

## LGBT

第2弾

## 近時の動向を裁判例から読み解く

近時、メディア等で「LGBT」という言葉を見る機会が増えた。LGBT(エル・ジー・ビー・ティー)とは、レズビアン(Lesbian)、ゲイ(Gay)、バイセクシュアル(Bisexual)、トランスジェンダー(Transgender)の頭文字を取った総称である。性的指向及び性自認における少数者を表し、セクシュアル・マイノリティ(性的少数者)とも言われる。

LIBRAは2016年3月号で「LGBT—セクシュアル・マイノリティ(性的少数者)—」を特集したが、その後わずか数年間における裁判例の蓄積には目覚ましいものがあり、また、地方自治体や職場、諸外国においてもLGBTの権利を守る制度が急速に整備されつつある。この度、ふたたび、性の平等に関する委員会の皆様のご協力によって、近年の動向について裁判例をとおして概観できる大変充実した内容をお届けできることとなった。

少数者に優しい社会は、誰に対しても優しい社会である。しかし、価値観が多様化する現代において、誰が少数者に属するのか、見分けることには意外な困難が伴う。本特集には、日ごろ人権感覚に敏感であると自任する弁護士にとっても刮目すべき内容が多く含まれていると自負している。ぜひご一読いただきたい。

LIBRA 編集会議 佐藤 顕子, 坂 仁根

## CONTENTS

I はじめに	4頁
II 「結婚の自由をすべての人に」 訴訟の概要と現状	6頁
III 近年の裁判例	9頁
IV コラム	18頁

## はじめに

性の平等に関する委員会委員 土屋 裕太 (66期)

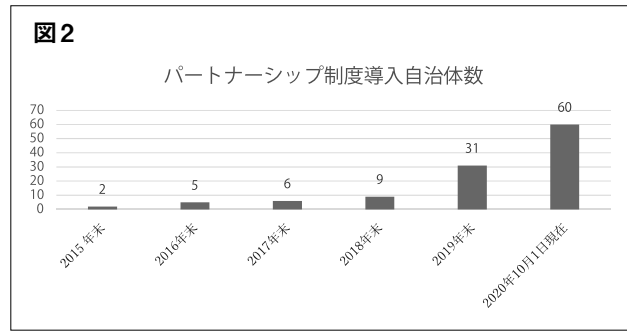
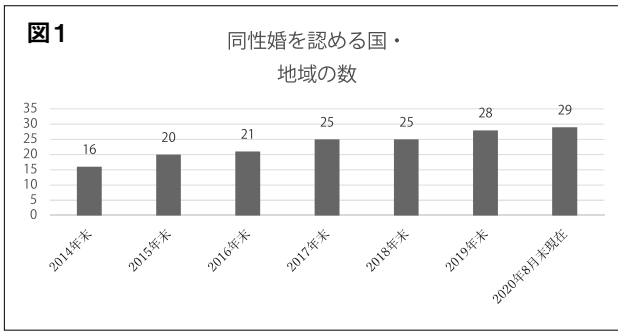
前回、LGBTについての特集が組まれた2016年3月号以降、性的マイノリティといわれる人々の存在の可視化が、次第に進んできたように思われる。これに呼応するように、十分とは言えないものの、各種行政の施策も実行されてきた。また、勇気ある当事者が声を上げ、裁判上の手続が行われていることも報道されているところである。

本特集では、代表的な裁判上の事件を紹介するが、以下では、これに先立ち、近時のLGBTの権利

を取り巻く流れを概観したい。なお、用語の解説や、LGBTに関する基礎知識については、LIBRA2016年3月号の特集及び本特集17頁を参照されたい。

## 1 同性婚についての流れ

世界に目を向けた場合、同性婚を認める国・地域数は、2014年には16であったが、2020年8月末現在で、29に増加している(図1)\*1。2019年5月に



台湾がアジアで最初の同性婚承認国となったことが注目される。

日本においては、2019年2月14日に、同性婚を認めないことが憲法違反であることを真正面から問う日本初の訴訟が全国の4地裁（のちに5地裁となる）に提訴され、本稿執筆時においていずれも係属中である。

## 2 パートナーシップ制度の流れ

2015年10月に東京都渋谷区で始まったパートナーシップ制度は、大都市に限らない全国に広がり、2020年10月1日時点で、60自治体に導入されている（図2）\*2。

全国で、同性カップルが直面する困難が認識されてきたこと等、それ自体は歓迎すべき流れであるが、普遍性を持つ人権問題であるはずであるのに法律による保護が不十分であることが、その背景にある。

## 3 教育現場における流れ

文部科学省は、「性同一性障害に係る児童生徒に対するきめ細かな対応の実施等について」と題する通知（2015年）、「性同一性障害や性的指向・性自認に係る、児童生徒に対するきめ細かな対応等の実施について（教職員向け）」と題する教員用マニュアル（2016年）により、LGBTに対する具体的な方策などを発表した。

2017年改訂の学習指導要領にはLGBTに関する事項は盛り込まれなかったが、2020年までの間に高校、中学校及び小学校の教科書に、LGBTについての記述を盛り込むものが登場した\*3。

## 4 職場における流れ

企業において、LGBTが働きやすい職場をつくることの重要性の認識が普及しはじめている。LGBTに関する企業等の取組みの評価指標である「PRIDE指標」による評価を受けるための応募は、2016年の82件から、194件に増加している\*4。

厚生労働省告示「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置についての指針」（セクハラ指針）においては、被害者の性的指向又は性自認にかかわらず、同指針の対象となることが明記され、2020年に新設された「事業主が職場における優越的な関係を背景とした言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針」（パワハラ指針）では、相手の性的指向・性自認に関する侮辱的な言動を行うことや、性的指向・性自認について当該労働者の了解を得ずに他の労働者に暴露することを、職場におけるパワーハラスメントの例として挙げている。

また、2020年5月、厚生労働省は、「多様な人材が活躍できる職場環境に関する企業の事例集 ～性的マイノリティに関する取組事例～」を公表している\*5。

## 5 その他

自治体の取り組みとしては、東京都が、2018年、性自認及び性的指向を理由とする不当な差別的取扱いを禁止する条例を制定した\*6。また、大阪市（2017年報道）\*7及び愛知県（2020年報道）において、同性同士のカップルが里親認定されたことが報じられた。

\* 1：もとデータは、一般社団法人MarriageForAllJapan—結婚の自由をすべての人に 調べ。https://www.marriageforall.jp/marriage-equality/world/  
 \* 2：もとデータは、同性パートナーシップ・ネット調べ。https://samesexpartnership.wixsite.com/mysite-1/blank-8  
 \* 3：https://www.outjapan.co.jp/lgbtcolumn\_news/news/2020/3/31.html  
 \* 4：「PRIDE指標2016 レポート」「PRIDE指標2019 レポート」https://workwithpride.jp/pride-i/  
 \* 5：厚生労働省HP https://www.mhlw.go.jp/content/000630004.pdf  
 \* 6：東京都総務局人権部HP https://www.soumu.metro.tokyo.lg.jp/10jinken/tobira/  
 \* 7：https://www.outjapan.co.jp/lgbtcolumn\_news/news/2017/4/1.html

# 「結婚の自由をすべての人に」訴訟の概要と現状

～同性間の婚姻が認められていないことの憲法違反を直接問う日本で初めての訴訟～

性の平等に関する委員会委員 寺原真希子 (52期)  
委員 服部 咲 (68期)

## 1 問題の所在

民法739条1項は「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」と定め、同法731条から737条には婚姻障害事由が列挙されているが、相手が法律上異性であることを明示的に求める規定はない。

しかし、一般には、民法や戸籍法の「夫婦」との文言は男性である夫及び女性である妻を意味するとされ、法律上同性の者との婚姻は認められないと解釈されている。その結果、同性の者同士が婚姻届を提出しようとしても、不適法として受理されない。

## 2 提訴

2019年2月14日、同性間の婚姻が認められていない現状が憲法違反であるにもかかわらず立法を行わないという国会議員の立法不作為によって精神的損害を被ったとして、札幌・東京・名古屋・大阪の同性カップル（性的指向が同性に対して向いている者同士のカップル）が、慰謝料の支払を求め、国を被告として、国家賠償請求訴訟を一斉に提起した。

その後、同年9月には福岡の同性カップルが、2020年3月には熊本の同性カップルが、さらに提訴し、現在すべての訴訟が全国各地（6件5地裁）にて係属中である。

なお、戸籍上の性別変更の実現が容易でないために、様々な事情から戸籍上の性別を変更できないトランスジェンダーがいる。このようなトランスジェンダーで性的指向が異性に対して向いている者が異性（自認する性別から見た場合の異性）とカップルになった場合、戸籍上の性別は同性同士のため、性的指向が

同性に対して向いている者同士のカップルと同様、婚姻できないという事態が生じている。このような不都合を解消すべく、トランスジェンダー男性（戸籍上の性別は女性で自認する性別は男性）とシスジェンダー女性（戸籍上の性別も自認する性別も女性）の異性愛カップル（戸籍上は同性カップル）を原告とする新たな訴訟の提起も予定されている（本稿執筆時点）\*8。

## 3 原告らの主張（憲法違反部分）

### (1) 婚姻の自由の侵害（憲法24条1項）\*9

憲法13条が保障する自己決定権は、個人の人格に深く関わる事柄について公権力の介入・干渉を受けずに自ら決定する権利であるところ、望むときに望む相手と法律婚をなすという選択肢を持つことは、個人の自己実現にとって不可欠である。

婚姻の自由が憲法上の権利とされたのは、それが、憲法の基本価値である個人の尊重（13条）に不可欠だからである。すなわち、婚姻の自由の保障は、①個人のその人らしい自己実現に欠かせず、また、②民主政の基盤として特別の重要性を持ち、さらに、③婚姻制度が人の個性や価値観を問わずすべての人に開かれていることが公正な社会の基盤（インフラ）として重要なのである。法律上同性の者との婚姻についても、上記①ないし③は完全に妥当する。

憲法24条1項は、当事者が異性同士であることを婚姻の条件と明記しておらず、憲法上の婚姻が異性間でしか認められないとも明記していない。「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」とは、個人の自由のない明治憲法下の婚姻を否定し、第三者による干渉を排除し両当事者の自由かつ平等な合意のみで婚姻が成立するとして、婚姻に個人の尊重と自律を確保

\*8：なお、性的指向が同性又は両性に対して向いているトランスジェンダーである場合、戸籍上の性別を変更していない状態であれば、同性（自認する性別から見た場合の同性）のパートナーと戸籍上は異性カップルであるので婚姻できるが、戸籍上の性別を自認する性別へと変更すると、戸籍上も同性カップルとなるために婚姻できない。つまり、戸籍上の性別を変更すれば婚姻を諦めざるをえず、他方で、婚姻を選ぶのであれば戸籍上の性別を変更することができない。同性間の結婚が法制化されれば、性的指向が同性又は両性に対して向いているトランスジェンダーが、戸籍上の性別変更とパートナーとの婚姻のいずれかしか選べないという現状が解消されることとなる。

\*9：九州訴訟（福岡地裁）では憲法13条と同24条1項を根拠としている。

したものである。このような制定趣旨に照らせば、同項が異性カップル以外の婚姻を禁止するものとはおよそ解されない。

## (2) 平等原則違反(憲法14条1項)

異性との婚姻を希望する者(異性カップル)には婚姻を認め、同性との婚姻を希望する者(同性カップル)には婚姻を認めないという現行民法及び戸籍法による別異取扱いは、性的指向という自らコントロールできない事由による区別である。

本件別異取扱いにより、同性愛者等は、①民法その他の法律が法律婚した配偶者のみに付与している法的効果、②事実上の権利利益、③社会的承認を享受することができない。また、国が同性間の婚姻を認めないこと自体が、「同性カップルないしセクシュアル・マイノリティを「異性カップルないしセクシュアル・マジョリティと同等の保護を与えるに値しない存在」という国のメッセージであり、差別と偏見を助長している。

## (3) 「個人の尊厳」の侵害(憲法24条2項)\*10

憲法24条2項は、「配偶者の選択…並びに婚姻及び家族に関するその他の事項」について、法律が「個人の尊厳」に立脚して制定されなければならないと定めるところ、同性間の婚姻を認めない現行法は個人の尊厳を侵害し続けている。

## 4 国の反論

### (1) 婚姻制度の目的

民法が婚姻を男女間においてのみ認めているのは、民法の婚姻制度の目的が、一般に、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いるためであって、その目的の合理性は明らかであり、現在においても、その重要性は変わるものではない。

### (2) 憲法24条1項

「両性」が文言上「男女」をあらわすことは明らか

であって、憲法は同性婚を想定しない。憲法24条1項は、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。

### (3) 憲法14条1項

憲法24条1項が同性間の婚姻を保障していない以上、憲法14条1項違反の問題は生じ得ない。同性間の法律婚については制度化されないという差異の生じることは当然に予期されることであり、かかる差異の生じることは憲法が自ら容認するところである。

## 5 進捗及び今後の予定

本稿執筆時点における訴訟進捗は以下のとおりである。

2019.2.14	札幌・東京・名古屋・大阪にて同性カップル提訴
2019.9	福岡の同性カップル提訴
2020.3	熊本の同性カップル提訴
2020.8.5	札幌地裁にて尋問実施(原告らと原告の親族)
2021.1	トランスジェンダー男性とシスジェンダー女性の異性カップル提訴(予定)
2021.3.17	札幌地裁判決言渡し期日

札幌地裁においては2021年3月に判決が言い渡される予定であり、その後も、各地裁において次々と判決が下されることになる。その後、国会にて民法・戸籍法の改正がなされない限り、控訴審を経て、最高裁にて最終判断を得ることが想定される。

## 6 周辺事情

### (1) 海外の動き

本稿執筆時点現在、29の国・地域で同性婚が法制化されており、2019年5月には台湾にてアジア初の同性婚法制化が実現している。

\*10: この主張は東京訴訟のみで行っている。

## (2) 国会及び自治体の動き

日本においても、2019年6月に民法の一部を改正する婚姻平等法案を野党が提出済みである。また、同性間の婚姻が認められた場合と同等の法的効果を保障するものではないが、2015年の渋谷区のパートナーシップ条例をはじめとして、60の自治体（2020年10月1日時点）にてパートナーシップ制度が導入されており、利用カップルは1000組を超えている。

## (3) 社会の動き（世論）

2019年1月には、同性婚の実現を目的として、「結婚の自由をすべての人に」訴訟弁護団の有志及び同性婚の実現を望む支援者によって、一般社団法人Marriage For All Japanが設立された。婚姻の平等を求め、全国各地にて係属中の訴訟の支援、国会議員への働きかけ、世論喚起等の活動を展開中である（<https://www.marriageforall.jp/>）。

同年12月に行われたインターネット調査（石田仁ほか）によれば、同性婚賛成割合は72.6%に達しており、同性婚を望む声が高まっている。

## 7 おわりに

セクシュアル・マイノリティの人々が自分らしく生きやすい社会は、すべての人が自分らしく生きやすい社会へと繋がるものである。同性婚を認めることができるかは、日本が個々人の生き方を本当の意味で尊重する社会へと移行できるかの試金石でもある。国会においては、そのような観点も踏まえて速やかに法制度を整備する必要があるし、少数者の人権の砦である裁判所においては、同性婚が認められていない現状がセクシュアル・マイノリティの個人の尊厳を日々侵害しているという事実を直視した上、適切な判断が下されることを強く期待する。

### 東弁のほん

セクシュアル・マイノリティ（≒LGBT）のあらゆる法的問題を取り上げた決定版！

## 『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』

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

株式会社ぎょうせい 2016年12月発行 A5判・288頁 本体3,000円＋税



### ◆本書の特長◆

- イチから学べる「総論」、セクシュアル・マイノリティ当事者が直面する、住居や医療・介護、労働、子ども、相続等の問題にQ&Aで答える「各論」の二部構成。
- 裁判例、当事者の座談会、相談を受けた際のロールプレイング、相談窓口一覧、コラムなどの各項目も充実。
- 難解な法律用語や学説が出てくることもないため、法律家だけでなく、自治体相談窓口の担当者や民間企業の担当者も広く活用できます。

### 〈目次〉

- 第1章 総論
- 第2章 各論  
トランスジェンダー特有の問題／住居／医療・介護・財産管理・生命保険／労働問題／同性カップルと子ども／パートナーシップ解消／相続／パートナーとの養子縁組 など
- 第3章 セクシュアル・マイノリティに関する日本の裁判例
- 第4章 座談会・インタビュー  
座談会／LGBTの先駆的訴訟「府中青年の家事件」  
弁護団長・中川重徳弁護士インタビュー
- 第5章 付録  
ロールプレイング／相談窓口一覧

## 裁判例 ①

同性パートナーに対する犯罪被害者給付金の不支給  
(名古屋地判令和2年6月4日)

性の平等に関する委員会副委員長 松永 成高 (66 期)

## 1 事案の概要

原告（男性）は、共同生活を継続していた男性が殺害されたことから、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号の「犯罪被害者の配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含む）」として、同法4条1号の遺族給付金の支給の裁定を申請した。

処分庁が、原告は犯給法5条1項1号に該当し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）をしたことから、原告はその取消しを求めて提訴した。

## 2 裁判所の判断

## (1) 判断枠組み

「同性の犯罪被害者と共同生活関係にあった者が犯給法5条1項1号の「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に該当するためには、同性間の共同生活が婚姻関係と同視し得るものであるとの社会通念が形成されていることを要するというべきである。」

## (2) 検討

「〔地方公共団体による同性パートナーシップに関する公的認証制度の創設等、地方公共団体が同性間の共同生活関係に対する差別の解消に向けて講じている措置、民間企業における同性間の共同生活関係に対する対応の変化、各種団体による提言等、同性婚に向けた立法の動き、国民の意識に関するアンケート調査の結果、海外の情勢等〕に照らせば……本件処分当時の我が国において、同性間の共同生活関係についての社会一般の理解が相当程度進んでいたものと評価することができる。」

「しかしながら、①……同性パートナーシップに関する公的認証制度の創設の経緯等に照らせば、こうした

一連の取組は、いまだ同性間の共同生活関係についての社会一般の理解が十分に進んでいないために、その理解を推し進めるべく行われていると解するのが合理的である。また、②同性パートナーシップに関する公的認証制度の内容をみても……婚姻関係を男女間の関係とする婚姻法の規律に影響を及ぼすような制度設計がされるには至っていない。」

「さらに、③……現在においても依然として、相当数の地方公共団体においては同性パートナーシップに関する公的認証制度は設けられておらず、また、地方公共団体や民間企業における人事関連制度や民間企業における各種サービスの下で同性間の共同生活関係を異性間のものと同様に扱う取組も依然として地方公共団体や民間企業に広く浸透しているとはいえない。」

「本件処分当時の我が国において同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得るとの社会通念が形成されていたということはできないというほかない。」

「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。」

## 3 解説

法律上又は事実上の夫婦である異性カップルと同様の生活を送る同性カップルは、相当数存在する。本判決は、そのような中、「社会通念」を根拠に、同性パートナーは一律に「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）に含まれ得ないとし、同性カップルを異性カップルと別異に取り扱うことを許容するものであり、その妥当性には疑問がある。

裁判所は、上記文言の意義を社会通念のみによって確定しようとするのではなく、個人の尊厳、平等原則といった憲法の理念に適合するよう、より積極的な解釈を試みるべきであったと思われる。

なお、本判決に対しては、原告から控訴がされている。

## 裁判例 ②

同性カップルと不貞行為  
(宇都宮地真岡支判令和元年9月18日)

性の平等に関する委員会委員 小沼 千夏 (66期)

## 1 事案の概要

本件は、原告が、原告と同性同士の事実婚関係にあった被告A及び、Aと婚姻した被告B(Aと婚姻後、性別適合手術を受け戸籍上の性別が女性となり、Aと離婚)に対し、被告らの不貞行為が原因となり原告とAの事実婚関係が破綻したとして、婚姻関係の解消に伴う費用及び慰謝料等の支払いを求めたことに対し、裁判所が、被告Aに対してのみ、不貞行為に基づく慰謝料の支払いを一部認めた事案である。

## 2 裁判所の判断

## (1) 同性のカップル間の関係が内縁関係(事実婚)としての保護を受け得るか否か

「近時、価値観や生活形態が多様化し、婚姻を男女間に限る必然性があるとは断じ難い状況となっている。…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ことができる(婚姻届を提出することができるのに自らの意思により提出していない事実婚の場合と比べて、法律上婚姻届を提出したくても法律上それができない同性婚の場合に、およそ一切の法的保護を否定することについて合理的な理由は見だし難い)。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、前記のとおり解することが憲法に反するとも認められない。…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、不法行為上の保護を受け得ると解するのが相当である。」

## (2) 原告と被告Aが内縁関係と同視できる生活関係

## にあったか否か

原告と被告Aは、「約7年間の同棲生活を行っていたのであるから、比較的長い期間の共同生活の事実があると認められる。…米国ニューヨーク州で婚姻登録証明書を取得した上、日本国内での結婚式・披露宴も行い、その関係を周囲の親しい人たちに明らかにすること(いわゆるカミングアウト)などもしている。」さらに、原告は「二人(さらに、将来的には二人の間の子)が住むためのマンションの購入を進め、他方、被告Aは、二人の間で育てる子を妊娠すべく、第三者からの精子提供を受けるなどしていることなどに照らすと、お互いを将来的なパートナーとする意思も有していると認められるのであって、…男女間の婚姻と何ら変わらない実態を有しているといえることができ、内縁関係と同視できる生活関係にあったと認めることができる…。」

## (3) 慰謝料(被告Aについて)

「…本件の不貞行為の結果、このような関係が破綻し、解消に至っているのであるから、原告としては、当該破綻について大きな精神的苦痛を被ったと推認される。」

「…もっとも、原告と被告Aとの関係は、日本の法律上認められている男女間の婚姻やこれに準ずる内縁関係とは異なり、現在の法律上では認められていない同性婚の関係であることからすると、少なくとも現時点では、その関係に基づき原告に認められる法的保護に値する利益の程度は、法律婚や内縁関係において認められるのとはおのずから差異があるといわざるを得ず、そのほか、本件の一切の事情を踏まえると、原告の精神的苦痛を慰謝するに足りる額としては、100万円を認めるのが相当である。」

## 3 解説

本事案は、同性カップルについて、その実態から内縁関係と同視できる生活関係にある場合には、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、パートナーの不貞行為による関係の破綻に対して、不法行為に基づく損害賠償請求が認められた、画期的な判決である。

その理由の中でも、憲法24条1項に触れ、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、同条項が同性婚を否定する趣旨とまでは解されないと述べたことの意義は大きい。

もっとも、慰謝料額の検討にあたり、金額の是非はさておき、原告と被告Aとが現行法上認められていない同性婚の関係であることから、法律婚や（男女間の）内縁関係と比べて法的保護に値する利益の

程度に差異があると述べている点については、同性カップルと異性カップルとで不貞行為に伴う精神的損害の程度が異なるのか、疑問が残る。なお、控訴審の東京高判令和2年3月4日においては、控訴人と被控訴人の関係を「婚姻に準ずる関係にあった」と認めたとえ、損害額の認定について、「性別によって差異を設けているのではなく、婚姻に準ずる程度とその保護の程度は、それぞれの関係の実態に基づいて判断することが相当である」として、同性カップル・異性カップルという区別とは異なる観点によるものであることが示されている。

## 裁判例 ③

### MtF<sup>\*11</sup>による女性用トイレの使用 (東京地判令和元年12月12日)

性の平等に関する委員会委員 土屋 裕太 (66期)

#### 1 事案の概要

経済産業省（以下「経産省」という）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（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（以下「本件トイレに係る処遇」という）及び、面談における同職員の上司たる同省職員の発言が違法であるとして、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料120万円及び弁護士費用相当額12万円を認めた事例（なお、原告による労働条件に関する行政措置の各要求を認めない旨の人事院のなした判定の取消しを求めた行政訴訟が併合され、本件トイレに係る処遇に関する部分の判定を取り消す旨の判決がなされた）。

#### 2 裁判所の判断

(1) 「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われており、個人の人格

的な生存と密接かつ不可分のものということができるのであって、個人がその真に自認する性別に即した社会生活を送ることができることは、重要な法的利益として、国家賠償法上も保護されるものというべきである。」「そして、トイレが人の生理的作用に伴って日常的に必ず使用しなければならない施設であって、現代においては人が通常の衛生的な社会生活を送るに当たって不可欠のものであることに鑑みると、個人が社会生活を送る上で、男女別のトイレを設置し、管理する者から、その真に自認する性別に対応するトイレを使用することを制限されることは、当該個人が有する上記の重要な法的利益の制約に当たる。」

(2) 被告は、「原告の身体的性別又は戸籍上の性別が男性であることに伴って女性職員との間で生ずるおそれがあるトラブル […] を避けるために本件トイレに係る処遇を行うことが、庁舎管理の責任者である経産省において果たすべき責務を遂行した合理的な判断である旨を主張している」が、「当

\* 11 : Male to Femaleの略。生物学的性別が男性で性自認が女性である人。



該性同一性障害である職員に係る個々の具体的な事情や社会的な状況の変化等を踏まえて、その当否の判断を行うことが必要である。」

- (3) ①原告は、性同一性障害の専門家である医師が適切な手順を経て性同一性障害と診断した者であること、②女性ホルモンの投与によって原告が女性に対して性的な危害を加える可能性が客観的にも低い状態に至っていたこと、③経産省の庁舎内の女性用トイレの構造に照らせば、利用者が他の利用者に見えるような態様で性器等を露出するような事態は考えにくいこと、④原告は、私的な時間や職場において、行動様式や振る舞い、外見の点を含め、女性として認識される度合いが高かったこと、⑤身体的性別及び戸籍上の性別が男性で、性自認が女性であるトランスジェンダーの従業員に対して、特に制限なく女性用トイレの使用を認めた民間企業の例が存在すること、⑥我が国において、トランスジェンダーが職場等におけるトイレ等の男女別施設の利用について大きな困難を抱えていることを踏まえて、より働きやすい職場環境を整えることの重要性が強く意識されるようになってきており、国民の意識や社会の受け止め方には、相応の変化が生じていること、⑦当該変化の方向性ないし内容は、諸外国の状況から見て取れる傾向とも軌を一にすることから、「被告の主張に係るトラブルが生ずる可能性は、せいぜい抽象的なものとどまる」。

被告は、原告が女性用トイレを使用することにに関して抵抗感を述べる声が存在していた旨を主張しているが、原告が〔執務室と同じ階又は1階離れた階〕の女性用トイレを使用した場合に限って、被告の主張に係るトラブルが生ずる可能性が高いものであったこと等をうかがわせる事情を認めるに足る証拠はない。「そして、仮に、上記の被告の主張に係るトラブルが生ずる抽象的な可能性が何らかの要因によって具体化・現実化することを措定したとしても、回復することのできない事態が発生することを事後的な対応によって回避することができないものとは解し難い。」

- (4) 「したがって、経産省（経済産業大臣）による庁舎管理権の行使に一定の裁量が認められることを考慮しても、〔…〕庁舎管理権の行使に当たって尽くすべき注意義務を怠ったものとして、国家賠償法上、違法の評価を免れない。」

- (5) 原告の上司の『なかなか〔性別適合〕手術を受けないんだったら、もう男に戻ってはどうか』との発言は、「個人がその自認する性別に即した社会生活を送ることができることの法的利益としての重要性に鑑みれば、〔…〕当該発言は、原告との関係で法的に許容される限度を超えたものというべきである。」

### 3 解説

トランスジェンダーの直面する問題として、トイレ等の男女別施設の利用が挙げられる。出生したときに割り当てられた性別に違和感を抱く者（これには、自己の性別を男女のいずれとも感じない者を含む）であっても、性同一性障害という診断を得たいか、当該性別と異なる性別の服装をしたいか、性別適合手術を受けたいか、法令上の性別を変更したいかという点と同様、どちらの性別用のトイレを使いたいのか、「だれでもトイレ」を使いたいのか<sup>\*12</sup>、などの思い（どれを行うことが人格的生存に資するの）はさまざまである。また、それぞれ、他人から強制されるべき事項ではない。

また、本裁判例で示されたように、トイレの利用制限は重要な法的利益の制約に当たるので、（抽象的に）トラブルが懸念される、抵抗感があるという意見があった、というのみでは、正当化根拠とはならないと解すべきである。

このため、本人の意思を傾聴して、具体的な状況（本人の状況のほか、設備上の制約等）を勘案し、できる限り本人の人格的利益に配慮した措置をとることが必要である。なお、前述した本人の思いがさまざまという観点からは、裁判所が被告の主張を排斥した理由のうち①、②及び④については、かかる措置をとるために不可欠な事実と考えるべきではない。

\* 12：トイレに関する希望がさまざまであることにつき、NPO法人虹色ダイバーシティ＝株式会社LIXIL「性的マイノリティのトイレ問題に関するWEB調査結果」[2016] [https://newsrelease.lixil.co.jp/user\\_images/2016/pdf/nr0408\\_01\\_01.pdf](https://newsrelease.lixil.co.jp/user_images/2016/pdf/nr0408_01_01.pdf)

## 裁判例 ④

同性パートナーの葬儀への参列の拒絶  
(大阪地判令和2年3月27日)

性の平等に関する委員会委員 山本 真由美 (62期)

## 1 事案の概要

約45年同居し、一緒に事務所経営も行っていった男性のカップル（Aと原告）がいた。

原告の主張によると、次のとおりである。

Aと原告のどちらかが先に死亡した場合は、死亡した者の全財産を生存している相手方に全て譲渡するとの相互の死因贈与を口頭で合意していた。

さらには、Aを養親、原告を養子とする養子縁組によってお互いの遺産相続ができるようにしようとしていた矢先に、Aが突然亡くなった。

Aの妹である被告は原告のことを知っていたが、Aの死後に原告がAの葬儀で喪主を務めたいと申し出たところ被告はこれを断り、原告が家族席に座することも拒否し、原告は火葬場の場所を被告から教えられなかったため、火葬に立ち会えなかった。

被告はAらの事務所の廃業通知を取引先に出し、事務所の賃貸借契約も原告に無断で解約したうえ、事業に関する書類及び通帳も持ち出したため、原告は事業の廃業を余儀なくされた。

そこで、原告は被告に対して慰謝料合計700万円の支払いと、Aが生前に約束した財産の引き渡しを求め、大阪地裁に訴えを提起した。

## 2 裁判所の判断

## (1) 争点1（原告とAが相互に全財産を死因贈与するとの合意をしたか）について

「原告が原告主張の死因贈与合意の存在と矛盾した行動をとっていたとの事実、当該合意の存在については原告の供述等以外にこれを証する証拠がないことを併せ考えれば、本件において、原告主張の死因贈与合意の成立を認めることはできないというべきである。」

## (2) 争点2（Aの葬儀等に関する被告の原告への対応が不法行為を構成するか）について

「Aが周囲に対し原告との関係について事実と異なる

説明をしていたことからすると、親族である被告に対しても、原告との関係が同性パートナーシップであると悟られないような説明をしていたと推認されるから、被告の上記供述は信用できる。そして、被告にとって、兄であるAの説明を疑うべき事情があったとはうかがえないから、被告はAの上記説明を信じ、原告はAが雇用している従業員であり、Aと同居している居候であると認識していたと認めるのが相当である。」  
「本件において他に、被告がAの葬儀の時点で、原告とAが同性パートナーシップ関係にあり、近親者同士、すなわち夫婦と同視すべき関係であることを認識していたと認めるに足りる証拠はない。」「被告の原告に対する不法行為が成立することはないから、同不法行為を理由とする損害賠償請求は理由がない。」

## 3 解説

同性婚が認められていないため、死後にパートナーの家族と葬儀や相続等でもめることがある。そのため養子縁組や遺言等が考えられるが、本件ではこれらをする前にパートナーが急死している。このようなことは、他の同性カップルにも起こり得る。判決では、Aの妹が原告とAが夫婦と同視すべき関係にあったことを認識していたと認めるに足りる証拠はないとしたが、仮に原告が女性であれば、長年同居し協力して事業を営んでおりながら「同居している居候と思った」という反論は通りにくいように思われる。ここに、被告及び裁判所の、夫婦とは男女の関係のみという偏見が読み取れる。また、Aが原告を家族にパートナーだと紹介できなかったとすれば、それは家族らから非難されることを恐れてカミングアウトできなかったという可能性もあるが、そのような事情につき、裁判所は考えが至らなかったように思われる。養子縁組や遺言等の準備が足りなかった、お互いにパートナーだと堂々と家族に紹介すべきであったなどと当人らに落ち度があるかのように責めてはならない。これは、同性婚が認められていれば起き得なかった紛争であることを指摘する。

## 裁判例 ⑤

性別の取扱いの変更を理由とする不利益取扱い  
(東京高判平成27年7月1日)

性の平等に関する委員会副委員長 松永 成高 (66期)

## 1 事案の概要

X1は、性別の取扱いの変更の審判（性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下「特例法」という）3条1項）により性別の取扱いを男性から女性に変更された者であり、X2（株式会社）の代表取締役である。

X1は、Y1（株式会社）が経営しY2（権利能力なき社団法人たるクラブ）が運営するゴルフ場（以下「本件ゴルフ場」という）を会員として利用したいと考え、X2において、Y1の株式を購入して取得の承認をY1に請求し、Y2への入会を申し込んだ。

本件は、株式の取得の承認又は入会を拒否されたXらだが、Yらに対し、これらの措置が違法であるとして、被った損害の賠償を求めた事案である。本判決は、以下のように述べて、X1への慰謝料100万円等の連帯支払をYらに命じた原判決（静岡地浜松支判平成26年9月8日）に対するYらの控訴を棄却した。

## 2 裁判所の判断

「X2は、Y2の教示に従い、日本国籍を有する女性であるX1を……実質的な会員としてY2への入会を申し込んだところ、Y2は、もっぱらX1が性別適合手術を前提とする性別の取扱いの変更の審判を受けたことを理由にこれを拒否し、Y1は、Y2の決定に従って本件株式の譲渡承認を拒否したと認められる。」

「たとえ私人間においても、疾病を理由として不合理な取扱いをすることが許されるものではないところ、本件入会拒否及び本件承認拒否がされた平成24年当時、既に特例法が施行されてから約8年が経過していたことなどの社会情勢を考慮すると、性同一性障害が医学的疾患の一つであることは公知の事実であったということができ、したがって、性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱いをすることが許されないことは、その他の疾病を理由とする不合理な取扱いが許されないのと同様であったといえることができる。」

「X1の被った不利益は、直接的には……Y2の実質的な会員としてY2でプレーすることができないなどの経済的不利益にとどまるものではあるが、性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由として、Y2の定めに従って入会申込みの手続を行えば入会申込みを拒否されることはないであろうとの期待ないし信頼を裏切られ、いわれのない不利益を被ったこと、このような理由による本件入会拒否及び本件承認拒否によって、被控訴人は、自らの意思によってはいかんともしい難い疾病によって生じた生物的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けたことも否定できないことも考慮すると、被告らが構成員選択の自由を有することを十分考慮しても、やはり本件入会拒否及び本件承認拒否は、憲法14条1項及び国際人権B規約26条の規定の趣旨に照らし、社会的に許容しうる限界を超えるものとして違法というべきである。」

## 3 解説

自身の性別をどのように認識しているか（性自認）は人格の根源的な要素である。これが社会的な性別と整合しない者に対し、特例法（平成16年施行）は、審判による性別の取扱いの変更という救済を与えることとした。

本判決は、性同一性障害が疾患であることが公知の事実であったことを指摘した上で、X2の入会を認めた場合に両当事者が被る不利益の程度を比較し、審判により性別の取扱いを変更したことに基づく不利益取扱いが違法であるとした。

現在では、性自認と社会的な性別が一致しない状態は「疾患」ではないとされている（「性同一性障害」という疾患名も現存しない）が、そのような状態に基づき性別の取扱いを変更したことを理由とする不合理な取扱いが許されないことは同様と考えられる。

## 裁判例 ⑥

## 特例法関係裁判例

性の平等に関する委員会委員 山田 芳子 (54 期)

## 判例⑥-1

最決平成19年10月19日、

最決平成19年10月22日

(性別の取扱いの変更の要件・「現に未成年の子がいないこと」)

## 1 事案の概要

戸籍上の男性A及びBは、いずれも妻子があったが離婚し、性別適合手術を受けた。A及びBは、それぞれ別の手続において、特例法に基づき、戸籍の性別を男から女に変更することを求めた。特例法は、性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として、「現に子がないこと」(同法3条1項3号)を規定していることから(平成20年改正前)、A及びBは、同規定が憲法13条、14条1項等に違反すると主張した(なお、本事案の当時は、「現に子がないこと」と規定されていたが、平成20年に「現に未成年の子がいないこと」と改正されている)。

## 2 裁判所の判断

最高裁第一小法廷、第三小法廷とも、3号について、「現に子のある者について性別の取扱いの変更を認めた場合、家族秩序に混乱を生じさせ、子の福祉の観点からも問題を生じ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から、国会の裁量権の範囲を逸脱するものといふことはできず、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえない」とした。

## 判例⑥-2

最決平成31年1月23日

(性別の取扱いの変更の要件・「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」)

## 1 事案の概要

戸籍上の女性Cは、ホルモン治療等を受けることにより、声が低くなり体毛が濃くなった、骨格筋が発達して筋力が強い、乳房の隆起はなく男性型である、外性器の外観は男性型の性器に近似しているなどの特徴が認められるようになったが、生殖腺除去手術に恐怖を覚え、同手術を受けないまま、戸籍の性別を女から男に変更することを求めた。特例法は、性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として、「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」(同法3条1項4号)を規定していることから、Cは、身体に著しい侵襲を伴う不可逆的な手術を要求する本件規定は、憲法13条、14条1項等に違反すると主張した。

## 2 裁判所の判断

最高裁第二小法廷は、4号について、本件規定が生殖腺除去手術を受けること自体を強制するものではないものの、「手術まで望まないのに当該審判を受けるためやむなく上記手術を受けることもあり得るところであって、その意思に反して身体への侵襲を受けない自由を制約する面もあることは否定できない」とした。他方、本件規定の目的について、「審判を受けた者について変更前の性別の生殖機能により子が生まれることがあれば、親子関係等に関わる問題が生じ、社会に混乱を生じさせかねないことや、長きにわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきた中で急激な形での変化を避ける等の配慮に基づくもの」と解し、「これらの配慮の必要性、方法の相当性等は、性自認に従った性別の取扱いや家族制度の理解に関する社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであり、このような規定の憲法適合性については不断の検討を要する」としつつ、「本件規定は、現時点では、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえない」とした。

なお、補足意見は、本決定と同様、利益較量の判断において、「性同一性障害者にとって、特例法により性別の取扱いの変更の審判を受けられることは、切実ともいふべき重要な法的利益」とし、生殖腺除去手術が身体に対する強度で重大かつ不可逆的侵襲であること、本件規定が目的とする配慮の必要性等について、社会的状況の変化等に応じて変わり得るものであること等を指摘し、「本件規定は、現時点では、憲法13条に違反するとまではいえないものの、その疑いが生じていることは否定できない」とした。

### 判例⑥-3

最決令和2年3月11日

(性別の取扱いの変更の要件・「現に婚姻をしていないこと」)

## 1 事案の概要

妻子のある戸籍上の男性Dが、性同一性障害と診断された後、性別適合手術を受けたうえで、特例法に基づき、戸籍の性別を男から女に変更することを求めた。申立て時点でDの子は既に成人していたが、特例法は、性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として、「現に婚姻をしていないこと」(同法3条1項2号)を規定していることから、Dは、離婚しなければ戸籍上の性別を変更できないのは、憲法13条、14条1項等に違反すると主張した。

## 2 裁判所の判断

最高裁第二小法廷は、2号について、「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かねない等の配慮に基づくものとして、合理性を欠くとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項、24条に違反するものとはいえない」とした。

## 判例⑥-1, 2, 3 解説

特例法は、平成15年に成立、翌年から施行されており、施行後の見直し条項も設けられている。同法3条1項2号は、婚姻秩序の混乱回避のため、すなわち同性婚が認められていない現状下で同性婚状態を回避するため、同3号は、親子関係など家族秩序の混乱を回避し、子の福祉に影響を及ぼす事態を避けるため、同4号は、変更前の性別の生殖機能により子が生まれることによる社会の混乱や問題を防ぐために設けられたとされる。

前記判例⑥-2の補足意見は、特例法について、「性同一性障害者が、性別の違和に関する苦痛を感じるとともに、社会生活上様々な問題を抱えている状況にあることから、その治療の効果を高め、社会的な不利益を解消するために制定された」とするが、性別の取扱いの変更を望む者に対し、2号は、婚姻中である場合には離婚を迫る結果となり、4号は、生殖腺除去手術を望まない者に対しても生殖腺除去手術を迫る結果となっており、これらの場面では特例法制定の趣旨が損なわれている。

また、3号については、平成20年に「現に未成年の子がいないこと」と改正され、成人の子の場合には男女の性別と父母が一致しない状態が法律上も認められたことになり、その不一致ゆえに家族秩序の混乱を招きかねないとする論拠は既に説得性を欠いている\*13。さらに、未成年の子がいる場合に一律に性別変更を認めないということにも十分な論拠を見出し難い\*14。

上記判例⑥-2の多数意見が、特例法3条1項4号の憲法適合性について「現時点では」と限定し、同補足意見が、違憲の疑いにまで踏み込んで言及したことには一定の意義を有するが、いずれも特例法が目指す性別違和に関する苦痛の解消や様々な社会的な不利益の解消には不十分であり、既に施行から15年以上が経過した現在、各規定の再検討が急務と考える。

\*13：野間紗也奈「性同一性障害者の性別変更審判の要件の再検討」法政論叢・2020年56巻1号60頁参照。

\*14：金亮完「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項3号の規定は、憲法13条および14条1項に違反しないとされた2つの事例」法学セミナー増刊(速報判例解説)3号97～100頁参照。

## 判例⑥-4

最決平成25年12月10日

(性別の取扱いの変更後の婚姻と嫡出推定)

## 1 事案の概要

特例法に基づき性別の取扱いを男性に変更したEは、その後男性として婚姻し、妻が第三者からの提供精子によって懐胎・出産した子を夫婦の嫡出子として届け出たところ、子の父欄を空欄とし、子を妻の非嫡出子とする戸籍の記載がなされたため、当該子は民法772条による嫡出推定を受けるとして、戸籍の訂正の許可を求めた。

原審は、戸籍の記載上、夫と子の間の血縁関係が存在しないことが明らかな場合においては、同条適用の前提を欠くとし、申立てを退けたため、Eら夫婦は、戸籍の記載が憲法13条、14条に違反すると主張した。

## 2 裁判所の判断

最高裁第三小法廷は、「特例法3条1項の規定に

基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定される」とした。

## 判例⑥-4 解説

特例法に基づき男性への性別の取扱い変更の審判を受けた者の妻が婚姻中に懐胎した子について、最高裁が夫の子として嫡出推定を認めた初めての判断であり、その意義は大きい。本決定には、特例法が親子関係の成否に関して触れていないこと、血縁のあるところに実親子関係を認めるのが民法の原則であること等を指摘する反対意見も付されている。しかし、民法自身が、嫡出否認の訴えの要件を限定し、実親子関係についても血縁と法律上の父子関係の一致を常に厳格に求めているわけではなく\*15、特例法制定の趣旨や子の法的地位の安定等に鑑みれば、多数意見の結論は十分に支持される。

\* 15：二宮周平「性別の取扱いを変更した人の婚姻と嫡出推定」立命館法学2012年5・6号（345・346号）576～610頁参照。

## LGBT基本用語解説（補訂）

LIBRA Vol.16 No.3 2016/3 特集 LGBT—セクシュアル・マイノリティ（性的少数者）—10頁「LGBT基本用語解説」に記載のない用語について補筆しました。

SOGI  
(Sexual Orientation and Gender Identity)

性的指向及び性自認。

マジョリティとなっている異性愛者やシスジェンダー（出生時に割り当てられた性別と性自認が一致している者）も含み、全ての人間が有する属性を指す。

## SOGIハラ（ソジハラ／ソギハラ）

SOGIに関するハラスメント。

2020年1月に告示された「事業主が職場における優越的な関係を背景とした言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針」（厚生労働省）において、相手の性的指向・性自認に関する侮辱的な言動や、労働者の性的指向・性自認について当該労働者の了解を得ずに他の労働者に暴露することは、パワーハラスメントに含まれると明示された。

## アライ（Ally）

多様な性のありかたについて理解のある支援者や応援者。

性別違和（Gender Dysphoria）・  
性別不合（Gender Incongruence）

性別違和とは、出生時に割り当てられた性別と性自認の不一致を感じている状態を指す。2013年改訂のアメリカ精神医学会発行の「精神障害診断の手引き 第5版」（DSM-5）において、「性同一性障害」に代わって「性別違和」の名称が使用され、「障害」ではないとされた。さらに、WHOで2019年採択（2022年発効）の「国際疾病分類 改訂版」（ICD-11）において、「性同一性障害」が「精神障害」の分類から除外され、「性の健康に関連する状態」という分類の中の「Gender Incongruence（性別不合）」に変更された。これにより、「性同一性障害」の脱病理化がなされた。

## コラム ①

日本人の同性パートナーを持つ外国人が  
在留特別許可を付与された事例

性の平等に関する委員会委員 上杉 崇子 (64期)

## 1 事実関係

本件は、オーバーステイの台湾人Aさんが、日本人同性パートナーBさんと約23年間（提訴時）にわたり婚姻と同様の共同生活を築いてきたにもかかわらず、国が在留特別許可を付与せずに退去強制令書を発付したのは違法だとして退去強制令書発付処分等取消請求訴訟を提起したものである。

## 2 訴訟の経緯

Aさん本人尋問及びパートナーBさんの証人尋問終了後、裁判所から被告に対して、本件処分の見直しはできないか打診がなされたのに対し、被告は、再審情願（再審査申出）をすれば在留特別許可を付与するとの回答をした。これを受けてAさんは、再審情願をし、在留特別許可が付与されたため、訴訟を取り下げた。審理経過に鑑みて裁判所が被告に働きかけたことで、被告が過去の処分を撤回しAさんの在留を特別に許可したというものであり、事実上、Aさんの勝訴に等しい結果である。

## 3 ポイント

## ① 日本人と外国人の同性カップルが日本で安定的に生活することが困難な現状

外国人（出入国管理及び難民認定法2条2号）が適法に在留するには在留資格が必要（同法2条の2第1項）である。日本人と外国人の異性カップルは婚姻により外国人パートナーが「日本人の配偶者等」の在留資格を得られるが、同性カップルの場合はこの資格を得られない。そのため、

就労や留学等の長期の在留資格を得られ、かつ、その更新も可能な場合以外は、「短期滞在」等の資格で短期間の在留をするほかなく、日本で共同生活を営むのは不可能に近い。したがって、日本人と外国人の同性カップルが日本で安定的な共同生活を営むことは困難を極める。本件のAさんも、当初は「留学」の在留資格で日本に在留していた時期があったが、その後は、「短期滞在」の在留資格しか得られず、やがてオーバーステイになってしまった。

## ② 婚姻と同等の真摯な共同生活を同性カップルも営んでいる

在留特別許可をするかどうかは法務大臣の裁量に委ねられるが、裁量権の逸脱・濫用がある場合は違法となる。入管が発表している「在留特別許可に係るガイドライン」では、日本人と外国人の婚姻が法的に成立している場合であって、夫婦として相当期間共同生活をし、相互に協力扶助しており、夫婦の間に子がいるなど婚姻が安定かつ成熟している場合は、在留特別許可の許否にあたって特に考慮すべき積極要素とされている。また、この事情は、退去強制令書取消訴訟においても重要な考慮要素とされている。さらに、異性の内縁関係についても真摯な共同生活の存在が重要な考慮要素とされ、これを考慮しなかった裁決を違法とする判決がみられる。

同性カップルもまた、真摯な共同生活を営んでおり、その要保護性は変わらない。しかも、同性カップルの場合、婚姻したくても法律上それができないために内縁状態でい続けざるを得ないのであり、実態は婚姻と同等の共同生活を営んでいることを看過してはならない。AさんとBさんは提訴時において約23年間日本で共同生活を営

み、一方が重篤な病気の時も、もう一方が無職状態の時も、経済的・心理的に互いに支え合って生活を続けてきた。まさに、2人の関係は婚姻と同等の真摯な共同生活だった。本件ではこれらの事情が適切に考慮され、上記「訴訟の経緯」記載の結果に繋がったものである。なお、本件では、Aさんは素行善良でありオーバーステイ以外の処分歴はなかったこと、入管に出頭する準備を始めており弁護士にも相談をしていたこと、といった積極事情もあった。

### ③ 在留資格問題は同性カップルにとって切実な問題である

在留資格問題に直面している日本人と外国人の同性カップルは少なくない。

上記のとおり、現状日本では同性婚が認められていないために日本人のパートナーである外国人には「日本人の配偶者等」の在留資格が付与されない。このことは、外国人パートナーの本国で同性婚が認められており、婚姻していても同じである（例えば、日本人とアメリカ人の同性カップルがアメリカで婚姻しているケース）。

しかし他方で、本国で婚姻している外国人同士の同性カップルの場合（例えば、アメリカ人同士の同性カップルでアメリカで婚姻しているケース）は別の扱いがされている。すなわち、法務省の通知（法務省管在第5357号）は、「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・在留を認めることとしました」として、本国で婚姻している外国人同性カップルの在留を認めているのである。これにより、例えば

カップルの一方が就労ビザで日本に在留する場合、そのパートナーは「特定活動」の在留資格を付与されることで2人で安定的に日本に在留できるのである。

この扱いは矛盾である。日本人と外国人の同性カップルには「人道的観点」からの配慮をしない理由があるというのだろうか。家族と一緒に生活を営むという人として根源的な権利は、結婚制度のいかんにかかわらず保障されなければならないものである。家族形成の自由ないし家族維持の自由が、憲法上も国際人権上も保障されている（憲法13条、自由権規約17条・23条）。

米国人男性と日本人男性のカップルが、日本で共に暮らせるよう米国人男性の在留資格を「定住者」に変更すること及び在留資格変更不許可処分により家族形成維持の自由や居住の自由を侵害されたことに対する賠償等を求める訴訟が、2019年9月12日に東京地裁に提訴され、係属中である（本稿執筆時）。この事件の原告2人は、提訴時まで約15年間連れ添い、2015年11月にはアメリカで婚姻している。米国人パートナーは「経営・管理」の在留資格を取得して日本人パートナーと日本で家族として暮らしていたが、経営難のため同在留資格の更新が困難となったために「定住者」への在留資格変更を申請したところ、不許可処分を受けたという事案である。この不合理な現状が1日も早く改善されるよう、上記訴訟も注視していただきたい。



## 同性婚を認めた外国の裁判所の判決

性の平等に関する委員会委員 本多 広高 (58期)

同性婚を認めたアメリカ合衆国連邦最高裁判決と台湾大法官会議の判決を紹介します（他の国について日弁連「同性の当事者による婚姻に関する意見書」2019年が詳しい）。

1 アメリカ合衆国においては、婚姻法は各州の判例法・制定法により形成されているが、2004年から同性の婚姻を認める州が現れ始めた。2015年には、同性婚を認めない州や同性間のシビル・パートナーシップしか認めない州もあったが、既に多くの州では同性婚を認めていた。そのような状況の下で、2015年6月26日、連邦最高裁判決（*Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015)）は、憲法修正14条のデュープロセス及び平等な保護の条項により保障される婚姻の権利を同性のカップルも奪われることなく、婚姻を異性間に限る州法は無効であり、州は他州で適法になされた婚姻を同性間のものであることを理由として承認することを拒否してはならないとした。

これにより全州で同性婚を認めることになった。各州においては、特段の立法を待つことなく、同性婚が受け付けられるようになった。

2 台湾においては、同性間の婚姻を求めている長い運動や自治体において同性のパートナー関係を承認する扱いが一般的となっていたところ、2017年、大法官会議は、「婚姻適齢にある配偶者のいない者は、本来結婚の自由を有しており、それには『結婚するかどうか』と『誰と結婚するか』の自由が含まれる」「性的指向を分類の基準としてなされる差別的扱いには、より厳格な審査基準を適用して、その合憲性を判断すべきである」「民法第4編親族第2章婚姻の規定は、性別を同じくする両名につい

ては、共同生活を営む目的のために、親密性と排他性ある永続的な結合関係を成立させていない。この限りにおいて、憲法22条が保障する人民の婚姻自由及び第7条が保障する人民の平等権の趣旨に反している。関係機関は本解釈公布の日から2年以内に、本解釈の趣旨にしたがって関係する法律を改正ないし制定しなければならない。いかなる方式により婚姻自由に対する平等な保護を達成するかについては、立法機関の裁量に委ねる。期限が過ぎても関係する法律を改正ないし制定しなかった場合には、性別を同じくする両名につき上述のような永続的結合関係を成立させるために、上述の婚姻章の規定にしたがって、二人以上の証人が署名した書面を持参することで、戸政機関において結婚登録をなし得るものとする」とした。この判旨を受け、2019年5月に特別法が制定・施行され、施行当日には526組の同性当事者の婚姻届出がなされている。

3 アメリカ連邦最高裁も台湾大法官会議もいずれも婚姻の自由と法の平等な保護を根拠としている。婚姻の自由は、個人の自己決定権のうち家族の維持形成に関わる事柄に関するものの中心的なものであるが、当事者の性別に関わりなく婚姻により家族を維持形成しうることは、それを望む人の人生において人格的に重要な事柄である。法の平等な保護を考えると、婚姻の自由が認められるべきではないとすれば誰もが婚姻できないようにすべきことになるが、認められるべきであるとすれば誰もが自由に婚姻できるようにすべきことになる。両判断が婚姻の自由と法の平等な保護の双方を根拠としたことには論理的な必然性があつたとも考えられる。

## 刑事施設における性自認に沿った取扱いを求める権利

性の平等に関する委員会委員 本多 広高 (58期)

刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下「刑事被収容者処遇法」という）4条1項1号は、被収容者を「性別」に従い分離するとしている。この「性別」の判断は、割り当てられた性別によるのか本人の認識する性別によるのか、いかえれば法令上の性別によるのかその人の性自認によるのかについて、同法には規定はない。よって、性自認に沿った取扱いを求める権利を保障する上では、被収容者の性自認を「性別」の判断の要素として重視し、例えば、被収容者の認識する性別が女性であるならその者を女性の収容区分に従って処遇するという事も考えられる（日弁連「刑事施設における性同一性障がい者の取扱いに関する人権救済申立事件（勧告）」2009年9月17日。日弁連「刑事施設における性同一性障がい者の取扱いに関する人権救済申立事件（勧告）」2010年11月9日）。

しかしながら、現実には、日本の政府は、「戸籍上の性別に従い、収容施設及び収容区域を指定する」としている（法務省矯正局成人矯正課長ほか「性同一性障害等を有する被収容者の処遇指針について（通知）」2011年6月1日）。トランスジェンダーの被収容者の収容区域を作ることもしないという意味も含むようである。これは、現在でも変わっていない（法務省矯正局成人矯正課長ほか「『性同一性障害等を有する被収容者の処遇指針について』の一部改正について（通知）」2015年10月1日）。

このような刑事収容施設の運用を前提にするとき、性自認に沿った取扱いを求める権利がみとめられるべきことから、刑事収容施設においてトランスジェンダーの被拘禁者が性自認と

処遇上選択可能な処遇との乖離によって生ずる苦痛を可能な限り緩和するための措置を受けさせるべきである。

しかし、日弁連や弁護士会の人権救済事件をみると、かならずしもそのような措置が適切になされているとはいえない。上記の日弁連の勧告のほか、公表されているものとして、東京弁護士会2016年8月31日付東京拘置所長に対する勧告、及び兵庫県弁護士会2015年6月23日付法務省等に対する勧告\*16がある。さらに、兵庫県弁護士会は、2018年10月24日、法務大臣、法務省矯正局長、大阪矯正管区長及び神戸刑務所長宛勧告をしており、同弁護士会のサイトでは、「神戸刑務所に収監された性同一性障害者2名（いずれも生物学的には男性、性自認は女性の事例）に対し、監視カメラ付き独居房に収容する、男性としての髪型を強制する、女性用着衣の使用を制限する、労役場への出入りの際、男性職員による身体検査を実施するなどの処遇が行われています。

このような行為は、申立人らの性自認に沿った扱いを求める権利を侵害するものであると判断し、性同一性障害者が性自認に沿った扱いをされることが当然保護されるべきことが認識され、今後、同様の事態が繰り返されないよう、刑務所収容に際しての振分け基準から抜本的に見直すよう勧告したものです」とその要旨を紹介している。刑務所収容に際しての振分け基準から抜本的に見直すことまで勧告していることが注目される。

\* 16 : <http://www.hyogoben.or.jp/topics/keikoku/index.html>

## 大学院でのアウトティングに関する事例

性の平等に関する委員会委員 山本 真由美 (62期)

同じ大学院に通うAとBがおり、Aは同性であるBに交際を申し込んだところBが断り、その後、Aが変わらぬ態度で接してくることにBが困惑し、同級生らのグループLINEに「俺もうお前がゲイであることを隠しておくの無理だ。ごめん」という投稿をしたので、Aが同性愛者であることが複数名に知られてしまった。なお、Aは同性愛者であることを家族にも隠していた。AはBによる同性愛者であることの暴露（いわゆるアウトティング）により、周囲より差別を受ける不安などから心身の不調を訴えるようになり、授業にも出られなくなっていった。Aが学校の相談室に相談したところ、性同一性障害のパンフレットを渡され、クラス替え等の支援も受けられず、校舎から転落死した。

そこで、Aの遺族が大学の安全配慮義務違反及び教育配慮義務違反を理由に大学に対し損害賠償請求訴訟を提起した。なお、Aの遺族はBに対する訴訟も提起したが、こちらは和解で終了している。

東京地判平成31年2月27日では、「大学側は転落死を予見できなかった」「学生は大学のハラスメント対策委員会に対し、クラス替えを希望しない決断をしていた」として「大学に安全配慮義務違反はなかった」と退け、遺族の請求は棄却された。

なお、この判決においては、アウトティングが不法行為に当たるかにつき、踏み込んだ判断はされていない。

まず問題であったのは、学校側にセクシュアル・マイノリティの知識がなかったことである。同性愛と性同一性障害が同じものだと思って相談先のパンフレットを渡したということは、知識のなさの象徴であろう。

また、社会にはセクシュアル・マイノリティへの偏見や差別が存在し、セクシュアル・マイノリティだと知られること自体を当事者が恐れている

ということも、大学側は深刻に捉えていなかったのかもしれない。

そして、アウトティングは人権の問題ではなく、当事者個人の問題として、たとえ周囲に知られるおそれがあっても、気の持ちようで不安は解消されると捉えていたようである。

アウトティングは、セクシュアル・マイノリティへの差別が解消されていない社会において、当事者が差別にさらされる材料を第三者によって開示されるというものである。「同性愛者であることに自信を持って堂々と生きれば良い」「同性愛は恥ずかしいことではないので、周りに言っても構わないと思った」など、理解者であることを装った、「本人に良かれと思って」のアウトティングも、本人が知られたいと希望している以上、人権侵害であると言える。

アウトティングがなされ、しかもそのアウトティングをした本人と学校内で顔を合わせることに不安を感じ、体調を崩して登校も困難になっていたのであれば、学業に支障が生じているのは明らかである。そうであれば、大学側としてはAが健康を取り戻して学業を遂行できるよう、学内で顔を合わせないようにさせる方法を講じることができたのではないかと、遺族が主張するのも理由があると思われる。

裁判においては、アウトティングは不法行為であり、それゆえ大学は学生を守る手段を講じるべきである、としたうえで、大学の行為が適切であったかを判断すべきであったと史料する。

なお、控訴審の東京高判令和2年11月25日は、アウトティングや転落死が大学側の安全配慮義務違反により発生したとはいえないとして遺族の控訴を棄却したが、アウトティング自体については、Aの人格権やプライバシー権を著しく侵害する許されない行為であるのは明らかであるとの判断を示した。