

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8準備書面

(性の多様性の基本的な理解)

令和2年10月28日

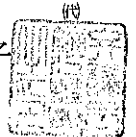
名古屋高等裁判所 民事第4部 御中

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 

控訴人復代理人

同 水谷 陽 子 

### 第1 はじめに---本準備書面の意義

控訴人は控訴理由書において（1頁），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，真摯に向き合うべきであるにもかかわらず，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旨述べた。

このように、原判決が「社会通念の形成」という不当な基準を採用したのは、少数者である同性愛者の人権や彼らを取り巻く差別状況について、原審裁判官の理解があまりに不十分であったためであると考えられる。

そこで、控訴人は、本準備書面において、既に述べた主張の補足として、性の多様性に関する基本的理解と、性的指向・性自認に関する社会認識が根本的に転換してきたことについて説明した上で、控訴理由書でも述べた憲法14条1項（平等原則）違反の点についても補足する。

## 第2 人の性の多様性

### 1 性的指向と性自認

人の性のあり方は多様である。

#### (1) 性的指向 (sexual orientation)

人が性愛の意識を抱く相手は異性である場合もあれば同性である場合もある。異性・同性の双方である場合もあるし、いずれの性別にも性愛の意識が向かない場合もある。人の性のあり方のうち、人の性愛の意識がいずれの性別に向くのかあるいは向かないのかという方向性を性的指向 (sexual orientation) と言う。

同性愛は、性愛の意識が同性に向かうものであり、異性愛は性愛の意識が異性に、両性愛は双方に向かうものである。これらいずれもが「人間が有する性的指向 (sexual orientation) の一つ」である（甲131-1, 131-2（訳文）・アメリカ心理学会代議員大会決議, 甲132-1, 132-2（訳文）・アメリカ精神医学会 LET' S TALK FACTS ABOUT Sexual Orientation, 甲133-1, 133-2（訳文）・オーバーガフェル事件アミカス意見書, 甲103・東京地方裁判所平成6年3月30日判決判タ859号163頁「第三 一 1」（169頁）。以下同判決を「府中青年の家事件一審判決」という。）。

#### (2) 性自認または性同一性 (gender identity)

また、人の性は、性別についてのアイデンティティの面でも多様である。

すなわち、人が有する自分の性別についてのアイデンティティは性自認ま

たは性同一性と呼ばれるが(いずれも gender identity の訳語), 他方で, 人には, 社会や法律によって出生時に「割り当てられた性別」がある(生物学的な特徴をもとに割り当てられることとされている)。

そして, この性自認と割り当てられた性別とが一致する場合もあれば一致しない場合もある。両者が一致せず, 割り当てられた性別に不適合感を持つたり, アイデンティティどおりの性別で生きることを望む場合はトランスジェンダーと呼ばれ, 他方、(社会的多数派である)性自認と割り当てられた性別が一致する場合はシスジェンダーと呼ばれる。

性自認の面でも人の性は多様であり, トランスジェンダー, シスジェンダーいずれもが人間の性の自然なあり方の一つであり尊重される必要がある(甲134・4頁, 甲135・谷口洋幸「性自認と人権—性同一性障害者特例法の批判的考察」法学セミナー753号51頁(2017年)53頁)。

### (3) 性的指向と性自認

混同されることが多いが, 性的指向と性自認は, 人の性のあり方における次元の異なる概念である。たとえば, 生物学的特徴に基づき女性とされる者が, 性自認では女性の場合もあれば男性の場合もあり, どちらとも言えないという場合もある。そして, 性自認が女性であっても男性であっても, いずれの場合も, 男性を性愛の対象とする場合もあれば女性を対象とする場合もある。

性自認も性的指向も, ともに人の性の重要な構成要素であり, 人格に深く根ざした個性である。それらは自らの意思で変えることは困難とされている(甲136-1(148頁), 136-2(訳文)(13頁)・Herek「性的指向に関する神話」「C 神話3」, 甲132-1, 132-2(訳文)(2頁)・LET' S TALK FACTS, 甲133-1, 133-2(訳文)・オーバーガフェル事件アミカス意見書「意見本文II」)。

異性愛やシスジェンダー以外の性のあり方を持つ人々は, 人口に占める割

合が少ないうえに、社会の中で「異常・逸脱」とされてきた歴史があり、それゆえに「セクシュアル・マイノリティ」「性的少数者」と称される。

また、レズビアン・ゲイ・バイセクシュアル・トランスジェンダーの頭文字をとって、「LGBT」と呼ばれることもある。

なお、「ホモ」「レズ」といった言葉は、侮蔑的な意味あいでも用いられることが多いため原則として用いるべきではない。

## 2 性の多様性と社会

以上、人の性のあり方は多様であり、性的指向に関わる同性愛や両性愛、性自認に関わるトランスジェンダーは、いずれも人間の性の自然なあり方の一つである。異性愛やシスジェンダーだけを「正常」とするのは正しい考え方ではない。

さまざまな性のあり方をもつ人々の人口規模について、海外では、全国規模の推計が試みられている。アメリカについては、複数の調査から、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアルと自認する人の割合が3.5%、トランスジェンダーが0.3%との推計がある（甲137-1, 137-2・Gates, 2011要旨 Executive Summary）。カナダ、ノルウェー、オーストラリア、イギリスについても、レズビアン、ゲイ、バイセクシュアルいずれかと自認する人の割合が1%から2%前後と報告されている（同上、図1）。

日本では、これまで国民全体を母集団と想定した同様の調査は行われていないが、たとえば、2018年に名古屋市が住民基本台帳から無作為抽出した18歳以上の市民1万人を対象に行った「市民意識調査」では、性的少数者と自認する者は1.6%であったと報告される（甲138・名古屋市総務局総合調整部男女平等参画推進室「性的少数者（セクシュアル・マイノリティ）など性別にかかわる市民意識調査」55頁）。

また、宝塚大学の日高康晴教授の意見書によると、さまざまな性のあり方をもつ人々の人口規模について、5~10%前後と推定する調査が複数ある

(甲152)。

本件の控訴人や陳述書を提出した同様な同性カップルと生活している者達がそうであるように、これら性のあり方において少数の人々は、家族、学校、地域の隣人として、私たちの社会の一員として生活してきたし、現在も生活している(甲154～156)。

しかし、「かつて、同性愛に関する心理学上の研究の大半は、同性愛が病理であるとの仮定に立ち、その原因を見い出すことを目的とし」、「従前の状況下においては、同性愛者は孤立しがちとなり、自分の性的指向に関し悩み苦しんでいた」状況がある(甲103・府中青年の家事件一審判決(1994年)170頁上段3)。異性愛でありシスジェンダーであることだけが人の性の正しいあり方とされ、社会の偏見や差別にさらされてきた長い歴史があり、そのような意識・認識は、現在の日本の人々にも根強く残っている(甲138・26頁, 甲118・14頁, 甲139・123頁)。さらに、社会の法律や制度も、このような意識に基づいて作られ、異性愛・シスジェンダー以外の人々の存在は社会の法律、制度、慣行においてほとんど想定されず、無視されてきているのである。

### 第3 性的指向・性自認に関する普遍的な共通認識と「個人の尊重」

1 本項では、性的指向・性自認に関する社会認識が根本的に転換し、それが憲法の基本価値である個人の尊重の意味を塗り替えたことを指摘する。

#### (1) 性的指向・性自認に対する認識の転換

本項は、甲140・風間孝、河口和也『同性愛と異性愛』(岩波書店、2010年)77頁から109頁を参考に論ずる。

ア 人の性のあり方が多様であることは、歴史や地域をこえてさまざまな文献や資料、芸術作品からあきらかにされている。しかし、中世期、キリスト教圏等では、同性間の性行為が宗教上の罪とされ、近代に入って

も、イギリス、アメリカ、ドイツ等で同性間の性行為は法的処罰の対象であった。

さらに、19世紀後半には、同性愛を精神的病理とする主張が台頭した。それは、同性間の性行為に刑罰を科すことに反対する意図のもとになされた主張であったが、実際には、「同性愛は正常な人のあり方から逸脱した病理であり、原因を探り治療すべき対象である」という認識を一般化させることとなった。本来、病を持つことは、人権制限の根拠とされるいわれはない。しかし、人権意識の乏しい当時の社会では、同性愛を病理とする専門家の主張が、同性愛者らの人格そのものを否定し、人として当然の権利の享有から排除することを正当化した。同性愛を精神的病理とする主張は、社会の差別と偏見に「根拠」を与え、それを強める役割を果たしたのである。

一方、近代の日本では、明治初期の数年間を除いて、同性間の性行動を処罰する法律は存在しなかった。しかし、大正期に流行した性欲学によって、同性愛が「変態性欲」として紹介され、「異性愛が自然で同性愛は病理である。」との認識が広く社会に浸透した。そのような認識は戦後も引き継がれ、新憲法が制定されたのは、まさにこのようなさなかである。そこから半世紀近くを経た1991年（平成3年）に「府中青年の家裁判」が提訴された時点でも、広辞苑等の国語辞典、イミダス等一般向け用語辞典はもちろん（甲141-1・広辞苑第三版「同性」の項目、甲141-2・広辞苑第四版「同性」の項）、精神医学・心理学の教科書のほとんどにおいて、同性愛は精神疾患として扱われ、文科省も、同性愛を「現代社会においても是認されることはない」として性非行・逸脱とする指導資料を刊行していた（甲A142・生徒の問題行動に関する基礎資料 62頁）。

イ しかし、以下のとおり、同性愛者への差別と偏見を支えた上記の医学

的知見は、前世紀半ば以降の実証的研究によって根拠の無いものであることが明らかとなり、同性愛についての精神医学・心理学の知見は根本的に転換されていた（甲A136-1 Herek「性的指向についての神話」138頁 IIIA, 甲136-2（訳文）6頁以下）。

すなわち、Kinseyらは、1948年と1953年にアメリカ人の性行動についての研究を発表し、それまで考えられていたよりずっと多くの人々が同性愛的行動を経験していることを報告した。さらに、FordとBeachは、1951年の著作で、その他の人間集団や動物の種についても同様であることを報告した。また、戦時中に米軍が非公式に行った研究は、「同性愛者は良好な軍人になれない」というそれまでの固定観念に根拠がないことを示した。

同性愛が精神的病理であることを支持するそれまでの研究は、その多くが、精神分析家のもとにある患者で、同性愛者とわかっている人々についての臨床的観察に基づいていた。彼らは病者や拘禁された人々であり、人数も少なく、研究対象としての標本としては偏りが存在した。自らの患者で、あらかじめ同性愛者とわかっている人々を観察するという調査方法は、分析家の主観が影響しやすいものであった。これに対し、Hookerは、一般的な社会生活を行っている者の中から、性的指向以外の条件をマッチングした同性愛者と異性愛者各30名を確保し、ロールシャッハテストほかのテストを行い、結果を比較し、1957年刊行の論文で「同性愛は病としては存在しない。」と結論づけた（甲136-2（訳文）・Herek訳文19頁）。さらにその後、多数の実証的研究が蓄積され、同性愛自体を疾病とする認識には、実証的根拠が無いことが明白となっていったのである。

このような実証的研究の蓄積は、1960年代に同性愛当事者らによる人権運動が高まる中で、精神保健専門家の中での大きな議論に発展し



ていった。そして、ついに、1973年、アメリカ精神医学会は、同性愛そのものは精神障害と扱わないことを決定した。すなわち、同学会が1968年に刊行した「精神障害の診断と統計マニュアル第二版（DSM-II）」では「同性愛 Homosexuality」が「性的逸脱 Sexual Deviations」の一つとされていたが、上記決定によりDSM-IIの7刷以降からは削除された。性的指向に悩み変更したいという持続的願望を持つ場合のための診断名が残されたが、これらは、同性愛自体は精神疾患ではないことを前提とする疾患概念であり、1986年のDSM-III改訂版（DSM-III-R）ではそれらも最終的に削除された（甲143-1, 143-2（訳文）・DSM-III 380頁, 甲144-1, 144-2（訳文）・DSM-III-R）。WHOによる「国際疾病分類（ICD）」も、ICD-9では「同性愛」が独立の診断名として採用されていたが、ICD-10（1992年）では削除され、「性的指向それ自体は障害とみなされない」と明記された（甲145・ICD-9, 甲146-1, 146-2（訳文）・ICD-10）。

また、アメリカ心理学会も、1975年1月、「同性愛そのものは、判断能力、安定性、信頼性及び一般的な社会的能力や職業能力における障害を意味しない。」との代議員大会決議を採択し論争に決着をつけた。この決議は、「長きにわたり同性愛的性的指向に結びつけられてきたスティグマ（代理人注 - 社会が押しつける否定的評価ないし劣等の烙印）を率先して取り除くことを全ての精神保健専門家に促す」とも述べる（甲131-1, 131-2・アメリカ心理学会代議員大会決議）。心理学・精神医学が同性愛を病理としてきたことで、その認識は、同性愛者等に対する社会の差別や偏見を支えた。上記の決議は、このようなスティグマの成立と維持に大きく加担してきた自らの歴史を直視し、今後は、社会的偏見の除去のために先頭に立つべきことを呼びかけたのであ

る。

(2) 性的指向や性自認を理由とする差別が禁止され、人権の制約は許されないことが国際的に普遍的認識となっていること

そして、このような医学・精神医学の知見の根本的転換は、今世紀に入って、国際社会の普遍的認識に高められている。

すなわち、国際人権法の分野で、最初は、ヨーロッパ人権条約にもとづく同人権裁判所において、同性愛者やトランスジェンダーの人々の人権が重要な課題として提起され、性的指向については、1981年に北アイルランドのソドミー法が条約上の人権を侵害すると判断されたことを皮切りに、成人同性間の性行為を処罰することがヨーロッパ人権条約8条の「私生活の尊重を受ける権利」を侵害するとの判例が確立した（甲147・148頁，152頁）。1994年3月31日，国連自由権規約人権委員会は，自由権規約第2条第1項（差別なき人権尊重と保護の義務）及び同第26条（平等及び差別禁止と差別からの保護）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（条約の履行監視や個人通報に対する判断を行う）として初めて同性愛を人権問題と位置づけ（甲120-1・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 本文8.7，甲120-2（訳文）・12頁），その後，国際人権判例が蓄積されていった（甲147・153頁）。

さらに，これらの成果を法的文書として定式化することが目指され，2006年のジョグジャカルタ原則（Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity 性的指向と性自認に関する国際人権法の適用に関するジョグジャカルタ原則）（甲148-1，148-2（訳文））の採択として結実した。同原則は，世界人権宣言に始まる既存の国際人権文書が，性的指向及び性自認によって差別されることなく適用可能であり，性的指向や性自

認によって制限されてはならないことを明確にした。

ジョグジャカルタ原則を起草・採択したのは、国際人権の分野の現職公職者及び公職経験者を含む専門家であり（国連の人権に関する特別報告者8名，各条約の履行監視にあたる条約委員会の現・元委員5名が含まれる），そのように権威ある人々によって採択されたことで，その後の国連の文書などで引用され，国際人権法における準公的文書というべき位置づけを与えられている（甲147・156頁）。

そして，2011年6月，国連人権理事会は，「人権，性的指向及び性自認」と題する決議（A/HRC/RES/17/19）を採択した（甲149-1・国連人権理事会第17回通常会期「人権，性的指向およびジェンダー同一性決議（原本），甲149-2・同決議の国連広報センターによる日本語訳）。同決議は，世界のあらゆる地域での，性的指向及び性自認を理由とした暴力や差別に重大な懸念を表明し，人権高等弁務官に対し，差別的な法律や法の運用，性的指向や性自認を理由とする個人に対する暴力について，同年12月までに，全世界的な調査を行うことを要請し，その報告を受け討議するためのパネルを開催すること，この問題に引き続き取り組むことを謳っている。この決議をうけて人権高等弁務官による調査報告書が作成され，2012年にはパネルが開催された。また，国連人権高等弁務官事務所によるウェブサイトが開設され，啓発動画や冊子の配信が行われ，また，国連LGBTコアグループの結成（日本もその一員である）など活発な取り組みがなされている。人権理事会は，2014年にも再び同様の決議を行い，2016年には，性的指向・性自認による人権侵害を研究調査する「独立専門家」を任命し取り組みを強めている。まさに，「性的マイノリティの権利保障は，国連の人権施策における主流に位置づけられている」のである（甲46・日本学術会議「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－」4頁）。

いまや、人と人を性的指向や性自認により差別することが許されず、性的指向や性自認を理由に人権を制限することは許されないことが、国際社会における普遍的認識となっているのである。

### (3) 国際社会の普遍的な認識の共有

上記のとおり、かつて同性愛者・両性愛者など性的少数者にスティグマを課し、個人として尊重される主体から排除する思考を支えた古い知見や認識は、それ自体に学問的根拠が無いことが明らかにされ、誤った医学的知見が人権侵害の口実として悪用された歴史が反省された。さらに、精神医学・心理学における根本的転換が、国際社会において法的・倫理的な認識に高められ、およそ人と人を性的指向や性自認によって差別したり、基本的人権を否定することは許されないことが国際社会の普遍的な認識となって共有されている（甲135）。いまや、国連はじめ国際社会をあげて性的指向や性自認による差別をなくす活動が取り組まれている。

## 第4 まとめ ---- 差別が許されないこと

以上、性的指向や性自認による差別が許されず、性的指向や性自認を理由に人権を制限することは許されないことが、国際社会における普遍的認識となっている歴史的経緯を見てきた。

そうであれば、憲法14条1項の「法の下での平等」の解釈においても、以上述べたような歴史的経緯と普遍的原理が反映されるべきは当然の理である。

控訴理由書でも述べたとおり、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。

この点は、被控訴人（被告）の答弁書における認否を待って憲法14条1項に関する憲法学者の意見書等も準備して敷衍する予定であるが、本準備書面では、原審でも意見書を提出した二宮周平教授の控訴審における意見書（甲150）から以下引用して、締めくくるとする。

「ここで象徴的な差別の違憲判断基準に関する議論を参照する。安西文雄教授は、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）。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」。また違憲審査基準を厳格化する考慮要素をあげる。第1に、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。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。第2に、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。司法的に保護する必要があるからである。第3に、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。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」のである。

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」(原審判旨)なのだから、同じ犯罪被害者であるにもかかわらず、同性パートナーということを根拠に支給しないことは、まさに権利、利益の剥奪であり、上記の分析によれば、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の顕在化にほかならない。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不公正である。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衛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。歴史的に差別がなされてきたグループに属することから、不支給を肯定することは、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がある。不支給の裁定は差別的な取扱いとして、こうした負の弊害をもたらすことを認識する必要がある。したがって、平等原則に関わることは、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。」(甲150・3頁)

以上