

**同性カップルによる縁組の効力****【文献種別】** 判決／東京高等裁判所**【裁判年月日】** 平成31年4月10日**【事件番号】** 平成29年（行コ）第246号**【事件名】** 信書発受禁止処分取消等請求事件**【裁判結果】** 一部取消、一部棄却**【参照法令】** 民法792条・793条・802条、国家賠償法1条、刑事収容施設法128条、民法710条**【掲載誌】** 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25570294

**事実の概要**

控訴人A（昭和41年生まれ）とD（昭和48年生まれ）は、平成26年4月に府中刑務所で知り合った。AとDは、工場での作業台は隣同士であり、食事や休憩時間のテーブルも同卓で、休憩時間に会話するなどして交流していた。Aは、10月27日の反則行為により11月13日に閉居15日の懲罰が課された。刑務所内でDと顔を合わせられなくなった直後の11月5日に、Aは、本件訴訟代理人であるE弁護士にDとの養子縁組の手続を依頼した。

12月15日に、Aは甲府刑務所に移送された。E弁護士は、平成27年2月12日にDに手紙と養子縁組届、委任状用紙および返信用封筒を送付し、Aから養子縁組の手続を依頼されていることを伝えた。2月18日に、Dは、養子縁組届や委任状に署名押印して返送し、E弁護士のもとには3月13日に到達した。E弁護士は、5月8日にAとDの代理人として養子縁組届を提出し、同届出は受理されたので、その旨を伝える文書をAとDに送付した。

刑事収容法128条によると、刑事施設の長は、犯罪性のある者その他との間で受刑者が信書を発受することを禁止することができるが、受刑者の親族は、その対象から除かれている。本件では、平成27年5月29日にAはDを親族として追記するように求める親族等追記願を提出し、甲府刑務所は同日にAの親族等申告書（信書の発受用）にDの氏名などを記載した。甲府刑務所長は、刑事収容法による信書発受の禁止を潜脱する目的で養子縁組をしたものと判断し、6月9日に発信申請を行ったAからD宛の信書について、6月15

日に信書の発受を禁止する決定をし、18日にAに告知した。甲府刑務所は同年6月15日付でDの氏名等の記載に実線を引いて抹消し、「外部交通目的の養子縁組のため」と付記した。本件決定の取消しを求める審査の申請に対して、東京矯正管区長は申請を却下する裁決をした。

12月24日にAとDは、刑事収容法は受刑者とその親族との信書の発受は禁止することができないと規定し、DはAの親族に当たるから、甲府刑務所長の上記信書の発信を禁止する決定は違法であり、控訴人AおよびDがこれによって精神的損害を被ったとして、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料と遅延損害金の支払いを求める本件訴えを提起した。

Dは、平成28年1月に府中刑務所を出所したが、同年7月に逮捕され、同年12月に横浜拘留所において容態が悪化し、同月22日に搬送先の病院で死亡した。Aは、平成30年8月に甲府刑務所を出所した。Dの訴訟手続を、Dの父母であるBとC、養親であるAが承継した。

原審東京地判平29・7・11（LEX/DB25555661）は、AとDの「本件養子縁組は、真に養親子関係の設定を欲する効果意思がないのに、専ら刑務所収容中の外部交通を確保する目的でされたものと認めるのが相当というべきである。したがって、本件養子縁組は無効である」としてAの訴えのうちDの訴訟手続を承継した部分については却下し、その他のAの請求、BとCの請求のいずれも棄却した。A、B、Cは控訴した。

**判決の要旨**

一部取消し、一部棄却。

「成年同士の養子縁組の場合にあっては、養子縁組に求められる縁組意思における社会通念上親子と認められる関係というのは、一義的には決められず、相当程度幅の広いものというべきである。」

「成年である養親と養子が、同性愛関係を継続したいという動機・目的を持ちつつ、養子縁組の扶養や相続等に係る法的効果や、同居して生活するとか、精神的に支え合うとかなどといった社会的な効果の中核的な部分を享受しようとして養子縁組をする場合については、取りも直さず、養子縁組の法的効果や社会的な効果を享受しようとしているといえるのであるから」、縁組意思が認められるといえる。「年齢差のない成年同士の養子縁組にあっては、典型的な親子関係から想定されるものとは異なる様々な動機や目的も想定されるものであり、その中で、同性愛関係を継続したいという動機・目的が併存しているからといって、縁組意思を否定するのは相当ではないと考える。」

例えば、養子の氏の変更のみを得ようとする養子縁組は、養子縁組の法的・社会的な効果の中核的な部分を享受しようとするものではないし、重婚的内縁関係の継続を動機・目的とする養子縁組は、重婚的内縁関係の継続それ自体が不適法なものであって、養子縁組として是認できない効果を求めるものといえ、いずれも縁組意思を認めることはできないというべきであるが、これらと異なり、同性愛関係の継続は、それ自体が不適法なものではなく、養子縁組の法的・社会的な効果の中核的な部分を享受しようとしている以上、縁組意思を肯定することができるといえる。」

「控訴人AとDとが、同性愛関係にあり、両名が、助け合って共に生活しようという意思を持って、養子縁組を行った本件においては、両名に縁組意思を認めることができ、養子縁組は有効というべきである。」

縁組が有効であるから、AからDへの信書の発信を禁止した本件処分は違法であるとして、A、Dそれぞれ3万円の慰謝料を認めた。

## 判例の解説

### 一 はじめに

日本においては同性婚が認められておらず、同性カップルがその関係を戸籍に記載する方法として縁組が用いられている。本判決は、同性カップル

ルによる養子縁組の有効性を認めた、おそらく初の公表裁判例である。その意味で、同性カップルによる縁組について、無効の主張を退け、その効力を認めた意義は大きい。判決理由では、成年養子縁組では縁組の中核的效果を享受することが縁組意思の判断で重要であることを示し、最判平29・1・31（民集71巻1号48頁）が示した縁組の動機と縁組意思の並存を挙げている。

ただ、特殊な状況における同性カップル間の縁組の事案であり、本判決で示されている判断枠組をそのまま一般の同性カップルによる縁組の事案に当てはめることには慎重であるべきだろう。

## 二 同性カップルの法的承認

### 1 パートナーシップ

同性婚は認められていないが、2015年10月に東京都渋谷区がパートナーシップ証明書交付の受付を開始してから、2019年9月15日現在で26の地方自治体でパートナーシップ宣誓または証明の制度を採用している<sup>1)</sup>。公的機関による証明書により、同性カップルは、パートナー関係の存在を示すことができる。しかし、パートナーシップ宣誓・登録は、パートナーの具体的な権利・義務を定めるものではない。

そのため、パートナーシップ宣誓などを行った同性カップルであっても、本件で問題となった刑事収容法128条による信書の発受の禁止の例外に当たる「親族」とはならない。

### 2 縁組

同性カップルが縁組し、同性カップルとしてではなく、親子として同じ戸籍に記載されて、同じ氏を称し、家族として権利と義務を有することが従来から行われてきた。とりわけ、相続権、扶養請求権を有することは、家族法上の権利として重要である。また、その解消は離縁となるため、パートナー関係の一方的な解消は認められない。民法の外でも、親子、直系親族としての効果が認められ、本件のように刑事収容法128条信書の発受の禁止の例外に該当することができる。

つまり、同性カップルの関係を外部に向けて証明するパートナーシップ証明書では具体的な権利と義務は与えられないのに対して、具体的な権利・義務を生じさせる縁組では、その関係がパートナーであるとは表示されない。パートナーシップ証明と縁組とは、その効果において重複してい

ない。この2つを同時に行うことができるかは、地方自治体におけるパートナーシップの条例または要綱の定めによる。例えば、渋谷区、福岡市、長崎市などでは、パートナーシップの要件として「近親者ではない」ことを<sup>2)</sup>、大阪市は近親婚禁止の規定（民法734条、735条）に該当しないことを定めており<sup>3)</sup>、養親子関係にある間は登録または宣誓の要件に該当しないであろう。これに対して、宣誓・証明後に当事者が縁組をした場合について、パートナーシップ証明書受領書の返還の要件とはしていない。

### 三 縁組意思

同性カップルによる縁組が存在していることと、その効力が認められることは別問題である。日本の戸籍実務で、縁組届について提出時に形式的審査のみが行われ、縁組障害が存在しなければ、縁組意思の有無を調査することなく、受理される。そのため、実質的要件としての縁組意思の有無、縁組の有効性は、事後的に争われる。

#### 1 判例

身分行為意思について、判例は、縁組は、婚姻と同様に、実質的意思説（実体的意思説）に立つとされる。縁組意思について、最判昭23・12・23（民集2巻14号493頁）は、縁組意思がない場合は、「当事者間に真に養親子関係の設定を欲する効果意思を有しない場合」を指し、「養子縁組の届出自体については当事者間に意思の一致があったとしても、それは単に他の目的を達するための便法として仮託されたに過ぎずして真に養親子関係の設定を欲する効果意思がなかった場合においては、養子縁組は効力を生じない」とした。

最判昭38・12・20（家月16巻4号117頁）は、相続を目的とする孫との縁組について「親子としての精神的つながりをつくる意思を認めることができ」、したがって、養子縁組が養親（祖父）の遺産に対する子の相続分を排して孫に取得させる意思があると同時に、養親と養子（孫）との間に「真実養親子関係を成立せしめる意思も亦十分であつた」とした。

さらに、相続税の節税のために孫と縁組した事案について、最判平29・1・31（民集71巻1号48頁）は、「相続税の節税のために養子縁組をすることは、このような節税効果を生じさせることを動機として養子縁組をするものにほかならず、相続税

の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得るものである。」とした。

これに対して、当事者間で過去に一時的な情交関係が存在した成年養子縁組について、最判昭46・10・22（民集25巻7号985頁）では「縁組前に一夫と被上告人との間にあつたと推認される情交関係は、偶発的に生じたものにすぎず、……事実上の夫婦然たる生活関係を形成したものでなかった」として、「養子縁組の意思が存在するものと認めることができ、かつ、右の過去の一時的な情交関係の存在は、いまでもって、あるべき縁組の意思を欠くものとして、縁組の有効な成立を妨げるにはいたらない」とした。

#### 2 本判決の判断構造

本件は成年養子縁組であるから、縁組意思の有無を判断するにあたり、未成年養子縁組で問題となる監護教育について考える必要はない。本判決も指摘するように、成年養子縁組では、縁組意思における社会通念上親子と認められる関係が相当程度幅の広いものとなる。本判決は、「養子縁組の法的・社会的な効果の中核的な部分を享受しようとしている」点に縁組意思の存在をみている。具体的には、扶養、相続、同居生活、精神的な支え合いが挙げられている。本判決では、AとDが共に同性愛感情を有しており、助け合って生活していく意思があったとしている。

同性愛関係にある当事者AとDがパートナーとして生活することが予想されたことから、本判決は、「年齢差のない成年同士の養子縁組にあっては、典型的な親子関係から想定されるものとは異なる様々な動機や目的も想定され得る」と述べている。

さらに、最判平成29年が述べる動機と縁組意思の併存に基づき、同性愛関係の継続という動機・目的によって縁組意思が否定されるのではないとする。そして、「同性愛関係にあり、両名が、助け合って共に生活しようという意思を持って、養子縁組を行った本件においては、両名に縁組意思を認めることができ」と判断した。

#### 3 本件の特徴

本件では、縁組当事者双方が刑務所に収容されており、信書の発受の禁止を潜脱することが目的であるのが問題となった。Aが出所する前にDが死亡し縁組が終了したため、縁組届が受理された後も両者は現実には共同生活を行うことはなく、

養親子関係の中核的部分として実際に享受していたのは精神的支え合いのみであった。現実が存在している同性カップルの関係を縁組によって保護するという通常の事案とは異なるため、縁組意思の存在を認めるのがより困難であったといえる。そのためか、事実認定では、AとDの同性カップルとしての実態ではなく、その性的傾向や同性愛感情の有無、そしてAが過去に刑務所で受刑者と行った（行おうとした）縁組の意図の評価に偏ることになった。

他面、刑事施設での出会いと接触に限られ、共同生活が存在していなかったことは、性的な関係が存在していなかったことを示している。そのため、前記最判昭和46年の反対解釈として継続的な情交関係の存在が縁組意思を否定することになるのかについて考える必要がなかった。

#### 四 同性カップルによる縁組

同性カップルによる縁組では、パートナー関係という本来なら婚姻と比較されるべき横の関係を縁組により構築しようとしている。そもそも、成年養子縁組における縁組意思について、「明確に規定することはできない」<sup>4)</sup>という指摘がある。

「判例は養子縁組の方便性を判断する際に、これを縁組意思の存否の問題として議論してきたように見えながら、実は、届出によって意図された目的やその外形の下にある身分的生活関係が、国家の立場からは是認できるか否かという法的価値判断を基礎として個別的評価を加えてきたのではないかと思われる」<sup>5)</sup>といえる<sup>6)</sup>。

情交関係のある相手方との縁組と評価される場合であっても、縁組意思の有無ではなく、「この種の良俗違反の法律行為に関する一般的な判断枠組みの中で処理されるべきものではないか」<sup>7)</sup>といえる。

届出によって意図された同性カップルの家庭生活を国家の立場から否定できるものではない。ここでいう同性カップルとは、同性の当事者が共同生活を行っていることであり、実際に同性愛行為を行う関係であるのかという点は要件ではない。その点で、当事者が同性愛指向を有しているかに重点を置いた本判決の理由には疑問がある。

年齢が近い異性のカップルが、婚姻ではなく、縁組をすることもできる。その場合に、例えば縁組が重婚的内縁の維持を目的として重婚規定を潜

脱するという是認できない事案で、縁組意思がなく縁組が無効であると評価される。本件では、当事者の性的傾向や同性愛感情の有無を縁組意思の有無に関連づける必要はなく、信書の発受の例外のみを意図しているのかを、精神的助け合いの有無を示す事情から検討すべきであった。むしろ、同性愛関係にあるカップルの縁組という形にこだわらずに、単に養親子関係の成立のみを精神的な助け合いから認める可能性はなかったのだろうか。

同性カップルによる縁組は、「縁組意思があり、有効である」という観点ではなく、「縁組意思がないのではない、無効ではない」という観点から検討すべきことになる。同性カップルであることが公序良俗に反しないのであるから、当事者が同性カップルであることは重要な要素ではない<sup>8)</sup>。

今後、日本において同性婚が認められる時代が来れば、同性カップル間の縁組は、婚姻締結のために離縁した後であっても民法736条により婚姻障害に当たるとい問題が生じる。民法736条の存在意義を含めて考えなければならない。

#### ●—注

- 1) 全国のパートナーシップ制度の導入状況については、同性パートナーシップ・ネット (<https://www.samesexpartnershipjp.org> (2019年9月24日閲覧)) を参照。
- 2) 渋谷区は、条例に定めていないが、区のホームページでは「近親者ではないこと」を要件としている。
- 3) 養親子間での宣誓については、734条が適用され、宣誓できないことになる。大阪市の要綱3条4号は民法736条を列挙しておらず養親子関係終了後であれば宣誓できる。
- 4) 例えば、窪田充見『家族法 民法を学ぶ〔第2版〕』(有斐閣、2013年) 232頁。
- 5) 緒形直人「方便のための縁組届出の効力」判タ747号(1991年) 221頁、222頁。
- 6) 窪田・前掲注4) 231頁以下も同様の考え方と思われる。
- 7) 窪田・前掲注4) 233頁。
- 8) 同性カップルであることが積極的に評価されるのは、むしろ内縁・事実婚としての保護の局面である。当事者の一方の不貞行為が原因で関係が破綻した女性カップルの事案で宇都宮地真岡支判令元・9・18(裁判所ウェブサイト) が他方からの慰謝料請求を認めた。

\*本研究は、JSPS 科研費 JP18K01375 の助成を受けたものです。