

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

第10準備書面

令和3年(2021年)1月29日

名古屋高等裁判所民事第4部 御中

控訴人代理人

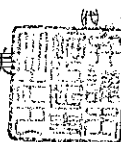
弁護士 堀江哲史



同 長谷川桂子



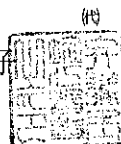
同 岡村晴美



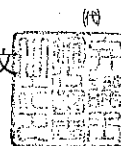
同 倉知孝匡



同 矢崎暁子



同 浦野智文



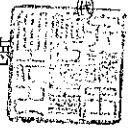
同 進藤一樹



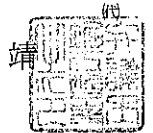
同 大 畑 泰次郎



同 中 川 重 徳



同 永 野 靖



同 山 下 敏 雅

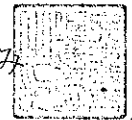


上記復代理人

同 水 谷 陽 子



同 佐 藤 あゆみ



第1	はじめに.....	5
第2	原審の判断枠組み自体の問題	5
1	「社会通念」による判断自体が問題であること	5
	(1) 原審の判断枠組みについて	5
	(2) 社会通念を用いることの問題点 (甲150/3頁参照)	5
	(3) 平等原則に関わる権利を否定する根拠として社会通念=多数派に依拠してはならないこと (甲150/4頁)	6
2	比較すべき対象が誤っていること	8
	(1) 二宮教授の見解 (甲150/5頁)	8
	(2) 棚村教授の見解 (甲157)	9
3	評価の基準時について (甲150/5頁)	10
第3	同性カップルの共同生活保障の類型に関する原審の誤解 (誤読)	11
1	原審における甲50号証の誤読 (甲150/6~7頁)	11
2	各国の状況について	13
	(1) ①を先行させた国について	13
	(2) ②婚姻とは別の登録パートナーシップを導入した国について	16
	(3) ③同性婚を導入した国について	16
3	日本の現状と内縁保護法理	17
	(1) ②婚姻とは別の登録パートナーシップに関して	17
	(2) ③同性婚に関して	19
	(3) ①事実婚としての法的保障を同性カップルにも適用すること	20
第4	近時の同性カップルの法的保護に関する裁判例との比較	20
1	同性パートナー不当破棄訴訟について	21
	(1) 事実関係(甲112参照)	21
	(2) 第1審の判旨	22
	(3) 控訴審の判旨	24

2	同性カップルの共同生活について「事実婚」との法的評価を受けたこと...	25
3	法の欠缺補充解釈の可能性	26
	(1) 法の欠缺解釈と同性パートナー不当破棄訴訟控訴審判決	26
	(2) 本件原審の問題点	27
	(3) 内縁の成立要件との関係について	27
第5	原判決の多くの当事者の影響について	29
1	はじめに	29
2	永易至文「同性パートナーの犯罪被害給付金訴訟「残酷判決」を受け止め、 投げ返すために」(甲161)	29
3	松岡宗嗣「差別が無限ループする詭弁。地裁「同性パートナーを事実婚と認 めない」判決の問題点は」(甲162)	30
4	小括	30

第1 はじめに

本書面において、控訴人は、二宮周平教授の意見書（甲150）及び棚村政行教授の意見書（甲157）を踏まえて、原審の判断の誤りについて、①判断枠組み自体の問題、②同性カップルの共同生活保障の類型に関する原審の誤読、③近時の同性カップルの法的保護に関する裁判例との比較の観点から、整理して述べる。

また、控訴人第9準備書面で述べた原判決の多くの当事者の影響について、ジャーナリストの論考に触れつつ、補足する。

第2 原審の判断枠組み自体の問題

1 「社会通念」による判断自体が問題であること

(1) 原審の判断枠組みについて

原審は、同性間の共同生活関係について「民法における婚姻の定義上、婚姻に該当する余地がない」という考えの上で、「同性間の共同生活関係を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」と認められれば、婚姻に準ずる関係として受給権を認めることができる旨、指摘している。

原審の最大の問題は、この「社会通念」を根拠とする解釈方法である。

(2) 社会通念を用いることの問題点（甲150／3頁参照）

社会通念とは、一般的には、社会の大多数の人が認める考え方、物の見方を意味する。

本件に即して言えば、仮に多数派が「同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得る」とは思っていないが、同性カップル当事者やアライ（支援者）の人たちは、まさに同視し得ると思っている場合、社会通念は、「同性間の共同生活関係を婚姻関係と同視し得」ないということになる。そのため、社会通念を持ち出せば、少数者である同性カップルの利益は一切保障されないことになる。

そして、「社会通念」自体に明確な基準がなく、裁判所の判断次第でどのようなにも評価出来てしまい、極めて恣意的な判断が可能となってしまうことも問題である。現に、原審は、同性婚に関する意識調査について、賛成意見が半数近くある（つまり多数派が賛成意見である）にもかかわらず、「賛成意見と反対意見はなお拮抗していると評価し得る」として、社会通念の形成を否定する方向で評価している。

(3) 平等原則に関わる権利を否定する根拠として社会通念＝多数派に依拠してはならないこと（甲150/4頁）

ア 本件では、婚姻の届出をしていない事実婚カップルの一方が犯罪被害者になった時に、異性のパートナーであれば、犯罪被害者給付金の受給資格を認め、同性のパートナーには認めないという区別（差別的取扱い）に合理性があるか、平等原則が問われている。

そして、このように平等原則が問われている場合に、社会通念を根拠に合理性判断をすること自体に大きな問題がある。

イ 安西文雄教授は、差別の違憲判断基準に関して、市民的地位の格下げ、スティグマ（劣等者の烙印）の押しつけという差別の根源を重視し、審査基準の厳格化を主張する（安西文雄「第2節 法の下での平等」杉原康雄編集代表『新版 体系憲法事典』（青林書院、2008）450～454頁）。

安西教授によれば、例えば、人種差別の場合、「問題の根源には、社会的・文化的レベルにおける、そして法的レベルにおける市民としての地位そのものの格下げがあり（地位のレベル）、それが具体的に顕在化して、諸々の権利・利益の系統的な制限・剥奪という現象となる」とし、そのうえで違憲審査基準を厳格化する考慮要素をあげる。

1つめが、人種・性別など自らの意思によって変更することのできない指標による差別である場合である。本人が選択したわけではない事柄に

基づいてその個人を不利に扱うことは不公正だからである。

2つめが、政治的プロセスを通じて自らを防衛する能力がない場合である。司法的に保護する必要があるからである。

3つめが、歴史的に当該グループに対して差別がなされてきた場合である。ステレオタイプ、偏見などに基づく差別がなされる危険が大きく、警戒を要するからである。

権利・利益の分配のレベルに視座を限定するのでは不十分であり「地位の格下げ、スティグマの押しつけの害悪をも考慮の中に入れることによってはじめて、問題の全体像は把握されるのであり、こういった地位のレベルの問題こそが審査基準の厳格化を導き出しているといえる」。

ウ 上述の点を、本件において当てはめると、以下のようになる。

犯給法の立法趣旨は、「犯罪行為により死亡した者の遺族……の犯罪被害等を早期に軽減するとともに、これらの者が再び平穏な生活を営むことができるようにするため」（原判決18頁）なのだから、同じ犯罪被害者であり、同じように精神的、財産的被害を受けているにもかかわらず、社会通念を前提に、同性パートナーの点だけを根拠に給付金を支給しないことは、まさに同性カップルの権利、利益の剥奪であり、上記の分析によれば、同性カップルに対する市民的地位の格下げ、スティグマ（否定的な表象、烙印）の押しつけの顕在化にほかならない。

つまり、解消すべき対象であるはずの、社会に存在する同性カップルに対する市民的地位の格下げ、スティグマ（否定的な表象、烙印）を、社会通念を理由に、再生産してしまうことになる。そこにあるのは、結局は、社会において、異性愛が正常であり、同性愛は異常な存在であり、異性カップルであれば何もしなくても認められる権利が、同性カップルについては、同性同士というだけで否定されるという明白な差別である。

また、同性パートナーという点だけを根拠に給付金を支給しないことは、性的指向という自らの意思によって変更することのできない指標による差別である。殊に原審のように「社会通念」を根拠とする場合、同性カップルは、「社会通念」と「生来的な性の問題」の、二重の意味において、自分の意思だけでは変えられない苦しみを与え続けられることになる。

さらに、性的マイノリティの人たちは政治的プロセスを通じて自らを防御する能力が弱いグループなのだから、司法的に保護する必要がある。社会通念を理由にして不支給を肯定することは、歴史的に差別がなされてきた性的マイノリティの人たちに対する（ステレオタイプ、偏見などに基づく）差別を増幅するおそれという負の弊害をもたらすことを認識しなければならない。

したがって、平等原則が問われている本件においては、権利を否定する根拠として社会通念＝多数派に依拠してはならないのである。

2 比較すべき対象が誤っていること

(1) 二宮教授の見解

原審のいう「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」は、その意味が極めて曖昧である。

本件の争点は、犯給法5条1項1号の「事実上婚姻関係当事者同様の事情にある者」に当たるかどうかであり、同性婚が法的論点になっているのではない。それにもかかわらず、原審は、同性間の共同生活関係を婚姻関係と対照している。本件で、対照すべきは、同性間の共同生活関係と異性間の共同生活関係である。

同性婚を認めるという意味での「同視し得る」と、法律婚としては認められないが、事実上の夫婦＝内縁（事実上の家族）として認めてもよいという意味での「同視し得る」とでは、比較する基準が全く異なる。

事実婚としての保護を認める場合には、社会通念の判断基準のレベルは、同性婚を認める場合よりも低くなる。判例は、法律婚が認められない重婚的内縁や近親婚的内縁も法的保護の対象とすることがあるが、それは事実上の夫婦の問題だからである（甲150／5頁）。

以上の二宮教授の意見を踏まえれば、本件についても、重婚的内縁や近親婚の法的保護と同じレベルで判断すべきであり、「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」以上に「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」などという過重な要件を付加すべきではないこととなる。

（2）棚村教授の見解

過重な要件を付加すべきではない点について、早稲田大学・棚村教授は以下のように同様の意見を述べる（甲157）。

ア かつては、重婚的内縁や近親婚的内縁などの民法の規定に反する不適法内縁については、一律に法的保護を否定する考え方が強かった。しかし、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、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へ転換してきた。

すなわち、婚姻できない二人の共同生活の法的保護の可否の判断にあたっては、原判決が判示したような「政策的に・・・禁じられている」とか「民法における婚姻の定義」という点（原判決20頁）が重要なのではなく、法的保護の必要性の観点から総合的に判断することが、これまで積み上げられてきた判例の結論であるといえる（以上について、甲157／3～5頁参照）。

イ そして、内縁関係とは、事実婚とも言われるように、正式の婚姻届が出されていないものの、社会観念上夫婦共同生活と認められるような生活を営む関係を指すものである。

この法律保護に値する内縁の成立要件として、①内縁関係を成立させようとする意思・合意（内縁の事実・客観的要件）、②内縁の事実・夫婦的共同生活の存在（内縁の事実・客観的要件）が挙げられてきた。

これについては、内縁意思という主観的要件においても、また、内縁の事実という客観的要件においても、社会観念上夫婦であると認められる関係を成立させる意思ないし共同生活が存在しなければならない。逆に言えば、社会観念上夫婦であると認められる関係を成立させる意思及び共同生活が存在する内縁関係は、形態を問わず法律上保護されるべきである（甲157/2頁参照）。

こうした法的保護の可否から、法的保護の基準の形成に至る経緯を検討すると、原判決がというような重婚的・近親婚的内縁と、同性間の内縁や事実婚は、局面が異なるという理解は明確に誤りである。むしろ、局面は全く同じなのであって、本件においても、上記法律保護に値する内縁の成立要件の該当性について、具体的な事実をもとに検討をすべきであった（甲157/5頁）。

ウ　ところが、原判決では、第3の保護要件として、同性カップルに対しては、③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ことを要することを要求し、過重な要件を不必要に付加したのである。

そればかりでなく、同要件は、同性関係に対する国民の意識・認知・理解の進展、法律上の婚姻と同程度の権利義務の制度化・立法化など、当事者が到底乗り越えることが出来ない過酷な条件を課すものであって極めて不当であり、差別的な内容であると言わざるを得ない（甲157/2頁）。

3 評価の基準時について（甲150/5頁）

また、原審は、社会通念の形成について、「本件処分当時」という留保をつけ

るが、判決時であれば、社会通念は形成されていると判断するのだろうか。もし肯定するのであれば、処分時の2017年12月22日と、判決時の2019年12月12日の2年間で社会通念が形成されていることになるが、その場合に、社会通念が形成されているかどうかの判断基準は何なのだろうか。

これに対して、後述する同性カップルの共同生活の一方的な解消に対する損害賠償請求に関して、宇都宮地真岡支判2019（令1）年9月18日も、控訴審の東京高判2020（令2）年3月4日も、2017年1月に当該関係を解消したことを、判決時の2019年9月、2020年3月時の社会情勢等を考慮して、不法行為として損害賠償を肯定している（甲112、113）。

社会立法による受給権と不法行為上の法的保護とでは権利の対象が異なるが、日本の内縁保護法理は、両方の権利を保障してきた（原審提出の二宮教授の意見書（甲45／6～10頁））。したがって、本件に関しても、不当破棄事案と同様の解釈が可能である。

平等原則に関する事案については、平等化を志向する現在の社会情勢に基づく判断が求められる。そうしなければ、過去に起きた事象といえども、平等原則に反する事態を放任、追認する結果となるからである。

第3 同性カップルの共同生活保障の類型に関する原審の誤解（誤読）

1 原審における甲50号証の誤読（甲150／6～7頁）

原審は、判決書27頁下から3行目～28頁6行目において、「このような状況を諸外国における同性婚の導入の経過等からみると、同性間の共同生活関係に関する社会制度の形成は、①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、②事実婚としての法的保障を及ぼす、③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、①の方法に先んじて④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、⑦の段階より前のものと評価せざるを得ない」と記述し、これを「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」ではない根拠としている。

しかし、この原審の判断は、明らかに論文を誤読したものである。

〔甲50〕とは、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、2015）126～127頁であり、そこでは、「同性カップルの生活保障として、三つの類型が考えられる。①事実婚としての法的保障を同性カップルにも適用すること、② i 婚姻とは別の生活パートナーとしての登録（登録パートナーシップ）、あるいは② ii 共同生活のための契約の登録（パートナーシップ契約）を認め、婚姻に近似した法的権利を保障すること、③同性婚を認めること、である。①は、婚姻外のカップルを事実婚として法的に保護する判例や社会保障法制を有する国で可能なことだが、②に先行して①によって、同性カップルに対応した国はない。」と記述している。

この点について、原審は、⑦②→⑦①→⑦③と段階的に進むと捉えているが、二宮教授は、段階的には捉えているわけではなく、甲50では、3つの類型があることと、欧米では①→②と進んだ国はないことを指摘するのみである。

そして、ここでいう①は、「婚姻外のカップルを事実婚として法的に保護する判例や社会立法（特別法）を有する国」を前提にしている。具体的には、日本の内縁保護法理のように、異性カップルの婚外関係を婚姻に準じる関係として婚姻法を類推適用する判例や、配偶者の定義規定として「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る者を含む）」と定めて受給権等を保障する社会立法がある国を意味している。すなわち、①とは、こうした婚外関係を事実婚として保障する法理を、同性カップルに適用することを指している。

「①は、婚姻外のカップルを事実婚として法的に保護する判例や社会保障法制を有する国で可能なこと」という記述は、日本では、②のような法律がなくても、判例によって①の解決をすること（内縁保護法理を同性カップルに適用することは可能であること）を示唆するものである。

日本はまだ②を導入していないため、原審が指摘するように、日本の現状を⑦②の段階よりも前のものと評価することは間違いではないが、日本の内縁保護法理の展開から、解釈論として、④①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は可能であり、⑦の段階の前かどうかの評価とは関係がない。

このように、原審は、甲50の論文について明らかな誤読をした上、この誤読に基づいて、「事実上婚姻関係と同様の事情にある者」と同性パートナーについて誤った解釈をしたものである。

2 各国の状況について

以上の点に加えて、二宮教授の意見書（甲150）を踏まえて、同性カップルの生活保障に関する各国の状況についても補充する。

(1) ①を先行させた国について

前述のように、同性カップルの生活保障としては、3つの類型が考えられる。すなわち、①判例や特別法により事実婚として法的保護を行う、②婚姻とは別の登録パートナーシップ（共同生活のための契約の登録を含む）を認め、婚姻に近似した法的権利を保障する、③同性婚を認める、である。

この点、甲50号証においては、「②に先行して①によって、同性カップルに対応した国はない」と記述されているが、部分的に①を先行させた国もあるので、以下、説明する。

ア アメリカ

1980年代後半、アメリカでは、

- a 死亡した賃借人と10年以上同棲していた男性パートナーをその者の家族構成員と認め、居住の継続を認めた判決（ニューヨーク州最高裁1989年）
- b 7年間同棲したゲイカップル間の蓄積財産をめぐる契約を有効と認めた判決（カリフォルニア州控訴裁判所1988年）

- c 12年間同棲したレズビアンカップルの関係解消につき、契約違反、不当利得、共有物分割請求を認めた判決（ウィスコンシン州最高裁1987年）
- d 死亡した労働者と27年間同棲していた男性パートナーも被扶養関係を証明すれば遺族給付を受給できるとした判決（カリフォルニア州控訴裁判所1982年）

など、同性カップルの共同生活に関わる法的な保障を認める裁判例がある。

しかし、これらは訴訟を通じての個別具体的な解決であり、弁護士費用を含め膨大な費用と時間がかかり、訴訟の過程でふられたくないプライバシーに介入されることになるため、当事者の保護にはほど遠い。

そこで地方自治体が条例により「家族的パートナーシップ制度」を導入するようになり、やがて全国的に広がったとされる（棚村政行「家族的パートナーシップ制度」青山法学論集33巻3・4号（1992）109頁以下、棚村政行「LGBTの法的保護とパートナーシップ制度」棚村政行・中川重徳編『同性パートナーシップ制度』（日本加除出版、2016）7～14頁）。

イ フランス

フランスは、異性カップルの事実婚について、事故死の損害賠償、一方的な関係解消の損害賠償など判例による法的保護と、疾病保険・出産保険の受給権を認める1978年法など、ある程度の保障が展開していたが、同性カップルには適用されなかった。

1980年代には、賃借人死亡後の賃借権の同性パートナーへの移転を否定した判決（パリ控訴院1986年5月27日）、航空会社従業員の家族割引特典は同性パートナーには適用されないとした判決（破棄院1989年7月11日）、疾病保険・出産保険の受給資格を同性パートナーに否定した判決（破棄院1989年7月11日）などがある。破棄院判決以降、同性カップルの訴訟上の請求はことごとく斥けられた。

こうした事情の下、1999年11月15日、同性カップルの共同生活保障の方法としてパックス法が成立した（谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編『性的マイノリティ判例解説』（信山社、2011）140～144頁〔齊藤笑美子〕）

ウ イギリス

異性カップルの事実婚は、コモンロー婚として法律婚同様の地位が保障されたが、同性カップルにはこうした対応は認められず、鉄道会社の被用者に認められる社員家族割引が同性カップルに適用されないとした事例（ヨーロッパ司法裁判所で判断される）など、パートナーとの家族生活が法的に保障されることは困難だった。

他方、2000年前後から、死亡した同性パートナーの不動産賃借権を他方が相続する権利を認める判決（1999年貴族院、2004年貴族院）も登場し、その直後、2004年にシビルパートナーシップ法が制定された（谷口ほか編・前掲書145～149頁〔田巻帝子〕）。

エ まとめ

以上のように、アメリカでは、個別具体的な事案について居住、遺族給付、財産契約、共有物分割等を認める判決はあるが、事実婚としての法的保護を包括的に同性カップルに適用するものとはいえない。フランスでは、判例による個別具体的な保護は認められていなかった。英国でも同様だったが、シビルパートナーシップ法成立間近な時期に、居住を保護する判例が出たにとどまる。

したがって、「②に先行して①によって、同性カップルに対応した国はない」との記述は、①が包括的な事実婚保護法理の同性カップルへの適用であることから、間違いではない。ただし、個別の判例で同性カップルに権利保障をすることも①に含まれるとすれば、①が②に先行する国もあるといえることになる。

しかし、上述のように、①によって同性カップルの共同生活に対して安定した保護を図ることが困難であることから、②や③に展開したといえるのである。

(2) ②婚姻とは別の登録パートナーシップを導入した国について

②を導入したのは、英国、フランス、オランダ、ベルギー、ルクセンブルク、オーストリア、スイス、リヒテンシュタイン、アンドラ、チェコ、ハンガリー、イタリア、クロアチア、スロベニア、キプロス、ギリシャ、イスラエル、メキシコ（一部の州）、エクアドル、コロンビア、チリ、ベネズエラ、ニュージーランドなどである（甲159）。

なお、後述③の承認後、新規のパートナーシップ登録を認めないが、既にパートナーシップ関係にあるカップルが同制度にとどまることを認めている例もある（デンマーク、スウェーデン、ノルウェー、ドイツ等）。

(3) ③同性婚を導入した国について

③を導入したのは、NPO法人「EMA日本」の調査によれば、オランダ（2001）を嚆矢として、ベルギー（2003）、スペイン、カナダ（2005）、南アフリカ、ノルウェー、スウェーデン（2006）、ポルトガル、アイスランド、アルゼンチン、（2010）、メキシコ（一部の州、2011）、デンマーク（2012）、ブラジル、フランス、ウルグアイ、ニュージーランド、英国（イングランド、ウェールズ、スコットランド2014。北アイルランド2020）、ルクセンブルク、アメリカ、アイルランド（2015）、コロンビア（2016）、フィンランド、マルタ、ドイツ、オーストラリア（2017）、オーストリア、台湾、エクアドル（2019）、コスタリカ（2020）である。

例えば、フランスは、民法の婚姻の章で「異性または同性の二人は婚姻をすることができると規定した（143条）。

台湾では、民法とは別の形式で同性カップルの永続的な共同生活をおくる

権利を認め、「結婚登記」を認める立法がなされた（司法院釈字748号解釈
施行法〔2019年5月22日公布、5月24日施行〕、甲71）（林秀雄（小
林貴典訳）「台湾における準同性婚法の制定について」戸籍時報789号（2
019）22～27頁）。

ブラジルやアメリカは、最高裁の判例による（マシャド・ダニエル『ブラジ
ルの同性婚法～判例による法生成と家族概念の転換』（信山社、2018）第
2章、鈴木伸智「アメリカ合衆国～法律上の婚姻の定義をめぐって」法律時報
88巻5号（2016）57頁など）。

かつて同性カップルについて①を否定していたフランスは、同性婚の導入
後、すべてのカップルは、異性カップルも同性カップルも、同じように3つの
選択肢をもつようにした。①「私的な」関係としての事実婚、②同棲を公的に
宣言するパックス（パートナーシップ登録）、③共和国の市庁舎の「婚姻の間」
で厳かに執り行われる民事婚による共同生活の誓約（法律婚）である（イレ
ヌ・テリー（石田久仁子・井上たか子訳）『フランスの同性婚と親子関係』（明
石書店、2019）114頁）。

ベルギーも、同様の3つの選択肢を保障する（ジャン＝ルイ・ランション（大
島梨沙訳）「ベルギーにおけるカップルの地位の法的三元構造の発展」立命館
法学351号（2013）225頁以下）。これらは、当事者の性的指向およ
びライフスタイルのニーズに応えるものとしての選択肢であるといえる。

3 日本の現状と内縁保護法理

これに対して、日本では②も③も導入されていないが、これまでも主張してい
るように②③に関して大きな変化が起きており、また、日本においては、①事実
婚としての法的保障を同性カップルにも適用することも可能である。

(1) ②婚姻とは別の登録パートナーシップに関して

②に関しては、地方自治体が同性カップルをパートナーシップ関係にある
ものと公的に証明する制度（パートナーシップ証明制度）を導入し始めている。

2015年3月の東京都渋谷区を嚆矢とする同制度は、「同性パートナーシップ・ネット」の調査によれば、2019年から2020年にかけて導入する自治体が急増し、2020年8月1日時点で、57（15の指定都市、2つの府県（茨城、大阪）を含む。なお、その後、2021年1月8日時点で、導入自治体数は74まで増えている。甲160）に上る利用組数は、NPO法人「虹色ダイバーシティ」の調査（2020年6月30日時点）によれば1052組であり、施行時期と人口に左右されるが、利用者が多いのは、大阪市、世田谷区、横浜市、札幌市、福岡市、千葉市、中野区、渋谷区、那覇市の順である。

パートナーシップ証明制度は、民法や社会保障法など婚姻と同様の法的な権利義務を認めるものではない。しかし、自治体が同性カップルをパートナーシップと公認するものであり、同性カップルの社会的承認と、当該自治体の運営する病院等の施設、企業・事業所が当事者をカップルとして対応することを容易にする効果がある（一例が甲18の1～4である）。

例えば、公立病院における患者の面会・看病や手術の同意を認めたり、生命保険各社が同性パートナーを生命保険契約の保険金受取人に指定できるようにしたり（甲19の1～16）、損害保険各社も同性パートナーを「配偶者」として扱い（甲20の1～3）、大手携帯電話会社は同性パートナーも携帯電話の「家族割り」の対象にするなどである（甲21の1～3）。

また、自治体の裁量、権限内の事項に関して、例えば、公営住宅の入居資格、里親の認定、災害見舞金の受給（横須賀市）、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（世田谷区）、職員のパートナーシップ休暇、結婚祝い金などを認めている。

なお、2018年7月、指定都市市長会は、国に対して、性的少数者に係る窓口の一元化およびパートナーシップ制度を含めた取組の強化を要請している。

(2) ③同性婚に関して

③同性婚に関しては、2015年7月、同性婚人権救済弁護団が当事者455名の代理人として日弁連に人権救済を申し立てた（甲77）。

2018年6月、立憲民主党、共産党、社会民主党は婚姻の性中立化の法案を議員立法として共同提案した。

2019年2月14日、同性カップル13組26人が東京、札幌、名古屋、大阪地裁に、同性婚を認めない民法・戸籍法は、個人の尊重、法の下での平等、婚姻の自由に反し違憲であるとして、国家賠償請求訴訟を提起した。その後、同年9月、翌年3月に福岡地裁でも提訴され、弁護団は「すべての人に結婚の自由を」訴訟と称している。

2019年7月、日弁連は「我が国においては法制上、同性間の婚姻（同性婚）が認められていない。そのため、性的指向が同性に向く人々は、互いに配偶者と認められないことによる各種の不利益を被っている。これは、性的指向が同性に向く人々の婚姻の自由を侵害し、法の下での平等に違反するものであり、13条、14条に照らし重大な人権侵害と言うべきである」として、同性婚の導入を勧告する意見書を公表した（甲78）。

学術の間からは、2016年11月、日本家族＜社会と法＞学会は学術大会で、同性婚を導入する家族法改正を提案した（南方暁「婚姻法グループの改正提案～婚姻の成立」家族＜社会と法＞33号（2017）（甲52）98～99頁）。

また、2017年9月、日本学術会議法学委員会「社会と教育におけるLGBTIの権利保障分科会」は、「提言 性的マイノリティの権利保障をめざして—婚姻・教育・労働を中心に—」において、婚姻の性中立化を実現する民法改正を提言の一つとして明記した（日本学術会議のウェブサイトの報告＞提言＞提言一覧で検索、閲覧できる）。

厚生労働省の附属機関である国立社会保障・人口問題研究所が2019

年9月に公表した「第6回全国家庭動向調査」によれば、既婚女性6000人のうち、同性カップルになんらかの法的保障が認められるべきだと賛成したのが75,1%、同性婚を法律で認めるべきだと賛成したのが69,5%と約7割が賛成している。こうした女性の7割以上が同性カップルの法的保障や同性婚を容認し、子育ての能力や養子・里親についても肯定的であったことは注目に値する（甲157/9～10頁）。

(3) ①事実婚としての法的保障を同性カップルにも適用すること

日本では、たしかに、②③のように同性カップルの共同生活を制度的に保障する段階には至っていない。

しかし、同性カップルの共同生活を保障するには、①事実婚としての法的保障を同性カップルにも適用することがあるところ、日本には、判例や社会立法によって1910年代以降構築された内縁保護法理があり、法律婚が認められないカップルが保護されてきた歴史がある。

また、これまでも述べてきているように、同性カップルについても内縁保護法理を適用することは法解釈上可能である（この点について、第4でさらに主張を補充する）。

上述のような、内縁保護法理発展の歴史及び日本社会の大きな変化を踏まえれば、②③が整備されるまでの間、同性カップルの共同生活を法的に保障するものとして、①事実婚としての法的保障を同性カップルにも適用することは、比較法の観点からも認められるべきである。

第4 近時の同性カップルの法的保護に関する裁判例との比較

第2の3(3)で述べた①事実婚としての法的保障を同性カップルにも適用することと関連して、同性カップルについて「婚姻に準じる関係」を正面から認めた同性パートナー不当破棄訴訟が極めて重要である。

1 同性パートナー不当破棄訴訟について

まず、同性パートナー不当破棄訴訟について説明する。

(1) 事実関係(甲 1 1 2 参照)

原告X女と被告A女は、2010年2月から同居を開始し、Aが勤務している時は、生活費は双方が負担していた。二人は、2014年3月頃から、結婚について具体的に話し合い、双方の親にカミングアウトし、お互いをパートナーとして紹介した。二人は、同年12月29日、アメリカニューヨーク州で婚姻登録証明書を取得し、同州内で結婚式を挙げ、帰国後、2015年5月10日、Aの母校である大学キャンパスで結婚式を挙げ、披露宴も催し、Aの親族の一部も参加した。

Aは子を持つことを希望していたことから、Xと話し合い、Aが第三者からの精子提供による人工授精を受け、妊娠・出産することを計画した。2015年7月、AはSNSを通じて精子提供者としての被告Bに出会い、XにBを紹介した。2016年9月、Aは顕微授精をして妊娠したが、10月22日、流産した。11月、二人は、将来の子育ての場所としてマンションをX名義で購入することとし、12月10日は契約を締結した。AはBからシリンジ法による精子提供を受けるため、12月28日から2017年1月2日までBのアパートに宿泊した。Aは帰宅後、Xに対してBを好きになったこと、両方とつきあっていきたいことを述べたことから、Xは事情を把握するため、1月4日、3人で話し合いを行った。BはXとAの決定に委ねるということで話し合いを終わりにした。1月12日、AはXと同居していたアパートを出て友人宅に宿泊し、27日、荷物を搬出して、別居を開始した。8月頃、AはBに連絡し、Xと別れた旨を告げた。

その後、AとBは不妊治療を開始し、2018年8月9日、長女Zを出産した。8月15日、AとBは婚姻の届出をし、Bは性別適合手術を受け、9月19日、離婚の届出をし、11月27日、戸籍上の性別を女性とする性同一性障

害者特例法による審判を受けた（BはZを認知していないものと推測される）。

Xは、AとBの不貞行為によって内縁関係解消に至ったことを理由に、AとBに対して慰謝料300万円等の請求をした。第1審・宇都宮地真岡支判2019（令1）年9月18日（甲112）は、Aに対して、慰謝料100万円、弁護士費用10万円の支払を命じた。AとBが控訴し、Xも附帯控訴をした。控訴審・東京高判2020（令2）年3月4日（甲113）は、いずれも棄却した。（以上について、甲150／12～13頁）

（2）第1審の判旨

第1審は、同性カップルが内縁関係（事実婚）としての保護を受け得るか否かにつき、次のような論理を展開する。

ア まず、①近時の社会的情勢と憲法24条1項の解釈論から、その実態に応じて一定の法的保護を与える必要性が高いことを導く（「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がたい状況となっている。世界的に見ても、同性カップル間の婚姻を法律上認める制度を採用する国が存在するし、法律上の婚姻までは認めないとしても、同性のカップル間の関係を公的に認証する制度を採用する国もかなりの数に上っていること、日本国内においても、このような制度を採用する地方自治体が現れてきていることは、公知の事実でもある。かかる社会的情勢を踏まえると、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うことが出来る（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いだし難い）。また、憲法24条1項が『婚姻は、両性の合意にのみに基づいて成立し』としているものの、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ものとも認められない。」）

イ 次に、②同性カップルに内縁関係に準じた法的保護が認められ得ることを示す（「同性のカップルであっても、その実態から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（なお、現行法上、婚姻が男女間に限られていることからすると、婚姻関係に準じる内縁関係（事実婚）自体は、少なくとも現時点においては、飽くまで男女間の関係に限られると解するのが相当であり、同性婚を内縁関係（事実婚）そのものと見ることはできないというべきである。）。」）

ウ そして、③当該事実からXとAの関係を内縁関係と同視できる生活関係にあったと評価する（「これらの事実関係に照らすと、原告及び被告Aは、日本では法律上の婚姻が認められていないために正式な婚姻届の提出をすることはできず、生殖上の理由から二人双方と血のつながった子をもうけることはできないという限界はあるものの、それ以外の面では、男女間の婚姻と何ら変わらない実態を有しているということができ、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。」）。そして、内縁関係の不当破棄としてAに対する慰謝料請求を認容する。

エ 最後に、④損害額の認定では、内縁関係そのものではないことを考慮する（「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。」）。（以上について、甲150/13～14頁）

(3) 控訴審の判旨

ア これに対して、控訴審は、第1審②③の法的保護に値する利益に関して、「他人同士が生活を共にする単なる同居ではなく、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、平成28(2016)年12月当時、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあったといえることができる。したがって、A及びXは、少なくとも民法上の不法行為に関して、互いに、婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有するものというべきである」と述べ、第1審②の括弧書(「同性婚を内縁関係(事実婚)そのものと見ることはできない」)のような捉え方をしない。

イ また、第1審①の必要性の認識に関して、「そもそも同性同士のカップルにおいても、両者間の合意により、婚姻関係にある夫婦と同様の貞操義務等を負うこと自体は許容されるものと解されるし、世界的にみれば、令和元(2019)年5月時点において、同性同士のカップルにつき、同性婚を認める国・地域が25を超えており、これに加えて登録パートナーシップ等の関係を公的に認証する制度を採用する国・地域は世界中の約20%に上っており、日本国内においても、このようなパートナーシップ制度を採用する地方自治体が現れてきているといった近時の社会情勢等を併せ考慮すれば、A及びXの本件関係が同性同士そのものであることのみをもって、Xが前記のような法律上保護される利益を有することを否定することはできない。」と述べ、相互の合意により貞操義務を負うことを認め、社会情勢等について、より正確に詳しく指摘する。

ウ さらに、第1審④の損害額の認定に関して、「AとXの本件関係は法律上認められた婚姻関係ではなく、婚姻に準ずる関係であることなどの本件に現れた一切の事情を総合すれば、Xの精神的苦痛に対する慰謝料は100万円

が相当である。」としており、ここでも第1審④のように、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、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った留保をつけていない。(以上について、甲150/14～15頁)

2 同性カップルの共同生活について「事実婚」との法的評価を受けたこと

控訴審は、「平成28(2016)年12月当時、男女が相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあったといえることができる」とする。同性同士でも、「相協力して夫婦としての生活を営む結合としての婚姻に準ずる関係にあった」ことを認めるのである。これを前提にして、同性カップルの共同生活関係は、少なくとも民法上の不法行為に関しては、「婚姻に準ずる関係から生じる法律上保護される利益を有する」と判断する。

第1審の説く「現行法上、婚姻が男女間に限られていることからすると、婚姻関係に準じる内縁関係(事実婚)自体は、少なくとも現時点においては、飽くまで男女間の関係に限られると解するのが相当であり、同性婚を内縁関係(事実婚)そのものとするのはできないというべきである」という捉え方、損害額算定における「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」という捉え方を、高裁は支持していない。

すなわち、同性カップルの共同生活関係は、「事実婚」としての法的評価を受けたといえる。

こうした評価をした背景には、控訴審がより正確に事実を指摘した近時の社会情勢に対する認識がある。同性カップルの共同生活に対する法的保障の可否は、内縁保護の場合と同様、社会情勢に対する認識に依拠するからである。(以上に

ついて、甲150/14～15頁)

3 法の欠缺補充解釈の可能性

(1) 法の欠缺解釈と同性パートナー不当破棄訴訟控訴審判決

窪田充見教授は、同性のパートナーの関係について、「婚姻に準じて扱うのか(準婚理論)、あくまでも契約の問題として解決するのかという、いずれの方向で考えるにしても、現在の婚姻法秩序が、こうした同性間の関係を排除しているものなのかという点が、重要な手がかりとなる。この場合、現行民法が、異性間の関係のみを前提としているということから、ただちに答えが導かれるわけではない。それは、単に、現行の法秩序が、異性間の関係としての婚姻という制度を用意しているということにすぎないからである。問題は、それでは、現行法では用意されていない、そうした同性間の関係をどのように位置づけて、法的に扱うべきなのかなのである」と述べている(窪田充見『家族法』(有斐閣、2011)144～145頁。第4版(2019)154～155頁も同一の記述)。

したがって、不当破棄訴訟の原審のように、現行法規定が婚姻を異性間に限ることから、同性カップルの共同生活を事実婚として認めないという結論が論理必然的に生じるわけではない。

だからこそ、不当破棄訴訟の控訴審判決は、同性カップルの共同生活関係を「婚姻に準じた関係」と法的に評価したのである。前述のような日本の社会情勢を正確に認識すれば、こうした解釈こそ求められている。

同性婚規定がない現状を「法の欠缺」と捉え(広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(有斐閣、1997)31頁)、内縁=事実婚としての法的保護を導き出す解釈は、諸事情から婚姻の届出をしていないカップルに対して、家族共同生活の実態を尊重して共同生活に関わる法的保護を展開してきた日本の内縁保護法理の正統な解釈方法なのである。(以上について、甲150/16～18頁)

(2) 本件原審の問題点

これに対して、本件原審のように、「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とはできない」ことを根拠に、同性パートナーを「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」に該当しないとして不支給とした公安委員会の裁定を取り消さないという結論を導くことは、「現行法では用意されていない、そうした同性間の関係をどのように位置づけて、法的に扱うべきなのか」という間に答えることを避けている。

しかし、その結果、犯給法の遺族給付金の受給につき、異性パートナーと同性パートナーとの間に著しい権利の格差を生じさせる。それは、同性パートナーに対する市民的地位の格下げ、スティグマの押しつけを顕在化させ、社会通念を隠れ蓑にして、それを維持、温存することに等しい。

また、性的指向という自らの意思によって変更することのできない指標による差別であり、その個人を不利に扱うことは、社会的な不公正さを助長する。司法は自らの判断がこうした負の波及的影響を生じるおそれがあることを認識すべきである。性的マイノリティの人たちは政治的プロセスを通じて自らを防衛する能力が弱いグループなのだから、むしろ司法が平等原則や個人の尊重原則に基づいて法的な権利保障をする必要がある（甲157/4頁参照）。

本件原審は、こうした司法の役割を放棄したものといわざるを得ない。（以上について、甲150/18～19頁）

(3) 内縁の成立要件との関係について

ところで、内縁の成立要件は、①社会通念上の夫婦になる意思と、②夫婦としての共同生活とされてきた（松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタル 親族〔第2版〕』（日本評論社、2019）117頁〔嵩さやか〕、二宮周平編『新注釈民法』（有斐閣、2017）90頁など）。

他方、内縁（事実婚）に関する下級審判決には、婚姻の届出意思や同居がな

くても、「精神的にも日常の生活においても相互に協力し合った一種の共同生活形態を形成していた」場合には、①②を認めるものがある。大阪地判平3〔1991〕・8・29家月44巻12号95頁は、死亡した男性と上記のような関係にあった女性に、国家公務員の死亡退職手当の受給権を認めている。

また、地方自治体のパートナーシップ証明制度には、こうした捉え方をするものがある。例えば、札幌市は、パートナーシップの定義として、「互いを人生のパートナーとし、日常の生活において、経済的又は物理的、かつ、精神的に相互に協力し合うことを約した、一方又は双方が性的マイノリティである2人の者の関係という」とし（札幌市パートナーシップの宣誓の取扱いに関する要綱2条2項）、那覇市は、「互いを人生のパートナーとし、継続的に共同生活をしている、又は継続的に共同生活することを約した、戸籍上の性別が同一である2人の者の社会生活関係をいう」とした上で（那覇市パートナーシップ登録の取扱いに関する要綱2条（1））、共同生活の定義として、「日常の生活において、経済的又は物理的、かつ、精神的に、相互に協力し合う2人の者の関係をいう」とする（同2条（3））。

すなわち、①お互いを共同生活のパートナーとする意思があり、②継続的で安定的な協力扶助の関係が築かれている場合には、「婚姻に準ずる関係」として、共同生活に関わる権利や義務を保障することができる。この考え方を犯給法のような社会立法に当てはめれば、「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」として、受給権等を肯定することができるのである。

同性カップルに対するパートナー登録制度や同性婚制度が導入されていない現状において同性カップル当事者の被る不利益をいくらかでも軽減するために、法の欠缺を補充する解釈方法が求められている。

不当破棄訴訟の控訴審判決は、社会情勢の変化を正面から認識した上で、この立場を採用した。この点について、棚村政行教授も、不当破棄訴訟の原審及び控訴審に関し、「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と高く評価することができる」と述べる（甲157/6～7頁）。

本件控訴審においても、こうした認識と解釈方法を採られるべきである。

第5 原判決の多くの当事者の影響について

1 はじめに

控訴人第9準備書面でも紹介したように、原判決の論旨に対しては、同性パートナーと生活する複数の当事者らから、失望と怒りの声があがっている。同様の反応は、他にも多数出されているところであり、その一例として、ジャーナリストらの論考として、以下の2つを紹介する。

2 永易至文「同性パートナーの犯罪被害給付金訴訟「残酷判決」を受け止め、投げ返すために」（甲161）

<https://www.buzzfeed.com/jp/shibunnagayasu/dousei-partner-jijitsukon>

著者は、原判決の影響について「判決の影響は甚大で、これが確定すれば、同性カップル間では遺族年金や確定拠出年金の死亡一時金の受け取り、あるいは同性パートナーのための介護休業の取得も、まったく不可能となる判例となるでしょう。」と指摘した後、次のとおり述べる。

「内縁は婚姻に準じるという法理や、社会立法は救済のための制度という理念が、なぜ異性パートナーにのみ認められて、同性パートナーには認められないのか。角谷裁判長はみずから判断することを避け、「社会通念」に逃げました。

社会がそうなんだからしかたないでしょ、と言ってすむなら、法を解釈して判断する裁判官は要らないではないか。苦難にある人を救済するのが司法の役割ではないのか。」

3 松岡宗嗣「差別が無限ループする詭弁。地裁「同性パートナーを事実婚と認めない」判決の問題点は」(甲162)

(<https://news.yahoo.co.jp/byline/matsuokasoshi/20200605-00181936/>)

著者は、原判決の「社会通念」論について、次のとおり指摘する。

「しかし裁判所は、こうした制度が必要な社会ということは、まだ差別や偏見が残っていることを表している、という無限ループのような話を理由に請求を棄却している。

では一体どこまでいけば「社会通念」が形成されていると言えるのだろうか。既に複数の同性婚に関する意識調査で、賛成の割合は半数を超えていることがわかっている。

社会通念とは何らかのデータに基づくのだろうか、それとも裁判官の個人的な感覚によって決まるのだろうか。

さらに言えば、裁判所は性的少数者に対する「差別がある」ということは認めているにもかかわらず、差別をしている側の「多数派の認識」が変わっていないから、マイノリティの権利を認めることはできないという判断をしている。これは裁判所が差別へ加担しているといっても過言ではないのではないのか。国会は多数決によって物事を決定するため、多数派の意見が尊重され、マイノリティの声はなかなか届きにくい。しかし、裁判所はマイノリティの人権を保障する「最後の砦」であるはずだ。本来は多数派の理解が足りていなかったとしても、正しいかどうかで判断をすることが司法の役割ではないのだろうか。社会通念という名の「多数派の認識」を理由にマイノリティの権利を制限することは、多数決と何ら変わらず、司法の役割を放棄しているのではないのか。裁判所は多数派におもねり社会の差別的な構造を温存するのではなく、何が正しいか、法は誰のためにあるのかを考えてほしい。」

4 小括

これらの指摘は、いずれも控訴理由でも述べた内容と重なるものであるとこ

ろ、原判決が「社会通念の形成」という曖昧な基準を採用して請求を棄却し、司法の役割を放棄したことに対する的確な批判であり、控訴審の審理においては、こうした司法の役割や社会の反応についても十分に検討の上、判断がなされるべきである。

以上