨

原審は、同性カップルが内縁関係（事実婚）としての保護を受け得るか否かにつき、次のような論理を展開する。まず、①近時の社会的情勢と憲法二四条一項の解釈論から、その実態に応じて一定の法的保護を与える必要性が高いことを導く。「近時、価値観や生活形態が多様化し、婚姻を男女間に限る必然性があるとは断じがたい状況となっている。世界的に見ても、同性カップル間の婚姻を法律上認める制度を採用する国が存在するし、法律上の婚姻までは認めないとしても、同性のカップル間の関係を公的に認証する制度を採用する国もかなりの数に上っていること、日本国内においても、このような制度を採用する地方自治体が現れてきていることは、公知の事実でもある。かかる社会的情勢を踏まえると、同性のカップルであっても、その実態に応じて、一定の法的保護を与える必要性は高いといえることができる（婚姻届を提出することができるのに自らの意思により提出していない事実婚の場合と比べて、法律上婚姻届を

提出したくとも法律上それができない同性婚の場合に、およそ一切の法的保護を否定することについて合理的な理由は見いだし難い。また、憲法二四一条一項が『婚姻は、両性の合意にのみに基づいて成立し』としているのも、憲法制定当時は同性婚が想定されていなかったからにすぎず、およそ同性婚を否定する趣旨とまでは解されないから、前記のとおり解することが憲法に反するものとも認められない」。

次に、②同性カップルに内縁関係に準じた法的保護が認められ得ることを示す。「同性のカップルであっても、その実態を見て内縁関係と同視できる生活関係にあると認められるものについては、それぞれに内縁関係に準じた法的保護に値する利益が認められ、不法行為上の保護を受け得ると解するのが相当である（なお、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といふべきである。）」。

そして、③当該事実からXとY<sub>1</sub>の関係を内縁関係と同視できる生活関係にあったと評価する。「これらの事実関係に照らすと、原告及び被告Y<sub>1</sub>は、日本では法律上の婚姻が認められないために正式な婚姻届の提出をすることはできず、生殖上の理由から二人双方と血のつながった子をもうけることはできないという限界はあるものの、それ以外の面では、男女間の婚姻と何ら変わらない実態を有しているということができ、内縁関係と同視できる生活関係にあったと認めることができる」。

したがって、内縁関係の不当破棄としてY<sub>1</sub>に対する慰謝料請求を認容する。

最後に、④損害額の認定では、内縁関係そのものではないことを考慮する。「もつとも、原告と被告Y<sub>1</sub>との関係は、日本の法律上認められている男女間の婚姻やこれに準ずる内縁関係とは異なり、現在の法律上では認められていない

同性婚の関係であることからすると、少なくとも現時点では、その関係に基づき原告に認められる法的保護に値する利益の程度は、法律婚や内縁関係において認められるのとはおのずから差異があるといわざるを得ず、そのほか、事件の一切の事情を踏まえると、原告の精神的苦痛を慰謝するに足りる額としては、一〇〇万円を認めるのが相当である」。

### 3 控訴審の判旨

これに対して、控訴審は、原審②③の法的保護に値する利益に関して、「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、平成二八（筆者注二〇一六）年一二月当時、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、Y<sub>1</sub>及びX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」と述べ、原審②の括弧書のような捉え方をしない。

また、原審①の必要性の認識に関して、「そもそも同性同士のカップルにおいても、両者間の合意により、婚姻関係にある夫婦と同様の貞操義務等を負うこと自体は許容されるものと解される上、世界的にみれば、令和元（筆者注二〇一九）年五月時点において、同性同士のカップルにつき、同性婚を認める国・地域が二五を超えており、これに加えて登録パートナーシップ等の関係を公的に認証する制度を採用する国・地域は世界中の約二〇％に上っており、日本国内においても、このようなパートナーシップ制度を採用する地方自治体が現れてきているといった近時の社会



情勢等を併せ考慮すれば、Y<sup>1</sup>及びXの本件関係が同性同士そのものであることのみをもって、Xが前記(一)のような(民法上の不法行為に關して(筆者注))法律上保護される利益を有することを否定することはできない」と述べ、相互の合意により貞操義務を負うことを認め、社会情勢等について、より正確に詳しく指摘する。

さらに、原審④の損害額の認定に關して、「Y<sup>1</sup>とXの本件関係は法律上認められた婚姻関係ではなく、婚姻に準ずる関係であることなどの本件に現れた一切の事情を総合すれば、Xの精神的苦痛に対する慰謝料は一〇〇万円が相当である」としており、ここでも原審④のように、現在の法律上では認められていない同性婚の関係であることから、その関係に基づき原告に認められる法的保護に値する利益の程度は、法律婚や内縁関係において認められるのとはおのずから差異があるといった留保をつけていない。

#### 4 同性カップルの共同生活に対する法的評価

控訴審は上級審なのだから、本件事案において控訴審の判断が優先する。控訴審は、同性同士でも、「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」ことを認める。これを前提にして、同性カップルの共同生活関係は、少なくとも民法上の不法行為に關しては、「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」と判断する。

原審の説く「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というべきである」という捉え方、損害額算定における「日本の法律上認め

られている男女間の婚姻やこれに準ずる内縁関係とは異なり、現在の法律上では認められない同性婚の関係であることからすると、少なくとも現時点では、その関係に基づき原告に認められる法的保護に値する利益の程度は、法律婚や内縁関係において認められるのとはおのずから差異があるといわざるを得ず」という捉え方を、控訴審は支持していない。すなわち、同性カップルの共同生活関係は、「事実婚」としての法的評価を受けたといえる。

こうした評価をした背景には、控訴審がより正確に事実を指摘した近時の社会情勢に対する認識がある。同性カップルの共同生活に対する法的保障の可否は、内縁保護の場合と同様、社会情勢に対する認識に依拠するからである。

#### IV 犯給法の遺族給付金受給権訴訟

##### 1 事実関係

原告Xは一九七五年生まれの男性であり、本件被害者Aは一九六二年生まれの男性であり、一九九四年頃知り合つて交際するようになり、その頃から同居して生活していた。Xと交際していた加害者Wは、二〇一四年一月二二日、XとAの関係が継続しているためXを独り占めできないなどと考えて、Aに殺意を抱き、X及びAの居室においてAを殺害した。二〇一六年五月二四日、Wは名古屋地裁において懲役一四年の有罪判決を受け、確定した。Xは同年一月二二日、愛知県公安委員会に対して、「犯罪被害者の配偶者」（犯給法五条一項一号）に当たるとして、遺族給付金の支給の裁定を申請したが、二〇一七年一月二二日、公安委員会は、Xが同性であることから配偶者に当たらないとして給付金を支給しない裁定をした。そこで二〇一八年七月九日、Xは不支給裁定取消の訴えを起こした。

Xの主張によれば、XとAは、一九九四年頃から性的関係を含む親密な関係となつて同居を始めたものであり、生活に必要な設備は全て共同で利用していたし、Aは住民票を本件居室の住所地に移していないものの、各種サービスの利用登録に本件居室の住所地を用いるなどしていた。X及びAの食費、医療費、固定資産税や介護保険料等の支払は一元的にされていたし、Xの給与はAが受領するなどしており、AはXの母Zの介護のために仕事を辞めてからも、Aの預金口座にXの収入等が入金され、同口座から通信費等が引き落とされていた。AはZの介護を長期間にわたつて熱心に行つており、Zから家族として受け入れられていた。そこで、その取消しを求める訴訟を提起した。

名古屋地判二〇二〇（令二）年六月四日は、Xの請求を棄却したため、Xは、名古屋高裁に控訴し、現在、審理中である（二〇二〇年十一月二十六日）。

## 2 判旨

名古屋地判二〇二〇（令二）年六月四日（判例集未登載）は、判断枠組みとして、「犯給法の目的が、社会連帯共助の精神に基づいて、相続税を財源として遺族等に一定の給付金を支給し、国の法制度全般に対する国民の信頼を確保することにあり、鑑みると、犯給法による保護の範囲は社会通念により決するのが合理的であること」からすると、「同性の犯罪被害者と共同生活関係にあつた者が犯給法五条一項一号の『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つた者』に該当するためには、同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得るものである」として、社会通念が形成されていることを要するべきである」とする。

原告は、法律上婚姻が認められていない類型の内縁関係（重婚の内縁、近親婚の内縁）でも「事実上婚姻関係と同様

の事情にあった者」に該当し得ることは解釈として確立していることから、法律上禁止されていない同性間の共同生活関係は当然に内縁関係として保護されるべきであり、上記の者に該当すると主張した。

しかし、本判決は、「重婚や近親婚は、婚姻に該当することを前提とした上で、これを認める弊害に鑑み、政策的に法律婚としては一律に禁じられているものである。それゆえ、個別具体的な事情の下で婚姻を禁ずる理由となつてゐる弊害が顕在化することがないと認められる場合には、法律婚に準ずる内縁関係としての要保護性まで否定する理由はないとの判断が働き、そのような場合の内縁関係は法律婚に準ずるものとして保護されるものと解される。これに対し、同性間の共同生活関係については、政策的に婚姻が禁じられているというものではなく、そもそも民法における婚姻の定義上、婚姻に該当する余地がないのであるから（なお、この解釈自体については、原告も争うところではない）、重婚や近親婚の場合とは自ずから局面を異にしているといわざるを得ない。したがつて、重婚的内縁や近親婚的内縁が一定の場合に内縁関係として保護されるからといって、同性間の共同生活が内縁関係に含まれる理由となるとは解されず、原告の前記主張は採用することができない。」とする。

その上で、本判決は、原告主張の事実（パートナーシップに関する地方公共団体の公的認証制度の広がりと効果、地方公共団体が差別解消に向けて講じている措置、民間企業における対応の変化、各種団体による提言等（経団連、日本学術会議、在日米商工会議所、日弁連の意見書、立憲民主党等野党三党の民法改正案、国民の意識に関するアンケート調査、海外の情勢等）をそのまま認定する。しかし、その一つ一つについて消極的な評価をする。例えば、パートナーシップ証明については、「いまだ同性間の共同生活関係について社会一般の理解が十分に進んでいないため、その理解を推し進めるべく行われていると解するのが合理的である」とし、地方公共団体や民間企業の取組みについては、「依然として地方公共団

体や民間企業に広く浸透しているとは言いがたい」とし、各種提言等については、「同性婚の法制化が実現する具体的なめどが立つに至っているとまではいえない」とし、意識調査については、「賛成意見と反対意見はなお拮抗していると評価し得る」とする。

その結果、「本件処分当時においては、同性間の共同生活関係に関する理解が社会一般に相当程度浸透し、差別や偏見の解消に向けた動きが進んでいるとは評価できるものの、同性間の共同生活関係を我が国における婚姻の在り方との関係でどのように位置づけるかについては、いまだ社会的な議論の途上に在り、本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得るとの社会通念が形成されていたということはできないというほかはない」ことになり、「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の事情にあった者』（犯給法五条一項一号）に当たると認めることはできないというべきである」との結論を導く。したがって、本件の個別具体的な当事者の関係性について認定、判断することなく、裁定取消請求を棄却した。

### 3 本判決の問題点

本判決は、同性間の共同生活関係について「民法における婚姻の定義上、婚姻に該当する余地がない」という立場なので、同性カップルの共同生活の問題を、重婚の内縁や近親婚の内縁の法的保護と並べて論じることとはできないとする。しかし、「同性間の共同生活関係を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」と認められれば、婚姻に準ずる関係として受給権を認めることができる旨、指摘している。問題は、社会通念を根拠とする

解釈方法である。

本件では、婚姻の届出をしていない事実婚カップルの一方が犯罪被害者になった時に、異性のパートナーであれば、犯罪被害者給付金の受給資格を認め、同性のパートナーには認めないという区別（差別的取扱い）に合理性があるか、平等原則が問われている。その場合に、社会通念を根拠に合理性判断をすることができるだろうか。社会通念とは社会の大多数の人が認める考え方、物の見方である。本件に即して言えば、多数派は、「同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得る」と思っていないかもしれないが、同性カップル当事者やアライ（支援者）の人たちは、まさに同視し得ると思っている。こうした状況について、社会通念を持ち出せば、少数派の利益は一切保障されないことになる。例えば、本判決は、同性婚に関する意識調査について、賛成意見が半数近くあるにもかかわらず、「賛成意見と反対意見はなお拮抗していると評価し得る」として、社会通念の形成を否定する方向で評価している。

ここで象徴的な差別の違憲判断基準に関する議論を参照する。安西文雄教授は、市民的地位の格下げ、ステイグマ（劣等者の烙印）の押しつけという差別の根源を重視し、審査基準の厳格化を主張する。<sup>23</sup> 教授によれば、例えば、人種差別の場合、「問題の根源には、社会的・文化的レヴェルにおける、そして法的レヴェルにおける市民としての地位そのものの格下げがあり（地位のレヴェル）、それが具体的に顕在化して、諸々の権利・利益の系統的な制限・剥奪という現象となる」。また違憲審査基準を厳格化する考慮要素をあげる。第一に、人種・性別など自らの意思によって変更することのできない指標による差別である場合。本人が選択したわけではない事柄に基づいてその個人を不利に扱うことは不正だからである。第二に、政治的プロセスを通じて自らを防衛する能力がない場合。司法的に保護する必要があるからである。第三に、歴史的に当該グループに対して差別がなされてきた場合。ステレオタイプ、偏見

などに基づく差別がなされる危険が大きく、警戒を要するからである。権利・利益の分配のレヴェルに視座を限定するのでは不十分であり、「地位の格下げ、ステイグマの押しつけの害悪をも考慮の中に入れることによってはじめて、問題の全体像は把握されるのであり、こういった地位のレヴェルの問題こそが審査基準の厳格化を導き出しているといえる」のである。

犯給法の立法趣旨は、「犯罪行為により死亡した者の遺族……の犯罪被害等を早期に軽減するとともに、これらの者が再び平穏な生活を営むことができるようにするため」（本判旨）なのだから、同じ犯罪被害者であるにもかかわらず、同性パートナーということを根拠に支給しないことは、まさに権利、利益の剥奪であり、右のような分析によれば、同性パートナーに対する市民的地位の格下げ、ステイグマの押しつけの顕在化にはかならない。また、性的指向という自らの意思によって変更することのできない指標による差別であり、その個人を不利に扱うことは不公正である。さらに、性的マイノリティの人たちは政治的プロセスを通じて自らを防衛する能力が弱いグループなのだから、司法的に保護する必要がある。歴史的に差別がなされてきたグループに属することから、不支給を肯定することは、ステレオタイプ、偏見などに基づく差別を増幅するおそれがある。不支給の裁定は差別的な取扱いとして、こうした負の弊害をもたらすことを認識する必要がある。したがって、平等原則に関わることは、権利を否定する根拠として社会通念 $\parallel$ 多数派に依拠してはならないのである。

また、本判決のいう「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」は意味が曖昧である。本件の争点は、犯給法五条一項一号の「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に当たるかどうかであり、同性婚が法的論点になっているのではない。それにもかかわらず、本判決は、同性間の共同生活関係を婚姻関係と対照

している。対照すべきは、同性間の共同生活関係と異性間の共同生活関係ではないだろうか。同性婚を認めるという意味での「同視し得る」と、法律婚としては認められないが、事実上の夫婦＝内縁（事実上の家族）として認めてもよいという意味での「同視し得る」とでは、比較する基準が違う。事実婚としての保護を認める場合には、社会通念の判断基準のレベルは、同性婚を認める場合よりも低くなる。判例は、法律婚が認められない重婚的内縁や近親婚的内縁も法的保護の対象とすることがあるが、それは事実上の夫婦の問題だからである。したがって、重婚的内縁や近親婚の法的保護と同じレベルで判断することが可能になる。

さらに、本判決は、社会通念の形成について「本件処分当時」という留保をつけるが、判決時であれば、社会通念は形成されていると判断するのだろうか。もし肯定するのであれば、処分時の二〇一七年二月二日と、判決時の二〇一九年二月二日の二年間で社会通念が形成されていることになるが、社会通念が形成されているかどうかの判断基準は何なのだろうか。他方、不当破棄事案の第一審も控訴審も、二〇一七年一月に当該関係を解消したこと、判決時の二〇一九年九月、二〇二〇年三月時の社会情勢等を考慮して、原告Xの法律上の利益を肯定している。不法行為上の法的保護と社会立法による受給権では、権利の対象は異なるが、日本の内縁保護法理は、両方の権利を保障してきた。したがって、本件に関しても、不当破棄事案と同様の解釈が可能である。平等原則に関する事案については、平等化を志向する現在の社会情勢に基づく判断が求められる。そうしなければ、過去に起きた事象といえども、平等原則に反する事態を放任、追認する結果となるからである。



## V 法の欠缺補充解釈の可能性

窪田充見教授は、同性のパートナーの関係について、「婚姻に準じて扱うのか（準婚理論）、あくまでも契約の問題として解決するののかという、いずれの方向で考えるにしても、現在の婚姻法秩序が、こうした同性間の関係を排除しているものなのかという点が、重要なてがかりとなる。この場合、現行民法が、異性間の関係のみを前提としているということから、ただちに答えが導かれるわけではない。それは、単に、現行の法秩序が、異性間の関係としての婚姻という制度を用意しているということにすぎないからである。問題は、それでは、現行法では用意されていない、そうした同性間の関係をどのように位置づけて、法的に扱うべきなのかなのである」と述べている。<sup>(24)</sup>

したがって、不当破棄訴訟の原審や犯給法の遺族給付金に関する名古屋地判のように、現行法規定が婚姻を異性間に限ることから、同性カップルの共同生活を事実婚として認めないという結論は、論理必然的に生じるわけではない。だからこそ、不当破棄訴訟の控訴審判決は、同性カップルの共同生活関係を「婚姻に準じた関係」と法的に評価したのである。本稿I2で概観したような日本の社会情勢を正確に認識すれば、こうした解釈こそ求められている。同性婚規定がない現状を「法の欠缺」と捉え、内縁Ⅱ事実婚としての法的保護を導き出す解釈は、諸事情から婚姻の届出をしていないカップルに対して、家族共同生活の実態を尊重して共同生活に関わる法的保護を展開し、労働者や社会的弱者の保護を図る社会立法において、一九三〇年代後半以降、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者として各種の受給権を認めてきた日本の内縁保護法理の正統な解釈方法なのである。

ところで、内縁の成立要件は、①社会通念上の夫婦になる意思と、②夫婦としての共同生活とされてきた。<sup>(25)</sup> 本稿で

検討した二つの事例では、夫婦の概念を男女としなければ、まさに①②の実体を伴うものだった。他方、内縁（事実婚）に関する下級審判決には、同居がなくても、「精神的にも日常の生活においても相互に協力し合った一種の共同生活形態を形成していた」と評価して、女性を「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」と認め、国家公務員共済組合の遺族退職手当の受給権者としたものがある。<sup>26</sup> これを応用すれば、①は共同生活のパートナーとしての意思で足りる、②は同居がなくても、継続的で安定的な協力扶助の関係が築かれていれば足りる、と解釈することも可能である。

地方自治体のパートナーシップ証明制度には、こうした捉え方をするものがある。例えば、札幌市は、パートナーシップの定義として、「互いを人生のパートナーとし、日常の生活において、経済的又は物理的、かつ、精神的に相互に協力し合うことを約した、一方又は双方が性的マイノリティである二人の者の関係という」とし（札幌市パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱二条二項）、那覇市は、「互いを人生のパートナーとし、継続的に共同生活をしていく、又は継続的に共同生活することを約した、戸籍上の性別が同一である二人の者の社会生活関係をいう」とした上で（那覇市パートナーシップ登録の取扱いに関する要綱二条（一）、共同生活の定義として、「日常の生活において、経済的又は物理的、かつ、精神的に、相互に協力し合う二人の者の関係をいう」とする（同二条（三））。

右の下級審判決や地方自治体のパートナーシップ証明制度の実例を参照すれば、①夫婦としての意思と②共同生活を、①お互いをパートナーとする意思と②経済的又は物理的、かつ、精神的に相互に協力し合う関係と解釈して、内縁保護法理を同性カップルに適用することは可能であると考える。事実婚としての法的評価をするのだから、民法の婚姻共同生活に関する法的効果（同居協力扶助義務、婚姻費用分担義務、離婚の際の財産分与等）が適用され、「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」として社会立法上の諸権利・義務が肯定されることになる。<sup>(27)</sup>

## おわりに

私見は、同性婚の導入を強く支持する。しかし、同性カップルの場合も異性カップルと同様、ライフスタイルとして法的な婚姻登録を望まないカップルがある。そうしたカップルでも、共同生活に関する法的な保障は必要である。<sup>(28)</sup> フランスやベルギーのように共同生活の保障は多元的であるべきだと考える。

判例が、同性カップルの共同生活について、事実婚として法的保護を行うことは、同性婚を導入する一つの契機になると同時に、それ自体が多元的な生活保障を構築することにつながるのではないだろうか。<sup>(29)</sup>

- (1) 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)一〇九頁以下、棚村政行「LGBTの法的保護とパートナーシップ制度」棚村政行・中川重徳編『同性パートナーシップ制度』(日本加除出版、二〇一六)七一―一四頁。
- (2) 谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編『性的マイノリティ判例解説』(信山社、二〇一一)一四五―一四九頁(田卷帝子)。
- (3) 谷口・齊藤・大島編・前注(2)一四〇―一四四頁(齊藤笑美子)。フランスでは、婚姻外の事実上の夫婦を *concubinage* と称するが、結合の継続性を当事者の自由な意思に委ねることから *union libre* と称することもあった。
- (4) NPO法人E.M.A日本による(二〇二〇年九月二〇日アクセス)。
- (5) 林秀雄(小林貴典訳)「台湾における準同性婚法の制定について」戸籍時報七八九号(二〇一九)二二―二七頁。

- (6) マシヤド・ダニエル『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、二〇一八)第二章、鈴木伸智「アメリカ合衆国」法律上の婚姻の定義をめぐって」法律時報八八巻五号(二〇一六)五七頁など。
- (7) イレーヌ・テリー(石田久仁子・井上たか子訳)『フランスの同性婚と親子関係』(明石書店、二〇一九)一一四頁。ジャン・ガリーグ(羽生香織・大島梨沙訳)「フランスにおける多様性の尊重・道半ばの現状」立命館法学三五号(二〇一三)一九八頁以下参照。なお、フランス民法五一五条の八は、「内縁 (concubinage) は、異性であれ同性であれ、カップルとして生活する二人の者の間で、安定及び継続の性質を表す共同生活によって特徴づけられる事実上の結合である」と規定している(田中通裕「注釈・フランス家族法(五)法と政治六二巻四号(二〇一二)一九一頁」。
- (8) ジャン＝ルイ・ランション(大島梨沙訳)「ベルギーにおけるカップルの地位の法的三元構造の発展」立命館法学三五号(二〇一三)二二五頁以下。
- (9) 日本の地方自治体のパートナーシップ証明制度に関する研究として、棚村政行・中川重徳「同性パートナーシップ制度」(日本加除出版、二〇一六)第二章、第三巻、二宮周平「パートナーシップ証明制度の意義と展開」札幌市と台湾を例に」戸籍時報七五九号(二〇一七)一四頁以下、佐藤美和「日本の同性カップルに対する権利保障の現状と課題」ジェンダー法研究五号(二〇一八)五一頁以下など。
- (10) 南方暁「婚姻法グループの改正提案」婚姻の成立」家族(社会と法)三三三号(二〇一七)九八―九九頁。
- (11) 日本学術会議のウェブサイトの提言で検索、閲覧できる。
- (12) 日本近代立法資料叢書『法典調査会民法議事速記録第六』(商事法務研究会、一九八四)二二二―二三頁、二宮周平「日本民法の展開(3)判例の法形成」内縁」星野英一・広中俊雄編『民法典の百年』(有斐閣、一九九八)三四二―三四三頁。
- (13) 北岡寿逸「工場法の改正に就いて(四)」国家学会雑誌四一巻一号(一九二七)一一二頁。
- (14) 穂積重遠「婚姻予約有効判決ノ真意義」法学志林一九巻九号(一九一七)一頁以下。
- (15) 中川善之助「内縁の法律の意義」中央公論五〇巻四号(一九三五)七八頁、杉之原舜一「法律関係としての内縁(一)(二)」法律時報一一巻二号(一九三九)一二頁以下、三号(一九三九)二二頁以下など。
- (16) 二宮・前注(12)三七九―三八二頁、三八三―三八四頁。
- (17) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(有斐閣、一九九七)三二頁。

- (18) 法典調査会民法議事速記録第六・前注(12) 二四―三〇頁、二宮・前注(12) 三四九―三五二頁。
- (19) 法律新聞一〇一号(一九一五) 一一二頁。
- (20) 二宮・前注(12) 三七〇―三七二頁。
- (21) 法律上の妻の遺族年金受給権を否定した最判昭五八(一九八三)年四月一四日民集三七卷三号二七〇頁、事実上の妻に遺族年金受給権を肯定した最判平一七(二〇〇五)年三月二一日判時一八九五号五〇頁など。
- (22) 日本では、明治以降、一九七〇年代頃まで、同性愛を病気であり、異常なものであるとする認識が続き(風間孝・河口和也『同性愛と異性愛』(岩波新書、二〇一〇) 一〇四―一〇五頁)、当事者もそのようなものとして内面化していた。実際に同性同士で暮らす事例はあったが、このような状況の下では、夫婦あるいは家族として共同生活を営む関係として捉えることは、およそ考えられないことだった。したがって、明治民法も、改正民法も、婚姻を男女の結合であることを当然の前提としてのいた。日本精神神経学会がWHO(世界保健機関)のICD-10(国際疾病分類、一九九二年改訂)に準拠し、同性への性的指向それ自体を精神障害とみなさない見解を明らかにしたのは、一九九五年のことである。
- (23) 安西文雄「第二節法の下の平等」杉原康雄編集代表『新版体系憲法事典』(青林書院、二〇〇八) 四五〇―四五四頁。
- (24) 窪田充見『家族法』(有斐閣、二〇一一) 一四四―一四五頁。第四版(二〇一九)も同一の記述である(一五四―一五五頁)。
- (25) 松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタール 親族(第二版)』(日本評論社、二〇一九) 一一七頁(嵩さやか)、二宮周平編『新注親民法(7)親族(1)』(有斐閣、二〇一七) 九〇頁(二宮周平)など。
- (26) 大阪地判平三(一九九一)・八・二九家月四四卷二二号九五頁。男性の死亡まで約九年間、互いのマンションを行き来し、男性が女性のマンションに寝泊まりしたり、夫婦として宿泊旅行をしたり、男性の入院中は、女性が看病をしていた事案である。
- (27) 増田幸弘「社会保険とジェンダー―同性カップルに対する社会保険の適用―社会保険法研究七号(二〇一七) 一四〇頁は、相互扶助・協力関係にある当事者として共同生活を営む同性カップルが一定の要件を満たす場合、社会通念上夫婦としての共同生活を営むものと解することができるものと考えるとともに、日本の婚姻法秩序は同性間の関係を排除するものではないと考えることから、社会保険法制における配偶者の定義に同性カップルの当事者を含めて解することが可能であるとする。

(28) 共同生活・パートナー関係で築いた財産の公平な分配と、要保護者への援助である（二宮周平『家族法（第五版）』（新世社、二〇一九）一四六頁）。

(29) 本稿のⅠ2、ⅢとⅤの一部については、二宮周平「同性カップルの共同生活―その法的評価と事実婚としての保護」戸籍時報八〇四号（二〇二〇）二頁以下で取り上げている。

（立命館大学法学部教授）