

同性カップルをめぐる法的状況について

D1班 大塚直人・高見沙英・山口祐輔

目次

1	はじめに	2
1.1	問題の所在	2
1.2	本レポートの構成	2
2	同性カップルをめぐる動き	2
2.1	世界の動き	2
2.2	我が国の動き	3
3	同性カップルの被侵害権利・利益	6
3.1	婚姻の禁止	6
3.2	社会的承認の不享受	6
3.3	婚姻に伴う具体的権利・利益の不享受	7
4	同性婚訴訟とその行方	9
4.1	訴訟の構成	9
4.2	「第5 法律婚同性の者との婚姻を認めないことが婚姻の自由の侵害であること」	10
4.3	「第6 法律上同性の者との婚姻を認めないことが平等原則に違反すること」	15
4.4	まとめ	18
5	我が国における近時の訴訟	19
5.1	同性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訴訟	19
5.2	同性パートナーを殺害され被害者遺族として公的給付を求めた訴訟	21
5.3	2つの訴訟の違い	23
5.4	名古屋地裁判決に対する評価	23
5.5	同性事実婚と異性事実婚の別異取扱いについての検討	24
6	終わりに	26
7	参考文献	26

1 はじめに

1.1 問題の所在

性のあり方（セクシュアリティ）には、生物学的性別、性自認、性的指向が含まれる。このうち、性的指向は「恋愛や性愛といった親密さの感情や欲望の向かう方向^{*1}」を指す。性的指向には異性愛だけでなく同性愛も含まれるが、現代に至るまで、日本を含めた世界では異性愛を中心であり、同性愛は社会的・宗教的・法的に承認されてこなかった。こうした社会のあり方に対し、同性愛者をはじめとするセクシュアルマイノリティは様々な運動を通して声を上げてきた。これにより、欧米をはじめとする各国では、セクシュアルマイノリティを含む全ての人が自分らしく生きられるよう、法律や制度、社会的認識が変化してきている。中でも、2015年にアメリカ全土で同性婚が認められたようになったことは特筆に値しよう。また、「2030年までに持続可能でよりよい世界を目指す国際目標」であるSDGsの1つに、ジェンダー平等の実現が挙げられている^{*2}。こうした世界の流れの中、現在我が国では、法律上同性の者との婚姻は不適法として届出を受理されず、同性婚は認められていない。それが故、同性カップルは様々な法的・社会的・心理的不利益を被っている。同性愛者のみの割合ではないが、日本におけるLGBT・性的少数者の割合が10.0%である^{*3}ことを考慮すれば、いかに重大な問題であるかわかる。なぜ、異性カップルは当然に受け入れられるにもかかわらず、同性カップルは異なる取扱いを受けるのだろうか。このように間接的であれ特定の性的指向を認めないことは当事者をどのような気持ちにさせるだろうか。また、我が国の憲法は個人を尊重し多様な生き方を肯定しているが、同性婚が認められていないことは彼ら・彼女らが自分らしく生きることを阻んでいるのではないか。そこで、本レポートでは、上述した問題意識の下、同性婚訴訟を素地として同性婚の合憲性について検討するとともに、近時の訴訟についても検討を加えたい。

1.2 本レポートの構成

以上に示した問題を明らかにしつつ同性婚の合憲性や近時の訴訟について検討するため、本レポートでは次のような順に従い検討を進める。まず、2では、我が国や世界における同性婚をめぐる動きを確認する。次に3では、同性愛者等が被っている様々な法律上・事実上の不利益について概観する。4では、「結婚の自由をすべての人に」訴訟における原告の主張をもとに、学説の議論や判例に触れつつ憲法学的論点について考察する。5では、我が国における近時の訴訟を2つ取り上げ、両者の違い等について考察する。

2 同性カップルをめぐる動き

2.1 世界の動き

認定NPO法人「虹色ダイバーシティ」の調査によると、2020年1月時点では、同性パートナーとの関係について、婚姻を認める国が29カ国、婚姻とほぼ同等の代替制度を設ける国が33カ国となっている。また、G

*1 同性婚人権救済弁護団編『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』(明石書店、2016年)。

*2 外務省「Japan SDGs Action Platform 取組事例」(<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/sdgs/case/index.html>, 2021年2月16日最終閲覧)。

*3 LGBT総合研究所「LGBT 意識行動調査 2019」。

7で国レベルの同性パートナーへの法的保障がないのは我が国のみである⁴。

さらに、2020年10月21日に、ローマ教皇フランシスコが、同性愛者の婚姻関係の権利は法律で保護されるべきだと語った⁵。2020年12月18日には、スイスの下院だけでなく上院でも婚姻平等法が採択され、約7年にわたる同性婚法制化の議論の後、スイスがついに同性婚承認国となった。

このように、同性カップルの権利保障として同性カップルに異性カップルに準じた法的保護を認めるのが世界の潮流であるといえる。

2.2 我が国の動き

2.2.1 行政の動き

衆議院議員源馬謙太郎君提出国勢調査における同性パートナーの取扱いに関する質問に対して、2020年6月23日に、我が国の政府は、「憲法第24条第1項は、『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立』すると規定しており、当事者双方の性別が同一である婚姻（以下『同性婚』という。）の成立を認めることは想定されていない。いずれにしても、同性婚を認めるべきか否かは我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題であり、極めて慎重な検討を要するものと考えている。現時点では同性婚の導入について検討していないため、具体的な制度を前提として、それが憲法に適合するか否かの検討も行っていない」と答弁しており、同性婚の成立を認めることに対して消極的な姿勢を見せている⁶。

その一方で、自治体レベルでは、パートナーシップ制度という形で、同性パートナーへの理解が進んでいる。パートナーシップ制度とは、地方自治体が、戸籍上同性であるカップルに対して、二人のパートナーシップが婚姻と同等であると承認し、自治体独自の証明書を発行することで、公営住宅への入居が認められたり、病院で家族として扱ってもらったりという一定の効力を期待できるようになる制度のことで、法的な拘束力はない。こうしたパートナーシップ証明は2015年11月5日、東京都渋谷区と世田谷区で同時にスタートし、(c) 渋谷区・認定NPO法人虹色ダイバーシティ 2021の調査によると、交付件数は1516組（2020年12月31日時点）、導入自治体は74自治体で、人口カバー率は33.4%（2021年1月8日時点）となっている。しかし、我が国のパートナーシップ制度は、同性カップルに異性カップルと同等の権限を付与しようと試みるものであるものの、これにより同性婚まで認めるものではなく、各自治体によって証明書発行の要件やその効果は様々である。

こうした各自治体のパートナーシップ制度について、大島は渋谷区方式と世田谷区方式という2つのモデルを示した⁷。以下、この2つのモデルについて説明する。

まず、渋谷区方式は条例を根拠としてパートナーシップ証書を発行している。渋谷区の条例⁸を見てみると、証書発行の要件としては、①当事者双方が、相互に相手方当事者を任意後見契約に関する法律（平成11年法律第150号）第2条第3号に規定する任意後見受任者の1人とする任意後見契約に係る公正証書を作成し、かつ、登記を行っていること（10条2項1号）、②共同生活を営むに当たり、当事者間において、区規則で定

⁴ (c) 渋谷区・認定NPO法人虹色ダイバーシティ 2021「性的指向に関する世界地図 2020（日本語表記）」2020年4月6日（<https://nijiirodiversity.jp/world-map-2020/> , 2021年2月17日最終閲覧）。

⁵ 「『同性婚の権利保護を』ローマ教皇、タブー視転換」日本経済新聞 2020年10月23日（<https://www.nikkei.com/article/DGKKZO65329890S0A021C2FF2000/> , 2021年2月17日最終閲覧）。

⁶ 衆議院「衆議院議員源馬謙太郎君提出国勢調査における同性パートナーの取扱いに関する質問に対する答弁書」2020年6月23日（<http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b201250.htm , 2021年2月16日最終閲覧）。

⁷ 大島梨沙「『パートナーシップ証書発行』から考える共同生活と法」法学セミナー 753号（2017年）46-50頁。

⁸ 渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例。

める事項についての合意契約が公正証書により交わされていること（同項2号）が挙げられている。つまり、「相互を後見人とする任意後見契約を締結、登記した上で、共同生活に関する契約を公正証書によって結ばなければならない。」^{*9}このように、①②により公正証書の作成が義務付けられているため、証書発行には「一定の費用（少なくとも1万円以上、①②双方が必要な場合は6万5000円から8万円程度）がかかることになる。」^{*10}その効果としては、後述する世田谷区方式における利用方法に加え、条例により一定の効果が付与されている。すなわち、①区民及び事業者は、その社会活動の中で、区が行うパートナーシップ証明を最大限配慮しなければならない（条例11条1項）ほか、②区内の公共的団体等の事業所及び事務所は、業務の遂行に当たっては、区が行うパートナーシップ証明を十分に尊重し、公平かつ適切な対応をしなければならない（同条2項）。また、①②が守られない場合は区長が助言・指導を行うことができるほか、これに従わない場合は勧告を行うことができ、さらにこの勧告に従わない場合は関係者名等を公表することができる。

次に、世田谷区方式では、条例ではなく要綱を根拠として証書を発行している。その要件としては、「事前連絡をした上で必要書類を提出し、宣誓書又は登録申請書に記載・署名をして提出するというもの」^{*11}であり、証書発行に手数料はかかるない。このように、渋谷区方式よりも手続きが簡単であるため、多くの自治体が採用しているところである。効果については、一切の法的効果はないとするが、那覇市など的一部自治体では市営住宅における入居手続き等において証書を活用できる^{*12}。このように、効果面では渋谷区方式よりも弱いといえる。

以上で述べたように、渋谷区方式は費用がかかり手続きが複雑であるが、世田谷区方式よりも強い効果が認められている。他方、世田谷区方式は手続き簡単であるが、渋谷区方式よりも効果が弱い。しかし、いずれにせよ、異性カップルの婚姻関係や内縁関係であれば認められる諸々の法的効果が、証書発行を受けた当事者に認められるかについては判然としない等、証書の法的効果は渋谷区方式であっても限定的である。そのため、同性愛者等は現在も同性婚実現に向けて声を上げ続けているのであり、パートナーシップ制度はセクシュアルマイノリティを含めた全ての人が自分らしく生きる社会実現の第1歩に過ぎないのである。

2.2.2 司法の動き

司法でも動きが見られる。2019年2月14日、日本でも法律上の性別が同じ人どうしが結婚できるようになるために、札幌、東京、名古屋、大阪の各地方裁判所で一斉に提訴、さらに、9月5日には福岡地裁でも提訴された。日本初の同性婚集団訴訟でもあり、CALL4のホームページにおいて、東京地裁に提出された訴状（以下、「訴状」という。）を始めとして、訴訟資料が公開されている^{*13}。札幌地裁の進捗が最も早く、2021年3月17日午前11時から、判決が言い渡されることになっている^{*14}。また、同性婚そのものの訴訟以外にも、同性パートナーに関する裁判がいくつか進行している。これらの裁判の判決に関して、後で詳しく述べることとする。

*9 大島梨沙「渋谷区同性パートナーシップ条例の意義と課題」法学セミナー727号（2015年）1-2頁。

*10 大島梨沙「『パートナーシップ証書発行』から考える共同生活と法」法学セミナー753号（2017年）46-47頁。

*11 大島梨沙「『パートナーシップ証書発行』から考える共同生活と法」法学セミナー753号（2017年）47頁。

*12 那覇市「那覇市パートナーシップ登録制度について」2021年1月27日
(<https://www.city.naha.okinawa.jp/kurasitetuduki/collabo/dannjyosankaku/center/jigyou/partnershipregistrat.html>, 2021年2月16日最終閲覧)。

*13 CALL 4「結婚の自由をすべての人に訴訟（同性婚訴訟）」
([https://www.call4.jp/search.php?type=action&zrun=true&items_id_PAL\[\]=%match+comp&items_id=I0000031](https://www.call4.jp/search.php?type=action&zrun=true&items_id_PAL[]=%match+comp&items_id=I0000031), 2021年2月16日最終閲覧)。

*14 「札幌・同性婚訴訟 判決は21年3月17日に 一連訴訟で初判決か」毎日新聞2020年10月28日
(<https://mainichi.jp/articles/20201028/k00/00m/040/218000c>, 2021年2月15日最終閲覧)。

2.2.3 世論の動き

毎日新聞社が2015年3月14、15両日に実施した全国世論調査によると、「あなたは、男性同士、女性同士で結婚する同性婚に賛成ですか、反対ですか。」という問い合わせに対し、賛成が44%（男性38%、女性50%）、反対が39%（男性49%、女性30%）だった^{*15}。

また、NHKが「LGBT法連合会」等の協力を得て2015年10月に行った性的マイノリティ自身を対象とした調査によると、「同性間の結婚についてどう考える？」という問い合わせに対し、「同性間の結婚を認める法律を作って欲しい」は65.4%、「結婚ではなくパートナー関係の登録制度を国が作って欲しい」は25.3%、「現状のままで良い」は2.9%、という結果となった^{*16}。

さらに、2017年5月の朝日新聞社の世論調査において、同性婚を法律で認めるべきか尋ねると、「認めるべきだ」は49%で、「認めるべきではない」の39%をやや上回る結果となった。女性では「認めるべきだ」が54%と過半数を占めたが、男性では「認めるべきだ」44%、「認めるべきではない」46%と意見が割れている。年代別では、18~29歳、30代では容認派が7割なのに対し、60代では「認めるべきだ」「認めるべきではない」がともに42%と拮抗し、70歳以上では「認めるべきではない」が63%を占めた^{*17}。

他にも、2018年10月の株式会社電通により実施された「LGBT調査2018」によると、「多くの先進国で同性婚が認められ始めていますが、同性婚の合法化について、あなたのご意見を教えてください。」という質問に対して、「賛成」が24.1%、「どちらかというと賛成」が54.3%、「どちらかというと反対」が15.4%、「反対」が6.2%という結果となった。また、「賛成」「どちらかというと賛成」の合計は、男性（69.2%）よりも女性（87.9%）の方が多く、また若年層ほど高い傾向にあった（20代87.3%、30代81.2%、40代77.5%、50代72.5%）^{*18}。

2019年11月に公表された、大阪市に暮らす18~59歳15000人を対象とする「大阪市民の働き方と暮らしの多様性と共生にかんするアンケート」では、同性婚の賛否について直接調査していないが、性愛のあり方について詳細な調査がなされている。以下のグラフを見ても、性行為に抵抗のある人は多いものの、同性間の恋愛に違和感を抱かない人の割合は、男女問わず高い^{*19}。

このように、我が国において、年々同性婚を認める声が大きくなっている。

^{*15} 「毎日新聞世論調査 安保法制、今国会成立『反対』52% 説明浸透せず」毎日新聞 2015年3月16日。

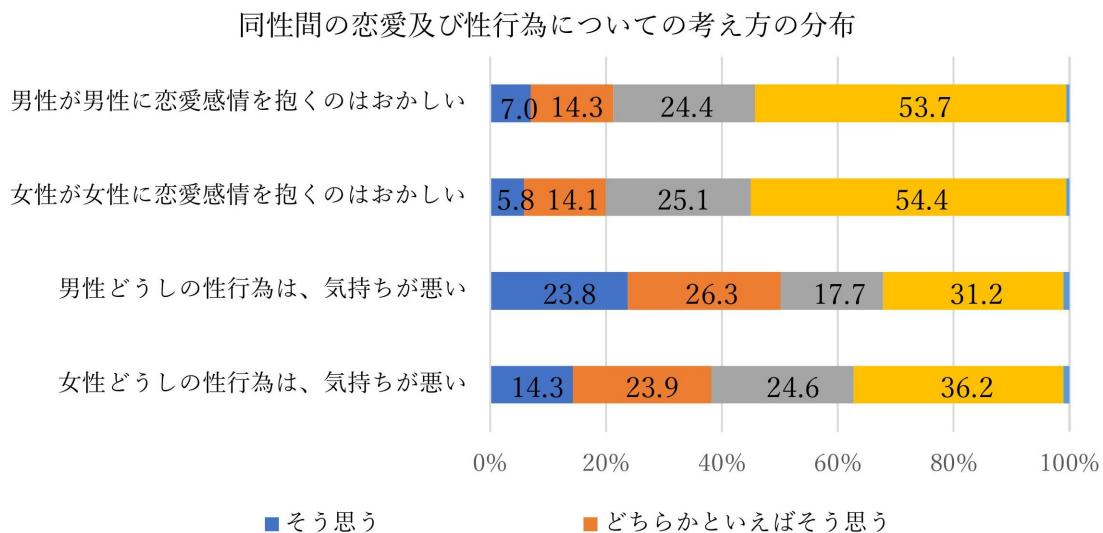
^{*16} NHK「LGBT当事者アンケート調査～2600人の声から～」(<https://www.nhk.or.jp/d-navi/link/lgbt/>, 2021年2月10日最終閲覧)。

^{*17} 「改憲、割れる賛否・論点 朝日新聞社世論調査」2017年5月2日

(<https://www.asahi.com/articles/DA3S12919383.html>, 2021年2月10日最終閲覧)。

^{*18} 電通ダイバーシティ「電通ダイバーシティ・ラボが『LGBT調査2018』を実施」2019年1月10日
(<https://www.dentsu.co.jp/news/release/2019/0110-009728.html>, 2021年2月10日最終閲覧)。

^{*19} 厚生労働省「性についての考え方 大阪市民の働き方と暮らしの多様性と共生にかんするアンケート」(<https://osaka-chosa.jp/opinion.html>, 2021年2月10日最終閲覧)。



出典：「大阪市民の働き方と暮らしの多様性と共生にかんするアンケート」より

3 同性カップルの被侵害権利・利益

ここまで述べたように、同性カップルに異性カップルと同等の法的保護を付与しようという声は国内外で高まりつつあるものの、我が国では地方公共団体がパートナーシップ制度を設けるにとどまり、同性婚承認までの道のりは未だ遠いといえる。これによって同性カップルがどのような不利益を受けているのか、以下述べることとする。

3.1 婚姻の禁止

当然ながら同性カップルは現状婚姻すること自体ができない。

3.2 社会的承認の不享受

また、同性カップルは、婚姻関係にあることの戸籍による公証を受けることができないだけでなく、社会的な承認を得ることもできない。再婚禁止期間最高裁判決（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁）が「国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透して」いると述べるとおり、最高裁の見解では法律婚したカップルが「正式」なカップルであると認識されている。すなわち法律婚が認められていない同性カップルは「正式」なカップルとして認識されず、当然に社会的な承認を得ることもできない。つまり、同性カップルは、社会的承認を受け、カップルとしての尊厳や安定した関係性を築くことができるという心理的・社会的利益を得ることができず、カップルとしての尊厳や安定した関係性を築くことが妨げられている。

3.3 婚姻に伴う具体的権利・利益の不享受

さらに、同性カップルは、婚姻に伴って法律婚夫婦が享受することができる様々な法的・経済的な権利・利益及び事実上の利益を享受できない。以下、具体的に紹介する。

3.3.1 民法上の権利・利益

■**同居・協力・扶助義務** 婚姻したカップルは、「同居し、互いに協力し扶助しなければならない」（民法 752 条）。しかし、同性カップルには、カップルの一方が他方に対して民法 752 条に基づいて同居・協力・扶助を求めるることはできない。

■**相続権** 婚姻したカップルの一方が死亡した場合、遺された者は、死亡した者の法定相続人となり、寄与分や遺留分が認められる。しかし、同性カップルには、生前にパートナーが遺言をしている場合を除き、同性カップルの一方は他方の法定相続人となることができず、寄与分や遺留分も認められない。

■**財産共有推定及び財産分与** 婚姻したカップルが関係を解消する際、財産共有推定規定の適用があり（民法 762 条 2 項）、家事調停及び家事審判において財産分与（民法 768 条）を求めることができる。しかし、同性カップルの場合、財産共有推定規定の適用や財産分与請求権は認められない。

■**共同親権** 異性カップルの場合、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う」（民法 818 条 3 項本文）。しかし、同性カップルの場合、一方が親権を有する子を共に養育していても、その子について共同して親権を行使することはできない。

3.3.2 税法上の権利・利益

■**所得税・住民税** 婚姻したカップルは所得税・住民税の配偶者控除を受けることができ、また、所得税・住民税の医療費控除について世帯で合算することができる。しかし、同性カップルの場合、このような優遇措置を一切受けることができない。

■**相続税** 婚姻したカップルの片方が死亡した場合、遺された者（配偶者）については、取得した遺産額が法定相続分相当額までであればその額がどんなに高額であっても相続税が課せられないが、同性カップルにはその優遇措置が認められていない。

3.3.3 その他の法的権利・利益

■**在留資格等** 日本人と外国人の異性カップルの場合、婚姻することにより、外国人パートナーは、「日本人の配偶者等」という在留資格を取得することができ、長期間、日本に滞在することが可能となる。しかし、法律上の配偶者になれない同性パートナーは、かかる在留資格を取得することができない。

さらに、日本に引き続き 5 年以上住所を有するなどの要件を満たした場合、本人が国籍の取得を希望する旨の申請をし、国が許可することによって、日本国籍が与えられるところ、日本人と婚姻した外国人については、帰化の要件となる継続居住期間が 3 年に緩和されている。しかし、同性カップルには婚姻が認められていないため、要件緩和の優遇措置を受けることができない。

■**遺族年金** 異性カップルの場合、法律婚配偶者にとどまらず、事実婚の配偶者であっても、遺族厚生年金の支給を受けることができる。しかし、同性カップルの場合、婚姻が認められていないため、法律婚配偶者とし

同性カップルをめぐる法的状況について

での支給がないことは当然であり、しかも事実婚配偶者としての支給を受けることができるかも、定かでない。

■犯罪被害給付制度における遺族給付金 異性カップルの場合、パートナーが犯罪行為により死亡したときは、法律婚配偶者にとどまらず、事実婚の配偶者であっても、犯罪被害給付制度における遺族給付金の支給を受けることができる。しかし、同性カップルの場合、法律婚配偶者として遺族給付金の支給を受けることができず、しかも事実婚の配偶者としての支給を受けることができるかについては、後に紹介する判決（名古屋地裁令和2年6月4日）で争点となっている。

■公営住宅への入居 多くの地方自治体では、条例で、「同居または同居予定の親族」の存在を公営住宅への入居条件としている。法律婚配偶者はここでいう「親族」に該当し、また、異性カップルであれば、事実婚であっても、「親族」に該当するとされる場合が多い。しかし、ほとんどの自治体では、同性カップルには公営住宅の入居資格が認められていない。

■DV 防止法による保護 「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律」の保護対象は、事実婚の配偶者のみならず、生活の本拠を共にする交際（婚姻関係における共同生活に類する共同生活を営んでいないものを除く）をする関係にある相手からの暴力を受けた者にまで及ぶ。しかし、同性カップルについては、婚姻が認められていないことが障壁となり、その保護が同性カップルに及ぶかは明らかでない。

3.3.4 事実上の不利益

■医療同意など 同性カップルの一方が意識不明の状態で救急搬送された場合に、他方パートナーが患者との面会を求める、病状の説明を求める、病院は、当該パートナーが患者の法的な親族ではないという理由で面会や病状説明を拒否したり、スムーズに認めなかつたりする場合がある。

また、パートナーの延命のために手術を含む医療行為が必要になる場合に、婚姻している異性カップルであれば、配偶者の同意をもって患者本人の推定的同意とされることが通常である。しかし、同性パートナーについては、患者の法的な親族ではないという理由で、病院がそのような同意を認めないのが通常である。

■民間住宅への入居 同性カップルが民間住宅の賃貸契約を申し込んでも、賃貸人は、婚姻が認められていない同性カップルに家を賃貸することに消極的であることが少なくない。そのため、同性カップルにおいては、条例により公営住宅への入居資格が得られないにとどまらず、民間の賃貸物件に入居することにも困難が伴う。

■住宅の購入 住宅を購入しようとする場合、婚姻した異性カップルであれば2人の収入を勘案してペアローンを組むことが可能である。それにより、夫婦が別々にローン契約を結び、互いが互いの債務の連帯保証人となることで、ローン契約における債務をカップルが平等に負担し、当該建物の所有権を共有することとなる。しかし、多くの金融機関は、婚姻が認められていない同性カップルについて、ペアローン契約を認めていない。そのため、同性カップルはペアローンを利用することができず、一方のみが当該住宅の所有者兼ローン債務者とならざるを得ない。

■まとめ これまで訴状を基にして、本件別異取扱いにより同性カップルが得られない権利・利益は、婚姻の禁止、社会的承認の不享受、法的・経済的権利・利益及び事実上の利益と多岐に及ぶことを確認してきた。一般社団法人「Marriage For All Japan - 結婚の自由をすべての人に」のホームページより、法律婚・同性カッ

フルの比較を引用すると以下の表のようになる^{*20}。

	法律婚	同性カップル
婚姻届	○	×
戸籍	同じ戸籍	別の戸籍
住民票の記載	妻/夫	特になし
夫婦としての社会的認知	○	×
同居・協力・扶助義務	○	?
法定相続権・遺留分	○	×
婚姻費用分担義務	○	?
関係解消時の財産分与請求	○	?
貞操義務（浮気された場合の損害賠償）	○	裁判係属中（東京高裁）
配偶者控除（所得税）	○	×
相続税の税額軽減	○	×
配偶者ビザ	○	×
子どもの親権者	共同親権	一方のみ
親権者死亡時に残されたパートナーが 子どもの親権者になれるか	○	× (遺言による未成年後見人の指定は可能)
犯罪被害者遺族給付金	○	裁判係属中（名古屋地裁）
健康保険の扶養家族	○	?
公的年金保険の第3号被保険者	○	?
遺族年金	○	?
病院での面会・病状説明・手術同意	○	△

4 同性婚訴訟とその行方

2 (2) イで述べた通り、「結婚の自由をすべての人に」訴訟、いわゆる同性婚訴訟は、日本初の同性婚集団訴訟であり、2020年2月20日現在、全国5地裁（札幌・東京・名古屋・大阪・福岡）で審理が継続している。本章では、同性婚訴訟における原告の主張について紹介するとともに、憲法的論点を含むものについては学説の議論や判例の状況に立ち入りつつ考察する。なお、本章を執筆するにあたって、CALL 4に掲載されている「【札幌・東京・名古屋・大阪】訴状 東京地裁 20190214 提訴分」^{*21}を参照している。

4.1 訴訟の構成

訴訟の構成は、以下の表の通りである。このうち、「第3 人の性の多様性」、及び「第4 日本の法制度」と同旨の内容はすでに述べた。そのため、「第5 法律婚同性の者との婚姻を認めないことが婚姻の自由の侵

^{*20} 一般社団法人 Marriage For All Japan - 結婚の自由をすべての人に「どうして同性婚」
(<https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/>, 2021年2月10日最終閲覧)。

^{*21} CALL 4 「【札幌・東京・名古屋・大阪】訴状 東京地裁 20190214 提訴分」
(<https://www.call4.jp/file/pdf/201902/b10fd73de20166bf6638fce6e1dd8094.pdf>, 2021年2月11日最終閲覧)。

同性カップルをめぐる法的状況について

害であること」、「第6 法律上同性の者との婚姻を認めないことが平等原則に違反すること」について、原告の主張を確認したうえで考察することとする。

標題	概要
第1 本件の概要	被告の立法不作為につき、国家賠償法1条1項に基づいた、原告の被告に対する損害賠償請求。原告は、法律上同性の者との婚姻が不適法とされる現行法を憲法24条1項、憲法14条に反して違憲であると主張している。
第2 本件原告ら	個人情報につき、非公開。
第3 人の性の多様性	性的指向や性自認について紹介するとともに、海外の統計を踏まえつつ、社会における性の多様性を説明している。
第4 日本の法制度	現行民法や戸籍法の「夫婦」は法律婚同性の者に限定されていることを説明している。
第5 法律婚同性の者との婚姻を認めないことが婚姻の自由の侵害であること	婚姻の自由について説明するとともに、その保障根拠が憲法24条1項であること、婚姻の自由が同性カップルにも及び、それが憲法上禁止されているわけではないことを説明している。これらをもとに、原告らは婚姻の自由を侵害されている旨を主張する。
第6 法律上同性の者との婚姻を認めないことが平等原則に違反すること	現行法は、性的指向に基づいて異性との婚姻を希望する者と同性との婚姻を希望する者とを区別しているとして、それによる原告らの被侵害権利・利益が重大であること、性的指向に基づく別異取扱いは厳格に審査されるべきこと、本件別異取扱いは正当化されないことを説明している。これらをもとに、現行法は憲法14条1項が禁止する法的な差別的取扱いに該当すると主張する。
第7 立法不作為が国賠法上違反であること	同性カップルを取り巻く国内外の状況を説明しつつ、国会が同性子を任用する法律の法制化について正当な理由なく長期にわたって立法を怠った旨を主張し、被告に対して国家賠償法1条の損害賠償責任を求めている。
第8 損害の発生	具体的な損害の内容を説明。
第9 結論	原告らは被告に対し、国家賠償法1条1項に基づき、各原告それぞれにつき金100万円及びこれに対する訴状送達の日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めている。

4.2 「第5 法律婚同性の者との婚姻を認めないことが婚姻の自由の侵害であること」

4.2.1 原告の主張

「法律上同性の者との婚姻を認めない現行民法及び戸籍法の規定は、憲法上の人権たる婚姻の自由を不当に侵害し、その限りにおいて違憲かつ無効である」という主張を、(ア) 婚姻の自由が憲法上の人権であること、(イ) 婚姻の自由は同性カップルにも及ぶこと、(ウ) 憲法24条1項は同性カップルの婚姻を禁止していないことの3点に言及しながら説明している。

■婚姻の自由が憲法上の人権であること 憲法 24 条 1 項は、法律婚^{*22}の存在を前提に、この法律婚について「人が、国家や第三者に干渉されることなく、望む相手と意思の合致のみによりなしうること」を、憲法上の人権として保障されているという。そして、同主張を主として以下の 3 点から導く。

第 1 に、婚姻の自由と自己決定権とは関係性を有する点である。法律婚とは親密な関係を基礎に生活をともにしようとする当事者の人生に大きな役割を果たしうる重要な制度であるところ、それをするか否かを誰からも介入されず決めることができる社会は個人の自己実現や民主制に不可欠な多元性にとって不可欠な基盤（インフラ）である。この主張は、憲法 13 条によって自己決定権が憲法上の権利とされる論拠とパラレルであるから、婚姻の自由も自己決定権の重要な一内容として、憲法上の権利として保障されるべきだと述べるのである。

第 2 に、婚姻の自由は近代的婚姻の本質的属性である点である。近代的婚姻は、前近代社会における家父長的な家族共同体の支配関係からの離脱を意味し、婚姻の契約的把握は、これらの近代的婚姻を象徴的に表現するものであると述べたうえで、このような婚姻をする権利は憲法上の権利として日本を含めた各国において憲法上の権利として刻まれていると述べる。

第 3 に、憲法 24 条 1 項の制定経緯から明らかである点である。憲法 24 条 1 項が制定された趣旨は戦前あった戸主制を打破し、個人の尊重と男女の平等という憲法の理念を実現することにあった。新憲法下の法律婚では、「平等な意思主体間の自由な婚姻意思の合致」のみによって成立するという近代的婚姻の象徴的部分が死活的に重要であり、制度を貫く本質的属性でなければならないことを示したのである。

その他、アメリカの婚姻の自由の状況や、我が国の判例（最高裁判所平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁）をあげ、婚姻の自由が憲法上の権利であることを主張している。

■婚姻の自由は同性カップルにも及ぶこと 婚姻の自由の保障が①個人のその人らしい自己実現に欠かせず、また②民主政の基盤として特別の重要性を持ち、さらに、③婚姻制度が人の個性や価値観を問わずすべての人を開かれていることが公正な社会の基盤（インフラ）として重要であるところ、それぞれに性的指向による重要な度合いの違いはなく、法律上同性の者との婚姻についても上記①ないし③は完全に妥当すると説明する。

さらに、①かつてあった性的指向や性自認に対する差別的認識やそれを支えてきた医学的知見が歴史的に誤りだったと認識されるようになり、性的指向や性自認に対する差別は許されないとする普遍的認識が国際的に形成されている点、②憲法 13 条の定める「個人として尊重される」の意味も①を踏まえたような性のあり方を前提に理解されるべきであると述べ、同性カップルも婚姻の自由を有すると主張している。

■憲法 24 条 1 項は同性カップルの婚姻を禁止していないこと 憲法 24 条 1 項に書かれている「両性の合意のみに基づいて成立」という文言について、それが決して婚姻が異性間でしか認められないという意味合いでないと主張する。憲法 24 条 1 項の文言には当事者が同性婚であることを積極的に排する旨は明記されていないことや同項の制定趣旨が戸主制の打破であって同性婚の禁止ではないことをその根拠としている。

4.2.2 原告の主張から

ここまで原告の主張を見てきた。以上から、

- ・「婚姻の自由」はどのように理解されてきたか（以下、論点 A とする）
- ・憲法 24 条の保障内容（憲法 13 条との関係性も含めて）について（以下、論点 B とする）

^{*22} 訴状は、法律婚を「人と人の親密な関係に基づく、永続性をもった共同生活について、法律が要件と効果を定めて保護を与え承認・公証する制度」と定める。

- ・「両性の合意」（憲法 24 条 1 項）の意味について（以下、論点 C とする）
という論点を導くことができるだろう。それらの学説・判例の状況をみつつ、以下で考察を述べる。

4.2.3 学説・判例の状況

■論点 A について 婚姻の自由は学説においてどのように捉えられてきたか。

まず、自然的自由と構成する説がある。この説によると、「婚姻そのものは前国家的人権であり、国家が法律婚という制度を持って介入するのは、社会が婚姻につき一定の秩序付けを必要とするから」で、「国家の定める婚姻制度は、基本的には婚姻の自由の制限と捉え、それをなぜ正当かきちんと説明する必要がある」ことになる^{*23}。すなわち、婚姻の自由を国家によって不当に介入されない人的結合の自由である（もっぱら防御権的な保障である）と捉えることになる。しかし、人的結合の自由として同居する自由が考えられるが、婚姻が認められないと同居生活ができないことは同一視できないため、人的結合の自由それ自体が妨げられているわけではない。また、後述する近年の判例との整合性も問題となる。

そこで学説の多数を占めるのは、法制度を前提として構成する説である。この説によると、婚姻の自由は法制度をまつてはじめてその保障領域が捉えられる。すなわち「婚姻」は婚姻によって享受できる法的效果が付与された人的結合と読み替えることができ、この場合「婚姻の自由」を「婚姻制度の提供する効果を享受すべく婚姻制度にアクセスする自由」と説明することになる^{*24}。

では、最高裁はどのように考えているのか。言及がある判例は、夫婦同氏制合憲判決（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁）である。同判決において、憲法 24 条 1 項は「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される」と述べるとともに、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的な内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つ」とも述べている。よって最高裁の考え方は多数説に近い。

■論点 B について まず、憲法 24 条と憲法 13 条はどのような関係性を有するか。この理解は、婚姻の自由をどのように理解するか（論点 A）で分かれることになる。

自然的自由と構成する説によれば、婚姻の自由はその防御権的な性格が強調されることになるから、その侵害は憲法 13 条の問題として捉えられることになる。すなわち、憲法 24 条は固有の意味内容を持たない。一方で、法制度を前提とする説によれば、婚姻の自由は国家の作った法制度にアクセスする権利になる。この権利は、憲法 13 条の防御権的な自由権とは性格を異にするため、憲法 24 条固有の意味内容が認められることになる。そこで、憲法 24 条が具体的にどのような内容を含むかが問題となってくる。もっとも、同条の内容については、判例・裁判例の蓄積が乏しく、学説の議論も成熟していない^{*25}。そこで、最高裁の考えを整理した篠原教授の見解をここで紹介することにしたい。

篠原教授は判例（夫婦同氏制合憲判決）を整理して以下のように述べる^{*26}。

夫婦同氏制合憲判決は、「婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的な内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法 24 条 2 項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ね」としているとし、婚姻・家族制度につい

*23 高橋和之「『夫婦別姓訴訟』－同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界 879 号（2016 年）147 頁。

*24 長谷部恭男『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会、2016 年）133 頁。

*25 同旨の指摘をするものとして、曾我部真裕「個人の尊重と生命、身体及び幸福追求に関する権利(2)」法学教室 485 号（2021 年）75 頁、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013 年）295 頁。

*26 篠原永明「『婚姻の自由』の内容形成」甲南法学 57 卷 3、4 号（2017 年）617-622 頁。

ての国会の内容形成権限及び義務を承認する。そして、それに続けて、「その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画し」としているとし、憲法24条2項は内容形成の際の「指針」を示すことで立法裁量に限界を設定しているとも述べる。

最高裁がこのように考えるのは、婚姻や家族について一義的な解釈ができないため、司法審査に馴染まず、立法裁量によって内容を形成することが望ましいと考えているためである。憲法24条適合性の審査基準を設定する箇所で、憲法上の要請として、「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべき」と指摘した点から読み取れる。

ではその立法裁量の限界はどのように画すればよいか。この点について、夫婦同氏制合憲判決は、国会の内容形成権限及び義務を認めた上で、憲法24条2項は、「その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画し」といると述べる。つまり、立法府は24条1項、「個人の尊厳」、「両性の本質的平等」を総合考慮することが求められているのである。

■論点Cについて 本件における被告は反論として同部分を指摘している。例えば、被告第2準備書面において「『両性』とは、両方の性、男性と女性を意味し、同項にいう『両性』がその文言上男女を表すことは明らかであって、『24条の『両性』を both sexes という定めとして捉え、24条下では同性婚は容認されない』と述べている。原告の主張するように、「両性の合意」（憲法24条1項）には「男女」という意味合いはないのか。

戦後すぐの文献や判例には、「両性」という文言を生物学的な男女を指すと素直に読み取ったものが多く見られる。例えば、『註解日本國憲法』によると、憲法24条は「國民の家族的生活に対する、憲法の根本的態度を明らかにし、その法律的規整もこれに従つて、されなければならないことを要求する」ものであり、「一夫一婦の婚姻を、家族關係の基礎として、その成立及び維持について特に當事者の自主性を尊重するとともに、あらゆる家庭生活の面において、その法律的規整は、特に個人の尊厳と両性の本質的平等を期さなければならぬ」^{*27}と述べられている。また、最高裁（最大判昭和36年9月6日民集15巻8号2047頁）は、「憲法24条……は、民主主義の基本原理である個人の尊厳と両性の本質的平等の原則を婚姻および家族の關係について定めたものであり、男女両性は本質的に平等であるから、夫と妻との間に、夫たり妻たるの故をもって権利の享有に不平等な扱いをすることを禁じたものである」と述べている。（もっとも、同性婚についての議論は近年台頭したものであるため、これらの文献や判例が登場した当時は同性カップルに対する意識がなかったいえよう^{*28}。）同性婚容認に否定的な見解は、上述のような「両性」の文言性を第1の根拠に据えた見解である^{*29}といえる。

一方で、「両性」に特段の意味を持たせない見解は、婚姻の成立要件に「当事者間が必ず男女であること」とする旨の規定がないことから、文言のみに拘泥するのではなく、憲法24条が同性婚を許容していないといえるかという論点で議論を進め、考察している。ここで、多くの論者は同条の制定趣旨を持ち出している。すなわち、同条の制定趣旨は親子関係を基軸に家族関係を考える戸主制から解放し対等な当事者間での意思の合

*27 法学協会『註解日本國憲法（上巻）』（有斐閣、1948年）474頁。

*28 しかし、衆議院議員源馬謙太郎君提出国勢調査における同性パートナーの取扱いに関する質問に対する答弁書（2020年6月23日）の「憲法第24条第1項の『両性』との文言は、男女を表しているものと解される。」という箇所から、現在の政府の見解はこれらと一致することが明らかとなっている。

*29 同旨に該当する見解として、辻村みよ子「憲法24条と夫婦の同権」法律時報65巻12号（1993年）46頁、植野実妙子「憲法24条 家族の権利と保護」法学セミナー545号（2000年）85頁。

致により婚姻ができる点にある^{*30}ところ、同性婚を積極的に排除する意図は含まれていないため、「両性」とは「両当事者」という意味を有しているに過ぎないという解釈も可能であると述べるのである。

最高裁が現在どのように考えているかについて、正面から述べた判例は存在しない。もっとも、木村教授は、夫婦同氏制合憲判決で「両性」、「男女間」、「夫婦」といった言葉が意図的に避けられ、「当事者間」という性別を選択しない言葉が選択されていることを指摘し、最高裁が「両性」に「男女」の意味を持たせていないと考えられる^{*31}と述べている。

4.2.4 考察

婚姻をするということは、単に生活をともにするという意味にとどまらない。原告が主張するように、法律婚をしているということによって様々な法的・事実的利益を伴う。よって、長谷部教授（4(2)ウ(ア)）が述べるように、「婚姻」は婚姻によって享受できる法的効果が付与された人的結合と、「婚姻の自由」を「婚姻制度の提供する効果を享受すべく婚姻制度にアクセスする自由」と捉えることが適切だろう。このような婚姻の定義づけは、原告の立場と一致する。しかし、訴状において婚姻の自由の憲法上の保障根拠をみると、果たして原告が主張する婚姻の自由はそのような立場を十分に説明できているものか、疑問が残る。前述したように、原告は①婚姻の自由と自己決定権との類似性、②近代的婚姻の本質的属性としての婚姻の自由の意義、③憲法24条1項の制定経緯をその根拠にあげているが、これらは個人の尊重や当事者間の自由な契約の実現といった、もっぱら防御権的性格が強調されるものである。原告が同主張をするならば、むしろ、婚姻の自由は国家からの法律婚としての制度的な保障を要する点を強調すべきだっただろう。

そして、憲法24条の問題として捉えるにも、原告の主張するように同条1項としてではなく、2項の問題として捉えるべきである。その根拠としては以下の2点である。第1に、篠原教授の整理した最高裁の見解に依拠すれば、婚姻・家族制度についての国会の内容形成権限及び義務は憲法24条2項において承認されているのであって、同条1項は、個人の尊重、両性の本質的平等と並んで立法裁量に制約をかける要素に過ぎない。第2に、最高裁は、夫婦同氏制合憲判決において、「憲法24条は、1項において『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。』と規定しているところ、これは、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。」と述べており、1項で言及しているのは実質的要件（婚姻意思の合致）の問題である。本件で問題となるのは、同性カップルが婚姻届を提出しようにも受理されないという形式的要件の問題であるところ、すなわち立法院による法律婚制度の制度設計の問題であるといえる。とすれば、1項の問題として主張するのではなく、2項の問題として主張すべきであろう。

さらに、憲法24条2項の問題として主張するに修正したとしても、同項はあくまでも立法裁量を定めたに過ぎないから、司法審査の限界の観点からして、同条違憲の判決から同性婚容認の法規定が進むとは直ちにいえないだろう。

もっとも、以上の考察は「両性」（憲法24条1項）に特段の意味を持たせない見解に立った場合に成り立つのであって、同部分を裁判所がどう読み取るかが大きな分岐点となる。「同性」の文言性を重視する見解に裁判所が立脚するのであれば、立法裁量をどう画するか論じる必要もなく、同性婚は否認されることになる。

このように、原告の主張は懸念点が多いといわざるを得ない。

*30 長谷部恭男ほか『注釈日本国憲法(2) 国民の権利及び義務(1)』(有斐閣、2017年) 498頁〔川岸執筆〕。

*31 木村草太「夫婦同姓合憲判決の意味－何の区別が問題なのか？」自由と正義67巻6月号(2016年) 110頁。

4.3 「第6 法律上同性の者との婚姻を認めないことが平等原則に違反すること」

4.3.1 原告の主張

「異性との婚姻を希望する者（異性カップル）には婚姻を認め、同性との婚姻を希望する者（同性カップル）には婚姻を認めないという現行民法及び戸籍法による別異取扱い（以下「本件別異取扱い」という。）に、婚姻という事柄の性質に応じた合理的な根拠は存在せず、本件別異取扱いは、憲法14条1項が禁止する法的な差別的取扱いに該当する。」という主張を、（ア）性的指向に基づく別異取扱いである、（イ）当該別異取扱いにより、同性愛者等は重大な権利・利益を侵害されている、（ウ）厳格に審査されるべきである、（エ）当該別異取扱いは正当化されない、との論理で導いている。

■**性的指向に基づく別異取扱いである** 本件別異取扱いが生じるのは、異性間の婚姻のみを認めている法律婚制度が、婚姻を希望する者の性的指向に関して無差別的なものではないからである。

■**当該別異取扱いにより、同性愛者等は重大な権利・利益を侵害されている** 婚姻の自由の侵害や社会的承認の不享受の他、婚姻に伴う具体的権利・利益の不享受を挙げており、これについては3で述べた。

■**厳格に審査されるべきである** 原告は、厳格に審査されねばならないという主張を以下の4点から導く。

第1に、本件別異取扱いが、憲法14条1項の後段列挙事由（「性別」と「社会的身分」）に該当するものである点である。前者については、女性差別との類似性を指摘することで「性別」に基づく別異取扱いにあたるとする。すなわち、女性差別は社会的・経済的マイノリティである女性という「性」に関する差別であるところ、性的指向における同性愛者等も「性」に関するマイノリティである。このようなセクシャル・マイノリティも長きにわたって偏見の対象とされてきたのであり、セクシャル・マイノリティに関する差別も「性」に関する差別に他ならない。したがって、性的指向に基づく本件別異取扱いは「性別」に基づく別異取扱いに該当する。このような論理である。後者については、性的指向が自らの意思で自由に変えることができない事柄であり偏見の対象とされてきたところ、社会的身分の定義についてのどの説に立とうが「社会的身分」に基づく別異取扱いにあたるとする。

第2に、性的指向が自らの意思で自由に変えることができない事柄である点である。自らの意思や努力によって変えることのできない属性に基づく別異取扱いの合理性については、慎重に判断されなければならないとされていることを、国籍法違憲判決（最高判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）を引用しつつ説明している。

第3に、被侵害権利・利益が重大である点である。

第4に、民主政で救済されない事柄である点である。本判決で影響を受けるのは同性愛者等であるが、彼らは社会において差別意識や偏見に晒されてきた圧倒的少数者であって、自らの権利を回復するために声を上げることが非常に困難であるのが実情であるし、社会全体に広く根深く行き渡った差別意識や偏見は、容易に改められるものではない。このような本件別異取扱いは国会にその是正を委ねるのではなく、裁判所による厳格な審査を要するというのである。

■**当該別異取扱いは正当化されない** 原告は、婚姻の意義・目的に照らして同性愛者等を排除する理由がないこと、各被侵害権利・利益を付与しない理論的根拠がないこと、同性愛者等の尊厳を傷つけること、届出婚主義に反することの4点をあげ、正当化できない旨を主張する。

4.3.2 原告の主張から

ここまで原告の主張を見てきた。以上から、
・本件別異取扱いは後段列挙事由に該当するのか
という論点が考えられる。それらの学説・判例の状況をみつつ、本稿の考察を述べる。

4.3.3 学説・判例の状況

まず、本件別異取扱いは性的指向に基づくといえる。「性的指向」は後段列挙事由のどこに該当するか。原告の主張する「性別」、及び「社会的身分」のそれぞれについて状況を確認することにする。

まず、「性別」に該当するといえるか。これについては、「性別」の意味を生物学的な性別にとどめて理解するか、さらに性的指向・性自認を加えて理解するかによって見解の相違が見られる。性的指向は「性別」に該当すると述べる見解もある一方で^{*32}、否定的な見解^{*33}が多数を占める。

では、「社会的身分」に該当するといえるか。「社会的身分」の意味について、芦部教授は学説の対立を3つに分類する^{*34}。人が社会において一時的ではなくしてはある程度継続的に占めている地位または身分とする説（広義説）、人が社会において一時的ではなく占めている地位であり、自分の力ではそれから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているものとする説（中間説）、出生によって決定され、あるいは自己の意思で離れることができないような、固定した社会的地位身分とする説（狭義説）である。なお、最高裁は広義説に立つことが待命処分事件（最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁）で明らかになっている。これらの説から、性的指向を生来のものであって自らの意思で変えることのできない事柄と捉えるかによって、説によっては性的指向が「社会的身分」あたらないと理解されることになる。

4.3.4 考察

まず、原告が主張するように厳格な審査が妥当するのか検討してから、本件別異取扱いが正当化されないのか検討することとする。

厳格審査は妥当するか。（A）「性的指向」という区別事由について、（B）及び区別に関わる権利（婚姻の自由）の性質について考察することとする。

■（A）について まず、性的指向が後段列挙事由のどれに該当するかについて検討したい。訴状において性的指向とは生来のものであると主張しているため、同主張が認められた場合、「社会的身分」の狭義説に立とうが同部分に該当することになるだろう。（以下、性的指向は生来のものであることを前提として考察を続ける。）

しかし、「性別」に該当するかは疑問である。原告の「性別」該当を主張する論拠は以下のとおりである。
「女性差別は社会的・経済的マイノリティである女性という「性」に関する差別であるところ、性的指向における同性愛者等も「性」に関するマイノリティである。このようなセクシャル・マイノリティも長きにわたって偏見の対象とされてきたのであり、セクシャル・マイノリティに関する差別も「性」に関する差別に他ならない。…したがって、性的指向に基づく本件別異取扱いは「性別」に基づく別異取扱いに該当する。」（波線、

^{*32} 君塚正臣「判批」長谷部恭男編『憲法判例百選（第6版）』66-67頁（2013年）。

^{*33} 新井誠ほか『憲法II 人権』（日本評論社、2018年）68頁【佐々木執筆】、松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法 法律問題を読み解く35の事例』（有斐閣、2010年）4頁。

^{*34} 芦部信喜『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）139頁。

下線ともに筆者)

同じ「性」であっても波線部は生物学的性別を指すのに対し、下線部は性的指向を指すという違いがあるところ、原告は当該箇所を指摘せずにこのような主張をしている。前述のように、多くの見解が「性別」を生物学的性別のみを指すと理解しているため、なぜ「性別」を広義に捉えるべきか明示的に説明しないのはいささか技巧的である。ただ、「性別」に該当しないとしても「社会的身分」には該当するため、後段列挙事由の該当性は認められるだろう。

もっとも、通説は後段列挙事由に認められることに対して厳格に審査されることを認めており（最高裁（最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁）は後段列挙事由を例示列挙であると解している。では、最高裁は性的指向をどのように位置付けると考えられるか。これについて、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）を参考にする。同判決は、国籍という「重要な法的地位」を（当該部分については後述する）、婚内子か否かという「自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄に基づいて区別することは「慎重に検討を要する必要がある」と述べている。これを本件について当てはめると、性的指向とは、まさに「自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄である。このような観点で、審査基準が厳格に高められることが考えられる。（なお、原告も同旨の主張をしている。）よって、最高裁の見解に立っても厳格な審査が求められる。

したがって、「性的指向」という区別事由は、厳格審査へと導く考慮要素となる。

■ (B)について 次に、本件別異取扱いに関わる権利（婚姻の自由）の性質について考察する。前述（4(2)ウ(ア)）のように、婚姻の自由は法制度をまってはじめてその保障領域が捉えられる。よって、婚姻をどのような枠組みで定めるかについては立法裁量が広く、司法審査に馴染まない権利であるため、当該権利についての審査は緩やかな方向に認められるという見方もあり得る。しかし、ここで参考すべきなのは、国籍法違憲判決および再婚禁止期間一部違憲判決である。前者について、国籍を「重要な法的地位」であるとして「慎重に検討を要する」とした箇所を本件に当てはめると、婚姻が認められるか否かも、婚姻によって享受される諸利益が得られるか否かに直結する内容であるし、諸利益自体も相続権や親権といった重要な法的利益が含まれる。したがって、婚姻の自由も重要な法的権利であるという性質が認められ、審査基準が厳格に高められる。後者について、同判決は、「十分尊重に値する」婚姻の自由が当時の民法733条1項によって「直接的に制約」を受けていることを理由に、「事柄の性質を十分考慮に入れた」合理性の審査を求めている。これを本件について当てはめると、民法733条1項は「戸籍法の定めるところによって成立する」という形式的要件を定めているところ、現行戸籍法は異性カップルのみを想定した法規範である。したがって、同性カップルは「十分に尊重に値する」婚姻の自由が「直接的に制約」を受けているといえる。よって、このような観点でも審査基準が厳格に高められることが考えられる。

したがって、本件別異取扱いに関わる権利（婚姻の自由）の性質を考慮しても厳格な審査が求められる。

以上より、原告の主張するように本件別異取扱いに対しては厳格審査基準が妥当する。では、正当化されないのか。当該審査に関する目的、目的達成手段を順に検討する。

まず、目的についてどのように考えるべきか。原告は訴状において現行民法及び戸籍法の定める婚姻の意義・目的をパートナーとの人格的結びつきの安定化であると述べているが、被告は同意義・目的を第一に生殖があると考えている。確かに、「できちゃった婚」という俗語があるように、妊娠が判明すれば婚姻を結ぶことは社会的に認容があるほどの婚姻理由であって、被告の主張も一定程度は理解できる。しかし、異性カップルであれ必ずしも生殖を目的として婚姻をするわけではなく、このことは民法は「生殖を目的とすること」という旨の要件を定めていないことからも明らかである。一方で、婚姻によって人格的結びつきの安定化を図る

ことは広く婚姻を望むカップルに妥当するといえる。したがって、原告の主張する婚姻の意義・目的は被告が主張する同意義・目的に優越すると考えるべきである。とすると、このような意義・目的は必要不可欠だといえよう。

では、目的達成手段はどうか。ここでいう目的達成手段とは、民法や戸籍法、税法等による婚姻の要件・効果の設定を異性カップルのみに定めることとなる。前述の目的に照らせば、同性カップルにもその目的は及ぶはずであり、異性カップルのみに定めることが目的達成手段に必要不可欠とまでいえないはずである。そこで、被告からの反論をもとに考察を深めることとする。被告の反論は以下の通りである。まず、被告は①憲法24条1項の定める「両性の合意」を文言通り理解すべきであると主張する。とすれば、②婚姻は異性間でしか認められることになり、当該目的達成手段を定めようが憲法24条違反にはならない。③したがって、異性婚は認める一方で同性婚を認めないと区別は、憲法上差別にはなり得ず、したがって本件別異取扱いは憲法14条1項に照らして合憲となる。①から③を見たらわかるように、被告は目的達成手段を考える場面でも「両性の合意」（憲法24条1項）の文言性を重視する見解から出発している。このような見解に依れば、憲法24条が定める立法裁量の限界はあくまでも異性婚の枠内で画され、その枠外にある同性婚については作用しない。よって、民法や戸籍法、税法等による婚姻の要件・効果の設定を異性カップルのみに定めることは目的達成のために不可欠であるものといえ、憲法14条1項に照らして合憲となるのである。しかし、前述（4(2)ウ(ウ)）のように、憲法24条の制定趣旨から、「両性の合意」（憲法24条1項）に特段の意味を持たせない見解もあるのであって、原告・本稿ともに同見解に立つ。このような見解に依れば、憲法24条は「両性の本質的平等」、すなわち性別の役割からの解放を目指しているともいえ、本件別異取扱いはそのような憲法の要請に応えているとはいえない。したがって、被告の①の意見がのみならず、②から③に至る論理を否定することになり、憲法14条1項に照らして合憲となる論理は導き得ないことになるだろう。

このように、原告の主張と同様に本件別異取扱いは正当化されないが、「両性の合意」（憲法24条1項）を裁判所がどう解釈するかが大きな岐路になるだろう。

4.4 まとめ

以上のように、訴状の憲法24条1項違反主張部分は多くの問題を抱えていると言わざるを得ない一方で、憲法14条1項違反主張部分は認められる可能性が相対的に高いと考えられる。しかし、このような見解は本稿が「両性の合意」（憲法24条1項）に特段の意味を持たせない見解に立ったからこそ成り立ったのであり、つまりところ、当該文言を裁判所がどう理解するかが原告にとって鍵となろう。

また、本章は原告の主張の成否についての考察に徹したため言及していないが、仮に原告の憲法14条1項違反主張部分が認められたとしても、その後どのように救済が図られるかという面で問題が生じる。原告の満足のいかない救済手段をもって平等原則違反の調整が図られるおそれや、裁判所が平等原則違反による実質的救済を図るために新たな権利を創設することは司法権の限界との衝突により許されないおそれがあるからである^{*35}。

このように、同性婚訴訟は様々な面で関所に対峙することが想定される訴訟であるといえる。しかし、従来性的マイノリティに属する者に関する施策に疎かった政府に一石を投じることは間違いない。同訴訟を全国5地裁がどのように判断するか注目したいとともに、同訴訟を通じて少しでも性的マイノリティに属する者に対する社会的認容が進むことを願うばかりである。

*35 同旨の指摘として、前掲注33・73頁。

5 我が国における近時の訴訟

5.1 同性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訴訟

5.1.1 事実関係

原告X（女性）と被告Y₁（女性）は、平成22年2月から同居を開始した。Y₁が勤務しているときは、双方が同程度の生活費を負担していた。X及びY₁は、平成26年3月頃から、結婚について具体的な話し合いを始め、それぞれの親にカミングアウトをして、お互いをパートナーとして紹介した。さらに、同年12月29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た。また、平成27年5月10日には、日本においても結婚式を挙げ、披露宴も開催した（X及びY₁の一部の親族も参加している）。

Y₁は、子を持つことを希望していたことから、Xと話し合い、Y₁が第三者からの精子提供による人工授精を受けることで妊娠・出産をし、Xと育てることを計画した。Y₁は、平成27年7月、精子提供者としての被告Y₂（男性）に出会い、XにもY₂を紹介した。Y₁は、顕微授精をして妊娠したが、平成28年10月22日、流産をした。Xは、Y₂が引き続き精子提供を続けてくれるとのことから、将来的に子をもうけ、育てるための場所として、同年12月10日、マンションをX名義で購入した。

Y₁は、平成29年1月3日にY₂のアパートから戻るなり、Xに対し、Y₂のことも好きになったこと、両方と付き合っていきたいこと等を伝えた。そのため、同月4日、3人で話し合いを行い、一旦はXとY₁の決定に委ねるということで決着した。その後XとY₁は同居していたものの、Y₁はY₂を選ぶこととし、平成29年1月12日にXと同居していたアパートを出て、平成29年8月頃、Y₂に連絡を取り、Xと別れた旨を告げた。その後、Y₁Y₂らは、不妊治療を開始し、Y₁は、平成30年8月に長女を出産した。

Xは、Y₁とY₂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、Y₁とY₂に対して慰謝料等を請求した。

5.1.2 原審^{*36}の判旨

原審では、同性カップルの関係が、異性カップルの事実婚（内縁関係）に準じた保護を受けるべきかという問題について、次のように判示した。

「現在の我が国においては、法律上男女間での婚姻しか認められていないことから、これまでの判例・学説上も、内縁関係は当然に男女間を前提とするものと解されてきたところである。

しかしながら、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難い状況となっている。世界的に見ても、同性のカップル間の婚姻を法律上も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、公知の事実もある。かかる社会情勢を踏まえると、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て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24条1項が『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し』としているのも、憲法定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と

^{*36} 宇都宮地真岡支判令和元年9月18日 (Westlaw Japan 文献番号 2019WLJPCA09189006)。

も認められない。

そうすると、法律上同性婚を認めるか否かは別論、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、不法行為法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うべきである。）

「これらの事実関係に照らすと、X 及び Y₁ は、日本では法律上の婚姻が認められてい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。」

「X と Y₁ 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 X 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」ない。

5.1.3 控訴審^{*37}の判旨

控訴審は次のように判示し、原審の結論をほぼ踏襲した。

「Y₁ 及び X 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ことができる。したがって、Y₁ 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。」

「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、令和元年 5 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 25 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 20 % 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、Y₁ 及び X の本件関係が同性同士のものであることをもって、……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。」

5.1.4 原審と控訴審の違い

原審と控訴審の違いは大きく 2 点あると考える。

■ 1 点目は、憲法 24 条についての言及の有無である。原審では「憲法 24 条 1 項が『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し』としているのも、憲法定当时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とも認められない」と判示する。つまり、同性婚禁止を憲法 24 条の文言から導く見解を明示的に否定している。ただし、今回の訴訟

^{*37} 東京高判令和 2 年 3 月 4 日 (Westlaw Japan 文献番号 2020WLJPCA03046001)。

は同性婚そのものではなく同性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する事案であり、同性カップルの関係が男女の内縁関係に準じたものとして扱われるべき場合があることを認めたにすぎず、上記の理解が「憲法に反するとも認められない」と付言したのであり、同性婚許容説を真正面から展開したわけではない。それでも、同性婚を認める世界各国の流れ、国内での同性パートナーシップの広がりを踏まえており、同性婚の容認に向けた大きな一歩となる」と評価し^{*38}、南野教授は、「本判決は同性婚禁止説を否定し、したがって同性婚許容説に立つ、日本の判決ではおそらく初めてのものであると言え、そしてそのことの意義は極めて大きい」と評価している^{*39}。

一方、控訴審は憲法 24 条の解釈に触れていない。事案の性質から本解釈に立ち入る必要はないためだと考えられる。

■2 点目は、内縁の成立要件を満たした同性同士が婚姻関係に準ずる関係（事実婚）として認められるか否かである。まず一般に、内縁の成立要件は、①婚姻意思の存在と、②夫婦共同生活の実態の存在である^{*40}。X と Y₁ は、ニューヨーク州法の下で婚姻登録をしていたという事実から両者が婚姻意思を有していたことは明らかであり、①を満たす。また、平成 22 年から平成 29 年まで同居しており、②も満たす。とすると、X と Y₁ の関係を婚姻関係に準ずる関係（事実婚）とみるかについては、X と Y₁ が同性であるという事実をどう評価するかに委ねられることとなり、原審、控訴審はそれぞれ以下のように判示している。原審は括弧書にて、「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」と留保した上で、「X と Y₁ との関係は、……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 X 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」と判断している。

控訴審は、「Y₁ 及び X 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、……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ことができる」として、同性同士の共同生活関係を事実婚として評価している。また、原審が判示した、同性婚の関係に「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」という捉え方を支持していない。

5.2 同性パートナーを殺害され被害者遺族として公的給付を求めた訴訟^{*41}

5.2.1 事実関係

原告 X（男性）と A（男性）は、平成 6 年頃に知り合っ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。しかし、平成 26 年、X と交際していた別の男性 B が、このままでは X を独り占めすることができないなどと考えて、A を殺害した。

X は、平成 28 年 12 月 12 日、愛知県公安委員会に対し、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（以下「犯給法」という。）5 条 1 項 1 号にいう「犯罪被害者の配偶者」に当たるとして、

^{*38} 平賀拓史ほか「『憲法、同性婚否定せず』 内縁カップル巡る訴訟で判決」朝日新聞 2019 年 9 月 18 日
(<https://www.asahi.com/articles/ASM9L5FPSM9LUTIL04Z.html>, 2021 年 2 月 16 日最終閲覧)。

^{*39} 南野森「同性婚と憲法 24 条（補遺）——宇都宮地裁真岡支部判決の憲法論」YAHOO!JAPAN ニュース 2019 年 9 月 22 日
(<https://news.yahoo.co.jp/byline/minaminoshigeru/20190922-00143722/>, 2021 年 2 月 17 日最終閲覧)。

^{*40} 潮見佳男『民法（全）〔第 2 版〕』（有斐閣、2019 年）565 頁。

^{*41} 名古屋地判令和 2 年 6 月 4 日（LEX/DB 文献番号 25566413）。

同性カップルをめぐる法的状況について

犯給法4条1号所定の遺族給付金の支給の裁定を申請した（以下「本件申請」という。）。これに対し、愛知県公安委員会は、平成29年12月22日付けで、本件申請につき、遺族給付金を支給しない旨の裁定をした（以下「本件処分」という。）。Xは、平成30年3月16日、国家公安委員会に対して審査請求をしたが、これまで、当該審査請求に対する裁決はされていない。

そこで、Xは本件処分の取消しを求めて、訴えを提起した。

5.2.2 判旨

まず、名古屋地裁は、犯給法の目的等を鑑みて、犯給法5条1項1号にいう「犯罪被害者の配偶者」に当たるかどうかの判断基準を社会通念に求める。

「①……犯給法の目的が、社会連帯共助の精神に基づいて、租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ることに鑑みると、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、②犯給法5条1項2号、3号に掲げられた親子、祖父母、孫や兄弟姉妹といった親族は、社会通念上、犯罪被害者と親密なつながりを有するものとして犯罪被害者の死亡によって重大な経済的又は精神的な被害を受けることが想定される者であり、これらと並んで同項1号に掲げられている『配偶者（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。）』に該当する者についても、同様の者が想定されていると考えられることからすると、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。」

その上で、「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」かどうか検討し、以下のような結論を導く。

①同性パートナーシップに関する公的認証制度を創設し、公営住宅の入居や職員の待遇等の局面において同性パートナーを配偶者と同様に取り扱う地方公共団体が存すること、②民間企業においても、企業内的人事関連規定や顧客に提供するサービスにおいて同性パートナーを配偶者と同様に取り扱う動きが進んでいること、③各種団体等においても、同性同士で共同生活関係にある者らの権利を保障すべきである旨の提言が行われていること、④国会においても同性婚の導入に向けた法改正を提案したり、検討したりする動きが見られ、国民の同性婚に関する意識調査においても同性婚を容認する者が相当数存在することが認められることから、「本件処分当時の我が国において、同性間の共同生活関係についての社会一般の理解が相当程度進んでいた」と評価している。

その一方で、①同性パートナーシップに関する公的認証制度は、我が国の婚姻法上、同性婚など同性間の共同生活関係を規律する規定が存在していないこと、②③～④の取組は、いまだ同性間の共同生活関係についての社会一般の理解が十分に進んでいないために、その理解を推し進めるべく行われていると解るべきこと、③同性間の共同生活関係に関する社会制度の形成は、⑦婚姻とは別の生活パートナーとしての登録あるいは共同生活のための契約の登録を認め、婚姻に近似した法律関係を保障する、④事実婚としての法的保障を及ぼす、⑦同性婚そのものを法制化するといった段階を経て徐々に進むことが想定されるところ、我が国の状況は、⑦の段階より前のものと評価せざるを得ない状態であること、④依然として、相当数の地方公共団体においては同性パートナーシップに関する公的認証制度は設けられておらず、また、地方公共団体や民間企業における人事関連制度や民間企業における各種サービスの下で同性間の共同生活関係を異性間のものと同様に扱う取組も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い難いこと、⑤令和元年6月3日に野党3党により同性婚を認めることを内容とする民法の改正案が国会に提出されるも、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こと、⑥同性婚に関する意識調査においては、賛成意見と反対意見はなお拮抗している、と評価した。

これらの事情から、「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付けるかについては、いまだ社会的な議論の途上にあり、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ない。」

5.3 2つの訴訟の違い

まずあげられるのは、両訴訟の結論が真逆であることである。宇都宮地裁は「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」との見方を示し、東京高裁はさらに踏み込んで内縁関係を認めた。一方で、名古屋地裁は「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」とした。前者が同性パートナーの不貞行為に対する慰謝料訴訟で、後者は同性を理由に遺族給付金を不支給とした裁判の取消訴訟であり、両訴訟の性質の違いが、同性カップルへの法的保護に対し、正反対の結果を生んだ。

東京高裁も名古屋地裁も、近時の社会情勢に対する認識に依拠する点では同じである。さらにいうと、原告が敗訴した名古屋地裁のほうが、より正確に社会情勢を指摘し、分析していたと評価できる。では、どうして全く逆の結論に至ったのか。それは、そして、両訴訟ともに近時の社会的認識に言及している点は共通しているものの、判断枠組みを異にする。宇都宮地裁と東京高裁は同性カップルの共同生活の実態に着目して判断を下し、名古屋地裁は制度設計に着目した上で社会通念を根拠に判断を下したからだと思われる。東京高裁は、内縁の成立要件を満たせば同性カップルであっても内縁関係と認める余地があることを示す。一方で、名古屋地裁は、同性カップルの共同生活関係を内縁関係と同視できるかについて、同性カップルの生活実態を一切考慮することなく、内縁の成立要件への当てはめを行わない。我が国でそういった社会通念が形成されているか否かで判断している。

5.4 名古屋地裁判決に対する評価

名古屋地裁は、犯給法の目的を「遺族等の経済的又は精神的な被害の緩和」と「国民の信頼を確保すること」であると示している。後者の目的を鑑み、裁判所は社会通念を判断枠組みに採用したと考えられる。しかし、より正確には、「犯給法は、犯罪行為により死亡した者の遺族又は重傷病を負い若しくは障害が残った者（遺族等）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するため、犯罪被害等を受けた者に犯罪被害者等給付金を支給するものであり（1条、3条）、……社会連帯共助の精神に基づき、租税を財源として遺族等に……給付金を支給し、遺族等の経済的又は精神的な被害を緩和するとともに、国の法制度全般に対する国民の信頼を確保することを目的とする」と判示されている。財源が税金であることを意識するあまり、本来の目的である「遺族等の経済的又は精神的な被害の緩和」がおろそかにされている印象を受ける。また、そもそも同性カップルも税金を負担している。そうである以上、「社会連帯共助」の観点からも同性カップルも犯罪被害給付制度の保護範囲に含めるべきであり、そうすることが「国の法制度全般に対する国民の信頼を確保する」にも資するだろう。棚村教授は、「被害者を救済するという制

度の趣旨を考えれば、重要なのは生活実態であり、制度設計の問題ではない」と指摘し^{*42}、「当事者の事実婚の意思や実態を踏まえていない」と話す^{*43}。

また、①少数者の人権の最後の砦とも言われる裁判所が、「社会通念」という多数派の意見を前面に出して、同性カップルに対して社会的・経済的弱者の救済のための犯罪被害者等給付金の給付を認めないのは問題である、②そもそも犯給法の受給者の範囲についての条文に「社会通念」という文言はない、③（仮に社会通念の形成の有無で同性パートナーが「犯罪被害者の配偶者」に当たるかどうか判断するとして）本当に社会通念は形成されていないのか、④異性事実婚と同性事実婚とで別異の取扱いをすることから憲法14条1項に違反するのではないか、といったものが考えられるだろう。

名古屋地裁で争われた遺族給付金といった公的給付の対象は法律上の婚姻関係から事実婚へ適用が拡大してきた経緯がある。名古屋地裁も「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付けるかについては、いまだ社会的な議論の途上にある」と述べており、今がまさに過渡期であるという認識を示しているように思われる。より一層同性カップルへの理解が浸透していくば、東京高裁のように、同性のカップルであっても内縁関係を認める場合があるといった判断に変わる可能性は大いにあるだろう。また、自治体レベルではすでに動きも出てきている。大阪市は2020年4月から、札幌市は同年8月から、同性パートナーも犯罪被害遺族給付金の対象として認めた^{*44}。

5.5 同性事実婚と異性事実婚の別異取扱いについての検討

名古屋地裁判決における憲法学的論点について考察する。はじめに、異性事実婚と同性事実婚の実態について触れておきたい。まず、事実婚をしている異性カップルは2つに分類することができよう。①法律婚に伴う法的義務を免れるために事実婚を選択したカップル、②改正を避けるため等のやむを得ない理由で事実婚をしているカップル、である。これに対し、同性カップルは法律婚が認められていないため、②と同様の状況下にある。今回問題となっているのは犯給法の保護対象であり、犯給法は事実婚を保護すべきだとしている。ここで想定されている事実婚とは、異性カップルにおいては②であると考えられる。しかし、②と同様の状況下に置かれている同性カップルは保護対象とされていない。この、異性事実婚（②）と同性事実婚の別異取扱いは、憲法14条において問題になると考えられる。異性事実婚（②）と同性事実婚の別異取扱いの区別事由は「性的指向」であり、これは4で見た同性婚訴訟と共通している。

ここからは、4と同様に、厳格な審査が妥当するのかについて検討した後、本件別異取扱いが正当化されないのかについて検討することとする。

厳格審査は妥当するか。（A）「性的指向」という区別事由について、（B）及び区別に関わる権利（犯罪被害者給付金を受け取る権利）の性質について考察することとする。

5.5.1 (A)について

4(3) ウで述べた通り、「性的指向」という区別事由は、厳格審査へと導く考慮要素となる。

*42 「同性内縁『社会通念ない』 遺族給付金不支給 名古屋地裁判決」毎日新聞 2020年6月5日
(<https://mainichi.jp/articles/20200605/ddm/012/040/068000c> , 2021年2月18日最終閲覧)。

*43 「同性の事実婚、社会通念ない？ 地裁判決が議論呼ぶ」日本経済新聞 2020年6月28日。
(<https://www.nikkei.com/article/DGXZ060667570T20C20A6SHJ000/> , 2021年2月18日最終閲覧)。

*44 「犯罪被害給付、同性パートナーも 札幌と大阪で支援の対象に」共同通信社 2020年8月30日
(<https://www.47news.jp/5197933.html> , 2021年2月18日最終閲覧)。

5.5.2 (B)について

次に、本件別異取扱いに関する権利（犯罪被害者給付金を受け取る権利）の性質について考察する。婚姻の自由と同様（4(3)ウ）、犯罪被害者給付金を受け取る権利の範囲設定については立法裁量が広く、司法審査に馴染まない権利であるため、当該権利についての審査は緩やかな方向に認められるという見方もあり得る。しかし、4(3)ウで述べたように、国籍法違憲判決において、国籍を「重要な法的地位」であるとして「慎重に検討を要する」とした部分を本件に当てはめると、犯罪被害者給付金を受け取る権利は、精神的・経済的苦痛を負っている被害者や被害者遺族にとって重要な権利であり、その重要性は異性カップルにとっても同性カップルにとっても変わらない。よって、犯罪被害者給付金を受け取る権利は重要な法的権利だと認められ、審査の厳格性は高められる。また、再婚禁止期間一部違憲判決では、「十分尊重に値する」婚姻の自由が「直接的制約」を受けていることを理由に、「事柄の性質を十分考慮に入れた」合理性の審査を求めている。これを本件について当てはめると、犯給法は、遺族給付金の支給を受けることができる遺族として、犯罪被害者の配偶者（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。）としており（犯給法5条1項）、異性カップルであれば事実婚であっても給付対象であるのに対し、同性カップルは共同生活関係にある、つまり事実婚状態であっても給付対象とならないので、同性カップルは「十分に尊重に値する」犯罪被害者給付金を受け取る権利が「直接的制約」を受けているといえる。

5.5.3 以上より、犯給法に関する別異取扱いについては厳格な合理性の基準が妥当する。では、正当化されないのか。以下、当該審査に關わる目的、目的達成手段を順に検討する。

まず、目的について考える。名古屋地裁判決によれば、犯給法の目的は「社会連帯共助の精神に基づいて、租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ること」である。これについて争うところはないと考えられ、また、この目的は重要であるといえよう。

次に、立法目的達成手段についてである。本件の立法目的達成手段は、被害者遺族が犯罪被害者給付金を受け取る要件、つまり遺族たる同性パートナーには支給しないと解釈されるような要件であると考えられる。これが立法目的を達成する手段として正当といえるかについて、適合性と必要性の両面から検討したい。適合性について立法目的に照らして考えると、犯罪被害者給付金を同性カップルに支給しないと解釈されるような要件は、目的のうち「社会連帯共助の精神」をより重視すれば不当といえ、「国民の信頼を確保すること」をより重視すれば妥当といえよう。すなわち、同性カップルも税金を納めている以上、「社会連帯共助の精神」から遺族たる同性パートナーも支給対象であるとも解され得る一方、同性カップルの置かれている現状（パートナーシップ制度の人口カバー率はいまだ33.4%である^{*45}ことや、様々な調査結果において同性婚を認めることに賛成の立場と反対の立場が拮抗していること（2(2)ウ）等）に照らせば、税金の使い途として国民の信頼に沿っているとは必ずしもいえないため、支給対象ではないとも解され得る。そこで、ひとまず必要性について考えた場合、5(5)イで述べたように、同性カップルにとっても犯罪被害者給付金を受け取る権利は重要であるので、犯給法の意義・目的に照らして同性愛者等を排除する必要性（理由）はないと考えられる。よって、立法目的達成手段については立法目的との実質的な関連性がないといえよう。

以上より、犯罪被害者給付金の支給における異性事実婚と同性事実婚の別異取扱いは、憲法第14条に照らして違憲であるといえる。

^{*45}(c) 渋谷区・認定NPO法人虹色ダイバーシティ 2021「地方自治体の同性パートナー認知件数（2020年12月31日時点）」2020年12月31日（<<https://nijibridge.jp/>, 2021年2月20日最終閲覧）。

補足として、同性カップルに犯罪被害者給付金を支給することは、本当に「国民の信頼」に背くことなのだろうか。たしかに、給付金支給のために税金を使う上、立法裁量の比較的広い事柄である以上、社会通念は考慮すべきであろう。だが、パートナーシップ制度の人口カバー率や同性婚に関する調査結果を理由として同性カップルに支給を認めないので、少数者の権利を軽んじた単なる多数決による判断となってしまう。社会通念を持ち出した判断も同様である。裁判所は、社会通念や世論といった多数意見を踏まえつつも、当事者の実態に即して自ら判断すべきではないだろうか。

6 終わりに

以上で見てきたように、同性愛者はいまだ困難な状況に置かれている。異性カップルであれば当然のように享受できる権利を享受できていないばかりか、同性カップルであるというだけで心ない言葉を浴びせられることがある。

異性愛者からすれば、同性愛者は「自分とは異なるちょっと変わった人」という印象があるようだ。しかし、そうではない。これまでの異性愛中心の社会がむしろ特殊なのであり、「同性愛=変わっている」という認識自体がそもそも異性愛中心的な見方に捕らわれているのである。こうした社会において、多くの同性愛者は自身の性的指向について悩みながら、周囲に打ち明けることもできずに生きているのが現状だ。では、どのような社会であれば全ての人が自分らしく生きることができるのだろうか。その答えは、多様性を認め合う社会、もう少し噛み砕けば、性的指向等の違いが大袈裟な違いではなく、個性の一部として、例えば髪色や物事の捉え方が人それぞれであるように、ちょっとした違いとして認識されるような社会であろう。現在の状況を考えると、残念ながらすぐにこうした社会を実現することは難しいと思われるが、実現に向けて社会全体で取り組むことは必要不可欠である。

では、こうした社会実現に向け、司法はなにができるだろうか。ありきたりな言葉ではあるが、司法は社会を変えるほどの大きな力を持っている。実際、これまで数々の判決が、立法や行政にとどまらず、人々の考え方や行動に影響を与え、社会全体のあり方を変えてきた。そうであるが故、司法は慎重に判断を行う必要があることはたしかだ。しかし、慎重になるあまり、またはその責任の重大さを恐れるあまり、判断を放棄するということはあってはならない。そうではなく、当事者の声に耳を傾け、責任を持ち、自ら判断を下すべきである。司法が目指すべき社会の実現に向けてできることは、まさにこれなのである。私たちは、こうした司法の判断が、目指すべき社会の実現に向けた大きな一步となることを期待している。

7 参考文献

- ・芦部信喜『憲法〔第7版〕』(岩波書店、2019年)。
- ・新井誠ほか『憲法II 人権』(日本評論社、2018年)。
- ・実妙子「憲法24条 家族の権利と保護」法学セミナー545号(2000年)。
- ・大島梨沙(2015)、「渋谷区同性パートナーシップ条例の意義と課題」『法学セミナー』第727巻。
- ・大島梨沙(2017)『「パートナーシップ証書発行」から考える共同生活と法』『法学セミナー』第753巻。
- ・君塚正臣「判批」長谷部恭男編『憲法判例百選(第6版)』(2013年)。
- ・木村草太「夫婦同姓合憲判決の意味－何の区別が問題なのか？」『自由と正義』67巻6月号(2016年)。
- ・駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』(日本評論社、2013年)。
- ・潮見佳男『民法(全)〔第2版〕』(有斐閣、2019年)。

- ・篠原永明「『婚姻の自由』の内容形成」甲南法学 57巻3・4号（2017年）。
- ・曾我部真裕「個人の尊重と生命、身体及び幸福追求に関する権利(2)」法学教室 485号（2021年）。
- ・高橋和之「『夫婦別姓訴訟』－同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界 879号（2016年）。
- ・辻村みよ子「憲法 24条と夫婦の同権」法律時報 65巻12号（1993年）。
- ・同性婚人権救済弁護団編『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』（明石書店、2016年）。
- ・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 804号（2020年）。
- ・長谷部恭男『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会、2016年）。
- ・長谷部恭男ほか『注釈日本国憲法(2) 国民の権利及び義務(1)』（有斐閣、2017年）。
- ・法学協会『註解日本国憲法（上巻）』（有斐閣、1948年）。
- ・松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法 法律問題を読み解く35の事例』（有斐閣、2010年）。