

同性婚と平等保護⁽¹⁾

大野友也

1. はじめに

日本において同性婚は認められていない。しかし民法上、同性婚を否定する明文規定はない。実際、民法731条以下の婚姻の要件に、「同性でないこと」は含まれておらず、同742条以下の婚姻の無効・取消理由にも「同性であること」は含まれてはいない⁽²⁾。明確な法的根拠もないまま同性婚が認められないことにより、当事者たちは、夫婦が享受できる税制上の優遇措置が受けられない、公営住宅に入居できない、婚姻による精神的満足を得られないといった不利益を被っている。では、同性婚を認めないことは、憲法上問題がないのだろうか。

憲法学説では、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し…」とする日本国憲法第24条1項に基づき、同性婚を憲法上の権利としては消極的に解するものが多い⁽³⁾。しかし、日本国憲法第14条1項後段は、社会的身分や性別に基づく差別を禁止している。同性婚の禁止は同条に違反しないのか、本稿ではその可能性を探る。14条に焦点を当てるのは、同条項が、24条と異なり、家族・婚姻という文脈に限定されず、同性愛者に対する差別全般に適用できる可能性があるということと、14条1項後段列挙事由に基づく差別には厳格審査が妥当するという憲法学説にメリットを見出すからである。

以下では、同性愛者に対する差別は性に基づく差別に該当するという構成の可能性を中心に検討する。その手がかりとして、同性婚を認めないことは憲法が定める平等保護に違反するとの判決が出されているアメリカにおける議論を見ていく。

2. アメリカにおける同性婚訴訟

ここでは、州裁判所の判例を見る⁽⁴⁾。州裁判所の判例を取り上げるのは、合州国では、婚姻は州の権限とされており、同性婚に関する訴訟も州裁判所で扱われ

(1) 本稿は、大野友也「同性婚と平等保護」鹿法43巻2号（2009年）17頁以下と内容が大幅に重複するが、ご容赦頂きたい。

(2) ただ、民法上は「夫婦」という文言が使用されており、このことは、婚姻が男女間でなされることを前提としているように見える。

(3) 樋口陽一『憲法（第3版）』（創文社、2007年）278頁、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）413頁など。

(4) 事案の概要や、判示内容の詳細については、大野・前掲注（1）20頁以下を参照。

ているからである。

Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Haw. 1993) において、ハワイ州最高裁は、婚姻を男女間に限定するのは、婚姻申請者の性に基づく差別であると判断した。そして性差別には厳格審査が適用されるとして、原審を破棄し、差し戻した。差し戻し審では、やむにやまれざる政府利益の立証がなされていないとされ、違憲判断がなされた。しかし州憲法の修正がなされ、「議会は、婚姻を異性間に限定する権限を持つ」とされた。これによって、同性婚禁止が州憲法違反とはならなくなり、本件も最終的に敗訴となった。

Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003) において、マサチューセッツ州最高裁は、同性婚を認めないのは性的志向に基づく差別であるとし、合理性の審査を行なった。しかし審査基準については、合理性審査で違憲の結論が導かれるからという理由から、厳密な検討はされていない。

合理性審査の下、主張された政府利益は、生殖に適した環境の提供、両性の親の下という子育てに適した環境の促進、州／私人の、有限な資源の保護という3つの利益である。裁判所は、この3つの政府利益に就き、いずれも、同性婚禁止という手段との合理的関連性がないとした。さらに、同性婚を認めない結果、同性婚カップルが育てている子どもがこうむる不利益という付随的効果の大きさに着目し、こうした不利益は同性愛者への偏見に基づく差別に由来すると認定した。加えて、私人の偏見を増大させる効果があるとして、州憲法が保障する平等保護条項に反すると結論した。

さらに、州議会がシヴィル＝ユニオン制度を構想し、その是非について州最高裁に意見を求めた *In re Opinions of the Justices*, 802 N.E.2d 565 (Mass. 2004) では、シヴィル＝ユニオン制度が同性愛者を低い地位に置くものであり、二級市民を作り出すものであるとして、違憲との判断がなされ、その結果、マサチューセッツ州では、2004年に異性婚と同じ保護を同性婚にも認めることとなった。

Conaway v. Deane, 932 A.2d 571 (2007) において、メリーランド州最高裁は、同性愛者らは「疑わしい区分」ではないとして、合理性審査を行なった。そして、政府利益として主張された、男女間での婚姻という伝統的制度の維持、出産の促進は、いずれも目的と手段に合理的関連性があるとして、合憲との結論を導いた。

3. 検討

平等保護条項違反を問うに際しては、いくつかの構成が考えられる。第一に、*Goodridge* 判決が採用した「性的志向に基づく差別」という構成である。しかし、このような構成をした場合、*Conaway* 判決に見られるように、性的志向に基づく区分は「疑わしい区分」ではないとして、同性婚の禁止に対して合理性審査が適用され、合憲とされる可能性が高いため、戦略としては評価しにくい。

分科会1日目（セッション4）

日本においては、これに似た構成として、「性的志向に基づく差別」を、社会的身分に基づく差別とする構成が考えられる⁽⁵⁾。「社会的身分」が何を意味するのかについては、広義説・中間説・狭義説の3説があるとされ、決着がついていないため、同性愛者がここに含まれるかどうかについては争いがありうる。狭義説のように、出生によって決定される社会的な地位・身分とすれば含まれるかもしれないが、中間説のように、「社会において後天的に占める地位であり、一定の社会的評価を伴うもの」などとすれば、現在の研究では性的志向が先天的なものと考えられている以上、ここには含まれないとされる可能性もある。そこで性に基づく差別という道を考えてみる。

「性に基づく差別」という構成は *Baehr* 判決で採用された構成である。同性婚を認めないのは、婚姻を望む当事者の「性」に着目した差別と構成できる。性別以外の要素が等しいA男・C女を想定する。B女は、A男・C女の両者から婚姻を申し込まれ、いずれの求婚についても許諾してよいと考えているとする。この場合、A男は、B女と婚姻できるが、C女は、B女と婚姻できない。これは、C女が「女性」であるが故にB女と婚姻できない、と構成できる。このように構成すれば、当事者の性に基づく差別だという構成ができるのではないか。

これに対し、同性婚を認めないのは、男性に対しても女性に対しても同じであり、いずれか一方の性が不利に扱われている訳ではない、との批判がありうる。こうした批判に対しては、*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1968)との類比によって反論がなされている。*Loving* 判決は、ヴァージニア州における異人種婚の禁止の合憲性が争われた事件である。州は、白人にも黒人にも等しく法が適用されている（＝法適用の平等）を主張したが、合州国連邦最高裁は、異人種間での行為を処罰するのは、人種に着目した差別であり、違憲と判示した。これと同じように、同性同士の婚姻を認めないのは性に着目した分類だ、と構成できる。

これに対して、異人種婚禁止は黒人を劣位に置き“White Supremacy”を維持するものであるため、人種差別だと構成されたのに対し、同性婚禁止は女性を劣位に置くものではない、との反論がなされる。確かに、同性婚を認めない者が、異人種婚禁止で目指された黒人差別と同様の意味で女性差別をしているという主張には違和感を覚える。しかし、婚姻を男女に限定するということは、男女の役割というものを何かしら認めているからではないだろうか。何らかの男女の役割というものを認めないのであれば、婚姻を男女に限定する理由は何であろうか。その理由に“女性(妻)はこうあるべきだ”というステロタイプが想定されている、つまり、同性婚禁止は女性を劣位に置き“Male Supremacy”を維持するもので

(5) 君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」百選I（第5版）69頁、赤坂正浩「公共施設は同性愛者の宿泊を拒否できるか」棟居快行ほか『基本的人権の事件簿（第2版）』（有斐閣、2002年）31頁など。

ある、とみることはできないだろうか。

さらに、性に基づく差別という主張とは異なるが、同性婚を認めないことにより生ずる、同性愛者に対する「差別的効果」も問題となりうる。政府が同性婚を認めないことにより、同性愛者は劣った者だというメッセージを送る（ないし、スティグマを押し付ける）可能性がある。平等保護条項がこうした差別の後押しをすべきではないという要請をしていることは木村草太の著書に詳しいが⁽⁶⁾、Goodridge判決における、「私人が有する偏見は法の管轄外であるが、法は、直接的であれ間接的であれ、それらを後押しするようなことがあってはならぬ」という連邦最高裁の言い回しの引用⁽⁷⁾にもそれを伺うことができる。

日本国憲法第14条1項後段の「差別されない」という部分について、木村草太は、「差別的効果」の除去の要請を読み取る⁽⁸⁾。そして、府中青年の家訴訟において、原告は「同性愛者の青年の家の利用を認めないという決定は、『公共施設すら使えない人間』というレッテルを貼られたに等しい」⁽⁹⁾との主張をしている。つまり、木村の主張を採用するならば、同性愛者が異性愛者よりも不利に扱われ、それにより同性愛者たちがスティグマを押し付けられているならば、そこに政府行為による差別的効果を認め、憲法14条違反の主張が可能となる⁽¹⁰⁾。

4. おわりに

以上検討してきたように、同性婚を認めないことは、性に基づく差別という主張が可能であるように思われる。

(おおの・ともや=鹿児島大学法文学部准教授)

(6) 木村草太『平等なき平等条項論』（東京大学出版会、2008年）184-94頁。

(7) 798 N.E.2d, at 968. これは、Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429, 433 (1984) からの引用である。

(8) 木村は、非嫡出子相続差別事件最高裁決定（1995年7月5日）反対意見における、日本において非嫡出子が劣位者とみなされる感情が強いのは、民法900条4号但書も一因だとして同条項を違憲とする主張に注目している。

(9) 風間孝「私はなぜ裁判を決意したか」インパクション71号（1991年）67頁。

(10) なお、この「差別的効果」の判断基準であるが、政教分離違反を審査する際の目的効果基準の「効果」テスト、ないしエンドースメントテストのようなものではないかとの印象を筆者は抱いている。詳しくは今後の研究課題としたい。