

令和2年(行コ)第23号 犯罪被害者給付金不支給裁定取消請求控訴事件

控訴人 内山靖英

被控訴人 愛知県

## 控訴理由書

令和2年8月5日

名古屋高等裁判所民事第4部 御中

控訴人代理人

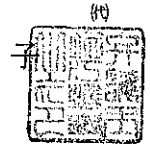
弁護士

堀江哲史



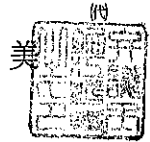
同

長谷川桂子



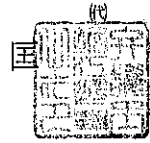
同

岡村晴美



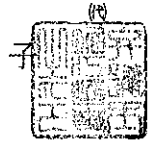
同

倉知孝



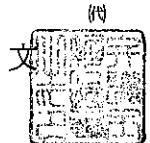
同


矢崎暁





同


浦野智文




同 進 藤 一 横 

同 大 畑 泰次郎 

同 中 川 重 徳 

同 永 野 靖 

同 山 下 敏 雅 

控訴人復代理人

同 水 谷 陽 子 

## 目次

第1章	はじめに .....	1
第2章	原判決の誤り .....	2
第1	原判決の判断枠組みの問題点について .....	2
1	原判決の判断枠組み .....	2
2	原判決規範が、犯給法の条文の文言に照らしても誤りであること .....	2
3	原判決規範は、司法権の役割を放棄したものであること .....	4
4	原判決規範の定立に、二つの重大な論理飛躍があること .....	5
5	原判決規範の理由の不当性（租税が財源であることとの関係） .....	7
第2	重婚的内縁や近親婚的内縁の保護法理や到達水準について .....	8
1	重婚的内縁や近親婚的内縁の保護法理との関係 .....	8
2	近時の同性カップルの法的保護に関する裁判例について .....	10
第3	本件処分当時も、同性カップルを婚姻関係に準じて扱うべき社会通念があったこと .....	11
1	原判決の社会的状況の評価の誤りについて .....	11
2	二宮教授の文献（甲50）に対する裁判所の誤読について .....	13
3	世田谷区の対応について（本件処分時にかかる社会通念が形成されていたこと」の積極的根拠として） .....	13
第4	一審原告の主張についての判断に対する反論（判決書29頁から32頁） .....	15
1	特例法による性別の取り扱い変更（ア） .....	15
2	家族形態の変化（イ） .....	19

3	地方公共団体, 民間の取り組み (ウ) .....	20
4	諸外国の状況 (エ) .....	21
5	日本人同性パートナーを有する外国人に対して在留特別許可が付与されたこと の意味 (オ) (甲122: 報告書) .....	23
6	DV防止法に関する原判決の判断の遺脱 .....	25
第5	本件処分が憲法14条1項に違反すること .....	25
1	はじめに .....	25
2	性的指向に基づく別異取扱いであること .....	26
3	被侵害権利・利益 .....	26
4	厳格に審査されるべきこと .....	28
5	別異取扱いが正当化されないこと .....	32
6	結論 .....	38
第6	求釈明 .....	39
第3章	おわりに .....	40

## 第1章 はじめに

本件は、20年以上にわたって生活を共にしてきた同性のパートナーを殺害された控訴人が、犯罪被害給付制度の遺族給付金の支給を求めたところ、控訴人と被害者とが同性同士であることを理由に支給が認められなかったという事件である。

原審において、控訴人は、同性カップルにも婚姻意思が認められ「事実上婚姻関係と同様の事情」の判断において異性カップルと差異を設ける理由がないこと、犯罪被害給付制度の趣旨は同性のパートナーにも妥当すること、内縁法理が展開された経緯、社会立法が民法とは異なる配偶者の定義を導入した経緯を踏まえ、「法の欠缺」を補充する解釈が、同性カップルの家族共同生活にも適用可能であること等を主張した。

これに対して、原判決は、犯罪被害給付制度の趣旨が同性のパートナーにも妥当するか否かや、犯給法のような社会立法が民法とは異なる配偶者の定義を導入してきたことについて一切触れないまま、個別具体的な事情にかかわらず、「同性カップルである」というその一点において請求を棄却した。そして、その理由は、2017年（平成29年）12月に愛知県公安委員会が不支給処分をした時点で、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」が形成されていない、というものであった。

この点、控訴人としても、一般論として、判決の結論を導く際に、社会の意識を要素の一つとすること自体を否定するものではない。

しかしながら、第一に、仮に社会通念が形成されていないことを前提とした場合であっても、社会の意識が高まっていない事実をもって、当事者を救済しない理由にはなり得ないし、してはならないことである。むしろ裁判所は、少数者の人権保障の砦として、社会通念が差別的であるときにこそ、真摯に向き合うことが求められるのであって、原判決の理由が「社会通念が形成されていない」に止まっているのは、裁判所の職責を完全に放棄したものという他はない。

また、第二に、原判決は、本件処分のあった2017年の時点で、社会通念が「形成されていない」と述べている点で、現実の社会の動きを見誤っていると言わざるを得ないのである。

以下、原判決の誤りを指摘した上で、仮に、原判決の判断に基づく場合には、異性事実婚と同性事実婚とで別異の取扱いをする犯給法が憲法14条1項に違反することについても、詳述する。

## 第2章 原判決の誤り

### 第1 原判決の判断枠組みの問題点について

#### 1 原判決の判断枠組み

原判決は、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ることを要するとするとして（第3・1・（1）・イ・（ア）。以下、「原判決規範」という。）、本件処分当時においては、かかる社会通念が形成されていたとはいえず、「個別具体的な事情にかかわらず」当たるとは認められない（第3・1・（3）・ア・（ウ））などと判示する（判決書19頁）。

しかし、原判決規範については、以下に述べる問題点があるため、破棄されるべきである。

#### 2 原判決規範が、犯給法の条文の文言に照らしても誤りであること

（1）原判決規範が誤りであることは、犯給法の条文の文言それ自体に立ち返れば明白である。

すなわち、同法5条1項1号には「社会通念」との要件はない。むしろ、同法において「社会通念」の語が用いられているのは、同法6条の支給制限規定のうち3号で「前二号に掲げる場合のほか、犯罪被害者又はその遺族と

加害者との関係その他の事情から判断して、犯罪被害者等給付金を支給し、又は第9条の規定による額を支給することが社会通念上適切でない認められるとき」という条文である。

犯給法が「社会通念」の用語を5条で用いず、6条で用いている条文そのものに照らせば、5条の受給者の範囲については、事実上婚姻関係と「同様の事情」であるか否かを個別具体的な事情に基づいて「認定」したうえで、原判決が指摘するような「犯給法の目的が、社会連帯共助の精神に基づいて、租税を財源として遺族等に一定の給付金を支給し、国の法制度全般に対する国民の信頼を確保すること」（第3・1・(1)・イ・(ア)）から正当化される社会通念による支給制限は6条3号によって行うべきもの、それも、個別具体的な事情をもとに社会通念によって「評価」するべきことは明らかである。

同法5条1項1号における「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」か否かは、その文言どおり、被害者と申請者との関係についての個別具体的な事情に基づいて「認定」しなければならない。そして、本件では、すでに裁判員裁判による刑事訴訟において、検察官・弁護人のみならず、一般市民である裁判員らも含む裁判体も、控訴人と被害者とを夫婦同然の関係と評価していたのであって（甲1）、犯罪被害者給付金の支給においても同様に「認定」されるべきことは明らかである。

原判決のように「社会通念」によって「個別具体的な事情にかかわらず」、同性であること一点をもって定型的に「事実上婚姻関係と同様の事情」にならないなどと判断することは、犯給法の条文自体に反する。5条1項の受給者の範囲の確定にあたって、条文にない「社会通念」を織り込むことは、法の解釈として逸脱しており、あたかも裁判官によって主観に基づく立法を行っているのも同然である。

(2) 端的に言えば、原判決のいうような「同性間の関係が婚姻と同視しうると

の社会通念」が必要なのではなく、仮に社会通念を問題とするならば、「被害者と同性同士で夫婦同然に共同生活をしていた本件原告に対し、犯罪被害者給付金の支給が相当でない」とまでする社会通念」が本件処分時にあったか否かである。そして、本訴訟において被控訴人から6条3号にかかる主張はないが、仮にそのような主張があったとしても、「被害者と同性同士で夫婦同然に共同生活をしていた本件原告に対し、犯罪被害者給付金の支給が相当でない」とまでする社会通念」が本件処分時に存していないことは明らかである。

### 3 原判決規範は、司法権の役割を放棄したものであること

- (1) 司法権は、民主政の過程（多数決原理）による救済が困難な少数者の権利・利益を擁護するとともに、実生活の中から生成する社会（とりわけ少数者）の切実な要求を、新たな法規範として汲み上げ整序する役割を担う（甲102・82～83頁）。具体的には、社会の切実な要求を法的な命題へと構成し、法の趣旨や人権保障の観点から法を解釈し、具体的妥当性を持った判決を下す必要がある（甲102・99～100頁）。
- (2) 原判決が突如として定立した原判決規範における「社会通念」は、社会の多数者の認識・考え方を意味すると考えられる。原判決は、実生活の中から生成した少数者の切実な要求があるにもかかわらず、司法権がその要求を新たな法規範として汲み上げて法解釈することを怠り、少数者の権利・利益の保護範囲を社会の多数者の認識・考え方に委ねたものであり、上記の司法権の役割を放棄したものと言わざるを得ない（なお、仮に原判決規範に基づいて判断をすとしても、本件処分当時には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のであり、その点においても原判決が誤っていることについては後述する）。
- (3) この点、本件と同様に同性愛者について、少数者の権利・利益の保護範囲を社会の多数者の認識・考え方に委ねることなく、司法権の役割を果たした



裁判例として、府中青年の家事件判決（第一審：東地判平成6年3月30日（甲103）、控訴審：東高判平成9年9月16日（甲104））がある。

同事件は、同性愛者の団体が青年の家の利用申し込みをしたところ、東京都教育委員会が不承認としたことの違法性が問題になった事案である。東京都教育委員会が不承認とした理由は、青年の家で同性愛者を同室宿泊させることについては「未だ国民のコンセンサスが得られていない」というものなどであったが、裁判所はこの不承認の理由を違法なものとして退けた。このような裁判所の判断は、社会の多数者の認識・考え方により少数者の保護範囲を画することはできないとして、青年の家の設立趣旨などから保護範囲を画したものであり、まさに司法権の本来の役割を果たしたものといえる。

殊に、同事件控訴審判決の、「平成二年当時は、一般国民も行政当局も、同性愛ないし同性愛者については無関心であって、正確な知識もなかったものと考えられる。」とした上で、「一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛者の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものというべきであって、無関心であったり知識がないということは公権力の行使に当たる者として許されないことである。このことは、現在ではもちろん、平成二年当時においても同様である。」（甲104）と示したことは、本件不支給処分の違法性及び原判決の判断妥当性を考える上で、極めて重要な視点である。

- (4) 以上より、少数者の権利・利益の保護範囲について、社会の多数者の認識・考え方のみ委ねた原判決は、司法権の役割を放棄したものと言わざるを得ない。

#### 4 原判決規範の定立に、二つの重大な論理飛躍があること

- (1) 原判決は、原判決規範の定立に当たって、「犯給法5条1項2号、3号に掲げられた親子、祖父母、孫や兄弟姉妹といった親族は、社会通念上、犯罪

被害者と親密なつながりを有するものとして犯罪被害者の死亡によって重大な経済的又は精神的な被害を受けることが想定される者であり、これらと並んで同項1号に掲げられている『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。）』に該当する者についても、同様の者が想定されていると考えられる」ことを根拠としている（判決書19頁）。

(2) ここに、法における「社会通念」というのは、法制度の趣旨や人権保障の観点から、法制度の運用をどのように考えるか、どの範囲の人にまで法制度を適用するかという観点からの社会通念であるべきである。なぜなら、司法権は、民主政の過程による救済が困難な少数者の権利・利益を擁護し、法の趣旨や人権保障の観点から法を解釈し、具体的妥当性を持った判決を下すという役割を担うからである。

このような観点からすれば、仮に、犯罪被害給付制度の保護範囲を画する上で「社会通念」という概念を用いるのであれば、同性パートナーが犯給法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」に当たるかについては、法制度の趣旨等に則り、同性事実婚の当事者が「社会通念上、犯罪被害者と親密なつながりを有するものとして犯罪被害者の死亡によって重大な経済的又は精神的な被害を受けることが想定されるといえるか否か」という基準によって判断されるべきである。

ところが、原判決規範における社会通念の対象、犯罪被害給付制度の保護範囲を超えて、日本社会として同性カップルの共同生活関係を（異性間の）婚姻関係と同視し得るか否かという意味になっており、犯給法の解釈における「社会通念」とは異なる意味になってしまっており、重大な論理の飛躍がある。

(3) また、本件は、異性事実婚の当事者と同様に、同性事実婚の当事者も犯罪被害給付制度の適用対象となるか否かが問題となっているのであるから、同

性事実婚について比べる対象となるのは、異性事実婚であるはずである。控訴人も、自身が法律上の配偶者（法律婚の当事者）であると主張しているわけではない。

そうである以上、仮に、社会通念を判断基準におき、かつ、犯給法の趣旨を組み込まない規範を定立するとしても、その規範は「同性間の共同生活関係が異性間の共同生活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」となるはずである。

しかるに、原判決規範は、「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ることを要する」（注：下線は控訴人による）としており、なぜか同性事実婚と法律婚とを対比する枠組みにすり替えている。

この点においても、原判決は、重大な論理の飛躍があるとの誹りを免れない。

(4) 以上のとおり、原判決規範のいう「社会通念」は、犯給法上考慮すべき「社会通念」と異なる意味になっており、また、同性事実婚と異性事実婚ではなく、同性事実婚と法律婚とを比較するものになっているという二つの点で、重大な論理の飛躍がある。

#### 5 原判決規範の理由の不当性（租税が財源であることとの関係）

原判決は、「犯給法の目的が、社会連帯共助の精神に基づいて、租税を財源として遺族等に一定の給付金を支給し、国の法制度全般に対する国民の信頼を確保することにあることに鑑みると、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こと」を根拠として、本件判断枠組みを導き出している（判決書19頁）。

たしかに、犯罪被害給付制度は、租税を財源とする社会保障である。しかし、原判決は、社会保障が国民生活の安定を損なうリスクに対して、自立した個人が社会連帯の精神を基礎として支え合うものであることを看過している。

本件においては、同性事実婚の当事者も、異性事実婚の当事者と同様の租税負担をしている（わが国において、同性事実婚の当事者（あるいは同性愛者）であることを理由として、租税を減免するような制度は見当たらない）。そうである以上、同性事実婚の当事者も、犯罪被害給付制度の保護範囲に含めるべきである。原判決の理由付けは、少数派たる同性愛者も租税を負担していることを看過しており、「社会連帯共助」から同性愛者を排除するということに等しい。

さらに言えば、異性事実婚の当事者と同様の租税負担をする同性事実婚の当事者も犯罪被害給付制度の保護範囲に含めることが公平であるから、犯給法の目的である「国の法制度全般に対する国民の信頼を確保すること」に資するのである。

## 第2 重婚的内縁や近親婚的内縁の保護法理や到達水準について

### 1 重婚的内縁や近親婚的内縁の保護法理との関係

(1) 原判決は、控訴人の「重婚や近親婚は、婚姻に該当することを前提とした上で、これを認める弊害に鑑みて、政策的に禁止するものであって、個別具体的な事情の下で弊害が顕在化しない場合に、例外的に内縁関係を法律婚に準じて保護する」という主張に対して、「同性間の共同生活関係については、政策的に婚姻が禁じられるというのではなく、そもそも民法における婚姻の定義上、婚姻に該当する余地がない」から「局面を異にしている」ため内縁に含まれないものと判断した（判決書19～20頁）。

しかしながら、重婚的内縁や近親婚的内縁も、かつては原判決と同様に全く保護されない扱いであったのが、その後保護されるようになった経過を經過しており、同性間の内縁関係について「局面を異にする」とは到底言い得ない。

(2) すなわち、重婚的内縁は、かつて、民法の婚姻の実質的な成立要件に違反する違法な関係であり、一夫一婦の婚姻秩序、公序良俗に違反して絶対的に

無効と解されていたところ（大判昭和4年1月25日（甲105）東京都立大学法学会雑誌2巻2号96頁，大判昭和10年2月8日（甲106）法学4巻7号145頁，大判昭和15年7月6日（甲107）民集15巻1143頁等），その後，法律婚が事実上の離婚状態にあつて，事実婚に婚姻共同生活の実体が備わっていれば，内縁配偶者に遺族給付の受給資格を認め得ると判示されるに至った（最一小判昭和58年4月14日（甲108）民集37巻3号270頁）。

（3）また，近親婚的内縁についても，行政解釈や（昭和55年5月16日庁保発15号・社団法人全国社会保険協会連合会編『厚生年金保険関係通達集』968頁（2001年），昭和38年9月28日法制意見・大蔵省主計局共済課監修『国家公務員等共済組合関係通達実例集』133頁以下（ぎょうせい，1966年）参照），裁判例において，近親婚の禁止に触れる内縁関係は，遺族年金が公的給付でもあつて，近親婚はそもそも時の経過で法的に治癒もされない関係であるために内縁としての保護を受けえないとされていたのが（東京高判昭和59年7月19日（甲109）行集35巻7号956頁，最一小判昭和60年2月14日（甲110）訴務月報31巻9号2204頁），3親等内の傍系血族関係にある内縁配偶者について，内縁形成の経緯，周囲や地域社会の受け止め方，共同生活期間の長短，子の有無，夫婦生活の安定性等に照らして，反倫理性，反公益性が婚姻秩序維持等から問題とする必要がない程度に著しく低いと認められる場合には，近親婚的内縁配偶者にも遺族厚生年金の受給資格を認めてよいと判示するに至ったのである（最一小判平成19年3月8日（甲111）民集61巻2号518頁）。

（4）このように，重婚的内縁や近親婚的内縁も，かつては一律に禁止されたり，法的保護を否定されていたものが，その後，内縁関係の目的や継続性，安定性，夫婦的共同生活の実態等に照らして，社会法的な理念や法の目的に鑑みて，主観的要件としての内縁の意思，客観的要件としての夫婦共同生活の存

在などから法的保護の必要性を総合的に判断するという方向に転換してきたのである。

このような保護の可否から保護の基準の形成に至る経緯に鑑みれば、同性間の関係についても同様に解すべきであり、「局面が異なる」のでないことは明白である。

## 2 近時の同性カップルの法的保護に関する裁判例について

- (1) 宇都宮地裁真岡支部令和元年9月18日判決は、同性関係の不当な解消についても、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法的保護に値する利益が認められると説示して、慰謝料と弁護士費用の損害賠償を認容した(甲112)。

同判決は、価値観や生活形態の多様化、世界での同性婚の容認の流れ、国内での自治体での同性パートナーシップの広がりなどを踏まえ、同性カップルであっても、内縁と同視しうる生活関係にあれば、内縁に準じて法的保護を受け得ると判示したものである。また、憲法24条についても、憲法制定当時、同性婚は想定されず、積極的に否定したり排除したりするものでないため、同性カップルに法的保護を与えることは、憲法に違反するものでないと説示している点でも注目される。

同事案の控訴審である東京高裁令和2年3月4日判決も、2人の関係は「他人同士が生活を共にする単なる同居でなく、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」、お互いに、「婚姻に準じる関係から生ずる法律上保護される利益を有する」として、一審判決を支持した(甲113)。

- (2) 同性関係不当破棄訴訟での宇都宮地裁真岡支部判決、東京高裁判決のいずれも、価値観や家族関係の多様化、国民の意識の変化、内外の同性カップルをめぐる情勢の変化などを考慮して、同性カップルにも生活実態や当事者の

意思に沿って内縁に準じた法的保護を広げたものであり、人権を守る最後の砦としての司法の役割を意識した公正な判決である。

これに対して、本件における原判決は、「重婚的内縁や近親婚的内縁が一定の場合に保護されるからといって、同性間の共同生活関係が内縁関係に含まれる理由となるとは解されず、原告の主張は採用することができない」などと述べるに留まり、明らかに失当である。

### 第3 本件処分当時も、同性カップルを婚姻関係に準じて扱うべき社会通念があったこと

#### 1 原判決の社会的状況の評価の誤りについて

原判決は、前記の「社会通念」論という判断枠組みを前提として、同性間の共同生活関係に関する社会的状況として、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、地方公共団体の同性間の共同生活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、国民の意識に対するアンケート調査の結果、海外の情勢等を検討して、「本件処分当時の我が国において、同性間の共同生活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」と述べる（判決書20～27頁）。この評価は、至極妥当である。

しかるに、原判決は、これに続いて、①地方自治体の「一連の取組は、いまだ同性間の共同生活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。」②同性パートナーシップに関する公的認証制度の内容は「配偶者控除等の直接的な法的効果は付与されていないのであって、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」・・・等として、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結論づける（判決書27～29頁）。

原判決は「社会通念の形成」という曖昧な基準を立てたため（原判決規範自体に対する批判は前述したとおりである）、あてはめにおいてもこのような恣意的な（結論ありきの）帰結に陥ってしまっている。

原判決は、同性パートナーシップ制度を「理解を推し進める」ためと解しているが、実際には、それに止まらず明確に差別の禁止を義務づけた規定もある（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8条3項など）。そもそも、公権力が「理解を推し進める」ことを宣明していること自体が、「社会通念が形成」されていることの大きな傍証の1つである。

また、法的効果が付与されていないと言うが、原判決が挙げる配偶者控除はまさに国の立法を待つしかないので、「社会通念の形成」の評価にあたるものではない（原判決の論理に則れば、おおよそ、最終的に同性婚の法律のような立法が成立しない限り「社会通念が形成」されたとは言えないことになるから、「社会通念が形成」されていく過渡的な状況においては、法的救済が全くあり得ないことになる。）

結局、原判決は、この間の社会の動きを表面的にしか捉えることができていない。表層においてこれだけ多数の動きが出ていると言うことは、より草の根・底流で社会通念の大きな変動があるということの意味しているのにもかかわらず、原判決はこれを理解していないのである。

ちなみに、前記府中青年の家事件に関する東京地裁平成6年3月30日判決は、「都教育委員会は、「青年の家において複数の同性愛者を同室に宿泊させることについては未だ国民のコンセンサスが得られていない。」との見解を持つ。しかし、そもそも、国民の大部分は、これまで同性愛について深く考えたことはなかったのであって、右の様なコンセンサスが得られていないとも断じがたい。」と判示している（甲104）。このとおり、「コンセンサス」ない



し「社会通念」なるものは、見る側によってどちらの評価も可能なものである。

## 2 二宮教授の文献（甲50）に対する裁判所の誤読について

また、原判決は、「同性間の共同生活関係に関する社会制度の形成は、ア婚姻とは別の生活パートナーとしての登録あるいは共同生活のための契約の登録を認め、婚姻に近似した法律関係を保障する、イ事実婚としての法的保障を及ぼす、ウ同性婚そのものを保障するといった段階を経て徐々に進むことが想定されるところ（諸外国において、アの方法に先んじてイの方法で同性間の共同生活関係に対応した国はないとされる〔甲50〕。）、前記のような我が国の状況は、アの段階より前のものと評価せざるを得ない」と述べる（判決書27～28頁）。

この甲50号証は、二宮周平「家族法～同性婚への道のりと課題」三成美保編『同性愛をめぐる歴史と法』（明石書店）126～127頁であるところ、確かに同文献には、3つの類型が挙げられている。しかし、これは原判決が述べているような段階論ではなく、内縁保護法理があるわが国において内縁保護法理を適用して事実婚としての保護を同性カップルに保障することを否定するものではない。

この点は、二宮教授自身の意見書を準備中であり、詳述予定である。

## 3 世田谷区の対応について（本件処分時にかかる社会通念が形成されていたこと）の積極的根拠として）

(1) 世田谷区は、2020（令和2）年6月11日、新型コロナウイルスに対応した国民健康保険の特例措置に関し、被保険者が死亡した場合に遺族に支給される傷病手当金を同性パートナーにも支給する旨、区議会における一般質問で答弁した（甲114：新聞記事）。

健康保険・年金・労災等の社会保障分野においては、犯罪被害者給付金同様、「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」に給付する規定が存するところ、世田谷区の取扱いは、同性パートナーがこの「事実上婚姻関係と同様の

事情にある者」に該当することが明言された初のケースであり、原判決のいう「同性間の共同生活を婚姻関係と同視し得るとの社会通念」が形成されていることを示すものである。

- (2) 世田谷区の答弁が2020（令和2）年6月になされたことは、「2017（平成29）年12月の本件処分時にかかる社会通念がいまだ形成されていなかったこと」を示すものではない。むしろ、「本件処分時にかかる社会通念が形成されていたこと」の積極的根拠となるものである。

すなわち、傷病手当は本来、国民健康保険には存しない制度であるところ、新型コロナウイルスの感染拡大防止の見地から、国が、国保加入の感染者についても休業しやすい環境を整備するために、保険者である各地方自治体に対し、新たに導入を促したものである（令和2年3月10日付厚生労働省保険局国民健康保険課、厚生労働省保険局高齢者医療課事務連絡「新型コロナウイルス感染症に感染した被用者に対する傷病手当金の支給等について」）。本傷病手当については、法律ではなく、各地方自治体の条例・要綱が支給根拠となる。

かかる経緯からして、本件処分時である2017年12月に存しなかった制度が、「同時点で社会通念が形成されていなかったこと」の根拠にそもそもなり得ないし、むしろ、2020（令和2）年3月に国から導入を促された傷病手当について、その僅か数ヶ月後の同年6月には同性パートナーを支給対象とし得たのは、社会通念が十分に形成されている土壤が存しているからこそである。世田谷区はすでに2015年（平成27）に同性パートナーシップ制度を要綱で定めており、その後本件処分時の2017（平成29）年12月までにも多数の自治体が同様の制度を設けていたことからして、本件処分時に「同性間の共同生活を婚姻関係を同視し得るとの社会通念」が存することは、この世田谷区の傷病手当の扱いからみても明らかである。

#### 第4 一審原告の主張についての判断に対する反論（判決書29頁から32頁）

##### 1 特例法による性別の取り扱い変更（ア）

###### （1）原審の判断

原審は、以下のように述べて、控訴人の主張を排斥している。

「（ア）原告は、身体的性が女性で自認する性が男性の者と身体的性と自認する性がいずれも女性の者とが交際している場合において、前者が性同一性障害特例法により性別の取扱いを男性に変更すると婚姻することができ、その結果、犯給法の保護を受けることができるから、性同一性障害特例法により性別の取扱いを変更する前であっても同様に犯給法の保護を及ぼすべきである旨主張する。

しかしながら、性同一性障害特例法の定める性別の取扱いの変更の要件の内容（同法2条、3条）からすると、身体的性と自認する性が異なる者のうち、前記の要件を満たす者は、自認する性に従った取扱いをすることが社会的に許容されると解されるが、前記の要件を満たさない者は、必ずしもそのようにいうことはできないのであって、このことは、前記アにおいて検討した本件処分当時における同性間の共同生活関係に関する社会的状況に照らしても明らかである。そうすると、性同一性障害特例法の適用による性別の取扱いの変更がされるか否かにより犯給法の保護の対象となるか否かに差が生ずることが不合理であるということはいえない。

したがって、原告の前記主張は採用することができない。」（判決書29頁）

###### （2）原審の判断の誤り

しかし、原審の判断は、以下の点で誤っている。

###### ア 犯給法の趣旨とトランスジェンダーとの関係について

まず、原審は、控訴人が第2準備書面（5頁）において説明した2つのトランスジェンダーに関する事例の内、1番目の事例（以下「事例1」と

いう)を意図的に除外し、2番目の事例(以下「事例2」という)だけを取り上げて上記のように判断をしており、そもそも控訴人の主張について必要な判断をしていないのである。

そして、このトランスジェンダーとの関係についての控訴人の主張は、形式的に異性のカップルなのか、同性のカップルなのかで犯給法の適用対象を判断することが、犯給法の趣旨に該当するはずのカップルを排除してしまうことを指摘し、犯給法の対象となるかどうかについては、犯給法の趣旨に照らして実質的に判断されるべきことを明らかにするものである。

そこで、事例1及び事例2について説明し、その上で、原審の判断の誤りについてそれぞれ指摘する。

#### イ 事例1について

事例1は、別紙図1にあるように、戸籍上は男性であるトランスジェンダー女性(A)と、戸籍上及び自認する性が女性である者(B)との関係であり、Aがトランスジェンダーで同性愛者という事例である。

事例1の場合、AとBは、法律上の性(戸籍上の性)では異性のカップルとなるため、AとBは、異性のカップルとして法律婚をすることができる。なお、法律婚をした場合、Aは、特例法による性別の取り扱いの変更の要件を満たさなくなる。

そうすると、戸籍上の性を基準に考えれば、AとBについては、法律婚または事実婚のいずれの場合も「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」として犯罪被害者給付金の対象となる。すなわち、原審が犯給法の趣旨から述べる「社会通念上、犯罪被害者と親密なつながりを有するものとして犯罪被害者の死亡によって重大な経済的又は精神的な被害を受けることが想定される者」に該当するということである(もっとも、AとBの関係については、当事者の認識だけでなく、社会生活上は同性カップルとして生活を共にしているため、社会一

般の認識としても同性カップルとなる)。

一方で、同じAが(婚姻前に)特例法による性別の取り扱いの変更をした場合、戸籍上も同性カップルとなり、原審の判断によれば、犯罪被害者給付金の対象ではなくなるとのことである。「社会通念上、犯罪被害者と親密なつながりを有するものとして犯罪被害者の死亡によって重大な経済的又は精神的な被害を受けることが想定される者」に該当するはずの者つまり、犯給法の趣旨が妥当する者が、特例法による性別の取り扱いの変更によって犯給法の趣旨が妥当しなくなることになる。

以上を整理すると、別紙図2のようになる。AとBに関しては、犯給法の趣旨が妥当し犯罪被害者給付金の対象となっていたのが、Aが特例法による性別の取り扱いの変更を受けると、基本的な二人の生活には何らの変化もないにもかかわらず、いきなり犯罪被害者給付金の対象となくなるといって著しく不合理な結果が生じるのである。

原審が述べるAとBの関係において、特例法による性別の取り扱いの変更によって、親密さが低下するわけでもなく、経済的又は精神的な被害がなくなるわけでもないにも関わらず、犯罪被害者給付金の対象となくなることについて合理的な説明は不可能である。

#### ウ 事例2について

事例2は、別紙図3にあるように、戸籍上は男性であるトランスジェンダー女性(C)と、戸籍上及び性自認上の性が男性である者(D)で、Cがトランスジェンダーで異性愛者という事例である。

事例2の場合、AとBは、①法律上は同性同士の関係にあるため民法上の「婚姻」ができないが、社会生活上は異性同士のカップルであり、②Cが特例法に基づき性別の取り扱いの変更をした後には民法上の「婚姻」が可能である。

そうすると、戸籍上の性を基準に考えれば、CとDについては、別紙図

4のように①の場合は、犯罪被害者給付金の対象とならないが、②の場合は、法の趣旨が妥当し、法律婚または事実婚を問わず「配偶者」として犯罪被害者給付金の対象となる。

しかし、戸籍の取り扱い変更の前後を通じて二人の基本的な生活は異なるのであり、特例法による性別の取り扱いの変更によって、親密さが向上するわけでもなく、経済的又は精神的な被害が急に生じるわけでもない。この点でも、性別の取り扱い変更前のカップルを犯給法の対象から除外する合理的な理由はない。

なお、原審は「前記の要件を満たす者は、自認する性に従った取扱いをすることが社会的に許容されると解されるが、前記の要件を満たさない者は、必ずしもそのようにいうことはできないのであって、」と述べるが、トランスジェンダーで同要件を満たしていない事案においても、一定の保護を受けている事案も存在している（東京地決平成14年6月20日（甲115）労働判例830号13頁、東京地判令和01年12月12日（甲116）労働経済判例速報2410号3頁）。

そのため、同要件を満たすかどうかを基準とすること自体も極めて不当である。

## エ まとめ

以上のことから明らかになるのは、形式的に、戸籍上異性のカップルなのか、同性のカップルなのかで犯給法の適用対象を判断し、同性事実婚の当事者を一律に除外する場合には、犯給法の趣旨が妥当する者を制度から排除するという不合理な結果となってしまう。

そのため、原審でも繰り返し述べたように、「配偶者（事実上婚姻関係と同様な事情にある者）」に該当するかについては、犯給法の趣旨を踏まえて当事者の実情に基づいて判断すべきであり、同性のパートナーを一律に排除するという形式的な判断をすべきではない。

## 2 家族形態の変化（イ）

(1) 原判決は、「近時、性別に応じた役割分担の意識が薄れ、家族の形態が子を持たない形態も含めて多様化したことで情緒的な親密性の点において同性間の共同生活関係も異性間のものと同様になるとの意識が高まって」いることを認めながら、「本件処分当時における同性間の共同生活関係に関する社会的状況に照らすと、社会通念上、同性間の共同生活関係が異性間のものと同視されているとまではいえない」と述べる（判決書30頁）。

(2) しかし、原判決も引用した甲54号証にあるとおり、1990年代には専業主婦世帯と共働き世帯が拮抗する状態になり、2000年代に入る頃から共働き世帯が専業主婦世帯を上回るようになっていた（甲54・8頁）。このような状況の下、わが国においても、1997年の時点で、近代家族の特徴であった性役割分業が薄れていくと、家族は愛情によってのみ支えられるようになることが指摘されている（甲54・5頁，甲117：論文「愛と性の二段階革命：恋愛と結婚の近代」）。

そして、本件処分（平成29年（2017年））の2年前に行われた「性的マイノリティについての意識：2015年全国調査」によれば、「同性どうしの結婚を法で認めること」についての回答は、「賛成」「やや賛成」の合計が51.1%と「反対」「やや反対」（計41.3%）を上回っている（甲54・6頁，甲118：性的マイノリティについての意識：2015年全国調査）。

また、本件処分と同じ年に行われた世論調査「日本人と憲法」でも、「男性どうし、女性どうしが結婚することを認めるべきだ」の問いへの回答は、「そう思う」が50.9%、「そうは思わない」が40.7%であった（甲54・7頁，甲119：世論調査「日本人と憲法2017」）。

(3) これらの調査は、いずれもセクシュアル・マイノリティ当事者に限って調査を行ったものではなく、わが国における社会一般の意識を反映したもので

あるといえる。

しかも、2015年調査は、同性どうしの結婚を法で認めること（法律婚）についてのものであり、また、2017年調査もその他の問いが、憲法に関連するものであることから、法的効果を伴う結婚を前提としていることは明らかである。すなわち、2015年調査、2017年調査のいずれもが、同性どうしの法律婚を認めることに賛成の意見が過半数を占めていたことがわかる。

まして、本件では、法律婚よりも緩やかな事実婚として、犯罪被害給付制度の遺族給付金の支給を認めるかどうかの問題になるのであるから、上記調査結果よりも賛成の割合が減ることは考えがたい。

- (4) このことから、本件処分当時には、既に社会通念において、同性間の共同生活関係が異性間のものと同一視されていたとすることができる。

### 3 地方公共団体、民間の取り組み（ウ）

- (1) 原判決は、「地方公共団体や民間企業において同性パートナーを配偶者と同様に扱う取組がされていることや、同性同士で共同生活関係にある者らを養育里親とする動きがみられていること等をもって、同性間の共同生活関係が婚姻関係と同視し得るものとされている旨を主張する。しかしながら、原告の主張する地方公共団体及び民間企業の取組の存在を考慮しても、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はいえないことは、前記アに説示したとおりである。」と述べる。

しかし、地方公共団体及び民間企業の取組こそ、同性間の共同生活関係を婚姻関係（事実婚）と同視し得るといふ社会通念が形成されていたことのたまものである。必要性があるから、制度が生まれる。同性パートナーを、事実婚の配偶者と同様に扱うことの社会的な合意が形成されているからこそ、地方公共団体や民間企業がそのような取組を行う必要性が生じていると評価すべきである。



(2) 原判決は、「養育里親制度については、場合によっては単身者であっても里親として認められることに現れているように、飽くまで子の養育の観点から十分な体制といえるか否かが主たる問題であって(前記)認定事実イ(エ)このような制度の存在のみをもっ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みることはできない。」と述べる。

しかし、同性パートナーを養育親として認めたことは、子の養育の観点からみても、同性間の共同生活関係を、異性間パートナーと同様に、家族として認めてよいとしたことに他ならず、単身者であっても里親として認められるという理由に矮小化して捉えることには無理がある。そして、同性間の共同生活が、異性間パートナーと同様に家族として認められたということは、同性間の共同生活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からこそ、そのような判断にいたったというべきである。

また、原審が述べるように、養育里親制度について、「子の養育の観点から十分な体制といえるかどうか」という制度趣旨にたちかえって同性パートナーを里親ふうふと認めたのだとすれば、本件においては、同性パートナーを犯罪被害で失った者が、事実婚の異性パートナーを犯罪被害で失った者と同視できるのかについて、犯罪被害者給付制度の趣旨にたちかえって検討すべきであるところ、原判決においては、その視点が圧倒的に欠けていると言わざるを得ない。

#### 4 諸外国の状況(エ)

原判決は、一審原告の、「諸外国において同性婚が導入されるなどしていることをもって、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旨の主張」に対して、「同性の犯罪被害者と共同生活関係にあった者が、犯給法上の「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」といえるか否かについては、我が国においてそのような社会通念が形成されているか否かが問題となるのであるから諸外国の状況が我が国の社会通念の形成に影響を及ぼすことがあり

得るのは別論として、諸外国の状況そのものによって直接的にその解釈が左右されるべきものではない。」と述べる（判決書31頁）。

しかし、日本国憲法98条2項に基づく条約および確立された国際法規の遵守義務及び我が国が批准する市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「自由権規約」という。）の内容によれば、原審のこのような解釈は許されない。

すなわち、自由権規約2条1項は「この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する。」ことを定め、また同条2項は「この規約の各締約国は、立法措置その他の措置がまだとられていない場合には、この規約において認められる権利を実現するために必要な立法措置その他の措置をとるため、自国の憲法上の手続及びこの規約の規定に従って必要な行動をとることを約束する。」ことを定めている。

これに基づき各締約国は、その履行を確保するために条約機関への報告制度（あるいは国家報告制度）や、国連人権理事会の普遍的定期審査などの制度を定めている。

そして、1994年3月、同性愛行為を犯罪としていた法律の規約違反が争われたトゥーネン対オーストラリア事件において、自由権規約委員会は、自由権規約2条1項および同26条の「性 sex」には「性的指向を含む」として、主要人権条約における条約委員会として初めて性的指向を人権問題と位置づけた（甲120-1、2：トゥーネン対オーストラリア・タスマニア州 規約人権委員会決定）。

したがって、自由権規約の締約国は、同規約2条1項の「性」には「性的指向を含む」ことを前提として、その履行を確保しなければならず、日本だけが

例外的に遵守しなければよいというわけではない。

これを前提にしてみれば、諸外国における同性婚の導入は、日本を除く各締約国の上記自由権規約の遵守の現れの一つであるといえよう。

そうであれば、犯給法上の「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」といえるか否かを解釈するにあたり、諸外国において同性婚が導入されている事情を考慮要素として斟酌すべきである。

## 5 日本人同性パートナーを有する外国人に対して在留特別許可が付与されたことの意味（オ）（甲121：報告書）

(1) 控訴人は、原審第5準備書面・2(2)において、国が日本人同性パートナーを有する外国人に対して在留特別許可を付与した措置は、当該同性カップルが婚姻関係と同様の事情にあると国が認めたことを前提としなければ説明がつかず、同性カップルに関し法律上の夫婦と同様に保護を受けるべき実態が存在することを国も無視できなくなっているという趣旨の主張をした。

これに対し、原判決は、在留特別許可を付与するか否かの判断は、様々な事情を考慮した法務大臣の広範な裁量に委ねられており、当該事案において考慮された事情や付与された在留資格の内容も判然としないことから、当該事案の存在をもっ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いうこととはできないと判示している（判決書31～32頁）。

(2) たしかに、過去の裁判例において、在留特別許可を付与するか否かの判断は、様々な事情を考慮した法務大臣の広範な裁量に委ねられていると解されていることは控訴人も争うところではないし、控訴人自身、原審第5準備書面・2(2)において主張したとおり、法務省は当該事案について「これまでの在留状況や生活態度など、様々な要素を鑑みた上で総合的に判断し」と述べているのであって、パートナー関係を理由に在留特別許可を付与したとは述べていないことは事実である。

しかしながら、当該事案においては、東京入国管理局における退去強制手続きにおいても、訴訟においても、AとBのパートナー関係の評価が一貫して争点になっていた(甲121、甲122:陳述書)。その中で、法務省は、裁判所による本件処分等見直しの打診を受けて、本件処分等を撤回して在留特別許可を付与したのであるが、東京入国管理局における退去強制手続きにおいても、訴訟においても、判断の基礎となるべき事実関係は何も変わらないのであるから、法務省はAとBのパートナー関係への評価をあらため、AとBの同性パートナー関係を積極要素として在留特別許可を付与したと考える他ない。

また、法務省自身が考慮要素としたと述べている「これまでの在留状況」の中には、Aの本邦入国以来の生活状況も含まれるのであるから、AがBと長年同居し、共同生活を送っていた事実は当然含まれているし、当該事案において在留特別許可が付与されるまでの経緯からしても、法務省が在留特別許可を付与するとの判断に当たって、AとBのパートナー関係を無視し得なくなったことは疑いない。

したがって、当該事案において考慮された事情は判然としないという原判決の判示は誤りである。

(3) また、Aには「定住者」(在留期間1年)との在留資格が付与された。したがって、付与された在留資格の内容が判然としないという点においても、原判決の判示は誤りである。

そして、いわゆる「定住者告示」以外の身分・地位で「定住者」への該当性が認められている類型の多くは、当該外国人の有する家族関係や日本への定着性に着目して「定住者」の在留資格が認められているものである(甲123:出入国管理及び難民認定法逐条解説、甲124:定住者告示)。

AとBは同性カップルなので、婚姻をすることはできず、Aは「日本人の配偶者等」には該当しないが、Aは長年にわたり日本人Bのパートナーとし

て共同生活を継続していることから、「人道上の理由」や、異性カップルと同様に同性カップルのパートナーシップも保護しようとする「社会経済の情勢の変化」等を考慮し、「その居住を認めることが必要な場合」にまさに該当するのであり、「定住者」という在留資格は、Aに付与される在留資格としてふさわしいものであるし、事実上婚姻関係と同様の事情にある同性カップルのケースで在留特別許可が付与されるケースにおいては、今後も在留資格は「定住者」となるものと予想される。

(4) 以上より、一審原告の主張する事例の存在をもっ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いうこととはできないという原判決の判断は誤りである。

なお、日本人同性パートナーを有する外国人に対して在留特別許可が付与されたことの意味については、別に準備書面を提出し、詳述する。

## 6 DV防止法に関する原判決の判断の遺脱

なお、原判決は、DV防止法において、法改正前から、配偶者と同様の事情があるとして同性パートナーを保護命令の対象とした決定がなされていたことについては、全く判断をしていない。

本件処分より10年も前である2007年(平成19年)に、同性パートナーを「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る者」と裁判所が判断していたことは、同様の文言の適用が問題となっている本件の判断に関わる重要な事実といえる。

この点について判断を避けている原判決には判断の遺脱がある。

## 第5 本件処分が憲法14条1項に違反すること

### 1 はじめに

憲法14条1項は、「すべて国民は、法の下に平等であって、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。」と定める。同条項が法の下での平等を定めたものであって、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ことは、最高裁が判示するところである（最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁等）。

本件処分は、犯罪被害者と控訴人とが同性であることを理由として、不支給としたものである。また、原判決は、「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』に当たると認めることはできない」とする。

このように、犯罪被害者と法律上異性の者には遺族給付金の支給を認め、犯罪被害者と法律上同性である者には、遺族給付金の支給を認めないとして、「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」の解釈において、異性事実婚と同性事実婚とを別異に取扱うこと（以下「本件別異取扱い」という。）には、合理的な根拠は存在せず、本件別異取扱いは、憲法14条1項が禁止する法的な差別的取扱いに該当する。以下、詳述する。

## 2 性的指向に基づく別異取扱いであること

まず、本件別異取扱いは、性的指向に基づく別異取扱いである。

被告の主張や、原判決の判断によれば、性的指向が同性に向き、同性のパートナーと性愛を伴う親密な人格的結合関係を築いた者は、個別具体的な事情にかかわらず、犯罪被害給付制度の遺族給付金の支給は一切認められないこととなる。他方、異性愛者は、自らの性的指向に従って、婚姻の届出の有無に関わらず、異性のパートナーとの間で性愛を伴う親密な人格的結合関係を築いた者は、遺族給付金の支給を受け得る。

このような差異は、遺族給付金の申請者の性的指向に基づいて、遺族給付金の支給に関する別異取扱いを行うものである。

## 3 被侵害権利・利益

本件別異取扱いにより、控訴人を含む同性愛者等は、重大な権利・利益を侵

害されている。

#### (1) 遺族給付金の不支給

ア 控訴人は、性的指向に基づく別異取扱いにより、遺族給付金の支給を受けることができない。

イ 遺族給付金は、最愛のパートナーを理不尽に奪われた者の精神的打撃及び経済的打撃を緩和するためのものである。この遺族給付金が支給されないということは、同性事実婚の当事者は、パートナーが犯罪事件によって死亡したことによる精神的打撃及び経済的打撃が緩和されないまま放置されることになるのであるから、その不利益が重大であることは言うまでもない。仮に、この論が否定されるとすれば、同性愛者は、異性愛者と異なり、パートナーが殺害されても精神的打撃や経済的打撃を受けないか、保護する必要がないほどの軽微な打撃しか受けないという場合であろうが、パートナーが殺害された精神的打撃及び経済的打撃が、同性愛者と異性愛者との間で差があるはずがない（この点について、被告は争うとするのみで、これを否定する積極的な主張は全くしていない）。

ウ そして、遺族給付金の支給額は、本件のように被害者が無職であった場合であっても、その金額は420万円と見込まれ、高額である。なお、平成30年の警察庁広報資料によれば、平均支給額は614万、最高支給額は3708万5000円である（甲101）。

エ このように、同性事実婚の当事者は、本件別異取扱いにより、数百万円から数千万円もの高額の給付を一切受けられず、パートナーが殺害された精神的打撃及び経済的打撃が緩和されないまま放置されることになるのであり、重大な権利、利益を侵害されている。

#### (2) 不支給という社会的非承認

カップルにとって、二人の関係が社会から承認されていることは重要な意味を持つ。もしも、社会が二人の関係性を承認していなければ、両当事者も

自分たちの関係性を承認し、尊重することができず、安心して関係を継続することはできない。

カップルが自分たちの関係性を尊重し、安定的な関係を築くためには社会からの承認が必要不可欠なのである。

婚姻することができ、また、婚姻の届出をしなくとも、事実婚として社会保障の対象となる異性カップルは、社会的承認を受け、カップルとしての尊厳や安定した関係性を築くことができるという心理的・社会的利益を得ることができる。

本件別異取扱いは、同性カップルのこのような利益を得ることを認めず、カップルとしての尊厳や安定した関係性を築くことを妨げるものである。控訴人は、本件不支給処分及び原判決によって、20年以上にわたって本件被害者と築いてきたパートナーシップを否定され、深い悲しみを感じた。控訴人以外の当事者も、失望と強い怒りを感じたという声も上がっている。

### (3) 小括

以上述べてきたとおり、本件別異取扱いによって、控訴人を含む同性事実婚当事者が得られない利益は、高額の給付金という経済的利益と、これによって精神的打撃が緩和されるという精神的な利益のみならず、カップルとしての尊厳や安定した関係性を築くことができるという心理的・社会的利益も含む。

本件別異取扱いが同性事実婚当事者に与えるこのような権利侵害・不利益は、非常に重大であると言わざるを得ない。

## 4 厳格に審査されるべきこと

本件別異取扱いが重大な権利利益を侵害していることは、以上のとおりであるところ、そのような重大な結果を伴う本件別異取扱いが「事柄の性質に応じた合理的な根拠」に基づくものといえるか。すなわち、同性事実婚当事者（同性パートナー）を、犯罪被害給付制度から排除し、重大な権利侵害・不利益を



与えることを正当化するような事由が存在するかは、厳格に判断されなければならない。その理由は、以下のとおりである。

#### (1) 後段列挙事由による別異取扱いであること

まず、憲法14条1項後段列挙事由に基づく差別は、民主主義の理念に照らして原則として不合理なものと考えられ、その合理性については厳格に審査すべきであると考えられているところ(甲127:憲法第六版・134頁)、同性愛者(同性カップル)に対する性的指向に基づく本件別異取扱いは、同項後段の「社会的身分」及び「性別」に基づく別異取扱いに該当する。

すなわち、まず、憲法14条1項後段の「社会的身分」とは、「人が社会において一時的ではなしにある程度継続的に占めている地位または身分」

(広義説)、 「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」(中間説)、あるいは、「出生によって決定され、あるいは自己の意思で離れることができないような、固定した社会的地位・身分」(狭義説)と解されている(甲126:憲法学Ⅲ人権各論(1)・47頁)。

この点、性的指向は自らの意思で自由に変えることができない事柄である。また、同性愛・両性愛の性的指向は、長い間社会的に、異常性愛、変態性欲等の偏見・侮蔑・無理解の対象とされ、正常から逸脱した性愛のあり方という烙印がおされてきたのであり、そのような偏見は現在でも根強く残存している。したがって、「社会的身分」の定義についていずれの解釈に立ったとしても、性的指向は「社会的身分」に該当する。

また、憲法制定当時、憲法14条1項後段の「性別」による差別として想定されていたのは、男性か女性かに着目した差別であったことは否定できないが、憲法が「性別」による差別の禁止を明示したのは、歴史上長きにわたって女性が男性と同等の権利主体とみなされず、女性差別が恒常的に存在したからである。女性差別は社会的・経済的マイノリティである女性という

「性」に関する差別であるところ、性的指向における同性愛者、性自認におけるトランスジェンダーも、「性」に関するマイノリティである。そして、セクシュアル・マイノリティもまた、長きにわたって偏見・差別の対象とされてきた。そうであれば、セクシュアル・マイノリティに対する差別も「性」に関する差別に他ならない。この点、国連自由権規約委員会も、自由権規約第2条第1段及び同第26条の「sex」は性的指向を含むとの判断を示しているところである（1994年3月31日の、オーストラリア・タスマニア州の成人間同意に基づく性的関係を処罰する法規に対するニコラス・トゥーネン氏による個人通報事件、甲121-1、2）。したがって、性的指向に基づく本件別異取扱いは「性別」に基づく別異取扱いに該当する。

以上のとおり、性的指向に基づく本件別異取扱いは、「社会的身分」及び「性別」に基づく別異取扱いである。したがって、本件別異取扱いについては、民主主義の理念に照らし原則として不合理な別異取扱いとして、その合理性は厳格に審査されなければならない。

## （2）性的指向は自らコントロールできない事由であること

また、人は自らの性的指向を自分の意思で自由に変えることはできないところ、このような、自らの意思や努力によって変えることができない属性に基づく別異取扱いの合理性については、慎重に判断されなければならない。このことは、最高裁も採用するところである。

すなわち、旧国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子につき、婚姻準正の場合に限って日本国籍の取得を認め、非準正子の日本国籍取得を認めていないことが憲法14条1項に違反するか否かが争われた婚外子国籍事件（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）で、最高裁は、「嫡出子たる身分を取得するか否かが自らの意思や努力によって変えることのできない事柄であること」を考慮し、「このような事柄をもって日本国籍の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。」と述べた。

また、婚外子の法定相続分に関する民法の規定が憲法14条1項に違反するか否かが争われた婚外子相続分差別事件（最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁）でも、最高裁は、「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」ないとして、総合考慮の上、法定相続分を区別する合理的根拠の存在を否定している。

### （3）被侵害権利・利益が重大であること

さらに、「重要な権利・利益についての差別」である場合、その合理性の有無については厳格な判断基準が該当するところ（甲127：立憲主義と日本国憲法〔第4版〕・166頁）、本件別異取扱いが「重要な権利・利益についての差別」であることは前述（第5の3）のとおりであるから、本件別異取扱いが憲法14条1項後段列挙事由に基づき別異取扱いに該当するか否かにかかわらず、その合理性の有無は厳格に判断されなければならない。

### （4）民主政の過程で救済されない事柄であること

以上に加えて、本件別異取扱いを受けている当事者は、同性愛者であって、人口に占める割合は少なく、社会における圧倒的な少数者である。

しかも、同性愛者は長年にわたって差別意識や偏見にさらされてきたため、問題提起することによる更なる差別・偏見をおそれ、自らの権利を回復するために声を上げることが非常に困難であるのが実情であるし、社会全体に広く根深く行き渡った差別意識や偏見は、容易に改められるものではない。同性愛者をめぐるこのような状況に照らすと、民主政の過程で本件別異取扱いが解消され、同性愛者が救済を受けることは、極めて困難である。これを踏まえると、本件別異取扱いの是正について、国会に委ねることは許されず、裁判所には、合理性の有無について厳格に判断することが求められて

いる。

夫婦同氏規定最高裁判決（最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁）の寺田逸郎裁判官の補足意見も、「選択肢のありようが特定の少数者の習俗に係るといのような、民主主義的プロセスによる公正な検討への期待を妨げるというべき事情も、ここでは見いだすに至らない。」と述べており、（夫婦同氏制の是非が民主政の過程での検討になじむものであるかは別として、）少数者の人権保障については民主政の過程で解決することが困難であるという理解が前提とされている。

#### （5）小括

以上のとおりであるから、本件別異取扱いの合理性の有無は、厳格に審査されなければならない。

### 5 別異取扱いが正当化されないこと

では、果たして、本件別異取扱いに合理的な根拠は存在するか。

#### （1）犯罪被害給付制度（遺族給付金）の趣旨に照らして、同性愛者（同性事実婚の当事者）を排除する理由がないこと

ア 犯罪被害給付制度の趣旨は、社会連帯共助の精神に基づき、租税を財源として遺族等に一定の給付金を支給し、遺族等の経済的又は精神的な打撃を緩和するとともに、国の法制度全般に対する国民の信頼を確保するというものである（判決書18頁）。

イ この点、長年生活を共にし、性愛に基づく親密な関係であった者（異性カップルであれば何の問題もなく事実婚と扱われるような関係にあった者）が、犯罪被害によって命を奪われた場合に、残されたパートナーが経済的又は精神的打撃を受けることは、その者が被害者と異性であろうと同性であろうと変わるわけがなく、社会連帯共助の精神に基づいてこれを緩和すべき要請が異なることもない。

そうであれば、遺族給付金について、性的指向によって別異取扱いをす

ること、すなわち、同性のパートナーを殺害された者を犯罪被害給付制度から一律に排除することは、同制度の意義・目的から導かれるものではない。むしろ、同性のパートナーを排除することは、経済的打撃又は精神的打撃を放置することになり、ひいてはそのような国の法制度全般に対する国民の信頼を損ねることにも繋がるのであるから、同制度の意義・目的にそぐわない。

## (2) 同性のパートナーに被侵害権利・利益を付与しない理論的根拠が存在しないこと

### ア 異性事実婚と同性事実婚とを区別する根拠がないこと

わが国の現行法上、法律婚と事実婚との間には法的保護に違いがあり、同性間の「法律婚」は不適法とされている。しかし、本件で問題となっている同性事実婚との区別の対象となるのは、「法律婚」ではなく「異性事実婚」である。

そして、異性事実婚と同性事実婚を区別する法制度はなく、文言上異なる取扱いをする法令も存在していない。すなわち、事実婚については、これまで、同性間であっても異性間であっても同等に認められてきたのであるから、異性事実婚と同性事実婚とを区別する根拠がない。

なお、異性事実婚の場合、住民票に「夫（未届）」「妻（未届）」といった記載がなされることがあるが、これは公証にすぎず、住民票上の記載が「夫（未届）」「妻（未届）」とされていないからといって、事実婚であることが否定されるわけではないから、実態において異性事実婚と同性事実婚を区別するものではない。

### イ 同性事実婚そのものを否定する動きもないこと

事実婚においては、同性間のものも異性間のものも同視されている。同性事実婚そのものを否定する立法の動きはなく、また、異性事実婚と同性事実婚とを区別していない法制度について否定的な世論調査等も見当た

らない。

このように、実態としても、同性事実婚が異性事実婚と区別されておらず、また、区別を求める動きもない。

そして、遺族等の経済的又は精神的な打撃を緩和するとともに、国の法制度全般に対する国民の信頼を確保するという犯罪被害給付制度の趣旨は、同性パートナーについても、異性パートナーと同様に妥当するのであるから、同性のパートナーに遺族給付金を支給しない理論的根拠は存在しないのである。

#### ウ 「婚姻関係」に社会通念を含めて考える理由がないこと

(ア) この点、原判決は、「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」の解釈について、いかなる事情によって「婚姻関係と同視し得る関係」と言えるかを明らかにしないまま、異性事実婚と同性事実婚とを区別している。

これを区別する理由としては、①「法律上の婚姻関係と同視し得る関係」に生殖関係を含めて考えるか、②「法律上の婚姻関係と同視し得る関係」について、共同生活関係に加えて、社会通念上の祝福を受ける関係であることを付加するかのいずれかと考えられる（原判決の判旨では、後者であるようにも読める（判決書19頁））。

しかし、以下に見るとおり、①②のいずれも、同性のパートナーに被害権利・利益を付与しない理論的根拠にはなり得ない。

#### (イ) ①について

年齢や疾患等によって生殖が不可能であったとしても、パートナーを失った者の経済的又は精神的な打撃を緩和することの要請に変わりはないのであるから、犯給法の解釈において生殖関係は関連し得ない。

現に、犯給法の文言上も、生殖関係については一切触れていない。

#### (ウ) ②について

遺族等の経済的又は精神的な打撃を緩和するとともに、国の法制度全般に対する国民の信頼を確保するという犯罪被害給付制度の趣旨からすれば、「パートナーを犯罪被害によって失った者が、一般的に経済的又は精神的な打撃を受ける関係といえるか否か」が問題になるはずである。

これを超えて、犯給法における「法律上の婚姻関係と同視し得る関係」について、社会通念上の祝福を受ける関係であることを付加することは、制度趣旨からして不要な要件を課すものであるし、また、このような解釈は、差別を温存することに他ならないことから、適当ではない。

### (3) 同性愛者等の尊厳を傷つけること

ア さらに、同性事実婚に異性事実婚と同等の社会保障が認められていないとすることは、同性カップルに「社会が承認しない関係性」というステイグマ（烙印）を与えるものであり、同性カップルや同性愛者に対して、二級市民のレッテルを貼るに等しい。また、性的指向において、異性愛だけが正常であり、同性愛・両性愛等は異常であるという、いわゆる「異性愛規範」、「異性愛中心主義」を生み出し、差別を追認し続ける素地にもなっている。

このことは、同性愛者等の尊厳を傷つけ、自己肯定感の涵養を妨げ、低下させ、メンタルヘルスの悪化、自殺念慮や自殺未遂を引き起こすなど、同性愛者等が抱える生きづらさを生む大きな要因にもなっている。

すなわち、国内の複数の統計調査により、同性愛者等は、自殺念慮や自殺未遂を経験した割合が高いことが報告されている（甲128：「弁護士・弁護士会による自殺対策の展望」・44頁）。また、2012年に続き、2017年7月の政府の「自殺総合対策大綱」（自殺総合対策大綱2012（甲129）8頁、自殺総合対策大綱2017（甲130）11頁、27～28頁、）においても、同性愛者等を含むセクシュアル・マイノリテ

イの自殺念慮の割合等の高さについて言及されている。

このような自殺念慮等の割合の高さの要因については、異性愛が当然とされ同性愛に対し差別・偏見がある社会の中で、同性愛者等は異性愛者としての役割を振る舞わざるをえず、内面に強い心理的葛藤をもたらすことが多く、その結果、自身のメンタルヘルスを悪化させていると分析されている（甲128・52頁）。前掲の2つの「自殺総合対策大綱」においても、「無理解や偏見等がその背景にある社会的要因の一つであると捉え」るべきであると明示されている。

イ 同性愛者を含むセクシュアル・マイノリティの自殺念慮や自殺未遂の背景には様々な要因があるとは考えられるが、特に、どのような相手に恋愛感情を抱くか、性的魅力を感じるか、どのような相手と性愛に基づく親密な関係を築くかといったことは、その人の人格の本質や、その人らしい人生、その人らしい幸福追求をなすことと切っても切れない事柄である。その相手が同性であることを異常視され、二級市民とみなされる社会においては、同性愛者は、自分の存在や自分の人生が異性愛者と同じように周囲から承認されることはないという諦めや無力感、差別され排除されることへの不安や恐怖心を、日常的に抱くことにもなる。

ある二人の関係性が法的保障を受けられるかどうかということは、直接ないし間接に人々の意識に大きな影響を与えており、事実婚に関して遺族給付金の支給が異性事実婚に限定されるというあり方は、同性カップルや同性愛者が「社会に承認されるに値しない、異常で劣ったもの」という差別意識や偏見を根付かせ、助長し、その是正を妨げる。

加えて、同性愛者にとっては、性的指向が異性に向いていれば、パートナーが殺害されたとしても社会保障の対象となるのに対し、同性に向いている場合には、同性のパートナーと築いてきた関係を社会的に認められないという諦めや無力感を抱かせるものである。



ウ 原判決は、財源論等を理由に、単に同性であるからという理由だけで、同性事実婚の当事者を、犯給法上の「配偶者（事実上婚姻関係と同様の事情にあった者）」から除外する。このような立論自体が、前述のような同性愛者の自殺念慮等を誘発するものと言わざるを得ない（実際に、原判決を受けて、控訴人以外の当事者らからそうした懸念が表明されている。甲126）。

なお、前記の政府の「自殺総合対策の基本的な考え方」の中に「自殺念慮の割合等が高いことが指摘されている性的マイノリティについて、無理解や偏見等がその背景にある社会的要因の一つであると捉えて、理解促進の取組を推進する」と規定されたのは2012年（平成24年）のことであり、既にこの時点で、（この規定を明示した）公権力自身において、被害者給付金の支給をはじめとする行政の取り扱いにおいて差別・偏見なく平等な取り扱いが求められていたと言うべきである。

エ このように、同性パートナーを殺害された者に遺族給付金の支給が認められていないことは、同性愛者等が異性愛者に比べて異常かつ劣る存在であるという差別的観念が社会的に受容され続ける素地を作る要因となっており、そのことを通じて、今このときにも、同性愛者等の尊厳を深刻に傷つけ続けている。よって、このような事態をもたらす本件別異取扱いが正当化される余地はない。

#### （４）財源論は、正当化根拠になり得ないこと

原判決は、租税が財源であることを根拠として、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判断している（判決書19頁）。被控訴人は、これと同様の理屈、すなわち租税が財源であることをもって、本件別異取扱いが正当化されると主張することが考えられる。

しかし、このような財源論は、本件別異取扱いを正当化する合理的根拠にはなり得ない。もしこのような財源論による正当化が許されるのであれば、

例えば、特定の人種には給付しないとか、女性が遺族となった場合には給付しないといったことも正当化されることになる。

結局は、区別に合理性があるかどうかの問題なのであって（そして、その合理性については厳格に判断されるべきである）、財源論を根拠として区別の合理性が正当化されるということにはならない。

本件では、異性事実婚と同性事実婚との区別が問題になっているのであり、その区別に合理性がない以上、財源論を理由に正当化することはできないのである。

#### （５）小括

以上のとおり、本件別異取扱いにより、同性カップルは重大な権利・利益の侵害を受けている一方で、犯罪被害給付制度の趣旨からすれば同性のパートナーを殺害された者を同制度から排除することは許されず、同性愛者等が排斥されるべき理論的根拠は見当たらない。

また、同性のパートナーを殺害されたものに遺族給付金の支給が認められていない現状は、同性愛者等の尊厳を深刻に傷つけるものである。

そして、租税が財源であり、財源に限りがあることは、本件別異取扱いを正当化する根拠にはならない。

したがって、本件別異取扱いについて、婚姻の性質に応じた合理的な根拠は一切存在しない。

### 6 結論

本件別異取扱いの合理性の有無については厳格に判断されなければならないことも踏まえた上で、犯罪被害給付制度の制度趣旨、内容からみたとき、本件別異取扱いが正当化される余地はない。

よって、本件別異取扱いは、憲法 14 条 1 項が禁止する法的な差別的取扱いに該当する。

## 第6 求釈明

1 原審において被控訴人は、同性事実婚について、①パートナーを犯罪被害によって失う精神的打撃を慰謝する必要性があること、②パートナーを犯罪被害によって失う経済的被害を補填し、支援する必要性があること、及び③犯罪被害給付制度以外に救済の制度が存在せず、ないし、救済が困難である可能性が高いことという控訴人の各主張（訴訟13～14頁）に対して、争うとするのみで、その具体的な内容及び理由について明らかにしていない（被告第1準備書面8頁）。

そこで、被控訴人に対して、以下の点について釈明するよう求める。

- (1) パートナーを犯罪被害によって失う精神的打撃を慰謝する必要性において、異性事実婚の場合と同性事実婚の場合とで差異はあるか。仮に、差異があるという場合、それは具体的にどのような差異か。
  - (2) パートナーを犯罪被害によって失う経済的被害を補填し、支援する必要性において、異性事実婚の場合と同性事実婚の場合とで差異はあるか。仮に、差異があるという場合、それは具体的にどのような差異か。
  - (3) パートナーを犯罪被害によって失った場合、犯罪被害給付制度以外に救済の制度が存在せず、ないし、救済が困難である可能性について、異性事実婚の場合と同性事実婚の場合とで差異はあるか。仮に、差異があるという場合、それは具体的にどのような差異か。
- 2 原判決は、原判決規範の定立に当たって、犯罪被害給付金が租税を財源としていることを挙げている。この点に関し、わが国の法令上、同性間の共同生活関係に着目して、租税を減免する制度はあるか。あるとすれば、それはどのようなものか。
- 3 原判決は、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るかどうかを問題とするが、この点について、同性間での共同生活関係ないしは共同生活に関する非典型契約を禁ずる法令は存在す

るか。

### 第3章 おわりに

以上、述べてきたとおり、原判決の判断枠組みは、犯給法の条文の文言に照らして誤りであるほか、少数者の権利・利益の保護範囲を、単に社会の多数者の認識・考え方に委ねたという点で司法権の役割を放棄したものと云わざるを得ない。そして、規範定立に至る過程で重大な論理の飛躍があるほか、重婚的内縁や近親婚的内縁の保護法理や到達水準についても判断をしていないなど、判断過程に重大な瑕疵がある。また、仮に、原判決の判断枠組みを前提としたとしても、本件処分当時には、同性カップルを婚姻関係に準じて扱うべき社会通念があったのであるから、この点においても原判決の判断には誤りがある。

さらに、原判決は、犯給法上、同性事実婚の当事者は、異性事実婚の当事者と異なり、遺族給付金の支給を一切受ける余地がないとするところ、このような別異取扱いを正当化する余地はなく、憲法14条1項に違反する。

このように多くの問題のある原判決（また、その本件の発端である本件不支給処分）によって、控訴人はパートナーを失ったことによる精神的打撃及び経済的打撃について、いまだに何らの救済を受けることなく放置され続けており、一刻も早い救済が望まれるところである。

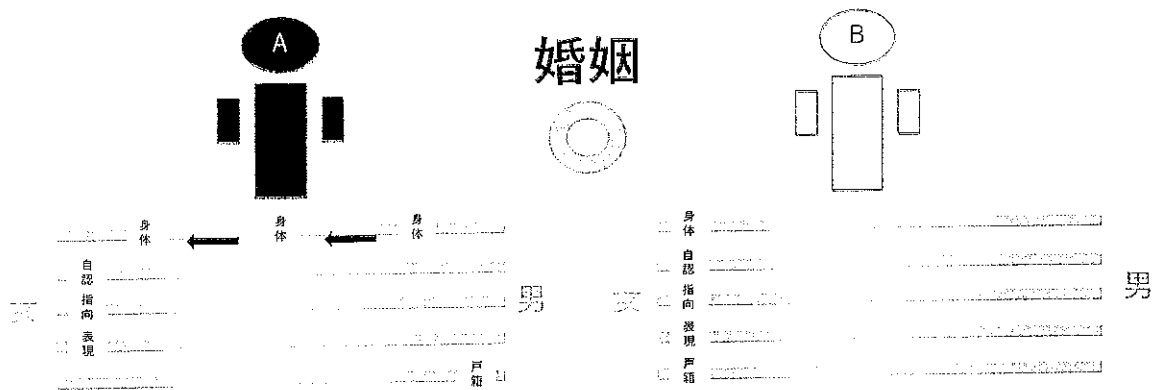
控訴審裁判所におかれては、このような控訴人の状況に加え、同性事実婚の当事者を犯罪被害給付制度から一律に除外した原判決が、同性カップルに「社会が承認しない関係性」というスティグマ（烙印）を与えたものであることを十分に踏まえ、犯罪被害給付制度の趣旨に沿った判断をすることを求める。

以上

図1

事例1 トランスジェンダーで同性愛の場合

戸籍上は男性であるトランスジェンダー女性（A）と、戸籍上及び性自認上の性が女性である者（B）とは、社会生活上は同性同士であるが、法律上は異性同士の関係にあるため、民法上の婚姻が可能である。



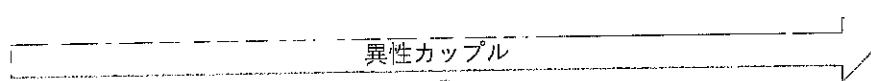
※身体的性については、性別適合手術の有無やその内容、ホルモン治療の有無によって変動があります

図2

生活基準



戸籍基準



異性カップル

犯罪被害者給付金の対象となる

異性カップル

犯罪被害者給付金の対象となる

性別の取り扱いの変更

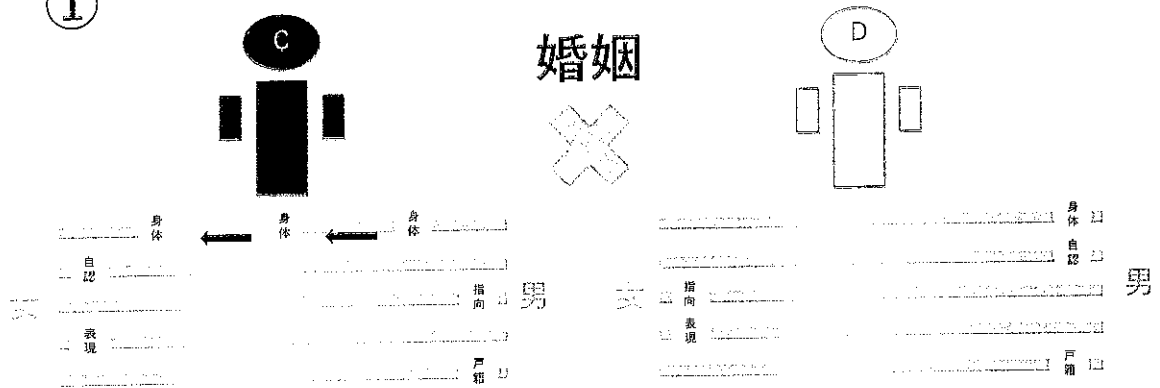
※犯罪被害者給付金の対象となるかについては、原簿の判断を記載

図3

事例2 トランスジェンダーで異性愛の場合

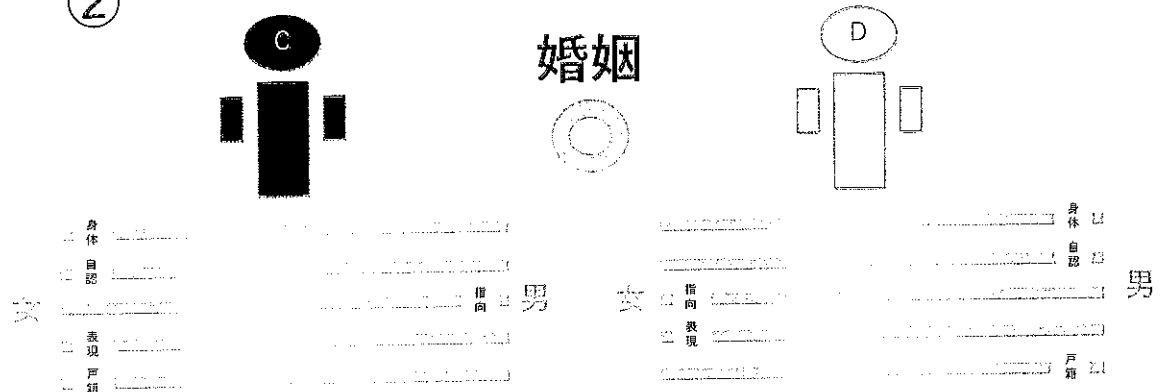
戸籍上は男性であるトランスジェンダー女性（C）と、戸籍上及び性自認上の性が男性である者（D）とは、①法律上は同性同士の関係にあるため婚姻ができないが、社会生活上は異性同士の関係である。②Cが特例法に基づき性別の取り扱いの変更をした後には民法上の婚姻が可能である。

①



※身体的性については、性別適合手術の有無やその内容、ホルモン治療の有無によって変動があります

②



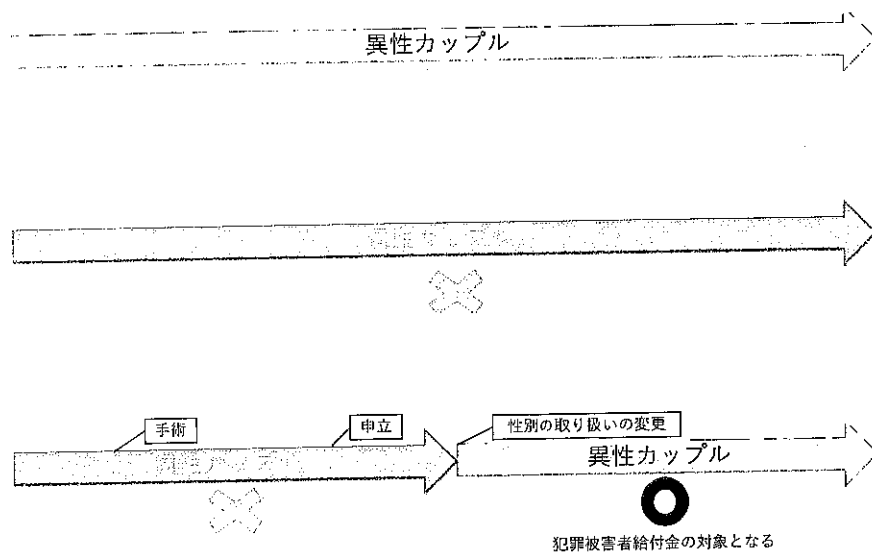
性別の取り扱いの変更

図4

生活基準

異性カップル

戸籍基準



※犯罪被害者給付金の対象となるかについては、原審の判断を記載