

意見書

2021年12月20日

大野 友也（鹿児島大学 准教授）

1. はじめに

本意見書は、同性婚を認めないことが日本国憲法第14条1項に違反することについて述べるものである（なお、被告の主張への反論および、被告による、私見の恣意的利用についても一言述べる）。日本国憲法第14条1項後段では、差別の禁止事由として人種、信条、性別、社会的身分、門地の5つを列挙している。本稿はそのうち、「性別に基づく差別」について述べる。

憲法学説においては、14条1項後段列挙事由に基づく差別につき、原則として違憲性が推定され、それらに基づく差別については厳格審査に服するとするのが一般的な見解である¹。それゆえ、同性婚を認めないことが性別に基づく差別ということになれば、その合憲性は厳格審査に服することになる²。

2. 性別に基づく差別について

同性婚を認めないことは、憲法14条1項後段で差別禁止事由として挙げられる「性別」に基づく差別といえる。以下、その理由を述べる。

「性別」とは、通常、「男性」「女性」という区分を指す³。したがって、たとえば選挙権について男性に認めつつ、女性に認めないとすれば、これは性別に基づく差別となる。

では、同性婚を認めないことがなぜ性別に基づく差別といえるのか。ここでは、「比較方法論」と「関係性の理論」、そして「ジェンダーステレオタイプ理論」の3つを使って説明したい。

¹ 辻村みよ子『憲法〔第5版〕』162頁（日本評論社、2016年）。

² 「厳格審査」の下で規制が合憲とされるためには、(1) やむにやまれざる政府利益が存在すること、(2) その政府利益を達成するために厳密に適合した手段であること、の2点の立証が政府側に課されることとなる。辻村・前掲注(1) 161頁、長谷部恭男『憲法〔第7版〕』172頁（新世社、2018年）。芦部信喜は、性別に基づく差別については「厳格な合理性の審査」に服するとして、その審査基準の厳格度をやや緩和するが（芦部信喜『憲法〔第7版〕』136頁（岩波書店、2019年））、その理由ははっきりしない。おそらくアメリカ合州国最高裁の判例（*e.g. City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985)）に引きずられたのであろう。

³ 辻村・前掲注(1) 165頁。なお、辻村は、社会的・文化的性差である「ジェンダー」に基づく差別も性差別とする。同書同頁。

これらに加え、性同一性障害者特例法により性別を変更した者に対し、変更前の性別や変更後の性別を理由に差別することもまた性差別となるだろう。

[比較方法論]

「比較方法論」とは、1つの点を除き全ての条件を同じくするもの同士を比較し、その唯一の違いを理由に取扱いの違いがもたらされる（＝差別されている）場合、その違いが差別の指標となっている、と理解するものである⁴。これを同性愛差別に適用すると、次のようになる。

まず、性別以外の条件（年齢や身長、職業、仕事の能力など）がすべて同じ2人の成人を想定する。便宜的に男性をA、女性をBとする。性別以外の条件が同じであるので、性的指向もまた、両者ともに男性に向かうものとする。

そのうえで、AとBがそれぞれ男性Cにプロポーズし、Cはいずれのプロポーズも受け入れる準備ができているとする。この場合、BとCは異性間であるため、現行法上、婚姻が認められる。しかしAとCはともに男性であるため、現行法上、婚姻が認められない⁵。AとBの違いはただ一点、性別のみである。つまり、BはCと婚姻できるのに、AがCと婚姻できないのは、Aが男性だから、ということになる。したがって、これはAが男性であることに基づき婚姻が認められないということになり、性別に基づく差別になる、という構成である。これが「比較方法論」である。

この比較方法論を用いて同性愛差別を性差別と認定した事例に、後述のBostock判決のほか、合州国第7控訴裁判所のHively判決⁶がある。

[関係性の理論]

「関係性の理論」は、比較方法論と似た構成であるが、着目点は、差別をされる当事者が親密な関係を結ぶ「相手方」である。すなわち、親密な関係を結ぶ相手方の特徴が差別指標となっている場合、その相手方の特徴に基づく差別と構成するものである。これを同性愛差別に適用すると、次のようになる。

男性Aが男性Cと親密な関係になった場合、この男性Aを差別するのは、親密

⁴ この理論について、詳しくは Suzanne B. Goldberg, *Discrimination by Comparison*, 120 YALE L.J. 728 (2011).

⁵ なお、厳密に言えば、現行法上、同性婚を禁止する明文の法律は存在しない。あくまで婚姻届が受理されないだけである。

この点、憲法24条1項は、婚姻につき「両性の合意」という文言を用いているが、これを同性婚禁止規定と読む解釈は憲法学界において皆無に等しく、現在はいわゆる「許容説」が主流になりつつある。駒村圭吾「憲法24条2項についての意見書」<

<https://www.call4.jp/file/pdf/202103/bf0980bee53168cfe5c88ef289f7559a.pdf> (call4.jp)> (2020年)、小竹聡「憲法と同性婚—ジェンダー法学のすすめ」法学セミナー737号11頁(2016年)など。

⁶ Hively v. Ivy Tech Community College, 853 F.3d 339, 345-47 (7th Cir. 2017).

な関係を取り結んだ相手方である C の性別が男性だからである。すなわち、差別の指標が、親密な関係を取り結ぶ相手方の性別にあるとして、そこに性差別を見るのである。これが「関係性の理論」である。

この理論は、もともと、異人種婚を禁止するヴァージニア州法が合州国裁判所において違憲とされた **Loving** 判決⁷で用いられたものである。本件においてヴァージニア州は、異人種婚の禁止が白人・黒人双方に等しく適用されることから、差別ではないと主張した。これに対し合州国最高裁は、白人と婚姻した白人は処罰されないが、有色人種と婚姻した白人は処罰されることから、相手方の人種が処罰の根拠であって、これを人種に基づく差別だと判断したのである⁸。

当事者の人種ではなく、その当事者が親密な関係を取り結ぶ相手方の人種を理由に差別することを人種差別と構成することが「関係性の理論」であり、同性婚を認めないことにこれを応用したのが上述の議論である⁹。先に紹介した **Hively** 判決では、同性愛者に対する差別を性差別とする際に、この「関係性の理論」も用いられている¹⁰。

[ジェンダーステレオタイプ理論]

ジェンダーステレオタイプ理論は、社会的に構成された「男性らしさ」「女性らしさ」という期待・偏見（＝ジェンダーステレオタイプ）に基づき、その「男性らしさ」から逸脱する男性、「女性らしさ」から逸脱する女性を差別することを性差別と認定するものである。

この理論は、アメリカ最高裁が **Price Waterhouse** 事件判決¹¹で採用した理論である。この事件では、会計事務所に勤務する女性 **Hopkins** が、男性らしい立ち居振る舞いをしていることを理由に昇進が認められなかったため、雇用領域での性差別を禁止する公民権法第 7 編に違反するとして提訴した事件である。最高裁は、「女性らしさ」から逸脱する言動をする女性を差別することは、ジェンダーステレオタイプに基づく差別であって、第 7 編に違反すると判示した。

この理論を応用し、「男性らしさ」「女性らしさ」の中に、「男性は女性を愛するもの」「女性は男性を愛するもの」という期待・偏見があるとして、そこから逸脱する同性愛者を差別することを性差別だと構成するのが、ジェンダーステレオタ

⁷ **Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).**

⁸ *Id.* at 11-12.

⁹ 比較方法論・関係性の理論に基づき、同性婚を認めないことは性差別だとする主張として、大野友也「同性婚と平等保護」鹿兒島大学法学論集 43 卷 2 号 17 頁（2009 年）、同「日本国憲法と同性婚」月報全青司 452 号 6 頁（2017 年）。

¹⁰ **Hively, 853 F.3d at 347-49.**

¹¹ **Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).**

イプ理論に基づく性差別の認定である¹²。**Bostock** 事件の最高裁における口頭弁論で、**Bostock** 側の代理人弁護士がジェンダーステレオタイプ理論に基づく性差別を主張している¹³。

[**Bostock** 判決とその影響]

これら 3 つの理論のうち、「比較方法論」を用いて、雇用領域における同性愛差別を性差別と判断したのが、合州国最高裁の **Bostock** 事件判決¹⁴である。以下でこの判決とその影響の大きさを紹介し、比較方法論の有用性、汎用性を示す。

この **Bostock** 事件は、性的指向や性自認を理由に解雇された者らが、性別に基づく雇用差別を禁止した公民権法第 7 編に反するとして提訴した事件である。控訴裁判所レベルで判断がわかれたため、合州国最高裁がサーシオレーライ（裁量上告）を認めた。そして合州国最高裁は、まさにこの「比較方法論」を用いて、性的指向・性自認に基づく差別は公民権法第 7 編が禁止する性差別にあたるとした。具体的には次のように述べている。「男性に魅かれる 2 人の従業員を想定してみよう。2 人の従業員は、雇用主からすれば、一方が男性、もう一方が女性という点を除き、全ての点において等しい。もし雇用主が男性に魅かれるという理由でその男性を解雇したならば、雇用主は、女性には許されている特徴・行為に対して差別したことになる¹⁵」。

判決自体は、同性愛者に対する差別が性差別になるとした解釈を、公民権法第 7 編の解釈に限定するかのようない言い回しをしている¹⁶。しかし本判決に付され

¹² 上述の 3 つの理論については、石田若菜「1964 年公民権法第 7 編における『性別に基づく差別』の解釈」駿河台法学 33 巻 1 号 166-70 頁（2019 年）で詳しく紹介されている。

¹³ Transcript of Oral Argument at 5, **Bostock v. Clayton County, Georgia**, 140 S.Ct. 1731 (2020) (No. 17-1618). なお、トランスジェンダー差別につき、この理論で性差別だと認めた判決として合州国第 6 控訴裁判所の **Smith v. City of Salem, Ohio**, 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004) がある。さらに、ここで紹介した 3 つの理論を全て提示して、同性愛差別を性差別と認定した合州国雇用機会均等委員会の決定として **Baldwin v. Foxx, EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641 (July 15, 2015)** がある。本件についても石田・前掲注 (12) 148-50 頁で紹介がなされている。

¹⁴ **Bostock v. Clayton County, Georgia**, 140 S.Ct. 1731; 590 U.S. ___ (2020). 本判決の紹介として、大野友也「【判例研究】性的指向やトランスジェンダーであることに基づく差別が、公民権法第 7 編の禁止する「性別に基づく差別」とされた事例 — **Bostock v. Clayton County, Georgia**, 140 S. Ct. 1731; 590 U.S. ___ (2020)」*鹿法* 55 巻 2 号 57 頁（2021 年）、中村良隆「雇用における性差別の禁止と LGBT — **Bostock v. Clayton County**, 140 S.Ct. 1731 (2020) —」*比較法学* 54 巻 3 号（2020 年）。

¹⁵ **Bostock**, 140 S.Ct. at 1741.

¹⁶ *Id.* at 1753.

たアリート裁判官反対意見はその射程の広さを指摘しているし¹⁷、実際、**Bostock** 判決以後、下級審において、様々な法領域で **Bostock** 判決を援用して性差別が認定されてきている¹⁸。以下、いくつか列挙してみよう。

① **Monegain v. Department of Motor Vehicles**¹⁹では、トランスジェンダー女性に対し、職場において女性服の着用を禁止した服装規制が公民権法第 7 編違反とされた。**Bostock** 判決では男女別の服装規定が性差別かどうかの判断は留保されたが、本件はそれを認めたのである。

② **Grimm v. Gloucester County School Board**²⁰では、トランスジェンダーの男子生徒に男子トイレの使用を禁止した高校側の措置が、連邦の助成金を受ける教育機関における性差別を禁止した教育改正法第 9 編に反するとされた。本件は合州国最高裁がサーシオレーライを認めなかったため、同判決が確定している。

③ **Walker v. Azar**²¹では、医療現場でトランスジェンダーや同性愛者を差別したことが、医療現場で性差別を禁止する医療改革法（オバマケア）に反するとされた。**Whitman-Walker Clinic, Inc. v. U.S. Department of Health and Human Services**²²でも同様の判断がなされている。

④ **Jarrell v. Hardy Cellular Tel. Co.**²³では、ウェストバージニア州人権法が禁止する「性別を理由とする差別」には性的指向・性自認に基づく差別が含まれると判示されている。

以上のように、**Bostock** 判決のリーズニングは下級審において、公民権法第 7 編の文脈を超え様々な事例に適用されており、この判決で採用された「比較方法論」の有用性、汎用性が示されているところである。学説においても **Bostock** 判決のリーズニングが持つ射程の広さは何人もの論者によって指摘されている²⁴。

¹⁷ *Id.* at 1778 (Alito, J., dissenting).

¹⁸ また、バイデン大統領も就任直後に、**Bostock** 判決の射程を拡大するよう命ずる大統領令を発している。Exec. Order No. 13988, 86 Fed. Reg. 7023 (Jan. 20, 2021).

¹⁹ 491 F.Supp.3d 117 (E.D.Va. 2020).

²⁰ 972 F.3d 586 (4th Cir. 2020), *cert. denied*, ___ S.Ct. ___, 2021 WL 2637992 (Mem).

²¹ 480 F.Supp.3d 417 (E.D.N.Y. 2020).

²² 485 F.Supp.3d 1 (D.D.C. 2020).

²³ 2020 WL 4208533 (S.D. W. Va. 2020).

²⁴ See Justin Blount, *Sex-Differentiated Appearance Standards Post-Bostock*, 31 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 217 (2021); Amy Post, Ashley Stephensa, & Valarie Blake, *Sex Discrimination in Healthcare: Section 1557 and LGBTQ Rights After Bostock*, 11 CAL. L. REV. ONLINE 545 (2021); Rachel Slepoy, *Bostock's Inclusive Queer Frame*, 107 VA. L. REV. ONLINE 67 (2021); Leonore F. Carpenter, *Bostock v. Clayton County, Georgia, and Its Effect on Pennsylvania's LGBTQ Community*, 91 PA. B.A. Q. 111 (2020); Virginia Foggo & John Villasenor, *Algorithms, Housing Discrimination, and the New Disparate*

[同性婚を認めないことの性差別性]

このことからすれば、同性婚を認めないことについても、この「比較方法論」を適用することに何の問題もなく、むしろ適用すべきであると考えられる。そしてその場合、同性婚を認めないことは14条1項が禁止する「性別」に基づく差別ということになる。なお、私としては、「関係性の理論」「ジェンダーステレオタイプ理論」を用いても、同様に、同性婚を認めないことは、以下のように性差別と構成できると考える²⁵。

[関係性の理論と同性婚]

関係性の理論を用いた場合は次のようになる。

男性Aと女性Bが男性Cにプロポーズをしたとする。この場合、Bは異性であるCと婚姻が可能である。他方AはCと婚姻できない。その理由はAの相手方であるCが「男性」だからである。すなわち、婚姻という親密な関係を取り結ぶ相手方が「男性」という性別であることが、婚姻が認められない理由となっている。従って、同性婚を認めないことは性別に基づく差別ということになる。

なお、関係性の理論を用いて差別を認定したと解釈できる意見として、尊属殺重罰規定違憲判決²⁶における田中二郎意見・色川幸太郎意見がある。両者はそれぞれ、「親」を殺害した場合に重く処罰すること自体を14条1項違反と認定している。尊属殺重罰規定は、Aを殺害した者がAと血縁関係がない場合は通常の殺人罪で処罰されるのに対し、Aを殺害した者がAの子どもであった場合、これを重く処罰するものである。田中・色川意見は、いずれも、そのような関係性に基づき、加害者を重く処罰することを14条1項違反としており、まさに相手との関係を根拠とする差別だと認定している。これは関係性の理論に通ずる理論構成である²⁷。

このように、関係性の理論は、最高裁において多数意見を構成したわけではないものの、一部の最高裁裁判官によっても採用される理論でもある。

[ジェンダーステレオタイプ理論と同性婚]

Impact Rule, 22 COLUM. SCI. & TECH. L. REV. 1 (2020).

²⁵ 関係性の理論と同性婚については、大野・前掲注(9)同性婚と平等保護 34-35頁。

²⁶ 最高裁1973年4月4日判決、刑集27巻3号265頁。

²⁷ 大隅健一郎裁判官も関係性の理論を採用しているように見えるが、「近親殺」を設けることは憲法に反しないとしており、関係性の理論を貫徹しているわけではない。

ジェンダーステレオタイプ理論を用いた場合は次のようになる。

男性は女性と婚姻するべきであり、女性は男性と婚姻するべきである、という社会的な規範（＝ステレオタイプ）が存在している。そうしたステレオタイプに基づき、法律上の制度としても男性は女性とのみ、女性は男性とのみ婚姻が可能である。このステレオタイプから逸脱する、男性と男性の婚姻、女性と女性の婚姻は、法律上認められない。従って、ジェンダーステレオタイプに基づき婚姻相手となる性別を限定していることになり、ここに性差別が存在している。これがジェンダーステレオタイプ理論に基づく性差別、という構成である。

[14条1項後段列举事由に基づく差別への厳格審査の適用]

では、同性婚を認めないことが性差別であり14条1項後段列举事由に基づく差別であるとして、厳格審査を適用して判断した場合、どのように判断されるか、以下、述べる。

厳格審査では、規制に違憲性が推定され、(1) やむにやまれざる政府利益が存在すること、(2) その政府利益を達成するために厳密に適合した手段が採用されていること、の2点の立証が、政府側に課される²⁸。

では、同性婚を認めないことについての政府利益とは何か。この点につき、政府は本件訴訟を通じて積極的に主張をしてきていない。このことは、同性婚を認めないことについて何ら正当な理由がないことを示している。また同性婚を容認しないことにつき正当な理由を示そうとする学術論文は私の調べた限り見当たらない。だがアメリカの判決の中で同性婚では子どもが生まれないという主張に触れられている²⁹ので、この点について付言する。

確かに、同性カップルは、異性カップルと異なり、子を出産することが通常は困難であろう。しかし女性同性愛者カップルであれば、第三者からの精子提供などを通じて子どもを生むことが可能であるし、実際、そのようなカップルも存在している³⁰。また、そもそも異性婚夫婦であっても子どもを生むことが義務付けられているわけではないし、婚姻の要件として、出産することや出産する能力が求められているわけでもない³¹。それゆえ、同性婚を認めないことにつき子ども

²⁸ 前掲注(2)参照。

²⁹ **Goodridge v. Department of Public Health, 798 N.N. 941, 946 (2003); Conaway v. Deane, 932 A.2d 571, 630-31 (2007).**

³⁰ 杉山麻里子『ルポ 同性カップルの子どもたち アメリカ「ゲイブーム」を追う』73頁以下(岩波書店、2016年)では、アメリカの話ではあるが、こうしたカップルについて触れている。

³¹ 同性婚人権救済弁護団『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』172頁(明石書店、2016年)。

が生まれないことを理由とすることは失当である。

以上から、そもそも「やむにやまれざる政府利益」が存在しておらず、厳格審査をパスしえないため、同性婚を認めないことは違憲と評価されることになる。なお、芦部信喜がいうように、性差別に「厳格な合理性」の基準を適用したとしても、違憲との結論に違いはないだろう。厳格な合理性の基準であっても、「重要な政府利益」が求められるのであって³²、それが存在しているとは言えないからである。

さて、この主張に対しては、「性別」とは「男性」と「女性」という区別を指すのであって、性的指向を含まない、との反論が想定される³³。しかしこれは反論になっていない。というのも、「比較方法論」を適用する場合でも、「性別」は「男性」と「女性」という区分であることを前提に、その文言の解釈として性差別を認定しているだけだからである³⁴。

また、14条1項を制定した当時、「性別」に基づく差別として「性的指向」に基づく差別は含まれるという理解はされていないという、制定当時の理解、あるいは制憲者意思に基づく反論もあり得よう³⁵。しかしこれもまた説得的ではない。なぜなら、制定当時の理解に基づいて文言を解釈しなければならない理由はどこにもないからである。たとえば、現在、プライバシー権は当然に憲法13条の「幸福追求権」で保障されると解されている³⁶が、プライバシー権侵害がはじめて日本で争われた「宴のあと」事件では、そもそもプライバシー権が実定法上の権利かどうか争点となった³⁷。この例が示すように、憲法（や民法）で保障される権利は時代によって拡張されることがあるのであり、ある権利が制定当初に保障されることが否定されていた、あるいは明らかではなかったとしても、その後、保障が及ぶとされることはありうるのであって、憲法を制定当時の理解に基づいて解釈しなければならない、というわけではない³⁸。

さらに、そもそも制定当時の認識や制憲者意思を主たる根拠とすること自体に

³² 長谷部・前掲注(2)172頁。

³³ See *Bostock*, 140 S.Ct. at 1756 (Alito, J., dissenting).

³⁴ See *id.* at 1739.

³⁵ 札幌地裁2021年3月17日判決では、24条1項についてであるが、制定当時の理解をもとに、24条1項に基づく同性婚保護を否定する。

またアメリカの公民権法第7編の解釈においても、70年代～2000年代初頭までは議会の制定意図に基づく解釈がなされていた。See, e.g., *DeSantis v. Pacific Tel. & Tel. Co., Inc.*, 608 F.2d 327 (9th Cir. 1979).

³⁶ 長谷部・前掲注(2)149-56頁、最高裁2020年10月9日判決<https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/757/089757_hanrei.pdf>。

³⁷ 東京地裁1964年9月28日判決、判例時報385号12頁。

³⁸ なお *Bostock* 判決では、立法過程の議論などの資料を使って解釈すること自体が消極的に評価されている。See *Bostock*, 140 S.Ct. at 1738.

も問題がある。長谷部恭男が指摘するように、「制度が制憲者の考えていた通りに動く保証はもともとない」上、「制憲者意思という概念そのものが随分怪しげ」である。つまり、何を以て「制憲者の意思」と理解するかが確定していないからである。議会における政府の答弁が当時の理解を示す例であろうが、その憲法草案に賛成した議員らがすべてその政府の答弁と同じ理解を示していたというわけでもないだろう。加えて、制憲者は「多数人からなる機関ですから、それに何か『意思』があるっていう想定自体がもともとフィクションのはず」だからである³⁹。

以上の通り、制定当時の理解や制憲者意思を根拠に、14条1項の「性別」に「性的指向」が含まれないとする反論には理由がない。

以上のことから、同性婚を認めないことは憲法14条1項の禁止する性差別に該当し、それを正当化する事由もないことから、違憲である。

3 被告の主張への反論

[間接差別について]

被告は、本件差別を「事実上の結果ないし間接的な効果に過ぎない」と言う⁴⁰。すなわち、法律条文自体は内容中立であり、その内容中立の法律を適用した結果、付随的に異性カップルと同性カップルの間に差異が生じているに過ぎず、14条1項違反とまでは言えないと言うのである。

確かに被告も援用する夫婦別姓訴訟最高裁判決なども同様の判断をしているように見える。しかし、夫婦別姓訴訟と本件とは異なるものである。夫婦同氏の強制は、結果として圧倒的多数が夫側の氏を選択しており、結果として女性が不利益を受けているが、あくまで両者の話し合いの結果、本心はともかく形式的には同意した上で夫側の氏を選択しているのである⁴¹。

これに対し、同性カップルは、同意するも何もなく、そもそも婚姻制度自体を利用できない。意に反して同氏を強制される夫婦は、妥協してでも婚姻制度を利用したいと考え、いずれかの氏に統一して婚姻をする。しかし同性カップルは、妥協することができない。というのも、迫られるのは、結婚相手を同性から異性へ変更すること、すなわち、生来的で変更することのできない性別の変更だからである⁴²。従って、「事実上の結果ないし間接的な効果」だとしても、ここでは

³⁹ 長谷部恭男『Interactive 憲法』59頁（有斐閣、2006年）。

⁴⁰ 大阪地裁に提出された被告第5準備書面（2021年9月24日付）11-13頁。

⁴¹ なお被告による恣意的な私見引用を防ぐため、私自身は夫婦別姓訴訟最高裁判決を支持せず、同姓強制は憲法違反だと考えることを付記しておく。

⁴² 性同一性障害者特例法に基づき、法律上、性別の変更をすることは可能ではあるが、ここでの文脈には関係がないということを、念のため注で付記しておく。

同性カップルは同性婚をできない現状から直接に婚姻制度の利用が否定されているのであり、14条1項との緊張関係がより強まるといえる⁴³。そして異性カップルは一切排除されず、同性カップルのみが完全に排除されるという結果は、間接的というよりも、むしろ効果としては直接的な差別と言える。

さらに、ここで一つの思考実験を試みたい。現在の日本において、法律上は同性婚のみ認められ、異性婚が認められないと想定する。従って、男性は男性と、女性は女性とのみ婚姻できるものとする婚姻に伴うメリットは、当然、同性カップルのみ享受できる⁴⁴。

これに対して、異性カップルが差別だと異論を唱えても、被告の論理からすれば差別は存在しないことになる。すなわち、同性婚のみ容認する法律は、男性に対しても女性に対しても等しく適用されるため中立であり、異性カップルが同性カップルに対して不利な状況となるのは、中立な法律の適用の付随的効果である、という主張になるからである。また、婚姻に伴うメリットを享受したいならば、男女とも同性同士で婚姻することが認められているのであるから、そうすればよい、ということになるだろう。

社会においては異性愛者が圧倒的に多く、同性愛者は少数派であるため、こうした想定はおそらく多くの異性愛者にとって非現実的なものであり、馬鹿馬鹿しく見えるであろう。だが他方でこうした法制度が実際に存在したとすれば、多くの者は違和感を抱くのではないか。なぜ同性同士で婚姻が認められるのに、異性同士では認められないのか、と。

この違和感の内容は、その指標を性的指向に見いだすか性別に見いだすかはさておき、「同性同士は婚姻できるのに、異性同士では婚姻できないのはおかしい」、すなわち「異性愛者（あるいは異性カップル）が差別されている」という感覚であろう。そしてこの違和感、差別されているという感覚こそ、現在の同性愛者、同性愛カップルが抱いているものである。

この思考実験からわかることは、同性同士のみの婚姻を認めるという法制度は、性的指向ないし性別に基づき異性カップルを差別するものだ、ということである。そうであれば、異性婚のみ認め、同性婚を認めないという法制度もまた同様に差別である。

以上から、間接差別だという主張は成り立たないと考える。

⁴³ 安西文雄「間接差別と憲法」明治大学法科大学院論集 20号 11-12頁（2017年）。

⁴⁴ この思考実験は、九州訴訟の原告の一人である、こうぞう氏のフェイスブックにおけるこうぞう氏のコメントで示されたものである。

なお、こうした法制度が非現実的だとかいった批判は無用である。ここで問題にしたいのは、現行の婚姻制度がはらむ差別性だからである。

また被告が言うように仮に本件が間接差別であっても、問題が無くなるわけではない。実際、間接差別を裁判所が差別と認定した事例は過去に存在している。いわゆる三陽物産事件東京地裁判決⁴⁵がそうである。この事件は、家族を有する世帯主と、世帯主でない者・独身の者との間に給与の違い（本人給の昇給の有無）が設けられたことが、結果として女性を不利に扱うことになっているとして、労働基準法第4条（男女同一賃金の原則）に反するとして訴えられたものである。

被告会社は、規定が中立であり、女性であっても家族を有する世帯主であれば本人給の昇給があると主張した。しかし裁判所は、「結婚した男女が世帯を構成する場合、一般的に男子が住民票上の世帯主になるというのが公知の事実である」とし、「その結果、世帯主・非世帯主の基準を適用するならば、女子従業員は、独身である間は非世帯主又は独身の世帯主の立場にあり、結婚すれば非世帯主の立場にあると言うことで、結局、終始本人給を据え置かれることになる」と認定した。そして、「住民票上、女子の大多数が非世帯主又は独身の世帯主に該当するという社会的現実及び被告の従業員構成を認識しながら、世帯主・非世帯主の基準の適用の結果生じる効果が女子従業員に一方向的に著しい不利益となることを容認して右基準を制定したものと推認することができる」として、「女子であることを理由に賃金を差別したものである」と結論した。

このように、憲法第14条1項ではなく労働基準法4条の解釈について事案ではあるが、間接差別を以て性差別を認定した事例が存在している⁴⁶。

さらに、男女雇用機会均等法第7条は間接差別を禁止する規定となっている。間接差別禁止法理を確立したのは1971年の合州国最高裁 Griggs 事件判決であるが、これがヨーロッパでも採用され、2006年にも日本の男女雇用機会均等法で採用されるに至ったものである⁴⁷。学説においても、間接差別もまた憲法14条1項違反になるとするものが近年増加している⁴⁸。

⁴⁵ 東京地裁 1994年6月16日判決、判例時報1520号33頁。

⁴⁶ 本判決が間接差別を認定したとする評価は学説でも共通する理解である。朝倉むつ子「賃金差別—三陽物産事件」労働判例百選〔第6版〕58頁（1995年）、安西・前掲注（43）6-8頁。

この他に、阪神淡路大震災被災者自立支援金事件（大阪高裁 2002年7月3日判決（判例時報1801号38頁））も、自律支援金の支給に際し世帯主が被災していることを要件としていたことにつき、婚姻した男女につき男性側が世帯主となることが圧倒的に多いという社会的実態に照らして「自律支援金の支給において、女性を男性よりも事実上不利益に取り扱う結果となる」として差別を認定して世帯主ではない被災者への支援金の支払いを命じており、間接差別が法的に許容されない差別を構成することを認めている。

⁴⁷ 朝倉むつ子「間接差別」法学教室315号2頁（2006年）、相澤美智子「間接差別法理の内容と適用可能性」日本労働研究雑誌538号32頁以下（2005年）。

⁴⁸ 安西・前掲注（42）22頁、君塚正臣「憲法とジェンダー—日本国憲法は性別

このように、法律や学説でも間接差別を禁止すべきとする流れが主流となりつつある。従って、被告が主張するように、間接差別であったとしても、現代においてはそれを等閑視すべきではなく、政府としてその間接差別の解消に努めるべきである。

[国家による差別的メッセージ抑制義務]

14条1項が保護する価値は、「差別されないこと」である⁴⁹。この点を丹念に検討した木村草太によると、差別とは「ある行為の背景にある蔑視感情・嫌悪感などの心理を指摘して用いられる言葉」である⁵⁰。そして差別感情が社会に広く共有されることで、差別者と被差別者の間に非対称性が生じ、これによって被差別者は、自己への差別を認識し、さらにその差別が社会に広く共有されているという認識をもつことになる⁵¹。このことは、被差別者が新しく出会う人々に対し一定の警戒感を持つことになり、また差別指標への言及に神経質になる。これは被差別者にとって大きなストレスとなる⁵²。加えて、差別感情が共有されることで、差別者は罪悪感を抱きにくくなり、感情がエスカレートすることで、差別感情の発露行為が増大し、被差別者に酷な状況が生ずる⁵³。

それゆえ、国家は、こうした差別を助長してはならず、また自らの発する差別的メッセージに敏感でなければならぬとされる⁵⁴。またその「差別的メッセージ」を意図せずに発信してしまうこともある⁵⁵。この場合どうすればいいのかというと、差別的メッセージを読み取った者がいた場合、誠実に対応することが国家の義務だ、と木村草太は主張する⁵⁶。具体的には、国家は差別感情に基づく行

をどのように考えているのか」法律時報 78 卷 1 号 5-6 頁（2006 年）、白水隆「憲法上の平等概念と間接差別－カナダにおける議論を素材として－（一）～（三・完）」法学論叢 170 卷 3 号 89 頁以下・171 卷 4 号 67 頁以下・171 卷 5 号 66 頁以下（2011-12 年）、同『平等権解釈の新展開－同性婚の保障と間接差別の是正に向けて』（三省堂、2020 年）、岡田孝嘉「意図せざる差別の憲法的規制（1）（2・完）」広島法学 37 卷 3 号 1 頁以下・37 卷 4 号 49 頁以下（2014 年）、黒岩容子「間接性差別禁止法理の形成と『平等』・『差別』概念の発展－EU 法における展開を素材として－」朝倉むつ子・西原博史編著『平等権と社会的排除－人権と差別禁止法理の過去・現在・未来－』65 頁（成文堂、2017 年）など。
⁴⁹ 木村草太『平等なき平等条項論－equal protection 条項と憲法 14 条 1 項』190 頁（東京大学出版会、2008 年）。

⁵⁰ 同上、184 頁。

⁵¹ 同上、149 頁。

⁵² 同上、150 頁。

⁵³ 同上。

⁵⁴ 同上、189 頁。

⁵⁵ 同上、190 頁。

⁵⁶ 同上、191-92 頁。

為をしてはならない、意図せざる差別的メッセージの発信について誠実な対応をしなければならない、という 2 つの要請を憲法上の要請だと木村草太はいう⁵⁷。

これを同性婚の文脈で見るとどのようなようになるか。

たとえば、九州訴訟原告・こうすけ氏は裁判所での意見陳述の最後にこう述べている。「私の、苦しかった子ども時代、嘘で塗り固めた青春時代、親にさえ、死別の直前まで本当のことを言えない人生。そこには、『同性愛なんて気持ち悪い』、『同性愛者の結婚なんて認めなくていい』という制度や社会も、大きく影響をしていたのではないかと、今になって思います⁵⁸」と。ここに指摘されているのは、「同性婚は認められない」と国がメッセージを発することで、同性愛者らが自分たちは差別されていると感じているという事実と、社会での同性愛差別を助長しているという事実である⁵⁹。先の木村草太の指摘を踏まえるならば、同性婚を認めない現状が、同性愛者に差別の存在を強く意識させ、また社会における差別感情の共有を助長しているのであり、国家はこれを抑制するために誠実に対応することが憲法 14 条 1 項から要請される。そしてここでの誠実な対応とは、同性婚を婚姻として認めることに他ならない。そしてそれを通じて同性愛者も異性愛者と等しく婚姻をする権利があることを同性愛者たちに伝えることで、彼らは自分たちの存在を肯定することができ、また社会に対して同性愛差別は許されないという強いメッセージを発信することになるだろう⁶⁰。

従って、「事実上の結果ないし間接的な効果に過ぎない」としても、それが国による差別的メッセージの発信になっている以上、国がこの現状を維持することは許されない。

4 被告による、私見の恣意的利用について

筆者がかつて 14 条 1 項後段列挙事由の 1 つである社会的身分について、同性愛

⁵⁷ 同上、192-93 頁。

⁵⁸ 原告こうすけ氏意見陳述（2019 年 12 月 2 日）6 頁<

<https://www.call4.jp/file/pdf/201912/c16504641644cea4da44df9ab322b7a6.pdf>>。

⁵⁹ この指摘は 30 年前からなされている。風間孝「私はなぜ裁判を決意したかー第一回口頭弁論冒頭意見陳述」インパクション 71 号 66-67 頁（1991 年）。風間孝は府中青年の家訴訟の原告の 1 人である。

⁶⁰ 鳩貝啓美「世田谷発 同性パートナーがよりよく暮らせる未来へ」棚村政行・中川重徳編著『同性パートナーシップ制度ー世界の動向・日本の自治体における導入の実際と展望』275 頁（日本加除出版、2016 年）では制度による変化につき紹介がなされている。また原告こうぞう氏の意見陳述（2021 年 5 月 10 日）5 頁<

<https://www.call4.jp/file/pdf/202105/25c52513e9d9724b1a46e31ef6cdfb73.pdf>>も参照せよ。

者であっても異性と婚姻できることから、「同性愛者」という身分に基づく差別との構成は困難であると指摘した⁶¹ことにつき、被告側から、社会的身分に基づく差別を否定する見解として紹介された⁶²。このことについて一言述べたい。

筆者がこの指摘をしたのは、あくまで私の説である「性別に基づく差別」を正当化する文脈でのことである。したがって、同性婚を認めないことが14条1項に違反しないという主張では全くない。むしろ、この論考や本意見書で主張するように、同性婚を認めないことは性別に基づく差別であって違憲であると主張している。それゆえ、私の論文に言及するならば、都合の良い部分だけをつまみ食いするのではなく、同性婚を認めないことが性差別だとする論文の趣旨を踏まえるべきである。

加えて、同論文の脚注42で、同性愛者も異性と婚姻できるというのは「建前の話」と断りを入れ、さらに同性愛者が異性婚したが性交渉を持つことができず離婚請求されそれが認められた裁判例の紹介までしている。つまり、筆者としては同性愛者であっても異性婚が可能であるという主張や、それに基づき「社会的身分に基づく差別ではない」と否定したつもりは全くない⁶³。

それにもかかわらず、被告側は、私の論文につき自身に都合の良い箇所のみをつまみ食いをした。これは論文執筆者に対する冒流行為⁶⁴である。執筆者として強く抗議する。

⁶¹ 大野・前掲注(9)・日本国憲法と同性婚 12頁。

⁶² 大阪地裁に提出された被告第4準備書面 4-5頁。

⁶³ なお、札幌地裁2021年3月17日判決でもこの主張は斥けられている。判決文21頁参照。また木村草太はこの政府の主張を「訳の分からない反論」と切っ捨て捨てている。川島透「同性婚訴訟の違憲判断 憲法学者・木村草太氏に聞く判決のポイント」<

https://blogos.com/article/524070/?fbclid=IwAR1nQeFJvlp_mJDDM27UpRG2CJqxTF-xHnjtggNxTPKZoLpAWZaSqlUUbvo>。

⁶⁴ 大村敦志・道垣内弘人・森田宏樹・山本敬三『民法研究ハンドブック』119頁(有斐閣、2000年)では、他者の学説の理解につき「自分に都合のよいように既存の学説を曲解するのでは、批判的態度の名のもとに暴力をはたらいたに等しい。まずは謙虚に理解すること。これが、学説分析にあたっての第一の心得である」と指摘されている。被告側は論文を書いているわけではなく、あくまで訴訟の準備書面を書いているのではあるが、学説理解において求められる基本的な態度は同じだろう。被告側代理人には、日本を代表する民法研究者らによる「(学説を)謙虚に理解すること」との忠告を真剣に受け止めてほしい。