



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	出入国管理行政及び入管法における同性カップル : ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として
Author(s)	川崎, まな
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第15218号
Issue Date	2022-12-26
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k15218
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/88538
Type	doctoral thesis
File Information	Mana_Kawasaki.pdf



北海道大学大学院法学研究科博士（法学）学位申請論文

出入国管理行政及び入管法における同性カップル
—ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として—

法学研究科
博士課程3年 川崎 まな

目次

序章

1 はじめに～博士論文の主題と目的	1 頁
2 問題の所在及び博士論文の意義	1 頁
2.1 性的マイノリティ及び同性カップルの実態について	2 頁
(1)性的マイノリティの実態数について	2 頁
(2)同性カップルの実態数について	2 頁
(3)同性カップルの関係が法的に承認されないことによる不利益	3 頁
2.2 出入国管理行政及び入管法において同性カップルが置かれている現状について	4 頁
2.2.1 異性カップルについて	4 頁
(1)異性カップルの実態数について	4 頁
(2)出入国管理行政及び入管法における異性カップルについて	4 頁
2.2.2 同性カップルについて	5 頁
(1)同性カップルの実態数について	5 頁
(2)出入国管理行政及び入管法における同性カップルについて	5 頁
①外国籍同士の同性カップルについて	5 頁
②日本国籍の者と外国籍の者からなる同性カップルについて	6 頁
2.3 先行研究の状況について	6 頁
2.4 本博士論文の意義	7 頁
3 博士論文の構成について	8 頁
3.1 検討方法及び検討対象について	8 頁
3.2 国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等について	9 頁
3.3 国内判例の状況について	9 頁
3.4 国際人権法の状況について	10 頁
3.5 諸外国の状況について	12 頁
第 1 部 国内法、国内判例及び裁判例	13 頁
4 憲法における同性カップル	13 頁
4.1 憲法 24 条の「家族」について	13 頁
(1)憲法学説の状況	13 頁

(2)最高裁判例における憲法 24 条.....	14 頁
①夫婦同姓規定合憲判決.....	14 頁
②再婚禁止期間規定違憲判決.....	14 頁
③小括.....	14 頁
4.1.2 憲法学説における同性カップルについて.....	15 頁
(1)憲法上、同性婚は禁止されているとするもの.....	15 頁
(2)憲法上、同性婚は認められないが、同性パートナーシップ制度などは認められるとするもの.....	16 頁
(3)憲法 24 条の婚姻は異性婚であるが、立法で同性婚を認めることは可能とするもの....	16 頁
(4)憲法 24 条の婚姻は異性婚であるが、13 条と 14 条を根拠として同性婚は要請されるとするもの.....	17 頁
(5)憲法 24 条の婚姻は異性婚に限定されないとするもの.....	17 頁
①中里見博.....	17 頁
②渋谷秀樹.....	17 頁
③木村草太.....	18 頁
4.1.3 憲法 14 条と同性カップル.....	18 頁
(1)性別による差別とする学説.....	19 頁
(2)社会的身分による差別とする学説.....	19 頁
4.1.4 憲法 13 条と同性カップル.....	19 頁
4.1.5 小括 憲法学説における同性カップル.....	20 頁
4.2 民法における同性カップル.....	20 頁
4.3 その他の社会的状況及び国民の意識等について.....	22 頁
(1)国会.....	22 頁
①法案審議.....	22 頁
②院内集会.....	22 頁
③各党公約.....	22 頁
(2)地方自治体における取組み.....	23 頁
(3)民間企業の取組み.....	23 頁
①婚姻の平等（同性婚の法制化）への賛同.....	23 頁
②同性カップルを対象とした商品.....	23 頁
(4)国民の意識.....	24 頁
(5)弁護士会の提言.....	24 頁
(6)日本学術会議の提言.....	24 頁
(7)在日米国商工会議所からの意見書.....	24 頁

4.4 小括 国内法及びその他の社会的状況及び国民の意識等について	25 頁
5 国内判例における同性カップル	25 頁
5.1 最高裁判例における家族と同性カップル	25 頁
(1) 尊属殺人	26 頁
① 昭和 25 年 10 月 11 日最高裁判決	26 頁
② 昭和 48 年 4 月 4 日最高裁判決	26 頁
(2) 非嫡出子相続分差別規定違憲決定及び国籍法違憲判決	26 頁
① 国籍法違憲判決	26 頁
② 平成 25 年非嫡出子相続分差別規定違憲決定	27 頁
(3) 性同一性障害者の婚姻と子ども	27 頁
① 多数意見	27 頁
② 寺田補足意見	27 頁
(4) 夫婦同姓規定合憲判決	27 頁
① 多数意見	27 頁
② 寺田補足意見	28 頁
③ 岡部補足意見	28 頁
(5) 小括	28 頁
5.1.2 最高裁判例の考慮要素について	29 頁
(1) 国籍法違憲判決	29 頁
(2) 非嫡出子相続分差別規定違憲決定	29 頁
(3) 小括	30 頁
5.2 下級審判決における同性カップル	31 頁
5.2.1 同性カップルの権利が争点となった判決	31 頁
5.2.1.1 同性カップルの一方から不貞行為を行った同性パートナーへの慰謝料請求	31 頁
(1) 宇都宮地裁真岡支部令和 1 年 9 月 18 日判決	32 頁
① 事案の概要	32 頁
② 判旨	32 頁
(2) 東京高裁令和 2 年 3 月 4 日判決	33 頁
5.2.1.2 犯罪被害者給付金	33 頁
(1) 名古屋地裁令和 2 年 6 月 4 日判決	33 頁
① 事案の概要	34 頁
② 判旨	34 頁
(2) 名古屋高裁令和 4 年 8 月 26 日判決	34 頁
(3) まとめ	34 頁
5.2.2 結婚の自由をすべての人に訴訟	35 頁
(1) 札幌地裁令和 3 年 3 月 17 日判決	35 頁

①事案の概要.....	35 頁
②判旨.....	36 頁
(2)大阪地裁令和 4 年 6 月 20 日判決.....	39 頁
①事案の概要.....	39 頁
②判旨.....	39 頁
(3)小括.....	43 頁
①憲法 24 条の解釈について.....	44 頁
②性的指向の捉え方と憲法 14 条の審査基準について.....	44 頁
5.3 小括 国内判例における同性カップル.....	44 頁
6 入管法における同性カップル.....	45 頁
6.1 入管法における異性カップル.....	46 頁
6.1.1 外国籍を有する者同士の異性カップル.....	46 頁
(1)在留資格「永住者の配偶者等」.....	46 頁
(2)在留資格「家族滞在」.....	46 頁
(3)在留資格「外交」「公用」.....	46 頁
(4)在留資格「特定活動」.....	47 頁
6.1.2 日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル.....	47 頁
6.1.2.1 在留資格における異性パートナー.....	47 頁
(1)在留資格「日本人の配偶者等」.....	47 頁
(2)在留資格「定住者」.....	47 頁
6.1.2.2 入管実務における「日本人の配偶者等」.....	48 頁
(1)「入国・在留審査要領」.....	48 頁
(2)「在留特別許可のガイドライン」における「日本人の配偶者等」.....	48 頁
(3)「在留特別許可された事例」における「日本人の配偶者等」.....	49 頁
(4)在留特別許可が認められ得る類型における異性パートナー.....	49 頁
6.2 入管法における同性カップル.....	49 頁
6.2.1 外国籍を有する者同士の同性カップル.....	49 頁
(1)在留資格「特定活動」.....	49 頁
(2)在留資格「外交」または「公用」.....	51 頁
(3)在留資格「家族滞在」.....	51 頁
6.2.2 日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップル.....	51 頁
(1)在留資格「日本人の配偶者等」.....	51 頁
(2)在留資格「特定活動」.....	51 頁
(3)在留資格「家族滞在」.....	52 頁
(4)在留資格上には現れない同性カップルの存在.....	52 頁
6.2.3 小括 入管法における同性カップル.....	53 頁

6.3 入管法判例における異性カップル—国内判例における「日本人の配偶者」の意義—	53 頁
(1)最高裁平成 14 年 10 月 17 日判決が出されるまで	54 頁
(2)最高裁平成 14 年 10 月 17 日判決	54 頁
(3)最高裁平成 14 年判決以後の判例	54 頁
①東京地裁平成 20 年 2 月 29 日判決	56 頁
②東京地裁平成 27 年 11 月 10 日判決	57 頁
③名古屋高裁平成 28 年 3 月 2 日判決	57 頁
(4)不法残留状態の上に築かれた婚姻に対する評価	58 頁
①東京地裁平成 20 年 2 月 29 日判決	58 頁
②福岡地裁平成 24 年 1 月 13 日判決	59 頁
6.4 入管法判例における性的マイノリティ	59 頁
(1)性的マイノリティが当事者となったもの	59 頁
(2)同性カップルが当事者となったもの	59 頁
①東京地裁平成 26 年 6 月 25 日判決	59 頁
②東京地裁令和元年 11 月 22 日判決	61 頁
③東京地裁令和 2 年 10 月 15 日判決	62 頁
④東京地裁令和 4 年 9 月 30 日判決	63 頁
⑤小括	65 頁
6.5 入管実務における同性カップル	66 頁
(1)台湾人男性のケース	66 頁
(2)性同一性障害者の同性パートナーのケース	67 頁
(3)同性愛を理由とした難民認定	67 頁
6.6 小括 入管法判例及び入管実務における同性カップル	67 頁
7 第 1 部のまとめ 国内法、国内判例及び裁判例における同性カップル	68 頁
第 2 部 国際人権法及び諸外国の状況	69 頁
8 国際人権法における同性カップル	69 頁
8.1 国際人権法における「家族」	69 頁
①国際人権法における「家族」	69 頁
②自由権規約における「家族」	74 頁
8.2.1 自由権規約における LGBT	75 頁
(1)ソドミー法に関連するもの	76 頁

(2)難民に関連するもの	76 頁
8.2.2 自由権規約における同性カップル	77 頁
(1)同性カップルの権利保障	78 頁
①Young v. Ausuralia 事件(2003 年)	78 頁
②X.v.Colombia 事件(2007 年).....	79 頁
③小括	80 頁
(2)婚姻に関するもの.....	80 頁
①Jaslin et al v. New Zealand 事件(2002 年)	80 頁
②C.v.Australia 事件(2017 年)	81 頁
③小括	82 頁
(3)一般的意見及び一般勧告	82 頁
①社会権規約委員会の一般的意見	83 頁
②子どもの権利委員会の一般的意見	83 頁
③女性差別撤廃委員会一般勧告	83 頁
④小括	84 頁
(4)日本に対する改善勧告について	84 頁
①自由権規約委員会	84 頁
②社会権規約委員会	84 頁
③女性差別撤廃委員会.....	85 頁
④子どもの権利委員会.....	85 頁
⑤国連人権理事会.....	85 頁
⑥小括	85 頁
8.3 小括 自由権規約における同性カップルについて	86 頁
8.4 ヨーロッパ人権裁判所判例における「家族」	87 頁
8.4.1 ヨーロッパ人権条約 8 条について.....	88 頁
(1)家族生活について.....	88 頁
(2)積極的義務及び消極的義務について	89 頁
(3)ヨーロッパ人権条約 14 条との関係について.....	89 頁
①14 条の性質について	89 頁
②審査基準について	90 頁
8.4.2 家族生活の範囲について	90 頁
(1)関係性が法的に承認されている場合	90 頁
(2)関係性が法的に承認されていない場合.....	90 頁
8.5 ヨーロッパ人権裁判所判例における性的マイノリティ	90 頁
(1)1950 年から 1998 年まで	91 頁

(2)1999年から2009年まで	92 頁
(3)2010年から2021年まで	93 頁
(4)小括	94 頁
8.6 ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族	95 頁
8.6.1 同性パートナーの権利保障	95 頁
(1)Karner v. Austria 事件(2003年)	96 頁
①事案の概要	96 頁
②判旨	97 頁
(2)P.B.and J.S. v. Austria 事件(2010年)	97 頁
①事案の概要	97 頁
②判旨	97 頁
8.6.2 ヨーロッパ人権裁判所における同性カップルの法的承認について	99 頁
8.6.2.1 同性カップルの法的承認について	99 頁
8.6.2.2 同性カップルの法的承認に関する判例について	99 頁
(1)Scalk and Kopf v. Austria 事件(2010年)	100 頁
①事案の概要	100 頁
②判旨	101 頁
(2)Valliantos and Other v. Greece 事件(2013年)	103 頁
①事案の概要	103 頁
②判旨	103 頁
(3)Oliari and Other v. Italy 事件(2015年)	105 頁
①事案の概要	105 頁
②判旨	105 頁
(4)Orlandi and Other v. Italy 事件(2017年)	107 頁
①事案の概要	107 頁
②判旨	107 頁
(5)ヨーロッパ人権裁判所判例における同性カップルの現状について	109 頁
8.7 小括 ヨーロッパ人権裁判所判例における同性カップルについて	109 頁
8.8 入管法判例における LGBT	110 頁
①同性パートナーの滞在権が争点となったもの	110 頁
②難民に関するもの	110 頁
8.8.1 入管法判例における異性カップル	111 頁
8.8.2 入管法判例における同性カップル—同性パートナーの滞在権について—	112 頁
(1)X.and Y.v. the United Kingdom 事件(1983年)	112 頁
①事案の概要	112 頁

②判旨	113 頁
③評価	113 頁
(2)W.J. and D.P. v. the United Kingdom 事件(1987 年)	113 頁
①事案の概要	113 頁
②判旨	114 頁
(3)C.and L.M. v. the United Kingdom 事件(1989 年)	115 頁
①事案の概要	115 頁
②判旨	115 頁
(4)Pajic v. Croatia 事件(2016 年).....	116 頁
①事案の概要	116 頁
②判旨	116 頁
(5) Taddeucci and McCall v. Italy 事件(2016 年).....	118 頁
①事案の概要	118 頁
②判旨	118 頁
8.8.3 小括ヨーロッパ人権裁判所の入管法判例における同性カップルについて	120 頁
9 諸外国における同性カップル	122 頁
10 ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義	123 頁
10.1 ヨーロッパ人権裁判所とヨーロッパ人権条約の締約国の対話	124 頁
(1)ヨーロッパ人権裁判所所長の締約国への公式訪問等による対話	124 頁
(2)上級裁判所ネットワーク(Superior Courts Network)による対話	125 頁
(3)第 16 議定書による勧告的意見(advisory opinion)制度による対話	125 頁
(4)判決の執行の監視による締約国との対話	125 頁
(5)小括.....	126 頁
10.2 ヨーロッパ人権裁判所と自由権規約委員会	127 頁
(1)ヨーロッパ人権条約と自由権規約の関係について	127 頁
(2)ヨーロッパ人権裁判所の判例の質と量について	127 頁
(3)小括.....	128 頁
10.3 ヨーロッパ人権裁判所と日本	128 頁
10.3.1 ヨーロッパ人権裁判所と国会	128 頁
(1)ヨーロッパ評議会とヨーロッパ人権裁判所	128 頁
(2)ヨーロッパ評議会と国会の関係	129 頁
10.3.2 ヨーロッパ人権裁判所と国内裁判所	129 頁
10.3.2.1 最高裁とヨーロッパ人権裁判所	129 頁

(1)交流関係.....	129 頁
(2)判決における参照.....	129 頁
①最高裁がヨーロッパ人権裁判所の判例を参照した事例	129 頁
②ヨーロッパ人権裁判所の判例が最高裁判決に影響を与えた事例.....	130 頁
③ヨーロッパ人権裁判所が最高裁判例を参照した事例	130 頁
(3)ヨーロッパ人権裁判所の解釈手法と最高裁の解釈手法の親和性.....	131 頁
①ヨーロッパ人権裁判所判例における評価の余地理論とコンセンサスの存否.....	131 頁
②最高裁の解釈手法	132 頁
③両者の共通点	132 頁
(4)小括	133 頁
10.3.2.2 下級裁判所とヨーロッパ人権裁判所	133 頁
(1) 大阪高裁平成 4 年 10 月 28 日判決.....	133 頁
①事案の概要	133 頁
②判旨.....	133 頁
(2) 徳島地裁平成 8 年 3 月 15 日判決	134 頁
①事案の概要	134 頁
②判旨	134 頁
(3) 高松高裁平成 9 年 11 月 25 日判決.....	134 頁
①事案の概要	134 頁
②判旨.....	134 頁
(4) 東京地裁平成 25 年 3 月 14 日判決.....	135 頁
①事案の概要	135 頁
②判旨.....	135 頁
(5) 小括	135 頁
10.4 ヨーロッパ人権裁判所と日本	136 頁
10.4.1 ヨーロッパ人権裁判所の日本への影響.....	136 頁
10.4.2 ヨーロッパ人権裁判所の判例の位置づけと活用方法について.....	136 頁
(1)ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例の位置づけ	136 頁
①説得的権威として参照.....	137 頁
②トランスナショナル人権法源論	138 頁
③自由権規約の解釈の補助・指針として	138 頁
(2)ヨーロッパ人権裁判所の判例を国内裁判所において如何に活用するか.....	138 頁
11 第 2 部のまとめ 国際人権法及び諸外国における同性カップル.....	139 頁

終章	141 頁
12 出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に扱われるべきか.....	141 頁
12.1 出入国管理行政及び入管法において同性カップルは異性カップルと同等に扱われるべきである	141 頁
(1)国内法及び国内判例、国際人権法及び諸外国の状況の検討から得た知見	141 頁
(2)同性カップルを憲法上如何に解釈すべきか.....	141 頁
①憲法 13 条について	142 頁
②憲法 24 条について	143 頁
③憲法 14 条について	144 頁
④結論.....	145 頁
12.2 具体的な方策について	146 頁
(1) 現行法の枠内で対応する	146 頁
(2) 同性婚の法制化により在留資格「日本人の配偶者等」で対応する	148 頁
13 残された課題	148 頁
(1) マクリーン事件判決について	148 頁
(2) 家族として生活する権利について	150 頁

序章

1 はじめに～博士論文の主題と目的

本博士論文の主題は、「出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」である¹。

入管法においては、日本国籍者等のように日本と密接な関係にある者の異性パートナーについては、「日本人の配偶者等」の在留資格等が設けられるとともに、入管実務においても、異性パートナーとの関係性が考慮され在留特別許可が与えられる傾向にある（6.1 入管法における異性カップル）。国内判例においても、異性パートナーとの関係が考慮される傾向にある（6.3 入管法判例における異性カップル）。この様に、異性カップルは、本邦で共に暮らすことが、一定程度保障されているのが現状である²。

一方、同性カップルは、異性カップルと同様に、同性パートナーと親密な関係を形成し、本邦で共に暮らしているという実態があるにもかかわらず、その関係が法的に承認されていない為に、異性カップルには認められる権利等が認められていない状況にある（2.1 性的マイノリティ及び同性カップルの実態について、2.2.2 同性カップルについて）。

そして、同性カップルの関係が法的に承認されていない為、出入国管理行政、入管法では、わずかな例外事例を除いて、同性パートナーとして本邦で共に暮らすことが保障されていない（6.2 入管法における同性カップル、6.5 入管実務における同性カップル）。また、国内判例では、同性パートナーの在留資格等が争点となった判例が少数ではあるものの存在するが、現時点では、本邦で同性カップルが共に暮らすことを保障する判例は存在しない（6.4 入管法判例における性的マイノリティ）。

そこで、本稿では、前述した同性カップルが置かれている状況を問題視し、「出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」を主題とする。そして、本稿は、「異性カップルと同様に、同性カップルも本邦において、共に暮らすことを保障されるべきである」ことを証明することを目的とするものである。

2 問題の所在及び博士論文の意義

「2 問題の所在及び博士論文の意義」では、本稿において「出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」を検討する意義について、論じる。

まず、問題の所在を明らかにするため、「2.1 性的マイノリティ及び同性カップルの実態について」で、日本国内において、性的マイノリティから形成される同性カップルが実態として存在することを示し、「2.2 出入国管理行政及び入管法において同性カップルが置かれている現状について」で、同性カップルが異性カップルと異なる扱いを受けていることを示す。なお、出入国管理行政、入管法、国内判例の詳細な検討については、後述するこ

¹ 本稿で用いる同性カップルとは、事実婚状態にあるものの、現行制度上、法律婚が認められない同性カップルを想定している。

² 本邦で共に暮らすことが、一定程度保障されているが、それはあくまでも在留制度の枠内でしかなく、異性カップルの間でも子どもの有無等の諸事情により在留特別許可の認められやすさに差が生じているのが現状である。よって、一定程度という留保を付した表現とした。異性カップルの在留についても、入管法における外国人の人権の大きなテーマではあるが、本稿では同性カップルの在留問題を中心に据えるため、異性カップルの在留の問題について検討することはしない。

とし、ここでは、それらの概要を示すにとどめる。

次に、「2.3 先行研究の状況について」で、先行研究において、出入国管理行政及び入管法における同性カップルの検討が不十分な状況にあることを示す。

これらの検討を通じて、問題の所在を明らかとするとともに、先行研究において、同性カップルの権利保障が取り残された課題となっていることを明らかにし、本稿の意義を示すこととする。

2.1 性的マイノリティ及び同性カップルの実態について

「2.1 性的マイノリティ及び同性カップルの実態について」では、日本国内における性的マイノリティの実態数及び同性カップルの実態数について検討し、日本国内に性的マイノリティ及び同性カップルが実態として存在することを示す。

(1)性的マイノリティの実態数について³

日本国内に居住する性的マイノリティの実態数に関しては、政府機関等が作成する公式の調査は、2022年現在、存在しない。しかし、複数の民間企業等で、実態調査が行われている⁴。電通が実施した「LGBTQ+調査 2020」によると、LGBTQ+層に該当すると回答した人は、8.9%であったとされている⁵。また、LGBT・性的少数者に関する専門シンクタンクである株式会社 LGBT 総合研究所が、2019年に実施した実態調査では、LGBT・性的少数者に該当する人は約10.0%とされている⁶。さらに、電通の「LGBT 調査 2015」によれば、LGBT 層をターゲットとした商品・サービス市場は、レインボー消費と呼ばれ、その市場規模は5.94兆円とも言われている⁷。

これらの調査結果から、相当数のLGBTを初めてとする性的マイノリティの人々が日本国内に居住していることが分かる。

(2)同性カップルの実態数について

政府機関が実施する世帯数調査としては、国勢調査が存在するが、同性カップルは、同調査の対象となっていない⁸。民間の調査研究でも、同性カップルの実態数について調査し

³ LGBTは、性的マイノリティのうちの性的指向が同性に向くレズビアン、ゲイ、出生時の性別と性自認が異なるトランスジェンダーを示す用語であり、インターセックスやアセクシャルなどは、その対象とはなっていないという欠点がある。この欠点を補うものとして、近年、LGBTではなく、LGBTQと表現する動きもある。しかし、あえて本稿では、LGBTという用語を用いることとする。

その理由は、性的マイノリティよりもLGBTという用語の認知度が、電通が実施した『LGBTQ+調査 2020』（<https://www.dentsu.co.jp/news/release/pdf/cms/2021023-0408.pdf>、（最終アクセス 2022年5月19日））によると、80.1%とされ、一般的に広く浸透してきていること、政府機関等においても用いられていることによるものである。本稿で、LGBT以外の性的マイノリティについて述べる際は、性的マイノリティという用語を使用することとする。

⁴ 2017年の日本学術会議の提言によると、「日本でこれまでになされた公的調査としては、文部科学省「学校における性同一性 障害に係る対応に関する状況調査について」（平成26年6月）」があるとされている。<https://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf>（最終アクセス 2022年5月19日）。

⁵ <https://www.dentsu.co.jp/news/release/pdf/cms/2021023-0408.pdf>（最終アクセス 2022年5月19日）。

⁶ https://www.daiko.co.jp/dwp/wp-content/uploads/2019/11/191126_Release-1.pdf（最終アクセス 2022年5月19日）。

⁷ <https://www.dentsu.co.jp/news/release/2015/0423-004032.html>（最終アクセス 2022年5月19日）。

⁸ <https://www.marriageforall.jp/blog/20200820/>（最終アクセス 2022年5月19日）。

たものは存在しないが、地方自治体による同性パートナーシップ制度の交付件数及び弁護士会への人権救済申立人数から、その数のある程度推測することは可能である。同性パートナーシップ制度の交付件数は、2021年12月31日現在において、2537組とされている⁹。また、人権救済申立人数のうちカップルの申立人数は、142組であった¹⁰。しかし、同性カップルの実態数は、交付件数よりも多いと見るべきであろう。何故なら、自身の性的指向を周囲の人々にカミングアウトしていない所謂クローゼット状態にある性的マイノリティも少なくないこと及び同性パートナーシップ制度の導入自治体数が147自治体、人口カバー率が43.8%であることから¹¹、同性パートナーシップ制度を利用したくとも出来ない同性カップルが相当程度いることが推測されるからである。さらに、パートナーシップ制度を導入又は導入を検討する自治体が増加傾向にあることは、各自治体において、パートナーシップ制度が求められるニーズがあるということを示している。また、同性カップルを対象とするサービスを導入する企業が増加傾向にあることも、日本国内に居住している同性カップルが相当数いることを示す事実であると言えよう（3.2 国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等について）。

(3)同性カップルの関係が法的に承認されないことによる不利益

同性カップルは、その関係が法的に承認されないことにより、様々な場面において、不利益を被っている。それでは、具体的には、どんな不利益があるのであろうか。

清水雄大は、異性カップルが受けることが出来る利益や権利義務を法的側面、社会的側面、個人的側面、に分類した検討を行うことで、同性カップルの関係が法的に承認されないことによる不利益を明確化する¹²。

法的側面には、①配偶者相続権、②税制・社会保障における優遇、③病気療養時などにおける権利・利益（緊急時の面会等）、④夫婦財産制、⑤パートナーシップ解消時の法的保護、⑥不法行為や犯罪による死亡時の損害賠償請求など（犯罪被害者給付金等）、⑦刑事法上の権利・利益（証言拒絶権）、⑧性同一性障害特例法の非婚要件、⑨外国人パートナーの在留資格・帰化、⑩子を育てる権利（共同親権等）、⑪その他家族法上の権利義務（同氏義務等）があるとされる。

社会的側面には、①住宅の確保（同性二人の場合、賃借時の入居を拒否される場合がある）、②勤務先からの手当支給、休暇取得、③生命保険金の受取人指定、④銀行取引、⑤その他身近なサービス（携帯電話料金の家族割引など）があるとされる。

個人的側面としては、「純粋に『結婚したい』という実益を伴わない感情が保障されること、であるとされる。

清水雄大の分析によると、同性カップルはその関係が法的に承認されない為に、以上の様な異性カップルが当然に与えられる利益や権利義務が認められていない。婚姻をしていない内縁関係にある異性カップルでさえ認められるものが、同性カップルには認められて

⁹ <https://nijibridge.jp/data/>（最終アクセス 2022年5月19日）。

¹⁰ 同性婚人権救済弁護士団編（2016年）『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』明石書店、13頁。

¹¹ <https://nijibridge.jp/data/>（最終アクセス 2022年5月19日）。

¹² 清水雄大（2014年）「日本における同性婚の法解釈（上）」Law and Sexuality2、51頁以下。

いないのが現状である。

外国籍と日本国籍からなる同性カップルの場合は、法的側面の⑨が認められないことにより、国内でその関係を継続することが困難である。また、国籍に関係なく、同性カップルが生活を共にし、人生を共に生きていくことを望んだ場合、社会的側面としてあげられた各利益は、生活を維持していく上で、重要な意味を持つ。また、パートナーの病気、死別など、人生において避けることの出来ないライフイベントが発生した際、法的側面として提示されたものが保障されないことにより生じる不利益は、極めて大きいものである。同性カップルは、これらの不利益に対し、養子縁組をするなどし、個人的に対応しているというのが現状である。法律婚をしている異性カップルが当然に手にすることが出来るこれらの権利利益を同性カップルは当然には手に出来ず、当事者の労苦により手にすることが出来たとしても、それは極めて限定的なものでしかない。

以上のように、同性カップルはその関係を法的に承認されないことにより、数々の困難に直面しており、時にその困難により、関係を維持出来なくなる場合があることが明らかとなった。

2.2 出入国管理行政及び入管法において同性カップルが置かれている現状について

2.2.1 異性カップルについて

(1) 異性カップルの実態数について

2021年の入管白書によると、「2020年末現在の中長期在留者数と特別永住者数を合わせた在留外国人数は288万7116人」であり、「在留外国人数の我が国の総人口に占める割合は2.3%」とされ、「『日本人の配偶者等』の在留資格による中長期在留者数は14万2,735人で、在留外国人全体の4.9%を占めている」とされる¹³。

在留資格「日本人の配偶者等」には、日本人の配偶者若しくは特別養子又は日本人の子として出生した者が対象となっており、同白書の数値は日本人と親密な関係にある異性パートナーに限定した数値ではないものの、同数値から日本人と法律婚をし、親密な関係にある異性パートナーが、相当数本邦に在留しているということが言える。

(2) 出入国管理行政及び入管法における異性カップルについて

異性カップルが本邦において共に暮らすことを望んだ場合、入管法には、在留資格「日本人の配偶者等」のように、日本人と親密な関係にある外国籍の者を対象とした在留資格が設けられている(6.1 入管法における異性カップル)。仮に、それらの在留資格取得の要件を満たしていなかったとしても、異性パートナーには、特別在留許可が認められる場合がある(6.1.2.2 入管理実務における「日本人の配偶者等」)。なお、国内判例も、異性パートナーの在留を保障する傾向にある(6.3 入管法判例における異性カップル)。よって、異性カップルの場合、本邦において、共に生活することが、ある程度は保障されているのが現状である。

¹³ 2021年版出入国在留管理 <https://www.moj.go.jp/isa/content/001361685.pdf> (最終アクセス 2022年5月19日)。なお、最も多い在留資格は、「永住者」で、2番目に多いのは、28%の特別永住者である。

2.2.2 同性カップルについて

(1)同性カップルの実態数について

前述したとおり、日本国内に居住する同性カップルの実態数を示す調査は存在しない。同性カップル全体の実態数については、前述したとおり、ある程度の推測が可能であったが、同性カップルのうち、在留資格の取得が問題となる同性カップルについては、その実態数を推測し得るものは何もないのが現状である。在留資格の取得が問題となる同性カップルの実態数を明確化することは出来ないものの、在留資格の取得は、同性カップルが直面する困難として、各種文献等において取り上げられており、この問題に直面する同性カップルは少なくないということが言える¹⁴。在留資格は、外国籍の者が本邦に滞在する為に必要不可欠であり、同性パートナーも例外ではない。詳細については、後述するが、同性カップルの関係が考慮されない入管法及び入管法実務の現状では、同性パートナーは短期間の在留資格による滞在を余儀なくされる場合が多く、在留資格が更新されない為に、本邦で同性パートナーと暮らすことを断念し、別れに至る同性カップルも多いと言われている。

(2) 出入国管理行政及び入管法における同性カップルについて

① 外国籍同士の同性カップルについて

法務省入国管理局入国在留課長による通知(平成 25 年 10 月 18 日付け法務省管第 5357 号)により、外国で有効に成立した同性婚における配偶者に対し、在留資格「特定活動」で入国・在留することが原則認められるようになった¹⁵。同通知は、入管法の「在留資格『家族滞在』『永住者の配偶者等』等という『配偶者』は、わが国の婚姻に関する法令においても有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者であり、外国で有効に成立した婚姻であっても同性婚による配偶者は含まれない」としている。同通知以降、2013～20 年に少なくとも 93 件の付与例があったとされている¹⁶。この様に、外国籍同士の同性カップルについては、不十分ながら、一定程度、同性カップルとして本邦で暮らすことが保障されているのが現状である¹⁷。

¹⁴ 永易至文 (2009 年)『プロブレム Q&A 同性パートナー生活読本』緑風出版、88 頁～91 頁。杉浦郁子・野宮亜紀・大江千束 (2016 年)『プロブレム Q&A パートナーシップ・生活と制度【増補改訂版】』緑風出版、162 頁～170 頁。LGBT 支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著 (2016 年)『セクシュアル・マイノリティ Q&A』弘文堂、170 頁～172 頁。東京弁護士会 LGBT 法務研究部編著 (2017 年)『LGBT 法律相談対応ガイド』70 頁～71 頁。同性婚人権救済弁護団編 (2016 年)『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』明石書店、123 頁。

¹⁵ 東京弁護士会 性の平等に関する委員会 セクシュアル・マイノリティ プロジェクトチーム編著 (2016 年)『セクシュアル・マイノリティの法律相談 LGBT を含む多様な性的指向・性自認の法的問題』ぎょうせい、197 頁～198 頁。

¹⁶ <https://jp.reuters.com/article/idJP2021032601001999> (最終アクセス 2022 年 5 月 19 日)。

¹⁷ 佐野秀雄、佐野誠 (平成 29 年)『第 5 版 よくわかる入管手続 基礎知識・申請実務と相談事例』日本加除出版、331 頁では、「特定活動」の在留資格で入国・在留が認められる余地はあることが述べられるとともに、「難しいかもしれませんがチャレンジしてみたいかかでしょうか。」との記述がなされている。同書の著者は、行政書士であり、同記述は、実際に行政書士法人に寄せられた質問をベースとしているとの説明がなされていることから、「特定活動」の在留資格を得ることは容易ではないことが推察される。

②日本国籍の者と外国籍の者からなる同性カップルについて

「日本人の配偶者等」等における「配偶者」とは、わが国において有効な婚姻の配偶者が対象となっているとされる。前述した平成 25 年 10 月 18 日管在 5357 号は、「配偶者」の意義について、民法において有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者を意味し、外国で有効に成立した同性婚による配偶者は含まれないとしている¹⁸。よって、婚姻届けを提出しても、受理されない状況にある同性カップルは、現行入管法上は「配偶者」として、在留資格を取得できる余地はなく、同性カップルとして、本邦に安定的に在留することが困難な状況にある。

但し、「同性婚が認められている外国で日本人と結婚した外国人同性パートナーに、日本での在留資格を認める方向で検討に入った」と報道されており¹⁹、近い将来、同性婚が有効な国において同性婚をした日本国籍の者と外国籍の者からなる同性カップルについては、在留資格「特定活動」が付与される可能性が高まっている。このことは、同性カップルの権利保障として前進と言える。しかし、外国で婚姻をする為に、当事者は、日本で形成した生活を手放すなどの代償を支払う必要がある。このように、同性カップルは、異性カップルであれば、支払う必要のない代償を支払わなければいけず、両者の間には依然として区別が存在し続けることになる。よって、たとえ、在留資格「特定活動」が認められたとしても、同性カップルの権利が十分に保障されたとは言えないだろう。

2.3 先行研究の状況について

入管法における異性カップルからなる家族の権利保障については、各種の先行研究がある²⁰。

新井信之は、日本国憲法 24 条は「事実上を含めて家族という共同生活を行う自由すなわち生活共同体を形成しかつ営む権利を保障していると考えられる」とし、「日本国憲法は家族それ自体を明示的に憲法上の人権享有主体とは規定していないが、当然そのことを含意する趣旨である。」とするとともに、国際人権規約 B 規約 23 条が家族を権利の享有主体として認めていることから、憲法 98 条 2 項を通じて、家族の人権享有主体性を導くことが出来るとする²¹。さらに、新井信之は、「家族単位の憲法上の地位が認められるとするならば、」²²「とくに日本国民と実質的な家族関係が存在する者を単に法律レベルの解釈で一律に外国人として退去強制し、その結果として引き起こされる他の家族構成員の家族生活を侵害することは許されないことになる。」と論じる²²。

¹⁸ 通知における配偶者の解釈について、山脇康嗣（平成 29 年）『〔新版〕詳説 入管法の実務』新日本法規、449 頁では、「入管法における『配偶者』の意義を、入管法独自に解釈するものといえます。」と評している。

¹⁹ <https://www.yomiuri.co.jp/politics/20210517-OYT1T50110/>（最終アクセス 2022 年 5 月 19 日）。

²⁰ 家族生活を営む権利については、植野妙実子（2019 年）『基本に学ぶ憲法』日本評論社、118 頁。近藤敦（2020 年）『人権法第 2 版』日本評論社、153 頁以下などがあるが、これらの論稿では、同性カップルに対する言及がない。

²¹ 新井信之（2015 年）『日本国憲法から考える現代社会・15 講—グローバル時代の平和憲法』有信堂高文社、163 頁～164 頁。

²² 前掲・新井信之『日本国憲法から考える現代社会・15 講—グローバル時代の平和憲法』165 頁。

植野妙実子は、憲法 24 条から「家族が引き離されず、共に暮らす権利、いわゆる通常の家族生活をおくる権利が考えられるとし、その中には家族を呼び寄せる権利が含まれるとしている²³。

近藤敦は、憲法 24 条に加え、自由権規約 17 条が「家族」生活への侵害禁止、23 条 1 項が「家族の保護を受ける権利」を定めていること、子どもの権利条約 3 条が子どもの最善の利益を保障することに言及し、外国人の在留資格との関係において、家族の権利と子どもの権利が保障されるべきであるとする²⁴。また、近藤敦は、「内縁関係・同性パートナー・親の呼び寄せ、離婚・死別・DV被害者の場合の自律的な在留資格など、家族の多様なあり方に応じた法整備が望まれる。」とし、同性パートナーの権利保障についても言及している²⁵。

奥野圭子は、「家族が引き離されない権利（家族とともに生活する権利）を、24 条 2 項の趣旨に照らして解釈された 13 条（見方によっては 25 条）によって保障される一つの憲法上の権利として構成し、その侵害を問題とすることも、理論的には可能なのではないだろうか。」とする²⁶。

なお、過去の拙稿において、ヨーロッパ人権裁判所判例を比較検討素材とし、国内入管法判例における「家族」を如何に扱うべきかを検討したが、検討対象とする家族は、異性カップルのみであり、同性カップルは検討の対象外となっていた²⁷。

前述したとおり、異性カップルについては、各種の先行研究はあるものの、入管法における同性カップルからなる家族の権利保障については、同性カップルの権利保障の必要性に言及するものはあれど、詳細に検討した先行研究はほぼない状況にある²⁸。

その理由としては、そもそも、LGBT を含む性的マイノリティが当事者となった判例の数が、数年前まで数えるほどしかなかったこと、学術的に LGBT を含む性的マイノリティの人権保障が論じられるようになったのがここ数年であること、によるものと思われる。

2.4 本博士論文の意義

「2.2 出入国管理行政及び入管法において同性カップルが置かれている現状について」で入管法等における同性カップルの現状を検討した結果、異性カップルと異なり、同性カップルの権利保障が不十分であることが判明した。また、「2.3 先行研究の状況について」で示したとおり、入管法における同性カップルの権利保障について詳細に検討した先行研究は皆無であることから、本博士論文において、「出入国管理行政及び入管法において同性カ

²³ 植野妙実子「家族と平等」469 頁、杉原泰雄編（2008 年）『新版 体系憲法事典』青林書院。

²⁴ 近藤敦（2021 年）『移民の人権－外国人から市民へ』明石書店、60 頁～61 頁。

²⁵ 前掲・近藤敦『移民の人権－外国人から市民へ』62 頁。

²⁶ 奥野圭子（2015 年）「国境を超えて家族生活を営む権利(1)オーストラリア法と比較しての一考察」神奈川大学国際経営論集 49 巻 93 頁。

²⁷ 川崎まな（2011 年）「退去強制事例における家族と子ども：ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として」北大法政ジャーナル、18、91-145。

²⁸ 同性カップルにまで検討を及ぼしている論稿としては、前掲・奥野圭子「国境を超えて家族生活を営む権利(1)オーストラリア法と比較しての一考察」神奈川大学国際経営論集 49 巻 87-98 頁、奥野圭子

（2015 年）「国境を超えて家族生活を営む権利(2)オーストラリア法と比較しての一考察」神奈川大学国際経営論集 50 巻 109-122 頁がある。

ップルは如何に取り扱われるべきか」を検討する意義は、大いにあるものと思われる。

3 博士論文の構成について

本稿の主題が、「出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に取り扱われるべきか」であることは、前述したとおりである。

この主題に対し、本稿は、「出入国管理行政及び入管法において同性カップルは異性カップルと同等に扱われるべき」であることを結論として示すことを目的とする。この結論は、憲法 13 条及び 24 条により、同性カップルの関係は保障されるべきであり、異性カップルと同じ状況にある同性カップルが入管法上その関係を保障されていないことは、憲法 14 条に違反することにより、導き出されることとなる。

3.1 検討方法及び検討対象について

憲法 13 条及び 24 条により、同性カップルの関係が保障されるべきであるのに、入管法上、同性カップルの関係が保障されていないことは、憲法 14 条に違反することを示すために、①国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等、②国内判例の状況、③国際人権法の状況、④諸外国の状況、についての検討を行う。

これらを検討対象とする理由は、以下のとおりである。

第一に、国籍法違憲判決において、最高裁は、諸外国の状況や人権条約等に言及し、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」により、立法当時は、合憲であった国籍法を違憲とする判断を導いている。また、非嫡出子相続分差別違憲決定では、「我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化」を指摘していることから、最高裁がこれらの要素を重視していると思われるからである。

第二に、最高裁の判断枠組みに則った検討をすることは、実務に資するところが大きいと思われるからである。最高裁の判断枠組みに則った主張であれば、下級審の裁判官にとって受け入れやすく、立証の仕方によっては、原告の主張が通りやすくなることもあると思われるからである。

各検討対象と結論との関係については、下記のとおりである。

前述したとおり、本稿は、憲法 13 条及び 24 条により、異性カップルと同様に同性カップルの関係が保障されるべきであるにもかかわらず、入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係を保障していないことは、憲法 14 条に違反することを論証し、結論として入管法上同性カップルは異性カップルと同様に扱われるべきことを示すことを目的としている。

憲法 13 条及び 24 条により異性カップルと同様に同性カップルの関係が保障されるべきであることは、①で憲法学説、民法学説及び社会的状況及び国民の意識等、②で国内判例、③で自由権規約等の日本が批准している人権条約、自由権規約委員会の見解及びヨーロッパ人権裁判所の判例、④で諸外国の状況、を検討することにより論証する。憲法学説及び民法学説を検討することで、憲法及び民法により、同性カップルの関係が保障されるべきとき

れていることを示すとともに、その他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例、国際人権法、諸外国の状況、を検討することで、同性カップルの関係は保障されるべきとする国内及び国際的な認識等が形成されつつあること、を示す。

入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係が保障されていないことは、①で入管法及び入管実務、②で入管法判例、を検討することで論証する。そして、憲法、民法及びその他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例が同性カップルの関係を保障する流れにあることに反して、入管法、入管法実務及び入管法判例において、同性カップルの関係が保障されていないことを示す。

憲法 14 条に違反することについては、異性カップルと同じ状況にある同性カップルが異なる扱いを受けていることが①及び②で示され、その区別に合理性がないことが①、③及び④により、示されることとなる。

3.2 国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等について

検討対象となる国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等について、以下詳述する。検討の中心となる国内法は、憲法、民法、入管法とする。憲法及び民法については、同性婚等に関連する学説を中心に同性カップルが如何に解釈されているかを検討する（4 憲法における同性カップル、4.2 民法における同性カップル、4.3 入管法における同性カップル）。同検討を通して、憲法学説及び民法学説では、同性カップルの関係が保障されることを要請しつつあることを示し、入管法においても同性カップルの権利が保障されるべきことを示す。さらに、入管法及び入管実務の検討を通して、入管法及び入管実務における異性カップルの扱いを確認し、同性カップルとの異同を明らかにし、問題点を明確化する。

その他の社会的状況等及び国民の意識等についての検討対象は、①同性婚導入に対する意識調査、LGBT に対する意識調査などの各種調査²⁹、②日弁連による人権救済申立、③日本学術会議による提言、④院内集会、同性婚法案の審議の状況、⑤地方公共団体による同性パートナーシップ制度等の取り組み、⑥民間企業の動き、である。これらを検討することにより、国民の意識、規範意識及び社会的状況が同性カップルを受容する流れにあることを示す（4.4 その他の社会的状況）。

3.3 国内判例の状況について

検討対象となる国内判例は、家族の問題が争点となった最高裁判例、性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった下級審判決及び入管法関連判決とする。

最高裁判例については、国籍法違憲判決、非嫡出子相続分差別違憲決定、再婚禁止期間規定違憲判決、夫婦同氏規定合憲判決、性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるためのいわゆる「子なし」要件が憲法 13 条及び 14 条に違反するか否かが争点となったもの等の検討をあわせて行う。

検討を行うことで、第一に、最高裁の家族観が同性カップルの関係を憲法上保障すること

²⁹ なお、現時点において、公的な調査は実施されていないことから、博士論文において対象とするのは、民間の各種団体の調査によることとなる。

を否定していないこと、第二に、国籍法違憲判決及び非嫡出子相続分差別違憲決定において、最高裁判例の判断にその他の社会的状況及び国民の意識、国際人権法、諸外国の状況等が影響を及ぼしていること、第三に、再婚禁止期間規定違憲判決及び夫婦同氏規定合憲判決を検討することで、憲法 24 条の解釈、を明らかにする。

性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった判決については、同性パートナーに対する犯罪被害者給付金の不支給が争点となったもの³⁰、同性パートナーの不貞行為に対する損害賠償請求が争点となったもの³¹などを取り上げる。また、現在係争中である結婚の自由をすべての人に訴訟についても可能な限り言及する³²。これらの判例の検討を通して、国内判例における同性カップルの位置づけを確認する。

入管法関連判決については、異性カップルの扱いを確認するとともに、性的マイノリティ、同性カップルが当事者となった判例を検討することで、両者の異同を明らかにすることを目的とする。

3.4 国際人権法の状況について

国際人権法における同性カップルについて、検討する（8 国際人権法における同性カップル）。

まず、日本が批准している自由権規約、特に同規約 23 条及び 26 条における性的マイノリティ及び同性カップルについて検討する（8.2.1 自由権規約における LGBT、8.2.2 自由権規約における同性カップル）。自由権規約を検討するのは、日本が批准している条約であるためであり、同規約 23 条及び 26 条を中心に検討するのは、23 条が、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」として家族に対する保護を定めていること、26 条が法の前の平等を定めており、自由権規約委員会の見解において、同条により同性カップルの権利が保障されていることによる。

また、他の人権条約機関に比して、自由権規約委員会では、同性カップルの権利保障が争点となった事件が多く取り扱われていることから、自由権規約委員会が処理した個人通報に対する見解も検討の対象とする。次に、自由権規約委員会等の条約機関から出される一般的意見、一般勧告、日本に対する改善勧告についても検討する。

以上の様に、人権条約機関の検討は、自由権規約及び自由権規約委員会が検討の中心となる。その理由は、自由権規約委員会での取り扱いが多いということによること及び自由権規約委員会による見解、一般的意見、勧告は、重要であることによる。

自由権規約委員会による見解等が重要であるのは、自由権規約委員会が「規約によって設

³⁰ 名古屋地裁令和 2 年 6 月 4 日判決（判タ 1482 号 131 頁）。

³¹ 宇都宮地方裁判所真岡支部令和 1 年 9 月 18 日判決（判時 2473 号 51 頁）。

³² 現在、各地の地裁において係争中であるが、札幌地裁及び大阪地裁については、判決が出ている。その重要性を勘案し、検討対象とすることとする。また、本稿では、2019 年 2 月 14 日に東京、大阪、名古屋、札幌に提起された同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定は違憲であるとする一連の訴訟を「結婚の自由をすべての人に訴訟」と呼称することとする。その理由は、同訴訟の当事者達が「同性婚訴訟」ではなく、「結婚の自由をすべての人に訴訟」とした意思を尊重する為である。当事者が呼称に込めた思いについては、加藤丈晴（2022 年）『『結婚の自由』をすべての人に一同性婚をめぐる日本初の憲法判断とその影響―』60 頁、国際人権 No.33 を参照のこと。

置された履行監視機関であり、『高潔な人格を有し、かつ、人権の分野において能力を認められ』『個人の資格で職務を遂行する』18人の委員で構成」され「委員会は30年以上にわたって履行監視活動に従事してきた経験を有し、その実績は評価され」ており、「このような機関が、規約によって与えられた解釈権限を行使して示した解釈、少なくとも通報で示した解釈は、高い権威が認められてしかるべきであり、『有権 (authoritative) 解釈』とみなされてよい」とされており、法的拘束力はないものの、締約国は尊重すべきとされていることによる³³。さらに、勧告については、いわゆる選択的夫婦別氏訴訟の最高裁令和3年6月23日判決³⁴の宮崎・宇賀反対意見において、女性差別撤廃委員会による勧告を憲法24条2項違反の理由の一つとして位置付けている。この事実からも、最高裁における勧告の活用が期待される所であり、検討する意義は十分にあると言える³⁵。

これらの検討を通して、日本が批准している自由権規約等が、性的指向に基づき差別を認めていないこと、同性カップルの関係を法的に承認するよう求めていることを明らかにする。

最後に、ヨーロッパ人権裁判所の判例について検討する。

ヨーロッパ人権裁判所の判例では、性的マイノリティ及び同性カップルの権利保障に関連する判例 (8.5 ヨーロッパ人権裁判所判例における性的マイノリティ、8.6.1 同性パートナーの権利保障)、同性カップルの関係の法的承認に関連する判例 (8.6.2 ヨーロッパ人権裁判所における同性カップルの法的承認について)、入管法関連の判例 (8.8 入管法判例における LGBT) について検討する。これらの判例を検討するのは、ヨーロッパ人権裁判所の判例における性的マイノリティ及び同性カップルの権利保障の発展の歴史によるものである。

ヨーロッパ人権裁判所は、まず、性的マイノリティの権利を保障することを判例として確立させた後、居住権の承継などの同性カップルの権利が保障されることを判例として確立させた。そして、ついに、ヨーロッパ人権裁判所は、同性カップルの関係を法的に承認することは国家の義務であるとするに至った。これらの判例の発展を背景に、2016年、ヨーロッパ人権裁判所は、入管法判例において、同性カップルの関係は保障されるべきであるとの判断を示したのである。よって、ヨーロッパ人権裁判所判例の入管法上の同性カップルの権利保障を検討するに当たり、ヨーロッパ人権裁判所の判例における性的マイノリティの権利保障、同性カップルの権利保障、同性カップルの関係の法的承認に関する判例についても、検討を行うこととする。

これらの検討を通し、国際人権法上、同性カップルの関係が保障されること、入管法上も同性カップルの権利が保障されるべきとされていることを示す。また、国際人権法上、同性カップルの権利が平等原則違反により保障されることが一般化していることを示す。

そして、最後に、ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義について論じる (10 ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義)。ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討対象とするのは、ヨーロッパ人権裁判所が、「性の多様性に関連する国際判例はそれほど多くない」中

³³ 岩沢雄司 (2010年)「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」世界法年報第29号、62頁以下。

³⁴ 判例タイムズ1488号94頁。

³⁵ 松田浩道 (2021年)「国際法の国内的効力—宮崎・宇賀反対意見のインパクト」法律時報93巻11号84頁では、「憲法判断の中で人権条約や人権条約機関の勧告を用いる際の一つのモデルとして、今後の実務において重要な指針を提供するであろう。」と評価されている。

で「圧倒的な先駆に位置づけ」られていること、「普遍的な人権条約の解釈や国内裁判における解釈に対して強い影響を与えていること」及び「国際人権法上の解釈として権威的な正統性をもつ」ことによるところが大きい³⁶、本博士論文では、ヨーロッパ人権裁判所、ヨーロッパ人権条約の締約国、自由権規約委員会、日本（国会、下級裁判所、最高裁）という4つのアクターの関係に着目し、検討することで、ヨーロッパ人権裁判所が日本に影響を及ぼしていることを示し、最高裁とヨーロッパ人権裁判所の判断手法に親和性があることを示すことで、国内裁判所においてヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を活用できることを示すとともに、その活用方法についても検討を行うこととする。

3.5 諸外国の状況について

諸外国における同性婚の法制化の状況、性的指向に基づく差別への状況を確認することで、国際的には、同性カップルの関係を法的に承認する傾向にあり、性的指向に基づく差別を禁止する傾向にあることを示す（9 諸外国における同性カップル）。なお、本稿では、諸外国における同性婚法制化についての判決等についての分析は行わないこととする。

³⁶谷口洋幸「3 国際人権法における性の多様性 性的指向・性自認（SOGI）と人権を中心に」242頁、二宮周平編（2017年）『性のあり方の多様性』日本評論社。

第1部 国内法、国内判例及び裁判例

4 憲法における同性カップル

日本国憲法中、同性カップルに関連すると思われる条文は、憲法13条、14条及び24条である。同性婚等に関する議論も、主にこれらの条文により展開されている。そこで、「4 憲法における同性カップル」では、各条文における学説を整理し、学説において同性カップルが如何に解釈されているのかを明らかにし、憲法学説上、同性カップルが異性カップルと同様にその権利を保障されるべきであることを示す。

4.1 憲法24条の「家族」について

(1) 憲法学説の状況

日本の憲法学における戦後の家族をめぐる議論について、辻村みよ子は、「当初は憲法24条を『消極的な自由権的人権を保障するにすぎない』と解する傾向が強かった」とし、1960年代後半からは、「憲法24条自体あるいは24・25条を統一的に把握して社会権的に理論構成する見解」も登場したが、「全体として、同条の位置づけと家族に関する憲法理論的研究は十分ではなかった」が、1990年代以降、「家族をめぐる憲法上の理論的課題を明らかにする試みが進められた」と評価している³⁷。また、辻村は、24条について「個人尊重主義を徹底することによって」、近代型家族をも超越する「超（脱）近代的」で「多様な現代型家族を許容しうる時代先取的性格」を有していることを指摘している³⁸。

憲法学説においては、米沢広一が、「二四条は、夫婦、親子から成る法律上の家族を社会や個人を支える基軸として措定している」とし、同性カップルについては「憲法が法律上の家族と多様な人的結合体との全面的な同一扱いを要求している」とはいえないとする一方で³⁹、安念潤司は、家族形成を契約自由の原則に委ねる契約的家族観に立脚し、婚姻相手は異性に限定されないとする⁴⁰。この様に、憲法24条により想定される家族については、各学説においてかなりの隔たりがあり、学説の議論状況は、成熟しているとは言えないのが現状である。

本条は、家族生活における個人の尊厳と両性の平等を定めているが、家族については、明確に定義づけられていない。本条2項を受けて、民法が法律婚を採用し、子に対する規定を設けていることから、民法が夫婦と嫡出子を原則的な家族形態と考えていることが分かる。よって、憲法24条の家族には、夫婦と子どもが含まれることは間違いないと言える。本条における「家族」がそれ以外の家族を排除するものであるか否かについては判然とせず、本条の「家族」を24条の文言から明確化することもまた困難である。しかし、本条の制定趣旨が、家制度の否定であったことを鑑みると、本条が許容しない家族については、明確化することは可能であろう。まず、大日本帝国憲法下における「家」制度のような家族における個人よりも家族という集団を重視することは許されないだろう。また、児童や高齢者の虐待、配偶者からの暴力のある家族は、「個人の尊厳」が保障されていると言うことはできず、本

³⁷ 辻村みよ子（平成28年）『憲法と家族』日本加除出版、88頁。

³⁸ 前掲・辻村みよ子『憲法と家族』87頁。

³⁹ 米沢広一（1995年）「憲法と家族法」ジュリストNo.1050、8頁

⁴⁰ 安念潤司「家族関係と自己決定」岩村正彦【ほか】編（1998年）『岩波講座現代の法14』岩波書店。

条が想定する家族ということではできないだろう。

今日、人々の家族に対する観念は多様化しており、同性カップルの様に、憲法の制定時には、家族として想定されていなかった関係を如何に評価すべきか見るべきか検討する段階にあると言える。

(2) 最高裁判例における憲法 24 条

平成 27 年 12 月 16 日の 2 つの最高裁判決において、最高裁は憲法 24 条について下記のように述べている。

① 夫婦同姓規定合憲判決⁴¹

「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るとともに、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たものと見える。」

「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法 13 条、14 条 1 項に違反しない場合に、更に憲法 24 条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。」

② 再婚禁止期間規定違憲判決⁴²

最高裁は、夫婦同姓規定合憲判決と同様に、24 条 2 項について、婚姻及び家族に関する事項は一次的には国会にあること、24 条 2 項は、国会の立法に際し、「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たもの」と述べる。

さらに、24 条 1 項については、「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。」と規定しており、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。」としている。

③ 小括

2 つの平成 27 年 12 月 16 日最高裁判決（以下、平成 27 年最高裁判決）が出されるまで、最高裁は、24 条の性質について、詳細に検討したことがなかった。しかし、平成 27 年最高裁判決において、初めて 24 条の性質について詳細な検討を行っている。

夫婦同姓規定合憲判決では、憲法 13 条、14 条に違反しない場合であっても、憲法 24 条に違反する可能性があることが示され、憲法 24 条の独自の意義が示されており、今後の判例の発展が期待される場所であるが、制度を前提に権利を評価している点には問題があると言えよう。

⁴¹ 最高裁民事判例集 69 卷 8 号 2586 頁。

⁴² 最高裁民事判例集 69 卷 8 号 2427 頁。

再婚禁止規定違憲判決では、24条1項により、「婚姻をするについての自由」が保障されることが示された。憲法学説上は、24条1項は「婚姻の自由」を保障しているとされているが、最高裁が「婚姻をするについての自由」と表現していること、そして「婚姻をするについての自由」は「十分尊重に値する」とされていることから、最高裁は博多駅事件やレペタ訴訟との類似性を見出し、尊重される権利の保障の程度が弱いと評価する論者もいる一方で、博多駅事件やレペタ訴訟での「尊重」の用法が異なることを指摘し、権利の保障の程度は弱くないとする論者や「婚姻の自由」を憲法上の権利を認めたと理解する論者もいる⁴³。同性カップルに関して言えば、再婚禁止規定違憲判決が、婚姻についてその主体を男女として表現するのではなく、「いつ誰と婚姻をするか」と表現したことに着目し、最高裁は、同性婚を禁止していないとの解釈を示す論者もいる⁴⁴。

いずれにせよ、平成27年最高裁判決をもって、同性カップルの関係を保障することが否定されているとも、保障されているとも言えないということも明言することは困難であると思われる。

4.1.2 憲法学説における同性カップルについて

榎透の分類によると、同性婚について論じる学説には、5つの立場があるとされる。第一に、憲法上、同性婚は禁止されているとするもの、第二に、憲法上、同性婚は認められないが、同性パートナーシップ制度などは認められるとするもの、第三に、憲法24条の婚姻は異性婚であるが、立法で同性婚を認めることは可能とするもの、第四に、憲法24条の婚姻は異性婚であるが、13条と14条を根拠として同性婚は要請されるとするもの、第五に、憲法24条の婚姻は異性婚に限定されないとするもの、である。この様に、24条の婚姻に同性婚は含まれないとする学説であっても、同性カップルの関係を何等かの形で憲法上保障することまでを否定する学説はほぼないと言える⁴⁵。

以下では、同分類に従い、憲法学説を概観することとする。

(1) 憲法上、同性婚は禁止されているとするもの

少数説ではあるが、憲法24条の婚姻は異性婚であり、24条の家族とは異性同士の夫婦とその子どもであり、同性婚はもちろんのこと同性パートナーシップ制度のような制度も認められないとする学説もある⁴⁶。

仮に、憲法上、同性婚は禁止されており、同性パートナーシップ制度のような制度も認められないとすると、婚姻制度によりその関係を法的に承認される異性カップルと実態としては変わるところのない同性カップルの関係を法的に承認しないこととなり、その区別が

⁴³ 御幸聖樹『「尊重」の意味—「尊重に値する」ことは権利が認められたことにはならないのか?』101頁、大林啓吾、柴田憲司編著(2018年)『憲法判例のエニグマ』成文堂は、権利の保障の程度は弱くないとする。石埼学(2016年)「夫婦同氏訴訟」『新・判例解説 Watch vol.18』31頁は、「婚姻の自由」を憲法上の権利を認めたと理解する。

⁴⁴ 木村草太(2016年)「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号、117頁。

⁴⁵ 榎透(2019年)「日本国憲法における同性婚の位置」専修法学論集第135号27頁。

⁴⁶ 八木秀次(麗澤大学教授)「日本の家族観に基づく法判断を」

<https://www.sankei.com/article/20150302-SKUYXEXO2RMYPAXY5VKSNCI5RE/>(最終アクセス2022年5月19日)。

合理的であることが説明される必要がある。禁止説は、その根拠を憲法 24 条の「両性」という文言にのみ求めており、婚姻制度において異性カップルと同性カップルの扱いを区別することを正当化出来ておらず、説得的であるとは言えない。

(2) 憲法上、同性婚は認められないが、同性パートナーシップ制度などは認められるとするもの

工藤達朗は、「憲法はあらゆる結合を『婚姻』としているわけではない。『両性』や『夫婦』の言葉からも、男と女の 1 対 1 の結合だけを婚姻としている。」とし、「それ以外の共同生活や人的結合の自由は、婚姻の自由に含まれない。男女の 1 対 1 の結合だけが、憲法 24 条 1 項で保障されているのである。」とする⁴⁷。そして、「同性のカップルや一夫一婦制以外の男女の結合」は、憲法 13 条の問題であるとする。13 条と個別的自由権は一般法と特別法の関係にあり、24 条が同性カップルを婚姻としない以上、同性のカップルについては、憲法 13 条で論じるべきとする⁴⁸。

長谷部恭男は、「男女の 1 対 1 の結合が婚姻であることは、制度の核心部分に含まれているので、同性カップルなどを婚姻と取り扱うことはできない、ということになる」としている⁴⁹。

渋谷秀樹は、2017 年の著作において、「憲法 24 条 1 項は、婚姻が両性の合意のみに基づく契約関係であることを要求」しており、両性とは「当時の社会規範からして男女を意味すると解せざるをえない」として、「同性間の婚姻が異性間の婚姻と同程度に保障されると解することは憲法の文言上困難である」と述べている⁵⁰。

なお、この学説においても、同性カップルの権利を何らかの形で保障することを否定はされていない。

例えば、羽瀧雅裕は、24 条 2 項が法律は個人の尊厳に立脚して、制定されなければならないと規定していること、「現在においては同性婚を否定する理由は乏しいこと、むしろ同性婚を保護することが同性カップルの子どもの保護につながることを考えると、ドメスティックパートナーシップのような制度を創設することによって同性カップルに対する保護を与えるということは、単に憲法に違反しないというだけでなく、24 条 2 項によって（たとえ暫定的なものであったとしても）ある程度積極的に要請されると解することはできないだろうか。」としている⁵¹。

(3) 憲法 24 条の婚姻は異性婚であるが、立法で同性婚を認めることは可能とするもの

24 条は同性婚を想定していないとしながらも、24 条は同性婚を禁止するものではないとする学説もある。

⁴⁷ 工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂正浩ほか（2005 年）『ファーストステップ憲法』有斐閣、153～154 頁。

⁴⁸ 工藤達朗（2003 年）「結婚するって本当ですか？—憲法における婚姻と家族—」、法学教室 276 号 30 頁。

⁴⁹ 長谷部恭男（2018 年）『憲法 第 7 版』新世社、187 頁。

⁵⁰ 渋谷秀樹（2017 年）『憲法 第 3 版』有斐閣、462～463 頁。

⁵¹ 羽瀧雅裕著（2012 年）『親密な人間関係と憲法』帝塚山大学出版会、104～106 頁。

木下智文は、「本条は、あくまでも婚姻の自由の保障規定であり、前述の説明も、同性婚に法律婚としての地位を与えることが要請されていないということにとどまり、同性婚を否定するものではない。同性婚に法律婚としての地位を与えるかどうかは、法律に委ねられているとみるべきである。」とする⁵²。

(4) 憲法 24 条の婚姻は異性婚であるが、13 条と 14 条を根拠として同性婚は要請されるとするもの

憲法 24 条の婚姻は異性婚であるが、13 条と 14 条 1 項（少なくともどちらか 1 つ）を根拠として、憲法上同性婚が要請するとする立場には、以下のものがある。

清水雄大は、憲法 24 条が「婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する」とする趣旨は、旧民法において定められていた戸主の同意権を否定することにより、同性婚を排除しているわけではないとする。よって、24 条は同性婚を禁止していると解すべきとまでは言えないとし、13 条によって同性カップルの婚姻の自由が保障され、14 条 1 項により性的指向による差別は認められないとされる⁵³。

大野友也も、清水雄大と同様に、憲法 24 条の「両性」という文言は、「同性婚を排除するために採用された文言ではなく、女性が抑圧されていた状況を打開すべき採用された条項である。」とし、24 条が同性婚を禁止していると解するべきとまでは言えないだろう。」とするが、「あくまで 24 条は同性婚を禁止していない、と主張するにとどまる『許容説』ということになりそうである。」としている。

(5) 憲法 24 条の婚姻は異性婚に限定されないとするもの

① 中里見博

24 条が、「異性愛主義を背景とした文言とそれを乗り越える原理とが同時に存在するという矛盾を抱え込んでいること」を指摘し、立法時の文化的背景や立法者意思だけによるのではなく、「条文が許容する範囲内で、最大限人権拡張的に解釈されるべき」であり、「二四条の普遍的な諸原則に反しない家族形成であるかぎり、たとえそれが同性によるものであっても、二四条はまさに『個人の尊厳』の観点から許容していると考えられるべきである。」とする⁵⁴。

② 渋谷秀樹

前述したとおり、2017 年の著作において、渋谷秀樹は、同性婚は異性婚と同程度に保障されると解することは、困難であるとしていた。しかし、2022 年の論文において、婚姻を「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあって対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」と再定義し、「憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている」とし、見解の変更を表明している⁵⁵。

現行民法及び戸籍法の諸条項を支える立法事実は、「同性愛が精神疾患あるいは性格異常であるとする知見が否定され、さらに世界の動向そして国民意識が大きく変わった以上、婚

⁵²木下智史・只野雅人編（2019 年）『新・コンメンタール憲法』日本評論社、307 頁。

⁵³ 清水雄大（2008 年）「日本における同性婚の法解釈（下・完）」法とセクシュアリティ 3 号 4 頁。

⁵⁴ 中里見博（2005 年）「現代改憲論における家族条項改変問題」法律時報 77 卷 9 号 88 頁。

⁵⁵ 渋谷秀樹（2022 年）「統治構造において司法権が果たすべき役割 第 3 部【第 3 回】憲法理論からみた同性婚の省察」判例時報 2515 号 112 頁。

姻に関する現行民法および戸籍法の諸条項を支える立法事実は根本から変わったと評価しなければならない。」とする。そして、日本においても「同性婚の法的承認は、許容命題から下命命題へと変化を遂げたとみるべきであろう。」とする。婚姻を「相互の指向と価値観を理解し共有し合える個人同士が互いを信じあつて対等に生きる時間を分かち合うために創った結社」と再定義し、「憲法は同性間の婚姻にも異性間の婚姻と同程度に保障を与えている」とし、2017年の著作での見解の変更を表明している⁵⁶。

なお、自説の変更について、渋谷秀樹は、「異性間の関係だけが法的保護に値し同性間の関係は保護に値しない劣ったものとする社会通念を科学の面から支えていた精神医学」と心理学における知見の変更を知らずに記した見解であったと説明している⁵⁷。

③木村草太⁵⁸

憲法 24 条 1 項の「両性の合意のみ」の趣旨について、24 条 1 項が定められた経緯が家制度の否定にあったこと及び文理解釈から、24 条 1 項は、同性婚を禁止していると解することは出来ないとする。

憲法が同性婚を禁止していないとすれば、民法・戸籍法の同性間の婚姻の成立を否定した規定(同性婚否定規定)は、違憲となる可能性が出てくるとして、2つの違憲論を提示する。

一つ目の違憲論として、木村草太は、同性カップルの「婚姻する権利」の侵害と構成することを提案する。しかし、同構成については、「同性カップルと異性カップルとの不平等を問題に出来ない弱点がある」とし、二つ目の違憲論として、「婚姻合意をした相手の性別による区別を不平等として、平等権(憲法 14 条 1 項)の侵害を問題とすることを提案する。

一連の結婚の自由をすべての人に訴訟において、国側は、「婚姻制度の目的は生殖関係の保護」としているが、木村草太は、民法が生殖関係があっても必ずしも婚姻を成立させるわけではないこと、民法が生殖関係のないカップルの婚姻を認めていることを指摘し、婚姻制度の目的は生殖関係の保護だとする国側の主張には説得力はないとする。そして、「婚姻制度の目的は、親密な共同生活関係の保護だと理解せざるを得ず、それが国民意識にも適う」とし、「同性カップルが異性カップルと同様に親密な共同生活を営んでいることからすれば、同性婚否定規定による区別は、婚姻制度の目的と関連性のない不合理な区別」だとし、憲法 14 条 1 項に違反するとする。

4.1.3 憲法 14 条と同性カップル

異性カップルによる婚姻を法的に認める一方で、同性婚等により同性カップルの関係を保護しないことについては、「性別」による差別とする学説、社会的身分とする学説がある。本節では、これらの学説を整理、検討する。

⁵⁶ 前掲・渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第3部【第3回】憲法理論からみた同性婚の省察」112頁。

⁵⁷ 同書。

⁵⁸ 木村草太(2022年)「婚姻と憲法—同性婚・別姓婚・非婚の共同親権を素材に」法学教室No.501、10頁以下。

(1)性別による差別とする学説

性別による差別と構成するものとして、大野友也、清水雄大がいる。大野友也は、性別以外の条件が全て同じの男性と女性がいたと仮定すると、両者がある男性と婚姻を望んだ場合、前者は男性という性別であるがために、婚姻をすることが出来ないとし、これは性別に基づく差別に当たるとする⁵⁹。清水雄大は、同性婚を望む女性がいた場合、現行法上は女性と婚姻をすることが出来るのは男性であるがゆえに、性別を理由とする差別に当たるとする⁶⁰。

一方、松井茂記は、「通常の性差別は男性もしくは女性であることを理由に不利益が課されている場合を指す。」とし、女性が女性と婚姻を望んだとしても婚姻を認められないことは、「相手の性別が問題であって本人の性別が問題なのではない。したがって、同性婚の否定を通常の意味での性差別ということは難しいであろう。」とする⁶¹。

(2)社会的身分による差別とする学説

松井茂記は、「おそらく同性婚の否定は、同性愛という個人の性的指向に基づく区別ととらえられそうである。」とし、これが憲法 14 条の列举事由に当たるとすれば、社会的身分であろうとする。そして、社会的身分とするのであれば、「疑わしい差別いうにふさわしいものに限定する必要があるだろう。おそらく本人ではどうすることもできないような特徴や生まれながらの特徴に限定するのが妥当かもしれない。」とし「もし性的指向が生来のものであって、本人の自発的な選択によって変更できないようなものであれば、これを『社会的身分』にあたるということも可能であろう。」とする。

4.1.4 憲法 13 条と同性カップル

現在の憲法学会全体として、教科書等で憲法 13 条と家族関係について明示しているものは少数であるとされる⁶²。また、「1970 年代からの佐藤幸治、竹中勲論文等で、自己決定権についての研究が進んだが、そこで指摘された家族形成権やリプロダクティブ・ライツについて、具体的に検討した論考は少なく」、今日の憲法学界でも、「女性の人権や同性カップルの人権ないし差別の禁止をそれ自体として研究しようとする機運は低調であるといわざるを得ない。」とされている⁶³。

この様に、憲法 13 条において同性カップルの人権についての議論は現時点において盛んであるとは言えない状況にあるが⁶⁴、憲法 13 条により、同性カップルの人権を論じようと

⁵⁹ 大野友也（2017 年）「日本国憲法と同性婚」月報全青司 452 号 13 頁。

⁶⁰ 清水雄大（2008 年）「日本における同性婚の法解釈（下・完）」Law and Sexuality3

⁶¹ 松井茂記（2010 年）『LAW IN CONTEXT 憲法 法律問題を読み解く 35 の事例』有斐閣、4 頁。

⁶² 前掲辻村みよ子『憲法と家族』98 頁。

⁶³ 前掲辻村みよ子『憲法と家族』101 頁。

⁶⁴ 同性婚を 13 条の問題として扱う論稿として、西村枝美（2019 年）「同性婚の未規定性の憲法適合性：婚姻の自由としてではなく人格権の問題として」関西大学法学論集 69 卷 3 号 552～602 頁、中岡淳（2018 年）「同性婚の憲法的保護の可能性(1)Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢 183 卷 1 号、91-124 頁、中岡淳（2018 年）「同性婚の憲法的保護の可能性(2)Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢 183 卷 4 号、100-145 頁、中岡淳（2019 年）「同性婚の憲法的保護の可能性(3)Obergefell v.Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって」法学論叢 183 卷 4 号、100-145 頁、がある。

するのであれば、憲法 13 条による自己決定権により、婚姻の自由や家族形成の自由を導き出し、同条により同性カップルを保護することが考えられる。

自己決定権の範囲については、一般的自由説と人格的自由説との対立がある。前者によった場合、憲法 13 条の射程は、あらゆる生活領域に関する行為の自由と考えられることになり、婚姻の相手として同性を選択することも自己決定権に含まれることとなろう。後者によった場合は、論者によって、個人の人格的生存に不可欠な利益の内容につき違いはあるが、同性をパートナーとして選択し、婚姻をするということは、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする自己決定とみることが可能であると思われる⁶⁵。よって、いずれの説によっても、13 条により同性カップルの権利保障を論じることは可能になると思われる。

4.1.5 小括 憲法学説における同性カップル

憲法学説における同性カップルを検討した結果、以下の点が明らかとなった。

第一に、憲法 24 条の婚姻に同性婚が含まれるか否かについては、学説において統一的な見解が確立しているわけではないことである。

第二に、ほぼ全ての学説において、根拠とする条文、保障の程度又は手段に違いはあれど、同性カップルの関係を法的に承認することを否定していないことである。ただし、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところであろう」との評価が妥当なのではないかと思われる⁶⁶。

以上のことから、憲法学説では、同性カップルの関係を何らかの形で保障することについて否定する学説はないと言える。よって、憲法の 13 条、24 条、14 条のいずれか又は全ての条文を根拠に、入管法上、異性カップルと同じ状況にある同性カップルの関係が何ら保障されていない現状を憲法に違反する言うことが可能であると思われる。

なお、本稿がいずれの学説によるかについては、後述する第 1 部国内法及び国内判例、第 2 部国際人権法及び諸外国の状況、の検討を経た上で、終章において論じることとする。

4.2 民法における同性カップル

同性婚については、明治民法の立法時には議論の対象とされておらず、その後も概説書等でも、近年に至るまで触れられることはなかったと言われている⁶⁷。

しかし、同性婚を婚姻意思の問題としてとらえ、同性婚の場合には婚姻意思を欠くものとする議論は存在しており、議論が皆無であったわけではなかった。例えば、中川善之助は、婚姻意思の問題として「婚姻をなすとは、その時代の社会通念に従って婚姻と見られる関

⁶⁵ 人格的利益説に立つ佐藤幸治は、『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）191 頁の注 48 において「24 条 1 項は『婚姻の自由』および離婚の自由を保障した自由権規定であり、憲法は一組の男女とその間に生まれる子どもからなる法律上の家族の保護を目的としていると解する立場に立てば（初宿正典）、それ以外の結合形態（同性ペアが同居する家族や未婚の母と子どもからなる家族など）は 13 条の問題として捉えられることになろう。」としている。よって人格的利益説に立ったとしても、同性カップルの権利保障について、13 条により論じることは可能であると思われる。

⁶⁶ 川岸令和「§ 24【家族生活における個人の尊厳と両性の平等】」長谷部恭男編（平成 29 年）『注釈日本国憲法(2)国民の権利及び義務(1)』有斐閣、510 頁。

⁶⁷ 大村敦志（2015 年）『民法読解 新続編』有斐閣、32 頁～33 頁。

係を形成することであり、……同性間の婚姻というようなものも婚姻的法律要件としては否認されなければならない」とし⁶⁸、我妻栄は、「婚姻をする意思（婚姻意思）とは、夫婦関係を成立させるという意味である。しかるば、夫婦関係とは何か、といえば、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・肉体的結合というべきである」とし⁶⁹、「同性間の『婚姻』はこの意味では婚姻ではない」としていた⁷⁰。

しかし、「1990年代半ば頃から現行制度上で「性中立化」を問う議論が積極的に見られるようになり、特にここ10年間に同性婚の禁止から容認（「禁止していない」を含む）へと全体的な解釈の変化がみられる。」ということが指摘されている⁷¹。また、概説書等においても、同性婚に関する記述が見られるようになってきている。その多くは、当然の前提として民法は1組の男女からなる男女の結合を婚姻と解していることを指摘し、近年の民法上の問題として、同性婚を取り上げているにとどまるものの⁷²、窪田充見は、興味深い指摘を行っている。窪田は、「現在の一般的な理解によれば、同性間の婚姻は認められていない」ことを前提としつつ、同性の関係を論じる当たっては、「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」となり、「現行民法が、異性間の関係のみを前提としていることから、ただちに答えが導かれる」わけではなく、「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付けて、法的に扱うべきか」が問題と指摘している⁷³。

民法には、婚姻についての定義規定はなく、性的指向や同性同士で婚姻をすることが婚姻障碍事由とされていないことから、直接的には同性婚を禁止していないと理解されている⁷⁴。しかし、現行民法の規定から同性婚を導き出す要素がないことから、日本家族（社会と法）学会は、婚姻の成立に関し「異性又は同性の二人の者は、婚姻をすることができる」とする条文の新設の提案をおこなっており、「夫婦」という文言を性中立的に「婚姻当事者」とすることも言及している⁷⁵。同学会は、家族法学が中心であり、現役の家族法研究者はほぼ全員会員であるとされていることから⁷⁶、民法学において、現行民法を改正することで同

⁶⁸ 中川善之助（1960年）『親族法 上巻』青林書院、158～159頁。

⁶⁹ 我妻栄（1961年）『親族法』有斐閣、14頁。

⁷⁰ 前掲・我妻栄『親族法』18頁。

⁷¹ 田巻帝子「婚姻の性中立化」二宮周平編（2020年）『現代家族法講座 第2巻 婚姻と離婚』日本評論社、14頁。

⁷² 近年刊行された概説書で同性婚に関する記述があるものとして、以下のものがある。

我妻栄、有泉亨、遠藤浩、川井健、野村豊弘（2020年）『民法3 親族法・相続法 第4版』勁草書房、51頁、本山敦・青竹美佳・羽生香織・水野貴浩（2021年）『家族法〔第3版〕』日本評論社、24頁、本山敦編（2020年）『逐条ガイド 親族法—民法725条～881条』日本加除出版、12頁、松岡久和・中田邦博（2021年）『新・コンメンタール民法（家族法）』日本評論社、20ページ、常岡史子（2020年）『家族法』新世社、42頁～43頁、床谷文雄・神谷遊・稲垣朋子・且井佑佳・幡野弘樹（2020年）『新プリメーブル民法5〔第2版〕』法律文化社、20頁、前田陽一・本山敦・浦野由紀子（2020年）『民法VI 親族・相続 第5版』有斐閣、50頁。

⁷³ 窪田充見（2019年）『家族法—民法を学ぶ〔第4版〕』有斐閣、154～155頁。

⁷⁴ 前掲・田巻帝子「婚姻の性中立化」17頁。

⁷⁵ 「家族法改正～その課題と立法 提案」家族（社会と法）33号（2017年）21～236頁。

⁷⁶ 二宮周平（2020年）「意見書」28頁。

<https://www.call4.jp/file/pdf/202008/75c6d7814cd45e67d8d40a879e85d235.pdf>（最終アクセス2022年5月19日）。

性婚は実現可能とする見解が通説とはいかないまでも、有力になりつつあると言えると思われる。

4.3 その他の社会的状況及び国民の意識等について

「4.3 その他の社会的状況及び国民の意識等について」では、国内判例以外における社会的状況を概観し、同性カップルを取り巻く社会的状況の変化を確認する。

(1)国会

①法案審議

立憲民主党、共産党、社民党の野党3党が、2019年6月3日、同性婚を可能とするために必要な法整備を行い婚姻の平等を実現するための民法改正案（婚姻平等法案）を国会に提出されているが、2022年5月現在、継続審査中である。⁷⁷。

自民党は、2016年5月に概要を取りまとめた「性的指向及び性同一性の多様性に関する国民の理解の増進に関する法律案」⁷⁸を2020年6月に「性的指向・性自認に関する特命委員会」において条文化を進めるための要綱を了承し、法案の成立に向けた作業を進めていたが、2021年6月、自民党内での議論がまとまらず、通常国会への提出を断念した為、2022年5月現在、法案は成立していない⁷⁹。

②院内集会

2019年から毎年、同性婚の実現を目的とした院内集会が開催されており、毎年数十名単位の国会議員が参加しているとされる⁸⁰。2022年4月22日に行われた院内集会には、議員本人の参加者が、公明党4名、立憲民主党14名、日本共産党7名、国民民主党1名、社会民主党1名、日本維新の会1名、れいわ新選組1名等であったとされる。

③各党公約

2021年10月に行われた衆議院選挙では、自民党を除く政党が、公約の中で同性婚に触れている⁸¹。立憲民主党は、性的マイノリティへの差別解消を図る平等法の制定、同性婚の実現を目指すとし、公明党は、同性のカップルを対象にした自治体のパートナーシップ制度の推進と、LGBTへの理解を促進するための法案の整備にも取り組むとしている⁸²。また、共産党は、同性婚を認める民法改正、LGBT平等法の制定を⁸³、日本維新の会は、同性婚を認め、LGBTQなどの性的少数者が不当な差別をされないよう立法措置を講じるべ

⁷⁷ <https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?billId=119802015&searchDiv=2¤t=2>（最終アクセス2022年5月19日）。

⁷⁸ <https://hourei.ndl.go.jp/#/detail?billId=119002057&searchDiv=2¤t=1>（最終アクセス2022年5月19日）。

⁷⁹ <https://www.nhk.or.jp/politics/articles/feature/62170.html>（最終アクセス2022年5月19日）。

⁸⁰ https://www.marriageforall.jp/blog_category/%e3%83%9e%e3%83%aa%e3%83%95%e3%82%a9%e3%83%bc%e5%9b%bd%e4%bc%9a/（最終アクセス2022年5月19日）。

⁸¹ <https://www.nhk.or.jp/senkyo/database/shugiin/2021/pledge/policy/08/>（最終アクセス2022年5月19日）。

⁸² <https://www.komei.or.jp/special/shuin49/wp-content/uploads/manifesto2021.pdf>（最終アクセス2022年5月31日）。

⁸³ https://www.jcp.or.jp/web_policy/2021/10/post-888.html#_s02（最終アクセス2022年5月31日）。

きだとしている⁸⁴。国民民主党は、「LGBT 差別解消法案」の成立を目指すとし⁸⁵、れいわ新選組は、LGBT などの差別解消や同性婚について法制化するとし⁸⁶、社民党は、同性婚の導入、「LGBT 差別解消法案」を成立させるとし⁸⁷、「NHK と裁判してる党弁護士法 72 条違反で」は、同性婚の合法化について国会での論議を積極的に求めていくとしている。このように、自民党以外の各政党は、同性婚や性的マイノリティの差別解消法案等の政策について、積極的な姿勢を示している。

(2) 地方自治体における取組み

2015 年の東京の渋谷区と世田谷区のパートナーシップ制度を皮切りに、2022 年 3 月現在までで、155 の自治体でパートナーシップ制度が導入されており、人口カバー率は 45.1 パーセントとなっている⁸⁸。その内訳を見ると、大阪市、札幌市、さいたま市、横浜市、大阪市、福岡市のような人口 100 万人以上の大都市も含まれており、さらに、市町村ではなく、大阪府、茨城県、群馬県、三重県、佐賀県のように都道府県単位で導入している地方自治体も存在している。また、2021 年から、同性カップルの関係だけでなく、子どもを含んだファミリーシップ制度が導入され、導入自治体は、東京都足立区などの 11 自治体において導入されている。

(3) 民間企業の取組み

① 婚姻の平等（同性婚の法制化）への賛同

「Business for Marriage Equality」によると、2022 年 3 月 1 日時点で、217 の企業・団体が、婚姻の平等（同性婚の法制化）への賛同を表明しているとされる⁸⁹。賛同企業は、LIXIL グループ、丸井グループ、ライフネット生命、チェリオ、パナソニック、ソフトバンク、ウォルマート・ジャパン／西友などである。また、森・濱田松本法律事務所、アンダーソン毛利友常法律事務所、西村あさひ法律事務所といった最大手の法律事務所を含む 24 のグローバル・ローファームや 16 のグローバル金融機関、GE、アマゾン、コカ・コーラ、マイクロソフト、グーグル、IBM、ジョンソン・エンド・ジョンソン、Netflix、クラフトハイツなどが賛同しているとされる⁹⁰。

② 同性カップルを対象とした商品

三井住友銀行は、2020 年 2 月 27 日、住宅ローンの連帯債務型借入における配偶者の定

⁸⁴ https://o-ishin.jp/shuin2021/ishin_manifesto.pdf（最終アクセス 2022 年 5 月 31 日）。

⁸⁵ <https://new-kokumin.jp/wp-content/themes/dpfp/files/DPFP-Policies-Pamphlet2.pdf>（最終アクセス 2022 年 5 月 31 日）。

⁸⁶ https://reiwa-shinsengumi.com/reiwa_newdeal/newdeal2021_09/#s02（最終アクセス 2022 年 5 月 31 日）。

⁸⁷ <https://sdp.or.jp/policies/>（最終アクセス 2022 年 5 月 31 日）。

⁸⁸ <https://minnano-partnership.com/partnership/graph>（最終アクセス 2022 年 5 月 19 日）。

⁸⁹ 「Business for Marriage Equality」とは、日本で活動する 3 つの非営利団体による、婚姻の平等（同性婚の法制化）に賛同する企業を可視化するためのキャンペーンである。公益社団法人 Marriage For All Japan (MFAJ)、NPO 法人 LGBT とアライのための法律家ネットワーク (LLAN)、認定 NPO 法人 虹色ダイバーシティが共同で運営し、同性婚の法制化への賛同企業を募る活動を行っている。
<http://bformarriageequality.net/#support>（最終アクセス 2022 年 5 月 19 日）。

⁹⁰ <http://bformarriageequality.net/accj/>（最終アクセス 2022 年 5 月 19 日）。

義に、「事実婚の方々」のほか「同性パートナーの方々」を含める対応を開始した。上記サービスの利用には、自治体の発行する同性パートナーシップ証明書またはこれに類する証明書を提出が必要とされている。同種のサービスは、ほかに千葉銀行も実施している。また、みずほ銀行、琉球銀行、三井住友信託銀行、三井住友銀行、横浜銀行、東日本銀行なども、住宅ローンに関する配偶者の定義を同性カップルにも拡大する取組みを実施している。

(4)国民の意識

2019年に実施された性的マイノリティについての意識に関する全国調査では、同性婚の法制化に〈賛成〉は、2019年調査で64.8%、〈反対〉は30.0%。2015年と比べて〈賛成〉は13.6ポイント増加しており、20代の〈賛成〉は、2019年調査で83.8%と高いという結果となった⁹¹。

(5)弁護士会の提言

日弁連では、2019年7月18日付けで「同性の当事者による婚姻に関する意見書」を取りまとめ、7月24日付けで法務大臣、内閣総理大臣、衆議院議長および参議院議長宛てに提出している。

日弁連は、同提言の趣旨について、「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、法の下での平等に違反するものであり、憲法13条、14条に照らし重大な人権侵害と言うべきである。したがって、国は、同性婚を認め、これに関連する法令の改正を速やかに行うべきである。」としている⁹²。

(6)日本学術会議の提言

2017年9月29日、日本学術会議法学委員会の社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会は、「性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」という提言を行っている⁹³。同提言では、「婚姻の性中立化（性別を問わないこと）に向けた民法改正の必要性」が提言されている。

(7)在日米国商工会議所からの意見書

在日米国商工会議所は、平成30年9月に、「日本政府に対して、LGBT（Lesbian（レズビアン）、Gay（ゲイ）、Bisexual（バイセクシュアル）、Transgender（トランスジェンダー））カップルにも婚姻の権利を認めること」を提言した⁹⁴。同提言の目的については、「LGBTカップルに婚姻の権利を認めることにより、日本でビジネスを行う企業が、生産性を最大化するための職場環境の基礎的要素である、人材の採用や維持、そして多様な従

⁹¹ 釜野さおり・石田仁・風間孝・平森大規・吉仲崇・河口和也（2020年）『性的マイノリティについての意識：2019年（第2回）全国調査報告会配布資料』JSPS 科研費（18H03652）「セクシュアル・マイノリティをめぐる意識の変容と施策に関する研究」（研究代表者 広島修道大学 河口和也）調査班編 <http://alpha.shudo-u.ac.jp/~kawaguch/2019chousa.pdf>（最終アクセス2022年5月19日）。

⁹² https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2019/190718_2.html（最終アクセス2022年5月19日）。

⁹³ <https://www.sej.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-t251-4.pdf>（最終アクセス2022年5月19日）。

⁹⁴ https://static1.squarespace.com/static/5eb491d611335c743fef24ce/t/5eca5ef6063db750f2664cd6/1590320893440/1806_marriage_equality__hrc__.pdf（最終アクセス令和4年9月25日）。

業員の公平な処遇 において直面している障害を取り除くことができる。」としている。

4.4 小括 国内法及びその他の社会的状況及び国民の意識等について

憲法学説及び民法学説を検討した結果、両学説ともに、同性カップルの関係を何らかの形で保障することについて、否定的ではなく、積極的であることが判明した。

国会における法案審議、院内集会、各党公約について検討した結果、立法府において、同性カップルの関係の法的承認が一つの争点となっているという事実が確認された。

地方自治体におけるパートナーシップ制度の導入状況等を検討した結果、パートナーシップ制度の導入が一部地域に限定された現象ではなく、全国的にパートナーシップ制度を導入する流れにあり、その流れは拡大中であるという事実が確認された。

民間企業の取り組みを検討した結果、民間企業においても同性婚の法制化に賛同する企業が多数存在すること、各種商品の販売において、同性カップルを異性カップルと同様に配偶者として扱う動きがあるという事実が確認された。

各種調査の結果から、同性婚の法制化について、賛成であるとする割合が、6割という高い水準であるという事実が確認された。

弁護士会及び日本学術会議の提言からは、司法及び学術の専門家においても、同性婚を法制化すべきであるという認識が確立され、提言として公表されているという事実が確認された。

以上の検討結果から、憲法学説、民法学説、その他の社会的状況及び国民の意識等においては、同性カップルの関係は保障されるべきであるとする考えが確立しつつあるということが確認され、入管法上、異性カップルと同性カップルを異なる扱いをする合理性がないことを示す事実があることが明らかとなったのである。

5 国内判例における同性カップル

5.1 最高裁判例における家族と同性カップル

最高裁判例において、同性カップルの権利及び「家族」とは何かが直接的に争点となったことはないが、「家族」に関する規定が争点となった事案から、最高裁判例における「家族」を推測すること及び同性カップルが如何に解されるかを推測することは可能である。

渡辺康行は、「尊属殺重罰規定の合憲性」と「婚外子法定相続分規定の合憲性」に関する訴訟を素材に「裁判所・裁判官はいかなる家族観をもって憲法判断を行ってきたのか。」を分析しているが⁹⁵、本稿では、これらの判例に加えて、国籍法違憲判決、性同一性障害者の婚姻に関する平成 25 年最高裁判決を加えた検討を行うこととする⁹⁶。特に、非嫡出子相続

⁹⁵ 渡辺康行「憲法判例のなかの家族—尊属殺重罰規定違憲判決と婚外子法定相続分規定違憲決定」、駒村圭吾編著（2016年）『テキストとしての判決『近代』と『憲法』を読み解く』有斐閣。

⁹⁶ 春名麻季（2019年）「最高裁の憲法判例に現れる家族制度—憲法的視点と欧州との比較—」四天王寺大学紀要第68号では、最高裁判例を3つのカテゴリー、つまり、第一に、生殖補助医療技術の進歩により提起される問題、第二に、伝統的家族像に依拠して設けられている法律規定における「個人の尊重」・差別の問題、そして第三に、本来想定されていないにもかかわらず、既存の法律規定によって解決可能とされた問題に分類し検討を行っている。同論文でも、国籍法違憲判決、性同一障害者の婚姻に関連する判例を取り上げて、検討を行っている。

分差別規定違憲決定に至るまで8の最高裁判例の変遷には注目すべき点が多く、重要である⁹⁷。

(1) 尊属殺人

①の最高裁判例では、家族における個人よりも、道徳的な家族としてのつながりを重視していることを指摘することができ、家制度の残滓がうかがわれる。一方、②は、尊属殺重罰規定の立法目的に合理的な根拠があると認めながらも、その加重の程度が極端であり、普通殺に関する刑法 199 条の法定刑に比し、著しく不合理な差別的取り扱いであるとしている。

① 昭和 25 年 10 月 11 日最高裁判決⁹⁸

「夫婦、親子、兄弟等の関係を支配する道徳は、人倫の大本、古今東西を問わず承認せられているところの人類普遍の道徳原理（下線筆者）、すなわち学説上所謂自然法に属するものといわなければならない。」

② 昭和 48 年 4 月 4 日最高裁判決⁹⁹

「親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によつて結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであつて、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義（下線筆者）というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない。しかるに、自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であつて、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は特に重い非難に値するといふことができる。」

(2) 非嫡出子相続分差別規定違憲決定及び国籍法違憲判決

以下の最高裁判例における「非嫡出」の存在に着目すると、前述した昭和 48 年 4 月 4 日の最高裁判決とは異なり、子どもを個人として尊重する傾向が形成されてきたことを指摘することができるし、『尊属に対する尊重報恩』を説いた昭和 48 年判決と、『法律婚の尊重』を自明の前提としつつ、『家族という共同体の中における個人の尊重』という認識の浸透を説いた平成 25 年決定との間では相当に変化している。」ことを指摘することが出来る¹⁰⁰。

① 国籍法違憲判決¹⁰¹

「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によつては変えることのできない（下線筆者）父母の身分行為に係る事柄」であ

⁹⁷ 最高裁は、平成 7 年決定において、「現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係している」としており、相続制度から、最高裁の「家族像」を見ることができると言える。

⁹⁸ 最高裁判所刑事判例集 4 卷 10 号 2037 頁。

⁹⁹ 最高裁判所刑事判例集 27 卷 3 号 265 頁。

¹⁰⁰ 前掲・渡辺康行「憲法判例のなかの家族—尊属殺重罰規定違憲判決と婚外子法定相続分規定違憲決定」107 頁。

¹⁰¹ 最高裁平成 20 年 6 月 4 日判決（最高裁判所民事判例集 62 卷 6 号 1367 頁）。

るとし、非嫡出子の被る不利益は看過し難いものであるとするなど、非嫡出子の立場への配慮が見られる。さらに、我が国における社会的、経済的環境等の変化、家族生活や親子関係における意識の変化、家族生活や親子関係の実態の変化・多様化が指摘されている。

②平成 25 年非嫡出子相続分差別規定違憲決定¹⁰²

平成 7 年の合憲決定から平成 25 年の違憲決定に至るまで、多数意見は、同規定を合憲とし続けたが、反対意見の中には、憲法 24 条が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れないとする意見が見られた。平成 25 年の違憲決定では、「個人の尊厳（下線筆者）と法の下での平等を定める憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない。」「家族という共同体の中における個人の尊重（下線筆者）がより明確に認識されてきた」といった表現が用いられ、反対意見において主張されていた「個人の尊厳」の影響が随所に見られるものとなった。

さらに、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重（下線筆者）し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができる。」とし、子どもを個人として尊重する姿勢も見られるものとなった

(3)性同一性障害者の婚姻と子ども

平成 25 年 12 月 10 日最高裁判決¹⁰³では、婚姻を夫婦と子どもからなるものとしている。

①多数意見

「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できないものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定（下線筆者）についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとするは相当でないというべきである。」

②寺田補足意見

「現行の民法では、「夫婦」を成り立たせる婚姻は、単なる男女の（下線筆者）カップルの公認に止まらず、夫婦間に生まれた子をその嫡出子とする仕組みと強く結びついている。「嫡出推定の仕組みこそが婚姻制度を支える柱」としている。ただし、上記は、現行法における理解を示したものであり、異なる立法論を否定するものではなく、基本的にすべて憲法の枠内で国会において決められることであるとしている。

寺田裁判官の意見で特徴的なのは、民法上という前置きを置いて検討していること、上記以外の理解に基づく「家族」を新しく立法により、創設することを否定していない点にある。

(4)夫婦同姓規定合憲判決¹⁰⁴

①多数意見

同判決では、家族について「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」とし、「婚姻及び

¹⁰² 最高裁判所民事判例集 67 巻 6 号 1320 頁以下。

¹⁰³ 最高裁判所民事判例集 67 巻 9 号 1847 頁。

¹⁰⁴ 最高裁判所民事判例集 69 巻 8 号 2586 頁。

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ものである」としている。

また、婚姻については、「婚姻の重要な効果として夫婦間の子が夫婦の共同親権に服する嫡出子となるということ」とし、法律婚を重視しているように思われる。

このように、同決定において、最高裁は、「夫婦と嫡出子」からなる家族を想定しており、家族における個人の自由を重視しておらず、制度を前提に氏を理解しており、その権利性を認めていない点に特徴がある。

②寺田補足意見

「男女間に認められる制度としての婚姻（下線筆者）を特徴づけるのは、嫡出子の仕組み（772条以下）においてほかにない」とし、多数意見よりも、「法律婚による夫婦と嫡出子」からなる家族が強く意識されている。特に、嫡出子の重要性が、顕著に表れている点に特徴がある¹⁰⁵。

③岡部補足意見

「世の中の家族は多数意見の指摘するような夫婦とその間の嫡出子のみを構成員としている場合ばかりではない。民法が夫婦と嫡出子を原則的な家族形態と考えていることまでは了解するとしても、そのような家族以外の形態の家族の出現を法が否定しているわけではない。（下線筆者）」とし、多数意見に比して、多様な家族の存在を肯定している。氏についても、多数意見に比して、その重要性を認めており、「個人の尊厳」という文言を用いている点に特徴がある。

(5)小括

最高裁判例を分析した結果、最高裁が想定する家族とは、法律婚によって形成される男女の夫婦とその間に生まれた嫡出子ということであることが判明した。論者によっては、最高裁の想定する「家族像」が異性婚により形成される家族であることを批判する者もいるが、最高裁はあくまで現行民法の規定する「家族像」を述べているにすぎず、民法が想定していない家族までも否定するという強固な「家族像」を表明しているわけではないと思われる。さらに、非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、社会の変遷が決定に大きな影響を及ぼしていることから、家族に関する規定の解釈には、社会の変遷による影響も無視できず、今後最高裁の「家族像」が変容する可能性も否定できない。

同性カップルについて言えば、再婚禁止期間違憲決定において、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表現していることが注目に値する。同決定において、婚姻を表す際に、「男女」という文言は、使用されていないことから、最高裁は、同性婚容認の余地を残したとも解釈することもできるように思われる。

¹⁰⁵ 石綿はる美（2016年）『『家族』の呼称としての氏と婚姻の効力としての夫婦同氏』、論究ジュリNo. 18、84頁。

5.1.2 最高裁判例の考慮要素について

(1)国籍法違憲判決

本件において、まず、最高裁は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。」とし、日本国籍が重要な法的地位であることを確認した。そして、非嫡出子という身分については、「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。」とし、「このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」とし、厳しい審査を行うこととした。

そして、審査を行う際の考慮要素として、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」、「社会通念及び社会的状況の変化」を指摘した上で、「諸外国においては、非嫡出子に対する法的な差別的取扱いを解消する方向にあること」、「我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する。」ことを指摘した。

さらに、諸外国の状況については、「国籍法3条1項の規定が設けられた後、自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われている。」ことを指摘する。

そして、「以上のような我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているといふべきである。」と結論付けた。

(2)非嫡出子相続分差別規定違憲決定

まず、最高裁は、「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情（下線筆者）なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等（下線筆者）を離れてこれを定めることはできない。」ということを確認する。ここで、最高裁は、考慮すべき要素として、「国の伝統」、「社会事情」、「国民感情」、「婚姻ないし親子関係に対する規律」、「国民の意識等」を挙げている。

次に、重要な事柄として、①昭和22年民法改正以降の婚姻や家族の実態の変化、その在り方に対する国民の意識の変化、②本件規定の立法に影響を与えた諸外国の状況が大きく変化し、我が国以外で嫡出子と嫡出でない子の相続分に差異を設けている国は、欧米諸国にはなく、世界的にも限られた状況にあること、③日本が批准する自由権規約、子どもの権利に関する条約が子どもの出生による差別を禁止していること、④自由権規約及び子どもの権利委員会から本件規定に対して規定の削除の勧告、懸念が表明されていること、⑤

我が国における嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等も変化し、差別的な取り扱いが改善されていること、⑦昭和54年の法務省民事局参事官室により法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして公表された「相続に関する民法改正要綱試案」、平成6年の同小委員会の審議に基づくものとして公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」、平成8年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」平成22年にも国会への提出を目指して上記要綱と同旨の法律案が政府により準備されたこと、⑧最高裁判例による度重なる問題の指摘、を挙げる。

そして、「種々の要素を総合考慮し、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的问题であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的问题の結論に直ちに結び付くものとはいえない。」とする。

前述した事柄について、最高裁は、「本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる。」とした。

(3)小括

国籍法違憲判決では、「我が国における社会的、経済的環境等の変化」、「社会通念及び社会的状況の変化」、「諸外国の状況」、「日本が批准した条約の規定」を指摘し、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等」が変化しているとし、国籍法が憲法14条に違反すると結論付けた。

非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘」等を総合的に考察している。

以上のことから、最高裁は、その判断に当たって、国内法、その他の社会的状況及び国民の意識等、国内判例の状況、日本が批准する人権条約、諸外国の状況を考慮していると

ということが言える。

5.2 下級審判決における同性カップル

数年前まで、性的マイノリティが当事者となった国内判決は、著名な東京都青年の家事件などの数件程度しか存在しない状況にあった¹⁰⁶。

しかし、近年、下級審判決において、性的マイノリティが当事者となったもの、同性カップルの権利保障が争点となるものが出現している¹⁰⁷。これまで、国内において、同性カップルの権利保障が争点となったものは、皆無と言ってよく、近年の当事者運動の高まりとセクシャルマイノリティ問題に取り組む弁護士等の増加に伴い、未だその数は少ないものの、増加傾向にある¹⁰⁸。しかし、下級審判決において統一的な見解が形成されるまでには至っておらず、同性カップルの権利を保障しようとするものもある一方で、同性カップルの権利を認めないものもあるが、これまで、可視化されていなかった同性カップルの権利問題が可視化されるようになったことにより、これからの発展が期待されるところである。

5.2.1 同性カップルの権利が争点となった判決

5.2.1.1 同性カップルの一方から不貞行為を行った同性パートナーへの慰謝料請求

第一審である宇都宮地裁真岡支部判決は、同性カップルの関係を内縁に準じる関係としている一方で、控訴審である東京高裁令和2年3月4日判決は、同性カップルの関係を「理念的には原審よりも同性間の内縁の保護をさらに進めたといえる」と評価されている¹⁰⁹。また、宇都宮地裁真岡支部判決は、「憲法24条の基底にも反しないと踏み込んでいる点は、注目に値する。」と評価されている¹¹⁰。さらに、東京高裁判決では、同性婚を認めている国・地域、登録パートナーシップ等についても言及しており、「現代の社会情勢をより正確に認識していることが注目される。」と評されている¹¹¹。また、同判決では、「同性カップルの共

¹⁰⁶東京高裁平成9年9月16日判決（判タ986号206頁）。

¹⁰⁷性的マイノリティが当事者となったものとしては、東京地裁令和元年12月12日判決（LEX/DB25580421）がある。

本件は、経済産業省が、身体的性別及び戸籍上の性別は男性であるが自認している性別は女性である同省職員である原告（性別適合手術、特例法の審判をいずれも受けていない）に対し、執務室から2階以上離れた階の女性用トイレの使用しか認めなかったことなどに対し、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料等を請求し、認容された事例。

同性パートナーの権利保障については、大阪地裁令和2年3月27日判決（LEX/DB25570889）がある。

本件原告男性は、約45年同居し、一緒に事務所経営を行う同性パートナーがいたが、同性パートナーの親族らに同性パートナーの葬式の参列等を拒否されたことから、損害賠償等を請求した事案であるが、請求は認容されなかった。

¹⁰⁸東京弁護士会の会報誌LIBRA2021年1～2月号の6頁には、同誌の2016年3月号で、性的マイノリティを特集してから「その後わずかに数年間における裁判例の蓄積には目覚ましいもの」があると表現されている。

¹⁰⁹森山浩江（2021年）「同性パートナーシップと法的保護」ジュリストNo.1557、63頁。

¹¹⁰新島一彦（2021年）「同性カップルに対する法的保護の可能性—LGBTに関する最近の動向を踏まえて—」平成法政研究第25巻第2号262頁。

¹¹¹前掲・新島一彦「同性カップルに対する法的保護の可能性—LGBTに関する最近の動向を踏まえて—」262頁。

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」とし、その評価の背景には「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。」と評価されている¹¹²。

いずれにせよ、同性カップルの関係が何らかの形で保護されるべきとされている点は、注目に値する。本件は、東京高裁に控訴された後、最高裁に上告されたが、令和3年3月17日に上告が棄却され確定している。

なお、2022年2月14日の報道によると、日本国籍の女性と6年間に渡り、日本で生活をした後に、関係を解消し別居したドイツ国籍女性が行った財産分与の申し立てについて、横浜家裁は、「日本の法律は婚姻および離婚の当事者を『夫婦』または『父母』と規定するなど異性間でのみ認めていることは明らかだ」などとしたうえで「婚姻の実質的要件を欠く場合にまで内縁の夫婦関係と認め、婚姻に関する規程を適用するのは現行の法律の解釈上困難だ」と指摘し、申し立てを却下したされる¹¹³。この様に、国内判例においては、未だ同性カップルを法的に如何に取り扱うかについては、定まっていない状態にある。

(1)宇都宮地裁真岡支部令和1年9月18日判決¹¹⁴

①事案の概要

本件は、原告が、原告と同性カップルの関係にあった被告A及び後に被告Aと婚姻した被告Bに対し、被告らが不貞行為を行った結果、原告と被告Aの同性の事実婚（内縁関係）が破綻したとして、共同不法行為に基づき損害賠償を請求した事案である。

②判旨

「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（下線筆者）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しても、同性のカップル間で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（下線筆者）（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

¹¹² 二宮周平（2021年）「同性カップルの事実婚としての法的保護」法学新報127巻3・4号、466頁。

¹¹³ <https://www3.nhk.or.jp/news/html/20220214/k10013483831000.html>（最終アクセス2022年5月19日）。

¹¹⁴ 判時2473号51頁。

することが憲法に反するとも認められない。(下線筆者)

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(下線筆者)(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。)

(2)東京高裁令和2年3月4日判決¹¹⁵

「以上の事実に照らすと、控訴人及び被控訴人の上記関係(以下「本件関係」という。)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(下線筆者)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ということが出来る(下線筆者)。したがって、控訴人及び被控訴人は、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。」

「以上の事実に照らすと、控訴人及び被控訴人の上記関係(以下「本件関係」という。)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ということが出来る。したがって、控訴人及び被控訴人は、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。」

5.2.1.2 犯罪被害者給付金

(1)名古屋地裁令和2年6月4日判決¹¹⁶

名古屋地裁令和2年6月4日判決では、同性カップルの関係が、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)における「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」に当たるか否かが争点となった。本件は、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としている点に特徴がある。さらに、本判決は、原告が主張した事実(地方公共団体によるパートナーシップ制度等)を消極的に評価し、本件処分当時の国内の状況からは、同性カップルの関係を婚姻関係と同視し得る社会通念が形成されていたとは言えないと結論付けている。しかし、社会通念を根拠とすることについては、疑問が呈されている¹¹⁷。

¹¹⁵ 判時2473号47頁。

¹¹⁶ 判タ1482号131頁

¹¹⁷ 前掲・二宮周平「同性カップルの事実婚としての法的保護」470頁以下。

渡邊泰彦(2020年)「同性カップルが犯給法5条1項1号の『事実上婚姻関係と同様の事情にあった者』に該当するか」新・判例解説Watch28号128頁。

① 事案の概要

原告男性と共同生活を継続していた男性が、原告と交際していた別の男性（以下「本件加害者」という。）に殺害された。本件は、原告が、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「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」として同号所定の「犯罪被害者の配偶者」に該当するなど主張して、遺族給付金（犯給法4条1号）の支給の裁定を申請したところ（以下「本件申請」という。）、愛知県公安委員会から、犯給法5条1項1号所定の「犯罪被害者の配偶者」とは認められないとして、遺族給付金の支給をしない旨の裁定（以下「本件処分」という。）を受けたことから、その取消しを求めた事案である。

② 判旨

「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とはできないというほかない。（下線筆者）以上のとおり、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たとはいえず、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5条1項1号）に当たると認めることはできないというべきである。」

(2)名古屋高裁令和4年8月26日判決¹¹⁸

本件は、前述した名古屋地裁令和2年6月4日判決の控訴審である。

（判旨）

「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、犯罪被害者給付金制度を含む法体系全般において、同性間の共同生活関係を、異性間の共同生活関係ないし婚姻関係と同視することが要請されるとの社会的な意識が醸成されていたとは認め難い。（下線筆者）」とし、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5条1項1号）に当たると認めることはできないとした。

(3)まとめ

両判決は、ともに同性パートナーは、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」（犯給法

¹¹⁸ 令和4年9月現在、公式判例集未掲載だが、<https://www.call4.jp/file/pdf/202208/1ed9cfb8ce74f4bc187fc8aa7790a70e.pdf> において、判決文が公開されている。

5条1項1号)に当たると認めることはできないとしている。

しかし、名古屋高裁は、「憲法24条は (下線筆者)、憲法制定時に同性婚が想定されていなかったため、このような定めとなっており、同性婚を禁止した趣旨とは解されない (下線筆者)。」とし、憲法上同性婚は禁止されていないとする。そして、性的指向については、「性的指向(性愛を抱く相手が異性か同性か)、性自認(自分の性別についてのアイデンティティ)は、生物学的基盤によるものであると解されており、自らの意思や努力によって変えることのできない属性 (下線筆者) であるというべきである。」とし、「このように自らの意思や努力によって変えることのできない生物学的基盤による属性の違いによって、結果的に別異の取扱いが生ずることについては、慎重であるべき (下線筆者) といえる。したがって、同性パートナーについて、婚姻自体は認めなくても、法的に様々な保護をする立法がされ、同性パートナーについて、異性パートナーないし異性婚姻関係と同視することが要請されるとの社会的な意識が醸成されていた場合には、犯罪被害者給付金の給付において、同性パートナーについて異なる扱いをすることが、立法府の合理的な範囲の裁量権を逸脱したと評価される可能性がある (下線筆者)。」とし、今後の社会的な意識如何によっては、憲法14条に違反する可能性があるとしている点が注目される点である。

5.2.2 結婚の自由をすべての人に訴訟

(1) 札幌地裁令和3年3月17日判決¹¹⁹

本判決は、各地裁に一斉提訴されたいわゆる婚姻の自由をすべての人に訴訟における最初の判決として、世に出たものである。そして、同性婚が認められていないことが憲法に違反するかという訴えに対する初めての判決でもある。

本判決は、性的指向に着目し、「性的指向を『人の意思によって選択・変更できない事柄』だとしそれによる区別の合憲性について厳格な審査を行う姿勢を示した点に特徴がある」と評価されている¹²⁰。そして、性的指向が人種や性別といった14条後段の列挙事由と同等のものとみなしている。この点については、特筆に値すると評価することが出来る¹²¹。

① 事案の概要

原告1及び原告2は、いずれも男性で、同性愛者であり、平成31年1月、居住地において婚姻届を提出したが、両者が同性であることを理由に不受理とされた。原告3及び原告4は、いずれも男性で、同性愛者であり、平成31年1月、居住地において婚姻届を提出したが、両者が同性であることを理由に不受理とされた。原告5及び原告6は、いずれも女性で、同性愛者であり、原告5及び原告6は、平成31年1月、居住地において婚姻届を提出したが、両者が同性であることを理由に不受理とされた。

原告らは、同性の者同士の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定は、憲法13条、14条1項及び24条に反するにもかかわらず、国が必要な立法措置を講じていないことが、国家賠償法1条1項の適用上違法であると主張し、慰謝料各100万円及びこれらに対する平

¹¹⁹判時2487号3頁。

¹²⁰毛利透(2021年)「婚姻を異性間に限ることの合憲性」、法学教室492号、127頁。

¹²¹中岡 淳(2021年)「同性間に婚姻を認めない民法及び戸籍法の諸規定の合憲性」新・判例解説 Watch vol.29 18頁。

成 29 年法律第 44 号による改正前の民法 404 条所定の年 5 分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

②判旨

・同性婚を認めないことが 24 条 2 項に違反するか

「憲法 24 条 1 項は『両性の合意』、『夫婦』という文言を、また、同条 2 項は『両性の本質的平等』という文言を用いているから、その文理解釈によれば、同条 1 項及び 2 項は、異性婚について規定しているものと解することができる。そこで、上記のような婚姻をするに
ついての自由が、同性間にも及ぶのかについて検討しなければならない。」

「同条の制定経緯に加え、同条が『両性』、『夫婦』という異性同士である男女を想起させる文言を用いていることにも照らせば、同条は、異性婚について定めたものであり、同性婚について定めるものではないと解するのが相当である。そうすると、同条 1 項の『婚姻』とは異性婚のことをいい、婚姻をするに
ついての自由も、異性婚について及ぶものと解するのが相当であるから、本件規定が同性婚を認めていないことが、同項及び同条 2 項に違反すると解することはできない。」

・同性婚を認めないことが憲法 13 条に違反するか

24 条によって、「婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解することはできない。同性婚についてみても、これが婚姻及び家族に関する事項に当たることは明らかであり、婚姻及び家族に関する個別規定である同条の上記趣旨を踏まえて解釈するのであれば、包括的な人権規定である同法 13 条によって、同性婚を含む同性間の婚姻及び家族に関する特定の制度を求める権利が保障されていると解するのは困難である。」

「同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もあると考えられ、同性婚という制度を、憲法 13 条の解釈のみによって直接導き出すことは困難である。」

「したがって、同性婚を認めない本件規定が、憲法 13 条に違反すると認めることはできない。」

・立法府の裁量について

「憲法 24 条 2 項は、婚姻及び家族に関する事項について、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」ており、「同条及び 13 条によって、同性間の婚姻をするに
ついての自由や同性婚に係る具体的な制度の構築を求める権利が保障されているものではないと解されることにも照らすと、立法府は、同性間の婚姻及び家族に関する事項を定めるに
ついて、広範な立法裁量を有していると解するのが相当である。」

「本件規定は、異性婚についてのみ定めているところ、異性愛者のカップルは、婚姻することにより婚姻によって生じる法的効果を受
受するか、婚姻せずそのような法的効果を受けないかを選択することができるが、同性愛者のカップルは、婚姻を欲したとしても婚姻することができず、婚姻によって生じる法的効果を受
受することはできない。そうすると、異性愛者と同性愛者との間には、上記の点で区別取扱いがあるということができる。」

「以上のことからすると、立法府が、同性間の婚姻及び家族に関する事項について広範な立法裁量を有していることは、」説示したとおりであるが、「本件区別取扱いが合理的根拠に

基づくものであり、立法府の上記裁量権の範囲内のものであるかは、検討されなければならない。」

・憲法 14 条に違反するか否か

「性的指向や婚姻の本質に照らせば、同性愛者が、その性的指向と合致しない異性との間で婚姻することができるとしても、それをもって、同性愛者と同等の法的利益を得ているとみることができないのは明らか」である。

「本件区別取扱いが合理的根拠を有するといえるかについて検討する」に、「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質（下線筆者）であるといえ、性別、人種などと同様のものということができ」、「このような人の意思によって選択・変更できない事柄に基づく区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、その立法事実の有無・内容、立法目的、制約される法的利益の内容などに照らして真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。」

「婚姻によって生じる法的効果を受取る利益は、それが異性間のものであれば、憲法 24 条がその実現のための婚姻を制度として保障していることからすると、同性愛者にとって重要な法的利益であるということが出来る。同性愛者と同性愛者の差異は、性的指向が異なることのみであり、かつ、性的指向は人の意思によって選択・変更できるものではないことに照らせば、同性愛者と同性愛者との間で、婚姻によって生じる法的効果を受取る利益の価値に差異があるとする理由はなく、そのような法的利益は、同性愛者であっても、同性愛者であっても、等しく享有し得るものと解するのが相当である。」

「したがって、本件区別取扱いは、このように同性愛者であっても同性愛者であっても、等しく享有し得る重要な利益である婚姻によって生じる法的効果を受取る利益について、区別取扱いをするものとみることが出来る。」

「本件規定の目的は正当であるが、そのことは、同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果の一切を受取るものとする理由になるとは解されない。」

「同性愛と同性愛の差異は性的指向の違いのみであることからすれば、同性愛者であっても、その性的指向と合致する同性との間で、婚姻している同性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができると解される。」

同性愛が精神疾患であることが「完全に否定されるに至った現在において、本件規定が、同性愛者が同性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨・目的まで有するものと解するのは相当ではない。なぜなら、仮にそのように解したときには、本件規定は、誤った知見に基づいて同性愛者の利益を否定する規定と解さざるを得なくなるからである。」

24 条が異性婚についてのみ定めた理由及び 24 条が、「異性婚について定めるものであり、同性婚について触れるものではないことも併せ考慮すれば、同条は、同性愛者が同性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨まで有するものとは解されない。」

「以上のとおり、本件規定の目的や憲法 24 条の趣旨に照らせば、これらの規定は、同性愛者のカップルに対する一切の法的保護を否定する理由となるものとはいえない。」

「性的指向による区別取扱いを解消することを要請する国民意識が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうこと」は、本件区別取扱いが合理的根拠を有するといえるかを検討するに当たって考慮すべき事情であるといえる。」

諸外国における同性婚又は同性間の登録パートナーシップ制度の導入、諸外国において同性婚を認めない法制は憲法に反するとする司法判断が示されていること、我が国に所在する外国団体の懸念は、「諸外国及び地域において、同性愛が精神疾患ではないとの知見が確立されて以降、同性愛者のカップルと異性愛者のカップルとの間の区別取扱いを解消するという要請が高まっていることを示すものといえ、このことも、本件区別取扱いが合理的根拠を有するといえるかを検討するに当たって考慮すべき事情であるといえる。」

「同性婚に対する否定的な意見や価値観が形成され続けてきたことに照らせば、そのような意見や価値観を持つ国民が少なからずいることもまた考慮されなければならない。」

「立法府は、異性婚と同様の同性婚を認めるかについてその裁量権を行使するに当たり、上記のような否定的な意見や価値観を有する国民が少なからずいることを斟酌することができるものといえる。」

「同性愛はいかなる意味でも精神疾患ではなく、自らの意思に基づいて選択・変更できるものでもないことは、現在においては確立した知見になっている。」

「圧倒的多数派である異性愛者の理解又は許容がなければ、同性愛者のカップルは、重要な法的利益である婚姻によって生じる法的効果を受取る利益の一部であってもこれを受け得ないとするのは、同性愛者のカップルを保護することによって我が国の伝統的な家族観に多少なりとも変容をもたらすであろうことを考慮しても、異性愛者と比して、自らの意思で同性愛を選択したのではない同性愛者の保護にあまりにも欠けるといわざるを得ない。」

「性的指向による区別取扱いを解消することを要請する国民意識が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうこと、外国において同様の状況にあることも考慮すれば、」同性愛を精神疾患の1つとし、禁止すべきものとする知見が存在していたことは、「立法府がその裁量権を行使するに当たって斟酌することができる一事情ではあるといえるものの、同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部であってもこれを受取る法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌されるべきものといわざるを得ない。」

「諸事情を総合して、本件区別取扱いの合理的根拠の有無について検討する。」

「本件区別取扱いは、人の意思によって選択・変更できない事柄である性的指向に基づく区別取扱いであるから、これが合理的根拠を有するといえるかについては、慎重な検討を要するところ」、「婚姻によって生じる法的効果を受取ることは法的利益であって、同性愛者であっても異性愛者であっても、等しく享受し得る利益と解すべきであり、本件区別取扱いは、そのような性質の利益についての区別取扱いである。」

「この点につき、本件区別取扱いは本件規定から導かれる結果である」が、「本件規定の目的そのものは正当であるが、昭和22年民法改正当時は正しいと考えられていた同性愛を精神疾患として禁圧すべきものとする知見は、平成4年頃には完全に否定されたことに照らせば、同性婚について定めていない本件規定や憲法24条の存在が同性愛者のカップルに

対する一切の法的保護を否定する理由となるものではない。そうであるにもかかわらず、本件規定により、同性愛者と異性愛者との間で、その性的指向と合致する者との間で婚姻することができるか否かという区別が生じる結果となっている。」

「立法府が、同性間の婚姻や家族に関する事項を定めるについて有する広範な立法裁量の中で上記のような事情を考慮し、本件規定を同性間にも適用するには至らないのであれば、そのことが直ちに合理的根拠を欠くものと解することはできない。」

しかしながら、「異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかなく、いかなる性的指向を有する者であっても、享有し得る法的利益に差異はないといわなければならない。そうであるにもかかわらず、本件規定の下にあっては、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段が提供されていないのである。」

「本件区別取扱いの合理性を検討するに当たって、我が国においては、同性愛者のカップルに対する法的保護に肯定的な国民が増加し、同性愛者と異性愛者との間の区別を解消すべきとする要請が高まりつつあり、諸外国においても性的指向による区別取扱いを解消する要請が高まっている状況があることは考慮すべき事情である一方、同性婚に対する否定的意見や価値観を有する国民が少なからずいることは、同性愛者に対して、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないことを合理的とみるか否かの検討の場面においては、限定的に斟酌すべきものというべきである。」

「以上のことからすれば、本件規定が、異性愛者に対しては婚姻という制度を利用する機会を提供しているにもかかわらず、同性愛者に対しては、婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しないとしていることは、立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、その裁量権の範囲を超えたものであるといわざるを得ず、本件区別取扱いは、その限度で合理的根拠を欠く差別取扱いに当たると解さざるを得ない。」

「したがって、本件規定は、上記の限度で憲法14条1項に違反すると認めるのが相当である。」

(2)大阪地裁令和4年6月20日判決¹²²

本件は、札幌地裁判決に続く2件目の同性婚が争点となった判決である。

①事案の概要

本件は、同性の者との婚姻届を提出したが、両者が同性であることを理由に不受理とされた原告らが、同性間の婚姻を認めていない民法及び戸籍法の規定は、憲法24条、13条、14条1項に違反するにもかかわらず、被告が必要な立法措置を講じていないことが国家賠償法1条1項の適用上違法である旨を主張して、被告に対し、慰謝料及び遅延損害金の支払を求めた事案である。

②判旨

・本件諸規定が憲法24条1項又は13条に違反するかについて

「憲法24条1項においては、婚姻は「両性の合意」のみに基づいて成立する旨が規定さ

¹²² ウェストロー文献番号 2022WLJPCA06206001。

れ、婚姻をした当事者については「夫婦」との文言が用いられており、同条2項においても「両性の本質的平等」との文言が用いられている。このような「両性」や「夫婦」の文言は、婚姻が男女から成ることを意味するものと解するのが通常解釈であって、上記条文中に、これらが同性の概念を含む意味で用いられていることをうかがわせる文言は見当たらない。憲法その他の法令において、上記の文言を、同性を含む意味として用いられている例も見当たらない。」

「憲法24条の文理や制定経緯等に照らすと、同条1項における「婚姻」は、異性間の婚姻のみを指し、同性間の婚姻を含むものではないと認めるのが相当である。」

「そうすると、憲法24条1項が同性間の婚姻について規定していない以上、同条により社会制度として設けることが求められている婚姻は異性間のもののみであるといえ、同項から導かれる婚姻をするについての自由も、異性間についてのみ及ぶものと解される。」

「以上によれば、本件諸規定が憲法24条1項に違反するということとはできないというべきである」

「同性愛と異性愛が単なる性的指向の違いに過ぎないことが医学的にも明らかになっている現在、同性愛者にも異性愛者と同様の婚姻又はこれに準ずる制度を認めることは、憲法の普遍的価値である個人の尊厳や多様な人々の共生の理念に沿うものでこそあれ、これに抵触するものでないといえることができる。しかも、近年の各種調査結果からは、我が国でも、同性愛に対する理解が進み、同性カップルに何らかの法的保護を与えるべきとの見解を有する国民が相当程度の数まで増加していることがうかがわれる。」

「以上によれば、憲法24条1項が異性間の婚姻のみを定めているからといって、同性間の婚姻又はこれに準ずる制度を構築することを禁止する趣旨であるとまで解するべきではない。そこで、本件諸規定については、憲法24条1項に違反しないとしても、同項の上記解釈を前提として、同条2項適合性を検討することが相当である。」

・憲法13条に違反するかについて

「婚姻及び家族に関する事項は、憲法24条2項に基づき法律によって具体的な内容を規律するものとされているから、婚姻及び家族に関する権利利益等の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ、法律によって定められる制度に基づき初めて具体的に捉えられるものである。そうすると、婚姻をするについての自由は、憲法の定める婚姻を具体化する法律に基づく制度によって初めて個人に与えられるか、又はそれを前提とした自由であり、生来的、自然権的な権利又は利益であるということとはできない。」

「したがって、憲法24条が異性間の婚姻のみを定めており、これを前提とする婚姻制度しか存在しない現行法の下では、同性間で婚姻をするについての自由が憲法13条で保障されている人格権の一内容であるとはいえない。また、包括的な人権規定である同条によって、同性間の婚姻制度を含む特定の制度を求める権利が保障されていると解することもできない。よって、本件諸規定が憲法13条に反するとはいえない。」

・憲法24条2項において考慮すべき権利利益について

「そもそも婚姻とは、二当事者の永続的かつ真摯な精神的・肉体的結合関係について法的承認が与えられるとともに、その地位に応じて法律上の効果が生ずることにより様々な法的保護等の利益を享受し得る制度であるところ、婚姻をした当事者が享受し得る利益には、相続や財産分与等の経済的利益等のみならず、当該人的結合関係が公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについての利益（以下「公認に係る利益」という。）なども含まれる。特に、公認に係る利益は、婚姻した当事者が将来にわたり安心して安定した共同生活を営むことに繋がるものであり、我が国において法律婚を尊重する意識が浸透していることや、近年、婚姻に関する価値観が多様化していること等をも踏まえれば、自己肯定感や幸福感の源泉といった人格的尊厳に関わる重要な人格的利益（下線筆者）ということができる。このような人格的利益の有する価値は、異性愛者であるか同性愛者であるかによって異なるものではない。そうすると、同性愛者に対して同性間で婚姻をするについての自由が憲法上保障されているとまではいえないものの、当該人的結合関係についての公認に係る利益は、その人格的尊厳に関わる重要な人格的利益として尊重されるべきものということができる。このような人格的利益は、後記(3)のとおり、本件諸規定が憲法24条2項で認められている立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると解される。」

・本件諸規定が憲法24条2項に違反するかについて

「本件諸規定の憲法24条2項適合性について、本件諸規定により異性間の婚姻のみを対象とする現行の婚姻制度の趣旨及び影響を踏まえて検討する。」

「本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としているのは、婚姻を、単なる婚姻した二当事者の関係としてではなく、男女が生涯続く安定した関係の下で、子を産み育てながら家族として共同生活を送り次世代に承継していく関係として捉え、このような男女が共同生活を営み子を養育するという関係に、社会の自然かつ基礎的な集団単位としての識別、公示の機能を持たせ、法的保護を与えようとする趣旨によるものと考えられる。このような婚姻の趣旨は、我が国において、歴史的、伝統的に社会に定着し、社会的承認を得ているということができる。以上によれば、本件諸規定が異性間の婚姻のみを婚姻として特に保護する制度を構築した趣旨には合理性があるというべきである。」

「本件諸規定が異性間の婚姻のみを対象としていることについては、その趣旨には合理性があり、その影響も、これにより生ずる同性カップルと異性カップルの間の享受し得る利益の差は契約等により一定の範囲では緩和され得るということではあるものの、公認に係る利益のような個人の尊厳に関わる重要な利益を同性カップルは享受し得ないという問題はなお存在するということができる。」

「しかしながら、同性カップルについて公認に係る利益を実現する方法は、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める方法（前記(2)ア(ウ)のとおり憲法24条1項も同性間の婚姻を禁止までするものではない。）に限るものではなく、これとは別の新たな婚姻類似の法的承認の制度（これは、「登録パートナーシップ制度」と名付けることもできれば、

「同性婚」と名付けることもできるものである。)を創設するなどの方法によっても可能である。そして、現行の婚姻制度を構成している本件諸規定は、単に異性間の婚姻制度を定めたというにすぎないものであるから、同性間について婚姻以外の婚姻類似の公的承認の制度を創設することを何ら妨げるものではない。我が国でも、既に多くの地方公共団体では、同性カップルについて登録パートナーシップ制度と呼ばれる公的承認及び部分的な保護の制度が導入され、多くの同性カップルがこの制度を自分達の公認の方法として希望して利用していることが認められる。これは、法律上の制度ではないものの、国民の間でも一つの社会の制度として認知されてきているということができる。」

「このように、個人の尊厳の観点からは同性カップルに対しても公認に係る利益を実現する必要があるといえるものの、その方法には様々な方法が考えられるのであって、そのうちどのような制度が適切であるかについては、現行法上の婚姻制度のみならず、婚姻類似の制度も含め、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や、各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上で民主的過程において決められるべきものである。」

「以上の点を総合的に考慮すると、上記のような状況において、同性カップルの公認に係る利益の実現のためにどのような制度が適切であるかの議論も尽くされていない現段階で、直ちに本件諸規定が個人の尊厳の要請に照らして合理性を欠くと認めることはできない。よって、本件諸規定が、立法裁量の範囲を逸脱するものとして憲法24条2項に違反するということはできない(なお、上記のような国民的議論を経た上で、国会が本件諸規定を改廃し、同性間の婚姻制度を構築するという選択をすることも可能であることはいうまでもないが、このことと、本件諸規定が憲法24条に違反するか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。)」

「以上のとおりであるから、同性カップルの公認に係る利益の実現のためには、現行法上の婚姻制度そのものを適用する方法のみならず婚姻類似の制度を含めた幅広い検討がされるべきで、同性愛者らの中でもなお様々な意見があることにも照らすと、原告らが希望していないという理由だけで、婚姻類似の制度を構築するという選択肢を検討する余地がおよそなくなるとはいえない。」

・憲法14条に違反するか

「本件諸規定は、その文言上、婚姻の成立要件として当事者に特定の性的指向を有することを求めるものではなく、当事者が特定の性的指向を有することを理由に婚姻を禁止するものでもないから、その趣旨、内容や在り方自体が性的指向に応じて婚姻制度の利用の可否を定めているものとはいえない。しかし、婚姻の本質は、自分の望む相手と永続的に人的結合関係を結び共同生活を営むことにある以上、同性愛者にとっては、異性との婚姻制度を形式的には利用することができたとしても、それはもはや婚姻の本質を伴ったものではないのであるから、実質的には婚姻をすることができないのと同じであり、本件諸規定はなお、同性愛者か異性愛者かによって、婚姻の可否について区別取扱いをしているというべきであって、これを単なる事実上の結果ということとはできない。」

「かえって、本件区別取扱いは、上記のとおり、性的指向という本人の意思や努力によ

っては変えることのできない事柄によって、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を実質的に利用できるか否かについて区別取扱いをするものであることからすると、本件区別取扱いの憲法適合性については、このような事柄の性質を考慮して、より慎重に検討される必要がある。」

「本件諸規定は、憲法24条2項が、異性間の婚姻についてのみ明文で婚姻制度を立法化するように要請していることに応じ、個人の尊厳や両性の本質的平等に配慮した異性間の婚姻制度を構築したものと認められ、その趣旨目的は、憲法の予定する秩序に沿うもので、合理性を有していることは既に述べたとおりである。そして、本件諸規定が同性間の婚姻制度については何ら定めていないために本件区別取扱いが生じているものの、このことも、同条1項は、異性間の婚姻については明文で婚姻をするについての自由を定めている一方、同性間の婚姻については、これを禁止するものではないとはいえ、何らの定めもしていない以上、異性間の婚姻と同程度に保障しているとまではいえないことからすると、上記立法目的との関連において合理性を欠くとはいえない。したがって、本件諸規定に同性間の婚姻制度が規定されていないこと自体が立法裁量の範囲を超えるものとして憲法14条1項に違反するとはいえない。」

「同性愛者と異性愛者との間に存在する、自らが望む相手との人格的結合関係について享受し得る利益の差異の程度が、憲法14条1項の許容する合理的な立法裁量の範囲を超えるものではないかについてはなお慎重に検討すべきといえることができる。」

「同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるかについては前記のとおりなお議論の過程にあること、同性愛者であっても望む相手と親密な関係を築く自由は何ら制約されておらず、それ以外の不利益も、民法上の他の制度（契約、遺言等）を用いることによって相当程度解消ないし軽減されていること、法制度としては存在しないものの、多くの地方公共団体において登録パートナーシップ制度を創設する動きが広がっており、国民の理解も進んでいるなど上記の差異は一定の範囲では緩和されつつあるといえること等（前記2(3)イ(イ)) からすると、現状の差異が、憲法14条1項の許容する国会の合理的な立法裁量の範囲を超えたものであるとは直ちにはいい難い。」

「また、仮に上記の差異の程度が小さいとはいえないとしても、その差異は、既に述べたように、本件諸規定の下においても、婚姻類似の制度やその他の個別的な立法上の手当てをすることによって更に緩和することも可能であるから、国会に与えられた裁量権に照らし、そのような区別に直ちに合理的な根拠が認められないことにはならない。」

「以上のとおりであるから、本件区別取扱いが憲法14条1項に違反すると認めることはできない。」

(3)小括

2022年9月現在において、結婚の自由をすべての人に訴訟において判決が出されたのは、札幌地裁、大阪地裁のみである。前者は、憲法14条違反としたのに対し、後者は、憲法14条に違反しないと判断した。

①憲法 24 条の解釈について

両判決ともに、憲法 24 条は、異性婚のみを対象としており、同性婚は対象とならないとしている。また、札幌地裁は、「同性愛者が異性愛者と同様に上記婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に、これに対する一切の法的保護を否定する趣旨まで有するものは解されない。」とし、大阪地裁は、「憲法 24 条 1 項が異性間の婚姻のみを定めているからといって、同性間の婚姻又はこれに準ずる制度を構築することを禁止する趣旨であるとまで解すべきではない。」とし、両判決ともに、同性カップルの関係を法的に承認することは、憲法上禁止されていないとする。

②性的指向の捉え方と憲法 14 条の審査基準について

両判決の結論を左右したのは、性的指向の捉え方の違いによるものである。

札幌地裁は、「性的指向は、自らの意思に関わらず決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様」のものとする一方で、大阪地裁は、「性的指向という本人の意思や努力によっては変えることのできない事柄」とする。両者は、性的指向を自らの意思によらない性質とする点は共通するが、札幌地裁は、さらに「性別、人種などと同様」とまで表現する。

性的指向に対する両者の評価の違いは、審査基準に影響を及ぼしている。札幌地裁は、「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない。」とし、大阪地裁は、「このような事柄の性質を考慮して、より慎重に検討される必要がある。」とする。札幌地裁は、性的指向を性別、人種と同様と捉えることで厳しい審査基準を採用している。大阪地裁は、札幌地裁よりも性的指向を低く見積もっている為、その審査基準は、札幌地裁の審査基準よりも甘いものとなっている。

また、憲法 14 条に違反するかの判断に当たり、札幌地裁は、考慮すべき要素として、「性的指向による区別取扱いを解消することを要請する国民意識が高まっていること、今後もそのような国民意識は高まり続けるであろうこと」、「諸外国における同性婚又は同性間の登録パートナーシップ制度の導入、諸外国において同性婚を認めない法制は憲法に反するとする司法判断が示されていること、我が国に所在する外国団体の懸念」を挙げるが、大阪地裁はこれらを考慮要素としてはいないという違いがある。

5.3 小括 国内判例における同性カップル

最高裁判例を検討した結果、最高裁が想定する家族とは、法律婚によって形成される男女の夫婦とその間に生まれた嫡出子ということであることが判明した。しかし、非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、社会の変遷が決定に大きな影響を及ぼしていることから、家族に関する規定の解釈には、社会の変遷による影響も無視できず、今後最高裁の「家族像」が変容する可能性も否定できない。さらに、同性カップルについて言えば、再婚禁止期間違憲決定において、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」と表現していることから、最高裁は、同性婚容認の余地を残したとも解釈することも可能であることが判明した。

下級審判決を検討した結果、性的マイノリティ及び LGBT が当事者となった事例が増加していること、札幌地裁令和 3 年 3 月 17 日判決を筆頭に同性カップルの権利を保障する判決が出されているということを確認することが出来た。特に、札幌地裁令和 3 年 3 月 17 日判決では、性的指向が性別、人種などと同様のものとされ、合理的根拠の判断に当たっては、「真にやむを得ない区別取扱であるか否かの観点から慎重にされなければならない」としている点が注目に値する。さらに、本博士論文において検討した下級審判決はいずれも憲法 24 条は同性婚等により同性カップルの関係を法的に承認することを禁止していないとしている。

以上の検討結果から、最高裁は、同性カップルの関係を法的に承認することについて否定的であるとは必ずしも言えないこと、下級審判決においては、同性カップルの権利を保障する流れが生まれていること、憲法 24 条が同性婚等による同性カップルの関係の法的承認を禁止していないと解釈していること、性的指向に基づく差別に対して厳しい審査基準も用いているものがあること、を述べることが出来る。この国内判例における状況から、入管法上、同性カップルを異性カップルと異なる扱いをすることの合理性が失われていることを示す国内の状況が存在するということが言える。

6 入管法における同性カップル

入管法は、「わが国の外国人の受け入れに関する政策に基づいて、入国・在留を認める外国人を、在留活動の観点から類型化」して定めており¹²³、入管法 2 条の 2 第 1 項¹²⁴により、外国人は、在留資格がなければ他の法律に特別な規定があることを除き、本邦に在留することができないとされる。

入管法における上記の在留資格の定めにより、日本国内で同性カップルが生活を共にすることを望む場合、入管法及び他の法律により特別に定められた在留資格を有する必要がある。同性カップルの関係性が長期間に及ぶもの、強い結びつきによるものであった場合は、安定的な生活を維持していくことの重要性が高まり、継続的な在留を保障する在留資格がより重要となってくる。「6 入管法における同性カップル」では、入管法及び入管法実務における異性カップルを検討するとともに、それらのうちの同性カップルの位置づけを確認し、両者の異同を明らかにする。

¹²³ 多賀谷一照、高宅茂（平成 27 年）『入管法大全—立法経緯・判例・実務運用—第 2 部 在留資格』、日本加除出版、1 頁。

¹²⁴ （在留資格及び在留期間）

第二条の二 本邦に在留する外国人は、出入国管理及び難民認定法及び他の法律に特別の規定がある場合を除き、それぞれ、当該外国人に対する上陸許可若しくは当該外国人の取得に係る在留資格（高度専門職の在留資格にあつては別表第一の二の表の高度専門職の項の下欄に掲げる第一号イからハまで又は第二号の区分を含み、特定技能の在留資格にあつては同表の特定技能の項の下欄に掲げる第一号又は第二号の区分を含み、技能実習の在留資格にあつては同表の技能実習の項の下欄に掲げる第一号イ若しくはロ、第二号イ若しくはロ又は第三号イ若しくはロの区分を含む。以下同じ。）又はそれらの変更に係る在留資格をもつて在留するものとする。

6.1 入管法における異性カップル

入管法には、異性カップルを想定した在留資格が定められている。以下では、それらの概要を示し、入管法における異性カップルの位置づけを明確化する¹²⁵。

6.1.1 外国籍を有する者同士の異性カップル

(1) 在留資格「永住者の配偶者等」

入管法別表2により、永住者等の配偶者又は永住者等の子として本邦で出生しその後引き続き本邦に在留している者には、在留資格「永住者の配偶者等」が与えられる。同在留資格における配偶者に該当するか否かの判断基準は、後述する在留資格「日本人の配偶者等」における配偶者と同様である。

(2) 在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」は、一定の在留資格を有して日本に在留する外国人の扶養家族を受け入れるために設けられたものである¹²⁶。

入管法別表1の4は、「一の表、二の表又は三の表の上欄の在留資格（外交、公用、特定技能（二の表の特定技能の項の下欄第一号に係るものに限る。）、技能実習及び短期滞在を除く。）をもって在留する者又はこの表の留学の在留資格をもって在留する者の扶養を受ける配偶者又は子として行う日常的な活動」を行う者に対し、在留資格「家族滞在」を定めている。配偶者とは、「これらの在留資格を有する者と現に婚姻している外国人であり、婚姻は法的に有効に成立している必要があり、内縁の配偶者は、配偶者とはされず¹²⁷、パートナーである配偶者と離婚、死別した者は対象とされない。また、「家族滞在」は原則として、その扶養者である配偶者が日本に在留する間に限って、日本に在留することが認められる在留資格である¹²⁸。

よって、異性カップルの場合、婚姻が法的に有効であれば、在留資格「家族滞在」が認められ得る。

(3) 在留資格「外交」「公用」

入管法別表第一は、「日本国政府が接受する外国政府の外交使節団若しくは領事機関の構成員、条約若しくは国際慣行により外交使節と同様の特権及び免除を受ける者又はこれらの者との同一の世帯に属する家族の構成員としての活動」として在留資格「外交」を設けている。

また同表において、「日本国政府の承認した外国政府若しくは国際機関の公務に従事する者又はその者との同一の世帯に属する家族の構成員としての活動」として「公用」の在留資格を設けている。

¹²⁵ 在留資格の分類については、山田鎌一・黒木忠正・高宅茂 著（2017年）『よくわかる入管法第4版』、有斐閣、85頁以下の分類を参考としている。

¹²⁶ 坂中英徳、齋藤利男（平成24年）『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第4版）』、日本加除出版、138頁。

¹²⁷ 出入国管理法令研究会編著（2021年）『入管関係法大全Ⅱ在留資格 立法経緯・判例・実務運用（第2版）』日本加除出版、281頁。

¹²⁸ 前掲・坂中英徳、齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第4版）』140頁。

(4)在留資格「特定活動」

入管法7条1項2号により、入管法別表第1の在留資格により在留する外国人の配偶者としての活動が定められており、これらの活動に該当する場合、異性パートナーには、在留資格が認められる余地がある。

6.1.2 日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル

6.1.2.1 在留資格における異性パートナー

(1)在留資格「日本人の配偶者等」

入管法別表2は、日本人の配偶者等を「日本人の配偶者若しくは特別養子又は日本人の子として出生した者」と定義している。日本人の配偶者等の在留資格が定められている理由は、「配偶者である日本人との婚姻生活を本邦において営むために在留する外国人を受け入れるため」とされている¹²⁹。

在留資格「日本人の配偶者等」中の日本人の配偶者に該当するためには、現に日本人と婚姻している必要がある。よって、たとえ日本人と婚姻したとしても、その後当該日本人と離婚したり、死別したりした場合は、日本人の配偶者等には含まれないとされている¹³⁰。また、婚姻は、法的に有効に成立していることが必要であり、内縁の配偶者は日本人の配偶者には含まれないとされる¹³¹。また、「在留資格を設けた趣旨・目的からすると、ここにいう『日本人の配偶者』は、日本人と法律上婚姻関係にある外国人であって、夫婦としての同居・協力・扶助の活動を行って本邦に在留するものに限られる。その意味では、入管法上の『日本人の配偶者』の意義は、夫婦の身分関係・財産関係など私法関係を規律する民法上の配偶者の概念と必ずしも一致するものではない。」とされている¹³²。さらに、最高裁平成14年10月17日判決（以下、最高裁平成14年判決）により、婚姻が法的に有効に成立していることに加え、社会通念上の夫婦の共同生活を営んでいる婚姻の実体を伴った日本人の配偶者としての活動も要求されるとされる。また、最高裁平成14年判決は、在留資格「日本人の配偶者等」の意義について、「当該外国人が、日本人との間に、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営むことを本質とする婚姻という特別な身分関係を有する者として本邦において活動しようとすることに基づくものと解される。」としている¹³³。

(2)在留資格「定住者」

「定住者」の在留資格は、特別な理由を考慮して居住を認めるのが相当である外国人を受け入れるために設けられた。入管法別表2は、「法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者」のための在留資格とする。

「定住者」には、定住者告示によってあらかじめ定める地位を有する者である告示定住と定住者告示によって定められた地位を有する者としての活動には当たらないが、定住者資

¹²⁹ 前掲・『入管関係法大全Ⅱ在留資格 立法経緯・判例・実務運用（第2版）』364頁。

¹³⁰ 同書365頁。

¹³¹ 同書。

¹³² 前掲・坂中英徳、齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第4版）』160頁。

¹³³ 判例タイムズNo1109、116頁。

格が認められる者である告示外定住に分類される。

定住者告示には、第三国定住による難民の受け入れ対象者や日系人に係る地位が定められている。

異性パートナーの場合、定住者告示による在留資格「定住者」を与えられ得るのは、定住者告示 5 号により、「日本人の配偶者等の在留資格をもって在留する者で日本人の子として出生したものの配偶者」、「日本人の子として出生した者の実子であって素行が善良であるものの配偶者」として在留資格が認められる余地がある。

6.1.2.2 入管実務における「日本人の配偶者」

(1) 「入国・在留審査要領」

出入国在留管理庁にて使用されている「入国・在留審査要領」によると、法律上の婚姻関係の成立に加え、社会通念上の夫婦の共同生活を営むという婚姻の実体が伴っていることを要するとされている。そして、「社会通念上の夫婦の共同生活を営むといえるためには、合理的な理由がない限り、同居して生活していることを要する。」とされている¹³⁴。審査時には、当該婚姻が実体を伴うものであるか否かを判断するための提出資料として、①戸籍謄本、②住民票、③納税証明書、④身元保証書などの提出が求められる。ほかに、「配偶者の在職事実、配偶者の前妻又は前夫の住所、ガス・電気等の光熱費の契約状況及び使用量、携帯電話、固定電話の契約状況等について実態調査が行われる」こともあるようである¹³⁵。

(2) 「在留特別許可のガイドライン」における「日本人の配偶者等」¹³⁶

「在留特別許可のガイドライン」は、第 3 次出入国管理基本計画（平成 17 年 3 月）により、「在留特別許可の透明性を高める」ことを目的として策定され、平成 21 年に改訂されている。入国管理局は、同ガイドラインについて、「在留特別許可の許否の判断に当たっては、個々の事案ごとに、在留を希望する理由、家族状況、素行、内外の諸情勢、人道的な配慮の必要性、更には我が国における不法滞在者に与える影響等、諸般の事情を総合的に勘案して行う」とし、その際、考慮する事項及び在留特別許可方向で検討する例、退去方向で検討する例を公表している。

考慮する事項は、積極要素と消極要素に大別される。さらに、これらの要素を、特に考慮する要素とその他の要素として区別している。同ガイドラインでは、日本人と法的に婚姻が成立していることを特に考慮する積極要素とされている¹³⁷。

考慮する要素と在留特別許可の許否判断の関連については、「上記の積極要素及び消極要素として掲げている各事項について、それぞれ個別に評価し、考慮すべき程度を勘案した上、積極要素として考慮すべき事情が明らかに消極要素として考慮すべき事情を上回る 場合

¹³⁴ 審査要領 28-1.

¹³⁵ 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』456 頁。

¹³⁶ <https://www.moj.go.jp/isa/content/930002524.pdf>（最終アクセス 2022 年 5 月 19 日）。

¹³⁷ 「当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻が法的に成立している場合（退去強制を免れるために、婚姻を仮装し、又は形式的な婚姻届を提出した場合を除く。）であって、次のいずれにも該当すること ア 夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力して扶助していること イ 夫婦の間に子がいるなど、婚姻が安定かつ成熟していること」

には、在留特別許可の方向で検討することとなる。したがって、単に、積極要素が一つ存在するからといって在留特別許可の方向で検討されるというものではなく、また、逆に、消極要素が一つ存在するから一切在留特別許可が検討されないというものでもない。」とした上で、在留特別許可方向で検討する例として、「当該外国人が、日本人又は特別永住者と婚姻し、他の法令違反がないなど在留の状況に特段の問題がないと認められること」があげられている。

以上のように、ガイドラインにおいては、日本人と法的に婚姻していることが積極要素として考慮されており、日本人との婚姻に対する一定の配慮が見られる。

(3) 「在留特別許可された事例」における「日本人の配偶者等」

前述したガイドラインに加えて、出入国在留管理庁は、在留特別許可をした事例とされなかった事例を公表している¹³⁸。「配偶者が日本人である場合」で不許可とされた事例としては、同居・婚姻の実態に疑義がもたれたもの、入管法違反以外（例 覚せい剤取締法違反等）の違反歴がある者などがあるようである。

(4) 在留特別許可が認められ得る類型における異性パートナー

「これまで蓄積された実務運用や法務省入国管理局による在留特別許可に係るガイドラインから、在留特別許可が認められる場合について、ある程度、分析して類型化すること」が可能とされる¹³⁹。現在の実務運用上、在留特別許可が認められる可能性のある程度高類型は7つあるとされ、このうちのひとつとして、「日本人、特別永住者、『永住者』、『定住者』と法的に婚姻が成立しており、婚姻信憑性の立証が十分になされている場合」が挙げられている¹⁴⁰。

6.2. 入管法における同性カップル

6.2.1 外国籍を有する者同士の同性カップル

(1) 在留資格「特定活動」

在留資格「特定活動」とは、入管法別表1の5により、入管法別表第1の1から4までの表に掲げる活動以外の活動を行おうとする外国人を受け入れるために設けられたも

¹³⁸法務省入国管理局（平成22年4月）「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について」

https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyukan_nyukan25.html#:~:text=%E2%97%8B%20%E5%9C%A8%E7%95%99%E7%89%B9%E5%88%A5%E8%A8%B1%E5%8F%AF%E3%81%95%E3%82%8C%E3%81%9F%E4%BA%8B%E4%BE%8B,-%E7%99%BA%E8%A6%9A%E7%90%86%E7%94%B1&text=%E5%AE%B6%E6%97%8F%E5%85%A8%E5%93%A1%E3%81%A7%E5%87%BA%E9%A0%AD%E7%94%B3%E5%91%8A%E3%81%97%E3%81%9F%E3%82%82%E3%81%AE%E3%80%82&text=%E5%AE%B6%E6%97%8F%E5%85%A8%E5%93%A1%E3%81%A7%E5%87%BA%E9%A0%AD%E7%94%B3%E5%91%8A,%E5%85%A5%E7%AE%A1%E3%81%AB%E5%BC%95%E6%B8%A1%E3%81%95%E3%82%8C%E3%81%9F%E3%80%82&text=%E5%AE%B6%E6%97%8F%E5%85%A8%E5%93%A1%E3%81%A7%E5%87%BA%E9%A0%AD%E7%94%B3%E5%91%8A%E3%81%9F%E3%82%82%E3%81%AE%E3%80%82（最終アクセス2022年5月19日）。

¹³⁹ 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』676頁。

¹⁴⁰ 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』676～677頁。

のである¹⁴¹。

通知平成 25 年 10 月 18 日管在 5357 号¹⁴²により、「人道的観点から、外国人同士の同性婚については、当該外国人当事者の各本国において有効に成立している場合は、本体者に在留資格があれば、その同性配偶者に告示外特定活動としての「特定活動」への在留資格変更が許可する」とされていることから、対象者の本国において有効に同性婚が成立しているカップルに対しては、特定活動として在留資格が認められることとなっている。但し、特定活動の在留資格が認められるためには、両当事者の本国において同性婚が認められている必要があり、片方の当事者の本国においてのみ、同性婚が認められている場合には、適用されない。また、当事者の本国において、同性婚が認められておらず、同性パートナーシップのみが認められている場合は、対象外となる。

なお、同性パートナーシップについては、平成 31 年度・令和元年度国家戦略特区ワーキンググループにおいて、同性パートナーの在留に係る特例の創設について、議論がなされている¹⁴³。

関係省庁によるヒアリングの場で配布された資料によると、同特例の創設については、2017 年 6 月 22 日、国際金融都市・東京の実現に向けた外資系金融機関 CEO 等との意見交換会にて、外資系金融機関 CEO の「多様な外国人材を活用するためには、同性パートナーにも異性パートナーと同様に在留を取扱うことにより、アジアの他の金融都市にない強みとして、東京へ高度金融人材の流入を促す」との発言が発端となったものであるとされている。

平成 29 年 9 月 5 日、第 31 回国家戦略特別区域諮問会議での東京都知事提案では、高度外国人材の受入促進による金融系外国企業等の進出の加速化「ダイバーシティ実現の観点から、同性パートナーの在留に係る特例が必要とされた。特例の例として、「入国・在留審査上、パートナーシップ制度に基づく登録を行った同性パートナーについて、同性婚の配偶者と同様の扱いとすること」をあげ、同性婚の配偶者についても、現在の通知によるものではなく、告示で明確に規定することが望ましい。」としている。

外国籍を有する者同士の同性カップルに対する保障が拡充される点については、意義の

¹⁴¹ 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』538 頁。

¹⁴² 法務省管在第 5357 号 平成 25 年 10 月 18 日 地方入国管理局長殿 地方入国管理局支局長殿 法務省入管管理局 入国在留課長石岡邦章 同性婚の配偶者に対する入国・在留審査について（通知） 「在留資格『家族滞在』、『永住者の配偶者等』等という『配偶者』は、我が国の婚姻に関する法令においても有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者であり、外国で有効に成立した婚姻であっても同性婚による配偶者は含まれないところ、本年 5 月にフランスで『同性婚法』が施行されるなど近時の諸外国における同性婚に係る法整備の実情等を踏まえ、また、本国で同性婚をしている者について、その者が本国と同様に我が国においても安定的に生活できるよう人道的観点から配慮し、今般、同性婚による配偶者については、原則として、在留資格『特定活動』により、入国・在留を認めることにしました。ついては、本国で有効に成立している同性婚の配偶者から、本邦において、その配偶者との同居及び扶養を受けて在留することを希望して『特定活動』の在留資格への変更許可申請がなされた場合は、専決により処分することなく、人道的観点から配慮すべき事情があるとして、意見を付して本省あて請願願います。なお、管下出張所長へは、貴職から通知願います。」

¹⁴³https://www.chisou.go.jp/tiiki/kokusentoc_wg/h30/teian/190121_gijiyoushi_t_01.pdf（最終アクセス 2022 年 5 月 19 日）。

ある提案であるが、日本国籍を有する者と外国籍を有する者に対する扱いについては、対象とされていない点に問題がある提案と言えよう。

(2) 在留資格「外交」または「公用」

実務では、「同性婚配偶者が、本国において『同一の世帯に属する家族の構成員（法別表1の1の表の『外交』及び『公用』の各下欄）として認められてれば、在留資格該当性を肯定され、『外交』又は『公用』の在留資格が付与』されるとされている¹⁴⁴。

(3) 在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」における配偶者は、法的に有効に婚姻が成立している必要があり、同性カップルには適用されない。しかし、在留資格「家族滞在」における子には、嫡出子のほか、養子（普通養子及び特別養子）及び認知された非嫡出子も含まれるとされる¹⁴⁵。さらに、6歳以上の年齢の養子も含まれるとされる¹⁴⁶。同性のカップルは、法的にカップルとして認められないことにより生じるデメリットを減じさせることを目的に、養子縁組をすることがある¹⁴⁷。よって、養子縁組が有効であると解されれば、家族滞在が認められる余地もあると言えよう。

6.2.2 日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップル

(1) 在留資格「日本人の配偶者等」

『入国・在留資格審査要領』によると、『配偶者』には、『外国で有効に成立した同性婚による者』は含まれないとされている¹⁴⁸。よって、日本国籍を有する者と外国籍を有する者が、国外で法的に有効な同性婚をしていたとしても、同性パートナーには、日本人の配偶者等の在留資格は認められない。

(2) 在留資格「特定活動」

前記平成25年10月18日通知の対象は、外国籍を有する者同士の間で同性婚が成立している場合に限定されており、日本国籍を有する者と外国籍を有する者との同性カップルはその対象とされていないとされている。よって、日本国籍を有する者と外国籍を有する者が、国外で法的に有効な同性婚をしていたとしても、通知の射程外となり、特定活動は許可されないと解されている¹⁴⁹。しかし、前述した通り、国外で有効な同性婚をした日本国籍の者と外国籍の者からなる同性カップルについても、今後は在留資格「特定活動」が認められる可能性がある。

¹⁴⁴ 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』586頁。

¹⁴⁵ 前掲・坂中英徳、齋藤利男『出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂第4版）』140頁。

¹⁴⁶ 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』439頁。

¹⁴⁷ 同性カップルの養子縁組については、前掲・杉浦郁子・野宮亜紀・大江千東『プロブレム Q&A パートナーシップ・生活と制度【増補改訂版】』171頁以下。

¹⁴⁸ 前掲・LGBT 支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著『セクシャル・マイノリティ Q&A』171頁。

¹⁴⁹ 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』586頁。

(3)在留資格「家族滞在」

在留資格「家族滞在」の配偶者には、前述したとおり同性パートナーは該当しないとされる。しかし、在留資格「家族滞在」における子には、6歳以上の年齢の養子（普通養子及び特別養子）も含まれる。よって、養子縁組をした同性のカップルに家族滞在が認められる余地もあると言えよう。但し、日本国籍を有する者同士の養子縁組よりも時間、費用等の当事者の負担は重いものとなることやそもそも国際養子縁組が成立し得るのかなど問題点は多い¹⁵⁰。

(4)在留資格上には現われない同性カップルの存在

上記で検討したとおり、入管法の在留資格には、同性カップルを対象としたものは、存在しないのが現状である。しかし、問題の所在で指摘したとおり、国内で共に暮らす日本国籍と外国籍の者からなる同性カップルは、確かに存在している。それでは、日本国籍と外国籍の者からなる同性カップルはどのような在留資格により在留し、どのような困難に直面しているであろうか。

当事者らの証言によると、「多くの同性カップルの外国人パートナーは、『留学』『技術』『短期滞在』などといった在留資格で入国」しており、「パートナーの『就労』や『留学』の在留期間の延長ができず、困難な状況に直面したり、しかたなく別れて」しまうこともあるとのことである¹⁵¹。同種の困難は、同性婚の法制化を進めることを目的とする同性婚人権救済弁護団が、2015年に日弁連に対し行った人権救済申立書でも述べられている¹⁵²。また、LGBT 法連合会が作成する LGBT 困難リストにも、「日本人と同性パートナー関係にある外国人が、『日本人の配偶者等』の在留資格を得ることができなかった」との記述がある¹⁵³。さらに、2019年2月14日に一斉提訴された結婚の自由をすべての人に訴訟の原告の中には、日本国籍の女性と外国籍の女性の同性カップルがおり、在留資格取得の困難についても語っている¹⁵⁴。これらの事実から同性パートナーが在留資格を取得出来ない又在留資格が更

¹⁵⁰ 前掲・LGBT 支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著『セクシャル・マイノリティ Q&A』181頁。

¹⁵¹ 前掲・『同性婚だれもが自由に結婚する権利』124頁～126頁。

¹⁵² <http://douseikon.net/?p=537>（最終アクセス 2022年5月19日）。

以下、申立書中の該当箇所を抜粋する。

「私にとって一番大きな問題は外国人のパートナーの日本での滞在許可の問題です。私はフランスで暮らしているときに今のパートナーと知り合い、PACSをしました。そのお蔭で私はフランスでの滞在許可を延長することができました。私が日本に帰国するときに私のパートナーも私と生活をするため日本に来ることになりましたが、同性婚、PACSさえない日本では本人が日本で仕事を見つけて就労先からビザを申請してもらいしか日本での滞在許可を得る方法はありませんでした。日本への移住を決めたときから仕事を探しましたが、日本語が話せない私のパートナーにすぐに仕事が見つかるはずもなく、仕方なく日本に観光ビザで入国しました。ビザも仕事もない状態で本当に先行きのわからぬまま不安な日々でしたが本当に幸運なことに仕事がすぐにみつき就労ビザを得て滞在許可を得ることができました。あの時仕事が見つからなかったら私のパートナーはすぐにフランスに帰らなければならなくなり、今私たち二人はどのようなになっていたか、今となっては知る由もありません。今現在でもパートナーが仕事を失えば日本に在留することはできなくなるという状況です」。

¹⁵³ http://lgbtetc.jp/#sec_solution（最終アクセス 2022年5月19日）。

LGBT 法連合会とは、性的指向および性自認等により困難を抱えている当事者等に対する法整備のための全国連合会の略称である。同連合会は、性的指向および性自認等により困難を抱えている当事者等に対する法整備を目的とした NPO 法人等の集まりである。

¹⁵⁴ <https://www.bbc.com/japanese/47223423>（最終アクセス 2022年5月19日）。

新されない為に、本邦でともに暮らしたいと願っても、それが叶わない状況に置かれていることが分かる。

この様に、同性パートナーは、在留資格「就労」等により、本邦に在留している者が多い。しかし、在留資格「就労」等による在留は、経済情勢や病気等の健康上の理由により就労が出来なくなり、在留資格の延長ができなくなる恐れと常に隣り合わせである。この在留資格の不安定さは、同性パートナーとの安定的な生活を送ることの障壁となっている¹⁵⁵。

6.2.3 小括 入管法における同性カップル

入管法における異性カップル及び同性カップルについて、在留資格を中心とした検討を行った。その結果、日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の異性カップル及び外国籍同士の異性カップルは、カップルであることにより認められる各種在留資格が設けられていることが判明した。

一方、同性カップルについては、外国籍同士の同性カップルには、カップルであることにより認められる在留資格が不十分ながら設けられている一方で、日本国籍を有する者と外国籍を有する者同士の同性カップルには、カップルにであることにより認められる在留資格は存在しないのが現状であることが判明した。

以上の検討結果から、入管法において同性カップルが異性カップルと異なる扱いを受けていることが明らかとなった。

6.3 入管法判例における異性カップル—国内判例における「日本人の配偶者」の意義—

「6.3 入管法判例における異性カップル」では、まず、入管法判例における在留資格「日本人の配偶者等」について検討する。次に、在留資格「日本人の配偶者等」に該当しないものの、実態として内縁関係にある異性カップルの在留特別許可が争点となった事案を検討する。

異性パートナーの在留資格が争点となる事案は、大別すると、①「日本人の配偶者等」の在留資格を有していたが、離婚や別居等のより、同資格の要件を満たさなくなった者に対する退去強制が争点となった事案、②在留資格「日本人の配偶者等」を有していないものの、日本人と内縁関係等により親密な関係を形成していた者に対する退去強制事例、に分類することができる。

「6.3 入管法判例における異性カップル」では、②の事例を中心に検討する。その理由は、現行制度上では、同性カップルが婚姻届けを提出したとしても、不受理となり、婚姻が有効に成立せず、「日本人の配偶者等」の在留資格を得ることが出来ないという状況と②が類似しているためである。両者は、事実婚状態であるが、法律婚をしていないという点において類似している。しかし、相違点も存在する。つまり、同性カップルは、そもそも婚姻制度上、同性婚が法制化されていないため法律婚することが出来ないが、異性カップルの場合は、婚姻制度を利用することが出来るものの、各種の事情により、法律婚をしていないという点で

¹⁵⁵ 現在係争中結婚の自由をすべての人に訴訟の東京地裁の原告も、日本国内で暮らす際に、在留資格の不安定の問題を語っている。

ある。この相違点から、両者を純粹に同じものとして比較することは出来ないが、類似の状況にある内縁関係の異性パートナーに与えられる在留資格を同性パートナーにも与えるべきではないかと主張することは可能であると思われる。よって、「6.3 入管法判例における異性カップル」において、内縁関係にある異性パートナーの在留資格が争点となった事案を検討することは、一定程度の意義があると言える。

(1) 最高裁平成 14 年 10 月 17 日判決が出されるまで

最高裁平成 14 年 10 月 17 日判決（以後、最高裁平成 14 年判決とする）が出されるまで、「日本人の配偶者」の該当要件については、下級審及び学説において、①法律上有効な婚姻関係にあること（婚姻の要件）だけでは足りず、さらに当該外国人が本邦において行おうとする活動が配偶者としての身分に基づく活動に該当すること（活動要件）を要するとの見解（活動要件必要説）と②婚姻関係が法律上有効に成立していれば足りるとする見解（活動要件不要説）、とする二説の対立があった¹⁵⁶。しかし、後述のとおり、最高裁は、平成 14 年判決において、活動要件必要説を採用し、以後、判例及び実務においても、本説が踏襲されている。

(2) 最高裁判例平成 14 年 10 月 17 日判決¹⁵⁷

（判旨）

「外国人が「日本人の配偶者」の身分を有する者として別表第二所定の「日本人の配偶者等」の在留資格をもって本邦に在留するためには、単にその日本人配偶者との間に法律上有効な婚姻関係にあるだけでは足りず、当該外国人が本邦において行おうとする活動が日本人の配偶者の身分を有する者としての活動に該当することを要する（下線筆者）ものと解するのが相当」

「日本人の配偶者の身分を有する者としての活動を行おうとする外国人が『日本人の配偶者等』の在留資格を取得することができるものとされているのは、当該外国人が、日本人との間に、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真しな意思をもって共同生活を営むことを本質とする婚姻という特別な身分関係を有する者として本邦において活動しようとすることに基づくものと解される。ところで、婚姻関係が法律上存続している場合であっても、夫婦の一方又は双方が既に上記の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至ったときは、当該婚姻はもはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきである」

(3) 最高裁平成 14 年判決以後の判例

最高裁平成 14 年判決以後の判例においても、活動要件必要説が採られているが、画一的に法律婚の有無により判断するのではなく、内縁関係についても、在留特別許可の判断に当たって考慮されるべき重要な要素とする判例や同居を絶対的な要件としない判例¹⁵⁸

¹⁵⁶ 法曹時報 57 卷 1 号、215-218 頁。

¹⁵⁷ 民集 56 卷 8 号 1823 頁。

¹⁵⁸ 京都地裁平成27年11月6日判決（判時2301号27頁）。

「我が国においても、婚姻概念が多様化している今日、『同居』のみを特別扱いするのは相当ではなく、同

も出現しており、判例にも変化が見られる。

裁決時点では、日本人との間に法的な婚姻関係が成立していなかったものの、婚姻の本質に適合する本質を備えた内縁関係にあった者に対し、配偶者と同様の保護に値するとし、在留特別許可を認めなかった裁決を取り消したものとしては、東京地裁平成16年9月17日判決¹⁵⁹、東京地裁平成19年6月14日判決¹⁶⁰とその控訴審である東京高裁平成19年11月21日判決¹⁶¹、後述する東京地裁平成20年2月29日判決、東京地裁平成21年10月30日判決¹⁶²、東京地裁平成27年11月10日判決¹⁶³、後述する名古屋高裁平成28年3月2日判決、名古屋高裁平成28年3月16日判決¹⁶⁴、名古屋高裁平成28年11月30日判決

居の有無も、婚姻関係に実体があるか否かを判断する一要素にすぎないと考えられる。」

「夫婦としての共同生活の実体を判断する上で、同居の有無が一つの考慮事情となるとしても、夫婦によって種々の事情があることからすれば、完全に同居をしていなかったことをもって直ちに婚姻が社会生活上の実質的基礎を失っているとは判断できない。」

¹⁵⁹ 判例時報1892号17頁。中国国籍の女性に対して在留特別許可を付与しなかった入管局長の裁決について、日本人男性との婚姻の可能性等を適正に認定していれば在留特別許可を付与した可能性があり、入管局長の判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとして、裁量権の逸脱又は濫用に当たるとされた事例である。

¹⁶⁰ ウェストロージャパン文献番号2007WLJPCA06148006。

日本人女性と共同生活を営んでいるミャンマー国籍の男性が在留期限を超えて滞在を続けていたところ、退去強制手続において不法残留の容疑者であると認定されたことに対する異議に理由がない旨の裁決を受け、さらに退去強制令書の発付処分がされたため、在留特別許可を与えないでした裁決及び処分は裁量権を著しく逸脱したものであるとしてそれらの取消しを求めた事案において、原告らには内縁関係といえる真摯な共同生活が認められるから、出入国管理及び難民認定法上の保護対象となり得るものであり、原告の在留特別許可を付与しなかった裁決及びこれを前提としてされた処分には裁量権の逸脱又は濫用というべき違法があるとして、請求を認容した事例である。

¹⁶¹ 判例集未登載である。概要については、国際人権19・163頁を参照。なお、本件は、最高裁平成21年9月15日の上告不受理決定により確定している。

¹⁶² ウェストロージャパン文献番号2009WLJPCA10308005。

イラン国籍を有する原告が、不法残留に該当する旨の認定を受け、次いで同認定に誤りがない旨の判定を受け、さらにこれに関する異議申出にも理由がない旨の裁決を受けた後、東京入管主任審査官から退去強制令書の発付処分を受けた。上記の裁決及び発付処分の各取消しを求めた事案。原告には不法残留及び不法就労の期間が長いなどの事情も認められるが、他方、長期間平穏で安定した社会生活を送っており、日本人とも良好な人間関係を築いているなどの事情があることに照らせば、本邦への強い定着性が認められるなどと判示し、在留特別許可をしないでされた上記裁決は社会通念上著しく妥当性を欠き、上記処分も裁量権の範囲を逸脱してされたものというべきであるとして、請求を認容した事例である。

¹⁶³ ウェストロージャパン文献番号2015WLJPCA11108011。

本件は、フィリピン共和国籍の外国人女性である原告が、入管法所定の退去強制対象者に該当する（退去強制事由は不法残留）との認定に係る異議の申出には理由がない旨の裁決及び退去強制令書を発付する処分を受けたのに対し、原告には日本国籍を有する内縁の夫がいて原告の介助を必要としているなどの事情があるにもかかわらず、その在留を特別に許可しなかった上記裁決及びこれを前提とする上記処分はいずれも違法であると主張して、その取消しを求めた事例である。

¹⁶⁴ ウェストロージャパン文献番号2016WLJPCA03169006。

中国国籍の女性に対する退去強制令書発付処分等の取消請求事件において、同人の入管法49条1項に基づく異議申出に理由がないとした入管局長の裁決は、同人の実母が中国残留邦人として永住帰国援護の対象とされ、同人も、法令上、日本国籍の取得、永住帰国及び在留資格の取得ができる立場にあったという重大事項が存在していたにもかかわらず、最低限の調査も行わずにこれを無視又は軽視し、また、日本人男性との間に成熟かつ安定した実質的な夫婦関係が形成されていたことや、同人を中国へ帰国させることによる同夫婦の不利益を無視又は軽視する一方で、動機に酌量の余地があり同種事案の中でも重大とはいえない売春行為等を殊更強く問題視することによりなされたものであって、基礎となる事実の評価が明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるか

165、名古屋高裁平成 29 年 4 月 20 日判決¹⁶⁶などがある。

① 東京地裁平成 20 年 2 月 29 日判決¹⁶⁷

憲法上の保護が及ぶ「婚姻」の範囲には、内縁関係も含まれるとして点に特徴がある。

(判旨)

「日本人と婚姻関係にある外国人に対して在留資格を付与するか否かは、当該日本人にとっては、配偶者の選択、住居の選定等、婚姻及び家族に関する憲法上の保護利益（憲法二四条）に関わる事柄（下線筆者）であり、このような憲法上の保護利益は、出入国管理行政の上でも最大限の尊重を要するもの（下線筆者）であることはいうまでもない。そして、憲法二四条一項が、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するものである旨を定めていることに鑑みると、上記のような憲法上の保護が及ぶ「婚姻」の範囲は、婚姻の届出によって成立する法律上の婚姻にとどまらず（下線筆者）、婚姻の届出はしていないが事実上これと同様の事情にある関係、すなわち、内縁関係をも含むものと解するのが相当（下線筆者）である。」

「両者の関係が、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むという婚姻の本質（下線筆者）に適合する実質を備えていると認められる場合には、当該外国人に在留特別許可を付与するか否かの判断に当たっても、そのような事実は重要な考慮要素として斟酌されるべき（下線筆者）であり、他に在留特別許可を不相当とするような特段の事情がない限り、当該外国人に在留特別許可を付与しないとする判断は、重要な事実を誤認があるために全く事実の基礎を欠く判断、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くために社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかな判断として、裁量権の逸脱、濫用となるものと解するのが相当」である。

ら、裁量の範囲を逸脱又は濫用した違法があり、また、上記判決を前提とした入管主任審査官の退去強制令書発付処分も違法であるとして、これらを取り消した事例である。

¹⁶⁵ ウェストロージャパン文献番号 2016WLJPCA11309015

ブラジル国籍の外国人男性に対する退去強制令書発付処分等の取消請求事件において、当人の入管法 4 9 条 1 項に基づく異議申出に理由がないとした入管局長の裁決は、当人と本邦に永住権を有する外国人女性（日本国籍の義父がいるフィリピン国籍の女性）との間における法律上の婚姻を予定した安定的かつ継続的な内縁関係の実態を十分に調査せず、内妻と共に 3 人の子を監護養育している当人をブラジルへ帰国させれば一家離散、母子離別を招きかねない事態となる不利益を無視又は軽視する一方で、当人が偶々犯した当て逃げの交通事犯が初犯で結果も重大とはいえず犯情に酌むべき点が多々あるにもかかわらず、当人に不利な情状のみを殊更重大視することによりなされたものであって、基礎となる事実の評価が明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるといえるから、裁量の範囲を逸脱又は濫用した違法があり、また、上記判決を前提とした入管主任審査官の退去強制令書発付処分も違法であるとして、これら裁決及び処分を取り消した事例である。

¹⁶⁶ ウェストロージャパン文献番号 2017WLJPCA04206001

不法在留をしたフィリピン国籍を有する外国人男性に対し、法務大臣から権限の委任を受けた入国管理局局長がした出入国管理及び難民認定法 49 条 1 項に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決及び入国管理局主任審査官がした退去強制令書発付処分につき、控訴人と永住者であるフィリピン人女性とが内縁関係にあったにもかかわらず、その実態を十分に把握せず、又は同関係及び上記処分による控訴人ら家族の不利益を軽視する一方で、控訴人にとって不利な情状のみを殊更重視し、その時期も著しく不適切であったとして、裁量権の範囲を逸脱又は濫用したものであり、いわゆる時の裁量をも誤った違法なものであることを認め、同処分を取り消した事例である。

¹⁶⁷ 判時 2013 号 61 頁以下。

②東京地裁平成 27 年 11 月 10 日判決¹⁶⁸

「入管法は、『日本人の配偶者等』を在留資格として定める一方、法律婚に至らない内縁関係については、これを正面から在留資格として定めていない（2条の2，別表第二参照）。」

「しかしながら、婚姻とは、両性が永続的な精神的及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことを本質とする特別な身分関係であるところ、入管法が『日本人の配偶者等』を在留資格として定めている趣旨は、日本人との間で上記のような真摯な婚姻関係を実質的に形成した外国人について、本邦における在留を許すことにより、その婚姻関係を維持さしめ、もって当該外国人及び日本人並びに両名により形成される家族関係を保護しようとした趣旨のものであると解される（最高裁平成11年（行ヒ）第46号同14年10月17日第一小法廷判決・民集56巻8号1823頁参照）。」

「そうであるとすれば、外国人が、日本人と上記のような実質を伴った関係（いわゆる内縁関係）を形成していると認められ、かつ、当該外国人と日本人が法律婚の成立に向けて真摯な努力をしていたにもかかわらず、在留特別許可の許否の判断がされる時点では、両名の責に帰することのできない事情により法律婚の関係が成立するには至らなかったなどの特段の事情があるときは、相応の保護を受けるべきことがあって然るべきである。」

「したがって、当該外国人につき、上記のような特段の事情がある場合には、その在留特別許可に関する判断に当たり、日本人との内縁関係の存在及びその態様を、重要な積極要素として考慮しなければならないものと解することが相当である。」

③ 名古屋高裁平成 28 年 3 月 2 日判決¹⁶⁹

「確かに控訴人とDとの同居期間や婚姻期間は被控訴人が指摘するとおり長いとはいえない（下線筆者）が、双方の経験、年齢等にも由来する婚姻生活の充実さと真摯さは上記のとおりであって、本件裁決時において既に十分安定かつ成熟したものであった（下線筆者）というべきであり、上記①の点に関して述べた不法残留状態に至る諸事情のほか、再婚禁止期間が100日のみであれば在留期限内に婚姻の届出をすることも可能であったといえること、控訴人とDとの婚姻時期の遅れは、前記認定のとおり、早くから中国の実弟に依頼していた必要書類の送付が遅れるなどしたという事情によることのほか、当時通用していた6か月という不必要に長く違憲の再婚禁止期間もこれに全く影響していなかったとはいいい難い面があること等をも考慮すれば、控訴人とDとの婚姻関係が不法残留という違法状態の上に築かれた砂上の楼閣であるかのごとく評価することは著しく相当性を欠き、その継続が法的保護の必要性に乏しいなどと断ずることも相当でない。（下線筆者）」

「控訴人とDは、平成24年11月頃から本件裁決時である平成26年7月9日まで約1年8か月の内縁期間及び婚姻期間（下線筆者）において、控訴人が身柄を拘束されていた期間を除き、夫婦としての実態を伴う共同生活（下線筆者）を営んでいたことが認められ、控訴人の日本語での日常会話に支障はなく、控訴人はDの関係者や近隣の住人からも親しま

¹⁶⁸ ウェストロージャパン文献番号 2015WLJPCA11108011。

¹⁶⁹ D1-Law.com 第一法規 法情報総合データベース判例 ID28243421。

れ、Dとの夫婦関係も周囲の皆から祝福されていることがうかがわれ、本件裁決時における控訴人とDとの夫婦生活は、既に日本の地域社会に深く根付いていたものと認められる。そして、控訴人とDは、その後も現在に至るまで仲睦まじい夫婦生活を継続してきていることが認められ、Dの当審における証言態度やその内容からして、本件裁決時における控訴人及びDの婚姻意思は真摯なものであったと推認でき、このような真摯な婚姻関係は、今後も控訴人が日本に在留できる限りは継続していくであろうことが強く見込まれる。」

「本件裁決は、控訴人の生活実態や不法残留状態に至った経緯を十分に踏まえることなく、むしろその実情に反してまで控訴人の悪性のみを殊更強く問題視する一方で、退去強制手続に踏み切るより以前に控訴人とDとの日本における安定かつ成熟した婚姻関係が成立していたこと（下線筆者）や、控訴人を中国へ帰国させることによる控訴人やDの不利益を無視ないしは著しく軽視することによってなされたものというほかはなく、その判断の基礎となる事実に対する評価において明白に合理性を欠くことにより、その判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことは明らかであるというべきであるから、裁量権の範囲を逸脱又は濫用した違法なものというほかはない。」

(4)不法残留状態の上に築かれた婚姻に対する評価

実務及び判例は、不法残留中の婚姻について、不法残留状態の継続という違法状態の上に築かれたものとし、通常の婚姻よりも低く評価する傾向にあるとされる¹⁷⁰。しかし、不法残留中であっても、在留特別許可が一切認められないわけではなく、不法残留中の婚姻であったとしても、以下のように保護すべきとする判例もある¹⁷¹。同性カップルは法的婚姻が出来ないため、離職等により在留資格を失ったパートナーが不法在留状態になる可能性は、異性カップルと比して高いと言える。よって、不法在留状態の上に築かれた関係についての判例を検討することは重要である。

①東京地裁平成20年2月29日判決¹⁷²

「日本人と婚姻関係にある外国人に対して在留資格を付与するか否かは、当該日本人にとっては、配偶者の選択、住居の選定等、婚姻及び家族に関する憲法上の保護利益（憲法二四条）に関わる事柄であり、このような憲法上の保護利益は、出入国管理行政の上でも最大限の尊重を要するものであることはいうまでもない。そして、憲法二四条一項が、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立するものである旨を定めていることに鑑みると、上記のような憲法上の保護が及ぶ「婚姻」の範囲は、婚姻の届出によって成立する法律上の婚姻にとどまらず、婚姻の届出はしていないが事実上これと同様の事情にある関係、すなわち、内縁関係をも含むものと解するのが相当である。

¹⁷⁰ 多賀谷一照／高宅 茂（平成27年）『入管法大全—立法経緯・判例・実務運用—第1部 逐条解説』、日本加除出版株式会社、487頁。

¹⁷¹ ほかに、東京地裁平成18年6月30日判決（判タ1241号57頁）、東京高裁平成26年2月26日判決（多賀谷一照（平成28年）『実務裁判例 出入国管理及び難民認定法』日本加除出版株式会社、131頁）などがある。

¹⁷² 前掲・判時2013号61頁以下。

②福岡地裁平成 24 年 1 月 13 日判決¹⁷³

「一般に、個人の人生において、婚姻は最も重要性を有する行為であることも多いのであり、これを破綻させるべきかどうかは、特に慎重に判断しなければならないというべきである。」

「日本人の配偶者である外国人に在留資格を付与しない旨の判断は、前記のとおり、その夫婦に対し、極めて重大な影響を及ぼすものであり、単に、不法残留中に築かれた婚姻関係であることをもって、法的保護に値しないものということ」はできない。

6.4 入管法判例における性的マイノリティ

(1)性的マイノリティが当事者となったもの

難民認定訴訟において、性的マイノリティが当事者となったものは、東京地裁平成 16 年 2 月 25 日判決¹⁷⁴、東京地裁平成 24 年 7 月 26 日判決¹⁷⁵、東京地裁令和 2 年 8 月 20 日判決¹⁷⁶などがあるが、いずれも難民としては認定されていない¹⁷⁷。

(2)同性カップルが当事者となったもの

①東京地裁平成 26 年 6 月 25 日判決¹⁷⁸

・事案の概要

原告は、フィリピンの国籍を有する外国人であるが、出生時の性別は男性であるが性自認は女性のトランスジェンダーである。原告は、不法入国により、入管法 24 条 1 項 1 号（不法入国）の退去強制事由に該当する退去強制対象者として同法 69 条の 2 に基づき法務大臣から権限の委任を受けた東京入国管理局長から同法 49 条 1 項に基づく異議の申出は理由がない旨の裁決を受けるとともに、東京入国管理局主任審査官から本件退令発付処分を受けたことにつき、原告は同法 24 条 1 号所定の退去強制事由に該当しないから本件裁決及び本件退令発付処分はいずれも違法なものであって無効であり、また、本件裁決は憲法 13 条、24 条、31 条及び 98 条 2 項、市民的及び政治的権利に関する国際規約並びに国際慣習法に違反するとともに、裁量権の範囲から逸脱し、又はこれを濫用したものであるから違法なものであって無効であるところ、本件裁決を前提とする本件退令発付処分もまた違法なものであって無効であるなどと主張して、本件退令発付処分が無効であることの確認を求めた事案である。

・判旨

原告は、「有効な旅券を所持しないで、本邦に不法入国した者であり、入管法 24 条 1 号が定める退去強制事由に該当する者であって、退去強制対象者に該当し、原則として本邦から当然に退去されるべき法的地位に置かれた者ということが出来る。」

¹⁷³ ウェストロージャパン文献番号 2012WLJPCA01136014。

¹⁷⁴ 訟月 51 卷 1 号 102 頁。

¹⁷⁵ ウェストロージャパン文献番号 2012WLJPCA07268010。

¹⁷⁶ ウェストロージャパン文献番号 2020WLJPCA08208012。

¹⁷⁷ 本稿は、同性カップルの在留問題を中心に論じるため、難民認定訴訟についての検討はしない。

¹⁷⁸ ウェストロージャパン文献番号 2014WLJPCA06258022。

以下、本件裁決に裁量権の範囲から逸脱し、又はこれを濫用した違法があるか否かを検討する。

「原告については、今回の入国だけでなく、過去2回の入国において、いずれも不法入国をしていること（下線筆者）、再入国の許可に基づく今回の入国の前提となった前回の入国は、退去強制による上陸拒否の規制を潜脱する目的で本件旅券を入手してされたものであることなどからすれば、原告の入国の状況は、我が国の出入国管理制度を軽視すること甚だしく、悪質であるといわざるを得ない。」

「入管法24条4号チが、覚せい剤取締法を含む規制薬物に関する取締法令に違反して有罪の判決を受けた外国人につき、その刑期の長短及び執行猶予の言渡しを受けたか否かに関わらず、本邦からの退去を強制することができるとしているのは、覚せい剤等の規制薬物が、他の犯罪に比べても、社会全般にもたらす害悪が大きいことから、これらの規制薬物から我が国の社会の安全を確保することを目的とするものであると解される。」

「そうすると、原告が覚せい剤取締法違反の罪により、2度にわたり、有罪を言い渡す判決の宣告を受けていること（下線筆者）は」、原告についての在留特別許可の許否の判断に当たり重大な消極要素として考慮されてもやむを得ないというべきである。」

さらに、「不法就労（下線筆者）を行っていたことが認められる。」

「以上によれば、原告については、遵法意識が極めて低く、その入国及び在留の状況は悪質であるというほかない。」

「原告とDはいずれも男性」であり、「フィリピンにおいて同性婚は認められていないし、我が国においても同性婚は認められていないから、両者の婚姻は法律上有効なものとはいえない。」

「原告とDは、平成元年頃から交際を始め、同年11月頃から同居を開始し、その後原告が一時的にフィリピンに帰国した期間などを除いて、原告が平成23年5月24日に刑事事件2の被疑者として逮捕されるまで、同居し、生計も一にしていたことが認められる（下線筆者）」。

しかし、原告とDの関係は、「原告の不法入国及び不法在留という違法状態の上に築かれたもの」（下線筆者）であり、「本件各刑事事件のいずれについても、原告はDと共に覚せい剤を所持したり、使用したりしたこと」、「原告が退去強制を受けてフィリピンに送還された後に」パートナーである日本人男性が「フィリピンに渡航して原告に会うことを法的に妨げるような事情が格別見当たらないことからすれば、東京入国管理局長が、原告とDとの関係は、原告について在留特別許可をするか否かを判断する上で特に積極要素としてしんしゃくすべき事情ではないと考えたとしても、そのことをもって、当該判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであったとまでいうことは困難というべきである。」

②東京地裁令和元年 11 月 22 日判決¹⁷⁹

・事案の概要

本件は、ポリビアの国籍を有する外国人男性である原告が、入管法 24 条 4 号チ(薬物犯)に該当することを理由とする退去強制の手続において、法務大臣の権限の委任を受けた東京入国管理局長から入管法 4 9 条 1 項の規定に基づく異議の申出には理由がない旨の裁決を受けるとともに、東京入国管理局主任審査官から退去強制令書発付処分を受けたことにつき、原告が日本人男性と真摯な同性パートナー関係にあること等からすれば、本件裁決には裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した等の違法があり、また、本件裁決を前提とする本件退去処分も違法であると主張して、本件裁決及び本件退去処分の取消しを求める事案である。

・判旨

原告は、覚せい剤所持等の罪で、懲役 2 年、執行猶予 4 年の有罪判決(本件有罪判決)を受けた(下線筆者)ことが認められる。

「入管法 24 条 4 号チ(薬物犯)は、覚せい剤等の規制薬物は、使用者に害悪をもたらすにとどまらず、社会全般に対して深刻な問題を引き起こすことを踏まえて、これを独立の退去強制事由にしたと解されるところ、上記の事情によれば、原告は、覚せい剤の使用につき常習性・依存性が認められる上、自ら覚せい剤の取引をしたことがあること(下線筆者)にも鑑みれば、原告が反省し、病院で薬物依存の治療を受けたこと(甲 64、原告本人)等を踏まえても、覚せい剤の使用・所持及び指定薬物の所持により原告が本件有罪判決を受けたことは、適正な出入国管理の観点からみてもゆゆしい事態であるといわなければならない、そのことを、在留特別許可の判断に当たり重大な消極事情として考慮することが不合理であるとはいえない。」

原告は、平成24年5月20日、日本人男性のパートナーと知り合い、同年6月3日、交際を開始し、同年8月、日本人男性パートナーの住居である渋谷区のマンションで同居を開始(下線筆者)している。生活費は、日本人男性パートナーが負担(下線筆者)するとともに、平成27年5月22日、日本人男性パートナー宅に居住することを指定条件とする保釈許可決定がされている。また、原告と日本人男性パートナーは、渋谷区のパートナーシップ証明の取得のため、両者は愛情と信頼に基づく真摯な関係にあることを確認すること等を定めたパートナーシップ合意契約をし、これを公正証書にしている。

以上の事情によれば、原告と日本人男性パートナーは、「相応に真摯な同性パートナー関係にあったとは認められるものの、法律上の関係ではなく異性間における内縁関係に相当する関係であった上に、交際2か月で同居を始め、その同居期間も本件裁決時でようやく5年であったこと(下線筆者)からすれば、」覚醒剤取締法違反(下線筆者)のような「重大な消極事情のある原告についての在留特別許可の判断に当たり、」原告と日本人男性パートナーが「同性パートナー関係にあることを格別有利に考慮しないことが不合理であるとはいえない。」

¹⁷⁹ ウェストロージャパン文献番号 2019WLJPCA11228005。

③東京地裁令和2年10月15日判決¹⁸⁰

・事案の概要

原告は、ブラジル国籍を有する外国人男性であるが、性自認は女性のトランスジェンダーである。原告は、平成9年に在留資格「定住者」、在留期間を1年とする上陸許可を受け、入国し、平成23年に在留期間3年とする更新許可を得た。しかし、平成24年9月3日、覚せい剤取締法違反の被疑事実により、逮捕され、平成24年11月14日、東京地方裁判所において、覚せい剤取締法違反の罪（同年9月1日頃の自宅での覚せい剤の自己使用及び同月3日の自宅での覚せい剤約0.142gの所持）により、懲役1年6月、3年間執行猶予の判決の宣告を受け、同判決は同月29日に確定した（下線筆者）。

原告は、同判決により、（令和元年法律第63号による改正前の）24条4号チに該当する旨の認定及びこれに誤りがない旨の判定を受けたため、同法49条1項に基づく異議の申出をしたところ、法務大臣から権限の委任を受けた東京入国管理局長から上記異議の申出は理由がない旨の裁決を受け、東京入国管理局H支局主任審査官から退去強制令書の発付処分を受けたことから、本件裁決及び本件退去強制令書の取消しを求める訴えを提起した。

なお、原告は、本件裁決後の平成28年3月頃から日本人男性と交際を開始し、その後同居するようになり、日本人男性が稼働して経済面で原告の生活を支え、原告は、料理その他の家事を担ってDの生活を支え、相互の協力関係が安定して継続した関係（下線筆者）にある。よって、原告が退去強制されると日本人男性とのパートナー関係が破壊されることなどから、本件裁決を撤回しないことは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用となるとして、東京出入国在留管理局長による本件裁決の撤回の義務付け及び法務大臣による入管法50条1項に基づく在留特別許可の義務付けを求めた事案である。

・判旨

「在留特別許可を付与しなかつた裁決を撤回するか否かの判断は、適法にされた裁決をその後生じた事情により将来に向かって撤回するものであるから、当該裁決を撤回しないことが法務大臣等に与えられた裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと評価されるのは、裁決後に在留特別許可を付与しない判断を見直すべき顕著な事情が生じたことにより、当該判断を維持することが社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかとなるに至った場合に限られるものというべきである。」

「原告に在留特別許可を付与しなかつた東京入管局長の判断が裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものといえるか否かを検討する。」

「原告は、覚せい剤の自己使用及び所持の事実により、本件刑事判決を受けている（下線筆者）。さらに、入管法が、覚せい剤等の規制薬物に関する取締法令に違反して有罪の判決を受けた外国人については、執行猶予が付されたか否かにかかわらず、退去強制の対象とし（24条4号チ）、規制薬物の取締りに関する日本国又は外国の法令に違反して刑に処せられたことのある外国人の本邦への上陸を認めない（5条1項5号）こととしている趣旨は、規制薬物が、単に使用者に対して薬物中毒をもたらすにとどまらず、社会全般に対して深刻な問題を引き起こすことを考慮して、上記のような外国人は我が国にとって好ましくない

¹⁸⁰ウエストロー・ジャパン文献番号 2020WLJPCA10158004。

程度が特に強いものとして位置付けることを明らかにしたものであると解される。」

「これらのことからすれば、原告の在留状況は、悪質であるといわざるを得ない。」

「原告は、本件裁決を撤回すべき事情として、日本人男性であるDとの交際や地域社会への定着性を深めていることを主張する。」

原告の同主張を検討するに、「原告は、本件裁決後、日本人男性と交際を開始し、その関係を深めるとともに、地域社会への定着性を深めていることが認められる。そして、その交際関係等が一定程度保護に値するものではあることは、」前述のとおりである。しかしながら、

「原告の在留状況の悪質さを考慮すれば、原告と日本人男性との交際関係が婚姻関係に準ずる程度のものとなっていたとしても、これをもって、本件裁決後に在留特別許可を付しない判断を見直すべき顕著な事情が生じたということとはできない。」

「原告の主張する事情を考慮しても、本件裁決については、裁決後に在留特別許可を付与しないとの判断を見直すべき顕著な事情が生じ、東京入管局長において在留特別許可を付与しないとの判断を維持することが社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に当たるということはできず、東京入管局長が本件裁決を撤回しないことが、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用するものであるということとはできない。」

「したがって、本件裁決の撤回の義務付けの訴えは、行政事件訴訟法 37 条の 2 第 5 項の要件を満たさず、理由がない。」

④東京地裁令和 4 年 9 月 30 日判決¹⁸¹

・事案の概要

米国籍を有する外国人男性である原告 A が、日本国籍を有する男性である原告 B と米国において同性婚(本件婚姻)をしたことを理由に入管法に基づき「定住者」への在留資格の変更の申請(本件申請 1)をしたところ、東京入管局長から平成 30 年 8 月 10 日付けで「定住者」への在留資格の変更を許可しない旨の処分(本件不許可処分)を受け、その後、「定住者(又は『特定活動』)」への在留資格の変更の申請(本件申請 2)をしたところ、東京入管局長から令和元年 8 月 22 日付けで「定住者」への在留資格の変更を許可しないこと等を内容とする通知(本件通知)を受けたことから、本件不許可処分が無効であることの確認(本件無効確認の訴え)・及び本件通知の取り消しを求める(本件取消しの訴え)とともに、東京入管局長に対し「定住者」への在留資格の変更の許可の義務付け(本件義務付けの訴え)を求めた。

また、原告らは、被告に対し、本件不許可処分等は東京入管局長が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用して行ったものであり、これにより原告らが本邦において家族を形成維持するという法的利益の侵害を受けたなどと主張して、国賠法 1 条 1 項に基づき慰謝料等の損害賠償各 550 万円及び遅延損害金の各支払を求めた。

・判旨

原告 A の定住者の在留資格の該当性については、定住者告示に定める地位のいずれにも該当する者ではないとし、例外的にこれに準ずると認められる人道上の理由及その他の特

¹⁸¹ 令和 4 年 11 月 27 日現在、判例集等には掲載されていないが、弁護団により判決書が公開されている。<https://note.com/visaparafamilia/n/n070f03380869>

別の事情があることは認められないとした。

しかし、前述した平成 25 年通知に基づく運用と「特定活動」の在留資格該当性について以下のとおり判示し、原告 A の「特定活動」の在留資格該当性を認めた。

「平成 25 年通知に基づく運用により、日本人との同性婚の相手方である外国人については、入管法においてこれを理由とする固有の在留資格が存在していないことからすると、外国人同士の同性婚の配偶者と比較して、本邦における在留上、劣位に置かれることになるものである。」とした。

さらに、原告らが主張する同通知による運用が同性愛という性的指向に基づく差別に当たり憲法 14 条に違反する旨の主張に対しては、「平成 25 年通知による上記取扱いの違いが、事柄の性質に即応して合理的と認められるか否かについて検討するに、平成 25 年通知において、本国で有効に成立している外国人同士の同性婚の配偶者について、『特定活動』の在留資格を認めることとした趣旨は、平成 25 年 5 月にフランス共和国で「同性婚法が施行されるなどの近時の諸外国における同性婚に係る法整備の実情等を踏まえるとともに、本国で有効に同性婚が成立している外国人について、その者の配偶者が本国と同様に本邦においても安定的に生活することができるように人道的観点から配慮し、在留制度上も一定の保護を与えるというものであって、そのような目的自体は正当である」が、「このような人道的観点からの配慮の必要性については、日本人を相手方として外国において有効に同性婚をし、その後当該日本人と本邦において生活している外国人についても、個々の同性婚の実態に鑑みて、その必要性を肯定することができるものである。」

原告らは、原告 A の本国において婚姻をし、その旨の婚姻証明書の発行を受け、本邦に同居し、一定期間にわたり互いに協力・扶助の関係にあると認められることからすれば、『定住者』の在留資格が認められないとしても、本邦において日本人である原告 B と安定的に生活することができるように人道的観点から配慮すべきであったといえることができる。」

「また、外国人に対する出入国在留管理規制は、法務大臣等が国益の保持の見地に立って行うものであるが、諸外国のみならず本邦においても同性婚又はこれに類似する同性パートナー制度の創設・整備に関する社会的な需要や関心が高まっていること(甲 35～7)を考慮すると、日本人との同性婚の相手方である外国人については、国益保持の見地から、単に本邦に在留するにとどまる外国人同士の同性婚の配偶者と比較しても、同等程度には保護する必要があるといえることができる。」

平成 25 年通知は、外国人同士の同性婚がその者の本国で有効に成立していることを要件としているものであるが、原告らの婚姻は、原告 A の本国で有効に成立していると解されるのであるから、「これに基づく婚姻関係を一定程度保護する必要があるといえるべきである。」

「平成 25 年通知が諸外国の同性婚の整備の状況等の違いを捨象しており、当該同性婚関係の解消の容易さについては着目していないことや、上記のとおり、日本人の同性婚の相手方である外国人に対しても、その個別の居住実態に照らし人道的配慮を行う必要性がある事例も存在することに鑑みれば、日本人と外国人との同性婚について、上記のような法的側面があるとしても、これをもって、平成 25 年通知に基づく取扱いの違いを許容する合理的な根拠となるものとは解されない」

「以上に説示したところによれば、日本人との同性婚の相手方である外国人については、平成 25 年通知に基づく運用の射程が及ばないとして、外国人同士の同性婚の配偶者と異なり、その同性婚の実態等を考慮することなく、一律に『特定活動』の在留資格を付与しないとする取扱いには、事柄の性質に即応した合理的な根拠があるとはいえず、平成 25 年通知は、その運用において法の下での平等を定めた憲法 14 条の趣旨に反するというべきである。」

「原告らの本件婚姻関係を一定程度保護する必要があったというべきである。これに加えて、原告 A が本邦において日本人である原告 B と一定の期間にわたり同居・協力・扶助の関係にあるものであり、『定住者』の在留資格への変更が認められないとしても、原告 A が日本人である原告 B と本邦において安定的に生活することができるよう人道的配慮を行う必要があったといえることができる。そうすると、東京入管局長としては、原告 A に対し、これらの個別的事情を踏まえて、外国人同士の同性婚の配偶者に認められている『特定活動』の在留資格と同様に、『特定活動』への在留資格への変更を認めるべきであったというべきであるから、上記在留資格の変更を適当と認めるに足りる相当の理由があったと認められる。」

⑤ 小括

在留特別許可のガイドラインでは、違法薬物に係る有罪判決は重大犯罪の典型とされ、「営利目的所持・輸入・譲渡等であれば在留特別許可は極めて困難」とされるが、自己使用あるいは自己使用目的の単純所持であれば、在留特別許可の可能性¹⁸²もあるとされている。また、不法入国については、在留特別許可のガイドラインでは、その他の消極要素とされているとともに、「入国当初から不法だった事案（不法在留事案）と適法に入国した後不法残留になった事案とを区別し、不法入国事実（不法在留事案）をそれ自体として強く不利益に斟酌した例もある¹⁸³」とされている¹⁸³。

東京地裁令和 4 年 9 月 30 日判決が出されるまで、国内入管法判例において性的マイノリティが当事者となった事案は、全て覚醒剤取締法違反や不法入国などを犯した同性パートナーが当事者となっている。前述したガイドライン及び実務の傾向からすれば、これらの判決の結論が異性カップルの場合と異なる評価はされていないという評価することも可能であるように思われる。しかし、異性カップルの場合、原告が薬物犯罪による有罪判決を 2 回受けて服役していたとしても、日本人との婚姻関係の存在及び日本人である 3 人の未成年子との親子関係の存在などが十分に考慮されておらず、裁量権を逸脱・濫用した違法があるとして、請求が認容した判決が存在することを考えると¹⁸⁴、前科があるという事実を殊更に重視し、同性カップルとしての関係を軽視していると評価することも可能である。よって、入管法判例において、同性カップルは異性カップルと異なる扱いを受けていると言えるだろう。

しかし、東京地裁令和 4 年 9 月 30 日判決では、定住者の在留資格該当性は認められな

¹⁸² 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』690 頁。

¹⁸³ 前掲・山脇康嗣『【新版】諸説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』691 頁。

¹⁸⁴ 東京地裁平成 19 年 8 月 28 日判決（判時 1984 号 18 頁）。

かったものの、外国人同士の同性婚の配偶者と異なり、一律に特定活動の在留資格を付与しないとする取り扱いには、事柄の性質に即応した合理的な根拠があるとはいえず、憲法14条の趣旨に反するとした。この点は、注目に値する変化であると言える。

6.5 入管実務における同性カップル

前述したとおり、同性パートナーとしての活動が認められ、在留資格を許可されるためには、多くの障害が存在する。しかし、近年、少数ではあるが、同性パートナーに対し、在留資格を認めた事例があり、入管の対応にもわずかな変化を見て取れる。

(1)台湾人男性のケース¹⁸⁵

原告は、台湾国籍を有する男性であり、24年間同居している日本人男性パートナーAがいる。原告は、1992年9月に在留資格を「留学」、在留期間を1年として入国した。原告は、1993年9月に一旦帰国した後、同年10月に在留資格を「短期滞在」、在留期間を3か月として入国した。原告は、1993年11月に、現在のパートナーAと出会い、交際を開始した。原告は、1994年1月に、再度、在留資格「短期滞在」、在留期間を3か月として入国した。その後、間もなくして、原告はAと同居を開始した。原告はパートナーAと離れがたいという思いから、在留期限を迎える同年4月以降も本邦に在留した。原告は、1995年頃に、HIV陽性と診断されたが、パートナーAは献身的に原告を支え続けた。2007年頃、パートナーAがうつ病となった際には、原告が経済的にパートナーAを支えた。原告は、2013年10月には、オーバーステイ状態であることを弁護士に相談し、入管への出頭を予定していたが、2016年6月、職務質問を受け、逮捕された。原告は、在留特別許可を求めたが、同年、退去強制令書の発付処分等が下された。2017年3月24日、原告は、退去強制令書発付処分の取消等を求めて、提訴した¹⁸⁶。

2018年12月に実施された尋問後、裁判所から被告である国に対し、退去強制処分の見直しを求める打診があり、2019年3月15日、東京入国管理局長により在留特別許可が出され、在留資格「定住者」、在留期間1年とする在留資格が付与された。報道によると、入管は、「在留状況や生活態度などを勘案したもので、日本人男性とパートナー関係にあることを特に重視して判断したものではない」とのコメントをしているとのことである¹⁸⁷。訴訟担当弁護士によると、「日本人同性パートナーを有する外国人に在留特別許可が出されるのは私が知る限りでは初めてのことであり、同性カップルの権利保障にとって新たな一歩」と評価している¹⁸⁸。

¹⁸⁵ 和解となったため、判例集未掲載である。事案の概要については、新・アジア家族法三国会議編（平成30年）『同性婚や同性パートナーシップ制度の可能性と課題』日本加除出版株式会社、117頁以下及びLGBT法連合会編（2019年）『日本と世界のLGBTの現状と課題』かもがわ出版、85頁以下によっている。

¹⁸⁶ 前述したとおり、本件は和解となり判例集未掲載となったため、その詳細を書面によって確認することはできない。しかし、筆者が裁判を傍聴し、訴訟記録を閲覧したところ、原告は、異性の日本人パートナーとの内縁関係を重視し、在留特別許可を出している判例を根拠に、法的に婚姻しえない同性カップルの場合も、内縁関係と同様に在留特別許可が認められるべきであるとの主張を行っていたことが確認された。

¹⁸⁷ 2019年3月23日毎日新聞。

¹⁸⁸ 前掲『日本と世界のLGBTの現状と課題』86頁。

同事案の顛末は、同性パートナーであるという一事をもって、在留資格が認められないということではないことを示すものと言える。

(2) 性同一性障害者の同性パートナーのケース¹⁸⁹

2019年9月3日の各紙の報道によると、東南アジア出身の性別は男性だが性自認が女性であるトランスジェンダーに対し、法務大臣から同年8月に在留特別許可を受けたと明らかにしたとされる。同人は、1981年に来日し、1993年に不法滞在となった。2002年に日本人男性と交際を始め、自宅を購入し同居していた。お互いの手術や入院を契機に、2016年、パートナーであることに合意する公正証書を作成した。同人は、2017年3月に東京入管へ出頭し、2人が法律婚同様の生活を送っていることを説明し、同年8月14日に在留特別許可を受けた。入管は「生活スタイルや日本社会への定着性、人道的配慮などを総合的に判断した」とのコメントを出しているとされる。

本件報道及び入管のコメントからは、在留特別許可の判断に際し、同性カップルの関係性を示すものとして公正証書がどの程度考慮されたのかは、判然としない。しかし、同性カップルの関係を証明するものとして、一定程度の効果があつたのではないかと推察される。仮に、同性パートナーシップ制度を利用している同性カップルが対象となった場合、パートナーシップ制度を利用しているということが、同性カップルの関係を証明するものとして一定程度の効力を有する可能性があると言えるのではないだろうか。

(3) 同性愛を理由とした難民認定

2019年7月2日の各紙報道によると、「同性愛を理由に母国で迫害される恐れがある外国人について、政府が昨年難民と認定していたことがわかった」と報道された¹⁹⁰。報道によると、「初めてのケース」とのことである。認定された外国人の母国では、同性愛行為が刑事罰の対象となっていたとされる。

入管によると、申請者は同性愛行為に及んだとして母国の警察に逮捕され、2年間収監された後、保釈中に来日し、難民認定を申請していたという。

報道によると、入管は、同性愛指向について「人格または自己同一性に密接に関わり、変更することが困難な特性」と指摘し、帰国すれば逮捕されるおそれがあると認め、難民条約の「特定の社会的集団の構成員であることを理由に迫害を受ける恐れがある」とコメントしたとされる。

また、認定NPO法人難民支援協会によると「日本では、2018年に初めて、同性愛を理由に母国で迫害されるおそれがあると訴えた人が難民として認定されました。それ以降も同性愛を理由に難民認定がされています。」¹⁹¹とされており、同性愛を理由に難民認定されているケースは増加していることが推察される。

6.6 小括 入管法判例及び入管実務における同性カップル

入管法判例を検討した結果、異性カップルは法律婚をしていない内縁関係である場合で

¹⁸⁹ 朝日新聞 2019年9月3日、日本経済新聞 2019年9月3日。

¹⁹⁰ <https://www.asahi.com/articles/ASM723SM72UTIL00Y.html> (最終アクセス 2022年5月19日)。

¹⁹¹ <https://www.refugee.or.jp/report/refugee/2021/08/lgbt-2/> (最終アクセス 2022年5月19日)。

あっても、異性カップルとしての関係が真摯なものであるとして、在留特別許可を認めなかった裁決を取り消した判例などが存在していることが明らかとなった。

一方、同性カップルが当事者となった下級審判決は少数ではあるが存在するものの、同性カップルとしての関係が真摯なものであるとし、在留特別許可が認められるべきであるとした判決は存在しないことから、国内判例においても、異性カップルと異なる扱いを受けていることが明らかとなった。

また、入管実務において同性パートナーに在留特別許可を与えた事例が少数ながら存在することが明らかとなったが、入管は、同性カップルであることを特に重視したわけではないとしていることから、入管実務において同性パートナーに対し、在留特別許可を与えることが実務として確立しているとは言えない状況であることが明らかとなった。

以上の検討の結果、入管法判例及び入管実務においても、同性カップルは異性カップルと異なる扱いを受けていることが明らかとなったのである。

7 第1部のまとめ 国内法、国内判例及び裁判例における同性カップル

第1部では、国内法及び国内判例における同性カップルに関連する議論や状況を整理した。その結果、①国内法においては、同性カップルの存在は想定されていないものの、同性婚を可能とする法律案が国会に提出されており、地方公共団体では、同性パートナーシップ制度を導入し同性カップルの関係を承認する動きがあること、②国内判例においては、同性カップルの権利を保障する判例が出現していること、③民間企業等や国民の意識においては、同性カップルの関係を承認する傾向にあること、④憲法学説、民法学説においても、同性カップルの権利を保障する傾向が見られること、⑤弁護士会及び日本学術会議の提言において、同性婚を法制化すべきことが表明されていること、が判明した。

以上のことから、国内において、同性カップルの権利を保障する動きが出現しており、その動きが一定程度定着しており、入管法上、同性カップルを異性カップルと異なる扱いをすることに合理性がないということが明らかとなったのである。

第2部 国際人権法及び諸外国の状況

8 国際人権法における同性カップル

「8 国際人権法における同性カップル」では、自由権規約、自由権規約委員会、ヨーロッパ人権条約、ヨーロッパ人権裁判所における同性カップルについて検討し、国際人権法において如何に同性カップルの権利が保障されているのかを明らかにし、国内法及び国内判例への示唆を提示する。なお、条約機関において取り扱われている LGBT を当事者とする事案の大半は自由権規約委員会で処理されているため、本稿では、自由権規約を中心に検討を行う。

8.1 国際人権法における「家族」

① 国際人権法における「家族」

国際人権法において、家族について言及されたのは、世界人権宣言が初めてであった。

世界人権宣言は、12条で家族に対する恣意的な干渉を禁止し¹⁹²、16条で婚姻と家族の権利を定め¹⁹³、労働の権利を定める23条3項¹⁹⁴及び生活水準についての権利を定める25条¹⁹⁵においても家族についての言及をしている。

女性差別撤廃条約では、前文において「家族の福祉」への女子の大きな貢献等に言及するとともに、家族の領域における女性の差別の撤廃のために、16条において婚姻・家族関

¹⁹² 世界人権宣言第12条

何人も、自己の私事、家族、家庭若しくは通信に対して、ほしいままに干渉され、又は名誉及び信用に対して攻撃を受けることはない。人はすべて、このような干渉又は攻撃に対して法の保護を受ける権利を有する。

¹⁹³ 世界人権宣言第16条

1 成年の男女は、人種、国籍又は宗教によるいかなる制限をも受けることなく、婚姻し、かつ家庭をつくる権利を有する。成年の男女は、婚姻中及びその解消に際し、婚姻に関し平等の権利を有する。

2 婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意によってのみ成立する。

3 家庭は、社会の自然かつ基礎的な集団単位であって、社会及び国の保護を受ける権利を有する。

¹⁹⁴ 世界人権宣言第23条

1 すべて人は、勤労し、職業を自由に選択し、公正かつ有利な勤労条件を確保し、及び失業に対する保護を受ける権利を有する。

2 すべて人は、いかなる差別をも受けることなく、同等の勤労に対し、同等の報酬を受ける権利を有する。

3 勤労する者は、すべて、自己及び家族に対して人間の尊厳にふさわしい生活を保障する公正かつ有利な報酬を受け、かつ、必要な場合には、他の社会的保護手段によって補充を受けることができる。

4 すべて人は、自己の利益を保護するために労働組合を組織し、及びこれに参加する権利を有する。

¹⁹⁵ 世界人権宣言第25条

1 すべて人は、衣食住、医療及び必要な社会的施設等により、自己及び家族の健康及び福祉に十分な生活水準を保持する権利並びに失業、疾病、心身障害、配偶者の死亡、老齢その他不可抗力による生活不能の場合は、保障を受ける権利を有する。

2 母と子とは、特別の保護及び援助を受ける権利を有する。すべての児童は、嫡出であると否とを問わず、同じ社会的保護を受ける。

係における差別撤廃¹⁹⁶、5条(b)で家庭教育¹⁹⁷、11条で雇用における差別撤廃¹⁹⁸等を定める。本条約はその性質上、女性を主体とした規定をしており、家族は権利主体ではなく、女性が生まれ、生きてゆく場として想定されている点に特徴がある。

¹⁹⁶ 女性差別撤廃条約第16条

1 締約国は、婚姻及び家族関係に係るすべての事項について女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとるものとし、特に、男女の平等を基礎として次のことを確保する。

- (a) 婚姻をする同一の権利
- (b) 自由に配偶者を選択し及び自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利
- (c) 婚姻中及び婚姻の解消の際の同一の権利及び責任
- (d) 子に関する事項についての親（婚姻をしているかいないかを問わない。）としての同一の権利及び責任。あらゆる場合において、子の利益は至上である。
- (e) 子の数及び出産の間隔を自由にかつ責任をもって決定する同一の権利並びにこれらの権利の行使を可能にする情報、教育及び手段を享受する同一の権利
- (f) 子の後見及び養子縁組又は国内法令にこれらに類する制度が存在する場合にはその制度に係る同一の権利及び責任。あらゆる場合において、子の利益は至上である。
- (g) 夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）
- (h) 無償であるか有償であるかを問わず、財産を所有し、取得し、運用し、管理し、利用し及び処分することに関する配偶者双方の同一の権利

2 児童の婚約及び婚姻は、法的効果を有しないものとし、また、婚姻最低年齢を定め及び公の登録所への婚姻の登録を義務付けるためのすべての必要な措置（立法を含む。）がとられなければならない。

¹⁹⁷ 女性差別撤廃条約第5条

締約国は、次の目的のためのすべての適当な措置をとる。

(a) 両性のいずれかの劣等性若しくは優越性の観念又は男女の定型化された役割に基づく偏見及び慣習その他あらゆる慣行の撤廃を実現するため、男女の社会的及び文化的な行動様式を修正すること。

(b) 家庭についての教育に、社会的機能としての母性についての適正な理解並びに子の養育及び発育における男女の共同責任についての認識を含めることを確保すること。あらゆる場合において、子の利益は最初に考慮するものとする。

¹⁹⁸ 女性差別撤廃条約第11条

1 締約国は、男女の平等を基礎として同一の権利、特に次の権利を確保することを目的として、雇用の分野における女子に対する差別を撤廃するためのすべての適当な措置をとる。

- (a) すべての人間の奪い得ない権利としての労働の権利
- (b) 同一の雇用機会（雇用に関する同一の選考基準の適用を含む。）についての権利
- (c) 職業を自由に選択する権利、昇進、雇用の保障ならびに労働に係るすべての給付及び条件についての権利並びに職業訓練及び再訓練（見習、上級職業訓練及び継続的訓練を含む。）を受ける権利
- (d) 同一価値の労働についての同一報酬（手当を含む。）及び同一待遇についての権利並びに労働の質の評価に関する取扱いの平等についての権利
- (e) 社会保障（特に、退職、失業、傷病、障害、老齢その他の労働不能の場合における社会保障）についての権利及び有給休暇についての権利
- (f) 作業条件に係る健康の保護及び安全（生殖機能の保護を含む。）についての権利

2 締約国は、婚姻又は母性を理由とする女子に対する差別を防止し、かつ、女子に対して実効的な労働の権利を確保するため、次のことを目的とする適当な措置をとる。

(a) 妊娠又は母性休暇を理由とする解雇及び婚姻をしているかいないかに基づく差別的解雇を制裁を課して禁止すること。

(b) 給料又はこれに準ずる社会的給付を伴い、かつ、従前の雇用関係、前任及び社会保障上の利益の喪失を伴わない母性休暇を導入すること。

(c) 親が家庭責任と職業上の責務及び社会的活動への参加とを両立させることを可能とするために必要な補助的な社会的サービスの提供を、特に保育施設網の設置及び充実に促進することにより奨励すること。

(d) 妊娠中の女子に有害であることが証明されている種類の作業においては、当該女子に対して特別の保護を与えること。

3 この条に規定する事項に関する保護法令は、科学上及び技術上の知識に基づき定期的に検討するものとし、必要に応じて、修正し、廃止し、又はその適用を拡大する。

子どもの権利に関する条約では、前文において、家族が基礎的な集団であること、必要な保護、援助を与えられるべきであること等を述べている。同条約では、5条で父母等の責任、権利、義務の尊重を定め¹⁹⁹、9条で父母からの分離の禁止²⁰⁰、10条で家族の再統合²⁰¹、16条で家族に対する恣意的な干渉の禁止²⁰²、18条で父母の共同責任²⁰³、20条で家庭環境を奪われた児童の養護²⁰⁴等を定めている。

¹⁹⁹ 子どもの権利条約第5条

締約国は、児童がこの条約において認められる権利を行使するに当たり、父母若しくは場合により地方の慣習により定められている大家族若しくは共同体の構成員、法定保護者又は児童について法的に責任を有する他の者がその児童の発達しつつある能力に適合する方法で適当な指示及び指導を与える責任、権利及び義務を尊重する。

²⁰⁰ 子どもの権利第9条

1 締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。このような決定は、父母が児童を虐待し若しくは放置する場合又は父母が別居しており児童の居住地を決定しなければならない場合のような特定の場合において必要となることがある。

2 すべての関係当事者は、1の規定に基づきいかなる手続においても、その手続に参加しかつ自己の意見を述べる機会を有する。

3 締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する。

4 3の分離が、締約国がとった父母の一方若しくは双方又は児童の拘留、拘禁、追放、退去強制、死亡（その者が当該締約国により身体を拘束されている間に何らかの理由により生じた死亡を含む。）等のいずれかの措置に基づく場合には、当該締約国は、要請に応じ、父母、児童又は適当な場合には家族の他の構成員に対し、家族のうち不在となっている者の所在に関する重要な情報を提供する。ただし、その情報の提供が児童の福祉を害する場合は、この限りでない。締約国は、更に、その要請の提出自体が関係者に悪影響を及ぼさないことを確保する。

²⁰¹ 子どもの権利条約第10条

1 前条1の規定に基づく締約国の義務に従い、家族の再統合を目的とする児童又はその父母による締約国への入国又は締約国からの出国の申請については、締約国が積極的、人道的かつ迅速な方法で取り扱う。締約国は、更に、その申請の提出が申請者及びその家族の構成員に悪影響を及ぼさないことを確保する。

2 父母と異なる国に居住する児童は、例外的な事情がある場合を除くほか定期的に父母との人的な関係及び直接の接触を維持する権利を有する。このため、前条1の規定に基づく締約国の義務に従い、締約国は、児童及びその父母がいずれの国（自国を含む。）からも出国し、かつ、自国に入国する権利を尊重する。出国する権利は、法律で定められ、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由を保護するために必要であり、かつ、この条約において認められる他の権利と両立する制限にのみ従う。

²⁰² 子どもの権利条約第16条

1 いかなる児童も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。

2 児童は、1の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。

²⁰³ 子どもの権利条約第18条

1 締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。父母又は場合により法定保護者は、児童の養育及び発達についての第一義的な責任を有する。児童の最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする。

2 締約国は、この条約に定める権利を保障し及び促進するため、父母及び法定保護者が児童の養育についての責任を遂行するに当たりこれらの者に対して適当な援助を与えるものとし、また、児童の養護のための施設、設備及び役務の提供の発展を確保する。

3 締約国は、父母が働いている児童が利用する資格を有する児童の養護のための役務の提供及び設備からその児童が便益を受ける権利を有することを確保するためのすべての適当な措置をとる。

²⁰⁴ 子どもの権利条約第20条

1 一時的若しくは恒久的にその家庭環境を奪われた児童又は児童自身の最善の利益にかんがみその家庭

これらの代表的な条約以外でも、移住労働者及びその家族構成員の権利保護に関する国際条約の第3部は「移住労働者とその家族の基本的人権」とし、8条ないし71条において移住労働者とその家族の基本的人権について定めており²⁰⁵、障害者の権利に関する条約の23条で家庭及び家族の尊重が定められており²⁰⁶、家族が重要なものと考えられていることが分かる。また、各地域における人権条約にも家族に関する規定がある。ヨーロッパ人権条約は、8条で家族生活の尊重を定めている²⁰⁷。人権に関する米州条約では、11条2項で

環境にとどまることが認められない児童は、国が与える特別の保護及び援助を受ける権利を有する。

2 締約国は、自国の国内法に従い、1の児童のための代替的な監護を確保する。

3 2の監護には、特に、里親委託、イスラム法のカフアーラ、養子縁組又は必要な場合には児童の監護のための適当な施設への収容を含むことができる。解決策の検討に当たっては、児童の養育において継続性が望ましいこと並びに児童の種族的、宗教的、文化的及び言語的背景について、十分な考慮を払うものとする。

²⁰⁵対象となる条文の量が膨大となる為、ここでは条文の引用を省略する。条文の内容については、

<https://www.jinken-library.jp/database/view.php?p=law&c=human-treaty&id=58400>（最終アクセス令和4年9月23日）を参照願いたい。

²⁰⁶ 障害者の権利に関する条約第23条 家庭及び家族の尊重

1 締約国は、他の者との平等を基礎として、婚姻、家族、親子関係及び個人的な関係に係る全ての事項に関し、障害者に対する差別を撤廃するための効果的かつ適当な措置をとる。この措置は、次のことを確保することを目的とする。

(a) 婚姻をすることができる年齢の全ての障害者が、両当事者の自由かつ完全な合意に基づいて婚姻をし、かつ、家族を形成する権利を認められること。

(b) 障害者が子の数及び出産の間隔を自由にかつ責任をもって決定する権利を認められ、また、障害者が生殖及び家族計画について年齢に適した情報及び教育を享受する権利を認められること。さらに、障害者がこれらの権利を行使することを可能とするために必要な手段を提供されること。

(c) 障害者（児童を含む。）が、他の者との平等を基礎として生殖能力を保持すること。

2 締約国は、子の後見、養子縁組又はこれらに類する制度が国内法令に存在する場合には、それらの制度に係る障害者の権利及び責任を確保する。あらゆる場合において、子の最善の利益は至上である。締約国は、障害者が子の養育についての責任を遂行するに当たり、当該障害者に対して適当な援助を与える。

3 締約国は、障害のある児童が家庭生活について平等の権利を有することを確保する。締約国は、この権利を実現し、並びに障害のある児童の隠匿、遺棄、放置及び隔離を防止するため、障害のある児童及びその家族に対し、包括的な情報、サービス及び支援を早期に提供することを約束する。

4 締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。いかなる場合にも、児童は、自己の障害又は父母の一方若しくは双方の障害に基づいて父母から分離されない。

5 締約国は、近親の家族が障害のある児童を監護することができない場合には、一層広い範囲の家族の中で代替的な監護を提供し、及びこれが不可能なときは、地域社会の中で家庭的な環境により代替的な監護を提供するようあらゆる努力を払う。

²⁰⁷ ヨーロッパ人権条約第8条

私生活および家族生活の尊重を受ける権利

1 すべての者は、その私的および家族生活、住居ならびに通信の尊重を受ける権利を有する。

2 この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、また、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、または他の者の権利および自由の保護のため、民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による介入もあってはならない。

家族に対する不法な干渉からの保護²⁰⁸、17条で家族の権利が規定されている²⁰⁹。人及び人民の権利に関するアフリカ憲章は18条1・2項において家族の保護²¹⁰、27条1項において家族に対する義務²¹¹、29条1項において家族の結合と尊敬のために努める義務²¹²を定められているが、同憲章では、個人の家族に対する義務が強調されており、ヨーロッパ人権条約及び人権に関する米州条約とは性格を異にしている。この様に、地域人権条約においても家族に関する規定が設けられていることから、国際人権条約において、家族が重要なものであると考えられていることがわかる。

しかし、これらの条約において、家族に対する捉え方は、一様ではないことに注意が必要である。人権条約上の家族の位置づけには、2つの側面がある。つまり、2つの側面とは、①「家族が人権の実現のために肯定的な価値を有し役割を担う集団」であると考え、「家族という集団を保護・支援し、家族に対し不当な干渉を行わないことを国家に義務付けている」肯定的な側面、②「家族という集団が、構成員個人に対する差別や抑圧、人権侵害を生み出すことがある」と評価する負の側面があり、①の側面は、世界人権宣言、自由権規約、社会権規約に、②の側面は、女性差別撤廃条約に、強く表れていること、①と②が混在しているのが、子どもの差別撤廃条約であることが指摘されている²¹³。

²⁰⁸ 第11条(私生活を保護される権利)

- 1.すべての者は、その名誉を尊重され、その尊厳を認められる権利を有する。
- 2.何人も、その私生活、家族、住居または通信に関する恣意的なあるいは不正な干渉の対象となること、またその名誉あるいは信用に関する不法な攻撃の対象となることがあってはならない。
- 3.すべての者は、そうした干渉または攻撃から、法律による保護を受ける権利を有する。

²⁰⁹ 第17条(家族に関する権利)

- 1.家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会および国による保護を受ける権利を有する。
- 2.婚姻することができる年齢の男女が婚姻しかつ家族を形成する権利は、両当事者が国内の法律によって求められる条件を満たしており、なおかつその条件がこの条約に定められた差別禁止の原則を侵すものでない限りにおいて認められる。
- 3.婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意なしには成立しない。
- 4.締約国は、婚姻中および婚姻の解消の際に、婚姻に関わる配偶者の権利の平等および適当な責任の配分を確保するための適当な措置を取るものとする。婚姻の解消の場合には、純粋に児童の利益のためのみ、その児童に対して必要な保護の措置が取られるものとする。
- 5.法律は、嫡出でない児童にも嫡出の児童にも平等な権利を認めるものとする。

²¹⁰ アフリカ憲章第18条

- 1.家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会および国による保護を受ける権利を有する。
- 2.国は、共同体において育まれてきた道徳および伝統的価値観の守り手である家族を援助する責務を有する。
- 3.国は、女性に対するあらゆる差別が解消されることを保障するとともに、国際的な宣言並びに条約において規定される通り、女性と子供の権利を保護することを保障する。
- 4.高齢者および障害者は、その物質的あるいは道義的必要性に沿った特別な保護の措置を受ける権利を有する。

²¹¹ アフリカ憲章第27条

- 1.すべての人は、自らの家族および社会、国、その他の法的に認められた共同体および国際的な共同体に対する義務を有する。
- 2.各個人の権利および自由は、他者の権利、集団安全保障、道徳および共通の利益に対して当然払われるべき配慮をもって行使される。

²¹² アフリカ憲章第29条

人は、次の義務をも有する。

- 1.家族の円満な発展を保つことおよび家族の結合および尊重に努めること。自身の親を常に敬い、必要な際には親を扶養すること。

²¹³ 大谷美紀子(2017年)「国際人権法における家族の位置づけ」、国際人権No.28、40頁。

②自由権規約における「家族」

自由権規約委員会は、条約の解釈指針を示す一般的意見 16Para.5 において「家族」という語の解釈にあたっては「関係締約国の社会で理解されている家族を包含するあらゆる家族を含むような広い解釈が与えられるよう要請される」としている²¹⁴。つまり、自由権規約委員会は、「単に国際的な家族の定義を課すことなく、当事国に対して家族という用語に当事国社会において与えられている意味を示すよう求めている。」とし、「しかしながら、自由権規約委員会は、家族の定義が、文化的にデリケートなものであること」を認めるが、「家族の定義は、差別のないものでなければならないため、当事国がその定義について排他的な権限を持っているわけではないことは、明らかである。」とし、「国家は、家族を如何に評価し、定義づけるかについては許可されているが、家族の構造とその固有の価値は、国際人権法に違反するべきではない。」とされているのである²¹⁵。また、自由権規約委員会は、一般的意見 19 において、「家族の概念がいくつかの点で国により異なりうるし、一国内の地域によってさえ異なりうるため、家族の概念に標準的な定義を与えることが不可能であること、に留意する。しかしながら、委員会は、人の集団 (a group of persons) が、国の法令及び実効上家族とみなされる場合には、第 23 条の定める保護を与えられなければならない、と強調するものである。」とし、家族に対する定義を示していない²¹⁶。

自由権規約における家族について規定された条文には、17 条及び 23 条があるが²¹⁷、家族の存否の判断においては、「血のつながりと関係を構築する法的形式（結婚、養子）に加えて、家族の存在が必要不可欠である」と考えられており、その際に「重要なのは、共に暮らしていること、経済的つながり又は集約的な他の形式と定期的なつながりである。」とされており、長期間離れ離れになっていた場合には、たとえ親子であっても、家族とはみなされない²¹⁸。17 条と 23 条では、「23 条の方が、適用範囲が広く、婚姻関係にある家族だけでなく婚姻外そして血のつながった家族、拡大家族、離婚後の父親と息子をも保護する。」とされている²¹⁹。なお、自由権規約委員会は、退去強制が条約に違反するか否かが争点となった *Winata v. Australia* 事件において、退去強制が 17 条に違反するとの判断を示しており、同

²¹⁴ CCPR/C/GC/16.

²¹⁵ Geraldine Van Bueren “*Crossing the Frontier- The International Protection of Family Life in the 21st Century*”, 813, Nigel Lowe and Gillian Douglas (ed) “*Families across Frontiers*”, Nijhoff. 1996.

²¹⁶ CCPR/C/GC/19.

²¹⁷ 第 17 条

1 何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。

2 すべての者は、1 の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。

第 23 条

1 家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。

2 婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる。

3 婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意なしには成立しない。

4 この規約の締約国は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置をとる。その解消の場合には、児童に対する必要な保護のため、措置がとられる。

²¹⁸ Manfred Nowark “*U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*”. Engel. 1993 at 405.

²¹⁹ Manfred Nowark, *Supra* note 216 at 405.

条が入管法分野での家族の権利保障にまで及ぶことが明らかとなっている²²⁰。但し、同性カップル等の性的マイノリティから構成される者の関係については、自由権規約 17 条及び 23 条の家族であるとはされておらず、後述するヨーロッパ人権裁判所が、異性カップルと同様に同性カップルも「家族生活」に該当するとしている点と大きく異なる。

8.2.1 自由権規約における LGBT

1982 年から 2021 年 11 月までに、国連の人権条約機関においてなされた性的指向及び性自認に関連する決定は、42 件であり、それらは自由権規約委員会の 28 件、拷問禁止委員会の 10 件、子どもの権利委員会の 1 件、女性差別撤廃委員会 3 件により構成される²²¹。この様に、自由権規約委員会での取り扱いが最も多い状況にあるとともに、「自由権規約委員会は、最も早くから性的指向や性別自認の問題を取り扱ってきた条約機関」であり、重要であると評価されている²²²。自由権規約委員会では、42 件の決定のうち、24 件は条約違反とされ、8 件は非許容決定がなされ、10 件は、条約違反なしと判断されている。42 件の内訳は、①同性間の性交渉に対する刑事処分（ソドミー法）に関連するものが 2 件²²³、②難民に関連するものが 21 件²²⁴、③ヘイトクライムやヘイトスピーチなどの暴力に関連するものが 5 件²²⁵、④表現、集会の自由に関連するものが 9 件²²⁶、⑤同性カップル

²²⁰Winata v. Australia No930/2000.

本件は、インドネシア出身でオーストラリアに 14 年以上にわたり不法在留している夫婦（事実婚）に対する退去強制が問題となった事案である。夫婦の間には、13 歳の子ども（オーストラリアで出生し、その後 10 年間の居住によりオーストラリア国籍を取得）がいる。子どもが、まだ幼いことから、両親が退去強制された場合、子どもは夫婦に同行するしかない。しかし、子どもは、オーストラリア社会に完全に受け込み、インドネシア語を解さず、インドネシアと文化的紐帯を有していない。自由権規約委員会は、父母の追放は、長期にわたって定着してきた家族生活に実質的な変更を生じさせるおそれのある場合は、家族に対する干渉となり、自由権規約 17 条に反するとした。さらに、その干渉が、合法的であるためには、自国の出入国管理法の執行の為というだけでなく、両親の追放を正当化するそれ以上の追加の諸要素を示さなければならない（傍点筆者）。本件においては、そのようなようそが示されていないので、23 条に関連して 17 条に反する家族に対する恣意的な干渉を構成し、子どもについては、未成年者としての必要な保護措置を提供しなかったことから 24 条 1 項に反するとした。

²²¹ 条約機関において扱われた事件及びその内訳については、ILGA (the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association) が作成した下記の資料によっている。

ILGA, Treaty Bodies' Jurisprudence on SOGIESC, Last updated: 8 November 2021,

<https://ilga.org/Treaty-Bodies-jurisprudence-SOGIESC>. (最終アクセス 2022 年 5 月 19 日)。

²²² 谷口洋幸 (2009) 「国際法における性的指向・性別自認と人権」法学新報 116 巻、3-4 号 530 頁。

²²³ 成人男性間での性行為が争点となった Toonen v. Australia 事件 (Communication No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.) と未成年男性と成人男性間の性行為が争点となった Dean v. Australia 事件 (Communication no. 1512/2006, CCPR/C/95/D/1512/2006.) の 2 件である。なお、Dean v. Australia 事件は、性的指向に基づく差別が主張されたが、自由権規約委員会、自由権規約第 1 選択議定書 5 条の要件を満たしていないとし、事案の検討を行っていない。

²²⁴ 内訳については、「8.2.1 自由権規約における LGBT、(2) 難民に関連するもの」において示す為、ここでは割愛する。

²²⁵ Ernazarov v. Kyrgyzstan (Communication No. 2054/2011 CCPR/C/113/D/2054/2011.)

D.C. and D.E. v. Georgia (Communication No. 573/2013 CAT/C/60/D/573/2013.)

²²⁶ Hertzberg et al. v. Finland (Communication No. 061/1979, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 161 (1982).

Fedotova v. Russian Federation (Communication No. 1932/2010, CCPR/C/106/D/1932/2010.

Alekseev v. Russian Federation: Communication No. 1873/2009, CPR/C/109/D/1873/2009.

に関連するものが4件²²⁷、⑥性自認の法的承認に関連するものが1件であり²²⁸、難民に関連するものがその大半を占めている。「8.2.1 自由権規約委員会における LGBT」では、自由権規約委員会で扱われた事件の概要を示すことで、人権条約機関の到達点を確認することとするが、本稿の主題及び目的から、検討対象は、ソドミー法、難民、同性カップルの権利保障のみとし、同性カップルの権利保障以外については、概要を示すにとどめることとする。

(1) ソドミー法に関連するもの

人権条約委員会において、初めて LGBT の人権が争点となったのは、1994 年の *Toonen v. Australia* 事件においてであった²²⁹。同事件では、タスマニアの刑法が成人男性の間の性行為を処罰していることが、法の下での平等を保障する 26 条に違反するか否かが争点となった。同事件において、自由権規約委員会は、私的な性行為がプライバシーに当たること、26 条の「性別」という文言には、性的指向も含まれることを初めて認め、当該ソドミー法は、26 条に違反するとした。同事件は、「主要人権条約のもとにおかれた条約委員会で初めて同性愛を人権問題と位置付けたもの」と評価されており²³⁰、「自由権規約委員会の立場を確定し、国際法と性的指向・性別自認の展開にきわめて重要な影響を与えた」とされている²³¹。また、後述する自由権規約委員会において、事実婚の異性カップルに与えられる諸利益が同性カップルには与えられないことが争点となった事件において同事件が引用されているとともに、各国の国内裁判所、米州人権裁判所及びヨーロッパ人権裁判所においても、同事件が引用されている²³²。この様に、同事件が性的マイノリティの権利保障に与えた影響は大きい。

(2) 難民に関連するもの²³³

難民に関連する 21 件は、10 件が自由権規約委員会、9 件が拷問禁止委員会、1 件が子どもの権利委員会、1 件が女性差別撤廃委員会により処理されている。21 件のうちの 6 件が、条約違反と判断されており、その内訳は、自由権規約委員会が 3 件、拷問禁止委員会が 2 件、子どもの権利委員会が 1 件である。8 件については、条約に違反しないとされ、7

Praded v. Belarus: Communication No. 2092/2011, CCPR/C/112/D/2029/2011.

Androsenko v. Belarus: Communication No. 2092/2011, CCPR/C/116/D/2092/2011.

Nepomnyaschiy v. Russian Federation: Communication No. 2318/2013, CCPR/C/123/D/2318/2013.

Nikolai Alekseev v. Russian Federation: Communication No. 2727/2016, CCPR/C/130/D/2727/2016.

Vladimir Ivanov v. Russian Federation: Communication No. 2635/2015, CCPR/C/130/D/2635/2015.

Nikolai Alekseev v. Russian Federation: Communication No. 2757/2016, CCPR/C/130/D/2757/2016.

²²⁷ 「8.2.2 自由権規約における同性カップル」において示され、検討される為、ここでは内訳を割愛する。

²²⁸ *G. v. Australia* Communication No. 2172/2012 of 2 December 2011.

²²⁹ *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992.

²³⁰ 谷口洋幸『『同性愛』と国際人権』三成美保編著（2015 年）『同性愛をめぐる歴史と法 尊厳としてのセクシャリティ』、明石書店、153 頁。

²³¹ 前掲・谷口洋幸「国際法における性的指向・性別自認と人権」530 頁。

²³² ILGA, United Nations Treaty Bodies' jurisprudence on sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics at 11.

https://www.asiapacificalliance.org/application/files/5415/8157/2542/Treaty_Bodies_Strategic_Litigation_toolkit_policy_paper_en.pdf（最終アクセス令和 4 年 9 月 29 日）。

²³³ 人権条約機関においては、同性カップルの滞在権に関する案件はないため、難民に関連するもののみが、入管法に関連するものとなる。

件は、委員会の検討の要件を満たしておらず、却下されている。原告は、ホモセクシュアル、バイセクシャル男性、レズビアン、トランス女性等となっている。なお、拷問等禁止委員会では、追放等の禁止を定めた拷問等禁止条約 3 条に違反するか否かが、自由権規約では、生命に対する権利及び死刑を定めた 6 条、拷問又は残虐な刑の禁止を定めた 7 条に違反するか否かが、子どもの権利委員会では、差別の禁止を定めた 2 条、子どもの利益の優先を定めた 3 条、表現の自由を定めた 13 条、思想、良心、宗教の自由を定めた 14 条、私生活、名誉、信用の尊重を定めた 16 条、マスメディアの役割を定めた 17 条、虐待、搾取等からの保護を定めた 19 条、子どもの難民の保護を定めた 22 条、教育の目的を定めた 29 条が争点となっている。

初めて性的マイノリティが当事者となったのは、2003 年の拷問禁止委員会の *K.S.Y.v.Netherlands* 事件においてであるが、同事件では違反しないと判断され²³⁴、2008 年の *Uttam Mondal v. Sweden* 事件において、拷問禁止委員会は、条約機関において初めて拷問禁止条約 3 条に違反するとの判断を示した²³⁵。その後、2011 年の自由権規約委員会による *X.v.Sweden* 事件²³⁶及び *M.I.v.Sweden* 事件²³⁷、2015 年の拷問禁止委員会による *J.K.v.Canada* 事件²³⁸、2016 年の自由権規約委員会による *M.K.H.v.Denmar* 事件²³⁹、2021 年の子どもの権利委員会による *A.B. v. Finland* 事件において²⁴⁰、条約違反と判断されている。

この様に、自由権規約委員会及び拷問禁止委員会を中心に見解が積み重なっていったことで、LGBT の難民に関する懸念及び一般的意見が示されるようになった。

例えば、自由権規約委員会のナミビアに対する最終見解では、「性的指向及び性自認を理由に難民申請をする者の送還に関して十分な保護がなされていないこと」に対し、懸念が示されている²⁴¹。また、拷問禁止委員会により 2017 年に示された一般意見 4 では、難民申請の申立人が退去強制された場合に生じるであろう個人的な危険を示唆するものの一つとして、性的指向及びジェンダー・アイデンティティーが示されている²⁴²。

8.2.2 自由権規約における同性カップル

人権条約機関において処理された同性カップルの権利に関連するものは、4 件であり、その全てが自由権規約委員会において処理されている。4 件のうち、1 件が同性婚に関するもの、1 件が離婚手続きに関するもの、残り 2 件が遺族年金等に関するものであり、初めて同性カップルが当事者となった *Jaslin et al. v. New Zealand* 事件を除いた 3 件において条約違反の判断が示されている。なお、2022 年現在、アルバニアを被告とした同性カップルの関係の法的承認が争点となる事件が、自由権規約委員会に係争中であり、その動向

²³⁴ Communication No. 190/2001 CAT/C/30/D/190/2001.

²³⁵ Communication No. 338/2008, CAT/C/46/D/338/2008.

²³⁶ Communication No. 1833/2008, CCPR/C/103/D/1833/2008.

²³⁷ Communication No. 2149/2012, CCPR/C/108/D/2149/2012.

²³⁸ Communication No. 562/2013, CAT/C/56/D/562/2013.

²³⁹ Communication No. 2462/2014, CCPR/C/117/D/2462/2014.

²⁴⁰ Communication No. 51/2018, CRC/C/86/D/51/2018.

²⁴¹ CCPR/C/NAM/CO/2, para. 35-36.

²⁴² CAT/C/GC/4, para. 45.

が注目されるところである²⁴³。

(1) 同性カップルの権利保障

Young v. Australia 事件は、自由権規約委員会において、同性カップルの権利保障が争点となった事件において、はじめて条約違反が認定された極めて重要な事件である。同事件に続いて、同性パートナーの遺族年金の支給が争点となった X. v. Colombia 事件においても条約違反が認定されており、「少なくとも事実婚と同等の保障をしないことは、性的指向に基づく差別にあたる」との解釈が確立した。」と評価されている²⁴⁴。

① Young v. Australia 事件（2003年）²⁴⁵

・事案の概要

原告は、同性パートナーである C と 38 年間にわたり同性愛関係にあった。C は、退役軍人であり、C が 73 歳で亡くなる 1998 年まで、X は C をケアした。C の死後、X は、退役軍人の被扶養者として、年金の支給を申請した。復員者援助委員会（Repatriation Commission）は、原告は、当該法の被扶養者に当たらないことを理由に原告の申請を却下した。なお、当該法は、被扶養者とは、パートナーを意味するとしている。そして、パートナーとは、①法的に婚姻をし、恒常的な別居状態にない者又は②異性と共同生活を行っており、その者と婚姻をしていないが、婚姻と同等の関係にある者で、婚姻法により禁止された関係にない者、と定義されており、これらの要件を原告は満たしていないと判断されたのである。原告は、審査委員会に異議申し立てをしたが、当該委員会と同じ理由により却下され、さらに、人権と機会の平等委員会（the Human Rights and Equal Opportunity Commission）に対しても、申立を行ったが、却下された。そして、原告は、同性愛という性的指向により、当該法のパートナーとして認められず、年金が支給されなかったことは、法の前の平等を定める自由権規約 26 条等に違反するとし、自由権規約委員会に申し立てを行った。

・見解要旨

Toonen v. Australia 事件で示されたとおり、「26 条の差別には、性的指向に基づく差別も含まれる」。また、婚姻をしている異性カップルと婚姻をしていない異性カップルとの間の取り扱いの差異が差別に当たるか否かが争点となった Danning v. the Netherlands 事件において、「異性カップルの場合、婚姻をするか否かを選択することが可能であるから、両者の区別は合理的で客観的な根拠があると判断されたことを当委員会は、再確認する」。

当該法は年金の支給の対象者であるパートナーについて、法的に婚姻をしている者又は婚姻に類する異性パートナーと定義しており、これらの要件を原告が満たすことが出来ないことは明らかである。同性パートナーである原告が婚姻をすることが出来ないのは明らかであり、原告の性的指向により当該法が定める同居するパートナーとして認められるこ

²⁴³ <https://ilga.org/Treaty-Bodies-jurisprudence-SOGIESC>（最終アクセス令和 4 年 9 月 29 日）。

²⁴⁴ 前掲・谷口洋幸『『同性愛』と国際人権』、155 頁。

²⁴⁵ Communication No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000.

とはない。

「当委員会では、合理的かつ客観的な根拠に基づいている限り、あらゆる異なる取り扱いが差別となるわけではないという法理が確立している。」当該法の下で遺族年金の支給対象とならない 同性パートナーと支給対象となる婚姻をしていない異性パートナーとの間にある当該区別が合理的かつ客観的な理由に基づくものであるのかという証明は、被告国によってなされておらず、当該区別を正当化するいかなる要素も示されていない。よって、当該区別は26条に違反する。

②X. v. Colombia 事件 (2007年)²⁴⁶

・事案の概要

原告は、22年間同性愛関係にあり、7年間同居していた同性パートナーであるYと死別した。Xは、亡くなったYに経済的に扶養されていたことから、社会保険基金に年金の移転を申請した。しかし、当該法は、同性パートナーを受給者としていないことから、Xの申請を却下した。国内裁判所、オンブズマンも同様に、当該法が同性同士の関係を家族として認めていないこと、婚姻をする権利やパートナーの死亡に伴う年金の移転などの権利は、異性カップルのみに認められることを理由に、原告の申請を却下した。

原告は、性的指向に基づく差別であり、法の前の平等を定める自由権規約26条等に違反すると主張した。

・見解要旨

当委員会は、原告が、コロンビアの国内法により、Yとの関係を法的に認められないという状況にあることを指摘する。また、当該法によれば、年金の受給権を得ることが出来るのは、事実婚状態にある異性カップルに限定されることを指摘せねばならない。

当委員会は、26条に違反する性的指向に基づく差別に当たるか否かが争点となった当委員会の初期の判例である *Young v. Australia* 事件を参照する。「また、婚姻をしている異性カップルと婚姻をしていない異性カップルとの間の取り扱いの差異が差別に当たるか否かが争点となった各事件において、両者の扱いの差異は、異性カップルの場合、婚姻をするか否かを選択することが可能であるから、両者の区別は合理的で客観的な根拠があると判断したことを想起する。」

「原告は、永続的な関係にある同性パートナーと婚姻をすることが認められていないのだから、結果として、当該法は、婚姻している異性カップルと婚姻をしていない異性カップルではなく、同性カップルと異性カップルを区別することとなっている。」

また、当委員会は、被告国は、同性パートナーに受給権を認めず、婚姻をしていない異性パートナーに受給権を認めていることについての合理的な根拠及び正当化する根拠も示せていないと評価する。よって、当委員会は、性的指向に基づき原告にパートナーの年金を受給することを認めないことは、26条に違反すると判断する。

²⁴⁶Communication No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005.

③小括

後述するヨーロッパ人権裁判所の判例と異なり、自由権規約委員会は、自由権規約における家族に同性カップルが該当するということを明言していない。自由権規約委員会は、あくまで、法の前での平等を定める 26 条の性別に性的指向が含まれるということを示すのみである。だからと言って、同性カップルの権利を保障することについて、消極的な態度は示しておらず、合理的かつ客観的な根拠に基づかない異なる扱いについては、差別と認定している。後述するヨーロッパ人権裁判所と異なり、自由権規約委員会が、同性カップルを家族と明言しないのは、同性カップルを家族と明言することで生じるであろう締約国間での混乱を防ぐことにあると思われる。また、自由権規約 26 条とヨーロッパ人権条約 14 条の性質の違いも影響していると思われる。性質の違いとは、自由権規約 26 条は、「規約上の権利の享受における無差別・平等に限定されない自律的な権利としての『法律の平等な保護を受ける権利』であると解されている。一方、ヨーロッパ人権裁判所は、後述するように、法の前での平等を定めたヨーロッパ人権条約 14 条のみでの適用が認められていないことから、同性カップルの関係が同条約の 8 条の「家族生活」に該当すると述べる必要性があった。同性カップルの関係を家族と明言するしないの差は、この点によるものと思われる。

(2) 婚姻に関するもの

①Jaslin et al v. New Zealand 事件(2002)²⁴⁷

・事案の概要

原告らは、ニュージーランド国籍の女性同士の 2 組の同性カップルである。原告らは、同性愛関係を開始して以降、前夫との間に出来た子どもを二人で養育し、共に生活し、財産及び家を共有している。原告らは、ニュージーランド当局に対し、婚姻届けを提出したが、申請は却下された。申請が却下されたのは、ニュージーランドの婚姻法は、婚姻を男女からなると規定していることによるものであった。原告らは、高裁に控訴したが、婚姻法は、明らかに婚姻を男女によるものと規定しているとされ、原告らの訴えは斥けられ、上告審においても同様の理由により却下された。

・見解要旨

「原告の主張の骨子は、自由権規約は、国家に対し、同性カップルが婚姻するのを可能にすることを義務として定めており、原告らに同性婚を許可しないことにより、原告が同性婚をする権利を侵害しているため、16 条、17 条、23 条 1 項・2 項、26 条に違反するというものである。」

「当委員会は、23 条 2 項は、婚姻をする権利を明示したものであると考える。」

「自由権規約が婚姻の自由に関する特定の条文として、同項を設けている以上、婚姻をする自由を侵害しているという訴えに関しては、全て 23 条において判断されるべきであると当委員会は、考える。」

「自由権規約の実体規定の中で唯一 23 条 2 項のみが、『すべての人間 (every human being)』『すべての者 (everyone)』『すべての人々 (all persons)』ではなく、『男女』とい

²⁴⁷Communication No. 902/1999, CCPR/C/75/D/902/1999.

う文言を使用している。」

「自由権規約の第 3 部のあらゆる条文において使用されている前述した様な一般的な文言を用いるのではなく、『男女』という文言を使用しているのは、23 条 2 項により課されている国家の義務が、お互いに婚姻することを望む一人の男性と一人の女性という結合のみを婚姻として、一貫して一様に理解していることによるものである。」

「23 条 2 項における婚姻をする自由について、当委員会としては、同性間の婚姻を許可しないことにより、被告国が、16 条、17 条、23 条 1 項、2 項、26 条に違反すると判断することは出来ない。」

②C.v.Australia 事件 (2017 年) ²⁴⁸

・事案の概要

原告である C は、約 10 年間、A とカップルとしてオーストラリアに暮らしていた。原告らの間には、人工妊娠による子どもがおり、二人はその子の法的な親であった。2014 年、原告らは、カナダで婚姻をした。しかし、その後、二人は別れ、C は独りで子どもを育てることになった。2016 年に、A との連絡が一切取れなくなり、養育についての経済的援助を受けることが出来なくなった。そこで、C は、A との婚姻を解消しようとしたが、クイーンズランド州法では、婚姻は男女の結合とされており、同性からなる結合は、婚姻として認められておらず、C に適用され得る離婚手続きは存在しない状況であった。

・見解要旨

「当委員会は、26 条に関する法理を再確認する。26 条は、すべての人々に対し法の下での平等と法による保障を与えるわけではない。そして、26 条は、法によるいかなる異なる取り扱いをも禁止しているわけではなく、人種、皮膚の色、性別、言語、宗教、政治的意見、その他の意見、国籍、又は社会的身分、財産、出生又は他の地位などのようないかなる理由による差別によらず、すべての人々が平等に扱われることを保障しているのである。」

「当委員会は、性的指向に基づく差別も 26 条が禁止する差別に含まれること、当該区別の基準が合理的かつ客観的な理由に基づくものであり、自由権規約の下での合法的な目的を達成するために行われた場合は、すべての区別が必ずしも差別となるわけではない、ということを確認する。」

当委員会は、被告国が海外で行われた同性婚を適用外とする合理的な理由を示せていないことを指摘する。例えば、海外で一夫多妻の婚姻をした者には、例外的にオーストラリアの離婚手続きが適用され、その理由について、被告国は説明を行っているが、それでは何故、その理由が海外で同性婚をした者には適用されないのかということの説明が出来ていないのである。

当委員会としては、その他の海外でなされた婚姻の当事者がオーストラリアの離婚手続きの適用を受ける一方で、原告の性的指向に基づき原告を離婚手続きの適用外としたことについて、「説得的な説明がないことから、合理的かつ客観的な理由に基づいておらず、

²⁴⁸ Communication No. 2216/2012, CCPR/C/119/D/2216/2012.

26 条が禁止する差別に該当すると判断する。」

③ 小括

自由権規約委員会は、前述した通り、2002 年の *Jaslin et al v. New Zealand* 事件において、婚姻の自由を定めた 23 条は、異性カップルのみに適用されるとした。同事件において、原告は、26 条の法の前の平等違反も主張していたが、自由権規約委員会は、23 条の検討のみで十分であるとして、26 条の検討を行っていない。よって、同事件で自由権規約委員会が示したのは、同性カップルには、23 条の婚姻の自由の適用はなく、同性婚が法的制度として整備されていないことは、条約に違反しないということのみであることになる。つまり、婚姻以外の同性カップルの関係を法的に承認するパートナーシップ制度などを設ける義務が国家にあるか否かについての検討は行っていないということになる。よって、仮に、今後、同性カップルの関係を法的に承認する制度の不備が 26 条に違反するとの主張がなされた場合、自由権規約委員会が、条約違反の見解を示す余地はあると言えると思われる。そして、国連人権高等弁務官事務所²⁴⁹が発行する 2012 年の「BORN FREE AND EQUAL Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law」(以下、BORN FREE AND EQUAL)においても、「国際法上、国家には同性カップルの関係を認める義務はない」とされていたが²⁵⁰、2019 年の第 2 版では、「国家には、性的指向、性自認、性的特徴に関係なく、カップルとその子どもの関係を承認する積極的義務がある」とされ、「法的承認の形式は、シビル・ユニオン、シビルパートナーシップから婚姻に至るまでの様々な形態があり得る」とし²⁵¹、2012 年の記述内容から大きく変化している。国連人権高等弁務官事務所は、BORN FREE AND EQUAL の発行の目的について「国家が LGBTI の人々に対して負っている中核的義務を示し、これらの関係において国連機構が如何に国際法を適用しているかを説明することにある」としていることから、2019 年時点において、国連レベルで、同性カップルの関係を法的に承認することは国家の義務とされていると言うことが出来ると思われる。

(3) 一般的意見及び一般勧告

LGBT の当事者が関わる事件を取り扱っている人権条約機関は、前述したとおり、自由

²⁴⁹ 国際連合広報センターによると、国連人権高等弁務官事務所とは、「国連の人権活動の中心となる機関」であり、「人権理事会、条約によって設けられた機関（条約の順守状況を監視する専門家委員会）、その他の人権機関の事務局を務める。また、人権状況を監視、報告し、諮問サービスを提供し、技術援助活動を行い、世界や国が人権の規範や基準を採択、順守するよう促進する。OHCHR はまた、国際人権機構や機関とともに、国際人権基準を発展させ、監視し、同時にこれらの基準を実際に実施する国々の努力を支援する。」と説明されている。

https://www.unic.or.jp/activities/humanrights/hr_bodies/high_commissioner/（最終アクセス 2022 年 5 月 19 日）。

²⁵⁰ 国連人権高等弁務官事務所著、中村梓訳（2016 年）『みんなのための LGBTI 人権宣言 人は生まれながらにして自由で平等』合同出版、94 頁。

²⁵¹ The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), BORN FREE AND EQUAL Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law, 2019, p73.
https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Born_Free_and_Equal_WEB.pdf（最終アクセス 2022 年 5 月 19 日）。

権規約委員会及び拷問禁止委員会が中心となっているが、その他の人権条約機関も一般的意見を通して、性的指向に基づく差別を禁止する姿勢を見せている。

一般的意見は、各条約の規定の文言、内容、義務の範囲を解釈をする際の指針となるものである。

一般勧告とは、人権条約機関が、締約国から提出された報告等に基づき、条文の解釈等について、委員会の見解や締約国の義務を明らかにしたものであり、各締約国に対し出される総括所見とは異なり、一般勧告は締約国全体に向けられたものである。

①社会権規約委員会の一般的意見

2000年の一般的意見14（到達可能な最高水準の健康に関する権利）では、性的指向に基づく健康に対する権利の平等な享受又は行使を無効にし又は妨げる意図又は効果をもついかなる差別をも禁じている²⁵²。2003年の一般的意見15（水に関する権利）では、水に対する権利の平等の享受又は行使を無効にし又は害する意図又は効果をもつ、性的指向に基づくいかなる差別をも禁じている²⁵³。2006年の一般的意見18（労働に関する権利）では、雇用へのアクセス及び雇用の保持において、性的指向に基づく労働の権利の行使を妨げ又は無効にする意図又は効果を持ったいかなる差別をも禁止している²⁵⁴。2008年の一般的意見19では、社会保障に対する権利の平等な享受又は行使を無効化、阻害する意図又は効果をもった性的指向に基づき差別を法律上、事実上、直接的、間接的に禁止するとしている²⁵⁵。

2009年の一般的意見20（無差別）では、差別に遭う場として、民間の住宅部門の関係者（例として民間の家主、貸付の提供者、公営住宅の供給者）が、性的指向によって、直接又は間接的に、住居又は住宅ローンへのアクセスを拒否することがあることが例示されている²⁵⁶。また、同意見Para32では、社会権規約2条2項の「他の地位」には、性的指向が含まれることを示し、性的指向が、規約上の権利を実現する障害とならないこと、例えば遺族の年金受給権を確保すべきことについて指摘している。

②子どもの権利委員会の一般的意見

2003年の一般的意見4にて、子どもの権利条約2条は、18歳未満のすべての者が、差別を受けることなく、権利を享受することを確保することを国家の義務としているが、同条の差別には性的指向も含まれるとしている²⁵⁷。

③女子差別撤廃委員会一般勧告

2010年の一般勧告27（高齢者女性）では、女性高齢者が経験する差別の一例として、性的指向や性同一性について指摘されている²⁵⁸。2010年の一般的勧告28では、性別やジェ

²⁵² Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment 14, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 11 August 2000.

²⁵³ CESCR, General Comment 15, U.N. Doc. E/C.12/2002/11, 20 January 2003.

²⁵⁴ CESCR, General Comment 18, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 6 February 2006.

²⁵⁵ CESCR, General Comment 19, U.N. Doc. E/C.12/GC/19, 4 February 2008.

²⁵⁶ CESCR, General Comment 20, U.N. Doc. E/C.12/GC/20, 10 June 2009.

²⁵⁷ Committee on the Rights of the Child (CRC), General Comment 15, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.2) 410.

²⁵⁸ Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation 27, CEDAW/C/2010/47/GC, 16 December 2010.

ンダーに基づく女性差別と密接に関連するものとして、性的指向及び性同一性などを挙げられており、締約国に対し、性的指向や性同一性と関連してなされる女性に対する複合差別に対し、その存在を法的に認識し、禁止する必要があるとしている²⁵⁹。さらに、このような差別の発生を防止するために、政策や計画を採用し推進する必要があることを指摘している。

④小括

主要な条約機関の一般的意見及び一般勧告を検討した結果、主要な条約機関において、性的指向に基づく差別は許されないと考えられており、その考えが一般化していることが判明した。

同性カップルについて言えば、2008年の社会権規約一般的意見19が、社会保障に対する権利の平等な享受又は行使を無効化、阻害する意図又は効果をもった性的指向に基づき差別を法律上、事実上、直接的、間接的に禁止するとしている点、2009年の社会権規約一般的意見20（無差別）が、性的指向が、規約上の権利を実現する障害とならないこと、例えば遺族の年金受給権を確保すべきことについて指摘している点が重要である。これらの勧告から、性的指向に基づく差別は、性的マイノリティ個人のみならず、同性カップルに対しても、許されないと考えられていることが判明した。

(4) 日本に対する改善勧告について

①自由権規約委員会

2008年の自由権規約委員会による第5次国家報告書において、はじめて日本に対してLGBTに関連する勧告が行われた²⁶⁰。同報告書では、LGBTの人々に対する雇用・居住・社会保険・健康保険・教育・法によって規制されたその他の領域における差別があることに対する懸念が示されている。また、同報告書では、差別禁止の根拠に性的指向を含めるように法律を改正すること、公営住宅法とDV防止法を例示し、事実婚の異性カップルと同性カップルを等しく扱うべきことを指摘している。

2014年の自由権規約委員会による第6次国家報告書では、性的指向及び性同一性を含むあらゆる差別を禁止する包括的な反差別法を採択すること、差別の被害者に対する救済措置を設けるべきことを指摘している²⁶¹。また、LGBTに対する意識啓発活動の強化、ハラスメントの防止、同性カップルに対する公営住宅の入居要件の制限を除去すべきことを指摘している。

②社会権規約委員会

2013年の第3次国家報告書に対する総括所見において、同性カップルに対する差別規定が法制度に存在し続けていることに懸念を示し、関連する法律を包括的に検討し、必要な場合は改正することを要求している²⁶²。

2009年の一般的意見20でも、社会権規約2条2項にはSOGIが含まれるとの解釈を示

²⁵⁹ CEDAW, General Recommendation 28, CEDAW/C/2010/47/GC.2, 16 December 2010.

²⁶⁰ U.N.Doc.CCPR/C/JPN/CO/5, 18 December 2008.

²⁶¹ U.N.Doc.CCPR/C/JPN/CO/6.20, August 2014.

²⁶² U.N.Doc.E/C.12/JPN/CO/3, 10 June 2013.

し、直接差別だけでなく、間接差別にも対処することを求めている²⁶³。

③女性差別撤廃委員会

2016年の第7回及び第8回報告に関する総括所見において、初めて女性差別撤廃委員会は、LBTに関して言及した²⁶⁴。その内容は、不利な立場にある女性としてLBTを例示し、健康、教育、公的生活へのアクセスに影響する複合差別・交差的（多層的）差別の根絶を目的とした努力を積極的に行うように求めている²⁶⁵。

④子どもの権利委員会

2019年の第4回及び第5回の国家報告書に対する総括所見において初めて言及された²⁶⁶。その内容は、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアル、トランスジェンダーおよびインターセックスである子どもに対して現実に行なわれている差別を減少させかつ防止するための措置（意識啓発プログラム、キャンペーンおよび人権教育を含む）を強化することであった。

⑤国連人権理事会

国連機関である国際人権理事会からも、日本は複数の勧告を受けている。

2017年の第3回審査では、LGBTIに対する差別的な法規定を撤廃すること、同性カップルの関係を法的に承認すること、などが勧告されている²⁶⁷。

また、国連人権理事会は、2000年代に入り、性的指向にもとづく差別や人権保障を国連の主要人権課題として取り上げられるようになり、2005年には、日本を含む32か国の賛同を得て「性的指向と人権に関する共同声明」²⁶⁸、2006年には、国連人権理事会の理事国18か国（日本を含む）を含む54か国が賛同し、「性的指向・性自認にもとづく人権侵害に関する共同声明」を提出した²⁶⁹。2011年にも、日本を含む85か国が賛同した共同声明が提出している²⁷⁰。

⑤小括

日本に対する改善勧告においても、一般的意見及び一般勧告と同様に、性的指向に基づく差別に対する懸念と差別を改善する法制度等の整備が勧告されている。同性カップルについて言えば、2008年の自由権規約委員会の事実婚の異性カップルと同性カップルを等しく扱うべきだとする指摘、2013年の社会権規約委員会の同性カップルに対する差別規定が法制度に存在し続けていることに対する懸念、2017年の国連人権理事会の同性カップルの関

²⁶³U.N.Doc E/C.12/GC/20 2 July 2009.

²⁶⁴女性差別撤廃条約は、女性を対象としているため、ゲイ男性は対象とならない。その為、LGBTではなく、LBTという文言が使用される。詳細については、林陽子『『女性』とは誰か』秋月弘子他編(2011年)『人類の道しるべとしての国際法』国際書院、269 - 271頁。

²⁶⁵U.N.Doc.CEDAW/C/JPN/CO/7-8,7 March 2016.

²⁶⁶U.N.Doc.CRC/C/JPN/CO/4-5,5 March 2019.

²⁶⁷U.N.Doc.A/HRC/37/15,4January 2018.

²⁶⁸ Joint Statement, "Sexual Orientation and Human Rights", Commission on Human Rights, March 2005.

²⁶⁹ Joint Statement, "Human rights violations based on sexual orientation and gender identity", Human Rights Council, 1 December 2006.

²⁷⁰ Joint Statement, "Ending acts of violence and related human rights violations based on sexual orientation and gender identity," Human Rights Council, 22 March 2011.

係を法的に承認するようとの勧告、が重要である。

8.3 小括 自由権規約における同性カップルについて

自由権規約委員会における同性カップルの権利保障が争点となった事件を検討した結果、4件の内の3件について、性的指向に基づく差別が認定されていることから、自由権規約委員会において、性的指向に基づく差別は許されないという見解が確立し、遺族年金の受給の様な異性カップルには当然に認められていた権利が同性カップルにも認められつつあることを確認することが出来る。

各委員会からの一般的意見からは、性的指向に基づく差別は許されないという見解が確立していること、遺族の年金受給権の様な社会保障に対する権利を確保すべきことが求められている。

日本に対する改善勧告では、異性カップルと同性カップルを等しく扱うべきだとする指摘、同性カップルに対する差別規定が法制度に存在し続けていることに対する懸念、同性カップルの関係を法的に承認するようとの勧告がなされている。

さらに、国連高等弁務官が、事実婚状態にある異性カップルと同等の権利を同性カップルに認めるべきことを表明していることから、「事実婚的保護を同性同士の関係性にも等しく適用することを各国に求めている」と言える²⁷¹。

ただ、自由権規約委員会で扱われた事件は、すべて婚姻をしていない異性パートナーと同性パートナーとの間にある異なる扱いが争点となっていることから、婚姻をしている異性カップルと婚姻をしていない同性カップルの異なる取り扱いについて、自由権規約委員会が性的指向に基づく差別が認めるか否かは、現段階では不明である。また、自由権規約委員会は、同性カップルの関係の法的承認について直接的に争われた *Joslin et al. v. New Zealand* 事件では、自由権規約 23 条の婚姻の自由は同性カップルには適用されないとしており、同事件以降、同性カップルの関係の法的承認が争点となった事件がないため、同事件で示された自由権規約委員会の解釈が、維持されるのか否かも現時点では、不明である。

しかし、同事件から 20 年以上経過し、ここ数十年で大きな変化が起きていることから、自由権規約委員会が 2002 年の解釈を変更する可能性は大いにあると言える。

2002 年の解釈以降の国連の人権機関における変化としては、以下の 4 点が特に重要である。

第一に、国連は、「1990 年代から、人権条約機関や独立専門家による性的指向と人権に関する指摘が見られるように」なり²⁷²、2011 年、国連人権理事会は、性的指向・性別自認に関する人権の保護・促進を決議し²⁷³、性的マイノリティも人権享有主体であることを示すに至ったことである。

第二に、同決議以後、「国連人権高等弁務官による報告書や啓発冊子の公表、国連 LGBT コアグループの形成、特別手続きに基づく独立専門家の任命、特別ウェブサイト

²⁷¹ 谷口洋幸「第 7 章 国際人権法」棚村政行 中川重徳編著（平成 28 年）『同性パートナーシップ制度世界の動向・日本の自治体における導入の実際と展望』日本加除出版、145 頁。

²⁷² 山下梓（2018 年）「性的指向、性別自認と人権 国連の最近の動向にみる日本の課題」137 頁、ジェンダー法学会編『ジェンダーと法』（日本加除出版）No.15。

²⁷³ U.N.Doc.A/HRC/RES/17/19,14 July 2011.

『UN Free and Equal』の開設など、LGBTの人権は国連の人権施策における主要課題の一つと認識」されるようになってきていることである²⁷⁴。

第三に、前述した2017年の国連人権理事会の日本に対する勧告で、同性カップルの関係を法的に承認することが求められていることである。

第四に、国連人権高等弁務官事務所が発行する2019年の「BORN FREE AND EQUAL」で同性カップルの関係の法的承認は国家の義務とされていることである。

以上の変化から、2002年とは、状況が大きく変化していることを指摘することが出来る。

さらに、自由権規約委員会は、2002年の個別通報に対する見解では、同性カップルには23条の婚姻の自由の適用はないとしているが、勧告では、事実婚の異性カップルと同性カップルを等しく扱うべきであることを指摘している。勧告については、「より厳密な意味での規範の新たな発展あるいは解釈の拡大を生み出す『揺りかご』となり、その結果として生み出された規範が具体的に個人通報における見解に反映されるというサイクルを実現させていると考えられる。」とされていることから²⁷⁵、勧告で示された規範が個人通報における見解に反映される可能性も多いにあると言えるのである。

また、後述するヨーロッパ人権裁判所においても、同性カップルの関係を法的に承認することを国家の義務としたのは、ここ数年のことであることも併せて考えると、自由権規約委員会が同性カップルの関係を法的に承認すべきであると判断する可能性はあるとみるべきであろう。

前述したとおり、2022年現在、自由権規約委員会では、アルバニアを被告とした同性カップルの関係の法的承認が争点となっている事件に係争中であり、その動向が注目されるところである。

8.4 ヨーロッパ人権裁判所判例における「家族」

「8.4 ヨーロッパ人権裁判所判例における『家族』」では、ヨーロッパ人権裁判所の判例における性的マイノリティ、同性カップルの人権を論じる前提として、同人権の主戦場となっているヨーロッパ人権条約8条について、検討する。そして、8条の「家族生活」についても検討する。

ヨーロッパ人権条約8条を検討するのは、①性的マイノリティ、同性カップルの人権が争点となった判例の大半が、8条及び14条違反とされていること、②法の前の平等を定めたヨーロッパ人権条約14条の適用は、同条約中に定められた他の条文の権利の存在が前提とされていることから²⁷⁶、8条が定める権利の内容及び性質を明らかにしておく必要があること、によるものである。

²⁷⁴ 谷口洋幸「第9章 LGBTと人権 世界人権宣言70周年を迎えて」、谷口洋幸編著（2019年）『LGBTをめぐる法と社会』日本加除出版、186～187頁。

²⁷⁵ 古谷修一（2021年）「自由権規約委員会における規範解釈の動態—総括所見、見解、一般的意見の相互作用」国際人権No.32、89頁。

²⁷⁶ Council of Europe(2020) Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention.p6.

「家族生活」について検討する理由は、同性カップルの権利、例えば、同性カップルの関係の法的承認、社会保障に関する権利等について定める各国の国内法の多くがその対象を異性カップル等からなる「家族」とし、同性カップルは「家族」に該当しないされ、異性カップルに認められる各種権利が認められていないことによる。

この状況が 8 条及び 14 条に違反するとされる為には、8 条に定められている「家族生活」に対する積極的義務を国家が怠っていることを証明する必要がある。積極的義務を国家が怠っていることを証明する為には、①同性カップルが「家族生活」に該当すること、②異性カップルと同様に「家族生活」に該当する同性カップルが、同じ状況にある異性カップルと異なる扱いを受けていることが、正当化されないこと、が必要となる。よって、性的マイノリティ、同性カップルの権利を論じる前提として、8 条について、8 条の「家族生活」について検討することが重要なのであり、以下で検討することとする。

8.4.1 ヨーロッパ人権条約 8 条について

ヨーロッパ人権条約 8 条は、家族について規定している。8 条は、「私的生活」、「家族生活」、「住居」、「通信」の尊重を規定している²⁷⁷。また、8 条は、その 2 項により、これらの権利の尊重について、国家に消極的義務及び積極的義務を定めている。

(1) 「家族生活」について

「家族生活」の本質的要素は、家族関係を発展させ、互いに交流することを享受するため共に暮らす権利であると説明される²⁷⁸。「家族生活」の概念は、自律的であり、「家族生活」が存在するか否かの判断は、実際に親密な人間関係が存在するか否かによることとなる。具体的には、同居の有無、関係性の期間、共同で子どもを養育しているか否かが判断の際に重要要素となってくるのである。

8 条の「家族生活」の対象は、現に存在している家族であるとされ、将来の婚姻を約束した関係の様な将来的に形成される家族はその対象外であるとされる²⁷⁹。家族生活は、カップル間や子どもとの関係に限定されず、親類や祖父母と孫の間にも認められ得る。「家族生活」の存否を決定するのは、親密な家族的なつながりの有無によるとされる。よって、家族生活は、単に法的な婚姻による関係に限定されることなく、事実上の家族のつながりにも認められ得るものである。

「現在のヨーロッパ人権条約 8 条の家族生活の概念は、ヨーロッパ人権条約が採択された 1950 年当時の伝統的な家族概念をはるかに超えた広範なものとなっており、この条約の解釈の変化は、ヨーロッパ人権委員会及びヨーロッパ人権裁判所の社会及びテクノロジー

²⁷⁷ ヨーロッパ人権条約 8 条（私生活及び家族生活の尊重についての権利）

1 項「すべての者は、その私的及び家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有している。」

2 項「この権利の行使については、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。」

²⁷⁸ Council of Europe(2020)Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life,home and correspondence,p65,para276.

²⁷⁹ Wakefield v UK No 15817/89,66DR251at 255(1990).

の変化に対応した解釈によりもたらされた」とされる²⁸⁰。ヨーロッパ人権裁判所は、条約制定時の解釈にとらわれることなく、社会の変化に合わせて条約を解釈することにより、家族の変容に対応してきている。近年、ヨーロッパ人権裁判所は、8条を用いてLGBTの権利を保障する判断を示しており、その変化には特筆すべき点があり、8条は、「性的指向が関連する事件において、最も用いられ、成果を上げ続けている」と評されている²⁸¹。なお、「8.4 ヨーロッパ人権裁判所における『家族』」では、8条の「家族生活」の概要を示すにとどめ、8条におけるLGBTを構成員とする同性カップル等については、後述することとする。

(2) 積極的義務及び消極的義務について

ヨーロッパ人権条約8条2項は、8条の権利の行使に当たり、国家の不当な干渉が行われることを禁止している。国家が不当な干渉をしない義務は、消極的義務と呼ばれ、8条は原則的に、国家の消極的義務を定めたものとされているが²⁸²、さらに、8条の保障する権利を尊重する為に、法制度等を整備するなどの積極的義務をも国家に課しているとされる。性的マイノリティの権利に関して言えば、消極的義務はソドミー法が8条に違反するか否かが論じられた際に、積極的義務は、同性カップルの関係を法的に承認する制度を整備することが国家の義務とされるか否かの際に、問題とされるものである。

国家に積極的義務又は消極的義務が認められた場合、その義務を果たしていないことが、国家の裁量の範囲内であるか否かが審査されることとなる。国家の裁量の範囲外であるとされた場合、8条に違反するとされることとなる。

(3) ヨーロッパ人権条約14条との関係について

① 14条の性質について

「14条は、ヨーロッパ人権条約に定められた諸権利、自由の享受するに当たり、差別されない権利を定めている」とされる²⁸³。ヨーロッパ人権裁判所は、繰り返し、ヨーロッパ人権条約及び選択議定書に定められた他の条文を単に補完するものに過ぎないと述べている²⁸⁴。そして、「14条は、差別自体を禁止しているのではなく、条約において定められている諸権利及び自由の享受における差別を禁止」し、「諸権利や自由を定める他の条文にとって必要不可欠な存在である」とされ、実際に、ヨーロッパ人権裁判所は、常に14条と他の条文とともに検討を行っている²⁸⁵。しかし、14条の適用には、ヨーロッパ人権条約の他の条文の権利の侵害は必要不可欠とはされておらず、14条はある程度、自律的な存在であるとされ、権利の侵害なしに14条の適用を認めた判例も存在する²⁸⁶。但し、当該事実が、ヨーロッパ人権条約中の1つ又は複数の条文の範囲内であることは、必要とされる²⁸⁷。

²⁸⁰ Harris, O'Boyle & Warbrick (2018) Law OF the European Convention on Human Rights (Fourth edition), OXFORD UNIVERSITY PRESS, p.505.

²⁸¹ Paul Johnson (2014) Homosexuality and the European Court of Human Rights, Routledge, 93.

²⁸² Council of Europe (2020) Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights LGBTI rights, p.17.

²⁸³ Council of Europe (2020), op.cit., p.6.

²⁸⁴ Ibid. p. 6.

²⁸⁵ Ibid. p. 6.

²⁸⁶ Ibid. p. 7.

²⁸⁷ Ibid. p. 8.

② 審査基準について

14 条は、異なる扱い又は異なる状況にある者を異なる扱いをしなかったことの全てを差別であるとはせず、客観的かつ合理的に正当化されないものを差別と評価する。差別であるか否かを審査するに当たり、ヨーロッパ人権裁判所は、2 段階の審査基準を用いる。まず、①類似又は比較的類似の状況にある者を異なる扱いをしていないか、②異なる状況にある者を異なる扱いをすることを怠っていないか、が審査され、その様な状況にある場合、その様な状況を生み出している立法目的は存在するのか、そして、その手段は、立法目的の達成にとって合理的であり、適当であるか否かが審査される²⁸⁸。

8.4.2 家族生活の範囲について

(1) 関係性が法的に承認されている場合

カップルの関係については、法律婚のように、関係性が法的に承認されている場合は、家族生活の存在があると認められる傾向にある。しかし、単に法的承認があればよいという意味ではなく、例えば、在留資格を得ることのみを目的とした偽装結婚については、家族生活の存在は認められないとされている²⁸⁹。

親子関係については、法律婚関係にある両親から生まれた子どもと両親との間には、子の誕生と同時に家族生活が成立するとされている²⁹⁰。

(2) 関係性が法的に承認されていない場合

カップルの関係については、事実婚の様な関係性が法的に承認されていない場合であっても、家族生活の存在が認められることがある。家族生活の存在の判断基準としては、共に生活しているか、関係性の時間的長さなどがある。

親子関係については、シングルマザーと子の関係については、子の誕生と同時に家族生活が成立するとされるが²⁹¹、父親と子の関係については、血縁関係のみでは家族生活は成立しないとされている。例えば、ドナーから提供された精子による人工授精で誕生した子とトランスセクシャルの男性とその妻からなる両親の間に家族生活が認められており、血縁関係は、両親と子の間の家族生活の成立にとって必須の条件とはみなされていない²⁹²。

8.5 ヨーロッパ人権裁判所判例における性的マイノリティ

性的マイノリティの権利保障に関するヨーロッパ人権裁判所の判例は、その特徴により、1950 年から 1998 年まで、1999 年から 2009 年まで、2010 年から現在まで、という 3 つに区分することができる²⁹³。以下では、これらの区分に基づき、ヨーロッパ人権裁判所の判例

²⁸⁸ Ibid.p. 16.

²⁸⁹ Benes v Austria Application No18643/91.

²⁹⁰ Berrehab v. the Netherlands,21 June 1988, Series A no.138.

²⁹¹ Marckx v. Belgium,13 June 1979, Series A no.31.

²⁹² X, Y and Z v the United Kingdom,22 April 1997, Report of Judgments and Decisions 1997-II.

²⁹³ ヨーロッパ人権裁判所の判例の各年代の特徴による分類については、下記の論文の分類を参考にして
いる。

Helfer, L. R., & Ryan, C. (2021). LGBT Rights as Mega-politics: Litigating before the ECtHR. *Law and Contemporary Problems*, 84(3).

を概観する²⁹⁴。

(1) 1950年から1998年まで

1955年のW.B.vGerman事件により、ヨーロッパ人権委員会に、初めて性的マイノリティが当事者となった訴えがなされた²⁹⁵。同事件では、同性間の性交渉を処罰するいわゆるソドミー法が、8条により保障されている「私生活」の尊重に違反するとの訴えがなされた²⁹⁶。しかし、ヨーロッパ人権委員会は、原告らの主張を容認しなかった。

同事件から1970年代にかけて、ソドミー法に関連する事件は、ドイツ、オーストリアを被告国とする13件が提起されているものの、全ての事件において原告の請求は容認されることはなかった²⁹⁷。同時期におけるソドミー法以外の性的マイノリティの権利に関連する訴えとしては、表現の自由や宗教上の信仰に関連するものが存在していたが、いずれも原告の主張は容認されることはなかった²⁹⁸。このように、当初、ヨーロッパ人権裁判所は、性的マイノリティの権利保障に積極的な姿勢は示さず、むしろ「性行為を処罰することの当否を、人権問題として議論するに値しないと考えていた」と評価されるほど、消極的な態度を示していたのである²⁹⁹。

しかし、ソドミー法を廃止する国が増えるにしたがい、ヨーロッパ人権裁判所もその姿勢を変化させることとなる。1981年のDudgeon v United Kingdom事件において、ヨーロッパ人権裁判所は、国際人権裁判所において、初めて、ソドミー法が、8条の「私生活」の尊重を受ける権利を侵害するとの判断が示したのである³⁰⁰。

Dudgeon v United Kingdom事件において、性的マイノリティの権利保障に対して積極的な姿勢を示したヨーロッパ人権裁判所であったが、1980年代から1990年代にかけて、複数の同性愛男性間による性行為に対する処罰³⁰¹、住居支給における差別³⁰²、養子縁組における差別³⁰³などに関する訴えがなされたが、原告の主張は容認されなかった。この様に、1950年代から1990年にかけての性的マイノリティの権利保障の到達点としては、ソドミ

²⁹⁴ 「8.5 ヨーロッパ人権裁判所判例における性的マイノリティ」では、ヨーロッパ人権裁判所の判例におけるLGBTの地位を概観することを目的としている。よって、性的少数者により構成される家族については、「8.6 ヨーロッパ人権裁判所における同性カップル」で、入管法上における問題については、「8.8 入管法関連判例におけるLGBT」で詳細に検討することとする。

²⁹⁵ ヨーロッパ人権委員会とは、1998年の第11選択議定書の発効前に存在していた機関である。同議定書の発効前までは、個人からなされた人権申立は、同委員会により処理がなされており、委員会及び締約国が必要と認める場合に、ヨーロッパ人権裁判所に事件が付託されていたが、同議定書の発効以後は、ヨーロッパ人権裁判所に一本化されている。

²⁹⁶ W.B v Germany事件(Application No 104/55.)は、ヨーロッパ人権委員会に提起された性的少数者の権利保障に関する最初の訴えであった。同事件では、ヨーロッパ人権条約2条、8条及び14条違反が主張されていたが、原告の主張は容認されなかった。

²⁹⁷ Paul Johnson(2014) Homosexuality and the European Court of Human Rights, Routledge, Appendix 2 Chronological list of decisions and judgments of the Strasbourg organs in respect of homosexuality.

²⁹⁸ 表現の自由に関するものとして、Handyside v. UK(Application No 5493/72)、宗教上の信仰に関連するものとして、Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark(Application No 5095/72)がある。

²⁹⁹ Paul Johnson, Ibid, p. 12.

³⁰⁰ Application No 7525/76.

³⁰¹ Johnson v UK(Application No 10389/83).

³⁰² S. v UK(Application No 12513/86).

³⁰³ Kerkhoven, Hinke and Hinke v Netherlands (Application No 15666/89) .

一法が 8 条に違反するとするとされるにとどまり、8 条違反とともに主張される 14 条違反については、8 条違反が認定されることにより、審査の必要性なしとされるとともに、その他多くの差別的取り扱いは、残存したままの状態であった。また、「違反が認定されたのは国家が直接的な侵害行為を慎む、いわゆる消極的義務違反に限られること」、違反なしと判断されたのは、「国家が人権の確保について何らかの措置を講ずる、いわゆる積極的義務の違反につながる事例であった」ことも、この時期のヨーロッパ人権裁判所の判例の特徴として指摘することが出来る³⁰⁴。さらに、**Dudgeon v United Kingdom** 事件後、ソドミー法以外の事例について、非許容決定が出し続けられた理由として、非許容決定の理由が、「同性愛が『本質的に不道徳』であり、『社会への脅威』であるために、人権享有には一定の制限を設けられて然るべきという」考えが根底にあったことも指摘されている³⁰⁵。

(2) 1999 年から 2009 年まで

1999 年から 2009 年にかけて、ヨーロッパ人権裁判所の LGBT の権利保障に対する姿勢に再び変化が現れることとなる。

まず、公の場における LGBT の権利について、変化が起こった。1999 年の **Smith and Grady v UK** 事件及び **Lustig-Prean and Beckett v United Kingdom** 事件では、性的指向により、軍隊を除隊させられたことがヨーロッパ人権条約 8 条に違反するとの判断がなされた³⁰⁶。これらの事件は、ヨーロッパ人権裁判所において、初めて公人としての生活における性的マイノリティの権利が争点となったものであった。

家族生活における性的マイノリティの権利については、性的指向により、離婚した前妻から娘との面会を拒否されたことが争点となった 1999 年の **Salgueiro da Silva Mouta v Portugal** 事件では、性自認及び性的指向は、14 条の「他の地位等 (other grounds)」に含まれるとされるとともに、性的指向による差別は、14 条の他の地位ヨーロッパ人権条約上認められないことが示され、性的指向による差別に対して、ヨーロッパ人権裁判所が強い姿勢を取ることが明らかとなった³⁰⁷。また、2003 年の **Karner v. Austria** 事件では、亡くなった同性パートナーの居住権を残された同性パートナーが承継できないことが 8 条及び 14 条に違反するか否かが争点となり、8 条及び 14 条に違反するとの判断が示されるとともに、性的指向による区別が争点となった場合、国家の裁量は狭くなり、性的指向による異なる扱いを正当化するには、極めて深刻な理由が必要とされるとされた³⁰⁸。2008 年の **E.B. v. France** では、レズビアンであることを理由に養子縁組の手続きにおいて、差別的な取り扱いをされたことが争点となったが、同事件では、性的指向に基づく区別を正当化するには、極めて重大な説得的かつ重要な理由が必要であることが示され、8 条及び 14 条に違反すると判断された³⁰⁹。

³⁰⁴ 谷口洋幸 (2000) 「ヨーロッパ人権条約における同性愛」 60 頁、中央大学大学院研究年報第 30 号。

³⁰⁵ 同書 61 頁。

³⁰⁶ **Smith and Grady v UK** 事件(Application No 31417/96), **Lustig-Prean and Beckett v United Kingdom** 事件(Application No 33985/96)である。

³⁰⁷ Application no. 33290/96.

³⁰⁸ Application no. 40016/98.

³⁰⁹ Application no. 43546/02.

同性同士の性交渉の処罰については、複数の男性と性行為をすることを処罰することの可否が争点となった 2000 年の *A.D.T v. the United Kingdom* 事件で、8 条に違反するとの判断が示され³¹⁰、2003 年の異性同士の性的同意年齢と同性同士の性的同意年齢が異なることが争点となった *L. and V.v.Austria S.L.v.Austria* 事件では、8 条及び 14 条に違反するとされた³¹¹。

以上のように、1999 年以降、ヨーロッパ人権裁判所は、LGBT の権利保障に消極的であった過去の判例を変更し、性的マイノリティの権利保障へ大きく舵を切ることとなったのである。

但し、同性カップルの関係が、ヨーロッパ人権条約 8 条の家族生活に該当するか否かについては、2001 年の同性パートナーへの遺族補償の支給が争点となった *Mata Estevez v. Spain* 事件において、否定されており、家族生活における同性カップルの権利については、多くの課題が残されている状況にあった³¹²。

(3) 2010 年から 2021 年まで

2009 年まで、前述したとおり、ヨーロッパ人権裁判所の判例における性的マイノリティの権利保障は不十分な状態にあった。しかし、2010 年から 2021 年にかけて、性的マイノリティの権利、特に家族生活における権利に関して大きな変化が起き、権利保障に向けて大きく舵を切る重要な判決が出されるようになり、入管法における性的マイノリティの権利についても、同性カップルの権利を保障する重要な判決が出されるようになった。

2010 年の *P.B.and J.S.v Austria* 事件では、同性パートナーが疾病保険の対象外とされていることが 8 条及び 14 条に違反するとされ³¹³、同年の *Schalk and Kopf v. Austria* 事件では、国家には、同性カップルに法律婚を認める義務はないとされたものの、同性カップルの関係が、8 条における家族生活に該当するということが、ヨーロッパ人権裁判所により、初めて認められた³¹⁴。

2012 年の *Vejeland and Others v. Sweden* 事件では、性的指向による差別は、人種、出自又は肌の色と同等の深刻なものであることが強調された³¹⁵。

2013 年の *Vallianatos and others v. Greece* 事件では、シビルユニオンの対象から同性カップルを排除することは、8 条及び 14 条に違反するとされた³¹⁶。さらに、2015 年の *Oliari and others v.Italy* 事件では、同性カップルに何らの法的承認を与えないことは 8 条に違反するとされ³¹⁷、2017 年の *Orlandi and Others v.Italy* 事件では、国外でなされた同性婚に対し、シビルユニオン等の法的承認を与えないことは 8 条に違反するとされた³¹⁸。2021 年

³¹⁰ Application no. 35765/97.

³¹¹ Application no. 35765/97.

³¹² Application no. 56501/00.

³¹³ Application no. 18984/02.

³¹⁴ Application no. 30141/04.

³¹⁵ Application no. 1813/07.

³¹⁶ Application no. 71552/17.

³¹⁷ Application no. 71552/17.

³¹⁸ Application no. 26431/12.

の *Fedotova and Others v. Russia* 事件³¹⁹では、*Oliari and others v. Italy* 事件で示された同性カップルの関係に法的承認を与えるべきとされた原則が、当該国であるイタリアのみに限定されたものではなく、一般原則であることが示され、同性カップルに何らの法的承認を与えないことは、8条に違反するということが示された³²⁰。同事件により、ヨーロッパ人権裁判所が、同性婚の実現を国家の義務とはしないものの、婚姻以外の何らかの方式により、同性カップルの関係を法的に承認する義務が国家にはあると考えていることが明らかになったのである。

入管法における性的マイノリティの権利も、*Schalk and Kopf v. Austria* 事件において、同性カップルが8条における家族生活に該当するとされた後の2016年の *Pajic v. Croatia* 事件³²¹及び *Taddeucci and McCALL v. Italy* 事件³²²では、性的指向により在留資格が認められないことが8条及び14条に違反するとされ、同性パートナーに対しても、異性パートナーと同等の権利が認められるようになったのである。

(4) 小括

1955年から2021年までのヨーロッパ人権裁判所の判例を概観した結果、以下のことが判明した。まず、1955年から1998年までの判例を概観した結果、同期間の当初、ヨーロッパ人権裁判所は、LGBTの権利保障について、極めて消極的な態度を示していたが、1981年の *Dugeon v United Kingdom* 事件において、ソドミー法が8条の「私生活」の尊重を受ける権利を侵害するとの判断が示された。同事件は、LGBTの権利保障の大きな一歩となったものの、その他の権利は保障されない状態にあったことが判明した。

1999年から2009年までの判例における重要な変化は、以下のとおりである。第一に、1999年の *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* 事件では、性自認及び性的指向は、14条の「他の地位等 (other grounds)」に含まれるとされるとともに、性的指向による差別は、ヨーロッパ人権条約上認められないことが示され、性的指向による差別に対して、ヨーロッパ人権裁判所が強い姿勢を取ることが明らかとされた。第二に、2003年の *Karner v. Austria* 事件では、性的指向による区別が争点となった場合、国家の裁量は狭くなり、性的指向による異なる扱いを正当化するには、極めて深刻な理由が必要とされるとされた。第三に、2008年の *E.B. v. France* では、性的指向に基づく区別を正当化するには、極めて重大な説得的かつ重要な理由が必要であることが示され、8条及び14条に違反すると判断された。これらの判例から、ヨーロッパ人権裁判所が、性的指向を重要な権利として捉え、審査基準を厳格化する流れを確認することが出来た。

2010年から2021年までの判例における重要な変化は、第一に、2010年の *Schalk and Kopf v. Austria* 事件において、同性カップルが8条における家族生活に該当するとされたこと、第二に、2021年の *Fedotova and Others v. Russia* 事件において、同性カップルの関係を法的に承認する義務が国家にあるとされたことである。第三に、2012年の *Vejeland and Others v. Sweden* 事件において、性的指向による差別は、人種、出自又は肌の色と同

³¹⁹ Applications nos. 40792/10.

³²⁰ Application no.18766/11 and 36030/11.

³²¹ Application no. 68453/13.

³²² Application no.51362/09.

等の深刻なものとされたことである。

以上のとおり、ヨーロッパ人権裁判所の判例を概観した結果、LGBT の権利保障について消極的な態度を示していたヨーロッパ人権裁判所が、半世紀あまりの時を経て、同性カップルの関係を法的に承認することは国家の義務であることを示すという大変容を遂げたことが確認されたのである。

8.6 ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族

「8.6 ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族」では、ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族を検討する。

ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族は、①パートナーがトランスセクシャルであるカップル、②①のカップルと子どもからなる家族、③①以外の同性同士からなる同性カップル、④③のカップルと子どもからなる家族、に大別することができる。なお、ここで言うところの家族とは、その関係が婚姻などにより法的に承認されたものには限定されず、法的承認はなくとも、家族としての実態を伴う所謂事実婚の様な関係をも含まれる。

①及び②については、1997年の *X, Y and Z v. the United Kingdom* 事件において、女性から男性への性別変更手術をしたトランスジェンダーと女性のパートナー、人工妊娠により生まれた子供について、ヨーロッパ人権裁判所は、3人には事実上の家族としてのつながりが存在することを認めている³²³。③については、後述する *Schalk and Kopf v. Austria* 事件で、同性カップルの関係が、家族生活に該当するとされた。また、後述する *Vallianatos and Others* 事件では、同居は家族生活の存在の絶対条件ではないことが示されている。④については、*Gas and Dubois v. France* 事件で、同居するシビルパートナーシップ関係にある女性同士の同性カップルと人工妊娠によりもうけた二人が養育する子どもとの間に家族生活の存在が認められている³²⁴。

ヨーロッパ人権裁判所の判例を性的マイノリティからなる家族の存在に着目して検討すると、初期の判例では、居住権や遺族補償などのパートナーとしての権利の保障が争点となり、近年では、シビルユニオンや同性婚などによるカップルの関係の法的承認、カップル又はパートナーと子との関係の法的承認の問題に争点が移っている。

以下では、ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族検討し、ヨーロッパ人権裁判所の判例の変遷をたどる。

8.6.1 同性パートナーの権利保障

ヨーロッパ人権裁判所において、同性パートナーの権利保障が、初めて争点となったのは、同性パートナーに対する在留資格が争点となった1983年の *X. and Y. v. UK* 事件においてであった³²⁵。

³²³ Application no. 19010/07.

³²⁴ Application no. 25951/07.

³²⁵ Application no. 9369/81.

同事件以降、1986年のS.v UK事件³²⁶及び1996年のRÖÖSLI v Germany事件³²⁷では、異性パートナーと異なり、同性パートナーの死後、同人と同居していた同性パートナーに賃貸借契約が承継されないことが争点となったが、当該法の立法目的である異性カップルの社会的保護は正当であるとされ、8条及び14条には違反しないとされた。しかし、2003年のKarner v. Austria事件において、同性パートナーが賃貸借契約を承継できないことは、8条に違反するとの判断が示された。同事件まで、同性パートナーの権利保障が争点となった事件はいくつか存在はしたものの、同性パートナーの権利保障を認めたものは存在しなかった。さらに、同事件では、性的指向に基づく差別に対する判断基準が初めて示されていることから、同性カップルの権利保障の転換点とも言える重要な判決となった。

(1) Karner v. Austria 事件 (2003年)³²⁸

本件では、婚姻をしていない異性パートナーには認められているパートナーの死後の賃貸借契約の承継が、同性パートナーには認められていないことが争点となった。

パートナーの死後の賃貸借契約の承継が争点となったのは、1986年のS.v UK事件が初であり、1996年のRÖÖSLI v Germany事件³²⁹に次いで、本件で3件目となる。1件目、2件目の事件ともに、許容出来ないと判断された。しかし、本件では、立法目的は正当であるが、同性パートナーを適用から排除することが同立法目的を達成する手段として必要不可欠であるとは言えないとし、8条及び14条に違反するとした。さらに、本件では、性的指向による異なる扱いを正当化するには、極めて深刻な理由 (very weighty reasons) が必要であることが示されており、注目に値する。2010年のKozak v. Poland事件³³⁰でも、本件が引用され、8条及び14条に違反するとの判断が示されており、本件の考えが判例として確立したと言ってよいと思われる。

しかし、本件では、賃貸借契約の承継つまりヨーロッパ人権条約8条でいうところの「住居」が争点となっており、同性カップルの関係が「家族生活」に該当するか否かが争点とはなっていないことに注意を要する。つまり、本件では、同性パートナーと異性パートナーの取り扱いの差異が8条及び14条に違反されたとされたものの、同性カップルの関係を8条の家族生活に該当することを認めた訳ではないという点に注意が必要である。

① 事案の概要

原告は、1989年から同性パートナーが契約する賃貸借物件で同人と同居を開始し、1993年に同人がエイズを発症し、1994年に亡くなるまで、同居を継続し、親密な関係を築いていた。オーストリアの賃貸借法は、死者の家族が同人の賃貸借契約を承継することを定めていたが、オーストリア最高裁は、同法の立法者は、同法の定める家族に同性パートナーを含めることは想定していなかったとし、同性パートナーへの同法の適用を認めなかった。

原告は、パートナーである自身に賃貸借契約が承継されないことは、性的指向に対する差

³²⁶ Application no. 11716/85.

³²⁷ Application no. 40016/98.

³²⁸ Application no. 40016/98.

³²⁹ Application no. 28318/95.

³³⁰ Application no. 13102/02.

別であり、8条及び14条に違反すると主張し、ヨーロッパ人権裁判所に訴えを提起した。

②判旨

ヨーロッパ人権裁判所は、性別及び性的指向による異なる扱いを正当化するには、極めて深刻な根拠（very weighty reasons）が必要とされるとした。

さらに、本件の当該法律の立法目的である伝統的な家族の保護は、異なる取扱いを正当化し得る重要なものであるとし、本件で争点となるのは、比例原則に反するか否かであることを示した。

「当該法の立法目的である伝統的な家族の保護はかなり広範なものである故に、目的を実現する手段は、多様なものが想定され得るが、本件のように性的指向に基づく異なる扱いが争点となった場合、国家の裁量は狭くなり、正当化に要する事由は、単に立法目的を実現するのに適した方法であるだけでは足りず、その立法目的を達成するためには、特定の集団、本件でいうところの同性愛関係に基づきともに暮らす人間を排除することが必要不可欠であることを国家は証明しなければならない。」

しかし、被告国は、これらの証明をできていない。

よって、8条及び14条に違反するとした。

(2)P.B.and J.S. v Austria 事件（2010年）³³¹

本件は、Kaner 事件と同様に同性パートナーの権利保障が争点となった事案であるが、同事件と異なり、同性カップルの関係が家族生活に該当するか否かが正面から論じられ、家族生活に該当するとし、8条及び14条に違反するとした点に特徴がある。同性カップルは家族生活に該当すると判断した点において、Karner v.Austria 事件よりも、同性カップルの権利保障を一步進めた判例であると言えよう。

①事案の概要

原告らは、同居している同性カップルであり、第二原告は公務員である。第1原告は、第2原告の加入する公務員の保険組合に対し被扶養者として加入を申請した。しかし、公務員共済組合法は、婚姻をしていないが同居をしている事実婚状態にある異性パートナーを被扶養者とする一方で、同じ状況下にある同性パートナーを被扶養者の対象外としており、申請は却下された。

②判旨

・同性カップルの関係は、家族生活に該当するか否か

本件における原告らの関係が私的生活であることについて、争いはない。しかしながら、当事者の主張から、原告らの関係が、家族生活に該当するか否かを検討する必要がある。

「異性カップルについて、当裁判所は、8条における家族の概念について、婚姻関係を基礎とした関係に限定されず、その他の事実上の関係、つまり、同居しているが婚姻をしていないカップルの様な関係をも家族として含み得ると解釈してきたし、この様な事実婚状態にあるカップルの間に生まれた子供もその誕生と同時に、自動的にその両親との間に家族生活が成立すると解釈してきた。」

³³¹ Application no. 18984/02.

「反対に、同性カップルについては、当裁判所は、異性カップルとは異なる解釈をし、同性間の精神的性的な関係については、私的生活に当たるとし、たとえ、当該同性カップルが長期間同居をしているような関係であったとしても、家族生活に該当しないと解釈し続けて来た。」異性カップルと異なる解釈を行う根拠として、当裁判所は、「ヨーロッパ諸国の多くが、事実婚状態にある同性カップルの関係を法的かつ司法的に承認する傾向にあるものの、締約国間で十分なコンセンサスが存在していないことから、同性カップルの関係の法的承認については、締約国の裁量の余地が大きいとし、家族生活と認めて来なかったのである。」しかし、同性カップルの関係は、家族生活に該当しないと判断した 2001 年の *Mata Estevez* 事件以降、多くの加盟国において、急速に同性カップルを承認する流れが出現しているという事実を裁判所としては見過ごすことはできない。また、EU 法でも、加盟国の変化を受けて、同性カップルの関係を承認する動きがある。

このような 2001 年以降の加盟国における変化を考慮すると、「同性カップルは家族生活に該当しないという見解を維持することは困難である。よって、原告らのように、安定的な事実上の婚姻関係を構築している同性カップルの関係は、異性カップルと同様に家族生活に該当すると言わねばならない。」

・ 8 条及び 14 条に違反するか否か

14 条は、14 条以外の条文を補完するものでしかない。つまり、14 条は、ヨーロッパ人権条約により保障されている権利及び自由に関連して適用されるものであり、単独では適用されない。条約によって保障されている権利の侵害の存在は、14 条の適用の必須条件ではないが、当該事実が、人権条約中の一つ又は複数の条文の範囲内にあることは必須条件とされている。

本件に 14 条が適用されるか否かについて検討するに、本件の争点となっている保険適用の範囲拡大については、原則的に被保険者の私生活及び家族の状況の向上を目的として行われなければならないため、私生活及び家族生活の尊重を定めた 8 条の範囲となり、14 条が適用されることとなる。

次に、本件が 14 条に違反するか否かについて検討する。「14 条は、客観的且つ合理的な正当化なく行われる異なる取り扱いを差別であるとする。つまり、立法目的に対して、その手段が適当でない場合は差別とされるのである。また、性別及び性的指向に基づく異なる扱いの場合は、特に、その扱いを正当化するには、極めて重要な理由 (*very weighty reasons*) が要求される。」

本件について検討するに、被告国は、異性カップルと同性カップルの異なる扱いについて、いかなる正当化事由も示していない。「*Karner* 事件において、裁判所が示したように、性別及び性的指向に基づく異なる扱いに関する国家の裁量は狭量となり、比例原則については、単に目的の実現に見合っているだけでは足りず、国家は、特定のカテゴリーに属する人、本件においては、同居する同性カップルを当該法の適用外とすることが、立法目的の達成に必要不可欠であることを示さねばならない。しかしながら、当該政府、国内機関及び裁判所は、同性カップルを保険の適用外とすることが立法目的の達成に必要不可欠であることを証明することが出来ていない。」よって、8 条及び 14 条に違反する。

8.6.2 ヨーロッパ人権裁判所における同性カップルの法的承認について

8.6.2.1 同性カップルの法的承認について

同性カップル関係に法的承認を与える制度としては、「主に①法律婚の異性パートナー（配偶者）と同様に婚姻を認める同性婚制度、②①の地位に準じる地位を認める登録パートナーシップ制度（又はシビル・ユニオン（民事的結合）制度）、③同棲関係に一定の法律上の地位を認める法定同棲、④成年 2 人間の共同生活に関して、財産的効果を中心にした契約に基づく届出制度である民事連帯契約、⑤お互いをパートナーとして申請したカップルに、各州、自治体等が定めた福祉や法的保護（病院訪問権、相続権、埋葬権など）が与えられる、ドメスティック・パートナー制度がある。」とされている³³²。また、同性カップル関係の法的承認は、②から⑤の制度を経て①が実現されるという流れを取るパターンが多いと言われている。

同性カップル関係の法的承認に関するヨーロッパ人権裁判所の判例は、大別すると、①の様な同性婚の実現を求めるもの、②から⑤の様な制度の実現を求めるものに分類される。

ヨーロッパ人権条約により同性カップルの関係を法的に承認する制度の不備を主張する原告らの主張は、同性婚の実現を求めるものについては、12 条の婚姻の自由は同性カップルにも適用され、同性婚の法制化は国家の義務であるとし、12 条及び 14 条違反を主張するものが多い。同性婚以外の法的承認を求める場合は、同性カップルの関係は 8 条の家族生活に該当し、同性カップルの関係を法的に承認しないことは 14 条に違反することを主張するものが多い。8 条が用いられるのは、ヨーロッパ人権裁判所が 8 条に基づいて、家族の権利について時代の変化に対応した判決を多く出していること、多くの国において、婚姻や婚姻に類する親しい関係性を法的に承認する制度は、いわゆる家族を対象としているものが大半であること、によるものであると思われる。

8.6.2.2 同性カップルの法的承認に関する判例について

当初、ヨーロッパ人権裁判所は、ヨーロッパ各国において、同性カップルが社会的に認知されるようになってきていることを指摘しつつも、家族生活の成立を認めていなかった。しかし、2010 年の *Scalk and Kopf v Austria* 事件において、異性カップルと同様の要件を満たした場合、同性カップルの関係も異性カップルと同様に家族生活に該当するに至った³³³。同性カップルの関係が家族生活に該当するとされた結果、異性カップルに与えられている権利保障が同性カップルにも認められるようになった。前述した *P.B.and J.S. v Austria* 事件において同性パートナーの権利保障が認められたように、同性カップルの関係が家族生活に該当すると判断されたことにより、同性カップルの権利保障は大きく前進したと言える。

同性カップルの関係が家族生活に該当すると判断されたことにより、ヨーロッパ人権裁

³³²鳥澤孝之（2013 年）「諸外国の同性婚制度等の動向—2010 年以降を中心に—」調査と情報 798 号、1 頁。

³³³ Application No 30141/04.

判所における同性カップルについての争点は、関係の法的承認に移行することとなった。

Scalk and Kopf v Austria 事件において、同性婚を制度化する義務は国家にはないことが示されたが、2013年のVallianatos and others v Italy 事件では、同性婚を制度化する義務はないとしながらも、同性婚以外のシビルユニオン等の法制度によって、同性カップルの関係を法的に承認し、保障すべきであることが示された。さらに、2015年のOliari and others v Italy 事件では、海外で有効に成立した同性婚について、シビルユニオン等などによってその効力を認めるべきであることが示された。2017年Orlandi and Others v Italy 事件では、国外で有効に成立した同性婚の効力が認められないことは、8条及び14条に違反するとされた。2021年のFedotova and Others v. Russia 事件では、Oliari and others v. Italy 事件で示された同性カップルの関係に法的承認を与えるべきとされた原則が、当該国であるイタリアのみに限定されたものではなく、一般原則であることが示され、同性カップルに何らの法的承認を与えないことは、8条に違反するということが示されるに至った。

国際人権法における同性カップルの関係性と婚姻や家族の制度に関する解釈は、(1)同性同士の関係性が家族に含まれるかどうか、(2)婚姻や家族に関する制度設計の義務付けの度合い、という2つの段階を経てきたとされる³³⁴。前述した様に、ヨーロッパ人権裁判所の判例は、(1)については、同性カップルの関係性も家族生活に含まれるとしており、現在は、(2)の制度設計の義務付けの度合いの問題に争点が移っている。

2021年の時点において、ヨーロッパ人権裁判所は、同性婚の法制化は、国家の義務ではないという考えを維持しながらも、同性婚以外の方法により、同性カップルを法的に承認し、その関係を保障することは、国家の義務であることを認めるに至っている。「8.6.2.2 同性カップルの法的承認に関する判例について」では、同性カップルの関係の法的承認が争点となったヨーロッパ人権裁判所の判例を概観し、その到達点を確認することで、入管法及び入国管理行政において、同性カップルの関係が異性カップルと同様に保障されるべきとされた判例の背景にあるヨーロッパ人権裁判所の同性カップルに関する見解を確認する。

(1) Scalk and Kopf v. Austria 事件 (2010年) ³³⁵

①事案の概要

原告らは、ウィーンに住む同性カップルである。2002年、当局に同性婚の承認を求めたが、同年、民法が婚姻を異なる性によるものとしていること及び判例法により同性婚は、法的に無効であることを理由に、訴えが斥けられた。

原告らは、控訴したが、同性の婚姻は、婚姻障害となること及びヨーロッパ人権条約12条は、異性間のみの婚姻の権利を定めているとの理由に棄却された。

原告らは、同性婚を法的に承認しないことは、平等原則及び私生活及び家族生活を尊重される権利に反するもの憲法裁判所に訴えたが、2003年12月、憲法裁判所は、原告らの訴えを斥けた。

³³⁴谷口洋幸「3 国際人権法における性の多様性 性的指向・性自認(SOGI)と人権を中心に」247頁、二宮周平編(2017年)『性のあり方の多様性』日本評論社。

³³⁵ Application no. 30141/04.

②判旨

・12条は、同性婚もその保障の対象としているのか否か

確立された判例法によれば、12条は、男女が婚姻をし、家族を形成する権利を保障したものである。この権利の行使は、個人的、社会的、法的な結果をもたらすものである。12条の権利は、締約国の国内法の枠内において認められるものである。しかし、法律によってもたらされた制限が、同条に定められた権利の重要な本質的な部分を損なうようなものであってはならないとした。

12条は、男女の婚姻という伝統的な婚姻概念を定めているとし、いくつかの国において、同性婚が認められていることを指摘しながらも、各国において同性婚が認められているのは、それらの国の社会における婚姻の役割に基づくものであって、ヨーロッパ人権条約が定める基本的人権の解釈に基づくものではないとし、既に存在する婚姻制度に如何に反映させるかは、国家の裁量の範囲内にあるとし、12条は、原告の様な同性カップルに婚姻を認める義務を国家に課してはおらず、同性婚を認めないことは、12条に違反しないとした。

・同性カップルの関係は家族生活に該当するか否か

「原告の様な同性カップルの関係が、8条の私的生活に該当することについて争いはないが、家族生活に該当するか否かは検討する必要がある。」

「当裁判所において確立した判例法理によれば、8条における家族生活は、異性カップルに関しては、婚姻による関係に限定されず、婚姻外にある共同生活を営む当事者達も、家族生活とみなされ得る。この様な関係の下に生まれた子どもは、出生と同時に法律の力によって家族生活という共同体の一員となる。」

「これとは対照的に、裁判所は、同性カップルの関係を私的生活とするにとどめ、たとえ長期間にわたり共同生活を営んでいたとしても、家族生活とは認めてこなかった。その理由について、当裁判所は、安定的な事実上のパートナーシップ関係にある同性カップルを法的に承認する傾向が高まっていると指摘しながらも、締約国間でコンセンサスは未だ小さなものにとどまることを理由に、国家には未だ同性カップルを法的に承認するか否かについての広範な裁量があるとしてきた。」

しかし、「同性カップルは家族生活に該当しないとした2001年のMata Estevez事件以降、多数の締約国において、同性カップルに対する社会の態度は、急速に進展している。同事件以降、かなりの数の締約国が、同性カップルを法的に承認するようになっている。また、EU法でも一定の規定における家族概念の中に同性カップルを含ませる傾向が加速している。」

「以上の変化から、当裁判所は、異性カップルと異なり、同性カップルは、家族生活を享受できないとする見解を維持できるか否かを検討したところ、安定的な事実上の関係にある共同生活を送る同性カップルは、同様の状況にある異性カップルと同様に、家族生活に該当すると言うことができる。」

よって、本件の原告である同性カップルは、8条の私的生活に該当すると同時に家族生活に該当し、8条及び14条が適用される。

・8条及び14条に違反するか否か

「当裁判所は、比較的類似した状況下にある人間の異なる取扱いは、14条の差別に該当する蓋然性が高いという判例法理を確立させており、この様な取扱いは、客観的かつ合理的に正当化されない場合に差別となると考えている。」

「つまり、言い換えれば、その取扱いが立法目的の達成のためでないとき、又は手段と目的との間に合理的な関連性がないときに差別とされ、正当化された場合は、国家の裁量が認められる。」

「一方で、裁判所は、単に性別や性的指向に基づく異なる扱いが正当化されるには、極めて深刻な理由が必要とされることを繰り返し述べてきている。国家の裁量の範囲は、状況、訴訟物、背景によって変容し得るものであり、関連する事物について締約国間でのコンセンサスがあるか否かによっても、変容し得るものである。」

原告らは、同性カップルであることを理由に、異なる扱いを受けている。つまり、原告らは、第一に、婚姻を認められない点において、第二に、パートナーシップ制度が導入される以前は、婚姻に代わる法的承認がなかったことにおいて異性カップルと異なる扱いを受けているのである。

条約は、全体として読まれ、条文は、他の条文との調和に基づき解釈されなければならないから、12条から同性婚を認めるべき国家の義務を導き出せない以上、一般的規定である8条及び14条からも国家の義務を導き出すことは出来ないのである。

原告は、婚姻の代替手段の不存在による違反を主張しているが、原告が関係の承認を求めた時点において、オーストリア法において、原告らの関係を承認する制度は何ら存在しておらず、2010年にパートナーシップ制度が施行されるまでこの状況は続いたのであった。現在、原告は、パートナーシップ制度を利用することが可能であることから、裁判所は、現時点において原告らの関係を法的に承認する制度の不存在が8条及び14条に違反するか否かについて議論するのではなく、2010年のパートナーシップ制度が設けられる前に、被告国は、原告らの関係に対し、何等かの法的承認を与えるべきであったか否かのみを議論することとする。

「裁判所としては、同性カップルの法的承認について、ヨーロッパでのコンセンサスが存在しているということを指摘せざるを得ず、さらに、この傾向は、ここ10年間で、加速度的に進展を見せていることを指摘せざるを得ないが、未だ、大多数の国々は、同性カップルを法的に承認していないのが現状である。」

「以上のことから、同性カップルの法的承認については、確立したコンセンサスが存在しない発展途上のものであると言わざるを得ない。よって、また、同性カップルの法的承認を導入するか否かについても、国家は裁量の余地を有しているというべきである。」

よって、8条及び14条には違反しない。

(2) Valliantos and Others v. Greece 事件 (2013 年) ³³⁶

①事案の概要

第 1 原告と第 2 原告、第 3 原告と第 4 原告は、同居している同性カップルである。第 5 原告と第 6 原告は、仕事等の事情により別居しているが、第 5 原告が第 6 原告の社会保障費等の支払いをしている関係にある。

ギリシャでは 2008 年に、新法が成立し、婚姻をしていない異性カップルにシビルユニオンが認められるようになったが、同性カップルには認められていない状況にある。原告らは、新法の目的は、婚姻外の子どもの保障ではなく、婚姻を望まない婚姻外のカップルが存在する状況を軽減することであり、その範囲から、同性カップルを排除することには、客観的且つ合理的な正当化事由がなく、差別に当たり、8 条及び 14 条に違反すると主張した。

②判旨

・8 条及び 14 条が適用されるか否かについて

まず、原告らは、安定的な関係にある同性カップルであることが認められ、原告らの関係が、8 条の私的生活に該当することに争いはない。

また、Schalk and Kopf v. Austria 事件より、同性カップルも、家族生活に該当するとされており、本件原告らの関係もまた家族生活に該当する。よって、本件において、8 条及び 14 条が適用される。

・8 条及び 14 条に違反するか否かについて

原告らは、異性カップルにのみシビルユニオンを認める新法が制定されたことにより、シビルユニオンの制度から同性カップルが排除されたことについて、異議を申し立てている。つまり、原告らは、同法により、原告らを差別する意図を持った区別を導入されていることが、8 条及び 14 条に反すると主張しているのである。よって、本件において争点となっているのは、ギリシャ政府が、異性カップルのみを対象としたシビルユニオン制度を設けたことが 8 条及び 14 条から認められるのか否かである。

「性的指向による異なる取扱いが正当化されるためには、極めて説得的で重要な理由 (particularly convincing and weighty reason) が要求されるということは、当裁判所によって、繰り返し述べられてきたことである。また、性別又は性的指向による異なる扱いが存在する場合には、国家の裁量は、狭いものとなることも述べてきたことである。さらに、その異なる取り扱いが、単に、性的指向を理由としたものである場合は、その区別は、正当化されないということも述べてきたことである。」

これらの原則に基づき、本件について以下のとおり検討する。

まず初めに、原告の置かれた状況と新法によりシビルユニオン制度の対象となる異性カップルの置かれた状況を比較する。裁判所は、かつて Scalk and Kopf v. Austria 事件で述べたように、「同性カップルも異性カップルと同じ様に、安定的な関係を構築することが可能である」と考える。また、原告らの置かれた状況は、安定的な関係を構築している異性カッ

³³⁶ Application no. 71552/17.

プルと類似していることから、原告らの様な同性カップルの関係もまた異性カップルの様に法的に承認され、保障される必要があると考える。」

本件において争点となっているシビルユニオン法の内容を精査したところ、同法は、明らかに、シビルユニオンは異なる性の二人の人間から構成されることを示しており、暗に、同性カップルをシビルユニオンから排除し、性的指向に基づく異なる取扱いをしている。ギリシャ政府は、シビルユニオン法の立法目的は、伝統的な意味での婚姻制度及び家族の強化であるため、同性カップルをその対象としないことには、合理的な理由があると主張する。

「当裁判所は、原則として、伝統的な意味での家族の保護という立法目的が異なる取扱いを正当化し得る重要な立法目的であることを認める」し、子どもの利益の保護もまた重要な立法目的であると考えている。よって、残された問題は、比例原則が守られているか否かということになる。

伝統的な意味での家族の保護という立法目的は、かなり広汎なものであるため、その適用される具体的な方法も多様性に富んだものとなる。ヨーロッパ人権条約は、今日の状況において解釈されるべきものである為、「8条により国家に要求される家族生活の尊重の保障及び家族の保護を目的とした手段を選定する際には、8条における家族又は家族生活の概念が、現代社会において如何に発展しているのかを必ず考慮せねばならない。」

また、性別又は性的指向による異なる取扱いが問題となった場合、国家に認められる裁量が狭くなることは前述したとおりであるが、比例原則により求められるものもまた、単に立法目的の遂行のためにふさわしい手段であることだけでは足りず、国家は、あるカテゴリーに属する人間、つまり本件では同性カップルを当該法の適用から除外することが、立法目的の達成のために、必要不可欠であることを証明することが求められることとなる。よって、ギリシャ政府は、同性カップルをパートナーシップ制度の適用から除外することが、当該法律の立法目的の達成のために、必要不可欠であることを証明しなければならない。

当該シビルユニオン法は、単に、社会実態を規制し、ギリシャ政府により言及された目標を達成させる手段を提供するだけでなく、シビルユニオンという形で婚姻以外のパートナーシップの形態に法的な承認を与えるという重要な効果を有している。

「立法の意図が婚姻外の子どもの保護と間接的な婚姻制度の強化にあるとしても、実際のところ、当該法は、シビル・ユニオンとして知られるシビルパートナーシップ制度を導入し、同制度を子どもがいるか否かに関係なく、異性カップルの関係を規制することを目的に異性カップルをその対象とする一方で、同性カップルをその対象から排除している。」

以上のことから、「当裁判所としては、まず、政府の主張は、同性カップルと子どものいない異性カップルに発生する異なる取扱いを正当化することなく、子どものいる異性カップルの状況に焦点が当てられていることを指摘する。」

次に、裁判所は、当該法の目的を達成するために、当該法の対象から同性カップルを排除することが必要不可欠であったとする政府の主張に同意することはできない。婚姻外の子どもの保護を規定する条文を設けると同時に、同性カップルをシビルユニオンの対象として規定することは不可能ではないからである。さらに、当裁判所は、当該法に関する説明報告書では、その対象を異性カップルに限定する理由が示されていないことを指摘する。また、

被告国における国立人権委員会、議会の科学評議会が、同性カップルをシビルパートナーシップ制度から排除することは、差別となることを主張していることを指摘する。

最後に、当裁判所としては、同性カップルと異なり、異性カップルは、当該法の制定前に、婚姻制度又は事実上のパートナーシップとして、民法により限定的にその関係を認められていたことを指摘することとする。異性カップルと異なり民法により関係性を認められていない同性カップルにとっては、シビルユニオンだけが、国家により、同性カップルの関係を法的に承認するものであり、同性カップルには、シビルユニオンとして認められることによる利益があったと言える。

ヨーロッパ評議会の加盟国間での法的システムに関するコンセンサスが存在しないにも関わらず、同性カップルの関係に法的承認を与えることが、加盟国における一つの傾向として、現実に存在している。現在、加盟國中 9 か国が、同性婚を導入し、17 か国が、同性カップルにシビルパートナーシップ制度を認めている。リトアニアとギリシャを除いては、ヨーロッパ評議会の加盟国は、婚姻外の制度の対象に同性カップルに認めているという事実を見過ごすことは出来ない。

以上のとおり、ギリシャ政府は、当該法の適用範囲から同性カップルを排除していることにつき、説得的且つ重大な理由 (convincing and weighty reasons) を示すことができていないと裁判所は考える。よって、ヨーロッパ人権条約 8 条及び 14 条に違反する。

(3) Oliari and Others v ITALY 事件 (2015 年) ³³⁷

① 事案の概要

原告は、6 人のイタリア国籍の男性同性カップルである。原告らは、イタリア政府が同性婚を認めず、同性婚以外の法制度により原告らの関係を法的に承認しないことは、ヨーロッパ人権条約 8 条、12 条及び 14 条に違反すると主張した。

② 判旨

本件では、原告らは、今日においても、未だに、シビルユニオンやパートナーシップ制度を利用する機会を与えられていない。従って、本件については、イタリア政府が、同性カップルの関係を承認し、保障する法的枠組みを通して、彼らの私的、家族生活を尊重する積極的義務に反しているか否かを判断することとなる。

当裁判所は、同性カップルにも法的承認が必要であり、その関係を保障される必要があるということを再確認する。

同性カップルの関係が、法的に承認され、保障される必要性があることについては、欧州評議会会議も表明するところであるし、同会議は、加盟国に対し、15 年前に、パートナーシップ制度を設けるように勧告を行っていた。つい最近で言えば、欧州評議会閣僚委員会が、国内法において同性カップルに権利も義務も与えていない加盟国に対し、同性カップルが現に存在し、現実に直面している問題を解決するための法的又はなにかの手段を同性カップルに与えるよう求めた。

³³⁷ Application no.18766/11 and 36030/11.

しかし、原告らは、婚姻をすることも、シビルユニオンやパートナーシップ制度の様に彼らの地位を承認し、安定的な関係を保障する法的な枠組みに参加することもできない状態にある。

イタリア国内には、シビルユニオンとして同性カップルを承認する地方自治体（地方自治体の2パーセント未満）があるが、地方自治体のシビルユニオンは象徴的な意味合いしかなく、法的効力を有しない為、国内裁判所に対しては、何らの効力もないのが現状である。原告らの国内法体制における現在の地位は、私的な契約の範囲内によって保障され得る事実上の結合としてのみ認められるのみである。

この様に同性カップルの関係性が何ら法的に承認されていないというイタリア国内法の状況とイタリア国内において関係性を公にしている同性カップルの現状に齟齬が生じていることを指摘せざるを得ない。

当裁判所は、国家の積極的義務の評価については、競合する個人の利益と共同体全体の利益を比較考慮して決定されるべきであること再確認する。前述した個人のおかれている状況を考慮すると、当裁判所としては、共同体全体の利益よりも、個々人の利益に重きをおいて進めなければならないものとする。

しかし、当裁判所としては、イタリア政府は、共同体の利益を証明することに失敗していると評価せざるを得ない。

本件において争点となっている問題は、道徳的又は宗教的に極めて繊細な問題であるため、締約国間でのコンセンサスが存在しない場合は、国家の裁量は広くなることを裁判所としては認め得る一方で、本件において争点となっているのは、中核的な権利であることもあわせて指摘せねばならない。

当裁判所は、過去の判例において、カップルの関係を承認する手段に関して、国家は、一定程度の裁量を有していることを指摘していること、ヨーロッパにおいて、急速に同性カップルの法的承認を認める傾向が強まっていることも指摘せねばならない。ヨーロッパで見られる同性カップルの法的承認を認める傾向は、国際的にも認められるものである。この状況から、国際的にも同性カップルの関係を法的に承認する傾向があり、その傾向は継続状態にあるということが認められ、当裁判所としても、この傾向に一定の重きを置かざるを得ない。

イタリアの状況について検討するに、当裁判所としては、政府が常に共同体のよりよい利益に重きをおいているのに対して、イタリアの立法者は、イタリアの一般国民、高等裁判機関を含む国内のコミュニティによって示された同性カップルの関係に承認を与えようとする意図に重きをおいていないように思われる。

当裁判所としては、イタリアにおいて、同性カップルの関係を承認し保障することの必要性は、憲法裁判所等を含む高等司法機関によって十分に示されていると考えるし、一連の判例において、憲法裁判所が繰り返し、同性カップルの権利と義務に関連して、その関係を法的に承認することは、議会の仕事であると述べていることは、明らかである。

さらに、世論調査では、イタリア国民が同性カップルの法的承認及び保障について好意的であることを示されている。

また、裁判所に提出された証拠から、イタリア政府は、同性カップルの法的承認と保障について否定的でないことが分かるし、イタリア国民の中での好意的な割合は増加傾向にあることを指摘することも出来る。

それにもかかわらず、ここ 30 年の間にいくつかの試みはあったものの、イタリアの立法者は、関連法を制定することが出来ていないのである。

この関係において、裁判所は本件とは異なる案件ではあるが、意図的に最終の拘束力のある判決を履行しないこと及び国家が法律に違反することは、立法上の公の利益、共同体の利益を理由に正当化されるものではないことを述べてきたし、本件における立法者が意図的に又は怠りにより必要不可欠な決定をなさず、イタリアの高等裁判所による繰り返しの要求を無視したと評価せざるを得ない。

「結論として、イタリア政府は、共同体の利益が原告らの権利を上回るということを証明出来ていない。さらに、国内裁判所の結論を無視し続けていることを説明出来ていないのである。よって、当裁判所としては、イタリア政府は裁量を逸脱しており、原告が同性カップルとして法的に承認され保護される特定の法的地位を享受することを保障する積極的義務を怠っており、8 条に違反していると判断する。」

(4) *Orlandi and Others v Italy* 事件 (2017 年) ³³⁸

① 事案の概要

本件は、4 件の訴えからなり、原告は、11 名のイタリア国籍の者と 1 名のカナダ国籍の者からなっている。第 1 原告は、カナダで婚姻をした女性同士の同性カップル、第 2 原告は、カナダで婚姻をした共にイタリア国籍の男性同士の同性カップル、第 3 原告は、カナダで婚姻をしたイタリア国籍とカナダ国籍の男性同士の同性カップル、第 4 原告は、カルフォルニアで婚姻をした男性同士の同性カップル（国籍についての記述がなく不明）、第 5 原告及び第 6 原告は、オランダで婚姻をした男性同性の同性カップル（国籍についての記述がなく不明）である。

原告らの訴えは、イタリアの法制度が、同性婚を承認していないこと及びいかなる種類の法的承認をも同性カップルに与えていないことにより、外国で有効になされた同性婚を国内において法的に有効としなかったこと及びより一般的に同性カップルに法的承認を与えないことは、ヨーロッパ人権条約 8 条、12 条及び 14 条に反するというものであった。

② 判旨

「ヨーロッパ人権裁判所は、*Scalk and Kopf v Austria* 事件等において、12 条、14 条及び 8 条に基づき、異性カップルと同様の婚姻を同性カップルにも許可するか否かについては、未だ国家の自由裁量に基づくものであることを繰り返し述べてきたが、*Oliari and Other* 事件において、同性カップルは、法的に承認され、法的に保護されるべきであるとした。」

「*Oliari and Other* 事件で、裁判所は、原告らの極めて重要な利益と同性カップルの関係を法的に承認すべきであるとする国内裁判所の判決よりも重要な共同体の利益は存在しないと、イタリア政府は自らの裁量を逸脱しており、同性カップルを法的に承認し、その関

³³⁸ Applications nos. 26431/12.

係を保障する法制度を整備するという積極的義務を果たすことを怠っており、8条に違反するとした。」

Oliari and Other 事件後、2016年、イタリア政府は、シビルユニオン法を制定し、同法は2017年に施行された。

当裁判所は、原則として、シビル・ユニオン法の様な制度は、条約の掲げる基準を明白かつ十分に満たすものであると考えている。

本件において、当裁判所は、2016年から2017年より前には、同性カップルに関する法制度がなく、なんらの保障もなかったために、いかなる形式においても婚姻を承認されなかったことが、8条に違反するか否かについて判断しなければならない。

「8条の本質的な目的は、公の機関による恣意的な行為から個人を守ることにあるが、その一方で、8条は、家族生活に対する尊重という積極的義務をも定めている。国家の消極的義務及び積極的義務について、8条はその定義を明確にはしていないが、消極的義務と積極的義務の判断においては、公平なバランスが考慮されなければならない。公平なバランスを考慮するという事は、争点となっている個人の利益と共同体全体の利益との間の公平なバランスを考慮するという事である。そして、消極的義務と積極的義務において、国家には一定の評価の余地、つまり、裁量があるのである。」

「当裁判所は、本件を消極的義務と積極的義務に関する問題として捉え、より好ましいものであるか否かを判断することが必要不可欠であるとは考えない。何故なら、本件の核心は、関連する利益の間のバランスが、公平なものであるか否かにあるからである。」

Oliari and Other 事件においても、本件においても、被告国は、原告らの利益よりも共同体の利益が勝るということを証明できておらず、婚姻を承認しないことに関して、国内の公の秩序というお決まりのフレーズ以外のいかなる立法目的をも示すことができていない。

また、原告らが国内法において、いかなる法的地位をも与えられていないこと、特に、原告らの関係について、国外の法律では事実上の結合又は法的な結合であるとされている関係がイタリアではいかなる形式でも認められていないことは明白である。

国家には裁量が認められるものの、国家の裁量の余地は、状況、争点となっている問題や関係によって変容し得るものである。つまり、締約国の立法制度等の間での共通の背景の有無によって、変容し得るのである。また、締約国間においてコンセンサスが存在しない場合、又は争点となっている問題が重要でない場合やそれらを保障するための最良の方法がない場合、特に繊細な道徳的、宗教的問題が発生する場合は、国家の裁量は、大きなものとなる。一方で、個人の存在や尊厳のような重要な側面が争点となっている場合、国家の裁量は、狭きものとなるのである。

Skalk and Kopf v Austria 事件以降、ヨーロッパにおける法的承認を求める動きは、急速に高まっており、その動きはなお継続中である。2015年のOliari and Others 事件判決の時点では、ヨーロッパ評議会加盟国48か国中の24か国において、既に同性カップルの法的承認や保障を定めた立法が存在していた。ヨーロッパに見られる様な急速な発展は、アメリカ、オーストラリアなどでも同様であり、この傾向は世界的に認められるものであり、なお継続中である。

同性婚を許可しているヨーロッパ評議会の加盟国以外では、同性婚を許可していない27の国のうちのたったの3カ国しか国外で成立した同性婚を有効なものとして扱っていない。よって、国内において同性婚を法制化していない国において、国外で成立した同性婚を有効なものとして扱うというコンセンサスは存在していないとすることができる。

従って、国外で成立した同性婚を有効なものとして承認するか否については、国家に対し広範な裁量が与えられる。

しかし、本件における国家の裁量について判断するに当たっては、本件が個人の尊厳やアイデンティティが深く関係する問題であることを考慮せねばならない。

そして、いかなる法的保障からも排除された原告らの状況を正当化する共同体の利益は存在しない。イタリア政府は、同性カップルを承認及び保護する法制度を原告らに保証しなかったことにより、競合する利益間での公平なバランスを欠いてしまっており、8条に違反する。

(5) ヨーロッパ人権裁判所判例における同性カップルの現状について

「8.6 ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族」でヨーロッパ人権裁判所の同性カップルに関連する判例を概観した結果、①同性婚の実現を国家の義務とまでは言わないものの、シビルパートナーシップ等により、その関係性を法的に承認する義務を国家に課していること、②性的指向に基づく異なる扱いについては、重要な理由が要求されるとともに、その手段も必要不可欠であることも要求されており、性的指向に基づく差別に対し、強い姿勢で臨んでいること、③性的指向による差別は、人種、出自又は肌の色と同等の深刻なものであるとされていること、が明らかとなった。

ヨーロッパ人権裁判所の初期の判例では、同性カップルの関係は、家族関係ではなく、私的生活であるとされ、その関係性は保護されることはなかった。しかし、同性カップルの関係を家族生活であるとされたこと続いて、同性カップルの関係を国家は法的に承認すべきであるとするまでに至っている。同性婚の法制化は、国家の義務とはされていないものの、同性カップルの関係を法的に承認することを国家に義務付けたことは、同性カップルの関係を家族生活と認定したことと相まって、同性カップルの権利保障にとって、大きな前進であると言える。

8.7 小括 ヨーロッパ人権裁判所判例における同性カップルについて

「8.6 ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族」の検討を通して、以下の点を確認することが出来た。

まず、「8.6.1 同性パートナーの権利保障」では、同性カップルの権利保障について検討したところ、各種判例を通して、異性カップルには当然に認められる賃貸借契約の承継や共済組合保険の被扶養者として扱われることが、同性パートナーにも認められるべきであるとされたことが確認された。さらに、性的指向に基づく異なる扱いが正当化されるためには、国家は、立法目的を達成するために、その手段が必要不可欠であることを証明する必要があることが確認された。

次に、「8.6.2 ヨーロッパ人権裁判所における同性カップルの法的承認について」では、同性カップルの関係の法的承認が争点となった一連の判例の検討を行った。その結果、12条の婚姻の自由は、同性カップルには適用されないこと、同性カップルの関係は、8条の「家族生活」に該当すること、同性カップルの関係をパートナーシップ制度等により法的に承認すべき義務が国家にあること、が確認された。

これらのことから、ヨーロッパ人権裁判所は、性的指向に基づく差別に対し、厳しい姿勢を取ること、同性カップルの関係は尊重され、法的に承認されるべきであること、がヨーロッパ人権裁判所の判例として確立していることが確認された。

8.8 入管法判例における LGBT

同性カップルの関係について、「8.6 ヨーロッパ人権裁判所の判例に現れた性的マイノリティからなる家族」で検討したとおり、ヨーロッパ人権裁判所は、長い間、同性カップルの関係を「家族生活」と認めることはなかった。多くの国の入管法において、異性カップルにより形成される家族に在留資格が認められる中、同性カップルにより形成される家族には、認められない状況が続いた。そのような状況下において、ヨーロッパ人権委員会及びヨーロッパ人権裁判所に対しても、入管法による性的指向に基づく差別が争点となるものが現れるようになった。それらの事件は、国籍の異なる同性パートナーの滞在権が争点となったもの、性的指向による差別を理由とする難民認定に関連するもの、という2つに分類することができる。ここでは、異性カップルの滞在権が争点となった判例の到達点を確認した上で、ヨーロッパ人権裁判所で同性パートナーの滞在権が争点となった判例を検討し、ヨーロッパ人権裁判所の判例における到達点を確認する。なお、難民に関連するものについては、本稿では、概要を示すにとどめ、詳細な検討は行わないこととする。

① 同性パートナーの滞在権が争点となったもの

2021年までに、7件が処理されている。詳細については、後述する「8.8.2 入管法判例における同性カップル」において検討する。

② 難民に関するもの

2019年までに、16件の事件が処理されていると言われている³³⁹。その内訳は、6件が許容されず、6件が却下、1件が許容されず及び却下、残りの3件についてのみ、判決が出されている³⁴⁰。判決が出された3件中、2件が条約違反なし、1件のみが条約違反と判断

³³⁹ Falcetta, S., & Johnson, P. J. (2019). Migration, sexual orientation, and the European Convention on Human Rights. *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law* 6.

³⁴⁰ 許容されなかったものは、F. v the United Kingdom (dec), Application no. 17341/03, 22 June 2004, I.I.N. v the Netherlands (dec), Application no. 2035/04, 09 December 2004

Ayegh v Sweden (dec), Application no. 4701/05, 07 November 2006, A.N. v France (dec), Application no. 12956/15, 19 April 2016, H.A. and H.A. v Norway (dec), Application no. 56167/16, 03 January 2017, M.B. v the Netherlands (dec), Application no. 63890/16, 28 November 2017の6件である。

却下されたものは、Sobhani v Sweden (dec), Application no. 32999/96, 10 July 1998, D.B.N. v the United Kingdom (dec), Application no. 26550/10, 31 May 2011, K.N. v France and other applications (dec), Application no. 47129/09, 19 June 2012, A.S.B. v the Netherlands (dec), Application no.

されている。ヨーロッパ人権裁判所に、LGBT を当事者とする難民認定等に関する訴えが初めてなされたのは、1990年の *Z.B. v the United Kingdom* 事件においてであったが³⁴¹、長い間、条約違反の判断がなされることはなく、2016年の *O.M. v Hungary* 事件において、初めてヨーロッパ人権条約5条に違反するとの判断がなされた³⁴²。*O.M. v Hungary* 事件では、出身国への退去強制が5条違反となるかではなく、欧州評議会加盟国であるハンガリーでの難民申請中の収容が、原告の性的指向を配慮したものでなかったことが、5条に違反すると判断された。そして、2020年の *Band and C v. Switzerland* 事件において、初めて、出身国に送還することにより、性的指向に基づく迫害を受けることを根拠とした難民申請を認めるべきとし、難民認定を行わなかったことが3条に違反するとされたのである³⁴³。同事件では、①LGBT の当事者が送還されることにより、迫害を受ける恐れがあるか否かを十分に検討すること、②送還される国において私人からの迫害を防止する対策が講じられているか否かを検討すること、が国家の義務とされた。この様に、ヨーロッパ人権裁判所の判例における LGBT を当事者とする難民の権利保障が認められたのは、ここ数年のことであり、判例は成熟しておらず、未だ発展の途上にある。

8.8.1 入管法判例における異性カップル

ヨーロッパ人権裁判所で初めて入国管理行政における外国人の人権が争点となった *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom* において³⁴⁴、「移民行政においてとられた措置が、8条の家族生活を尊重される権利に影響を及ぼし得る」ことが確認された。さらに、ヨーロッパ人権裁判所は、外国人が特定の国に滞在する権利や在留資格を得る権利は、8条により保障されないとしながらも、外国籍を有する者の人権、特に私生活及び家族生活を尊重される権利、差別されない権利と出入国管理行政を両立させることが国家には義務付けられているとしている³⁴⁵。また、退去強制対象者が、当該国の国籍保有者又は合法的に滞在している者と（事実上又は法的に）婚姻関係にあり、両者の間に8条の「家族生活」が存在することが認められた場合、個別事案の内容によるが、退去強制が8条に違反すると判断される傾向にあると言える³⁴⁶。この様に、退去強制対象者が異

4854/12, 10 July 2012, *A.E. v Finland* (dec), Application no. 30953/11, 22 September 2015, *A.T. v Sweden* (dec), Application no. 78701/14, 25 April 2017 の6件である。

許容されず、却下されたものは、*M.B. v Spain* (dec), Application no. 63890/16, 28 November 2017 の1件である。

判決が出されたのは、*M.K.N. v Sweden*, Application no. 72413/10, 27 June 2013, *M.E. v Sweden*, Application no. 71398/12, 08 April 2015, *O.M. v Hungary*, Application no. 9912/15, 05 July 2016 の3件である。

³⁴¹ Applications no. 16106/90.

³⁴² Application no. 9912/15.

³⁴³ Applications nos. 889/19 and 43987/16.

³⁴⁴ Application no. 9214/80; 9474/81.

³⁴⁵ *Novruk and Others v. Russia*, nos. 31039/11 and 4 others, 15 March 2016

³⁴⁶ *Beldjoudi v. France* (Application no. 12083/ 86) 26.3.1992.

性パートナーである場合は、異性カップルとしての関係が尊重される傾向にある³⁴⁷。

8.8.2 入管法判例における同性カップル—同性パートナーの滞在権について—

ヨーロッパ人権裁判所において、同性カップルの滞在権が初めて争われたのは、1983年の X.and Y.v UK 事件においてであったが、長い間、その訴えが認められることはなかった³⁴⁸。その理由は、前述した通り、ヨーロッパ人権裁判所の判例では、8条違反の判断の際に、退去強制対象者が、当該国の国籍保有者又は合法的に滞在している者と（事実上又は法的に）婚姻関係にあり、両者の間に8条の「家族生活」が存在することが認められことが、重要であり、「家族生活」と認められていない同性カップルの訴えが受け入れられることはなかったのである³⁴⁹。しかし、前述した Scalk and Kopf v Austria 事件において、同性カップルの関係が家族生活に該当し得ると判断されたことを受け、従来の判例の解釈が変更されることが期待されていた³⁵⁰。さらに、2013年の Valliantos and Others v.Greece 事件で同性カップルの関係が法的に承認されるべきとされた。これらの判例を受け、同性パートナーの滞在権が争点となった2016年の Pajic v.Croatia 事件及び Taddeucci and McCALL v Italy 事件において、同性パートナーの滞在権が認められるようになったのである。

ヨーロッパ人権裁判所の判例中、同性パートナーの滞在権が争点となったものは、7件である。7件のうち、却下されている1件及びヨーロッパ人権裁判所が運営する判例検索システム（HUDOC）に未掲載の1件については、本稿では取り扱わないこととする³⁵¹。

(1) X. and Y. v the United Kingdom 事件（1983年）³⁵²

本件は、ヨーロッパ人権裁判所の前身となったヨーロッパ人権委員会及びヨーロッパ人権裁判所において、同性カップルの家族生活が初めて争点となったと同時に、入国管理行政における同性パートナーの扱いが初めて争点となった事件である。

①事案の概要

Xは、マレーシア国籍、Yはイギリス国籍であり、原告ら二人は1978年にイギリスで出会い、安定的な関係を形成していた。原告らは、ともに暮らすことを決め、マレーシアに移住したが、Yの在留資格は、限定的なものにとどまり、その地位は不安定なものであった。その為、1978年に、原告らはイギリスに戻ったが、Xの在留資格は一時的なもので、就労許可のないものであった。1982年、Xは、オーバーステイ状態となり起訴された結果、有罪となり、退去強制命令が出された。

³⁴⁷ 本稿では、入管法関連判例における同性カップルを中心に検討を行うため、異性カップルについての検討は控える。入管法関連判例における異性カップルについては、拙稿「退去強制事例における家族と子ども：ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として」北大法政ジャーナル、18、91-145を参照されたい。

³⁴⁸ Application No.9369/81.

³⁴⁹ Application No.68453/13.

³⁵⁰ Paul Johnson(2014) op.cit.p142.

³⁵¹ 却下されたものは、Cardoso and Johansen v the United Kingdom (dec), no.47061/99, 05 September 2000である。HUDOCに未掲載のものは、Z.B. v the United Kingdom (dec), no. 16106/90,10 February 1990である。

³⁵² Application no. 9369/81,03 May 1983.

② 判旨

「当委員会は、社会における同性愛関係への理解は、進んでいることを認めるが、原告らの関係は、8条の家族生活であるとは言えないと理解する。」

「一方で、当委員会の過去の *Dudgeon* 事件において、ある一定の制約が同性愛関係への干渉に当たり得るとされたことから、当委員会としては、原告らの関係は私的生活に該当すると理解しており、本件における退去強制が私的生活に対する干渉となるか否かが争点となると考える。」

当委員会の過去の判例において、外国人には、原則的に国籍国ではない国に入国する権利及び滞在する権利は認められないとされていること、家族などの近い関係にある者の退去強制は、8条における干渉に当たるか否かの問題を生じさせるということも、過去の判例において指摘されている。

しかし、過去に何度も述べられているように、「家族生活を尊重される権利は、家族生活を送る場所を選択する権利を必ずしも意味しないことから、この種の事案においては、まず、各事案に応じて、退去強制される者と家族とのつながりの程度及び当該国とのつながりの程度を示す事実が検討されることとなる。そして、以上の原則は、私生活の尊重についても、該当する。」

当委員会は、当局が、原告らが Y の国籍国であるマレーシアで共に暮らすことにより生じ得る困難を含めて、原告の主張は、注意深く検討されていると評価する。また、当委員会は、第1原告は、職業柄、国際的に移動することが多く、第2原告もまた国際的に旅行をし、仕事をしていることを指摘し、「原告らがイギリス以外で暮らせないということはなく、原告のイギリスとのつながりも、二人の関係の本質的な要素とは言えないことから、本件退去強制は、8条に違反する干渉であるとは言えない。」

③ 評価

異性カップルの場合、本件の様に、パートナーなどの近い関係にある人間が退去強制の対象となった場合、カップルと当該国との繋がりを慎重に検討するのに対し、本件においては、同性カップルの精神的なつながりの強さ等についての言及は一切なく、原告らが職業的に国際的に移動していることや海外で生活した経験があることを重視し、原告らと当該国とのつながりは薄いと結論付けている点に特徴がある。また、同性カップルの権利が争点となった事件において、原告が同性カップルの関係は、8条の家族生活に該当するということを初めて主張した点にも特徴がある。

(2) *W. J. and D. P. v the United Kingdom* 事件 (1987年)³⁵³

① 事案の概要

第1原告は、ニュージーランド国籍で、第2原告はイギリス国籍である。原告らは1982年から同居しており、二人とも教師として働いている。1979年、第1原告は就労制限のない短期在留資格で、イギリスに入国した。第1原告は、1980年に、ワーキングホリデービザ

³⁵³Application no. 12513/86, 13 July 1987.

により、再びイギリスに入国したが、同ビザは、1983年を期限としていた。

第1原告は、第2原告との安定的な同性愛関係を理由とした在留資格を申請した。しかし、当局は、入管法に同性パートナーを対象とした規定がないことを理由に、同申請を却下した。原告は、審査請求を行ったが、同請求は却下され、控訴審においても、請求は却下された。

原告らは、第2原告と安定的な同性愛関係にある第1原告を退去強制することは、8条及び14条に違反するとし、ヨーロッパ人権裁判所に訴えを提起した。

②判旨

原告らは、入管法上、異性愛カップルと同様に同性カップルである原告らを扱わないことは、8条及び14条に違反すると主張している。

「当委員会の過去の確立した判例によると、ヨーロッパ人権条約は、特定の国に入国し、滞在するような権利を保障しないとされている。しかしながら、当委員会は、過去の判例において、当該国に親密な関係にある者がいるような特定の状況下にある場合は、8条の家庭生活の尊重に関する問題が発生し得るとしている。」

原告らは、原告らの関係は、家庭生活に該当すると主張している。「しかし、当裁判所及び当委員会は、かつて、ダジョン事件で、同性カップルの関係は、家族関係ではなく、私的生活であるとしてきた。当該国において、数年間暮らし、生活している者が滞在し続けることを拒否することにより、その者の私生活を破壊する結果となることは間違いないが、原則的に、私生活に対する干渉とされることはない。干渉とされるためには、例外的な状況にあることを証明しなければならないとされている。よって、当委員会は、原告らのような同性カップルの関係について入管法に規定がない自体は、8条に違反しないと考える。」

本件についてみるに、当委員会は、原告らが安定的な同性愛関係にあること及び1982年から同居していることを認める。しかしながら、この関係を構築した時の第1原告の在留資格は不安定でワーキングホリデーの為のもので、イギリスに滞在できるのは、最長でも2年間であった。第2原告との関係を除けば、限定的な在留資格であるが故に、第1原告とイギリスとの繋がりは何もない。また、第2原告とニュージーランドやその他の国において暮らすことに何の障壁もない。以上のことから、本件は、前述した原則の例外として私生活への干渉を認め得る事情はないと判断する。よって、本件処分は、原告の私生活への干渉とはならず、8条に違反しない。

原告は、異性カップルに与えられる在留資格が同性カップルである原告らに与えられないことは、8条及び14条に違反すると主張する。

確かに、当該入管法は、異性カップルと同性カップルとを異なる扱いをしている。「本件区別が14条に違反するか否かを検討するに、当該区別は、家族の保護を目的としたものであることから、その立法目的自体は明らかに正当であり、事実婚状態にある異性カップルを含む家族は、社会において特別に保護するに値するものであるから、国家が家族に特定の保護を与えるべきではないとする理由は存在しない。よって、当委員会は、入管法と原告らと異性カップル等を異なる取り扱いをしていることは、客観的かつ合理的であり、差別には当たらないと判断する。」

(3)C.and L.M.v the United Kingdom事件 (1989年)³⁵⁴

① 事案の概要

原告らは、オーストラリア国籍の母と娘であり、イギリスに暮らしている。第1原告は、1984年、ワーキングホリデービザによりイギリスに入国し、就労許可付きの6か月の在留資格を取得した。その後、最長2年間の在留資格を得た。第1原告は、イギリス国籍の女性と同性愛関係となり、1984年から同居し、1985年からずっと共にいることを決意し、1987年以降は、財産を共有している。1986年、原告とパートナー第1原告は、同性パートナーとの関係を継続する為に、在留期限の延長を申請したが、却下された。1987年、原告は異議申し立てをしたが、却下された。1988年、第1原告は、人工妊娠により妊娠した。1989年、第1原告は、第2原告を出産した。第1原告は、第2原告と同性パートナーとイギリスで家族として生活することを望んでおり、第1原告の在留資格を認めないことは、8条、12条、14条に違反すると主張する。

② 判旨

第1原告は、第1原告を退去強制することは、8条の私的生活、家族生活の尊重を保障する8条に違反すると主張する。ヨーロッパ人権条約は、特定の国に入国及び滞在する権利を保障しない一方で、当委員会は、親密な関係にある家族が暮らす国から退去強制することは、8条の干渉の問題となり得ることを述べてきた。

第1原告と同性パートナーの関係を検討するに当たり、同性カップルに関連する当委員会の過去の判例(X and Y.v. the United Kingdom 事件)を参照する。同事件によれば、同性カップルの関係は、家族生活には該当しないとされ、同性愛関係に対する制約は、8条の私的生活に対する干渉に当たり得るとされている。さらに、同事件では、原告らの関係は、私的生活とされ、第1原告を退去強制することは、8条の私的生活の干渉に当たるのか否かということが争点とされた。また、当委員会の過去の判例では、法律に基づいて外国人を退去強制することは、例外的な事例を除いて、原則的に8条の干渉とはならないとされた。

前述した過去の判例に基づき、本件を検討する。当委員会は、レズビアンカップルの関係は、8条の私的生活に該当すると考える。しかしながら、適法な退去強制は、私的生活に影響を及ぼすものではあるものの、国家に与えられた出入国管理の権限に基づくものであるため、8条の干渉とされることは、原則的にはない。本件では、この原則が適用されない例外的な状況は存在しない。よって、本件退去強制は、8条の保障する私的生活の尊重に対する干渉とはならない。

イギリスの入管法は、同性カップルよりも異性カップルの権利を保障しているとする原告の主張について、検討する。当該入管法は、レズビアンなどのような関係よりも、伝統的に確立された家族を保護している。この区別は、伝統的な家族を特別に保護することを目的としたものであり異性カップルを特別に保護しているのは、伝統的な家族を保護することを目的としたものであり、14条に違反する差別的な要素は認められない。よって、14条に違反するとする原告の主張は、失当である。

³⁵⁴Application no.14753/89,09 October 1989.

原告は、さらに、原告らを退去強制することは、12条が保障する原告らの家族形成権を侵害し同条に違反すると主張している。ヨーロッパ人権裁判所の判例によると、12条は、伝統的な男女の婚姻を保障しているとされていることから、第1原告と同性パートナーの関係は、12条が保障する婚姻をする権利も家族を形成する権利も発生しないのであるから、12条に違反するとする主張は失当である。

(4) **Pajic v. Croatia** 事件 (2016年)³⁵⁵

①事案の概要

原告女性は、ボスニアヘルツェゴビナの国籍を有しており、クロアチアに住むクロアチア国籍女性と、お互いに定期的に行き来するなどして安定した関係を構築しており、その関係は2年間に及んでいる。原告らは、クロアチア国内で同居し、家計を営んでいる。原告らは、事業を開始することを希望し、原告にパートナーとしての在留許可を与えるように、当局に申請した。しかし、当局は、クロアチアの移民法は、同性カップルの在留許可を認めてはいないとし、同申請を棄却した。原告は、憲法裁判所に対し、性的指向による差別であると訴えたが、棄却された。

そこで、原告は、婚姻をしていない異性カップルには在留許可を認める一方で、同性カップルにそれを認めないのは、性的指向による差別であり、原告らの関係は、ヨーロッパ人権裁判所の判例によると、事実上の安定した関係であり、ヨーロッパ人権条約8条の「家族生活」とみなすことができると主張した。さらに、性的指向による区別を正当化するには、合理的根拠が必要であるのに、本件においては、その合理的根拠が存せず、差別にあたり、原告らの家族生活に対する干渉に該当するとし、ヨーロッパ人権条約8条及び14条に反すると主張した。

②判旨

まず、ヨーロッパ人権裁判所は、**Karner v. Austria** 事件などの過去の判例を引用し、14条の解釈に当たり、性的指向による区別について、その区別が正当化されるには、著しく説得的かつ重大な根拠が必要であり、国家の解釈の余地は、極めて狭くなることを示した。

次に、原告らの関係が、8条の「家族生活」に該当するか否かについては、以下のように判示した。

原告らの様な同性カップルの関係は、**Mata Estevez v. Spain** 事件において示されたように、8条の「私的生活」に該当することに疑いの余地はない。

一方で、従来の判例では、8条の「家族生活」は婚姻による関係に限定されず、婚姻はしていないものの同居しているといった事実婚状態にある異性カップルについては、「家族生活」に該当するとしてきたが、事実婚状態にある同性カップルについては、「家族生活」に該当しないとしてきた。

例えば、同性パートナーに対する遺族補償の不支給が争点となった **Mata Estevez v. Spain** 事件では、締約国内で同性カップルに対する承認が広がっていることを指摘しつつも、締約国間でのコンセンサスが十分なものとなっていないことを理由に、同性カップルの関係を

³⁵⁵Application no.68453/13.

法的に承認するか否かは、国家の広範な裁量の下にあるとし、同性カップルの「家族生活」への該当性は否定された。

しかし、P.B. and J.S. v. Austria 事件、Schalk and Kopf 事件では、Mata Estevez v. Spain 事件が出された 2001 年以降、法的に同性カップルの関係を認める国も出てきており、同性カップルに対する社会的態度が変化していることが指摘された。これらの事件以降、多数の締約国において、同性カップルが法的に承認されている。さらに、EU 法の中には、同性カップルを「家族」概念に含めるものも存在するようになった。

前述した締約国における大きな変化から、裁判所としては、同性カップルは、8 条の「家族生活」に該当しないという考えを維持することはできず、安定した事実上の関係にある共同生活をしている同性カップルは、同じ状況にある異性カップルと同じように、「家族生活」に含まれると考える。

また、Vallianatos and Others 事件では、同居していないという事実とカップルの安定性とは無関係であるから、安定した関係にある同居している同性カップルと職業的、社会的な理由により同居していない同性カップルを区別する根拠は存在しないことが示された。本件において、原告が D.B と 2009 年以降、安定的な関係を継続していることについては、争いはない。原告は、定期的にクロアチアを訪れ、時に 3 か月間も D.B と過ごすこともある。そして、この定期的な訪問と滞在は、原告らにとって、出入国管理上の制約の中で関係を継続するために取り得る唯一の方法なのである。また、原告らがクロアチアで共同して家計を営んでいること、さらに共同で事業を始めていることも指摘しておかなければならない。

これらの状況から、原告らは出入国管理行政による制約のために同居していないことは明らかであって、同居していないという事実をもって、原告らの関係が、8 条の「家族生活」に該当しないと言うことはできない。

従って、本件の原告らの関係は、私的生活、家族生活に該当すると言え、8 条及び 14 条が適用される。

本件の処分が性的指向に基づく差別であるか否かについて検討する。

当裁判所は、性的指向に基づく区別は、14 条の適用を受けることを述べてきた。本件についてみると、移民法 56 条 3 項は、家族の再統合のための在留資格を婚姻していない異性カップルに認める一方で、同性カップルには、家族の再統合のための在留資格を取得することを認めていない。

移民法が異性カップルと同性カップルとの間で取り扱いを異にしていることが差別に該当するか否かの検討に当たって、まず、クロアチアの法体系において、家族の再統合のための在留資格が付与される異性カップルと同等であるか否かを検討したい。

クロアチアの法体系を分析すると、異性カップルの婚姻外関係と同性カップルの婚姻外関係をともに安定した関係と捉えている。しかし、移民法は、異性カップルの在留資格のみしか認めておらず、性的指向によって両者を区別している。

そこで、この異なる取り扱いが客観的かつ合理的であるか否かについて検討する。まず最初に、外国人には、ある特定の国に入国又は滞在する権利はないことを最初に述べて

おかねばならない。また、出入国管理については、8条又はその他の条約上の条文による国家に対し領域内の家族の再統合に関する一般的な義務を課していないことも述べておかねばならない。しかし、その一方で、確立された裁判所の判例は、国家に一般的義務はないとしながらも、外国籍の者の人権、特に、私的生活及び家族生活の尊重し、出入国管理を行わなくてはならないとされる。

よって、裁判所としては、異なる扱いの存在を確認した以上、異なる取り扱いが正当化されるか否かについて、検討せねばならない。この正当化は、客観的かつ合理的な根拠に基づかなければならない。つまり、立法目的を達成する手段と実現すべき目標との間に合理的な関係が存在するか否かを検討せねばならないのである。

性別及び性的指向に基づく異なる取り扱いについては、国家に与えられている評価の余地は縮小するとともに、国家に求められる比例原則は、単に達成すべき目標に合った手段であるだけでは足りず、特定の集団に属する者、本件においては同性愛関係にある者を排除することが、目的達成の為に必要不可欠であることが求められる。

この原則は、広範な国家の裁量が認められている出入国管理においても適用される。

本件においては、関連する国内機関も当該政府も説得的かつ重要な根拠を示せていないことから、移民法における異性カップルと同性カップルの取り扱いの違いは、条約と適合しているということは出来ない。

よって、8条及び14条に違反する。

(5) *Taddeucci and McCall v Italy* 事件(2016年)³⁵⁶

① 事案の概要

第一原告は、イタリア国籍で第二原告は、ニュージーランド国籍の同性カップルであり、現在はアムステルダムに居住している。

原告らの関係は、1999年から継続しており、2003年12月まで共にニュージーランドに住んでおり、ニュージーランドでは、婚姻をしていないカップルとしての法的地位を得ていたが、第1原告の健康上の理由により、イタリアに居住することとなった。第2原告は、家族滞在の在留資格を申請したが、申請は却下された。

原告らは、性的指向による差別であり、8条及び14条に違反するとし、ヨーロッパ人権裁判所に訴えを提起した。

② 判旨

8条は、家族が共に暮らせるように、外国籍のパートナーの居住を許可するといったことについての一般的な義務を国家に課しているわけではない。しかし、当裁判所は、これまで、出入国管理行政の分野において、国家の決定により、8条により保障された私的生活及び家族生活の尊重の権利に対する干渉となる場合があることを繰り返し述べてきた。特に、対象となる人間が、滞在国にいる家族との間に強いつながりを有しており、当該国の行為により、そのつながりに深刻な影響が及ぼされる場合があることも繰り返し述べてきたことである。

本件についてみると、原告らの関係は、1999年から継続するものであり、原告らは、2003

³⁵⁶Application no. 51362/09.

年にイタリアに定住し、家族滞在による在留資格申請は、2004年に却下されている。同処分時、二人が共に暮らすことになって、およそ10か月の月日が経っているという状況にあった。

Schalk 事件において、裁判所は、家族生活の成立が認められる状況にある異性カップルと同様な状況にある同性カップルは、家族生活に該当するとした。

同事件と異なる結論を導き出す根拠を本件に見出すことはできないことから、原告らの関係は、8条の家族生活に該当するということができる。

家族滞在の在留資格が認められなかったため、第2原告は、イタリアにおいて、第1原告とともに暮らし続けることができなくなっており、8条により保障される家族生活の尊重の本質的部分に対する干渉に当たる。

本件の在留資格の不許可処分を正当化し得る法的根拠があるからと言って、必ずしも原告らの私的及び家族生活が尊重される権利に対する干渉がないと言うことはできない。

また、法的根拠は、条約における国家の義務を免除するものでもない。

本件における干渉は、原告の許可申請が最初に不許可となった2004年10月から破棄院の判決が出て、原告らがイタリアを去ることを決め、オランダに移住した2009年3月までの約4年9か月に及んでおり、8条及び14条が適用される。

ICJ、ILGA-Eueopr、NELFAによる第三者意見によると、国際的には長期間安定的な関係にある同性パートナーに対し、婚姻の有無又は法的承認の有無にかかわらず、家族の構成員として扱われていることがわかる。

また、南アフリカ、カナダ、アメリカにおいて、婚姻をすることができない同性カップルと子に婚姻をしているカップルとの間で異なる扱いをすることは、差別となるとする判決が出されている。また、同意見では、国際的に、同性カップルを家族の構成員とみなす傾向があり、彼らがともに暮らす権利、そして異性カップルが享受している権利を同性カップルにも認める動きがあることも指摘されている。

さらに、EU法は、家族の関係と家族の再統合を重要なものとしてみている。

欧州委員会の調査によると、32の国のうち少なくとも24の国が、在留資格について、性的指向を理由とする差別的取り扱いをしていないことが判明した。22の国が、婚姻をしていない同性カップル、法的承認を受けていない同性カップルに対して、在留資格を認めている。

以上のことから出入国管理行政において、同性カップルの関係を家族生活として承認することは、ヨーロッパのコンセンサスとなりつつあることが分かる。

14条の問題が発生するためには、類似の状況にある者が異なる扱いを受けているという状況が必要である。また、大きく異なる者の異なる扱いをすることをしなかった場合も、14条の問題が発生する。つまり、ある一定の状況において、異なる扱いをすることで正確な異なる扱いをすることに失敗した場合、14条の問題が発生するのである。さらに、一般的な政策や手段が、ある特定のグループに対し、不適当な効果を及ぼした場合は、その集団に対する特定の目的や差別的意図がなくとも、差別とみなされることがあり、間接的差別とみなされるし、このようなケースに限定されることなく、客観的かつ合理的な正当化を欠くもの

もまた、差別とみなされる。

本件では、婚姻をしていない異性カップルと異なる扱いを受けているという事実は認められない。

そうは言っても、原告らの状況が、異性カップルと類似しているとはいふことはできない。同性カップルである原告らは、婚姻制度の対象となっていないことから異性カップルの様に婚姻をするか否かを選択することは出来ず、イタリア法において、配偶者とみなされることはないからである。また、シビルパートナーシップ制度がないイタリアでは、婚姻以外の手段により、同性カップルの関係が承認されることはない。

原告らは、ニュージーランドで、婚姻をしていないカップルとして承認されており、また、同性婚が承認されているオランダへ移住し、同国で婚姻することを決めた事実も指摘せねばならない。このような事情は、自分の意思によって婚姻をしない異性カップルとは異なるものであることを述べておく。

よって、原告ら同性カップルは、異なる状況にある異性カップルと同じ扱いを受けていたということが言える。

本件が 14 条の差別となるかの判断に当たり、目的と手段との間に、合理的関連性があつたか否かを検討する。

イタリア政府は、立法目的は伝統的な家族の保護であること、同性カップルにシビルパートナーシップ制度や法的承認を与えるか否かは、国家の裁量の問題であると主張している。

確かに、伝統的な家族の保護は、14 条において許容される立法目的であるけれども、本件において、同性カップルに在留資格を与えないことを正当化する重大な理由であるとは言えない。

また、本件においては、イタリア政府に、同性カップルを法的に承認する義務があるか否かは問題ではなく、原告の家族滞在を許可しなかったという点について、客観的かつ合理的な正当化の事由があるか否かが問題なのである。

また、前述したとおり、同性カップルには何ら法的承認の手段があたえられておらず、イタリア政府は、原告らの差別的取り扱いについて、立法目的以外の正当化事由を示せていない。よって、家族滞在の在留資格を国家により婚姻へのアクセスを拒否されていない異性カップルと同様に許可しなかったことにより、原告らの 8 条による権利を性的指向により、侵害しており、8 条及び 14 条に違反する。

8.8.3 小括 ヨーロッパ人権裁判所の入管法判例における同性カップルについて

前述したとおり、LGBT の権利保障が争点となった判例の初期から、同性パートナーの滞在権は問題となっていた。しかし、長らくその権利が保障されることはなかった。しかし、前述したとおり、ヨーロッパ人権裁判所は、1999 年の *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* 事件において、性的指向に基づく差別はヨーロッパ人権条約上認められないとして以降、同性カップルの権利保障に対し、積極的な姿勢を見せ、*Karner v.Austria* 事件を皮切りに、同性カップルの権利を保障するようになっていった。そして、2010 年の *Scalk and Kopf v.Austria* 事件で、同性カップルの関係は家族生活に該当するとの判断が示され

たのである。2015年の *Oliari and others v. Greece* 事件において、同性カップルに対し、その関係を何ら法的に承認しないことは、8条に違反すると判断され、同性カップルの関係が法的に保障されるべきことが明らかとされた。

異性パートナーの滞在権に関しては、2001年の *Boultif v Switzerland* 事件³⁵⁷において、退去強制が8条に違反するか否かの判断基準が示されており、ヨーロッパ人権裁判所の判例は異性パートナーの滞在権を保障されていたが、同性パートナーの滞在権については、2016年の *Pajic* 事件及び *Taddeucci and McCall v Italy* 事件まで待たねばならなかった。異性パートナーに対する滞在権の問題が2001年には成熟性を見せていたことからすると、異性パートナーと異なる扱いが長らく続いたのは、性的指向による異なる扱いは差別に該当しない、同性カップルは、異性カップルよりも劣る存在であり、家族生活には該当しないとするヨーロッパ人権裁判所の考えが判断に影響を及ぼしていたことによるものと思われる。

国内法及び国内判例に対する示唆としては、*Taddeucci and McCall v Italy* 事件で、引用された第三者機関により提出された意見書及び事実婚の異性カップルにも滞在権が認められていなかったことが参考になると思われる。同意見書は、ヨーロッパ人権裁判所が、ヨーロッパ人権条約36条により、裁判手続きの当事者ではない第三者であるICJ（国際司法裁判所）、ILGA-EUROPE（ヨーロッパ国際レズビアンゲイ協会）、NELFA（ヨーロッパLGBTIQ家族ネットワーク協会 *Network of European LGBTIQ Families Associations*）に提出させたものであるが、同意見書では、国際的に、かなりの数の国々が、婚姻をしていない同性パートナーに対して、市民権又は永住権を認めていること、現在、同性婚を実現している国においては、同性婚が導入される以前から、同性パートナーの移住や滞在を認めていたという事情があることが指摘されている³⁵⁸。同意見書から、国際的に同性パートナーにも在留資格を与える傾向にあること、同性婚は同性パートナーに在留資格を許可する際の絶対条件とはされていないことが分かる。このことから、日本においても、同性婚の実現を待たずに、同性パートナーに対し、在留資格を与える余地があるということが出来ると思われる。

次に、*Taddeucci and McCall v Italy* 事件では、事実婚の異性カップルも滞在権が許可されていないことを指摘しつつも、法律婚をしないことを選択出来る異性カップルと、法律婚をすることが出来ず、結婚をするか否かを選択出来ない同性カップルである原告らは、そもそも同じ状況になく、その両者を同じ取り扱いをしていることが問題視されていた。日本の入管法及び実務においても、日本人の配偶者等の在留資格は、法律婚をしている異性パートナーにのみ認められており、同事件の状況と同じである。同じ状況にない者を同じ方法で

³⁵⁷ *Boultif v Switzerland* (Application no. 54273/0) 同事件については、拙稿「退去強制事例における家族と子ども：ヨーロッパ人権裁判所の判例を素材として」北大法政ジャーナル、18、91-145を参照。

³⁵⁸ WRITTEN SUBMISSION OF ICJ, ILGA-EUROPE AND NELFA SUBMITTED ON 18 MAY 2012, Para 5
http://ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/taddeucci_mccall_v_italy_submission_intervenors.pdf (最終アクセス 2022年5月19日)。

取り扱うことが正当ではないというアプローチの仕方は、日本においても、有効なのではないかと思われる。

9 諸外国における同性カップル

ILGA の調べによると、2020 年 12 月時点での、諸外国の状況は、下記のとおりである³⁵⁹。

まず、同性婚の法制化についてであるが、2001 年のオランダを嚆矢に、2005 年カナダ、2013 年イギリス及びフランス、2015 年アメリカ、2017 年ドイツ及びオーストラリア、2019 年オーストリア及び台湾などの 28 の国連加盟国が、同性婚を法制化しており、その割合は、加盟国の 14 パーセントに当たる。パートナーシップ制度等により同性カップルの関係を法的に承認しているのは、イタリアなどの 34 の国連加盟国で加盟国の 18 パーセントに当たる。現在、G7 において、同性カップルの関係を法的に承認していない国は、日本のみとなっている³⁶⁰。

また、性的指向に基づく差別を憲法上禁止している国は、国連加盟国ではスウェーデンなどの 11 か国で加盟国の 6 パーセントである。差別禁止法により性的指向に基づく差別を禁止しているのは、フランスなどの 57 国連加盟国で加盟国の 30 パーセントである。雇用における性的指向に基づく差別を禁止している国は、フランス、ドイツ、カナダ、イタリア、台湾などの国連加盟国中 81 か国に及び、国連加盟国の 42 パーセントに達している。

以上のことから、国際的には、性的指向に基づく同性カップルの関係を法的に承認する傾向にあり、性的指向に基づく差別を禁止する傾向にあることが分かる。

同性婚の法制化について、日本に最も示唆に富むのは、アメリカと台湾の事例であると思われる。アメリカと台湾は、いずれも司法が同性婚の法制化の契機となっている点に特徴がある。前述したとおり、自民党以外の政党は、同性婚等により同性カップルの関係を法的に承認することについて積極的な態度を示しているが、政権与党である自民党が消極的な態度を示しており、立法府主導による同性婚の法制化は困難が予想される為、日本においては司法が大きな役割を担うことが期待される。よって、両国の様に、司法が主導となった事例は多いに参考になるものと思われる。これら 2 つの国以外にも、同性婚を法制化した国は多いが、司法の違憲判決が契機となっている国は、多くはない。例えば、フランスは、憲法院が 2011 年 1 月 28 日に当時の婚姻法を合憲としたことから、当時のオランダ大統領の主導での立法による導入を特徴としており、司法が同性婚の法制化の契機とはなっていない³⁶¹。また、ドイツもフランスと同様に、連邦憲法裁判所の 1993 年 10 月 4 日日決定は、婚姻とは共同生活に向けられた男性と女性との合意であるとし、同性カップルによる婚姻は認められないとの判断を示しており、司法が同性婚の法制化の契機とはなっていない³⁶²。

³⁵⁹ILGA (2020) World State Sponsored Homophobia report global legislation overview https://ilga.org/downloads/ILGA_World_State_Sponsored_Homophobia_report_global_legislation_overview_update_December_2020.pdf (最終アクセス 2022 年 5 月 19 日)。

³⁶⁰ <https://nijibridge.jp/data/1267/> (最終アクセス 2022 年 5 月 19 日)。

³⁶¹ 大島梨沙 (2016 年)「フランス—『すべての者のための婚姻』と残された不平等」法律時報 88 巻 5 号、68 頁。

³⁶² 渡邊泰彦(2018 年)「ドイツにおける同性婚導入 平成 30 年 4 月 18 日受付」京都産業大学総合学術研

よって、アメリカと台湾の事例を参考にすることには意義があると思われる。

アメリカは、2015年6月26日の Obergefell 判決において、同性婚を認めない州法が憲法違反とされた³⁶³。同判決では、同性カップルに婚姻を認めていない州法が、婚姻をする権利等を侵害し、合衆国憲法14修正に違反するか否かが争点となったが、同判決では、同性婚を認めない州法の規定は、合衆国憲法のデュー・プロセス条項（第14修正）及び平等保護条項（同修正）に違反すると判断された。同判決は、婚姻の権利が長きにわたり、修正14条によって保護されてきたことを指摘し、婚姻の権利が保護されたきた理由は、同性カップルにも当てはまることを指摘し、婚姻の権利を同性カップルに認めないことはスティグマの押し付けになるとした。さらに、同性カップルから婚姻の権利を奪うことは、修正14条の基本的権利及び平等保護を侵害するとし、州法は無効であるとした。

台湾は、2017年5月24日、司法院大法官第748号解釈により、同性婚の婚姻を許容していない民法第4編の婚姻に関する規定が、憲法22条が保障する人民の婚姻の自由及び第7条が保障する人民の平等権の趣旨に反しているとの判断が示されている。さらに、同解釈後の、2019年5月24日から、18歳以上の同性間の婚姻関係を保障する特別法が制定されている³⁶⁴。

アメリカ及び台湾の事例からは、同性婚が法制化されていないことを平等原則違反として、憲法判断を導く手法があるということを指摘することが出来る。

10 ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義

国際的な人権保障の枠組みは、自由権規約の様に国連の下で、全世界の国々を対象とした普遍的な人権保障の枠組みと、ヨーロッパ人権条約の様に、各地域における人権保障の枠組みとに大別される³⁶⁵。

日本は、自由権規約等を批准している為、前者の枠組みによる影響を直接的に受けるが、各地域における人権条約は批准していない為、その影響を直接的には受けることはない。よって、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が、国内法及び国内判例に対して、直接的な影響を及ぼすことはない。

しかし、本博士論文では、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を検討対象とすることは、大いに意義のあるという理解の下、比較検討対象としている。そこで、「10 ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義」では、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を検討対象とする意義について、論じることとする。

ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義を論証するに当たり、本博士論文では、ヨーロッパ人権裁判所とヨーロッパ人権条約の締約国という2つのアクターの関係、ヨーロッパ人権裁判所及びヨーロッパ人権条約の締約国と日本という3

究所所報13巻1頁～30頁。

³⁶³ 大林圭吾（2016年）「州が同性婚を認めないのは合衆国憲法修正十四条に基づく婚姻の権利を侵害し平等に反するとして、違憲判断を下した事例」判例時報2294号12頁～13頁。

³⁶⁴ 岡村志嘉子（2019年）「【台湾】同性婚の合法化」外国の立法 No.280-1、20頁～21頁。

³⁶⁵ 申 惠丰「第17章 人権の国際的保障(1)」281頁、柳原正治、森川幸一、兼原敦子編（2016年）『プラクティス国際法講義（第2版）』（信山社）。

つのアクターの関係、自由権規約委員会などの条約機関と日本の関係という3つのアクターの関係、に着目した検討を行う。日本、ヨーロッパ人権裁判所、ヨーロッパ人権条約の締約国、自由権規約委員会などの条約機関という4つのアクターの関係を分析することで、ヨーロッパ人権裁判所を中心に各アクター間に裁判官対話がありヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が間接的に国内法及び国内判例に影響を及ぼすことを示す。裁判官対話とは、「裁判所間の協力・協働」に基づき判例法が形成される現象を認識する概念であるとされ、対話の対象の中心は、基本的人権であり、対話は、「地域法制度が高度に発展したヨーロッパで最も活発である」とされている³⁶⁶。

裁判官対話により、ヨーロッパ人権裁判所の判例が日本に影響を及ぼすパターンとしては、①ヨーロッパ人権裁判所→ヨーロッパ人権条約の締約国→日本、②ヨーロッパ人権裁判所→自由権規約委員会などの条約機関→日本、③ヨーロッパ人権裁判所→日本、という3つのパターンを思考し得る。この3つのパターンについて分析を行うことで、ヨーロッパ人権裁判所と日本の間に「裁判官対話」が存在していることを示され、ヨーロッパ人権裁判所の判例が日本に影響を及ぼすことが明らかとなる。

さらに、国内裁判所におけるヨーロッパ人権裁判所の判例の活用方法について、山元一の「トランスナショナル人権法源論」や近年の最高裁の国際人権法の参照を「説得的権威」の参照として位置付ける松田浩道の「グローバルな法律家共同体」理論を用い、国内裁判所において、ヨーロッパ人権裁判所の判例が活用され得ることを示す。

以上の検討を通し、ヨーロッパ人権裁判所の判例が日本に影響を及ぼすこと、ヨーロッパ人権裁判所の判例を国内裁判所において活用する方法があること、を示すことで、ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討をする意義があることが証明されることとなる。

10.1 ヨーロッパ人権裁判所とヨーロッパ人権条約の締約国の対話

(1) ヨーロッパ人権裁判所所長の締約国への公式訪問等による対話

歴代のヨーロッパ人権裁判所所長は、ヨーロッパ人権条約の締約国への訪問を精力的に行っており³⁶⁷、「特に第11議定書の発効により1998年に同裁判所が常設の裁判所となった時以降、常に締約国への公式訪問を行っている。」とされる³⁶⁸。この公式訪問の意義について、元ヨーロッパ人権裁判所所長であるジャン・ポール コスタは、ヨーロッパ人権裁判所と国内裁判所は上下関係のような階層的な関係になく、国内裁判所に対し強制力を有しない以上、お互いを知り、理解し合う必要性によるものだと発言している³⁶⁹。

さらに、ヨーロッパ人権裁判所では、司法年度開始行事として、締約国の最上級審の代表者とヨーロッパ人権裁判所のメンバーが共通論題について講演を行うことが慣行化しており、裁判官の対話（Dialogue between judges）と題した記録が毎年公表されている³⁷⁰。

³⁶⁶ 須網隆夫（2017年）『裁判官対話』とは何かー概念の概括的検討、法律時報89巻2号57頁。

³⁶⁷ https://www.echr.coe.int/Documents/SCN_Introduction_Network_June2018_ENG.pdf（最終アクセス令和4年9月29日）。

³⁶⁸ ジャン・ポール コスタ（2014年）「国際裁判所と国内裁判所との対話ーヨーロッパ人権裁判所の場合」8頁、国際人権No.25

³⁶⁹ 前掲・ジャンポール・コスタ9頁。

³⁷⁰ https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2021_ENG.pdf（最終アクセス令和4年9月29日）。

この様に、ヨーロッパ人権裁判所は、積極的な締約国への訪問等を通し、締約国との対話を図っているのである。

(2)上級裁判所ネットワーク(Superior Courts Network)による対話

ヨーロッパ人権裁判所は、2013年に第16議定書の署名が開放された頃から、ヨーロッパ全体でヨーロッパ人権条約を遵守するためには、締約国の上級裁判所との連携が欠かせないと強く意識するようになったとされる³⁷¹。そして、2015年、ヨーロッパ人権裁判所と各国の最高位の裁判所との間で、判例等に関する情報交換を目的に上級裁判所ネットワークが構築された。同ネットワークの下、年に1回に行われる会議において、情報交換がなされるとともに、ヨーロッパ人権裁判所の判例情報について共有がされている。

上級裁判所ネットワークには、2022年6月現在、45カ国計102の最高位裁判所が参加している³⁷²。なお、2022年6月現在のヨーロッパ人権条約の締約国は、46カ国であり、締約国の大半が上級裁判所ネットワークに参加している。

(3)第16議定書による勧告的意見(advisory opinion)制度による対話

2013年に、ヨーロッパ人権裁判所と締約国の国内裁判所との相互作用の向上と条約実施の強化の為に、第16議定書は採択された。同議定書により、締約国の最高位の裁判所は、ヨーロッパ人権条約の解釈・適用に関して、国内裁判所に係属中の事件の文脈においてのみ、先行意見を要請できるようになった。先行意見には、拘束力はないものの、ヨーロッパ人権裁判所の判例法の一部を形成するとされる。同議定書は、2018年に発効し、同年の10月5日にフランスが先頭を切って勧告的意見を求めた³⁷³。今後、勧告的意見の運用が盛んとなれば、ヨーロッパ人権裁判所と締約国の対話が促進されるものと思われる。

(4)判決の執行の監視による締約国との対話

ヨーロッパ人権条約46条1項により、ヨーロッパ人権裁判所の判決は、当該事件の当事者に対して拘束力を持ち、条約違反が認定された締約国は、その判決に従わなければならないとされ、同条2項により、ヨーロッパ評議会の最高意思決定機関である閣僚委員会の監視を受けることになる。締約国は、閣僚委員会に対し、判決の履行に関する行動計画あるいは実施報告を行う。閣僚委員会は、締約国からなされた実施報告等をもとに審査を行い、締約国が求められる全ての措置が取られたことが確認されるまで、閣僚委員会の監視は行われる。「よって、多くの締約国は、条約違反判決を受けたならば、ただちに判決を執行すべく国内法改正や個別具体的措置に着手するのが通例である(ハードケースの場合を除く。)」とされている³⁷⁴。各国の対応状況については、ヨーロッパ評議会判決執行部が作成するテーマ別ファクトシート(Thematic factsheet)による公開されている。本博士論文で検討をした同性カップルの法的承認が争点となった *Valliantos and Other v. Greece* 事件、*Oliari and*

³⁷¹ 齋藤千紘、小島秀亮(2022年)『〈人権の守護者〉欧州評議会入門』、信山社、79頁。

³⁷² https://www.echr.coe.int/Documents/SCN_Members_ENG.pdf (最終アクセス令和4年9月29日)。

³⁷³ 詳細については、伊藤洋一(2020年)「人権条約第16議定書による国内裁判所と人権裁判所との『裁判官対話』私生活・家庭生活の尊重と国外で行われた代理懐胎と民事証書への母子関係転記—メネン勧告的意見—」、人権判例報1号、信山社。

³⁷⁴ 江島晶子「ヨーロッパにおける多層的統治構造の動態—ヨーロッパ人権裁判所と締約国の統治機構の交錯」川崎政司、大沢秀介(2016年)『現代統治構造の動態と展望—法形成をめぐる政治と法』、尚学社、325頁。

Other v. Italy 事件そして同性パートナーの滞在権が争点となった Pajic v. Croatia 事件、Taddeucci and McCall v. Italy 事件の判決後の当事国の対応についても、LGBTI PERSONS' RIGHTS がテーマとなったファクトシートにより公開されている³⁷⁵。

この様に、判決後も、判決の執行手続きにより、ヨーロッパ人権裁判所と締約国間の対話は続けられるのである。そして、判決の執行の手続きを通して、「国内法上の条約の位置づけとは無関係に、人権裁判所判例法は国内法・国内法判例に影響」を及ぼすことになるのである³⁷⁶。

(5) 小括

ヨーロッパ人権裁判所とヨーロッパ人権条約の締約国には、(1)、(2)のような法廷外の裁判官対話と(3)、(4)のような法廷内の裁判官対話が存在していることが明らかとなった。法廷外の裁判官対話については、判決のように拘束力はないものの、法廷内での対話の円滑化に少なからず影響を及ぼすものであることは、否定出来ない。実際、ヨーロッパ人権裁判所は、「自身の権威と信頼が高まる中で、人権裁判所と国内裁判所・他の国際裁判所との関係について入念に注意を払ってきた」とされており³⁷⁷、ヨーロッパ人権裁判所自身も、法廷外の裁判官対話の重要性を強く意識していることがうかがえる。

この様なヨーロッパ人権裁判所と締約国の関係について、江島晶子は、ヨーロッパ人権裁判所と各締約国が、ヨーロッパ人権裁判所への個人申立てを起点にヨーロッパ人権裁判所の判例が形成され、その判例法がヨーロッパ評議会の閣僚委員会の判決の履行監視を通して、締約国の国内機関により人権が保障されていく現象を「多層的人権保障システム」と呼び、多様なアクターが人権保障に貢献していると評している³⁷⁸。江島晶子が指摘するように、ヨーロッパ人権裁判所への個人申立てを起点に締約国の人権保障が実現されるというプロセスが、形成されているのである。このことから、ヨーロッパ人権裁判所がヨーロッパ人権条約の締約国の人権保障に確かな影響を及ぼしているということが明らかとなった。そして、日本は、立法及び司法の場において、歴史的にヨーロッパ諸国の影響を強く受けており、近年の最高裁判決もその例外ではない。大半のヨーロッパ諸国がヨーロッパ人権条約を批准していることから、日本は、ヨーロッパ人権条約の締約国から強い影響を受けているといっても過言ではない。

よって、日本は、ヨーロッパ人権条約の締約国を介してヨーロッパ人権裁判所の影響を間接的に受けるということが出来る。

³⁷⁵ <https://rm.coe.int/thematic-factsheet-lgbti-eng/1680a3b2d7> (最終アクセス令和4年9月24日)。

³⁷⁶ 前掲・江島晶子「ヨーロッパにおける多層的統治構造の動態－ヨーロッパ人権裁判所と締約国の統治機構の交錯」、325頁。

³⁷⁷ 前掲・江島晶子「「ヨーロッパにおける多層的統治構造の動態－ヨーロッパ人権裁判所と締約国の統治機構の交錯」337頁。

³⁷⁸ 前掲・江島晶子「ヨーロッパにおける多層的統治構造の動態－ヨーロッパ人権裁判所と締約国の統治機構の交錯」310頁以下。

10.2 ヨーロッパ人権裁判所と自由権規約委員会

ヨーロッパ人権裁判所は、ヨーロッパ人権条約により設置された機関であり、自由権規約委員会などの国連の条約機関とは、別の組織である。よって、両者は、直接的には影響を及ぼし合う関係にはない。しかし、以下で指摘するように、両者は互いに影響を与え合う関係にあり、ヨーロッパ人権裁判所の判例の特色から自由権規約の解釈において、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を参照することには、意義があると言える。

(1) ヨーロッパ人権条約と自由権規約の関係について

まず、ヨーロッパ人権条約と自由権規約の関係に着目すると、以下の点を指摘することが出来る。

第一に、「ヨーロッパ人権条約と自由権規約は、同じく世界人権宣言にその淵源が求められ」、「起草段階から相互に参照しつつ作成されており、類似した規定を多く含んで」おり³⁷⁹、「事実、歴史的にも現実的にも、それぞれの解釈は相互に影響をうけてきた」関係にあることである³⁸⁰。両者は、淵源を同じくし、起草段階からそして現代に至るまで相互に影響を受け合うという対話を行ってきたのである。

第二に、ヨーロッパ人権裁判所と自由権規約委員会が定期的な交流を行ってきているという点である³⁸¹。定期的な交流を行うことで両者は、法廷外の対話を行ってきたのである。

以上のことから、ヨーロッパ人権条約と自由権規約には、その起草段階から対話関係にあることが判明した。

(2) ヨーロッパ人権裁判所の判例の質と量について

ヨーロッパ人権裁判所の判例の質と量から、自由権規約の解釈において、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を検討すべきであることを以下の点から指摘することが出来る。

第一に、「ヨーロッパ人権条約のもとで展開されてきた性的マイノリティと人権に関する議論は、同じ世界人権宣言を淵源にもつ自由権規約をはじめとする国際人権法の解釈にも波及し、今日では国連の主要議題の1つと位置づけられている。」ことである³⁸²。

第二に、性的マイノリティに関連するヨーロッパ人権条約の判例は、多数存在しているが、「特に2010年以降には質的にも量的にも増加し続けており、性的マイノリティに関連する人権保障の解釈は、更に精緻化していく様相をみせて」おり³⁸³、「質量ともに他の人権条約を圧倒している。」ことである³⁸⁴。

³⁷⁹ 申 惠丰 (2016年)『国際人権法—国際基準のダイナミズムと国内法の協調—【第2版】』、信山社、571頁。

³⁸⁰ 谷口洋幸 (2022年)『性的マイノリティと国際人権法—ヨーロッパ人権条約の判例から考える』、日本加除出版、10頁。同様の指摘として、申 惠丰「第17章 人権の国際的保障(1)」281頁、柳原正治、森川幸一、兼原敦子編 (2016年)『プラクティス国際法講義 (第2版)』(信山社)がある。

³⁸¹ 前掲・ジャンポールコスタ「国際裁判所と国内裁判所との対話—ヨーロッパ人権裁判所の場合—」、9頁。リノス・アレクサンドル・シシリアノス (2022年)「70周年を迎えたヨーロッパ人権条約／歴史に刻まれる出来事と偉大な進歩—序論的考察」18頁、人権判例報第3号。

³⁸² 前掲・谷口洋幸『性的マイノリティと国際人権—ヨーロッパ人権条約の判例から考える』325頁。

³⁸³ 同書362頁。

³⁸⁴ 同書364頁。

(3)小括

(1)において、ヨーロッパ人権裁判所と自由権規約委員会の関係を検討したところ、両者は、起草段階から対話関係にあることが分かった。

(2)において、ヨーロッパ人権裁判所の判例の質と量を検討した結果、ヨーロッパ人権裁判所の判例は、性的マイノリティの人権に関して自由権規約の解釈に影響を及ぼしているとともに、その解釈は精緻化し、質量ともに他の人権条約を圧倒しており、自由権規約の解釈において参照することに意義があることが分かった。

10.3 ヨーロッパ人権裁判所と日本

ヨーロッパ人権条約は、1949年に西欧及び北欧の十カ国により設立された国際機構であるヨーロッパ評議会の枠組みにおいて作成されたものであり、ヨーロッパ人権裁判所はヨーロッパ評議会の一機関である。ヨーロッパ人権条約の締約国になるためには、ヨーロッパ評議会の加盟国になる必要がある³⁸⁵。日本は、ヨーロッパ評議会の加盟国になることは出来ない為、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例に直接的には拘束されることはない。しかし、以下で検討するとおり、ヨーロッパ人権裁判所と日本にはつながりがある。そのつながりとは、ヨーロッパ人権裁判所と国会の関係、ヨーロッパ人権裁判所と国内裁判所との関係である。これらを分析することで両者の間につながりがあることを示す。

10.3.1 ヨーロッパ人権裁判所と国会

ヨーロッパ人権裁判所は、司法機関である為、国会とは直接的な関わりは存在しない。しかし、ヨーロッパ人権裁判所が属するヨーロッパ評議会と国会には直接的な関係が存在する。よって、ここでは、ヨーロッパ人権裁判所と国会の関係を論じるに当たり、ヨーロッパ評議会と国会との関係を検討することとする。

(1)ヨーロッパ評議会とヨーロッパ人権裁判所

ヨーロッパ評議会は、人権、民主主義、法の支配の分野で国際社会を主導することを目的に、「欧州評議会規程」(The Statute of the Council of Europe)に基づき創設された機関である。ヨーロッパ評議会の加盟国は、EU 全加盟国、旧ユーゴ諸国、ロシア、ウクライナ、トルコ、グルジア、アルメニア、アゼルバイジャン、リヒテンシュタイン、サンマリノ、モナコを含む47か国であったが³⁸⁶、2022年3月にロシアは、ヨーロッパ評議会から脱退している³⁸⁷。なお、ヨーロッパ評議会は、EU や、EU の下部組織である欧州連合理事会閣僚理事会(Council of the European Union)、欧州理事会(European Council)とは別の国際機関である。

³⁸⁵ 小畑郁「ヨーロッパ人権条約実施システムの歩みと展望」前掲・『ヨーロッパ人権裁判所の判例』3頁。

³⁸⁶ <https://rnavi.ndl.go.jp/politics/entry/CE.php> (最終アクセス令和4年9月29日)。

³⁸⁷ <https://www.tokyo-np.co.jp/article/166656> (最終アクセス令和4年9月29日)。

(2)ヨーロッパ評議会と国会の関係

日本は、1996年11月、教皇庁、アメリカ、カナダに次ぐ4番目のヨーロッパ評議会のオブザーバー国となっている。なお、オブザーバーとして地位を有する国は、前述した4カ国にメキシコを追加した5カ国のみとなっている。オブザーバーとして日本は、ヨーロッパ評議会が開催する各種会合への参加及び財政支援を行うとともに³⁸⁸、ヨーロッパ評議会が作成するサイバー犯罪条約と受刑者移送条約、税務行政執行共助条約及び改正議定書を締結し、同条約が欧州域外の国々に普及するよう、ヨーロッパ評議会と協力しながら人的支援や知的貢献、財政支援を行っている³⁸⁹。また、日・欧州評議会連盟を中心とした国会議員による交流が実施されている³⁹⁰。

以上のことから、ヨーロッパ評議会と国会の間には直接的な関わりが存在していることが分かる。

10.3.2 ヨーロッパ人権裁判所と国内裁判所

10.3.2.1 最高裁とヨーロッパ人権裁判所

国内裁判所とヨーロッパ人権裁判所には、(1)で検討するように交流関係があり、その交流関係がもととなり、(2)で検討するように判決を相互参照し合う関係が構築されている。

(1)交流関係

最高裁は、欧州評議会の司法機関である欧州人権裁判所と、1997年以降、判事が互いに訪問し合うなどの形で、双方向の人的交流を行い、2017年には、当時の寺田最高裁判所長官とライモンディ欧州人権裁判所長官との合意により、欧州人権裁判所内に日本とのコンタクトポイントを務める判事が指定され、最新の判決や決定を相互に参考送付する取り組みが開始され、その運用が積み重ねられているとされる³⁹¹。令和3年3月には、日本のヨーロッパ評議会オブザーバー参加25周年を記念して大谷直人最高裁長官とヨーロッパ人権裁判所のロバート・スパノ長官があいさつ文を公表している³⁹²。

また、元最高裁判事であった泉徳治は、在職中の2008年にヨーロッパ人権裁判所を訪問しており、その際に当時のヨーロッパ人権裁判所のコスタ所長より、日本の裁判官との更なる交流の発展とヨーロッパ人権裁判所が日本の最高裁の判例に注意を払っており、人権裁判に関する情報を共有したい旨の発言を受けたとしている³⁹³。

(2)判決における参照

①最高裁がヨーロッパ人権裁判所の判例を参照した事例

性同一性障害者の性別の取り扱い特例に関する法律が、性別変更の審判が認められる要

³⁸⁸ <https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/ce/index.html> (最終アクセス令和4年6月26日)。

³⁸⁹ https://www.strasbourg.fr.emb-japan.go.jp/itpr_ja/ce-top.html (最終アクセス令和4年6月26日)。

³⁹⁰ https://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppei/cegaiyou.html (最終アクセス令和4年9月29日)。

³⁹¹ https://www.courts.go.jp/vc-files/courts/2021/Chief_Justice_OTANI.pdf (最終アクセス令和4年9月29日)。

³⁹² 同上。

³⁹³ 泉徳治「ヨーロッパ人権裁判所との対話」xxviii、小畑郁・江島晶子・北村泰三・建石真公子・戸波江二(2019年)『ヨーロッパ人権裁判所の判例II』、信山社。

件として、生殖腺除去手術を受けていることを定めていることが、憲法 13 条及び 14 条 1 項に違反するか否かが争点となった最高裁平成 31 年 1 月 23 日判決³⁹⁴の鬼丸かおる裁判官及び三浦守裁判の補足意見において、国際的な状況の一つとして「2017 年（平成 29 年）、欧州人権裁判所がこれを要件とすることが欧州人権条約に違反する旨の判決」について言及している。補足意見が言及しているのは、ヨーロッパ人権裁判所の 2017 年 4 月 6 日判決である A.P., GARÇON AND NICOT v. FRANCE 事件である³⁹⁵。同事件では、フランスが、出生証明書の性別表記の変更のために「外観の不可逆的変更」（生殖能力喪失又はその蓋然性の高い手術を受けること）を要件とすることは、ヨーロッパ人権条約 8 条に違反するとされた。

補足意見においてヨーロッパ人権裁判所の判例が言及されたことについて、最高裁とヨーロッパ人権裁判所との間には裁判官対話が存在すると評価するものもある³⁹⁶。また、補足意見がヨーロッパ人権裁判所の判例に言及しながら、ドイツ連邦憲法裁判所の判決に言及していないことについては、一国の判決であるドイツ連邦憲法裁判所判決より、「ヨーロッパのほぼ全ての国が加盟している」ヨーロッパ人権裁判所判決を重視しているからであると評価するものもある³⁹⁷。最高裁は、2008 年の国籍法違憲判決において、多数意見において初めて自由権規約と子どもの権利条約の名前に言及し、2013 年の非嫡出子相続分差別違憲決定では、条約機関の勧告に言及している。しかし、最高裁判決においてヨーロッパ人権裁判所の判例が言及されたのは、本件が初めてであり、重要な変化であると言える。

②ヨーロッパ人権裁判所の判例が最高裁判決に影響を与えた事例

非嫡出子相続分差別規定違憲決定では、フランスにおいて、非嫡子の相続に関する差別が撤廃されたことについて言及されているが、フランスの法改正は、ヨーロッパ人権裁判所の MAZUREK v. FRANCE 判決によりもたらされたものであった³⁹⁸。この事実から、「ヨーロッパ人権裁判所の判決がフランスの法改正を導き、それが日本の最高裁大法廷決定へ、更に同決定を受けた 2013 年 12 月 11 日の民法改正へとつながっている」との評価されている³⁹⁹。また、元最高裁判事であった千葉勝美は、同決定の際に重要な要素としてこの判決を検討した旨を述べている⁴⁰⁰。

③ヨーロッパ人権裁判所が最高裁判例を参照した事例

ロシア政府による宗教団体に対する解散・活動禁止命令がヨーロッパ人権条約に違反するとした 2010 年の JEHOVAH'S WITNESSES OF MOSCOW AND OTHERS v. RUSSIA

³⁹⁴ 民集 261 号 1 頁。

³⁹⁵ A.P., Garçon and Nicot v France, Application nos. 79885/12.

³⁹⁶ 江島晶子『『グローバル人権法』の可能性—2019 年 1 月 23 日最高裁判所決定補足意見を契機として』山元一、只野雅人、蟻川恒正、中林暁生編『憲法の普遍性と歴史性：辻村みよ子先生古稀記念論集』（2019 年）日本評論社 890 頁。

³⁹⁷ 大山知康（2020 年）「性同一性障害者特例法の生殖不能要件に関する最高裁決定の検討—国際人権法の視点もふまえて」国際人権 No.31、67 頁。

³⁹⁸ Application no. 34406/97.

³⁹⁹ 泉徳治「ヨーロッパ人権裁判所との対話」xxx、小畑郁・江島晶子・北村泰三・建石真公子・戸波江二（2019 年）『ヨーロッパ人権裁判所の判例 II』、信山社。

⁴⁰⁰ 千葉勝美（2021 年）「国際人権法に対する最高裁憲法判断の今日的姿勢」国際人権 No.32、7 頁

事件では、平成12年2月9日のエホバの証人輸血拒否事件の最高裁判決を関連判例として引用されている⁴⁰¹。また、ヨーロッパ人権裁判所としても、日本の最高裁の判例に注意を払っているとされる⁴⁰²。

(3)ヨーロッパ人権裁判所の解釈手法と最高裁の解釈手法の親和性

① ヨーロッパ人権裁判所判例における評価の余地理論とコンセンサスの存否

国際人権法は、人権保障においてあくまでも補完的な役割を果たすものであり、人権保障の実施主体は、国内機関にあると理解されている。ヨーロッパ人権条約も国際人権法であり、ヨーロッパ人権裁判所自身も人権保障において、自身は補完的役割であることを判決において述べている。しかし、補完的役割にあることを強調しすぎると、国内機関において人権保障が期待出来ない状況にあるにもかかわらず、人権が保障されないという事態に陥ってしまう恐れがある。そこで、ヨーロッパ人権裁判所は、評価の余地理論により締約国の裁量を尊重しつつも、ヨーロッパのコンセンサスの存否という判断基準や権利の性質に応じて、締約国の裁量を時に狭く解釈することで、人権保障と締約国の裁量とのバランスを図っている。

評価の余地理論 (margin of appreciation) とは、「国家がヨーロッパ人権条約上の権利を制約する際に、いかなる制約を行うかについて国家に一定の裁量を認める理論」であり、同理論により「国家のとった措置が人権に対する介入となっても、国家の有する裁量の範囲内であれば、条約違反とは認定されない。」とする解釈手法である⁴⁰³。ヨーロッパ人権裁判所は、評価の余地理論を用いて、国家の裁量について判断するに当たり、コンセンサスの存否についても検討を行う場合が多い。具体的には、「条約上自明でない権利が争点となる事案において、当該権利を保障すべきというコンセンサスが当事国間に存在する場合、その権利を条約上認める発展的解釈を行う一方で⁴⁰⁴、そうしたコンセンサスが存在しない場合、その権利の保障について当事国に広い評価の余地」を与えるといった判断がなされている⁴⁰⁵。しかし、一方で、コンセンサスが存在しないと判断しながらも、権利の重要性を強調し、条約違反と判断される場合もある。LGBTの権利保障について言えば、前述した2017年の *Orlandi and Other v. Italy* 事件では、同性婚を認めていない締約国のうち国外で成立した同性婚を認める国は少ない為、コンセンサスは存在せず、当事国には広い評価の余地が認められるとしながらも、争点となっている人権が個人の存在やアイデンティティに関わるも

⁴⁰¹ Application no. 302/02, Para 88.

⁴⁰² 前掲・泉徳治「ヨーロッパ人権裁判所との対話」xxviii。

⁴⁰³ 江島晶子「評価の余地 表現の自由と道徳の保護（わいせつ物出版法による刑事追迫・押収）－ハンディサイド判決」147頁、戸波江二・北村泰三・建石真公子・小畑郁・江島晶子編集（2008年）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社）。

⁴⁰⁴ 発展的解釈とは、人権条約は、生きた文書であり、条約の起草時ではなく、現在の状況に照らして解釈されるべきとするものである。発展的解釈については、門田孝「発展的解釈 刑罰としての権棒による殴打は、条約3条に違反する－タイラー判決」戸波江二・北村泰三・建石真公子・小畑郁・江島晶子編集（2008年）『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社）、門田孝「欧州人権条約の積極主義的解釈」石川明編集（2001年）『ゲオルグ・レス教授65歳記念論文集 EU法の現状と発展』信山社を参照。

⁴⁰⁵ 吉田暁永（2021年）「人権条約発展的解釈におけるコンセンサスの役割(1)－人権の実効的保障・意思主義・補完原則の交錯－」395頁、早稲田法学会誌71巻2号。

のであることを考慮し、8条に違反するとの判断を行っている。「コンセンサスの不存在にもかかわらず権利の重要性を強調した判決を踏まえれば、裁判所は、コンセンサスの存否に反して評価の余地の幅を決定することは原則としてないが、例外的に、コンセンサスの不存在に対して権利の重要性を優先させて評価の余地を狭めることがあると言える。」のである⁴⁰⁶。

②最高裁の解釈手法

・重要な権利が争点となった際の解釈手法

最高裁は、国籍法違憲判決において、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」とし、国籍が重要な法的地位であり、子にとっては自らの意思や努力によって変えられないものであることから、慎重に検討をすべきとする。

・家族に関する権利や自由が争点となった際の国家の裁量について

最高裁は、平成25年の非嫡出子相続分差別規定違憲決定において、「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきである。」とし、家族に関する制度をどのように定めるのかは、立法府の合理的な裁量判断に委ねられているとしている。しかし、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法14条1項に違反するものと解するのが相当である。」とする。

③両者の共通点

ヨーロッパ人権裁判所は、人権保障は一次的には、締約国により行われるべきであり、自身は補完的役割にあるとし、条約違反の解釈に当たっても、締約国の裁量を尊重する傾向にある。しかし、ヨーロッパ人権裁判所は、争点となった人権の重要度やコンセンサスの存否により、締約国の裁量を狭く解釈することで、締約国の裁量と人権保障の両立を図っている。

最高裁は、一次的な人権保障の実施主体は国会や行政が主体であると考えており、広い裁量を認める傾向にある。しかし、国籍法違憲判決のように、争点となっている人権が重

⁴⁰⁶ 前掲・吉田暁永「人権条約発展的解釈におけるコンセンサスの役割(1)―人権の実効的保障・意思主義・補完原則の交錯―」402頁。

要なものである場合は、慎重な検討が必要であるとし、通常よりも厳しい審査を行う傾向にある。

この様に、両者は、自身は人権保障について一次的な役割にはないとしながらも、争点となった人権が重要なものであった場合は、国家の裁量を狭く認定し、厳しい審査基準を適用することで、人権を保障するという共通点があることが明らかとなった。

(4)小括

ヨーロッパ人権裁判所と最高裁は、交流関係にあり、その関係から判決において相互参照する関係にあることが明らかとなった。さらに、両者の解釈手法に親和性があることも明らかとなった。以上のヨーロッパ人権裁判所と最高裁の関係から、最高裁判決において、今後、ヨーロッパ人権裁判所の判例が活用される可能性が多いにあるということが言える。

10.3.2.2 下級裁判所とヨーロッパ人権裁判所

下級裁判所には、自由権規約の解釈指針としてヨーロッパ人権条約を参照する判決が存在する。

(1) 大阪高裁平成 4 年 10 月 28 日判決⁴⁰⁷

本判決は、自由権規約の解釈の補足的手段として、自由権規約委員会の見解、一般的意見、さらにヨーロッパ人権裁判所の判例等に依拠すべきことを示した上で、自由権規約 7 条、26 条を解釈している。

①事案の概要

外国人登録証明書の引替交付申請に際し登録原票等への指紋の押なつを拒否した協定永住資格を有する在日韓国人二世を外国人登録法（昭和六二年法律第一〇二号による改正前のもの）一四条違反の罪により通常逮捕した事案につき、合計五回にわたる任意出頭の求めに正当な理由なく応じなくとも逮捕の必要性はなかったとして、司法警察員による逮捕状の請求及び裁判官による逮捕状の発布が国家賠償法上違法とされた。

また、外国人登録法（昭和六二年法律第一〇二号による改正前のもの）違反の罪により通常逮捕された在日韓国人二世が提起した国家賠償請求事件において、在留外国人の指紋の押なつ義務及びその違反者に対する刑罰を定めた外国人登録法の規定は、憲法違反ないし市民的政治的権利に関する国際規約違反とはいえないが、平和条約発効による国籍離脱者及びその子孫に適用する限りでは憲法一三条、一四条、右規約七条、二六条に違反する状態だったのではないかと疑いを否定できないものであったと判示した。

②判旨

大阪高裁は、条約法に関するウィーン条約 32 条⁴⁰⁸について、「文言が曖昧であった

⁴⁰⁷ 判タ 868 号 59 頁。

⁴⁰⁸ 第 32 条（解釈の補足的な手段）前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。

(a) 前条の規定による解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合

(b) 前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合

り、条文が自己矛盾を犯しているかのように思える場合は、解釈の補助として付属的資料を用いることができる旨を規定」しており、付属的資料には、「同種の他の条約の同一又は類似の条項に関する判例法が含まれる。」とする原告の主張を受け入れ、「ヨーロッパ人権条約等の同種の国際条約の内容及びこれに関する判例もB規約の解釈の補助的手段としてよいものと解される。」とした。そして、自由権規約7条に解釈に当たり、ヨーロッパ人権委員会及びヨーロッパ人権裁判所の判例を引用した判断を行った。

(2)徳島地裁平成8年3月15日判決⁴⁰⁹

①事案の概要

本件は、徳島刑務所内で刑務所職員に暴行を受けたなどとして国家賠償請求訴訟を提起した懲役刑受刑者である原告及び右訴訟の訴訟代理人弁護士であるその余の原告らが、刑務所長によって違法に接見を妨害され、精神的苦痛を被ったとして、被告に対し、国家賠償法一条一項に基づき、慰謝料の支払を求めた事案である。

②判旨

「B規約草案を参考にして作成されたヨーロッパ人権条約がB規約一四条一項に相当する六条一項で保障している公正な裁判を受ける権利は、受刑者が民事裁判を起こすために弁護士と面接する権利をも含むものと解されており、ヨーロッパ人権裁判所において、右面接に刑務官は立ち会うことができないとの判断が下されており、これは右(c)(当事国間の関係において適用される国際法の関連規則)として、ヨーロッパ人権条約の加盟国がB規約加盟国の一部にすぎないなどの限界を有し、直ちにB規約一四条一項においても全く同一の解釈が妥当するとまでは断定できないとしても、B規約一四条一項の解釈に際して一定の比重を有することは認められよう。」

(3)高松高裁平成9年11月25日判決⁴¹⁰

本件は、徳島地裁平成8年3月15日判決の控訴審である。

①事案の概要

徳島刑務所内で刑務所職員に暴行を受けた等として国家賠償請求訴訟を提起した懲役刑受刑者である控訴人(原審原告)が、刑務所長によって違法に接見を妨害され、精神的苦痛を被ったとして、被控訴人(原審被告、国)に対し、国家賠償法1条1項に基づき慰謝料を請求した事案において、本件は、受刑者とその民事事件の訴訟代理人である弁護士との接見について、相当と認められる範囲で時間制限を緩和した接見が認められるべきであるにもかかわらず、相当な範囲で制限を緩和しなかった点に裁量権を逸脱した違法があるというべきであるとして、原判決を変更した。

②判旨

「条約法条約三一条三項(c)の『当事国間の関係において適用される国際法の関連規則』とはいえないとしても、ヨーロッパの多くの国々が加盟した地域的人権条約としてその重要性を評価すべきものであるうえ、前記のようなB規約との関連性も考慮すると、

⁴⁰⁹判時1597号115頁

⁴¹⁰判例時報1653号117頁。

条約法条約三一条三項における位置づけはともかくとして、そこに含まれる一般的法原則あるいは法理念についてはB規約一四条一項の解釈に際して指針とすることができるというべきである。」

「右ヨーロッパ人権条約についてのヨーロッパ人権裁判所の判断及び国連決議の存在は、受刑者の裁判を受ける権利についてその内実を具体的に明らかにしている点において解釈の指針として考慮しうるものと解される。」

(4)東京地裁平成 25 年 3 月 14 日判決⁴¹¹

①事案の概要

被告人は、社会保険事務所に年金審査官として勤務していた厚生労働事務官であるが、平成 15 年 11 月 9 日施行の第 4 3 回衆議院議員総選挙に際し、日本共産党を支持する目的をもって、日本共産党の機関紙である「しんぶん赤旗」を複数回配布し、もって、政党のために、人事院規則で定める政治的行為をしたとして、国家公務員法違反で起訴された事案である。

②判旨

「弁護人は、同規約を解釈適用するに当たっては、条約法に関するウィーン条約 31 条、32 条等や同規約の実施機関である規約人権委員会において採択される一般的意見等、更には、同規約と類似の規定を置くいわゆるヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が解釈基準として用いられるべきである旨主張するが、当裁判所も、基本的には、これを是とするものである。」

「弁護人は、ドイツのニーダーザクセン州において政治的活動に積極的に従事していた公務員が、ドイツ基本法への忠誠義務違反に当たるとして懲戒解雇された事件に関し、ヨーロッパ人権裁判所が、公務員の活動を規制する目的が正当であったとしても、その目的を達成するために実際とられた措置との均衡を失っていると判断して、ヨーロッパ人権条約 10 条（自由権規約 19 条と同じ表現の自由に関する規定）に違反すると認定した例を挙げ、本件が自由権規約 19 条に反することは明らかであると主張する。しかしながら、弁護人が主張する上記事例は、当該公務員が解雇処分という重い処分を受けたというものであり、ヨーロッパ人権裁判所もこうした事情を重視したと思われるところ、本件は、懲戒処分ではなく刑事罰の適用が問題となっているとはいえ、検察官の求刑においてすら罰金刑にとどまっているのであるから、上記事例と事案の内容自体明らかに差異があるといわざるを得ず、こうした裁判例等をそのまま本件に当てはめて論じることは相当地でないというべきである。」

(5)小括

下級審判決には、以上で検討した通り、自由権規約の解釈に当たり、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を解釈指針としているものが複数あることが確認出来た。その数は、決して多いとは言えないものの、国内裁判所において、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が解釈指針とされることが皆無ではないということが

⁴¹¹LEX/DB 文献番号 25480688。

明らかとなった。

10.4 ヨーロッパ人権裁判所と日本

10.4.1 ヨーロッパ人権裁判所の日本への影響

ヨーロッパ人権裁判所と日本との関係及びその影響について、以下の点が明らかとなった。

第一に、ヨーロッパ人権裁判所とヨーロッパ人権条約の締約国の間には、法廷外及び法廷内の対話が存在し、相互に影響を与えあっていることが明らかとなった。ヨーロッパ人権条約の締約国には、前述したとおりヨーロッパ諸国の大半が含まれている。最高裁は、これまでその判決において度々ヨーロッパ諸国の立法状況を参照している。よって、ヨーロッパ人権条約の締約国から影響を受けている日本は、ヨーロッパ人権条約の締約国というアクターを介して間接的にヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例の影響を受けると言える。

第二に、ヨーロッパ人権裁判所と自由権規約委員会の間にも対話があることが明らかとなった。そして、性的マイノリティの人権に関するヨーロッパ人権裁判所の判例の質及び量から、自由権規約の解釈において、その判例を参照することは大いに意義があり、ヨーロッパ人権裁判所の判例の性的マイノリティの人権の保護という方向性は、自由権規約委員会と異なるものではないことが明らかとなった。

よって、自由権規約委員会というアクターを介して、日本は、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例の影響を受けるということが明らかとなった。

第三に、ヨーロッパ人権裁判所と日本については、国会及び裁判所との間に対話があることが明らかとなった。特に、最高裁とヨーロッパ人権裁判所には、法廷外の裁判官対話と法廷内での裁判官対話が存在することが確認され、両者のつながりが存在することが証明された。また、下級裁判所においても、ヨーロッパ人権裁判所の判例を参照するものがあることが、明らかとなった。

よって、ヨーロッパ人権裁判所と日本の間には、立法及び司法の場において、対話が存在することが明らかとなった。

以上のことから、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例は、ヨーロッパ人権条約の締約国及び自由権規約委員会というアクターを通して、日本に間接的に影響を及ぼすとともに、司法の場においては、裁判官対話により直接的に影響を及ぼしているという事実が確認された。

10.4.2 ヨーロッパ人権裁判所の判例の位置づけと活用方法について

前述したとおり、ヨーロッパ人権裁判所の判例は、間接的に時に直接的に、日本に影響を及ぼしている。それでは、国内裁判所はヨーロッパ人権裁判所の判例を検討すべきなのだろうか。そして、検討すべきである場合、何故、検討すべきと言えるのだろうか。検討すべきである場合、具体的にどのように、検討すべきなのだろうか。

(1) ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例の位置づけ

自由権規約の様に、日本が締結している条約の場合、その適用方法については議論のある

ところであるものの、憲法 98 条 2 項により、「誠実に遵守することが必要」とされる。しかし、日本は、ヨーロッパ人権条約を批准しておらず、ヨーロッパ人権条約は、「日本国が締結した条約」ではない。それでは、国内裁判所がヨーロッパ人権条約やヨーロッパ人権裁判所の判例を参照しようとした場合、それを裏付けるものとは何であろうか。

また、国内裁判所からすれば、如何に性的マイノリティの人権に関連してヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が精緻で質量ともに圧倒的な存在であるとしても、国内法の枠組みの中でそれらを位置づけることなしには、容易には活用することが出来ないだろう。

そこで、ここでは、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を国内法の枠組みの中に位置づけることを試みたい。

①説得的権威として参照⁴¹²

松田浩道は、国際法の適用について、「従来の『直接適用』・『間接適用』二分論ではなく、(1)狭義の直接効果(direct effect),(2)裁判規範としての効力、(3)説得的権威(persuasive authority),という3種類の枠組み」によって整理すべきであるとする。

そして、松田浩道は、近年盛んに議論がされている「グローバルな法律家共同体」の議論に着目し、「説得的権威」への参照を基礎づける。

「グローバルな法律家共同体」とは、「国際法や国内法という伝統的な枠組みに収まるものではなく、専門知の正統化根拠に基づく司法間対話(judicial dialogue)によって生成されつつある共同体(community)」と位置づけられ、「各国の裁判所、各種の国際裁判所、国際機関の法的文書は、拘束的な先例(persuasive authority)としてではなく、説得的権威(global jurisprudence)として相互に参照され、グローバルな判例法理(global jurisprudence)」を形成しつつあるとされ、「その射程は欧米のみならず既にアジア、アフリカにも及んでおり、特に人権分野において世界各国に広がっている」とされる⁴¹³。そして、国際規範の参照を位置づけるものは、「法的拘束力を基礎づける『法源』としてではなく、法的拘束力とは異なる対話原理によって国際規範に対する参照を位置づける点」で後述する山元一のトランスナショナル人権法源論と区別されるとされる⁴¹⁴。

松田浩道は、「裁判所の機関適性や民主的正統性といった観点からの懸念」が生じ得る為、説得的権威を用いる際には、「なぜその文書に対し、その文脈において引用することが意味を持つのか、これまで以上に丁寧な説明を加えてゆくべき」であるとする⁴¹⁵。

よって、仮に、ヨーロッパ人権裁判所は、各種の国際裁判所として位置づけられ、その判例は説得的権威として参照する為には、丁寧な説明が必要とされることとなる。なお、松田浩道は、前述した最高裁平成 31 年 1 月 23 日判決の様におけるヨーロッパ人権裁判所判例の参照の仕方は、「裁判所の機関適性の観点からも、妥当な言及の仕方と評価できる」としている⁴¹⁶。

⁴¹² 松田浩道(2020年)「国際法と憲法秩序 国際規範の実施権限」東京大学出版会。

⁴¹³ 前掲・松田浩道「国際法と憲法秩序 国際規範の実施権限」211頁。

⁴¹⁴ 前掲・松田浩道「国際法と憲法秩序 国際規範の実施権限」210頁。

⁴¹⁵ 前掲・松田浩道「国際法と憲法秩序 国際規範の実施権限」213頁。

⁴¹⁶ 前掲・松田浩道「国際法と憲法秩序 国際規範の実施権限」213～214頁。

②トランスナショナル人権法源論

山元一の「トランスナショナル人権法源論」は、従来の「拘束的根拠」（その文言が当該事案に対して直接に適用される法的ルール）と「説得的根拠」（当該事案に適用されるわけではないが、当該事案の解決の参考となる法的ルール）の二分論そのものを相対化させ、「人権先進各国の憲法判例や国際人権規範を総体として『憲法的財産(partrimoine constitutional)』として一括的に観念し、人権法解釈のための法的基準として受け止めるものと理解される⁴¹⁷。そして、「人権法源内部でひとまずは憲法が国際人権規範に優位するが、その上でなお（下位法（条約）による上位法（憲法）の内容具体化）という思考が可能か否かについて、類型的考察の必要性を主張する。」とされる。

さらに、山元一によれば、「従来『説得的権威』として位置づけられてきた法の中には、それでも『拘束的権威』にも還元できない『影響的権威』と呼ぶべき別異の法カテゴリーの存在を認めなくてはならない。」とし、「当該ルールが『法的効力(force)』を有しないとしても、『影響的権威』として当該事案の解決に『効果(effect)』を及ぼすことを承認しなければならない。」とされる⁴¹⁸。そして、「『影響的権威』は『義務的性格を有する(mandatory)』なのであって、それが直接に権利や義務を創設することができないとしても、また法的推論の結論を左右するとは限らないとしても、裁判所がそれを無視する際には、『説得的権威』を無視する場合とは異なった法的批判が行われるべきことととされる。」とし、この見地からすれば、「条約が創設した機関が規範形成を行った法的要請（自由権規約委員会による『懸念の表明』や『法改正の勧告』）を『事実問題』に押しやるのではなく、『義務的性格を有する』『影響的権威』のひとつとして処遇しなければならないであろう。」とする⁴¹⁹。

トランスナショナル人権法源論によった場合、日本が締結していないヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例は、「拘束的権威」とは呼べないものの、「説得的権威」又は義務的性格を有する「影響的権威」として用いることも可能となり得るだろう。

③自由権規約の解釈の補助・指針として

前述した大阪高裁平成4年10月28日判決のように、条約法に関するウィーン条約32条の「解釈の補助」としてヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を用い、自由権規約を解釈する方法が考えられる。また、前述した高松高裁平成9年11月25日判決の様に解釈指針とする方法も考えられる。

(2)ヨーロッパ人権裁判所の判例を国内裁判所において如何に活用するか

(1)では、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例の位置づけについて論じた。ここでは、それぞれの位置づけについて検討を行う。

⁴¹⁷ 山元一（2011年）「憲法解釈における国際人権規範の役割—国際人権法を通してみた日本の人権法解釈論の方法論的反省と展望—」国際人権No.22、38頁。

⁴¹⁸ 山元一『『国憲的思惟』vs『トランスナショナル人権法源論』』山元一・横山美夏・高山佳奈子編（2018年）『グローバル化と法の変容』、日本評論社、13頁。

⁴¹⁹ 前掲・山元一『『国憲的思惟』vs『トランスナショナル人権法源論』』14頁。

まず、①について検討する。対話原理により国際規範の参照を位置づけるという点は、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が日本に影響を及ぼしているという事実と親和的である。ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を参照することを説得的に主張することが出来れば、国内裁判所に受け入れられる余地があるように思われる。また、

次に、②について検討する。山元一は、義務的性格を有する「影響的権威」の例として、自由権規約委員会による「懸念の表明」や「法改正の勧告」を挙げる。ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例が、「説得的権威」であるのか「影響的権威」であるのかは判然としないが、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例がいずれかに当てはまることを証明することが出来れば、国内裁判所に受け入れられる余地もあるように思われる。

最後に、③について検討する。自由権規約は日本が締結した条約であり、国内裁判所において自由権規約を適用することについては、何ら問題はない。そして、ヨーロッパ人権条約を条約法に関するウィーン条約32条の「解釈の補助」とし、自由権規約を解釈指針とすることは、下級裁判所においても前例があることから、国内裁判所においても受け入れやすいと思われる。

よって、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を国内裁判所において活用する方法としては、③が妥当であり、③を採用する根拠として、①又は②を用いるということが、有用なのではないかと思われる。その際に最も理想的なことは、人権条約を単なる事実問題に押しやらない形で参照されることなのは、言うまでもないことであるが、最高裁を始めとする国内裁判所は、消極的な態度を示しており、越えるべきハードルは未だ高いと言わざるを得ない。しかし、最高裁令和3年6月23日判決⁴²⁰、いわゆる選択的夫婦別氏訴訟における宮崎・宇賀反対意見では、憲法違反を根拠づける有力な事実として女性差別撤廃委員会の勧告が用いられている。よって、同反対意見の様に、人権条約機関の勧告等を補強するものとしてヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を用いるという道もあるように思われる。

11 第2部のまとめ 国際人権法及び諸外国における同性カップル

「8 国際人権法における同性カップル」での検討を通して、以下の点が明らかとなった。

まず、条約機関については、①自由権規約委員会は、法の前の平等を定める自由権規約26条の「性別」に「性的指向」が含まれるとされていること、②自由権規約委員会は、異性カップルに認められる遺族年金等の権利を同性カップルについても認めるべきであるとしていること、③条約機関により一般的意見及び一般勧告において、性的指向に基づく差別は許されないことが示されていること、④日本に対する改善勧告では、性的指向に基づく差別に対する懸念、同性カップルの関係を法的に承認するようとの勧告がなされていること、⑤性的指向を理由とする難民申請をするものを送還することが条約違反とされている、ことが明らかとなった。

⁴²⁰判例タイムズ1488号94頁。

次に、ヨーロッパ人権裁判所の判例からは、①性自認及び性的指向は、14条の「他の地位等 (other grounds)」に含まれるとされていること、②性的指向による差別は、人種、出自又は肌の色と同等の深刻なものであるとされていること、③ヨーロッパ人権裁判所の判例が、家族生活の尊重を定めるヨーロッパ人権条約8条及び差別の禁止を定める14条を適用し、性的マイノリティ、同性カップルに対する差別を条約違反とする判断をしていること、④同性カップルの関係は、ヨーロッパ人権条約8条の「家族生活」に該当するとされていること、⑤同性カップルの関係をパートナーシップ制度等により法的に承認することは、国家の義務であること、⑥①ないし⑤から、入管法においても同性カップルの関係が保障されるべきであること、が明らかとなった。

「9 諸外国における同性カップル」からは、①西欧諸国を中心に同性婚又はパートナーシップ制度等により、同性カップルの関係が法的に承認されており、その数は増加傾向にあること、②性的指向に基づく差別を憲法又は法律で禁止している国が、相当数あること、③平等原則違反と判断することで、司法が主導となり同性婚が法制化された国があること、が明らかとなった。

以上の明らかとなった事柄から、①国際人権法では、「国家は同性カップルを『家族』として承認し、何等かの法的保障を与える義務を負う、というのが現在の国際人権法の義務に関する解釈⁴²¹」として定着していること、②国際的にも、同性カップルの関係を法的に承認する傾向にあること、③同性婚が法制化されていないことが、平等原則違反とされ違憲の判断が示されていること、が言える。

「10 ヨーロッパ人権裁判所の判例を検討する意義」では、以下の点が明らかとなった。ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例は、ヨーロッパ人権条約の締約国及び自由権規約委員会というアクターを通して、日本に間接的に影響を及ぼすとともに、司法の場においては、裁判官対話により直接的に影響を及ぼしているということが明らかとなった。

そして、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を国内裁判所において活用する方法としては、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ人権裁判所の判例を説得的権威とみなし、ヨーロッパ人権条約を条約法に関するウィーン条約32条の「解釈の補助」とする、もしくは自由権規約の解釈指針とする方法が、下級審判決においても前例があることから、国内裁判所においても受け入れやすく、最も有用であるということである。

⁴²¹谷口洋幸「LGBT/SOGIに関する国際判例の変遷」21頁以下、LGBT法連合会編（2019年）『日本と世界のLGBTの現状と課題』かもがわ出版。

終章

12 出入国管理行政及び入管法において同性カップルは如何に扱われるべきか

12.1 出入国管理行政及び入管法において同性カップルは異性カップルと同等に扱われるべきである

(1)国内法、国内判例及び裁判例、国際人権法及び諸外国の状況の検討から得た知見

「第1部国内法、国内判例及び裁判例」で国内法及び国内判例を検討した結果、①国内に性的マイノリティが実態として存在し、異性カップルと同じように、親密な関係にある同性カップルが国内に居住しているが、関係が法的に承認されていない為、様々な不利益を受けていること、②入管法、入管実務、入管法関連判例において、同性カップルが異性カップルと異なる扱いを受けていること、③憲法学説、民法学説、その他の社会的状況及び国民の意識等において、同性カップルの権利を保障すべきであるとの考えが出現しており、それが一定程度定着していること、④下級審判決において、同性カップルの権利を保障するものが現れていること、が明らかとなった。

「第2部 国際人権法及び諸外国の状況」で国際人権法及び諸外国の状況を検討した結果、①国際人権法では、「国家は同性カップルを『家族』として承認し、何等かの法的保障を与える義務を負う」という考えが定着していること、②諸外国において同性婚が法制化されるなど、国際的にも、同性カップルの関係を法的に承認する傾向にあり、その傾向は拡大中であること、③アメリカや台湾では、同性婚が法制化されていないことが、平等原則違反とされ違憲の判断が示されていること、④ヨーロッパ人権裁判所の判例は様々なアクターを通して、日本に影響を及ぼすものであり、自由権規約の解釈指針とするなどして、国内裁判所において活用することが可能であること、ということが明らかとなった。

(2) 同性カップルを憲法上如何に解釈すべきか

これまでの検討で得た知見をもとに、同性カップルを憲法上如何に解釈すべきであるかを論じる。

ここで改めて、日本国籍と外国籍の者からなる同性カップルが置かれている状況を確認する。

日本の法制度等においては、かつての諸外国の様に同性愛関係は刑事罰の対象となっておらず、同性カップルがお互いをパートナーとして選択し、人生を共に生きて行くことは、法律等において禁止されていない為、消極的自由が保障されている状態にあると言える。

しかし、日本国籍と外国籍の者からなる同性カップルの場合、日本国籍同士の同性カップルとは、状況が異なる。外国籍の同性パートナーが本邦に在留する為には、在留資格が必要不可欠であり、その在留資格も長期の在留が認められるものではないと、同性カップルとして安定した関係を維持していくことは出来ない。しかし、民法及び戸籍法において同性カップルに法律婚が認められていない為、入管法、入管実務及び国内において、同性パートナーとして在留資格が認められることは、ほぼない状況にあることについては前述したとおりである(6.2 入管法における同性カップル、6.4 入管法判例における性的マイノリティ、6.5 入管実務における同性カップル)。

この状況を打開するには、民法及び戸籍法において同性カップルに対し法律婚が認めら

れていないことが、憲法 13 条、24 条、14 条に違反することを証明し、入管法及び入管実務において、異性パートナーと同様にパートナーとして在留資格が同性パートナーにも、認められねばならないことを証明する必要がある。

そこで、結婚の自由をすべての人に訴訟において提出された渋谷秀樹及び駒村圭吾の意見書の判断枠組みを参考に、本博士論文の「第 1 部 国内法及び国内判例」、「第 2 部 国際人権法及び諸外国の状況」での検討により得た知見をもとに、証明を試みる。

①憲法 13 条について

憲法 13 条の後段が、いわゆる包括的基本権としての幸福追求権を保障するものと解する点で学説は一致しており、幸福追求権の保護範囲については、人格的利益説及び一般的自由説のいずれを採用したとしても、人生を共に生きて行くパートナーとして同性を選択することは、自己決定権によるとされることについては、前述したとおりである（4.1.4 憲法 13 条と同性カップル）。よって、同性をパートナーとして選択し、人生を共に生きて行くことを決定することは、自己決定権として、憲法 13 条により保障されることとなり、同性パートナーと共に生きて行く自由が保障される。

しかし、同性をパートナーとして選択し、人生を共に生き、その関係を安定したものにするには、その関係の形成維持を禁止又は干渉を受けないという消極的自由だけでは不十分であり、その関係が法的に承認され、法的承認により生じる各種の権利義務、利益が認められなどの法的保護が与えられることが重要となることも前述したとおりである（2.1 性的マイノリティ及び同性カップルの実態について、(3)同性カップルの関係が法的に承認されないことによる不利益）。

よって、憲法 13 条により、同性カップルの関係が法的に承認されることを請求することが可能か否かが問題となる。

この点について、駒村圭吾は、「そのような公的承認と法的保護を与えられた人的結合関係を『婚姻』と呼ぶならば、親密な人的結合の自由（結婚の自由）は、『婚姻』という形式によって承認と保護を求めることができる請求権的な含意も有するはずである（「適切な婚姻制度を求める権利」）。幸福追求権が包括的基本権条項である以上、自由権に並んで、かかる請求権的な保護を提供し得ることは言うまでもない。」⁴²²とし、憲法 13 条により請求することが可能であるとする。そして、「このような理路で、13 条の幸福追求権の結婚・家族形成の領域における発現として、① 親密な人的結合の自由、② 適切な婚姻制度を求める権利、のふたつが導き出される。そして、後者は婚姻という法的制度が問題になる以上、それを固有の管轄とする 24 条 2 項の規律を受けることになる。」⁴²³とする。

よって、憲法 24 条において、同性カップルの関係が法的に承認されるか否かが検討されることとなる。

⁴²² 駒村圭吾（2020 年）「憲法 24 条 2 項についての意見書」3 頁
<https://www.call4.jp/file/pdf/202103/bf0980bee53168cfe5c88ef289f7559a.pdf>（最終アクセス令和 4 年 9 月 27 日）

⁴²³ 同書。

②憲法 24 条について

・同性婚は禁止されているのか

憲法 24 条 1 項は、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立」するとする。

「両性」という文言から、憲法 24 条が同性婚を禁止しているとする学説があることは前述したとおりであるが（4.1.2 憲法学説における同性カップルについて、(1)憲法上、同性婚は禁止されているとするもの）、日本国憲法制定時に、「同性婚は議論の俎上にすらのぼっていない。当時それは想定外の事柄であり、それゆえに議論されなかったと推察される。」ことから⁴²⁴、制憲者が同性婚は憲法上禁止されることを強く意識していたとは言えないだろう。よって、同性婚が憲法上禁止されることには解釈上無理があると思われる。また、憲法学説でも禁止されるとするものも少数であり、国内判例においても、同性婚が禁止されているとするものは見当たらない。よって、憲法上、同性婚は禁止されていないと解釈すべきである。

・24 条の「婚姻」に同性婚は含まれるのか

前述したとおり、憲法学説上は、24 条の「婚姻」に同性婚が含まれるのか否かについて、同性婚は含まれないと解する学説が多く、「現時点で、憲法が同性婚を異性婚と同程度に保障しなければならないと命じているわけではないとの理解が大方のところと思われる。」とされていることも前述したとおりである⁴²⁵。

しかし、筆者は、本博士論文での検討の結果、憲法 24 条の「婚姻」には同性婚が含まれ、同性カップルの関係は法的に承認されるべきであるとする渋谷秀樹の解釈が妥当であるとの結論に至った⁴²⁶。

渋谷秀樹は、憲法 24 条 1 項は、「男性と女性との婚姻を禁止する法律を作ってはならない」とする禁止命題であると同時に、「男性と女性との婚姻を整序する法律を作ること」を命じる下命命題であるとし、「憲法制定当時は同性間の婚姻を想定していなかったと思われ、同性間の婚姻を明確に排除していると断定することはできない。」とし、この 24 条の命題の性質の理解は、憲法制定当時の理解にすぎないとする⁴²⁷。そして、渋谷秀樹は、諸外国の動向が同性婚の承認にあること、日本における意識調査で同性婚賛成の割合が過半数であること、医学上・心理学上の知見の変化、を指摘し、「それまでの憲法 24 条 1 項の同性婚に対する態度は空白としかいいようがなく規範命題としての性質はあいまいであったが、現時点において、同項は、世界の動向、国民意識、そして医学上・心理学上の知見に支えられて下命命題としての位置づけを獲得した」とし、Obergefell 判決が出された 2015 年には、同性婚の法的承認は、許容命題から下命命題へ変化を遂げたとする⁴²⁸。

⁴²⁴ 前掲・渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第 3 部【第 3 回】憲法理論からみた同性婚の省察」107 頁。

⁴²⁵ 前掲・川岸令和「§ 24【家族生活における個人の尊厳と両性の平等】」、510 頁。

⁴²⁶ 前掲・渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第 3 部【第 3 回】憲法理論からみた同性婚の省察」。

⁴²⁷ 前掲・前掲・渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第 3 部【第 3 回】憲法理論からみた同性婚の省察」106～107 頁。

⁴²⁸ 前掲・前掲・渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第 3 部【第 3 回】憲法理論からみた同性婚の省察」111 頁。

筆者としては、渋谷の見解に賛成であるが、渋谷が指摘した立法事実の変化を裏付けるものとして、以下の点を付け加えたい。

第一に、本博士論文の「第1部国内法及び国内判例」で明らかとなった①同性婚を可能とする法律案の提出、②地方公共団体のパートナーシップ制度、③国内判例における同性カップルの権利を保障する動き、である。

第二に、「第2部 国際人権法及び諸外国の状況」で明らかとなった①日本が批准する自由権規約等の各種人権条約及び自由権規約委員会をはじめとする人権条約機関において性的指向による差別は認められず、同性カップルの関係が承認されるべきとされていること、②自由権規約の解釈の際に参照すべきであるヨーロッパ人権裁判所の判例においても、性的指向による差別は、人種、出自、肌の色と同等な深刻なものであり、厳しい審査がされること、である。

③憲法14条について

前述したように、異性カップルと同様に、憲法24条の「婚姻」に同性カップルも含まれると解されるにも関わらず、民法及び戸籍法は、異性カップルのみを法律婚の対象としており、同性カップルは性的指向により異性カップルと異なる扱いを受けている。

よって、性的指向による本件区別が、憲法14条に違反しないか否かが検討されねばならない。

前述したように、性的指向を憲法14条において如何に扱うかについては、議論の途上であり、通説の形成には至っていないのが現状である(4.1.3 憲法14条と同性カップル)。筆者としては、性的指向を憲法14条の「性別」と解釈し、厳格審査によるべきであるとする渋谷秀樹の見解に賛同したい⁴²⁹。以下、検討を行う。

・「性的指向」を如何に位置づけるか

渋谷秀樹は、「性別」と解釈する根拠について、24条2項及び憲法制定時の諸案の「両性の本質的平等」の英文が「the essential equality of the sexes」となっており、1項の両性の英文の「both sexes」ではないことに着目する。そして、「2項全体の文脈からは『性』による差別禁止をいわんとする規定であるが、その中に、後述するように「性指向」による差別禁止が読み取れないわけでもない。」とし、自由権規約委員会の *Toonen v. Australia* 事件で自由権規約2条及び26条の「sex」に「sexual orientation」が含まれると解釈されたことを挙げる。

性的指向を「性別」と解釈する根拠として自由権規約委員会の見解が挙げられているが、自由権規約は、日本が批准している条約であり、24条の解釈において参照することに何ら問題はないのであるから、性別の中に性的指向を盛り込む根拠になり得る。

⁴²⁹ 前掲・前掲・渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第3部【第3回】憲法理論からみた同性婚の省察」105頁。

・審査基準について

「性別」は14条1項の後段列挙事事項に当たり、14条解釈の有力説によれば、「列挙事項に係る別異の取り扱いについては、原則違憲となり、政府が正当化のための理由を説得的に提示する必要がある」とされる⁴³⁰。さらに、有力説によれば、「立法目的がやむにやまれぬ規制利益を促進するものであり、当該目的を実現するために選択された手段が目的達成のために必要不可欠であることを政府が主張し証明しなければならない厳格審査か、あるいは、立法目的が重要なものであり、立法手段が当該目的との間に事実上実質的関連性があることを政府が主張し証明しなければならない中間審査かが採用される」とされる⁴³¹。

ヨーロッパ人権裁判所は、性的指向による区別に対して、厳格な審査によることとから、自由権規約の解釈においても、ヨーロッパ人権裁判所の判例を参照することで、厳格な審査を根拠づけることも可能であると思われる。

国内裁判所に目を転じると、最高裁は、国籍法違憲判決で示した様に、争点となっているのが重要な権利利益であると認めた場合は、厳しい審査を行うことについては、前述したとおりである(5.1.2 最高裁判例の考慮要素について)。また、前述した結婚の自由をすべての人に訴訟の札幌地裁判決は、性的指向が憲法14条の「性別」に含まれるとはしていないが、「自らの意思に関わらず、決定される個人の性質であるといえ、性別、人種などと同様」と評価し、「真にやむを得ない区別取扱いであるか否かの観点から慎重にされなければならない」とし、厳格な審査を行っている。

よって、憲法学説の有力説、ヨーロッパ人権裁判所の判例、国内裁判所の判例から、厳格審査を行うことは、妥当であると思われる。

④結論

性的指向を憲法14条1項の「性別」と解釈し、以下では厳格審査を行う。

厳格審査では、「立法目的がやむにやまれぬ規制利益を促進するものであり、当該目的を実現するために選択された手段が目的達成のために必要不可欠であることを政府が主張し証明しなければならない」とされている。

民法739条及び戸籍法74条1号等の規定が異性カップルの関係にのみを法律上の婚姻としていることについて、東京地裁で係争中の結婚の自由をすべての人に訴訟において国は、本件規定の立法目的について、「伝統的に、婚姻は、生殖と密接に結び付いて理解されてきておりそれが異性間のものであることが前提とされ現行民法における婚姻も、我が国の従来慣習を制度化したものであって、男女間のものであることが前提とされていたのであり、本件規定の目的は、一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにありと解される。」と説明している⁴³²。

⁴³⁰ 川岸令和「§14【法の下での平等、貴族の禁止、栄典】」長谷部恭男編(平成29年)『注釈日本国憲法(2)国民の権利及び義務(1)』有斐閣、172頁

⁴³¹ 同書173頁。

⁴³² 被告第6準備書面34～35頁

国の主張する本件規定の目的は、「一人の男性と一人の女性が子を産み育てながら共同生活を送るという関係に対して特に法的保護を与えることにある」が、本立法目的がやむにやまれぬ規制利益を促進するものであったとしても、その目的を達成するために異性カップルの関係に対してのみ法的承認を与えるという手段は、必要不可欠であるとは言えない。

よって、本件規定は、憲法 13 条、24 条及び 14 条 1 項に違反する。

入管法の在留資格「日本人の配偶者等」の「配偶者」とは、法律上有効な婚姻によることを要件としているが、現行民法及び現行戸籍法が憲法 13 条、24 条及び 13 条に違反している以上、「日本人の配偶者等」の配偶者から同性パートナーを除くことは、憲法 13 条、24 条及び 14 条 1 項に違反する。

12.2 具体的な方策について

入管法において、同性カップルは、異性カップルと同等に扱われるべきであることが論証されたわけであるが、具体的な方策について、検討を行う。

具体的な方策としては、(1)現行法の枠内で対応する、(2)同性婚の法制化により在留資格「日本人の配偶者等」で対応する、ことが考えられる。以下で、各方策について、詳述する。

(1) 現行法の枠内で対応する

・在留資格「定住者」として対応する

外国籍の者が本邦に在留するためには、入管法 2 条の 2 第 1 項により、在留資格が必要となる。よって、外国籍の同性パートナーが、本邦に在留するためには、在留資格が必要不可欠となる。しかし、「6 入管法における同性カップル」において検討したとおり、現行入管法には、同性カップルを対象とした在留資格は存在しない。それでは、同性カップルが本邦で共に暮らしていくことを望んだ場合、どうすればよいのだろうか。

入管法の在留資格は、入管法別表第一別表第二に大別される⁴³³。別表第一の在留資格は、「特定の目的のための短期間の滞在者及び一定の経済的、社会的活動を行うために本邦において生活する外国人を対象としている」ため、そもそも長期間の滞在を想定していない⁴³⁴。別表第二の在留資格は、「一定の身分や地位を有する者として本邦に居住する外国人を対象とすることから、活動の観点よりも身分や地位の継続性や身分や地位に基づく在留の必要性の観点からの管理に重点が置かれている」とされる⁴³⁵。別表第一の在留資格の場合、その活動が終了すれば、在留資格は失われることとなる。よって、例えば、病気や失職などの為にその活動の継続が困難となった場合、在留資格は失われてしまう。しかし、別表第二

<https://www.call4.jp/file/pdf/202205/25d08c7a80a9b6ed1fea0f352c7ece92.pdf>（最終アクセス令和 4 年 9 月 28 日）。

⁴³³ 別表第一の在留資格には、外交、公用、教授、芸術、宗教、報道、高度専門職、経営・管理、法律・会計業務、医療、研究、教育、技術・人文知識・国際業務、企業内転勤、介護、興行、技能、特定技能、技能実習、文化活動、短期滞在、留学、研修、家族滞在がある。別表第二の在留資格は、永住者、日本人の配偶者等、永住者の配偶者等、定住者がある。

⁴³⁴ 出入国管理法研究会編著（2021 年）『第 2 版 入管関係法大全 立法経緯・判例・実務運用』（日本加除出版）6 頁。

⁴³⁵ 同書。

の場合、身分や地位による在留資格であるため、別表第一より安定的な在留資格であると言える。

外国籍の同性パートナーは、別表第一の在留資格により、本邦に在留をしている場合がほとんどである。しかし、前述したとおり、別表第一の在留資格は、安定的であるとは言えない。病気や失職などにより、在留資格を失い本邦を離れざるを得なくなってしまう。これでは、同性カップルとして長期的に安定的に本邦に在留することは出来ない。よって、長期的に安定的に本邦に在留することを可能とする別表第二の在留資格を取得することが望ましい。

別表第二の在留資格は、法務大臣が永住を認めた者である「永住者」、日本人の配偶者等を対象とした「日本人の配偶者等」、永住者の配偶者等を対象とした「永住者の配偶者等」、法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者である「定住者」がある。

「永住者」は取得の要件が厳しく取得するのが困難である。また、「日本人の配偶者等」及び「永住者の配偶者等」は、法律婚を要件としており、婚姻届けを受理されない同性カップルは、その要件を満たすことは出来ない。よって、同性パートナーが取得する可能性が最も高いのは、在留資格「定住者」ということになる。

在留資格「定住者」は、「法務大臣が特別な理由を考慮し」与えられる。「『特別な理由を考慮し』と定められているのは、個々の外国人に係る個人的事情その他の事情に基づき、法務大臣がその外国人の上陸又は在留を許可することを相当とする特別な理由があると認める場合に、その事情を考慮して創設することとするものである。」とされる。よって、個々の事情により、定住者の在留資格が認められる余地があり、同性パートナーにも認められる可能性がある。実際、「6.5 入管実務における同性カップル」において示した台湾人男性及び性同一性障害の同性パートナーは、在留資格「定住者」が認められている。

以上のことから、現行法の枠内では、同性パートナーに対し、在留資格「定住者」を認めるべきであるということが言える。

・訴訟における立証について

具体的な訴訟において、在留資格「定住者」を求める際は、内縁の異性カップルと同等であると主張することも可能であると思われる。同性カップルを内縁又は内縁と準じた関係とみなすことについては、民法、社会保障法の分野の研究者によって主張されており⁴³⁶、国内判例においても、「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」が認められるとして同性カップルを内縁に準じた関係とみなしたものがある⁴³⁷。さらに、婚姻をしていない異性カップルに対して、「両者の関係が、両性が永続的な精神的

⁴³⁶ 民法においては、二宮周平「同性パートナーシップの公的承認」二宮周平編（2017年）『性のあり方の多様性：一人ひとりのセクシュアリティが大切にされる社会を目指して』が、社会保障法においては、増田幸弘（2017年）「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—」社会保障法研究第7号115頁などがある。

⁴³⁷ 令和1年9月18日宇都宮地方裁判所真岡支部判決。

及び肉体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むという婚姻の本質に適合する実質を備えていると認められる場合には、当該外国人に在留特別許可を付与するか否かの判断に当たっても、そのような事実は重要な考慮要素として斟酌されるべき⁴³⁸」として内縁関係にある異性パートナーに対し在留特別許可を認めるべきとしたものがあるとした国内判例がある。

以上の点から、同性カップルを内縁又は内縁に準じた関係として、同様の状況にある異性カップルと同様に扱うべきことを求めることは可能であると思われる。

(2) 同性婚の法制化により在留資格「日本人の配偶者等」で対応する

同性婚が法制化されれば、在留資格「日本人の配偶者等」の法律婚という要件を満たすことが出来、同在留資格が付与されることが可能となる。しかし、同性婚の法制化までは、少なくとも数年はかかることが予想される為、今現在、在留資格という壁に直面する同性カップルを救済する手段としては、機能し得ない。将来、同性婚が法制化された場合は、最も有効な手段になり得ると思われる。

13 残された課題

「12.2 具体的な方策について」では、2つの方策を提示した。これらのうち、実現可能性が最も高いのは、(1)であり、現在の国内法、国内判例等の状況からも最も主張が展開しやすく有効であると言える。しかし、(1)によった結果、以下の2点が課題として残されることとなった。

(1) マクリーン事件判決について

マクリーン事件判決は、言わずと知れた外国人の人権に関するリーディングケースである。同判決は、入管法関連の判決においても絶対的な地位を確立しており、「入管問題に取り組む実務家からすると、あらゆる入管訴訟に立ちはだかる障壁」であると評されており、入管法における外国人の人権を論じる上では避けて通ることが出来ない⁴³⁹。

しかし、本稿は、「異性カップルと同様に、同性カップルも本邦において、共に暮らすことを保障されるべきである」ことの証明を第一の目的としていることから、現在の決して十分とは言えない異性カップルの在留について認容するという形を取っており、マクリーン判決に対して批判的な検討を行うことが出来ておらず、マクリーン事件判決の批判的検討については、残された課題となってしまっている。

マクリーン事件判決については、近年注目すべきいくつかの論稿が出されているが⁴⁴⁰、筆者としては、近藤敦の提示する「国際慣習法の5つの原則」によるマクリーン事件判決の根本的な見直しに強い魅力を感じている。

⁴³⁸ 東京地裁平成20年2月29日判決。

⁴³⁹ エトランデュテ第4号67頁。

⁴⁴⁰ 泉徳治(2020年)「統治構造において司法権が果たすべき役割第2部(6)マクリーン判決の間違ひ箇所」判例時報 No.2434、133~145頁、小畑郁(2021年)「戦後日本法制史のなかのマクリーン『判例』—自由な入国許否権から自由な在留管理権への『命がけの飛躍』」、法律時報93巻8号81~85頁などがある。

近藤敦は、マクリーン事件判決は、以下の3つの命題を示しているとする。

第一命題は、「国際慣習法上、外国人の入国および在留の許否については、国家の自由な裁量により決定することができる」、第二命題は、「憲法上、外国人の入国の自由および在留の権利は、保障されない。」、第三命題は、「憲法の基本的人権は、外国人の場合、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き等しく及ぶが、入管法上の在留制度の枠内でしか保障されない。」である。

近藤敦はこれらの命題により外国人の入国及び在留に関する無制約な立法裁量が認められることに対し、「憲法が入管法に対して、無制約の立法裁量を認めているかのように考えるのは誤りではないだろうか」と問題提起する⁴⁴¹。

そして、近藤敦は、憲法98条2項により、「憲法の『人権条約適合的解釈』が必要とされ、「憲法と入管法の関係をみる上で、国際人権法の発展を考慮することは不可欠である。」とし⁴⁴²、「日本がいずれの人権条約も批准していない時期のマクリーン判決は、今日の国際的な人権保障の発展」により、少なくとも3点について大幅に見直す必要があるとする⁴⁴³。そして、今日の国際慣習法上、ノン・ルフールマン原則、家族結合、恣意的な収容禁止、差別禁止なども国際慣習法といわれることから第一命題は、「今日の国際慣習法上、外国人の入国・在留については、ノン・ルフールマン原則、家族結合、恣意的な収容禁止、差別禁止などに反しない限りで、国家が自由に決定することができる」と修正されることになる⁴⁴⁴。第二命題は、自由権規約12条4項が「何人も、自国に入国する権利を恣意的に奪われない」ことを受け、「憲法上、自国とみなしうる一定の長期滞在外国人の入国の自由および在留の権利は、保障される。」となる⁴⁴⁵。第三命題は、「国際慣習法ないし日本が批准している人権条約を指針として権利の性質を判断すべきであり、憲法の基本的人権は、在留資格の有無にかかわらず、保障されるものも少なくない」となる⁴⁴⁶。

以上の様に、近藤敦は、憲法の人権条約適合的解釈により、マクリーン事件判決の命題を修正することを提示している。近藤敦の提示した修正第一命題によれば、異性パートナーと異なる扱いをすることにより同性カップルの在留を保障しないことは、性的指向による差別となり、家族結合及び差別禁止という国際慣習法に違反すると言ったことが出来ると思われる。

元最高裁判事である泉徳治は、ヨーロッパ人権裁判所の判例及び自由権規約委員会の一般的意見等とマクリーン事件判決を比較することで、マクリーン事件判決の間違い箇所を指摘しているが⁴⁴⁷、筆者としても、ヨーロッパ人権裁判所の判例や自由権規約等における家族結合及び差別禁止の研究を今後より発展させることで、マクリーン事件判決の突破口を

⁴⁴¹ 近藤敦（2022年）「入管法と憲法:2021年入管法等改正案とマクリーン判決の問題点」、エトランデュテ第4号、73頁。

⁴⁴² 前掲・近藤敦「入管法と憲法:2021年入管法等改正案とマクリーン判決の問題点」73～74頁。

⁴⁴³ 前掲・近藤敦「入管法と憲法:2021年入管法等改正案とマクリーン判決の問題点」87～88頁。

⁴⁴⁴ 前掲・近藤敦「入管法と憲法:2021年入管法等改正案とマクリーン判決の問題点」92頁。

⁴⁴⁵ 前掲・近藤敦「入管法と憲法:2021年入管法等改正案とマクリーン判決の問題点」94頁。

⁴⁴⁶ 前掲・近藤敦「入管法と憲法:2021年入管法等改正案とマクリーン判決の問題点」95頁。

⁴⁴⁷ 泉徳治（2020年）「統治構造において司法権が果たすべき役割第2部（6）マクリーン判決の間違い箇所」。

開きたいと考えている。

(2) 家族として生活する権利について

「12.2 具体的な方策について」で提示した方策の(1)によれば、現行入管法及びマククリーン判決からなる判例法理に依拠し続けることとなり、国内において自身が望む相手と共に生活を送ることは、あくまでも在留資格により許可されたものであり、権利としては認められないことになる。自身が望む相手と共に生活し生きていくことは、人の人生において重要なことである。その重要性は、国籍や性的指向により異なるものではないはずであり、このことは大人であっても子どもであっても同じであるはずであり、入管法における家族の問題を検討する際に、常に意識せねばならないことである。

本稿では、当事者の早期救済の為、現行制度の枠内での方策を有効なものとしているが、筆者の研究の最終目標は、国籍、性的指向等の区別なく、外国籍を有する者であっても、自身が望む相手と共に生活を送ることを権利として確立することにある。「2.3 先行研究の状況について」で示した様に憲法 24 条、13 条、自由権規約 23 条等を根拠に、家族として生活することを権利と捉える先行研究は存在する。筆者としてもこれらの先行研究に大いに魅力を感じているところであり、これらの先行研究と基本的には同じ視座に立つものである。筆者としては、ヨーロッパ人権裁判所の判例をはじめとする国際人権法の研究を深化させるとともに、憲法 24 条の研究を進めることで、この課題にアプローチしていきたいと考えている。

また、本稿では、同性カップルの関係のみを検討対象としているが、将来的には、同性カップルと子どもからなる家族をも検討対象とし、入管法における包括的な家族の問題を検討対象としたい。同性カップルも、人工生殖技術により子どもをもうけたり、前婚の際にもうけた子どもと同性カップルからなる家族を形成している。同性カップルと子どもの関係については、2021 年 1 月 8 日全国で初めて明石市が「明石市パートナーシップ・ファミリーシップ制度」を導入し、子どもを含む家族関係を証明するするなど、地方公共団体において動きがみられるが⁴⁴⁸、法的には何らの保障がされておらず、家族ではなく他人とみなされており、彼らの関係を保障するものは何もない。そんな彼らの内の誰かが退去強制の対象となった場合、異性カップルよりも状況は深刻であり、如何に国内で共に生活することを保障するのかは、喫緊の課題であると言える。ヨーロッパ人権裁判所では、同性カップルだけでなく、同性カップルとその子どもに関連する判例が蓄積されつつある。筆者としては、それらの判例を検討対象とすることで、これらの課題に挑んでいきたいと考えている。

⁴⁴⁸ <https://www.city.akashi.lg.jp/seisaku/sdgs/partnershipfamilyship.html> (最終アクセス 2022 年 5 月 19 日)。