

同性婚と法の下の平等に関する一考察

——同性婚訴訟判決を参考に——

樋口 哲平*

要 旨

本稿は、国内で初めて同性婚の導入について争われた複数の訴訟のうち、2021年3月17日に札幌地方裁判所によって下された第一の判決、及び大阪地方裁判所によって2022年6月20日に下された第二の判決を参照する。札幌地裁では、民法及び戸籍法が同性同士の結婚を認めていないことは日本国憲法第13条、第14条1項、第24条に反するにもかかわらず、国が必要な措置を講じていないことが国家賠償法上違法であるとして争われた。第13条、第24条については憲法違反との訴えは退けられたが、第14条1項については、個人の意思によって選択・変更しえない性的指向の差異のために婚姻によって得られる法的利益の一部ですらも享受できないことは、合理的根拠のない差別的取扱いであり、違憲だとされた。一方、大阪地裁では、ほぼ同様の判断枠組みが用いられたにもかかわらず、憲法違反との訴えは全体的に退けられた。これらの判決において用いられた判断枠組みを参考として、同性婚と法の下の平等について考察する。

目 次

はじめに——問題の所在と本稿の視点	
I 同性婚とは	
1. 同性婚をめぐる状況	
2. 同性婚に関する憲法上の議論	
3. 小 括	
II 札幌地裁判決	
1. 事 実	
2. 判 旨	
3. 考 察	
III 大阪地裁判決	
1. 事 実	
2. 判 旨	

3. 考 察

IV 検 討

1. 日本国憲法第14条1項
2. まとめ——同性婚と法の下の平等
おわりに

はじめに——問題の所在と本稿の視点

同性婚を導入する国際的な潮流が、西洋諸国を中心に少しずつ進んできている。2001年にオランダにおいて初めて同性婚が法制化された¹⁾ことを皮切りに、2022年7月時点で31か国において同性婚が可能となっている²⁾。

同性婚が導入されることとなったきっかけは、各国で異なる。1989年に世界初の同性パートナーシップ制度を導入したデンマークでは、当初存在した養子縁組や生殖補助医療などへの制限を法改正で段階的に撤廃してゆき、最終的には2012年に

* ひぐち てっぺい 法学研究科公法専攻博士
課程後期課程

2022年9月30日 査読審査終了

第1推薦査読者 橋本 基弘

第2推薦査読者 松原 光宏

婚姻とパートナーシップ制度の差がなくなり、同性パートナーシップ制度と入れ替わる形で同性婚が導入された³⁾。オランダでは1998年に当時のデンマーク型の同性パートナーシップ制度を導入し、その後2001年に同性婚を導入したが、法改正によって同性婚との差が殆どなくなった現在でも、同性でも異性でも利用できる制度としてパートナーシップ制度が現存している⁴⁾。

このように、パートナーシップ制度導入から同性婚へと連続的に繋がった国がある一方で、アメリカでは2015年の *Obergefell v. Hodges*⁵⁾ (以下、*Obergefell* 判決とする)、アジア初の導入国となった台湾では2017年の司法院大法官第748号解釈での違憲判断⁶⁾のように、司法による判断が同性婚導入の契機となった国も多い。

日本においても、もしかすると司法判断が同性婚導入に大きな影響を及ぼすことになるかもしれない。2019年2月14日、当事者及びそれを支援する団体によって、民法及び戸籍法が同性同士の結婚を認めていないことは日本国憲法第13条、第14条1項、第24条に反するにもかかわらず、国が必要な措置を講じていないことが国家賠償法上違法であるとして賠償を求める訴訟（以下、同性婚訴訟とする）が、東京、名古屋、大阪、福岡、札幌の地方裁判所にそれぞれ同時に提起された。国家賠償法を理由として裁判所に憲法判断を求めるための訴訟であり、現在も係争中であるが、2021年3月17日に、札幌地方裁判所において、最も早くこの訴訟に対する判決が下された（以下、札幌地裁判決とする）⁷⁾。次いで、2022年6月20日に大阪地方裁判所における判決が下され（以下、大阪地裁判決とする）⁸⁾ている。本稿では期日の関係上触れられないが、同年11月30日には東京地方裁判所においても判決が下される予定である⁹⁾。

札幌地裁判決では、第13条、第24条については憲法違反との訴えは退けられたが、第14条1項については、個人の意思によって選択・変更しえない性的指向の差異のために、婚姻によって得られ

る法的利益の一部ですらも享受する法的手段のないことは、婚姻について立法府が広範な立法裁量を有することを前提としても、合理的根拠のない差別的取扱いであり、その限度で憲法違反であるとの訴えが認められた。

続く大阪地裁判決では、第23条2項を中心に検討されたが、札幌地裁とほぼ同様の判断枠組みを用いて検討された第14条1項も含めて、憲法違反とは認められなかった。

本稿は、本判決に用いられた判断枠組みを参考として、同性婚と法の下での平等の関係を明らかとすることを目的とする。そこで、第I章ではまず同性婚とはそもそも何であるか、憲法上何が問題となりうるか、あるいはなっているかを概観する。次に第II章で札幌地裁判決について、第III章で大阪地裁判決について、憲法第14条1項に関連する部分を中心に確認する。最後に、第IV章でこれらの前提を踏まえ、同性婚と法の下での平等について考察する。

I 同性婚とは

同性婚とは、文字通り同性同士の結婚であるが、これはなにも同性愛者または両性愛者に限った問題というわけではない。いわゆる性同一性障害特別法の性別変更要件¹⁰⁾の一つに「現に婚姻をしていないこと」とあるのは戸籍上同性婚の状態を避けるためである¹¹⁾、この要件に限らずとも、性別変更要件の厳しさから戸籍上の性別を変更できない¹²⁾、あるいはしないトランスジェンダーにとっても、法律婚への道が閉ざされていることになる。性的指向のみならず、性自認にも関係しうる問題であることには留意しておきたい。

1. 同性婚をめぐる状況

(1) 同性婚に関する経緯

同性間で関係を持つことについては、古代ギリシアなど、地域や時代によっては受け入れられていたこともあった。しかし基本的に、特に中世以

降の西洋世界においては、キリスト教の影響もあって¹³⁾、教会法または世俗法によって同性間の行為自体を重罪とする期間が、ごく最近まで続いていた。

例えば、ヨーロッパでも特に厳しかったイギリスにおいては、同性間の性行為を死罪とするバガリー法¹⁴⁾が1533年に成立してから、刑罰は段階的に緩和されてはいたものの、これが完全に脱犯罪化されたのは1967年であった。その後、市民パートナーシップ制度が2004年に成立し¹⁵⁾、2013年に同性婚が導入されることとなった¹⁶⁾。同性間の性行為が脱犯罪化されてから50年足らずで同性婚が導入されるに至ったわけで、同性愛者に対する社会的認識の変化の激しさがうかがえる。他の西洋諸国においても、刑罰の軽重や改廃の時期に差こそあれ、おおそ同様の経過をたどっている。

アジア地域では、前述の台湾が最初かつ2022年8月時点では唯一である。タイでは婚姻とほぼ同等の権利を認める市民パートナーシップ法案が2020年7月に内閣で承認されたものの、いまだに法制化には至っていない。長らく議論はありながらも進展していない分野だけに、成立の可否に若干の不安はあるものの、今後の動向を注視したい。

一方で、同性婚の実現どころか、同性間の性行為を犯罪とする国もいまだに多い。最新のデータではないが、2020年12月に出されたILGA¹⁷⁾のState-Sponsored Homophobia report¹⁸⁾によると、69か国で同性間の性行為は違法であり、そのうち死刑またはその可能性がある国も11か国存在している。同性婚の問題が、国際的にも現在進行形の課題であることが分かる。

(2) アメリカ合衆国の事例

同性間の性行為が犯罪化されていたところから同性婚が導入されるまでの経緯の具体的な例として、日本に大きな影響力を持つアメリカ合衆国における事例を参照したい。

北アメリカ大陸は主としてイギリスの植民地から発展していったという経緯から、同性間の性行

為に関しても、植民地ごとに温度差はあるものの、母国の法秩序を継承する形で同性間の性行為を禁じるソドミー法¹⁹⁾を持ち、これを犯罪としていた。それは、合衆国が成立した後も同様である。

同性愛者の権利運動は、アメリカにおいては1969年のストーンウォールの反乱を境に活発化した。全ての州で同性間の性行為が非犯罪化するには、連邦最高裁が1986年にソドミー法を合憲とした *Bowers v. Hardwick* 判決²⁰⁾を覆して、ソドミー法を違憲とする2003年の *Lawrence v. Texas* 判決²¹⁾を待たなければならなかった。

同性婚に関して言えば、これを求める訴訟自体は、1971年の時点で既に存在した。ミネソタ州最高裁による *Baker v. Nelson* 判決²²⁾である。ここでは、結婚は異性間のものに限られるとして訴えは受け入れられなかった。1993年にはハワイ州最高裁により全米で初めて同性婚を認める *Baehr v. Lewin* 判決²³⁾が下されたものの、ハワイ州議会による同性婚を禁じる憲法改正により、この時点では同性婚は実現することはなかった。

同性間のパートナーシップに法的保護を与えるシビルユニオンが導入されたのは2000年のバーモント州が全米で初であるが、同性婚が実際に州レベルで実現したのは、2003年にマサチューセッツ州最高裁が下した *Goodridge v. Department of Public Health* 判決²⁴⁾によってである。しかし、その前の1996年には連邦議会において連邦法上の婚姻を異性間のもの限定して定義し、他州で認められた同性婚を自州で認める必要はないとする婚姻防衛法²⁵⁾が成立しており、同性カップルは州内で成立した婚姻が他州でも通用されるわけではなく、また遺族年金などの連邦法上の制度も利用できなかった。婚姻防衛法による制限は、連邦最高裁により2013年に下された *United States v. Windsor* 判決²⁶⁾により、これが合衆国憲法第5修正の保障する自由の重要な部分を侵害し違憲であると判断されるまで続いた。

婚姻防衛法が効力を失っても、即座に全米で同

性婚が可能となったわけではなかった。同性婚の可否は、結局州が同性婚を法制化しているかに依存しており、地域によって結婚できるか否かが異なるという状況が生じていた。これが解消され、全米で同性婚が可能となったのが、上述の2015年の Obergefell 判決である。判決が出た当初から日本でも注目され、既に多くの判評が存在する²⁷⁾ためあまり詳しくは言及しないが、婚姻の利益を列挙してその重要性を強調しつつ、その利益を同性愛者が得られないことは合衆国憲法第14修正のデュープロセス及び平等保護に反し違憲であるとするその手法は、婚姻が現代日本においても重要な意味を持つことを認定し、その利益の一部でさえも享受できないことは日本国憲法第14条1項の平等保護に反し違憲であるとした札幌地裁判決にも影響を及ぼしているように思える。また、全米での同性間の性行為の非犯罪化から10年余りで同性婚が実現したのであるから、同性愛に関する社会の認識の変化の激しさがうかがえる。

なお、Obergefell 判決によって同性婚が可能となって以降も、同性婚に出すウェディングケーキの創作・提供を信教の自由を理由として拒否できるかといった信教の自由との衝突が争われた Masterpiece cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission 判決²⁸⁾や、性的指向・性自認を理由とする差別は性別を理由とする差別を禁じる公民権法第7編により禁止されるかが争われた Bostock v. Clayton County 判決²⁹⁾といった、性的指向・性自認をめぐる訴訟が多数起こされている。同性婚の実現は決してあらゆる問題を解決できる終着点ではない、ということが分かる。

(3) 日本の現状

翻って、日本ではどうか。本邦においては、明治初期に一時期存在した鶏姦罪を除いては、同性間の性行為が法的に処罰されることはなかった。アメリカにおける信教の自由のような障壁も、おおよそ存在していないように思われる。それにもかかわらず、日本においては同性婚は法制化され

ておらず、政府は「現時点において、同性婚の導入を検討していない」³⁰⁾、「同性婚制度の導入については、我が国の家族の在り方の根幹に関わる問題であり、極めて慎重な検討を要する」³¹⁾としており、立法府においても検討は進んでいない。

パートナーシップ制度について言えば、Obergefell 判決が下されたのと同年の2015年に、国内としては初めてとなる同性パートナーシップ制度が、渋谷区が制定した「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」³²⁾によって導入された。その後多くの自治体が後に続く形で導入を決定している。2022年6月時点では、全国で210の自治体で導入されており³³⁾、東京都も都全体をカバーする制度を2022年11月より運用開始予定である³⁴⁾。自治体に限らず、企業などでも導入事例が多数存在している³⁵⁾。

このような状況下において、上述のように同性婚訴訟が提起されており、現在係争中である。この訴訟は最高裁まで争われるとみられ、最高裁判決が下されるとなれば、同性婚をめぐる議論に大きな影響を与えることは疑いない。

2. 同性婚に関する憲法上の議論

同性婚に関する憲法上の議論は、課題として存在する旨の指摘は散見されるものの³⁶⁾、現時点ではあまり進んでいないというのが実際のところである。憲法第24条1項に、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し」とあることから、例えば2015年に渋谷区が同性パートナーシップ制度を導入した際、それは憲法に違反するといった批判の声がかかれたり³⁷⁾、同性婚を実現するためには憲法改正が必要であるという主張がなされたりした³⁸⁾。2014年に青森県に実際に婚姻届を提出した同性カップルは、第24条1項を根拠として不受理とされている³⁹⁾。このように、同性婚は憲法上禁止されているという見解が、公式には採られていない⁴⁰⁾にせよ存在していることは、同性婚について明確な姿勢を示すことが難しいことの一因かもしれない。

とはいえ、同性婚は憲法上禁止されていないものの、「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思われる」⁴¹⁾。これは第24条は異性婚に関する規定であって同性婚を想定しておらず、同性婚を禁止はしていないが要請もしていないとする立場である。同性婚が憲法上禁止されていないとする理由としては、第24条の立法目的が婚姻のためには戸主の同意が必要とされた戦前の家制度の否定及び男女平等の実現にあり、1945年当時一般に議論されていなかった同性婚をことさらに否定する趣旨ではなかったことがしばしば挙げられるほか⁴²⁾、異性婚に限定される憲法上の婚姻と、限定されていない民法上の婚姻を分けて論じる説もある⁴³⁾。次章で見る札幌地裁判決ではどちらの見解にも近い部分があったのは興味深いところである。

一方、同性婚を憲法上の権利として求める立場に立てば、第13条、第14条1項、第24条が根拠として用いられることとなる。

まず、婚姻に関する特別規定である第24条であるが、前提として同性婚が第24条の射程内であるかが問題となる。上述のように1項には「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」とあることから第24条は異性婚に限定した規定であるという解釈が可能な一方、「両性」を男女間に限らず、男性同士、女性同士も含めて解することもできる。もちろん「両性」の語は男女と解するのが自然ではあるが、同性婚という概念が全く考慮されていなかった制憲当時とは異なり、日本国憲法制定に大きく関わったアメリカを含めて同性婚を導入する国家が増加している現代では、婚姻の持つ意味を積極的に解することは十分に可能だろう。なお、前者の説をとる場合は、第24条は同性婚を求める根拠とはならない。第24条は同性婚に関する規定ではないからである。後者の説をとる場合は、異性婚と同性婚を同等に保護しなければならないことになる。

ただし、同性婚が第24条の射程内だとした場合でも、その保護の必要性の程度は必ずしも明らかではなく、これが国家に婚姻制度に関する配慮を積極的に求める根拠となるかには、議論の余地がある。というのは、婚姻が言論や表現の自由のように前国家的なものではなく、国家が制定する制度により実現される後国家的なものであるため、婚姻をすること自体を当然の権利として構成することは困難だからである。実務上も、再婚禁止期間違憲判決⁴⁴⁾において、第24条1項は「婚姻をすることがどうか、いつ誰と婚姻をすることについては、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」としたうえで、「上記のような婚姻をすることについての自由は、……十分尊重に値するものと解することができる」としているが、これが憲法上保障される権利であるかは明らかにしていない。

そこで、基本的人権に関する一般規定である第13条に婚姻を自由を読み込み、婚姻できないことは個人の自律に重大な影響を及ぼし、人格的利益の侵害であると構成すれば、異性婚と同様に、同性婚の法制化もまた要請される。ただし、その場合は婚姻しない者に対するネガティブなステレオタイプが生じうるため、第13条に依拠することは適当ではないという指摘も存在する⁴⁵⁾。

また、法の下での平等を謳う第14条1項を根拠として同性婚が要請されると構成することもできる。これが今回取り上げる札幌地裁判決及び大阪地裁判決において検討された構成であり、最も現実的な解釈だと思われるが、これにはいくつかの争点が存在する。この点、次章以降で検討したい。

3. 小 括

同性間の性行為は、地域や時代によっては認められていたこともあったが、少なくとも中世以降の西洋社会では長らく犯罪とされており、これが非犯罪化され、さらには同性間のパートナーシップや同性婚が認められるようになったのは、つい

最近のことである。例えばアメリカでは、同性間の性行為が全米で非犯罪化されたのは2003年で、同性婚が全米で可能となったのは2015年のObergefell判決による。同性愛を取り巻く社会状況の変化の激しさがうかがえる。

日本においては、Obergefell判決と同年の2015年に、国内で初めて渋谷区で同性パートナーシップ制度が導入されて以降、多くの自治体や企業で同様の制度が導入されている。そのような状況にあるにもかかわらず、立法府や憲法学上におけるこの問題に関する議論の進展は鈍い。そのうち、法の下での平等に関わる議論を、札幌地裁判決及び大阪地裁判決を参考として次章以降で詳しく検討する。

II 札幌地裁判決

1. 事 実

民法第739条1項が「婚姻は……戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる」としているところ、戸籍法は、第74条において「婚姻をしようとする者は」「夫婦が称する氏」等を届け出なければならない旨規定するなど異性婚を前提としている。本件では、① これらの規定により同性婚ができないことは憲法第13条、第14条1項、第24条に違反するか、② これらの規程を改廃しないことは国家賠償法第1条1項の適用違反かの2点が争われた。

2. 判 旨

(1) 判決の概要

まず、認定事実としては、「自己の意思や精神医学的な療法によっても性的指向が変わることはない」⁴⁶⁾ことと、国内外の性的指向に関する動向の歴史、国内における婚姻と同性婚への意識調査の結果が挙げられている。

そのうえで、上記争点の①については、「婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解すること

ができる」とした再婚禁止期間違憲訴訟における判断は維持しながらも、同性愛が当時精神疾患等とみなされており、民法から憲法に至るまで「同性婚について議論された形跡はないが、同性婚は当然に許されないものと解されていた」こと、及び「両性」「夫婦」という男女を想起される文言が同性間では用いられないことから、第24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」とされた⁴⁷⁾。反面、第24条が異性婚のみを対象とするとしていることから、同性カップルが婚姻の本質を伴った共同生活を営んでいる場合に「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」としている⁴⁸⁾。

加えて、同条2項は立法府に立法裁量を認め、その範囲を規定するものであって、「同条によって、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」⁴⁹⁾として、同性婚を認めないことは第24条には違反しないとされた。

第13条についても、これが包括的な人権規定であり、婚姻及び家族に関する個別規定である第24条の趣旨を踏まえれば、「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」⁵⁰⁾として退けられた。

第14条1項については、同性愛者が「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」持たないことは、「合理的根拠を欠く差別取扱いに当たる」ことが認められた⁵¹⁾。後者につき、詳しくは次項で詳しく見ていく。

一方で、②については、国内外における同性パートナーシップ制度の導入や法的保護への賛成の増加は比較的近時のことであり、また法的保護のために取りうる手段が多様であるにもかかわらず、国会上の議論も最近までなされていなかったことなどから、「憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず

らず、国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていた」とは評価できないとして、賠償は認められなかった⁵²⁾。

(2) 憲法第14条1項違反に関する判断

まず、第14条1項は過去の判例に従い、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべき」であるとしている⁵³⁾。

そして、同性婚に関する制度設計について立法府に広範な立法裁量を認めつつも、異性同士の場合は「婚姻によって生じる法的効果」を享受するかしないかを選択できるのに対し、同性同士の場合には望んでも「婚姻によって生じる法的効果」を享受できない点で区別取扱いのあることが、合理的な根拠に基づき、立法府の裁量権の範囲内かどうか問題とされた。

この点を検討するに当たって、まず「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、人種など同様のものといえることができる」として、「個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の観点から慎重にされなければならない」としている⁵⁴⁾。

そのうえで、現代においても法律婚が尊重されており、かつ憲法第24条が異性間の婚姻を制度として憲法上保障していることから、「婚姻によって生じる法的効果を享受する利益」は、「重要な法的利益である」と認定している⁵⁵⁾。

婚姻そのものについては、当初同性愛は精神疾患として婚姻制度の想定外であったものの、現代では同性婚を否定する科学的・医学的根拠は失われており、また婚姻が持つ「夫婦が子を産み育てながら共同生活を送る」ことに法的保護を与えるという目的を重要なものとしつつも、現行民法が子や生殖の意思・能力の有無により夫婦の法的地

位を区別しておらず、当時も今も「夫婦の共同生活の法的保護が主たる目的」とされていることから、これは同性間に「婚姻によって生じる法的効果」の一切を享受させない理由にはならないとした⁵⁶⁾。

結論として、同性婚に反対する意見のあることにも触れ、婚姻制度は国の伝統なども考慮に入れて判断すべきであるとしつつも、「同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⁵⁷⁾として、同性カップルに法的保護を与えないことは第14条1項に違反するという判断を下した。

なお、被告である国は、同性愛者であっても異性と結婚することはできるため性的指向による区別取扱いはないと主張したが、そのような婚姻は多くの場合、「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にあると解される」、「婚姻の本質を伴ったものにはならず」、「婚姻意思を伴っているとは認めがたい場合」には有効な婚姻となるのかも疑問であるとして、この主張は退けられている⁵⁸⁾。

3. 考 察

本判決は、国内で初めて同性カップルに法的保護を与えることを憲法上の要請であるという判断を下した、画期的な判決である。特に、性的指向を「自らの意思に関わらず決定される個人の性質で」、「性別、人種など同様のもの」と認定したうえで、区別取扱いに合理的根拠があるかの判断は「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の観点から慎重にされなければならない」(下線は筆者による)と審査密度を高めているようであることは、特筆に値する⁵⁹⁾。判例上、憲法第14条1項後段の列挙事由やそれに類する属性に特別の意味を見出しているかは、国籍法違憲判決⁶⁰⁾において差別の理由が第14条1項後段列挙事由の社会的身分及び性別であるから強度の正当化事由が必要だとする泉補足意見などがあるものなお明らかではないが、本判決では性的指向を第14条1項の保障の範囲に含めるという判断がなされたことは評価したい。

被告である国は、その「両性」という文言から第24条1項は「当事者双方の性別が同一である場合に婚姻を成立させることを想定して」おらず⁶¹⁾、「同性婚について異性間の婚姻と同程度に保障しなければならないことを命じるものではないと解するのが相当」⁶²⁾としつつ、民法上の婚姻の目的を「夫婦がその間に生まれた子どもを産み育てながら、共同生活を送るという関係に対して、法的保護を与えることにあるとされて」おり⁶³⁾、その目的の合理性から第14条1項にも違反しないと主張していた。

これに対して札幌地裁は、判例を引いて婚姻の本質を「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にあると解される」⁶⁴⁾としつつ、「異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、婚姻している異性同士と同様、婚姻の本質を伴った共同生活を営むことができる」ため、婚姻に関する民法上・戸籍法上の規定及び憲法第24条は、「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解されない」としている⁶⁵⁾。国が一貫して同性婚を異性婚とは異なるものとして扱っているところ、札幌地裁は婚姻の本質を真摯な意思を持つ共同生活に置き、(良くも悪くも)そのレベルで第14条適合性を判断しているのである。

加えて、第14条の検討に当たっては、上述のとおり同性婚に対する意識調査などの結果が考慮されている。同性パートナーシップ制度を導入する地方公共団体が増えていることや、同性カップルに法的保護を与えることに賛成する意見が増えており、平成30年には同性婚はおおよそ半数、何らかの法的保護であれば75%の国民が賛成しているとの調査結果は、「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を示して」おり、同性カップルへの区別取扱いが「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」としている⁶⁶⁾。一方で、「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、「限定的に斟酌すべきもの」としており⁶⁷⁾、調査結果を通して国民意識を判断に反映させているようにも思える。

ただし、判決の内容について問題なしとはしない。第一に、本判決の射程についてである。既に指摘されているところではあるが⁶⁸⁾、本判決は上述のとおり婚姻そのものではなくその本質としての共同生活について第14条適合性が検討されたものであって、同性婚を法制化しないことを違憲とした判決ではない。主訴は同性婚を導入しないことへの違憲判決を求めたものであったが、本判決では「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらも」という限定が付き⁶⁹⁾、立法府の広範な裁量権を超える限りにおいて合理的根拠を欠くと判示されている。「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」⁷⁰⁾と明示されているように、婚姻そのものを同性間に適用する必要性までは認められていない。すなわち、法的保護が及ぶのであれば同性婚ではなくパートナーシップ制度で足りると判断される可能

性が、十分にある。そして、制度の設計には、立法府に広範な裁量がある。

確かに、本判決中でも指摘されているように、異性婚と同性婚で法的効果が異なるというのは、まったくありうることである。最も顕著にそれが表れうるのは、生殖補助医療だろう。これは異性婚の場合であっても子の実親を知る権利など課題が山積している状態であるが、同性婚の場合は、そこからさらに女性同士の場合と男性同士の場合で異なってくる。女性同士の場合は精子の提供を受けて自ら出産することが可能であるが、男性同士の場合は出産ができず、代理母を必要とするためである。代理母は、日本では法律が整備されていないが、日本産婦人科学会が「代理懐胎に関する見解」⁷¹⁾で実施・斡旋を禁止しているため、異性婚をしていたとしても、国内で行うことは困難である。これが同性婚の場合はどうかということは議論になりうる。他にも養子縁組に関しても、共同養子縁組を認める、パートナーの連れ子に限り認める、一切認めないなど、制度設計をするにあたって選択の余地がある。

とはいえ、もしも異性婚と同性婚（またはパートナーシップ制度）の内容に差を設けるとすれば、どこまでの差であれば裁量の範囲内なのかは明らかではないし、仮に内容にほぼ差がなく名称のみが異なるということになれば、それ自体が同性愛者を婚姻から排除し、スティグマを付与する差別的な制度だとして争われる可能性もあると、難しい舵取りが求められるだろう。それよりはむしろ、素直に同性婚が不可能であること自体が第14条1項違反と構成することもできたのではないだろうか。

第二に、本判決が第14条1項のみに違反し、第24条や第13条には違反しないとしている点について、「法律婚の権利に関わるものとして構成すべき」とする見解⁷²⁾や、第24条の保障を異性婚に限定して解釈するのであれば、そこから漏れた同性婚を第13条により補充的に保障されると解する方がより憲法の制定趣旨に適うのではないか⁷³⁾とい

う指摘がなされている。

私見では、第24条が家制度からの脱却と男女同権の実現を趣旨として制定されたであろうこと、制度によって実現される権利である婚姻に関する制度制定の裁量を立法府に委ねつつ、両性の本質的平等といった裁量の限界を画しているという第24条の性質から、ここから（自らが望む内容の）婚姻をする権利という形で権利を導出することは困難であるように思う。一方で、札幌地裁判決において言及されているように、日本においては法律婚が現代においても重要な意味を持ち続けていること、婚姻によって得られる利益が大きいことに加えて、良い悪いは別として、婚姻をしているということが日本社会における社会的承認という一つの大きな役割を果たしている一面のあることに鑑みて、同性婚に限らず一般に婚姻をするかどうかを選択できる権利を、自らの人生は自らが決めるべきであるという観点から、人格的利益であるとして第13条から導出することが妥当なのではないだろうか。

最後に、本件は同性愛者による提訴であるために仕方のないことではあるが、先に少し触れたように、トランスジェンダーもまた戸籍上同性婚の状態になりうるという視点が欠けてしまっている。また、同性愛、両性愛以外の性的指向・性自認についても考慮されていない。この点に関しては、後にもう少し詳しく検討したい。

Ⅲ 大阪地裁判決

1. 事 実

本件は、原告は札幌地裁判決とは異なるものの、2019年に提訴された一連の同性婚訴訟は全て同一の団体⁷⁴⁾が後援していることもあり、事実関係や主張はほぼ同一であるため割愛する。争点は変わらず、同性婚ができないことは①憲法第13条、第14条1項、第24条に違反するか、②国家賠償法第1条1項の適用違反か、の2点である。

2. 判 旨

(1) 判決の概要

認定事実として、性的指向に関しては、メンタルヘルス、精神医学においては意思で選んだり、意思で変えられたりするものとは殆ど考えられていない旨が適示されており、また、札幌地裁判決と同様に、国内外の性的指向に関する動向の歴史、国内における婚姻と同性婚への意識調査の結果が挙げられている⁷⁵⁾。

憲法第24条に関しては、札幌地裁と同様に再婚禁止期間違憲判決などを引いて婚姻をするについての自由は十分尊重に値するとしながらも、「両性」「夫婦」という文言が同性間では用いられないこと、法律婚が明治民法から憲法に至るまで「男女間のものであることが当然の前提となっていたと考えられる」ことから、「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」として、同性婚を認めないことは第24条1項に違反しないとされた⁷⁶⁾。

同条2項は、他の条項の2倍以上となる約11頁を割いて検討されており、本判決が最も重視している部分と言える。同項は、「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、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること等についても十分に配慮した法律の制定」を求めているとしている。そして、平成26年の夫婦同氏制度合憲最高裁判決⁷⁷⁾を引いて、「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24条に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」としている⁷⁸⁾。

合理性に関しては、「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」、「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出来る」ため、「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」とした。婚姻の目的は夫婦の共同生活の法的保護であるという反論は、それは生殖の保護という目的と両立しうるものであり、後者が歴史的、社会的意味を失っているわけではないとして退けられた⁷⁹⁾。

同性と婚姻できないことの影響については、婚姻の法律上の効果が享受できないことは個別的な立法や運用の改善で解消しうるものの、婚姻当事者が享受し得る「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」⁸⁰⁾であり、同性間であっても「尊重されるべき」である「公認に係る利益」は満たされないとしながらも、同利益は現行の婚姻に限らず「登録パートナーシップ制度」のような新制度の導入によっても実現可能であり、「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」とされた⁸¹⁾。

加えて、同性婚の国会での議論は平成27年に始まったこと、同性カップルの法的保護に反対する国民も存在すること、同性婚の意味が統一的に捉

えられていたとは言い難いこと、国会での今後の議論がおよそ期待できないとは言えないことから、結果として、「今後の社会状況の変化によっては、同性間の婚姻等の制度の導入について何ら法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に憲法24条2項に違反するものとして違憲になる可能性はあるとしても、本件諸規定自体が同項で認められている立法裁量の範囲を逸脱しているとはいえない⁸²⁾」として、現時点での違憲性は否定された。

第13条については、婚姻の自由は法制度により初めて実現するか、法制度を前提とする自由であって、自然権的な権利利益ということではできないから、同性婚が法制化されていない状況下では、同性間の婚姻の自由は第13条が保障する人格権の一部であるということではできず、また包括的な人権規定である13条から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として、憲法違反との訴えは退けられた⁸³⁾。

第14条1項については、同性愛者が婚姻の効果を享受できないことは合理的な立法裁量を超えるものではなく、これに違反するものではないと判断された。詳細は後述する。

結果として、同性婚ができないことは憲法第13条、第14条1項、第24条に違反するとの訴えは認められず、従って、賠償も認められなかった。

(2) 憲法第14条1項に関する判断

憲法第14条1項については、札幌地裁判決と同様に「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべき」とし、加えて再婚禁止期間違憲訴訟及び婚外子相続差別訴訟⁸⁴⁾を参照し、婚姻制度に関わる規定上の区別は、国会に与えられた立法裁量を考慮しても合理的な根拠が認められない場合に第14条1項に違反すると解するという判断枠組みが用いられた⁸⁵⁾。

婚姻規定は性的指向による利用の可否を直接規定しておらず、同性愛者は望む相手との婚姻を実

質的にできないことは単なる事実上の結果に過ぎないとの国の主張に対し、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」ことにあり、同性愛者は実質的に婚姻をできず、区別取扱いをしていることは認定された。ここで、「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」として、札幌地裁と同様に審査密度を上げるとしながらも、婚姻制度の目的は合理性を有しており、同性間の婚姻は明文規定を欠くため同程度に保障せずとも合理性を欠くとは言えないため、第14条1項には違反しないとされた⁸⁶⁾。

続いて、同性間の人的結合関係に対する法的保護が現状一切ないことから、同性愛者と異性愛者の間に存在する「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」が検討されたが、①同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるかは議論の過程にあり、②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、③不利益は民法上の契約や遺言等他の制度を用いることによって相当程度解消ないし軽減され、④法制度は存在しないが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、⑤国民の理解も進んでいることから、上記の差異は一定の範囲では緩和されつつあるため、現状の差異は憲法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言い難いとされた⁸⁷⁾。さらに、仮に上記の差異の程度が小さいとは言えないとしても、「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」として、第14条1項違反は認められなかった。

3. 考 察

大阪地裁判決は、札幌地裁判決と同様に、婚姻の本質を共同生活に置き、その法的保護について本人の意思や努力によって変えることのできない性的指向のような性質に基づく区別取扱いのあることを認め、慎重な検討を要するとしつつ、第14条1項は「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する」と解している。さらに、婚姻制度に関しては国会に大きな立法裁量があるとしている。

ここで、第14条に関連するところだと、大きく(1)性的指向のために婚姻できないという区別取扱いは第14条1項に違反するか、(2)同性愛者と異性愛者の間にある人的結合関係について享受する利益の差異の程度は第14条1項が許容する立法裁量を超えるかという論点に沿って検討された。札幌地裁判決が婚姻そのものと婚姻に類する人的結合関係をシームレスに論じているのに対して、大阪地裁判決は明確に分けて論じている。ここで、札幌地裁が婚姻によって得られる法的効果の享受可能性を考慮しているのに対し、大阪地裁は同性愛者と異性愛者の間にある人的結合関係について享受する利益の差異ということで、法的効果に限らない利益をも考慮しており、検討の出発点が異なっていることには留意する必要がある。

(1)に関して言えば、第24条1項は異性婚について定めたものであり、同性婚を同等に保障するものとは言えないから、同性婚を規定しないことは立法目的から合理性を欠くとは言えず、立法裁量を超えて第14条1項に違反するとは言えないという、極めてシンプルな判断が下されている。同性婚そのものを導入しないことの違憲性は、札幌地裁判決においても認められていない部分ではある。

しかしながら、性的指向という本人の意思や努力で変えられない事柄により、婚姻という個人の尊厳に関わる制度を利用できるかという区別取扱いはより慎重に検討される必要があると言いながら、検討に当たってそこが考慮されたような様子は見えず、「慎重に検討」されたとは言い難い。

(2)に関する部分が、札幌地裁判決と判断が分かれたところである。札幌地裁判決は、A. 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たこと、B. 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ことをプラスの要因、C. 同性婚に否定的な国民が少なからずいることを限定的に斟酌されるマイナスの要因として、結果として婚姻によって得られる法的効果の一部でさえも提供しないことは、立法府が有する広範な裁量権の範囲を超え、第14条1項に違反すると判断していた。

一方で大阪地裁判決は、①歴史的伝統的に完全に定着した異性間の婚姻に比して同性間の人的結合関係にどのような保護を与えるかは議論の過程にあること、②望む相手と親密な関係を築く自由は制約されていないこと、③不利益は民法上の契約や遺言等他の制度を用いることによって相当程度解消ないし軽減されること、④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いること、⑤国民の理解も進んでいることから、異性間と同性間との人的結合の法的保護の差異は一定の範囲では緩和されつつあるため、裁量権の範囲を超えず第14条1項に違反しないと判断されている。この判断理由には、①は立法府における議論は実質全く進んでいないのであって過程にあると言い難く、②は大前提であって人的結合関係の利益として考慮すべきではないなど、大いに疑問がある。

特に③については、札幌地裁では、「婚姻によって生じる法的効果の本質は、身分関係の創設・公証と、その身分関係に応じた法的地位を付与する点にある」ため契約や遺言では代替できず、異性

愛者が婚姻の他に契約や遺言を用いることができるのに対して同性愛者には「同じ法的手段が提供されているとはいえないことは明らか」で、相続権や配偶者短期居住権についても契約や遺言による法的効果は婚姻によって生じる法的効果に及ばないとして退けられていた⁸⁸⁾。大阪地裁判決では、身分関係の公証については「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」⁸⁹⁾として、現時点で制度の無いことを容認している。法的効果の面では「事前に遺言や契約等をしなければその効果を楽しむことができないものであるし、税法上の優遇措置、在留資格、公営住宅の入居資格等、契約等によっても享受することが困難な法的地位も多く存していることからすると、同性カップルが享受し得る利益が、異性カップルが婚姻により享受し得る法律上の効果に及ばないことは確かである」⁹⁰⁾と認定しているにもかかわらず、「相当程度解消ないし軽減される」としていることには、疑問を禁じえない。

④及び⑤だが、民間の理解が進んできていることが、国家による保護の無いことを正当化する理由として用いられているのは、全く皮肉としか言いようがない。札幌地裁判決では、反対に違憲判断を後押しする要素として用いられていることは対照的である。

第24条2項の検討において、「今後の社会状況の変化によっては、同性間の婚姻等の制度の導入について何ら法的措置がとられていないことの立法不作為が、将来的に憲法24条2項に違反するものとして違憲になる可能性はあるとしても、本件諸規定自体が同項で認められている立法裁量の範囲を逸脱しているとはいえない」⁹¹⁾と将来の違憲の可能性には触れてはいるものの、総じて立法府の現状を追認する、謙抑的な判決だと言える。

Ⅳ 検 討

1. 日本国憲法第14条1項

憲法第14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と規定している。ここで、後段に列挙されている事由が、本規定においてどのような意味を持つのかについて争いがある。本稿で問題としている同性婚に関係する性的指向、あるいは性自認はこの中に明示されていないため、本章ではその関係性について検討したい。

(1) 後段列挙事由

札幌地裁判決においては、「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いえることができる」として、上述の国籍法違憲判決のような近年の最高裁判例と同様に、列挙事由に特別の意味を持たせずに、その性質に応じて合理的な区別かどうかを審査しているようである。ただし、本判決の場合は、単に合理的であるかを超えて「真にやむを得ない区別取扱いであるか」が問われており、国籍法判決などと比べると、やや厳しく審査されているようにも見える。

一方で、学説上は、上記の五つの列挙事由は、保護対象を以上に限定するものではないが、歴史経緯などからこれらに基づく差別は基本的に合理的なものではないとして審査基準を引き上げる、特別意味説が主流である⁹²⁾。ただし、五つの列挙事由のうち「社会的身分」については、その内容がどこまで含むかについて争いがある。

(2) 性的指向・性自認

ここでの問題は、性的指向及び性自認と日本国憲法第14条1項の関係をどのように考えるべきかである。

性的指向とは、法務省の定義では「人の恋愛・性愛がどういう対象に向かうのかを示す概念」⁹³⁾とされる。英語でSexual Orientationというように

指向性を指す語であり、嗜好ではないことに注意が必要である。性的指向というとき、異性愛者（ヘテロセクシュアル）、同性愛者（ホモセクシュアル）、両性愛者（バイセクシュアル）という分類が一般に用いられるが、近年では性的指向が誰にも向かないかまたは弱い無性愛者（アセクシュアル）⁹⁴や、あらゆるジェンダーに惹かれるパンセクシュアルといった語も用いられるようになってきており、必ずしもゲイ、レスビアン、バイセクシュアルのみに関わる概念であるとは言えなくなってきた。

性自認は、法務省では「自分の性をどのように認識しているのか、どのような性のアイデンティティ（性同一性）を自分の感覚として持っているかを示す概念」とされている。特に出生時の性別と自認する性別が異なる場合に課題が存在しているのであるが、こちらも自認する性は男女の二つに限られない。アメリカなど複数の国では実際に、男女のどちらでもない第三の選択肢として、パスポートの性別欄に「X」等の記載をすることが認められるようになっていく⁹⁵。

札幌地裁判決においては、性的指向は殆どの場合、自らの意思により選択・変更ができない性質であると認定し、このような性質を理由とする区別を合理的根拠のないものであると認定されている。ここで認定されている事実、性自認についても同様のことが言え、こちらも自らの意思により選択・変更ができない性質であると考えべきである。

(3) 考 察

性的指向・性自認と憲法第14条1項との関係を考えるとき、とりうる選択肢は3つある。① 後段列挙事由に含まれ保障される、② 後段列挙事由に含まれないが保障される、③ 後段列挙事由に含まれず保障もされない、である。後段列挙事由に含まれるが保障されないという状況は、想定し難いので考慮しない。

①の立場をとる場合は、後段列挙事由について

は特別意味説をとっていることが前提となる。他の立場では考える必要のない列挙事由のうちどれに該当するかも問題とする必要が生じるためである。該当可能性があるのは性別、または社会的身分である。他の人種、信条、門地に含まれると解することは、ほぼ不可能だろう。

性別について考える場合、過去に拙稿で取り上げた上述のBostock判決が参考になる。そこでは、性的指向・性自認に基づく差別は、性別に基づく差別と同一ではないが、差別の理由として必ず性別を参照するのであるから、性差別を禁止する規定によっても保護されるという結論が下されている。

具体例を挙げると、「男性の配偶者を持つ男性」と「男性の配偶者を持つ女性」を比較して、性的指向を理由として前者を差別するとき、それは必然的に性別を理由とした差別にもなるということである⁹⁶。性自認の例を考えると、それはより顕著に表れる。「出生時の性別が男性である女性」と、「出生時の性別が女性である女性」を比較して、性自認を理由として前者を差別するとき、これは明らかに「出生時の」性別に基づく差別である。なお、ここで男性の配偶者を持つ男性と女性の配偶者を持つ女性、あるいは出生時の性別が男性である女性と出生時の性別が女性である男性を比較すれば差別は存在しないと主張することは、比較対象の設定法として上記が誤っていてこちらの方が正しいというわけでもなく、上記の組み合わせの場合には依然として差別が存在するため、意味がない。

言い換えると、性別を考慮することなしに性的指向・性自認に基づく差別をすることはできないということである。本人の性別と性的魅力を感じる対象の性別を参照する性的指向という概念と、出生時の性別と自認する性別を参照する性自認という概念は、性別という概念と不可分であり、これを抜きに個別に取り出すことは不可能である。よって、性的指向・性自認に基づく差別は、性別に基づく差別でもあると構成することが妥当だろう。

社会的身分について考える場合、「性的指向も社会的身分に含めて捉えることは可能だろう」⁹⁷⁾のように、性的指向・性自認も社会的身分に該当するという指摘も存在する⁹⁸⁾ように、こちらの分類を考慮することも十分に可能であるように思われる。

ただし、性的指向・性自認が含まれるかを検討する前に、社会的身分の内容自体を明らかにしておく必要がある。社会的身分の解釈は、「生まれによって決まる社会的地位」とする狭義説、「広く人が社会において継続的に占める地位」とする広義説、「社会において後天的に占める地位で、一定の社会的評価を伴う地位」⁹⁹⁾または「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれらから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」¹⁰⁰⁾とする中間説の大きく三つに分かれている¹⁰¹⁾。ここで、後段列挙事由に特別の意味を見出す①の立場をとる以上、あまりに広範な広義説は採用し難い。また、狭義説は身分制のようなものを想定するのであれば現代日本社会においてはあまりに対象が狭く、家柄や生まれとれば門地との区別がほぼなくなり、いずれにせよ列挙事由として挙げる意義が薄くなる。中間説を採用するのが妥当だろう。

中間説をとった場合に性的指向・性自認が該当しうるかであるが、十分に該当しうるであろうものの、いくつかの問題点が想定される。一つには、要件として一定の「社会的評価」が求められるということである。現在でこそ認められるようになってきたものの、上で触れたように同性愛者への保護が進んできたのはつい最近のことであり、それ以前は同性間の性行為は犯罪とされるか性的逸脱と考えられてきた。そもそも、行為ではない属性としての同性愛というカテゴリも存在していなかった。このように社会的な認知自体がなされていない場合には社会的評価などは受けようもないことから、例えば現時点におけるノンバイナリやアセクシュアルのような、未だよく知られて

いるとは言い難い性的指向・性自認に関する問題に直面した場合の法的保護に不安が残る。つまり、社会的身分に含まれるとした場合、含まれるのは性的指向・性自認というカテゴリではなく、同性愛者・両性愛者・トランスジェンダーというそれより限定されたカテゴリに留まるのではないかということである。

いま一つは、性的指向・性自認については個人差が大きく、一概に後天的とか、一時的でないということが困難だということが挙げられる。例えば、自らを異性愛者だと認識していても子も孫もいるが、晩年になって自分が同性に惹かれることに気付いた、あるいは同性愛者であることを公に打ち明けたような場合¹⁰²⁾には、これは同性愛者または両性愛者としての地位を一時的でなく占めていると言えるだろうか。自らをトランスジェンダーと認識して戸籍上の性別を変更したが、後に不適合を感じ元の性別に戻すことを望むようになったような場合¹⁰³⁾はどうだろうか。性的指向・性自認は必ずしも生涯を通じて固定されたものではなく、人によっては自覚・公表が遅かったり、流動的であったりすることもあるのである。

上記のような場合を想定するのであれば、社会や本人の状況に左右される社会的身分要件に性的指向・性自認を読み込むよりも、性別に基づく差別を必然的に内包することから性別要件により性的指向・性自認もカバーされるとみる方が、既知のいわゆるLGBT¹⁰⁴⁾に限らない、当事者全体の保護にも資するのではないだろうか。

②の立場をとる場合は、後段列挙事由に特別な意味を見出すというよりは、差別される要因となった属性の性質に応じて平等保護に反するかを考えることになる。ここで社会的身分の内容を考える場合、広義説に近くなる。札幌地裁判決においては、「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いうことが出来る」と認定され、結果として違憲判決に繋がっている。最高裁の国籍

法違憲判決においても、嫡出子の身分は「自らの意思や努力によっては変えることのできない」ものとして考慮されており、自ら選択できる性質か否かが重視されていると言える。

ここでの問題点は、特別意味説をとらないことから、審査密度が十分に担保されるかが不明確である点である。自らの意思にかかわらず決定されるという性質の認定については札幌地裁判決も国籍法違憲判決もほぼ同様であるにもかかわらず、前者は「区別取扱いが合理的根拠を有するか否かの検討は、——真にやむを得ない区別取扱いであるかの観点から慎重にされなければならない」としている一方、後者は「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」としており、若干の温度差が存在する。保障の範囲を広くとるという意味においては確かに魅力的ではあるが、法的安定性を考えれば、①の立場をとった方が、より安定した判断が可能となるだろう。

③の立場をとることは、上記の議論及び性的指向・性自認に関する国際的な潮流を踏まえれば、妥当ではない。

2. まとめ——同性婚と法の下での平等

札幌地裁判決は、同性愛者の法的保護の憲法上の必要性を国内で初めて認めたという意味で間違いなく画期的な判決である。一方で、同判決が求める法的保護は必ずしも同性婚の形式を取る必要のないこと、憲法第14条1項違反の根拠と審査密度にやや曖昧さの残ること、原告の構成上仕方がないことではあるが両性愛者やトランスジェンダーが考慮から抜け落ちていることなどは課題点として挙げられる。審査密度の曖昧さについては、現にはほぼ同様の判断基準を用い、慎重な検討を要するとしている大阪地裁判決においても、判断が分かれてしまっている。明確に列挙事由に抵触するとした方が、安定した判断に資するのではないか。

同性婚と法の下での平等について考えるとき、それに関わる属性である性的指向・性自認について、

これらの概念が必然的に性別を参照し、性別と不可分であることから、性的指向・性自認に基づく差別がある場合には、それは第14条1項後段列挙事由である性別に基づく差別にあたるから、やむにやまれぬ立法目的があるか¹⁰⁵⁾、少なくとも重要な立法目的がなければ¹⁰⁶⁾第14条1項に違反すると考えるのが相当である。

そして、パートナーと婚姻しようとする戸籍上同性婚の状態となるような同性愛者、両性愛者またはトランスジェンダーを異性愛者と比較したとき、現代日本においてなお重要な意味を持ち、かつ大きな法的利益をもたらす婚姻制度に後者が自由にアクセスできる一方で、前者がこれを利用できる可能性を一切閉ざされていることは、婚姻をするか否かという人生において相当に重大な選択肢があらかじめ制限されていることと同義であり、婚姻制度が国家によって実現され、その制度内容の決定に大きな裁量を持つことを前提としたとしても、婚姻が子を持ち育てることのできる家族のみを保護する制度というわけではなく、いわゆる伝統的な家族観や一部反対する国民のいることによっても正当化できないから、第14条1項に違反すると解することが妥当である。

おわりに

本稿では、主に札幌地裁判決及び大阪地裁判決を参考として、同性婚と憲法第14条1項により保障される法の下での平等に関する考察を行ったが、上述のように同性婚をめぐる訴訟は各地で進行中であり、2022年11月30日には東京地裁でも判決が出るのが予定されている。これらの訴訟は、途中で同性婚が導入されでもしない限りは、最高裁まで争われることが予想される。今後の動向に注目したい。

また、アメリカの事例にみるように、同性婚の導入は、性的指向・性自認にまつわる問題を全て一挙に解決できるというわけではない。住居の賃貸借¹⁰⁷⁾や会員制ゴルフクラブへの入会¹⁰⁸⁾など、日常

生活レベルにおける困難はいくつもある。こういった課題に関しては、本稿では殆ど触れることができなかったため、今後の検討課題としたい。

注

- 1) 鳥澤孝之「諸外国の同性婚制度等の動向—2010年以降を中心に—」調査と動向 Number 798 国立国会図書館調査及び立法考査局行政法務課 (2013) 11頁。
- 2) NPO 法人 EMA 日本「世界の同性婚」<http://emajapan.org/promssm/world> (最終閲覧日2022年5月20日)。
- 3) 青山薫『『愛こそすべて』—同性婚／パートナーシップ制度と『善き市民』の拡大—』ジェンダー史学第12巻 ジェンダー史学編集委員会 (2016) 19-20頁。
- 4) 同上、20-21頁。
- 5) Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015)。
- 6) 司法院釋字第748號解釋 <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310929> (英語版) (最終閲覧日2022年6月10日)。
- 7) 札幌地判令3・3・17 LEX/DB 文献番号25568979。本判決に関しては、中岡淳「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 憲法 No.187, LEX/DB 文献番号 25568979 (2021)、渡邊泰彦「婚姻官ら生じる法的効果の享受＝同性婚? (結婚の自由をすべての人に北海道訴訟事件第一審判決)」新・判例解説 Watch 民法 (家族法) No.118, LEX/DB 文献番号25568979 (2021)、中曾久雄「同性婚と憲法」ジュリスト No.1561 有斐閣 (2021)、巻美矢紀「救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成—同性婚訴訟を手掛かりとして—」、毛利透「婚姻を異性間に限ることの合憲性」法学教室 No.492 有斐閣 (2021)、皆川洋美『『結婚の自由をすべての人に』訴訟—札幌地裁判決の意義と今後の展望について—』日本民主法律家協会編「法と民主主義」No.558 (2021) 46-47頁を参照した。
- 8) 大阪地判令4・6・20 LEX/DB 文献番号 25592785。
- 9) NHK news web「同性婚めぐる訴訟 東京地裁での審理終わる 判決は11月に」<https://www3.nhk.or.jp/shutoken-news/20220530/1000080396.html> (最終閲覧日2022年6月10日)。
- 10) 「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」第3条1項には、①十八歳以上であること、②現に婚姻をしていないこと、③現に未成年の子がないこと、④生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること、⑤その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること、の五つの性別変更のための要件が定められている。
- 11) 最小二決令2・3・11 LEX/DB 文献番号25570771において、未婚要件は、「現に婚姻をしている者について性別の取扱いの変更を認めた場合、異性間においてのみ婚姻が認められている現在の婚姻秩序に混乱を生じさせかねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くものとはいえない」として、憲法第13条、第14条1項、第24条に違反しないと判示されている。
- 12) 例えば、最小二決平31・1・23では、前掲注8の性別変更要件のうち、生殖腺の除去を要求する項が憲法に違反するかが争われたが、原告は、「生殖腺の除去という身体に著しい侵襲を伴う戻すことのできない手術をすることに恐怖を覚えていること」、「手術をしても身体的に男性になるわけではないこと」、「身体的特徴を基準に性別を判断する考え方に納得できないこと」などを、手術を受けなかった理由として一審で挙げている。なお、上記の要件については、同決定中の補足意見ですでに国際的に廃止の潮流があることが指摘されている。
- 13) 13世紀、トマス・アクィナスは、神学を整理するなかで自然に反する罪の内最も重いものの一つに同性間の性行為を挙げた。それ以降、その厳罰化がさらに加速した。
- 14) Buggery Act 1533 c.6.
- 15) Civil Partnership Act 2004 c.33.当初は対象が同性カップルに限定されていたが、2013年に同性婚が実現して以降は利用できる制度の選択可能性で異性カップルとの間に不均衡が生じたため、2019年に異性カップルも利用できるよう法改正された。Civil Partnerships, Marriages and Deaths (Registration etc) Act 2019 c.12. 芦田敦「【イギリス】異性間シビル・パートナーシップ規則の制定」外国の立法 no.282-2 国立国会図書館調査及び立法考査局 (2020) を参照。
- 16) Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 c.30.
- 17) 正式名称は、“The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association”。公式HP: <https://ilga.org/> (最終閲覧日2022年6月10日)。
- 18) ILGA “STATE-SPONSORED HOMOPHOBIA

- REPORT”, <https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report> (最終閲覧日2022年6月10日)。
- 19) ソドミー法の内容は、州によって異なっていた。例えば後述の Bowers 判決で問題となったジョージア州のソドミー法は、同性間・異性間にかかわらず、「一方の性器と他方の口あるいは肛門を使った性行為」を禁じていた。一方、Lawrence 判決で問題となったテキサス州のソドミー法は、その対象を同性間に限定していた。詳しくは、駒村圭吾「道徳立法と文化闘争—アメリカ最高裁におけるソドミー処罰法関連判例を素材に一」慶應義塾大学法学部内法学会研究会編 法學研究 第七十八巻第五号 (2005) 88-143頁を参照。
 - 20) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1971).
 - 21) Lawrence v. Texas, 539. U. S. 558 (2003).
 - 22) Baker v. Nelson, 191 N.W.2d 185 (1971).
 - 23) Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (1993).
 - 24) Goodridge v. Department of Public Health, 440 Mass. 309 (2003).
 - 25) Defense of Marriage Act, Pub. L, No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996). 通称 DOMA。
 - 26) United States v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013).
 - 27) 例えば、駒村圭吾「同性婚訴訟と憲法解釈—Obergefell v. Hodges 事件判決をめぐって—」日米法学会編 アメリカ法 (2016) 209-234頁、紙谷雅子「Obergefell v. Hodges について—アメリカ法の立場から—」日米法学会編 アメリカ法 (2016) 235-262頁、上田宏和「Obergefell 判決における同性婚と婚姻の権利」創価大学法学会編 創価法学 第46巻第1号 (2016) 1-32頁、小竹聡「アメリカ合衆国憲法と同性婚—Obergefell 判決をめぐって—」拓殖大学政治経済研究所編 拓殖大学論集 政治・経済・法律研究 第18巻第2号 (2016) 55-86頁など。
 - 28) Masterpiece cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 138 S. Ct. 1719 (2018). 判決の詳細は、拙稿「同性愛者の平等保護と信教の自由との対立—アメリカ合衆国最高裁判所判例を参考にして—」中央大学大学院研究年報編集委員会編 大学院研究年報第49号 法学研究科篇 (2020) を参照。
 - 29) Bostock v. Clayton County, 140 S. Ct. 1731 (2019). 判決の詳細は、拙稿「性的指向・性自認による差別と『性別』規定—米公民権法第7編の解釈を参考に一」中央大学大学院研究年報編集委員会編 大学院研究年報 第51号 法学研究科篇 (2022) を参照。
 - 30) 令和3年3月17日第204回国会衆議院法務委員会第4号における政府参考人の発言。
 - 31) 令和3年12月8日第204回国会衆議院本会議第2号における岸田内閣総理大臣の発言。
 - 32) 平成27年10月28日施行。なお、条例によるパートナーシップ制度の導入は全国でも珍しく、他の殆どの自治体は要綱により定めている。
 - 33) 同性パートナーシップ・ネット HP「全国自治体パートナーシップ制度 検討・実施状況」<https://samesexpartnership.wixsite.com/mysite-1/blank-8> (最終閲覧日2022年6月10日)。
 - 34) 東京都総務局人権部 HP「東京都の人権施策 東京都パートナーシップ宣誓制度」<https://www.soumu.metro.tokyo.lg.jp/10jinken/sesaku/sonchou/partnership.html> (最終閲覧日2022年8月25日)。
 - 35) 企業の導入事例については、企業のダイバーシティ・マネジメントを支援任意団体である Work with Pride (<https://workwithpride.jp/>) が毎年公開するレポートに詳しく紹介されている。
 - 36) 例えば (同性カップルの)「憲法上・法律上の婚姻制度の導入等については議論は進んでいない」(辻村みよ子「憲法 第7版」日本評論社 (2021) 111-112頁) のような指摘にとどまる。
 - 37) 例えば渋谷区のパートナーシップ制度成立の翌年の杉並区議会における小林ゆみ議員による発言に (渋谷区のパートナーシップ制度は)「憲法24条、94条に違反している疑いが強いことが指摘されて」いるという趣旨のものがある。杉並区議会会議録平成28年第1回定例会-02月15日-03号。
 - 38) 八木秀次「日本の家族観に基づく法判断を」産経新聞 web 版2015年3月2日コラム <https://www.sankei.com/article/20150302-SKUYEXE02RMYPAXY5VKSNCI5RE/2/> (最終閲覧日2022年6月10日)。
 - 39) 青森市 HP「市民の声 同性の婚姻届の不受理事由について」<http://www.city.aomori.aomori.jp/inquiry/detail?sheet-no=6219> (最終閲覧日2022年6月10日) を参照。
 - 40) ただし、国会での同性婚の憲法適合性に関する質問への答弁では、「当事者双方の性別が同一である婚姻—の成立を認めることは想定されていない。」と述べるにとどまり (令和2年2月14日第201回国会衆議院における「制定当時は想定していなかった同性婚と憲法との関係に関する質問主意書」への答弁)、同性婚が憲法上禁止されているとはしていない。

- 41) 長谷部恭男編（川岸令和執筆）「注釈日本国憲法（2）国民の権利及び義務（1）」有斐閣（2017）510頁。
- 42) 同上 510頁。
- 43) 木村草太「憲法と同性婚」杉田敦編「グローバル化のなかの政治」岩波書店（2016）88-89頁。
- 44) 最大判平27・12・16 民集第69巻第8号2427頁。
- 45) 白水隆「同性婚と日本国憲法」毛利透他編 比較憲法学の現状と展望 成文堂（2018）602頁。
- 46) 札幌地裁判決 3頁。
- 47) 同上 16-18頁。
- 48) 同上 26頁。
- 49) 同上 18頁。
- 50) 同上 18頁。
- 51) 同上 32頁。
- 52) 同上 35頁。
- 53) 同上 19頁。ここで引用された判例は、最大判昭39・5・27 民集18巻4号676頁、最大判昭48・4・4 刑集27巻3号265頁、再婚禁止期間違憲判決。
- 54) 同上 22頁。
- 55) 同上 23頁。
- 56) 同上 23-25頁。
- 57) 同上 32頁。
- 58) 同上 21-22頁。
- 59) 同上 22頁。
- 60) 最大判平20・6・4 集民第228号101頁。
- 61) 札幌地裁判決 被告第2準備書面 9頁。
- 62) 同上 10頁。これは同書面が引いている長谷部恭男「憲法 第7版」新生社（2019）187頁の「『両性の合意』という文言からすると、憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮に値するものとは考えていないように思われる」と同趣旨。渋谷秀樹「憲法 第3版」有斐閣（2017）463頁の「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」も同趣旨だが、渋谷は、これは「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「知見の変更があったことを不覚にも知らずに記したものであった」ため、「次の改訂では、「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」と改説したい」としている。同性婚訴訟に寄せられた渋谷意見書「憲法理論からみた同性婚の省察」15頁。 <https://www.call4.jp/file/pdf/202206/8ce53de2084e5a1edb95571cdeb9d8ed.pdf>（最終閲覧日2022年12月15日）。
- 63) 札幌地裁判決 被告第2準備書面 21-22頁。
- 64) 最大判昭62・9・2 民集41巻6号1423頁。
- 65) 札幌地裁判決 25-26頁。
- 66) 同上 26-27頁。
- 67) 同上29頁。
- 68) 卷「救済を視野に入れた憲法上の実体的な権利の構成」117-118頁、中岡「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」18頁、中曾「同性婚と憲法」86頁。
- 69) 札幌地裁判決 32頁。このフレーズは憲法第14条1項違反との結論を言う1頁中に繰り返し3回用いられており、本判決の射程の限界が強調されている。
- 70) 同上 31頁。
- 71) 日本産科婦人科学会「代理懐胎に関する見解」。 https://www.jsog.or.jp/kaiin/html/kaikoku/H15_4.html（最終閲覧日2022年6月10日）。
- 72) 卷「救済を視野に入れた憲法上の実態的な権利の構成」122頁。
- 73) 中岡「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」18頁。
- 74) 公益社団法人 Marriage For All Japan – 結婚の自由をすべての人に <https://www.marriageforall.jp/>（最終閲覧日7月20日）。婚姻の自由を保障するための訴訟、立法その他を支援し、性的少数者への社会の理解を促進することを目的とする団体。
- 75) 大阪地裁判決 4-22頁。
- 76) 同上 22-25頁。
- 77) 最大判平27・12・16 民集第69巻8号2586頁。
- 78) 大阪地裁判決 27-28頁。
- 79) 同上 28-30頁。
- 80) 同上 26頁。
- 81) 同上 31頁。
- 82) 同上 37頁。
- 83) 同上 25-26頁。
- 84) 最大決平25・9・4 民集67巻6号1320頁。
- 85) 大阪地裁判決 37-38頁。
- 86) 同上 38-39頁。
- 87) 同上 38-39頁。
- 88) 札幌地裁判決 29-30頁。
- 89) 大阪地裁判決 31頁。
- 90) 同上31頁。
- 91) 同上37頁。

- 92) 渋谷秀樹「憲法 第3版」有斐閣(2017) 203頁。
- 93) 法務省HP「性的指向及び性自認を理由とする偏見や差別をなくしましょう」http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00126.html (最終閲覧日2022年6月10日)。
- 94) ジュリー・ソンドラ・デッカー著、上田勢子訳「見えない性的指向 アセクシュアルの全て—誰にも性的魅力を感じない私たちについて (電子書籍版)」明石書店(2021)が詳しい。性愛はないが恋愛はする場合も、恋愛もしない場合もあり、その内実は個人差が大きい。
- 95) 本件について、パスポートの性別記載が男女の2通りしかないことでインターセックスの原告が自らの希望に添ったパスポートを取得できないことについて国務省を被告とした裁判で争われていたが、*Zzyym v. Pompeo*, 958 F.3d 1014 (2020)において原告の訴えを認めていた一審判決が破棄差戻とされていたところ、政権交代の影響もあってか、以降の判決を待たずに2021年6月に国務省が第三の選択肢を用意することを表明し、同年10月に初めて性別欄が「X」表記のパスポートが発行され、2022年4月より正式に制度として導入された。参考記事としてReuters「米、旅券の性別欄に「中立」の選択肢 多様な性自認に対応」<https://jp.reuters.com/article/usa-biden-transgender-idJPKCN2LT34A> (最終閲覧日2022年6月10日)。性自認が男女どちらでもない場合、国外ではノンバイナリ、国内ではXジェンダーと呼称されることが多いようである。
- 96) *Bostock*, at 9-10.
- 97) 長谷部編「注釈日本国憲法(2)」190頁。
- 98) 君塚正臣「大学生のための憲法」法律文化社(2018) 89頁。
- 99) 佐藤幸二「日本国憲法論」成文堂(2011) 206頁では、この立場をとると非嫡出子は「社会的身分」とは言えないとしながらも、「本人の努力ではいかんともし難い負の社会的評価(社会的差別観)が付着していると考えれば」、「社会的身分」と解する余地もあるとされている。このように考える場合には、もう一方の中間説とほぼ同旨となる。
- 100) 芦部「憲法」139-140頁。
- 101) 白水隆「憲法第14条第1項後段に列挙されていない事由に基づく区別とその違憲審査に関する一考察」帝京法学第29巻1号(2014) 205-207頁。
- 102) Today “90-year-old grandfather comes out as gay, searches for long-lost love” <https://www.today.com/news/90-year-old-grandfather-kenneth-felts-comes-out-gay-t188849> (最終閲覧日2022年6月10日)。
- 103) 日本経済新聞Web版2018年3月2日記事「性別再変更の訴え認める 性同一性障害で家裁」<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO27622210S8A300C1000000/> (最終閲覧日2022年6月10日)。
- 104) Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender の頭文字から。通常は、これらにの4カテゴリに限らず性的少数者一般を指す言葉として用いられる。
- 105) 後段列挙事由は、疑わしくも許されざるものとして全て厳格審査に付すべきとの説がある。辻村みよ子「憲法と家族」日本加除出版(2016) 110頁、君塚正臣「憲法14条『信条』による差別・再考—自由であるべきとされる『思想及び良心』との峻別は可能か—」横浜法学第27巻3号(2019) 111頁。
- 106) 芦部は、人種、信条による差別は厳格審査、性別、社会的身分による差別には厳格な合理性の基準を適用すべきとしている。芦部信喜「憲法 第七版」岩波書店(2019) 136頁。
- 107) 住居の賃貸契約は、同性同士だと断られるケースもあり、困難を感じる当事者も多い。この問題に関するデータとして、SUUMO「LGBTの住まい・暮らし実態調査2018」https://www.recruit.co.jp/newsroom/recruit-sumai/press/upload/SUUMO_LGBT_cyosa_20181004.pdf (最終閲覧日2022年6月10日)も参照。
- 108) 東京高判平27・7・1 LEX/DB 文献番号25540642: 女性に性別変更した原告が会員制ゴルフクラブへの入会を拒否された件について、私人間でも疾病を理由として不合理な取扱いをすることは許されないと、損害賠償請求が認められた。