

【論 説】

日本国憲法と同性婚・再論－Bostock判決を踏まえて－

大 野 友 也

1. はじめに

本稿は、「結婚をすべての人に」訴訟（以下、同性婚訴訟と呼ぶ）の弁護団から依頼され執筆した「意見書¹」に若干の加筆修正を施したものである。したがって、本文中に、「原告」「被告」という語句が出てくることがあるが、それらは主として同性婚訴訟における原告・被告を指す。

本稿では同性婚を認めないことが日本国憲法第14条1項の禁止する性差別に該当し違憲であると主張する。筆者はこれまで、「同性婚と平等保護²」「日本国憲法と同性婚³」の二つの論考で、同性婚を認めないことが憲法14条1項で禁止する性別に基づく差別に該当すると論じてきた。現在でもこの考えに変わりはない。

では何故改めてこの論考を公表するのか、以下述べる。この二つの論考で紹介・検討した理論（「比較方法論」あるいは「関係性の理論」）は、論文公表当時、影響力をほとんど持っていない理論であったところ、2020年6月に、アメリカ合州国最高裁がこの理論を使って、公民権法第7編の禁止する雇用領域での性差別には性的指向・性自認に基づく差別も含まれると判示した⁴。このBostock判決は、あくまで制定法解釈ではあるものの、理論としては上述の論考で紹介した理論と同じものであり、その射程は広い。そこで、Bostock判決の理論が

¹ 意見書は「婚姻をすべての人に訴訟」支援サイトの「訴訟資料」
<<https://www.call4.jp/file/pdf/202202/b5bb0ee84cbcbaba4e9eb4c3f60cf5e2.pdf>>に掲載されている。

² 大野友也「同性婚と平等保護」鹿児島大学法学論集43巻2号17頁（2009年）。

³ 大野友也「日本国憲法と同性婚」全青司452号6頁（2017年）。

⁴ Bostock v. Clayton County, Georgia, 140 S.Ct. 1731; 590 U.S. ___ (2020)。本判決の紹介として、大野友也「【判例研究】性的指向やトランスジェンダーであることに基づく差別が、公民権法第7編の禁止する「性別に基づく差別」とされた事例－Bostock v. Clayton County, Georgia, 140 S. Ct. 1731; 590 U.S. ___(2020) 鹿法55巻2号57頁（2021年）、中村良隆「雇用における性差別の禁止とLGBT－Bostock v. Clayton County, 140 S.Ct. 1731 (2020)－」比較法学54巻3号（2020年）。

同性婚の文脈にも適用可能であり、かつ説得的であることを示し、加えて、より多くの読者の目に触れることを願って、本稿を公表する次第である。なお前の二つの論考と記述が重複する部分もあることをあらかじめお断りしておく。

2. 性的指向・性自認に基づく差別が「性別に基づく差別」となることについて

憲法学説においては、14条1項後段列挙事由に基づく差別につき、原則として違憲性が推定され、それらに基づく差別については厳格審査に服するとするのが一般的な見解である⁵。それゆえ、同性婚を認めないことが性別に基づく差別ということになれば、その合憲性は厳格審査に服することになる⁶。

そして、同性婚を認めないことは、憲法14条1項後段で差別禁止事由として挙げられる「性別」に基づく差別だと構成できる。以下、その理論構成を述べる。

「性別」とは、通常、「男性」「女性」という区分を指す⁷。したがって、たとえば選挙権について男性に認めつつ、女性に認めないとすれば、これは性別に基づく差別となる。

では、同性婚を認めないことがなぜ性別に基づく差別といえるのか。ここでは、「比較方法論」と「関係性の理論」、そして「ジェンダーステレオタイプ理論」の3つを使って説明したい。

(1) 比較方法論

まず「比較方法論」とは、1つの点を除き全ての条件を同じくするもの同士

⁵ 辻村みよ子『憲法〔第5版〕』162頁（日本評論社、2016年）。

⁶ 「厳格審査」の下で規制が合憲とされるためには、(1) やむにやまれざる政府利益が存在すること、(2) その政府利益を達成するために厳密に適合した手段であること、の2点の立証が政府側に課されることとなる。辻村・前掲注(5) 161頁、長谷部恭男『憲法〔第8版〕』172頁（新世社、2022年）。芦部信喜は、性別に基づく差別については「厳格な合理性の審査」に服するとして、その審査基準の厳格度をやや緩和するが（芦部信喜『憲法〔第7版〕』136頁（岩波書店、2019年））、その理由ははっきりしない。アメリカ合州国最高裁の判例（*e.g.*, *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985)）に引きずられたのであろうか。

⁷ 辻村・前掲注(5) 165頁。なお、辻村は、社会的・文化的性差である「ジェンダー」に基づく差別も性差別とする。同書同頁。これらに加え、性同一性障害者特例法により性別を変更した者に対し、変更前の性別や変更後の性別を理由に差別することもまた性差別となるだろう。

を比較し、その唯一の違いを理由に取扱いの違いがもたらされる（＝差別されている）場合、その違いが差別の指標となっている、と理解するものである⁸。これを性的指向に基づく差別に適用すると、次のようになる。

まず、性別以外の条件（年齢や身長、職業、仕事の能力など）がすべて同じ2人の成人を想定する。便宜的に男性をA、女性をBとする。性別以外の条件が同じであるので、性的指向もまた、両者ともに男性に向かうものとする。

そのうえで、AとBがそれぞれ男性Cにプロポーズし、Cはいずれのプロポーズも受け入れる準備ができているとする。この場合、BとCは異性間であるため、現行法上、婚姻が認められる。しかしAとCはともに男性であるため、現行法上、婚姻が認められない⁹。AとBの違いはただ一点、性別のみである。つまり、BはCと婚姻できるのに、AがCと婚姻できないのは、Aが男性だから、ということになる。したがって、これはAが男性であることに基づき婚姻が認められないということになり、性別に基づく差別になる、という構成である。これが「比較方法論」である。

この比較方法論を用いて同性愛差別を性差別と認定した事例に、後述のBostock判決のほか、合州国第7控訴裁判所のHively判決¹⁰がある。

(2) 関係性の理論

「関係性の理論」は、比較方法論と似た構成であるが、着目点は、差別をされる当事者が親密な関係を結ぶ「相手方」である。すなわち、親密な関係を結ぶ相手方の特徴が差別指標となっている場合、その相手方の特徴に基づく差別と構成するものである。これを同性愛差別に適用すると、次のようになる。

⁸ この理論について、詳しくはSuzanne B. Goldberg, *Discrimination by Comparison*, 120 *YALE L.J.* 728 (2011).

⁹ なお、厳密に言えば、現行法上、同性婚を禁止する明文の法律は存在しない。あくまで婚姻届が受理されないだけである。大野・前掲注(2) 17頁。
なおこの点につき、憲法24条1項は、婚姻につき「両性の合意」という文言を用いているが、これを同性婚禁止規定と読む解釈は憲法学界において皆無に等しく、現在はいわゆる「許容説」が主流になりつつある。駒村圭吾「憲法24条2項についての意見書」<<https://www.call4.jp/file/pdf/202103/bf0980bee53168cfe5c88ef289f7559a.pdf> (call4.jp)> (2020年)、小竹聡「憲法と同性婚—ジェンダー法学的すすめ」法学セミナー 737号11頁 (2016年) など。

¹⁰ *Hively v. Ivy Tech Community College*, 853 F.3d 339, 345-47 (7th Cir. 2017).

男性Aが男性Cと親密な関係になった場合、この男性Aを差別するのは、親密な関係を取り結んだ相手方であるCの性別が男性だからである。すなわち、差別の指標が、親密な関係を取り結ぶ相手方の性別にあるとして、そこに性差別を見るのである。これが「関係性の理論」である。

この理論は、もともと、異人種婚を禁止するヴァージニア州法が合州国裁判所において違憲とされた Loving 判決¹¹ で用いられたものである。本件においてヴァージニア州は、異人種婚の禁止が白人・黒人双方に等しく適用されることから、差別ではないと主張した。これに対し合州国最高裁は、白人と婚姻した白人は処罰されないが、有色人種と婚姻した白人は処罰されることから、相手方の人種が処罰の根拠であって、これを人種に基づく差別だと判断したのである¹²。

当事者の人種ではなく、その当事者が親密な関係を取り結ぶ相手方の人種を理由に差別することを人種差別と構成することが「関係性の理論」であり、同性婚を認めないことにこれを応用したのが上述の議論である¹³。先に紹介した Hively 判決では、同性愛者に対する差別を性差別とする際に、この「関係性の理論」も用いられている¹⁴。

(3) ジェンダーステレオタイプ理論

ジェンダーステレオタイプ理論は、社会的に構成された「男性らしさ」「女性らしさ」という期待・偏見（＝ジェンダーステレオタイプ）に基づき、その「男性らしさ」から逸脱する男性、「女性らしさ」から逸脱する女性を差別することを性差別と認定するものである。

この理論は、アメリカ最高裁が Price Waterhouse 事件判決¹⁵ で採用した理論である。この事件では、会計事務所に勤務する女性 Hopkins が、男性らしい立ち居振る舞いをしていることを理由に昇進が認められなかったため、雇用領域で

¹¹ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

¹² *Id.* at 11-12.

¹³ 比較方法論・関係性の理論に基づき、同性婚を認めないことは性差別だとする主張として、大野・前掲注 (2)・(3)。

¹⁴ Hively, 853 F.3d at 347-49.

¹⁵ Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

の性差別を禁止する公民権法第7編に違反するとして提訴した事件である。最高裁は、「女性らしさ」から逸脱する言動をする女性を差別することは、ジェンダースtereotypeに基づく差別であって、第7編に違反すると判示した。

この理論を応用し、「男性らしさ」「女性らしさ」の中に、「男性は女性を愛するもの」「女性は男性を愛するもの」という期待・偏見があるとして、そこから逸脱する同性愛者を差別することを性差別だと構成するのが、ジェンダースtereotype理論に基づく性差別の認定である¹⁶。Bostock事件の最高裁における口頭弁論で、Bostock側の代理人弁護士がジェンダースtereotype理論に基づく性差別を主張している¹⁷。

(4) Bostock判決とその射程

これら3つの理論のうち、「比較方法論」を用いて、雇用領域における同性愛差別を性差別と判断したのが、合州国最高裁のBostock事件判決¹⁸である。以下でこの判決とその影響の大きさを紹介し、比較方法論の有用性、汎用性を示す。

このBostock事件は、性的指向や性自認を理由に解雇された者らが、性別に基づく雇用差別を禁止した公民権法第7編に反するとして提訴した事件である。控訴裁判所レベルで判断がわかれた¹⁹ため、合州国最高裁がサーシオラーイを認めた。そして合州国最高裁は、まさにこの「比較方法論」を用いて、

¹⁶ 上述の3つの理論については、石田若菜「1964年公民権法第7編における『性別に基づく差別』の解釈」駿河台法学33巻1号166-70頁（2019年）で詳しく紹介されている。

¹⁷ Transcript of Oral Argument at 5, *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 140 S.Ct. 1731 (2020) (No. 17-1618). なお、トランスジェンダー差別につき、この理論で性差別だと認めた判決として合州国第6控訴裁判所の*Smith v. City of Salem, Ohio*, 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004)がある。さらに、ここで紹介した3つの理論を全て提示して、同性愛差別を性差別と認定した合州国雇用機会均等委員会の決定として*Baldwin v. Foxx*, EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (July 15, 2015)がある。本件についても石田・前掲注(16)148-50頁で紹介がなされている。

¹⁸ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 140 S.Ct. 1731; 590 U.S. __ (2020).

¹⁹ 合州国第11控訴裁判所は性差別の主張を認めなかった(*Bostock v. Clayton County Board of Commissioners*, 723 Fed. Appx. 964 (11th Cir. 2018))のに対し、第2控訴裁判所(*Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100 (2nd Cir. 2018))と第6控訴裁判所(*Equal Protection Opportunity Commission v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018))は性差別を認定した。

性的指向・性自認に基づく差別は公民権法第7編が禁止する性差別にあたるとした。具体的には次のように述べている。「男性に魅かれる2人の従業員を想定してみよう。2人の従業員は、雇用主からすれば、一方が男性、もう一方が女性という点を除き、全ての点において等しい。もし雇用主が男性に魅かれるという理由でその男性を解雇したならば、雇用主は、女性には許されている特徴・行為に対して差別したことになる²⁰」。

判決自体は、同性愛者に対する差別が性差別になるとした解釈を、公民権法第7編の解釈に限定するかのようない言い回しをしている²¹。しかし本判決に付されたアリート裁判官反対意見はその射程の広さを指摘しているし²²、実際、**Bostock**判決以後、下級審において、様々な法領域で**Bostock**判決を援用して性差別が認定されてきている²³。以下、いくつか列挙してみよう。

① **Monegain v. Department of Motor Vehicles**²⁴では、トランスジェンダー女性に対し、職場において女性服の着用を禁止した服装規制が公民権法第7編違反とされた。**Bostock**判決では男女別の服装規定が性差別かどうかの判断は留保されたが、本件はそれを認めた。

② **Grimm v. Gloucester County School Board**²⁵では、トランスジェンダーの男子生徒に男子トイレの使用を禁止した高校側の措置が、連邦の助成金を受ける教育機関における性差別を禁止した教育改正法第9編に反するとされた。本件は合州国最高裁がサーシオレーライを認めなかったため、同判決が確定している。

③ **Walker v. Azar**²⁶では、医療現場でトランスジェンダーや同性愛者を差別したことが、医療現場で性差別を禁止する医療改革法（オバマケア）に反するとされた。**Whitman-Walker Clinic, Inc. v. U.S. Department of Health and Human**

²⁰ **Bostock**, 140 S.Ct. at 1741. 判決の詳しい内容については、大野・前掲注(4) 58-63頁。

²¹ **Bostock**, 140 S.Ct. at 1753.

²² *Id.* at 1778 (Alito, J., dissenting).

²³ バイデン大統領も、就任直後に**Bostock**判決の射程を拡大するよう命ずる大統領令を発している。

Exec. Order No. 13988, 86 Fed. Reg. 7023 (Jan. 20,2021).

²⁴ 491 F.Supp.3d 117 (E.D.Va. 2020).

²⁵ 972 F.3d 586 (4th Cir. 2020), *cert. denied*, __ S.Ct. __, 2021 WL 2637992 (Mem).

²⁶ 480 F.Supp.3d 417 (E.D.N.Y. 2020).

Services²⁷でも同様の判断がなされている。

④ *Jarrell v. Hardy Cellular Tel. Co.*²⁸では、ウェストバージニア州人権法が禁止する「性別を理由とする差別」には性的指向・性自認に基づく差別が含まれると判示されている。

以上のように、Bostock 判決のリーズニングは下級審において、公民権法第7編の文脈を超え様々な事例に適用されており、この判決で採用された「比較方法論」の有用性、汎用性が示されているところである。学説においてもBostock 判決のリーズニングが持つ射程の広さは何人も論者によって指摘されている²⁹。

以上の下級審判例を踏まえれば、同性婚を認めないことについても、この「比較方法論」を適用することに何の問題もなく、むしろ適用すべきであると考えられる。そしてその場合、同性婚を認めないことは14条1項が禁止する「性別」に基づく差別ということになる。なお、筆者としては、「関係性の理論」「ジェンダーステレオタイプ理論」を用いても、同様に、同性婚を認めないことは性差別と構成できると考える。これについては上述のとおりである。

なお、関係性の理論を用いて差別を認定したと解釈できる最高裁判官の意見として、尊属殺重罰規定違憲判決³⁰における田中二郎意見・色川幸太郎意見がある。両者はそれぞれ、「親」を殺害した場合に重く処罰すること自体を14条1項違反と認定している。尊属殺重罰規定は、Aを殺害した者がAと血縁関係がない場合は通常の殺人罪で処罰されるのに対し、Aを殺害した者がAの子どもであった場合、これを重く処罰するものである。田中・色川意見は、いずれも、そのような関係性に基づき、加害者を重く処罰することを14条1項違反と

²⁷ 485 F.Supp.3d 1 (D.D.C. 2020).

²⁸ 2020 WL 4208533 (S.D. W. Va. 2020).

²⁹ See Justin Blount, *Sex-Differentiated Appearance Standards Post-Bostock*, 31 *GEO. MASON U. CIV. RTS. L.J.* 217 (2021); Amy Post, Ashley Stephensa, & Valarie Blake, *Sex Discrimination in Healthcare: Section 1557 and LGBTQ Rights After Bostock*, 11 *CAL. L. REV. ONLINE* 545 (2021); Rachel Slepoy, *Bostock's Inclusive Queer Frame*, 107 *VA. L. REV. ONLINE* 67 (2021); Leonore F. Carpenter, *Bostock v. Clayton County, Georgia, and Its Effect on Pennsylvania's LGBTQ Community*, 91 *PA. B.A.Q.* 111 (2020); Virginia Foggo & John Villasenor, *Algorithms, Housing Discrimination, and the New Disparate Impact Rule*, 22 *COLUM. SCI. & TECH. L. REV.* 1 (2020).

³⁰ 最高裁 1973年4月4日判決、刑集27巻3号265頁。

しており、まさに相手との関係を根拠とする差別だと認定している。これは関係性の理論に通ずる理論構成である³¹。

このように、関係性の理論は、最高裁において多数意見を構成したわけではないものの、一部の裁判官によっても採用される理論でもある。

(5) 性差別に対する違憲審査

さて、同性婚を認めないことが性差別であるとしても、直ちに憲法違反となるわけではない。厳格審査の下でも合憲とされる可能性はあるからである。では厳格審査を適用して判断した場合、どのように判断されるか、以下、述べる。

厳格審査では、規制に違憲性が推定され、(1) やむにやまれざる政府利益が存在すること、(2) その政府利益を達成するために厳密に適合した手段が採用されていること、の2点の立証が、政府側に課される³²。

では、同性婚を認めないことについての政府利益とは何か。この点につき、被告である政府は同性婚訴訟において積極的に主張をしてきていない。このことは、同性婚を認めないことについて何ら正当な理由がないことを示している。また同性婚を容認しないことにつき正当な理由を示そうとする学術論文は筆者の調べた限り見当たらない。だがアメリカの判決の中で同性婚では子どもが生まれないという主張に触れられている³³ので、この点について付言する。

確かに、同性カップルは、異性カップルと異なり、子を出産することが通常は困難であろう。しかし女性同性愛者カップルであれば、第三者からの精子提供などを通じて子どもを生むことが可能であるし、実際、そのようなカップルも存在している³⁴。また、そもそも異性婚夫婦であっても法律上、子どもを生

³¹ 大隅健一郎裁判官も関係性の理論を採用しているように見えるが、「近親殺」を設けることは憲法に反しないとしており、関係性の理論を貫徹しているわけではない。

³² 前掲注(13)とその本文を参照。

³³ *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.N. 941, 946 (2003); *Conaway v. Deane*, 932 A.2d 571, 630-31 (2007). これらの判決については、大野・前掲注(2) 22-26頁。

³⁴ 杉山麻里子『ルポ同性カップルの子どもたち アメリカ「ゲイビーブーム」を追う』73頁以下(岩波書店、2016年)では、アメリカの話ではあるが、こうしたカップルについて触れられている。

むことが義務付けられているわけではないし、婚姻の要件として出産することや出産する能力が求められているわけでもない³⁵。それゆえ、同性婚を認めないことにつき子どもが生まれないことを理由とすることは失当である。

以上から、そもそも「やむにやまれざる政府利益」が存在しておらず、厳格審査をパスしえないため、同性婚を認めないことは違憲と評価されることになる。なお、芦部信喜がいうように、性差別に「厳格な合理性」の基準を適用したとしても、違憲との結論に違いはないだろう。厳格な合理性の基準であっても、「重要な政府利益」が求められるのであって³⁶、それが存在しているとは言えないからである。

さて、この主張に対しては、「性別」とは「男性」と「女性」という区別を指すのであって、性的指向を含まない、との反論が想定される³⁷。しかしこれは反論になっていない。というのも、「比較方法論」を適用する場合でも、「性別」は「男性」と「女性」という区分であることを前提に、その文言の解釈として性差別を認定しているだけだからである³⁸。

また、14条1項を制定した当時、「性別」に基づく差別として「性的指向」に基づく差別は含まれるという理解はされていないという、制定当時の理解、あるいは制憲者意思に基づく反論もあり得よう³⁹。しかしこれもまた説得的ではない。なぜなら、制定当時の理解に基づいて文言を解釈しなければならない理由はどこにもないからである。たとえば、現在、プライバシー権は当然に憲法13条の「幸福追求権」で保障されると解されている⁴⁰が、プライバシー権侵害がはじめて日本で争われた「宴のあと」事件では、そもそもプライバシー権

³⁵ 同性婚人権救済弁護団『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』172頁（明石書店、2016年）。

³⁶ 長谷部・前掲注（6）172頁。

³⁷ See Bostock, 140 S.Ct. at 1756 (Alito, J., dissenting).

³⁸ See *id.* at 1739.

³⁹ 札幌地裁2021年3月17日判決では、24条1項についてであるが、制定当時の理解をもとに、24条1項に基づく同性婚保護を否定する。

またアメリカの公民権法第7編の解釈においても、70年代～2000年代初頭までは議会の制定意図に基づく解釈がなされていた。See, e.g., *DeSantis v. Pacific Tel. & Tel. Co., Inc.*, 608 F.2d 327 (9th Cir. 1979).

⁴⁰ 長谷部・前掲注（6）149-56頁、最高裁2020年10月9日判決<https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/757/089757_hanrei.pdf>。

が実定法上の権利かどうか争点となった⁴¹。この例が示すように、憲法（や民法）で保障される権利は時代によって拡張されることがあるのであり、ある権利が制定当初に保障されることが否定されていた、あるいは明らかではなかったとしても、その後、保障が及ぶとされることはありうるのであって、憲法を制定当時の理解に基づいて解釈しなければならない、というわけではない⁴²。

さらに、そもそも制定当時の認識や制憲者意思を主たる根拠とすること自体にも問題がある。長谷部恭男が指摘するように、「制度が制憲者の考えていた通りに動く保証はもともとない」上、「制憲者意思という概念そのものが随分怪しげ」である。つまり、何を以て「制憲者の意思」と理解するかが確定していないからである。議会における政府の答弁が当時の理解を示す例であろうが、その憲法草案に賛成した議員らがすべてその政府の答弁と同じ理解を示していたというわけでもないだろう。加えて、制憲者は「多数人からなる機関ですから、それに何か『意思』があるっていう想定自体がもともとフィクションのはず」だからである⁴³。

以上の通り、制定当時の理解や制憲者意思を根拠に、14条1項の「性別」に「性的指向」が含まれないとする反論には理由がない。

以上のことから、同性婚を認めないことは憲法14条1項の禁止する性別に基づく差別に該当し、それを正当化する事由もないことから、違憲である。

3. 「性差別」との構成に対する反論⁴⁴への再反論

(1) 間接差別について

同性婚を認めないことによる同性カップルへの不利益を「事実上の結果ないし間接的な効果に過ぎない」と被告は主張する⁴⁵。すなわち、法律条文自体は

⁴¹ 東京地裁 1964年9月28日判決、判例時報 385号 12頁。

⁴² なお *Bostock* 判決では、立法過程の議論などの資料を使って解釈すること自体が消極的に評価されている。See *Bostock*, 140 S.Ct. at 1738.

⁴³ 長谷部恭男『*Interactive憲法*』59頁（有斐閣、2006年）。

⁴⁴ ここでの「反論」とは、主として同性婚訴訟における被告側からの反論を想定している。

⁴⁵ 同性婚訴訟において大阪地裁に提出された被告第5準備書面（2021年9月24日付）11-13頁。

内容中立であり、その内容中立の法律を適用した結果、付随的に異性カップルと同性カップルの間に差異が生じているに過ぎず、14条1項違反とまでは言えないと言うのである。

確かに夫婦別姓訴訟最高裁判決⁴⁶なども同様の判断をしているように見える。しかし、夫婦別姓訴訟と本件とは異なるものである。夫婦同氏の強制は、結果として圧倒的多数が夫側の氏を選択しており、結果として女性が不利益を受けているが、あくまで両者の話し合いの結果、本心はともかく形式的には同意した上で夫側の氏を選択している⁴⁷。

これに対し、同性カップルは、同意するも何もなく、そもそも婚姻制度自体を利用できない。意に反して同氏を強制される夫婦は、妥協してでも婚姻制度を利用したいと考え、いずれかの氏に統一して婚姻をする。しかし同性カップルは、妥協することができない。というのも、迫られるのは、結婚相手を同性から異性へ変更すること、すなわち、生来的で変更することのできない性的指向ないし性別の変更だからである⁴⁸。従って、「事実上の結果ないし間接的な効果」だとしても、ここでは同性カップルは同性婚をできない現状から直接に婚姻制度の利用が否定されているのであり、14条1項との緊張関係がより強まるといえる⁴⁹。そして異性カップルは一切排除されず、同性カップルのみが完全に排除されるという結果は、間接的というよりも、むしろ効果としては直接的な差別と言える。

さらに、ここで一つの思考実験を試みたい。現在の日本において、法律上は同性婚のみ認められ、異性婚が認められないと想定する。従って、男性は男性と、女性は女性とのみ婚姻できるものとする。婚姻に伴うメリットは、当然、同性カップルのみ享受できる⁵⁰。

⁴⁶ 最高裁2015年12月16日判決、判例時報2284号38頁。

⁴⁷ なお、筆者自身は夫婦別姓訴訟最高裁判決を支持せず、同性強制は憲法違反だと考えているが、本稿の趣旨から外れるため詳述は避ける。

⁴⁸ 性同一性障害者特例法に基づき、法律上、性別の変更をすることは可能ではあるが、ここでの文脈には関係がない。

⁴⁹ 安西文雄「間接差別と憲法」明治大学法科大学院論集20号11-12頁（2017年）。

⁵⁰ この思考実験は、九州訴訟の原告の一人である、こうぞう氏のフェイスブックにおけるこうぞう氏のコメントで示されたものである。なお、こうした法制度が非現実的だとかいった批判は無用である。ここで問題にしたいのは、現行の婚

これに対して、異性カップルが差別だと異論を唱えても、被告の論理からすれば差別は存在しないことになる。すなわち、同性婚のみ容認する法律は、男性に対しても女性に対しても等しく適用されるため中立であり、異性カップルが同性カップルに対して不利な状況となるのは、中立な法律の適用の付随的効果である、という主張になるからである。また、婚姻に伴うメリットを享受したいならば、男女とも同性同士で婚姻することが認められているのであるから、そうすればよい、ということになるだろう。

社会においては異性愛者が圧倒的に多く、同性愛者は少数派であるため、こうした想定はおそらく多くの異性愛者にとって非現実的なものであり、馬鹿馬鹿しく見えるであろう。だが他方でこうした法制度が実際に存在したとすれば、多くの者は違和感を抱くのではないか。なぜ同性同士で婚姻が認められるのに、異性同士では認められないのか、と。

この違和感の内容は、その指標を性的指向に見いだすか性別に見いだすかはさておき、「同性同士は婚姻できるのに、異性同士では婚姻できないのはおかしい」、すなわち「異性愛者（あるいは異性カップル）が差別されている」という感覚であろう。そしてこの違和感、差別されているという感覚こそ、現在の同性愛者、同性愛カップルが抱いているものである。

この思考実験からわかることは、同性同士のみの婚姻を認めるという法制度は、性的指向ないし性別に基づき異性カップルを差別するものだ、ということである。そうであれば、異性婚のみ認め、同性婚を認めないという法制度もまた同様に差別である。

以上から、間接差別だという主張は成り立たないと考える。

また被告が言うように仮に本件が間接差別であっても、問題が無くなるわけではない。実際、間接差別を裁判所が差別と認定した事例は過去に存在している。いわゆる三陽物産事件東京地裁判決⁵¹がそうである。この事件は、家族を有する世帯主と、世帯主でない者・独身の者との間に給与の違い（本人給の昇給の有無）が設けられたことが、結果として女性を不利に扱うことになってい

姻制度がはらむ差別性だからである。

⁵¹ 東京地裁 1994年 6月16日判決、判例時報 1520号 33頁。

るとして、労働基準法第4条（男女同一賃金の原則）に反するとして訴えられたものである。

被告会社は、規定が中立であり、女性であっても家族を有する世帯主であれば本人給の支給があると主張した。しかし裁判所は、「結婚した男女が世帯を構成する場合、一般的に男子が住民票上の世帯主になるというのが公知の事実である」とし、「その結果、世帯主・非世帯主の基準を適用するならば、女子従業員は、独身である間は非世帯主又は独身の世帯主の立場にあり、結婚すれば非世帯主の立場にあると言うことで、結局、終始本人給を据え置かれることになる」と認定した。そして、「住民票上、女子の大多数が非世帯主又は独身の世帯主に該当するという社会的現実及び被告の従業員構成を認識しながら、世帯主・非世帯主の基準の適用の結果生じる効果が女子従業員に一方的に著しい不利益となることを容認して右基準を制定したものと推認することができる」として、「女子であることを理由に賃金を差別したものである」と結論した。

このように、憲法第14条1項ではなく労働基準法4条の解釈について事案ではあるが、間接差別を以て性差別を認定した事例が存在している⁵²。

さらに、男女雇用機会均等法第7条は間接差別を禁止する規定となっている。間接差別禁止法理を確立したのは1971年の合州国最高裁 Griggs 事件判決であるが、これがヨーロッパでも採用され、2006年にも日本の男女雇用機会均等法で採用されるに至ったものである⁵³。学説においても、間接差別もまた憲法14条1項違反になるとするものが近年増加している⁵⁴。

⁵² 本判決が間接差別を認定したとする評価は学説でも共通する理解である。浅倉むつ子「賃金差別—三陽物産事件」労働判例百選 [第6版] 58頁 (1995年)、安西・前掲注 (49) 6-8頁。

この他に、阪神淡路大震災被災者自立支援金事件 (大阪高裁2002年7月3日判決 (判例時報1801号38頁)) も、自立支援金の支給に際し世帯主が被災していることを要件としていたことにつき、婚姻した男女につき男性側が世帯主となることが圧倒的に多いという社会的実態に照らして「自立支援金の支給において、女性を男性よりも事実上不利益に取り扱う結果となる」として差別を認定して世帯主ではない被災者への支援金の支払いを命じており、間接差別が法的に許容されない差別を構成することを認めている。

⁵³ 浅倉むつ子「間接差別」法学教室315号2頁 (2006年)、相澤美智子「間接差別法理の内容と適用可能性」日本労働研究雑誌538号32頁以下 (2005年)。

⁵⁴ 安西・前掲注 (49) 22頁、君塚正臣「憲法とジェンダー—日本国憲法は性別を

このように、法律や学説でも間接差別を禁止すべきとする流れが主流となりつつある。従って、被告が主張するように、間接差別であったとしても、現代においてはそれを等閑視すべきではなく、政府としてその間接差別の解消に努めるべきである。

(2) 国家による差別的メッセージ抑制義務

14条1項が保護する価値は、「差別されないこと」である⁵⁵。この点を丹念に検討した木村草太によると、差別とは「ある行為の背景にある蔑視感情・嫌悪感などの心理を指摘して用いられる言葉」である⁵⁶。そして差別感情が社会に広く共有されることで、差別者と被差別者の間に非対称性が生じ、これによって被差別者は、自己への差別を認識し、さらにその差別が社会に広く共有されているという認識をもつことになる⁵⁷。このことは、被差別者が新しく出会う人々に対し一定の警戒感を持つことになり、また差別指標への言及に神経質になる。これは被差別者にとって大きなストレスとなる⁵⁸。加えて、差別感情が共有されることで、差別者は罪悪感を抱きにくくなり、感情がエスカレートすることで、差別感情の発露行為が増大し、被差別者に酷な状況が生ずる⁵⁹。

それゆえ、国家は、こうした差別を助長してはならず、また自らの発する差別的メッセージに敏感でなければならないとされる⁶⁰。またその「差別的メッ

どのように考えているのか」法律時報78巻1号5-6頁（2006年）、白水隆「憲法上の平等概念と間接差別—カナダにおける議論を素材として—（一）～（三・完）」法学論叢170巻3号89頁以下・171巻4号67頁以下・171巻5号66頁以下（2011-12年）、同『平等権解釈の新展開—同性婚の保障と間接差別の是正に向けて』（三省堂、2020年）、岡田孝嘉「意図せざる差別の憲法的規制（1）（2・完）」広島法学37巻3号1頁以下・37巻4号49頁以下（2014年）、黒岩容子「間接性差別禁止法理の形成と『平等』『差別』概念の発展—EU法における展開を素材として—」朝倉むつ子・西原博史編著『平等権と社会的排除人権と差別禁止法理の過去・現在・未来—』65頁（成文堂、2017年）など。

⁵⁵ 木村草太『平等なき平等条項論—equal protection条項と憲法14条1項』190頁（東京大学出版会、2008年）。

⁵⁶ 同上、184頁。

⁵⁷ 同上、149頁。

⁵⁸ 同上、150頁。

⁵⁹ 同上。

⁶⁰ 同上、189頁。

セージ」を意図せずに発信してしまうこともある⁶¹。この場合どうすればいいのかという、差別的メッセージを読み取った者がいた場合、誠実に対応することが国家の義務だ、と木村草太は主張する⁶²。具体的には、国家は差別感情に基づく行為をしてはならない、意図せざる差別的メッセージの発信について誠実な対応をしなければならない、というつの要請を憲法上の要請だと木村草太はいう⁶³。

これを同性婚の文脈で見るとどのようなようになるか。

たとえば、九州訴訟原告・こうすけ氏は裁判所での意見陳述の最後にこう述べている。「私の、苦しかった子ども時代、嘘で塗り固めた青春時代、親にさえ、死別の直前まで本当のことを言えない人生。そこには、『同性愛なんて気持ち悪い』、『同性愛者の結婚なんて認めなくていい』という制度や社会も、大きく影響をしていたのではないかと、今になって思います⁶⁴」と。ここに指摘されているのは、「同性婚は認められない」と国がメッセージを発することで、同性愛者らが自分たちは差別されていると感じているという事実と、社会での同性愛差別を助長しているという事実である⁶⁵。先の木村草太の指摘を踏まえるならば、同性婚を認めない現状が、同性愛者に差別の存在を強く意識させ、また社会における差別感情の共有を助長しているのであり、国家はこれを抑制するために誠実に対応することが憲法14条1項から要請される。そしてここでの誠実な対応とは、同性婚を婚姻として認めることに他ならない。そしてそれを通じて同性愛者も異性愛者と等しく婚姻をする権利があることを同性愛者たちに伝えることで、彼らは自分たちの存在を肯定することができ、また社会に対して同性愛差別は許されないという強いメッセージを発信することになるだろう⁶⁶。

⁶¹ 同上、190頁。

⁶² 同上、191-92頁。

⁶³ 同上、192-93頁。

⁶⁴ 原告こうすけ氏意見陳述（2019年12月2日）6頁<<https://www.call4.jp/file/pdf/201912/c16504641644cea4da44df9ab322b7a6.pdf>>。

⁶⁵ この指摘は30年前からなされている。風間孝「私はなぜ裁判を決意したか第一回 口頭弁論冒頭意見陳述」インパクション71号66-67頁（1991年）。風間孝は府中青年の家訴訟の原告の1人である。

⁶⁶ 鳩貝啓美「世田谷発 同性パートナーがよりよく暮らせる未来へ」棚村政行・中

従って、「事実上の結果ないし間接的な効果に過ぎない」としても、それが国による差別的メッセージの発信になっている以上、国がこの現状を維持することは許されない。

4. おわりに

本稿では、合州国最高裁の **Bostock** 判決のリーズニングを用いて、日本で同性婚を認めないことが日本国憲法14条1項の禁止する性差別に該当することを論証してきた。その論証が成功しているかどうかは読者の判断に委ねたい。

本稿は「はじめに」でも記したように、同性婚訴訟において裁判所に提出された「意見書」に基づいている。その意見書ないし本稿で紹介した理論が採用され違憲判決が出され原告らが勝訴したならば、筆者にとって無上の喜びである。またこの理論がされなくとも、原告らが勝訴し日本で同性婚が実現することを心から願う。

川重徳編著『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』275頁（日本加除出版、2016年）では制度による変化につき紹介がなされている。また原告こうぞう氏の意見陳述（2021年5月10日）5頁 <<https://www.call4.jp/file/pdf/202105/25c52513e9d9724b1a46e31ef6cdfb73.pdf>> も参照せよ。