

## 一 「結婚の自由をすべての人に」訴訟判決の概観

同性カップルが婚姻締結を求めている「結婚の自由をすべての人に」訴訟の判決において、婚姻以外の立法の可能性が示されることに意味があるのか、この意見書では検討する。

5つの判決とも、一方では憲法24条1項が異性婚について定めているという点で、他方では憲法24条1項が、同性間の婚姻を禁止しているのではないという点で一致していた。合憲判断を下した大阪地判ですら「憲法24条1項が異性間の婚姻のみを定めているからといって、同性間の婚姻又はこれに準ずる制度を構築することを禁止する趣旨であるとまで解すべきではない。」と述べている。

国会が同性カップルが法律上の家族となるための制度について立法するにあたり、5つの判決は、以下のように、婚姻だけではなく、婚姻を認めないまま登録パートナーシップによることも選択肢に入るとする。

札幌地判令和3・3・17(判時2487・3頁)は、「同性愛者のカップルに対し、婚姻によって生じる法的効果を付与する法的手段は、多種多様に考えられるところであり、一義的に制度内容が明確であるとはい難く、どのような制度を採用するかは、・・・国会に与えられた合理的な立法裁量に委ねられている。」と述べ、同性カップルについて婚姻以外の制度を立法できる可能性を示唆した。それでも、同判決は、「同性間の婚姻や家族に関する制度は、その内容が一義的ではなく、同性間であるがゆえに必然的に異性間の婚姻や家族に関する制度と全く同じ制度とはならない(全く同じ制度にはできない)」としており(傍点は引用者)、あくまで同性間の婚姻を基本としていたと思われる。

その後の判決では、同性間の婚姻を排除しないものの、以下のようにパートナーシップ制度を中心とした立法の選択肢を示している。

大阪地判令和4・6・20(判時2537・40)は、「同性カップルについて公認に係る利益を実現する方法は、現行の婚姻制度の対象に同性カップルを含める方法(・・・憲法24条1項も同性間の婚姻を禁止までするものではない。)に限るものではなく、これとは別の新たな婚姻類似の法的承認の制度(これは、「登録パートナーシップ制度」と名付けることもできれば、「同性婚」と名付けることもできるものである。)を創設するなどの方法によっても可能である。」と述べた。

「パートナーと家族になるための法制度」が設けられていない点から憲法24条2項に違反する状態にあるとした東京地判令和4・11・30(判時2547・45)は、「同性間において、パートナーと家族になるための法制度をどのように構築するかという点については、原告らが主張するように現行の婚姻制度に同性間の婚姻も含める方法のほか、諸外国で導入されている制度(前記認定事実(3)ア)のように、現行の婚姻制度とは別に同性間でも利用可能な婚姻に類する制度を構築し、そのパートナーには婚姻における配偶者と同様の法的保護を与えることも考えられる。」と述べた。

名古屋地裁令和5・5・30は、「現行の法律婚制度と発生させる効果を完全に一致させるのか、特別の規律を設けて発生させる効果ごとに吟味し差異を許容するのか、何らかの差異を許容し

た場合の制度にいかなる呼称を与えるのか(婚姻と呼ぶのかその他の呼称とするのか)など、なお検討されてよい課題が存在するはずである」と述べる。もっとも、国民全体の意識の変化から「一旦成立した法律を唯一絶対のものと見る必然はなく、不斷の検証を経るべきものであって、将来的な改正も視野に入れて検討されてよいはずである。」とも述べている。

福岡地裁令和5・6・8(裁判所ウェブサイト)は、「上記①~④の婚姻の特徴を満たす法的制度としては、婚姻制度を適用する以外にも、前記1(3)アのとおり、諸外国で制度化してきた同性間の人的結合に関する制度が複数あり、婚姻とほとんど同じ法的効果を同性カップルに与える登録パートナーシップ制度は、同性間の人的結合に法的権利義務や公証の利益を与えるものとして、その内容次第では婚姻制度の代替となり得るものであり、同性婚についてこのような婚姻制度と異なる制度を設けるか否かについても立法府における議論に委ねることが相当である。」と述べる。

## 二 本意見書の構成

登録パートナーシップ制度が同性カップルの法的保護のための選択肢として意味を持つか否かを考える場合、比較法からの世界的、一般的観点と日本法の特徴から生じる日本独自の観点の2つから見ていかねばならない。さらに、同性登録パートナーシップを採用する際には、なぜ同性カップルに婚姻が認められないのかに答えることが大前提として必要である。もし、憲法が、国に対し、同性カップルについても婚姻の保護を及ぼすことを義務づけているのであれば、あえて同性登録パートナーシップ制度を導入する場合には積極的な理由を必要とするはずである。以下では、日本において登録パートナーシップを導入することで生じる問題点を、次の複数の観点から検討する。

最初に、登録パートナーシップ制度の登録、当事者の性別の組合せ、効果という基本構造を確認する(後記三)。

第二に、世界的、一般的観点として諸外国における登録パートナーシップと婚姻の関係についてヨーロッパのいくつか国の状況をみていく。一つ目は、登録パートナーシップ制度という婚姻とは異なる新しい制度が誕生した時代的背景である(後記四)。二つ目に、婚姻と差異のある同性登録パートナーシップ制度を設けた場合に生じるデメリットについて、ドイツを例に検討する(後記五)。

第三に、現時点の日本では、婚姻と同じ効果を有しながらあえて別個の制度とするパートナーシップ制度には合理性がなく憲法上も許容されないであろうことを前提に、日本独自の観点から生じる問題として、日本で婚姻と差異のある登録パートナーシップを導入する場合にそれがどのような内容となるのかを、内縁保護との権衡の観点から検討する(後記六)。

第四に、パートナーシップ制度導入の前提となる、登録パートナーシップから婚姻へ段階的に移行する考え方(段階移行論)の問題点を、差別固定化の危険、当事者の負担、配慮すべき既存利益の不存在、ほんとうに社会的軋轢を緩和するのかといった点から指摘する(後記七)。

最後に、同性カップルに婚姻を認めない主な理由として潜在的生殖可能性の有無があげられることから、生殖可能性と婚姻、登録パートナーシップの関係について、比較法と日本法の観点から検討する(後記八)。

### 三 登録パートナーシップの基本構造

この意見書における登録パートナーシップについて、成立・公示のための登録(下記 1)、効果の範囲として、婚姻との対比(下記 2)、内縁との対比(下記 3)について次の内容を基本とする。

#### 1 登録

2人のカップルの身分関係を公的な登録簿に記載する制度である(日本で導入する場合の登録簿については、後記六 2 で述べる)。開始と終了は、登録によって客観的に定まる。また、登録の証明書により、カップルの存在を公的文書によって証明することができる。

#### 2 当事者の性別

登録パートナーシップは 2人の当事者により成立するが、その性別の組合せは同性に限られない。同性カップル、異性カップルの双方が利用可能な登録パートナーシップ制度も存在する(オランダなど)。このように、異性カップルには婚姻、同性カップルには登録パートナーシップという区別は、絶対的なものではなく、立法における選択肢の 1つである。

以下では、同性カップルのみを対象とする制度の場合には、「同性登録パートナーシップ」とする。

#### 3 登録パートナーシップの効果の上限(婚姻との対比)

効果については、婚姻と同等の効果を有する登録パートナーシップから、婚姻の一部の効果のみ、または婚姻とは異なる効果を有する登録パートナーシップまで、様々な制度がありえる。

だが、登録パートナーシップの効果が、当事者にとって婚姻よりも有利となることはない。日本国憲法が婚姻保護の条項を明記していないとはいえ、婚姻が登録パートナーシップに劣後することはない。

むしろ、異性間の婚姻よりの幅広い効果・保護を同性登録パートナーシップに認める制度を導入すれば、異性カップルに対する差別となる。この場合には、婚姻とは別の、異性カップルと同性カップルのための登録パートナーシップ制度を導入するのかという、本訴訟とは異なる問題を検討せねばならない。

#### 4 登録パートナーシップ効果の下限(内縁との対比)

登録パートナーシップの効果の下限としては、内縁との関係が問題となる。

その際に、下級審裁判例では、不当破棄の事案において同性カップルに準婚理論から内縁と同等の効果を認める判決(東京高判令和 2・3・4(判時 2473・47 頁、家判 34・69))と、犯給法 5 条 1 項 1 号について「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。」とは「婚姻の届出ができる関係であることが前提となっている」とする判決(名古屋高判令和 4・8・26(判タ 1506・48))、給与条例や共済組合法において「『事実上婚姻関係と同様の事情にある者』には、民法上婚姻の届出をすること自体が想定されていない同性間の関係は含まれないと解することは、現行民法の定める婚姻法秩序と整合する一般的な解釈」ということができ

る」とする判決(札幌地判令和5年9月11日(裁判所ウェブサイト))がある<sup>1</sup>。否定的な判決では「事実上婚姻関係と同様の事情にあった者」の解釈を対象として、意図的に同性間の婚姻（以下、「同性婚」と略して記すことがある）の可否と関連させている。

内縁に認められる諸々の効果は、異性カップルに法律婚が認められているという理由に基づいて認められるものではない。法律婚をしていないカップルにその事実上の共同生活関係に基づいて認められるべき法的効果を集約したものが、内縁の効果であると捉えるべきである。そのため、内縁に認められる法的効果は、事実上の共同生活の存在と実質に基づいて、異性カップルか同性カップルかに関わりなく認めることができる。

異性カップルの内縁に認められる一定の効果が同性カップルに認められなければ、婚姻外という共通の場における異性カップルと同性カップルの間の差別の問題である。同性カップルによる内縁が認められるか否かという問題でもなければ、婚姻と対比される登録パートナーシップの導入によって初めて解決されるものでもない。

したがって、内縁に認められる効果の問題は、非婚姻・非登録カップルにおける平等の問題と位置づけられる。さらに登録パートナーシップなどの制度を導入するならば、内縁を超える効果を与えることを意味する。

上記とは反対に、もし効果の面で内縁に劣る登録パートナーシップであれば、公示の点でのみ有用な制度に過ぎない。それどころか、登録により内縁の効果の一部を放棄することをカップルに強いる制度となりうる。

結果、日本における登録パートナーシップ制度は、内縁以上、婚姻以下の効果という限定がある。

#### 四 時代背景

登録パートナーシップから同性間の婚姻へという過程は必要なものであろうか。1990年代から2010年代にかけての欧米の動きはそのように見えるかもしれない。

しかし、この動きが現在の日本の私たちに対して持つ意味を理解するには、それらの国々が最初の時点での「なぜ登録パートナーシップを導入したのか」という時代背景から考える必要がある。欧米で登録パートナーシップの導入が盛んであった1990年代と2000年代においては、以下に示すように、婚姻か登録パートナーシップかの選択が行われたのではなく、登録パートナーシップしか選択肢がなかったといえる。

##### 1 1990年代

まず、1980年代までは、同性カップルを事実婚として保護できるのかが、オランダなどでは模索されていた。1980年代から1990年代のヨーロッパ人権裁判所の判例は、同性間の婚姻を認め

<sup>1</sup> 札幌地判令和5年9月11日判決は、内縁関係にある者と事実上の婚姻関係と同様の事情にある者を区別し、後者の問題としている。事実上の婚姻関係と同様の事情にある者の解釈について、「婚姻制度や同性間の関係に対する権利保障の在り方等について様々な議論がされている状況であることや、一部の地方公共団体において、本件各規定と同様の規定ぶりであっても同性間の関係を含み得るとして、柔軟な解釈や運用を試みる例があること」も指摘している。

ないことがヨーロッパ人権条約 12 条に違反しないと判断していた<sup>2</sup>。また、その流れを受けて、オランダ最高裁(Hoge Raad)1990 年 10 月 19 日判決も、同性間の婚姻の保障が認められないと判断していた。ドイツでも、連邦憲法裁判所 1993 年 10 月 4 日決定<sup>3</sup>は同性カップルによる婚姻締結の保障の主張を認めなかった。このように、1990 年代は、同性間の婚姻が憲法上保障されているのか見通しがつかないという当時の状況において、同性カップルの法的保護を認めていくしかなかった。それぞれの国が互いの動きを意識しながら、一步ずつ慎重に進んでいた時代といえる。

具体的な例を示すと、まず同性カップルの法的保護のための法律の先がけとなったスウェーデン 1987 年「内縁夫婦の財産関係に関する法律」<sup>4</sup>では、同性カップルの登録には踏み込まず、内縁(同棲)関係にある同性カップルを異性の内縁カップルと同様に扱うという慎重な立場から出発した。デンマークはそれを一步進めて 1989 年に「同性登録パートナーシップ」を導入し、以降、同様の制度が欧州諸国に広がっていった。オランダでは、1997 年に異性カップルも利用可能な登録パートナーシップ法を制定し(1998 年施行)、同時期には政府の委託を受けた委員会が同性婚の導入を提案していた<sup>5</sup>。1999 年にはフランスで PACS という登録パートナーシップとは別の形の制度が導入された。

オランダが同性婚の導入を検討する際には、1 国だけが同性婚を導入した場合に他国において承認されない状況も検討されたことがうかがえる<sup>6</sup>。

また、ドイツのように、同性間の性行為を犯罪とする刑法規定(刑法第 175 条)が、適用範囲を男性未成年者との行為に限定していたとしても、1994 年まで存続していた国もある。宗教的倫理感からの同性愛者に対する差別的感情は根深いものがあり、同性間の性行為を連想させる同性婚の導入への拒否感は日本よりも強かったと推測される。

このように、1990 年代において同性間に婚姻を認めている国はなく、立法において、同性婚も法論的には選択肢の一つとなりえても、いわば非現実的な、あるいは実現可能性が低い選択であったといえる。婚姻以外のパートナーシップ制度の導入が同性カップルの法的保護のための現実的な手段であった。そのため、結果的に、パートナーシップ制度から同性婚へという過程を経ることになった。

<sup>2</sup> Rees v. United Kingdom 事件などについて、谷口洋幸『性的マイノリティと国際人権法』日本加除出版(2022) 198 頁以下に紹介されている。

<sup>3</sup> NJW 1993, 3058 f. = FamRZ 1993, 1419.

同決定については、富田哲「なぜ婚姻は男と女でなければならないか—ドイツにおける最近の判例から-」行政社会論集 8 卷 4 号(1996) 228 頁以下に紹介されている。

<sup>4</sup> 同法の成立過程については、菱木昭八朗「スウェーデン同性婚法」ジュリスト 1056 号 137 頁以下(1994)を、「内縁夫婦の財産関係に関する法律」については、同「スウェーデンにおける内縁夫婦の財産関係に関する法律について」家庭裁判月報 40 卷 6 号 1 頁以下(1988)を参照。

<sup>5</sup> Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetaelfde geslacht, Rapport" (Den Haag 1997). 委員会の名称は「同性の人のための民事婚の開放に関する委員会」である。

<sup>6</sup> See Kst(kamerstukken) 26672 Nr. 3, p. 4, Kst 26672 Nr. 4, pp 8.

## 2 2000 年代

2001 年にオランダで同性婚が導入されることで、たしかに立法の選択肢は登録パートナーシップのみではなくなった。しかし、2000 年代においても、同性婚は必ずしも一般的なものとはいえず、2005 年までに同性婚を導入した国はオランダ、ベルギー、カナダ、スペイン、アメリカ合衆国マサチューセッツ州にすぎなかった。この状況で、同性カップルのための制度を導入していた国にとってすら、まだ数カ国しか採用していない同性婚の導入へと踏み込むには大きな決断が必要であったといえる。

そのなかでも、敬虔なカトリックの国でありながら、国レベルでの登録パートナーシップを採用することなく同性婚を導入したスペインは注目に値する。

他方で、オランダが同性婚を導入した年である 2001 年に登録パートナーシップを設けた国としてドイツがある。ドイツでは、この時点では同性間の婚姻の導入どころか、登録パートナーシップ制度が基本法(憲法)6 条 1 項の「婚姻と家族は国家秩序の特別の保護を受ける」との定めに反しないかが議論されていた段階であった。

## 3 小括

1990 年代において、同性カップルに婚姻が認められないという前提のもとで、先進的な国々の間では、先に導入した国の動向を他国が窺いつつ、世界的にみて新しい制度の導入が一歩ずつ進められた。この時点で、登録パートナーシップから同性婚へという段階的な移行が計画されていたと評価することはできない。

2000 年代においても、同性婚が世界的に広がるのかという予測は不透明であり、同性婚の導入への前段階であると位置づけて登録パートナーシップを導入したとはいえない。むしろ、各國において、1990 年代と同様に、同性婚は認められないという前提のもとで、登録パートナーシップ制度の導入を進めていたと評価できる。

## 五 登録パートナーシップ

登録パートナーシップは、その効果の面から、婚姻と同一の効果を有する登録パートナーシップと、婚姻と効果で差異のある登録パートナーシップに分類することができる。この 2 種類の登録パートナーシップは、現在において、それぞれが、同性カップルにとって不利益をもたらす制度となる欠点を有している。

### 1 婚姻と同一の効果を有する登録パートナーシップ

婚姻と同一の効果を有する登録パートナーシップでは、その効果について「婚姻と同様とする」という規定が設けられる。1989 年にデンマーク、1993 年にノルウェー、1994 年にスウェーデンで導入された登録パートナーシップがこれにあたる。これらの国々で登録パートナーシップが導入された時点で同性婚を認める国はなく、事実上、登録パートナーシップが唯一の選択肢であった(前記 四 1)。同性間の婚姻が認められると、婚姻に吸収されるかのように廃止された。

1990 年代とは異なり同性婚を導入する国が 30 ヶ国を超える現在において、婚姻と登録パート

ナーシップの違いを当事者の性別の組合せのみとする場合には、同性カップルにあえて婚姻を認めない理由が必要となる。

かつては、子が産まれる可能性がある異性カップルに対して、同性カップルの場合は当事者どうしの自然生殖が困難であるから当事者のみの関係が問題となるという素朴な考え方から、「嫡出推定と結びついた婚姻」と「嫡出推定と結びつかない登録パートナーシップ」という区別が想定された。現在では、上記区別の基礎にあった「同性カップルは生殖や養育をしない」という考えは過去のものとなっている<sup>7</sup>。現在では、このような点だけで婚姻と登録パートナーシップを区別する考え方は当然ではない(後記八 1)。そのため、特段の理由もなく婚姻から同性カップルを排除するならば、差別を含意していると捉えられ憲法の平等原則等への適合性が問題となる。

また、名称の違う制度を並置するだけであれば、婚姻に統一した方が、戸籍事務が煩雑とならずにする。婚姻とは異なる登録簿を導入する場合、または同じ登録簿であっても記載される名称が婚姻と異なる場合には、同性カップルを二級市民または異質な存在と評価する印象がより強くなる。

## 2 婚姻と差異のある登録パートナーシップ

婚姻との間の差異を設けることにより登録パートナーシップ制度の存在意義を与えるのであれば、その差異は同性カップルにとっての不利益を意味する。なぜなら、同性カップルにとって有利な差異は、婚姻を不利に扱うことを意味し、認められない(前記三 3)からである。しかし、婚姻に対する不利益を許容した制度は新たな問題を発生させる。その例として、婚姻に比べて制限された効果のみを有する同性登録パートナーシップを導入していたドイツをあげる。

ドイツの同性登録パートナーシップ(生活パートナーシップ(Lebenspartnerschaft))は、導入当時は、「婚姻と家族は、国家秩序の特別の保護の下にある」と定める基本法(ドイツ憲法)6条1項との関係が問題となった。婚姻と同等の効果を与えることが婚姻の特別の保護に違反しないかという懸念があったためである。

### (1) 立法の複雑さ

婚姻と差異のある登録パートナーシップは、登録パートナーシップ法の制定だけではなく、諸法の改正を必要とする。その際に、何を婚姻・夫婦と同じにするのか選択しなければならない。登録パートナーシップの当事者に上記選択した効果を与えるためには、対象となる法律において、「婚姻」とある文言を「婚姻又は登録パートナーシップ」に、「夫婦」とある文言を

<sup>7</sup> 例えば、東京判決では、子を養育する同性カップルの存在を前提として「パートナーと家族となるための法制度」の必要性を示す。同判決は、「同性愛者においても、親密な人的結合関係を築き、パートナーと共同生活を送り、場合によっては子供を養育するなどして、社会の一員として生活しており、その実態は、男女の夫婦と変わることろがないのであって、パートナーと法的に家族となることは、その人格的生存にとって極めて重要な意義を有するものということができる。」(判決文 49 頁)、さらに「(なお、この点は、女性の同性カップルであっても生殖補助医療を受けることなどにより出産することが可能であることや同性カップルが子を養育することが可能であることを否定するものではなく、・・・)」(同 41 頁)と述べている。

「夫婦又は登録当事者」という文言に置き換える法改正が必要である。改正されなかつた法律に基づく効果は、登録パートナーシップには与えられないことになる。

どのような効果を登録パートナーシップに与えるのかという選択は、どのような効果を与えないのかという選択と表裏の関係にあり、それぞれについて理由（合理的根拠）の説明が求められる。もし、ミスにより改正の有無を検討する対象から漏れると、婚姻との差異が意図せずに生じる危険もある。

さらに、婚姻との差異を最小限度に抑える制度を目標としても、政治的状況からこの目標を維持できないことも考えられる。ドイツでは、2000年から2001年にかけて登録パートナーシップ法(生活パートナーシップ法)を国会で審議した際に、与党が連邦参議院で過半数を押さえられなかった。そのため、連邦政府は、予定していた身分登録法(身分登録所の管轄)、行政法、税法(所得税、贈与・相続税など)、社会保障法、移民法などにおける婚姻と同等の扱いを、改正に必要な連邦参議院の同意を得られないという理由から、断念せざるを得なかつた<sup>8</sup>。

このように、婚姻と差異のある登録パートナーシップでは、当初に予定されていた差異だけなく、そもそも想定されていなかつた差異(不利益)が法案審議過程において付け加わる危険がある。婚姻との差異が同性カップルにとっての不利益を意味することから、実際に導入された登録パートナーシップにおいて不利益・不平等がより拡大することが生じうる。

## (2) 差異と平等原則

婚姻と差異のある登録パートナーシップ制度を民主的な立法過程において制定したとしても、それが平等原則に適うものかは別問題である。

ドイツにおいて、初期の判例は、基本法3条1項の一般的平等原則に対して同6条1項の「婚姻と家族の特別の保護」が優先するとの考えに立っていた。そのため、婚姻と登録パートナーシップ制度の効果における差異は、基本法6条1項によって一般的平等原則(基本法3条1項)の例外とすることが正当化されるとして、差異を合憲と判断していた。しかし、ドイツ基本法6条1項の婚姻保護に相当する規定は日本国憲法ではなく、むしろ、日本国憲法24条2項は、婚姻はじめ家族制度に関する事項に関する法律全体が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に立脚して制定されることを求めており、そのような差異を否定する役割を果たしうる。

ドイツでも、その後、ヨーロッパ司法裁判所2008年4月1日判決(マルコ事件)<sup>9</sup>が、遺族年金に関する婚姻と登録パートナーシップ制度との差異の問題に、性的指向による差別を禁止する一般雇用均等指令(EU指令2000/78)が適用されると判断した。そして、ドイツ連邦憲法裁判所7月7日判決<sup>10</sup>は、基本法3条1項の一般的平等原則と6条1項の婚姻の特別の保護の関係について、「性的指向に基づく区別には、性別に基づく場合と同様に、特に重大な理由を正当化として必要とする」と判例を変更した<sup>11</sup>。この判例変更後、連邦憲法裁判所は、相続税・贈与税、

<sup>8</sup> 基本法が指定する州の組織、財政に關係する法案については、連邦議会で可決しても、連邦参議院の同意を必要とする。ドイツ生活パートナーシップ法成立の概略については、渡邊泰彦「ドイツにおける同性カップルの法的処遇」ジュリスト1577号(2022)77頁を参照。

<sup>9</sup> C - 267 / 06, Maruko [2008] European Court reports I-01757.

<sup>10</sup> BVerfGE 124, 199.

<sup>11</sup> マルコ事件前後のドイツの判例の変化については、渡邊泰彦「ドイツ同性登録パートナーシップを

公務員の家族手当、土地取得税の免税、所得税法の合算課税方式の適用について、婚姻と生活パートナーシップの差異が一般平等原則に反して違憲という判断を下した。この判決の後に、婚姻と登録パートナーシップ制度との間での区別を正当化する重大な理由を認めた連邦憲法裁判所判例はない。そして、ドイツ連邦政府は、2015年に民法、行政手続法ほか行政法令、民事訴訟法、身分登録法、生活パートナーシップ法など合わせて32の法令において生活パートナーシップを婚姻と同様に扱う改正を行う「生活パートナーの権利の解決法」を制定するに至った。

ドイツの状況は、日本国憲法のもとで婚姻と同性登録パートナーシップの間で効果の差異を設けても、その差異を個々に異性カップルと同性カップルの平等扱いの観点から検討していくと平等原則を定める憲法14条1項及び、家族に関する法律が個人の尊厳に立脚することを求める憲法24条2項違反となり区別を維持できないことを示している。

### 3 小括

登録パートナーシップ制度など婚姻以外の制度を採用した場合に、同性カップルにとって十分な保護、法的利益が与えられる保証はない。賛否の対立が激しくなれば、一定の不利益と引き換えに法案成立を優先させる選択をせざるを得ない場面も考えられる。

例えば日本において、いわゆるLGBT理解増進法は、2021年に相互に譲歩して合意した超党派議員連盟案から、さらに性的マイノリティにとって不利となりうる変更が行われて2023年に成立したことは記憶に新しい。

名古屋判決は「特別の規律を設けて発生させる効果ごとに吟味し差異を許容するのか」を検討されてよい課題としてあげている。しかし、前記のドイツの状況は、効果ごとに吟味するほど差異が平等原則と憲法24条2項に反することが明らかになることを示す。

## 六 日本における婚姻と差異のある登録パートナーシップの可能性

### 1 日本における登録パートナーシップの内容とは

もし、婚姻と差異のある登録パートナーシップを日本において導入するとして、その内容はどうになるのであろうか。日本においては準婚理論による内縁保護があることから、登録を要するパートナーシップ関係が内縁よりも劣る効果を有することは、共同生活の実体が同様にある以上、平等原則との関係で合理的根拠のある別異取扱いと言えず認められない(前記三4)。

まず、登録方法は、婚姻の届出の方式より簡素にはできないだろう。婚姻障害に相当する登録障害を婚姻よりも増やすこともありうるが、新たに加えるべきものは思い浮かばない。たとえ新たな登録障害を設けても、それが憲法に適合しているかは疑わしい。

次に、氏の扱いで効果を区別するならば、登録パートナーシップには同氏は認められず、別氏のみとなる。別氏であっても戸籍に記載できることになれば(後記3(2))、現行法が婚姻では同氏に限定する(750条)理由が損なわれる。同居、協力及び扶助の義務(752条)は、法的保護に値するパートナー関係の最低限の要素を示している。夫婦財産制に相応する制度について、民法の定める夫婦別産制(762条)よりも独立性の高い財産制はないだろう。また、当事者間の経

めぐる裁判例－退職年金と相続税について』産大法学45巻3・4号(2012)111頁で紹介している。

済的協力について規律する婚姻費用分担(760 条)、第三者保護規定である日常家事の連帶責任の規定(761 条)を欠くことはできない。

親族関係について、配偶者とは別の名称であっても、当事者間で親族関係は発生する。姻族関係について、これを認めない、または範囲を制限する理由は見いだしがたい。姻族関係発生の可否は、婚姻と登録パートナーシップを区別する重要な(唯一の)基準となるほど重要な効果ではない。

生前解消についても、届出による協議離婚より簡素にはできないだろう。財産分与(768 条)も解消における財産の清算という観点から欠くことはできない。

相続について、重要な効果である法定相続権、遺留分権を同性カップルに与えるために登録パートナーシップという選択肢が提示されている。法定相続権を認めたうえでの差異として、法定相続分を配偶者と異なる割合としても、嫡出でない子の法定相続分の区別(民法旧 900 条 1 項 4 号ただし書き)と同様に、差異は正当化されないだろう。

嫡出推定については、別に述べる(後記八)。

## 2 公認に係る利益

大阪判決は、「当該人的結合関係が公的承認を受け、公証されることにより、社会の中でカップルとして公に認知されて共同生活を営むことができることについての利益(以下「公認に係る利益」という。)」をあげており、このような効果が登録パートナーシップに含まれることに異論はないと思われる。

なお、多くの地方公共団体で導入されているパートナーシップ宣誓証明、ファミリーシップの多くは、当事者が宣誓したことに対する証明書の交付であって、ここで扱う登録とは全く別のものである。

公認されるために、(1)戸籍以外の独自の登録簿への登録と(2)戸籍への登録の 2 つの選択肢がある。

### (1) 戸籍以外の独自の登録簿への登録

婚姻とは異なる同性登録パートナーシップに独自の登録簿を設けることが考えられる。そのパートナーシップ登録簿に登録し、その謄本、抄本が交付される。しかし、公認されたカップルであるにもかかわらず、なぜ戸籍に記載されないのかという問題が生じる。戸籍への記載から排除された同性カップルが差別と感じるとともに、社会においても婚姻に比べて劣後する制度という印象を与えることになる。

また、別の登録簿を導入するならば、そのシステム構築のために多くの費用を要することになる。女性カップルの一方が出産し子をもうけた場合には、親のカップルの登録と、母子関係の登録(従来は戸籍)の間の関係をどのようにするかという問題が生じる。

なお、ヨーロッパ諸国において、婚姻登録簿と別のパートナーシップ登録簿を設けていたのは、日本とは身分登録の制度が違うからである。例えば、ドイツでは、婚姻登録簿、出生登録簿、生活パートナーシップ登録簿、死亡登録簿は個別の登録簿であり、オンラインで身分登録簿(Personalstandsregister)として管理されている。日本には存在しない婚姻登録簿に対応するもの

としてパートナーシップ登録簿が存在する。婚姻と親子関係の登録を構成部分とする唯一の登録簿を備える日本の戸籍制度とは大きく異なる。名古屋判決は、「国による統一された制度によって公証されることが、正当な関係として社会的承認を得たといえるための有力な手段になっている」と指摘する（41頁）。このように婚姻登録簿などが存在せず、戸籍のみが公証の制度として長く用いられ定着している日本において、戸籍とは別に登録パートナーシップ登録簿を導入することは、ヨーロッパ諸国より厳しい家族からの分離・排除を意味する。

仮に同性登録パートナーシップを日本に導入した場合に、婚姻届と異なる登録パートナーシップ届を提出するが、届出を記載する登録簿は、婚姻登録簿がない婚姻と同じく戸籍となる。

## (2) 戸籍への登録

婚姻と同様に戸籍に記載するのであれば、異性間の婚姻と同性間の登録パートナーシップの間の差異は小さくなる。しかし、登録パートナーシップを戸籍に記載できることと、登録パートナーシップを導入すべきかは別の問題であり、後者が肯定された後に、初めて前者の問題が生じる。戸籍への登録の可能性が、婚姻からの排除はそのままで登録パートナーシップ制度を導入すべきことの理由となるのではない。日本の同性カップルにとって公認に係る利益が重要であるとしても（大阪判決）、戸籍への登録によりこの利益を満たすことで、すべての問題が解決するのではない。そもそも同性カップルを婚姻から排除することがわが国の憲法上許容されるのかがまず問われねばならない。

また、「登録パートナーシップ」として公認されることは、婚姻できない同性カップルという差別的な印象を与える危険を有している。とりわけ、婚姻と同一の効果を有する登録パートナーシップを導入した場合には、上記の差別的な印象しか与えない。

## 3 異性カップルの利用可能性

婚姻と差異のある登録パートナーシップを設けるとすれば、それは異性カップルも同性カップルも対象とする制度となる。婚姻とは別の制度、例えば別氏を達成できる制度を同性カップルのみが利用可能であるならば、異性カップルへの差別と評価されるからである。この場合には、婚姻できる異性カップルも利用する価値のある別の制度として、婚姻と差異のある登録パートナーシップ制度を、異性カップルの観点から正当化することはできる。しかし、異性カップルのみ婚姻と登録パートナーシップの選択が可能な状況は、同性カップルの観点からすると、登録パートナーシップのみが利用でき、婚姻を締結できない差別を生じさせる。そのため、異性カップルも利用可能な登録パートナーシップ制度を設けるとしても、そもそも、同性カップルを婚姻から排除することがわが国の憲法上許容されるのかという同性婚導入の要否の問題は解決しない。

## 七段階移行論の問題点

社会的に受け入れやすくするため等の観点から、同性間の婚姻の前に同性登録パートナーシップを導入する方がよいという論調が、5つの地裁判決からうかがえる。とりわけ、名古屋判決は、「一旦成立した法律を唯一絶対のものと見る必然はなく、不断の検証を経るべきものであつ

て、将来的な改正も視野に入れて検討されてよいはずである。」とまで述べている。東京判決も、「同性間の婚姻の制度を導入した国においても、その導入に先行して、まずは登録パートナーシップ制度を導入した国も多く（略）、その導入過程は様々である」（54頁）として、同性カップルが家族となるための法制度に関しては立法府の裁量に委ねられるとの解釈を正当化する。

## 1 差別の固定化の危険

同性間の婚姻を導入する前に婚姻とは効果において差異のある登録パートナーシップ制度を導入した場合に、同性カップルは、一定期間は効果の面で制限された制度のみを利用することになる。同性登録パートナーシップ法の制定によっても同性婚の導入が確約されてはおらず、登録パートナーシップのままともなりうる。

段階的にまずは登録パートナーシップを導入するという方法は、導入段階においては同性カップルに一定の利益を保障するものとして歓迎される。だが、その後は婚姻との間の差異、同性カップルに対する差別を固定化する危険を有している。

## 2 当事者の負担

登録パートナーシップを導入したうえで将来への改正を視野に入れて不断の検証を行うとしても、その検証の担い手は、当事者である同性カップルとならざるを得ない。すぐに法改正により不利益が是正されるとは限らない。婚姻との間の正当化理由のない差異をなくしていくために、同性カップルが個別の訴訟をとおして平等を実現しなければならないことをドイツの状況は示している（前記五3(2)）。訴訟をとおしての改善は、同性カップルにとって、多くの費用と時間を要するものである。

前述のとおり、婚姻との差異を設けるためには立法での煩雑な作業を必要とするが（前記五2(1)）、ドイツでの経験に照らす限り、そうやって制度を作っても婚姻と同性登録パートナーシップの間の差異が不当とされ許容されないであろうことは、不断の検証を経る前から明らかである（前記五3(2)）。とすれば、同性カップルが訴訟を通して差異をなくしていくこと、同性カップルが訴訟のための費用と時間をかけることを強いるだけという結果になる。「累計的には膨大な数になる同性カップル」が「70年以上」の長期間にわたって法律上の家族として保護される枠組みを与えられず重大な人格的利益の享受を妨げられてきた事実（名古屋判決46頁、48頁）を考えれば、もはやそれは許されないであろう。

## 3 既存利益の配慮の不必要性

新たな制度の導入は既存の利益を配慮して段階的、漸進的に進めるべきという主張もあり得る。たしかに、ある制度の導入によって既存の利益に一定の制約が及ぶような場合には、既存の利益に配慮して段階的に導入する合理性がある。しかし、同性婚の導入により害される既存の利益はなく、このような漸進論を基礎付ける論拠はない。

## 4 社会の軋轢

同性婚導入をする時点での社会的軋轢の大きさを理由に、段階移行論を支持する立場もある。

しかし、導入前後の社会的軋轢は記事や話題になりやすいが、より長い目で見るならば、瞬間風速的なもので、深刻な社会的分断に導いてはいない。これまで同性婚を導入した国々において、同性婚に反対する主張が大きな勢力となり廃止された、または廃止が検討されたという例はほぼない<sup>12</sup>。

例えば、フランスにおいては、2013年には同性婚導入前に「婚姻をすべての人に」に対抗して反対派が「デモをすべての人に(La manif pour tous)」を全国的に展開し、世界的にニュースとなった。しかし、現在、フランスにおいて同性婚の賛否(廃止)をめぐり激しい議論が生じている形跡はない。その他に、ドイツでは、導入に反対していた保守政党も、導入後は同性婚の存在に疑問を唱えていない。

登録パートナーシップを導入する段階でも、同性愛者を差別する層は、その導入に反対する。その後に、登録パートナーシップから同性婚へと移行する段階でも、やはり反対する。例えば、イスラエルにおいて登録パートナーシップから同性婚への移行において、段階的進行により同性婚への反対が抑えられたとはいえない。登録パートナーシップに反対した保守層は、同性婚への移行でも反対の立場をとり続けていた。つまり、段階移行論は、社会の軋轢を2回に増やす働きをする。

結局、段階的移行に合理性があり憲法上も許容されるのは、前述のように当該制度導入によって制約される既存利益があってその影響が無視しえない場合か、当該制度については内外に前例が無く不測の事態を回避する必要性が高いような場合だけであろう。とすれば、段階移行論は現在において、同性婚の社会的受容のために有効な方法とまではいえない。

## 八 生殖可能性に基づく婚姻と登録パートナーシップの区別

「生殖を前提とした規定（民法733条以下）や実子に関する規定（同法772条以下）など、本件規定を前提とすると、同性婚の場合には、異性婚の場合とは異なる身分関係や法的地位を生じさせることを検討する必要がある部分もあると考えられ」（札幌判決）、「同性間の婚姻を導入した国においても、嫡出推定規定の適用の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療利用の可否等について議論がされていることが認められ、我が国においても、これらの点について、子の福祉や生命倫理の観点からの検討、他の制度との整合性の検討等を行うことが不可避であり」（東京判決）、「依然として婚姻制度と自然生殖の可能性が完全に切り離されたと見るのは困難である。」（名古屋判決）「嫡出推定の有無、養子縁組の可否、生殖補助医療の可否について、現行の婚姻制度と異なるものとする余地があり」（福岡判決）というように、同性婚における実親子関係の問題（嫡出推定規定に相当する規定を適用しうるか否か）から地裁判決は同性登録パートナーシップという選択肢を示していると考えられる（下線は引用者）。

だが、潜在的であれ生殖可能性のあるカップルには婚姻、生殖可能性がないカップルにはパートナーシップ制度というように、当事者の（潜在的）生殖能力の有無によって法律上家族となるための制度を区別する必要があるとの考えについては再考が必要である。

筆者は、2011年に婚姻とパートナーシップ制度の関係で①パートナー間の規律モデルと②交

<sup>12</sup> 同性婚導入を認めた判決を立法により否定したイギリス海外領バミューダ諸島が唯一の例とされる。

差点モデルの2つのモデルを示し、②において婚姻をパートナー間の規律と親子の規律の交差点として位置づける考え方がありうることを示した（「同性パートナーシップの法的課題と立法モデル」家族<社会と法> No. 27、34 頁）。この学会報告以降、同性カップルと親子関係をめぐる状況は変化している。

## 1 比較法

当事者に潜在的な生殖能力が有るか否かを理由に婚姻と登録パートナーシップが区別されることは必然ではないことを示す例として、女性カップルにおける実親子関係の規定を、同性婚導入の後に定めたオランダ、同性婚導入の前に定めたオーストリア、同性婚と同時に定めたイスラエルをあげる。

### (1) オランダ

オランダでは1998年に登録パートナーシップ制度が導入され、同性カップルだけではなく、異性カップルも利用できる。導入当初においては、異性どうしの場合を含め、登録パートナーの間で子が生まれた場合父性推定の規定は適用されなかった。そのため、母の男性パートナーは、法律上の父子関係を設定するために子を認知する必要があった。父性推定の適用の可否は、婚姻と登録パートナーシップを分ける大きな差異であった。

2001年に同性婚が導入されたときには、同性カップル、とりわけ女性カップルの一方が子を出産した場合であっても、母の女性配偶者に父性推定の規定は類推適用されなかった。そのため、母の配偶者は子との間で縁組をする必要があった<sup>13</sup>。

2014年に施行された民法改正により、女性カップルにおいて母の女性パートナーも母（デュオマザー）とする規定が導入され、女性間の婚姻では法により実親子関係が設定される。登録パートナーシップで生まれた子についても父性推定、母性推定（デュオマザー）が認められている<sup>14</sup>。

このように、オランダでは、かつては、「父性推定のある婚姻、その適用が無い登録パートナーシップ」という制度上の区別、同性間の婚姻は父性推定の類推適用が無いという区別があつたが、この2つの区別は現在では撤廃されている

### (2) オーストリア

オーストリアでは、2010年に登録パートナーシップ法が制定されるのに伴い、生殖補助医療の利用が異性の者の婚姻または婚姻類似の生活共同体に限定されることが2条1項に明記された。しかし、オーストリア憲法裁判所2013年12月10日判決は、異性カップルに限定する生殖補助医療法の規定が平等原則に反し違憲であると判断した。オーストリア一般民法典は改正され、母が生殖補助医療により子を出産した場合に母の女性登録パートナーを親の一方とする規

<sup>13</sup> オランダの縁組手続は、裁判所での手続が必要で、試験監護期間があるなど、日本の特別養子縁組に類似した厳格な要件のもとで認められる。2009年には、女性カップルが人工生殖提供者情報法の定める提供精子を用いた生殖補助医療により子を出産したなどの要件のもとで、縁組の手続を簡素化してしまった。

<sup>14</sup> 渡邊泰彦「子と母の女性パートナーとの母子関係の成立－オランダにおける子とデュオマザーの親子関係-」産大法学50巻3・4号(2017)211頁。

定が設けられた(民法 144 条 2 項 1 号)<sup>15</sup>。

これにより、オーストリアでは同性登録パートナーシップにおいても親子関係の規定が適用され、親子関係推定の規定の適用の可否による婚姻と登録パートナーシップの区別はなくなった。

さらに、憲法裁判所 2017 年 12 月 4 日判決により同性婚を認めない民法の規定が違憲であると判断され 2018 年 12 月 30 日までに法改正が必要となった。2017 年 12 月 8 日の連邦内閣の通知(Kundmachung)により民法 44 条から「異性の」という文言が削除された結果、婚姻の定義の規定である民法 44 条は次のようにになっている。

家族関係は、婚姻契約によって設定される。婚姻契約において、二人の者は、親密な共同体において生活し、子をもうけ、その子を養育し、互いに扶助するというその意思を法に従って宣言する。

同性間の婚姻も含めて、子をもうける(Kinder zu zeugen)ことがあることが婚姻の定義に含まれている。憲法裁判所判決を受けた法改正を最低限度の文言修正に留めたことから生じた意図せざる結果としても、潜在的な生殖可能性を理由として同性婚が排除されるとは限らないことを示している。

### (3) スイス

上記オランダ、オーストリアは、大陸法系の国において女性カップルにおける実親子関係の設定を認めた最初期の国々であった。そこでは、同性婚、登録パートナーシップを認める段階から、同性カップルによる両親という段階への移行を模索する段階であった。

2020 年 12 月に同性婚を認める法案を可決し、2022 年 7 月 7 日から施行したスイスは、次の世代に属する。2019 年 2 月 14 日に試案(Vorentwurf)を公表した段階で、女性カップルが提供精子を用いて子をもうけた場合に、母の女性配偶者を「親の他方(der andere Elternteil)」とする規定を提案した。その草案 259a 条 1 項の規定は、「母が子の出生時に女と婚姻しているときは、この妻を親の他の一方とみなす。」としていた。その後の国会での審議において文言は変更され、現在のスイス民法 255a 条 1 項「母が出生時に女と婚姻しており、かつ、子が 1998 年 12 月 18 日生殖医療法の規定により提供精子を用いて懐胎されていたときは、母の妻は、親の他の一方とみなす。」となった。母の女性配偶者と子の間の実親子関係(コマザー関係)を認める対象が、婚姻中の母の出産から、生殖補助医療の場合に限定された。

2001 年にオランダで同性婚が導入されてから 22 年、2014 年に同じくコマザー関係が導入されてから 9 年が経過した現在では、両者は立法において考慮されるべきいわば立法技術的要素となっている。実親子関係の推定の無い同性婚の段階からコマザー関係を認める婚姻へという段階を踏む必要がないことをスイスの立法は示している。

<sup>15</sup> 渡邊泰彦「同性の両親と子 – ドイツ、オーストリア、スイスの状況 – (その 5)」産大法学 51 卷 2 号(2017)63 頁。

## 2 日本法

### (1) 同性間の婚姻に民法 772 条を類推適用する場合

民法 772 条は「妻が婚姻中に懷胎した子は、夫の子と推定する」と定め、令和 6 年 4 月 1 日施行の規定も「当該婚姻における夫」とするものであって、母の夫を子の父と推定する点に変わりない。生殖補助医療民法特例法 10 条は、提供精子を用いた生殖補助医療に夫が同意している場合に、嫡出否認の訴えを夫(令和 6 年 4 月 1 日以降は母と子も)は提起することはできないとする。日本産科婦人科学会の「提供精子を用いた人工授精に関する見解」では、被実施者を法的に婚姻している夫婦に限定する。

同性婚と実親子関係の問題を考える際には、次の 2 つの問い合わせに分けて考える必要がある。

1 同性婚に民法 772 条を(類推)適用し、実親子関係を設定できるのか。

2 民法 772 条が適用されない関係を法律婚といえるのか。

#### (a) 同性の両親

実際に子を養育する同性カップルが存在しており、同性カップルによる子の養育が異性カップルに劣るものではないという実証的研究の結果が外国では多数示されている。それでも、法的に両性の両親を認めることができることが日本で問題視されることがある。

現行法においても、同性カップルの一方の子と他方が縁組することにより、実親と養親が同性となる両親(二親)は可能である。共同親権者となることはできないのは、婚姻が認められないとされているからである。

したがって、同性カップル双方が子の法的親となることは、現行法の下でも否定されていない。

#### (b) 女性カップルと男性カップルの違い

女性カップルでは提供精子を用いた人工授精により子をもうけることができ、これは日本において、医療機関における生殖補助医療によらず、個人で行う者もある。これに対して、男性カップルが子をもうけるためには、第三者である女性が子を出産することが必要となり、代理懷胎は日本では認められていない。また、出産した女性と子の間の母子関係を切断し、男性カップルのみが実親となることは法的に不可能である。

このような女性カップルと男性カップルの間の違いから、女性カップルにのみ実親子関係を設定する可能性を認めるのは男性カップルに対する差別であり、同性カップルにおいて実親子関係の設定を認めるべきではないという意見もありうる。

ここで、どのような生殖補助医療を認めるのかという行為規制の問題と、生殖補助医療による親子関係の設定(生殖補助医療によって産まれた子について、誰との間に法的親子関係が生じるのか)という民法の問題を混同してはならない。代理懷胎が認められないのは行為規制のレベルでの問題であり、異性カップルにも同じく認められていない。現行の行為規制を前提として、以下では、生殖補助医療による親子関係の設定という民法の問題について、女性カップ

ルを対象に検討する<sup>16</sup>。

#### (c) 民法 772 条の類推適用

女性カップルの一方が提供精子を用いて子を出産した場合に他方と子の間に実親子関係を設定することが肯定されれば、同性婚を認めない立場は、「同性カップルは生殖や養育をしない」という重要な論拠を失う。

提供精子を用いた人工授精において(医療施設における生殖補助医療に限らず、提供精子を自らで注入する場合も含む)母のパートナーと子の間に血縁関係が存在しない点は、異性カップル、同性カップルとも同じである。異性カップル、同性カップルとともに婚姻当事者双方が提供精子を用いて子をもうけることを望んでいるのであれば、その点でも違いはない。また、婚姻当事者の一方と精子提供者の間の子ではなく、婚姻当事者間の子となり、養育することを望んでいる点でも同じである。

諸外国の例(前記 1)が示すように、提供精子を用いた人工授精において、婚姻当事者が異性であるか、同性であるのかを区別する意義は乏しい。民法 772 条は、嫡出推定を提供精子を用いた「生殖補助医療」に限定しない<sup>17</sup>。民法 772 条が広く適用されることを前提にして、生殖補助医療民法特例法は、そのうち配偶者の同意を得た生殖補助医療の場合に「嫡出否認」を制限する。夫がトランスジェンダー男性(法律上の性別は女性、性自認が男性)である夫婦についてではあるが最三決平成 25・12・10(民集 67・9・1847)は、「妻との性的関係によって子をもうけることはおよそ想定できない」としつつも、民法 772 条の嫡出推定の適用を認めている。ここでは、当事者の生物学的性別(すなわち、自然生殖可能性)と分離した、婚姻を媒介とする法的な実親子関係の設定を認めていると評価できる。提供精子を用いた人工授精により生まれた子の親(父)を民法 772 条により配偶者と推定するのであれば、同性どうしが婚姻している場合も同様に考えることができる。

民法 772 条は母の「夫」と定めるため、同性婚(女性どうし)には直接適用できないという考え方もありうる。その場合には、同条を類推適用することになる。父が男性の親を指すのであれば、出産していない女性には別の名称、例えば「親の一方(他方)」という名称を考えることができる。あるいは、女性の親を母として、出産した女性と子の母子関係と、出産していない女性と子の母子関係という 2 種類の母子関係を考えることもできる。

日本産科婦人科学会の「提供精子を用いた人工授精に関する見解」において、女性間の婚姻の当事者に提供精子を用いた生殖補助医療を認めることになれば、生殖補助医療民法特例法 10 条が適用され、嫡出否認について異性間の夫婦との違いはない。

学会の見解について、現在では婚姻が異性間に限定されているという前提のものであり、同性婚が認められれば変更されるであろうことが十分予測される。

ともに生きるパートナーとの間で子を持ちたいという心情は、極めて人間的で自然な感情で

<sup>16</sup> 男性カップルについては、異性カップルにも代理懐胎が認められた場合に、同じように扱うことになる。

<sup>17</sup> 生殖補助医療民法特例法 10 条は、民法 772 条が広く適用されることを前提に、配偶者の同意を得た生殖補助医療の場合に「嫡出否認」を制限する。

あり、人の幸福追求（憲法13条）の重要な選択肢である。ところが、同性カップルの場合には、法律上同性であるというだけで医療施設における生殖補助医療から現在は閉め出され、例えばSNSをとおして提供精子を入手し、自らで人工授精を行っている。このような精子提供における精子の安全性、提供者とのトラブルが現在でも問題として指摘されている。同性婚に民法772条が（類推）適用されることきっかけとして、同性カップルに生殖補助医療が認められると、このような問題を回避することができる。

このように、日本法のもとでも、法律上同性間に嫡出推定の仕組みを適用することは十分理由があり、かつ合理的である。

## （2）同性間の婚姻に772条を適用しない場合

もし、上記の立場をとらずに、同性カップルの婚姻には民法772条が類推適用されないという立場を取ったとしても、それは同性婚を否定する論拠とはならない。

オランダのように、ヨーロッパにおいて同性婚が導入された当初は、父性推定の規定を、同性婚には適用しなかった（前記八1(1)）。このような同性間の婚姻であっても、法律婚として異性間の婚姻と区別されていなかった。これらの国々でも父性推定（親子関係の推定）は婚姻から生じる重要な効果であり、それにもかかわらず親子関係の推定という効果を伴わない婚姻を同性カップルに認めていた。

しかし、現在においては、女性どうしの婚姻において、婚姻当事者の一方が提供精子を用いて子を出産した場合に他方を子の親とすることを認める国が増えてきている<sup>18</sup>。父性推定とともに異性間の婚姻と、親子関係の推定をともなわない異性間の婚姻という区別は維持できないものとなっている。

日本民法772条は、現在でも、自然生殖によるか、生殖補助医療によるかを区別せずに父子関係を推定している。上記（1）で述べたように、提供精子を用いた人工授精においては、母のパートナー（配偶者）と子が自然血縁関係を有しない点をはじめ、カップルが異性どうしであるか、同性どうしであるかに違いはない。それにもかかわらず、同性間の婚姻について、自然生殖の潜在的 possibilityがないことを強調して、嫡出推定をともなわない婚姻について議論する意義は乏しい。

提供精子を用いた人工授精により生まれた子からすると、婚姻の当事者が異性どうしであれば両親（父母）との実親子関係が認められるのに対して、同性どうしであれば出産した女性との間の母子関係しか認められないという区別が生じる。そのため、婚姻の当事者が女性同士の場合には、出産していない女性と子の間で法律上の親子関係を生じさせるために養子縁組（場合によっては認知）をしなければならない。とりわけ子どもは自らの選択ないし修正する余地のない事柄を理由に不利ないし不安定な状態に置かれることとなる。提供精子を用いた生殖補助医療（人

<sup>18</sup> アメリカ、イギリスでは、同性間の婚姻を認める前から、同性の両親を認めている。イギリスについて、田巻帝子「イギリスにおける同性カップルの法的処遇」ジュリスト1577号（2022）81頁以下、および注に掲載されている文献を参照。

ドイツでは、女性どうしの婚姻において出産していない女性と子の間の親子関係を2023年現在ではまだ認めていないが、民法の改正に向けて立法が進められている。

工授精)によって生まれる子の間に生じるこのような区別を、自然生殖の潜在的可能性の有無に基づいて正当化することはできない。同性間の子についてのみ嫡出推定を適用しない立法は、憲法14条1項(平等原則)及び憲法24条2項(個人の尊厳と両性の本質的平等)に反すると言わざるを得ない。

## 九 まとめ

これまでの検討から、現在の日本で、同性カップルについて婚姻ではなく登録パートナーシップ制度を導入することについて、以下のようにまとめることができる。

- ① 日本における登録パートナーシップ制度は、婚姻以下の効果、内縁以上の効果という狭い選択肢しかない。
- ② 婚姻との個別の差異は、平等原則違反となり、維持できない。
  - a. 差異の制度化により、差別が固定化される危険が生じる。
  - b. 婚姻との不平等な差異を訴訟により取り除くために、当事者に時間と費用の負担を生じさせる。
- ③ 登録パートナーシップから婚姻への段階的移行は、同性カップルに対する差別を固定化させる危険を有している。
- ④ 潜在的な生殖能力を理由に婚姻と登録パートナーシップが区別されるのではない。
  - a. 登録パートナーシップは実親子関係の設定と切断されてはいない。
  - b. 女性カップルの婚姻に嫡出推定の規定を(類推)適用すべきである。

以上のことから、同性カップルが婚姻締結を求める訴訟において、立法による婚姻以外の制度の可能性を示唆することは、具体的成果が乏しく、当事者に過大な不利益を与えるものと評価する。

以上

## 【添付文献】

1. 渡邊泰彦「ドイツ同性登録パートナーシップをめぐる裁判例－退職年金と相続税について」産大法学45巻3・4号(2012.1) 111-133頁

産大法学 45巻3・4号 (2012. 1)

## ドイツ同性登録パートナーシップをめぐる裁判例

### —退職年金と相続税について—

渡 邊 泰 彦

同性登録パートナーシップ制度の検討が、婚姻制度を映す鏡として、婚姻の検討に役立つ場合がある。

これまで、日本では、内縁・事実婚の研究が、婚姻を映す鏡としての役割を果たし、婚姻のどの効果が内縁に認められるのか、男女の共同生活であることから認められる効果が何であるかが、明らかになってきた。その過程は、婚姻の効果は婚姻であるから認められるというトートロジーから脱却するために有益であったと評価できる。ただ、ともに男女カップルを対象とする婚姻と内縁の比較は、婚姻に近づくことを目指す準婚理論のもとで、婚姻を映す鏡としての役割を果たすには限界があった。

同性登録パートナーシップ制度との比較は、違う角度から婚姻に鏡を当てることができる。それにより、婚姻に認められる効果が、男女間の結びつきに由来するのか、共同生活に由来するのかを検討することが可能となる。この検討には、複数のアプローチがある。

ひとつは、同性間の婚姻を認める国において、男女間の婚姻と同性間の婚姻の効果に違いが設けられているのかを調べる方法である。ただ、この方法では、同性カップルについても、婚姻の効果は婚姻であるから認められるというトートロジーに陥る危険もある。

もうひとつは、婚姻と同性パートナーシップの効果に違いがある国を対象に取り上げる方法である。立法が行われていた当初には、婚姻に認められる効果のうち、何が同性パートナーシップに認められ、また認められないのかを、規定や立法理由から調べていくことが中心であった。しかし、このアプローチには限界があったことを認めざるを得ない。つまり、同性

パートナーシップ制度の導入という賛否のわかれるテーマでは、政治的判断から必要以上に婚姻との差を強調することが行われるからである。

現在のヨーロッパでは同性パートナーシップ制度が受け入れられたうえで、婚姻と同性パートナーシップの効果の差を、もう一度見直すことが行われている。このような議論が行われるのは、当初の同性パートナーシップ法に歪みがあり、それを後に修正していく国である。逆説的ではあるが、迷走の度合いが深いほど、問題点がより明らかになってくる。この意味から、制度設計での問題ではなく、政治的状況により歪みが生じたドイツの生活パートナーシップ法は、検討対象に適している。というのは、ドイツでは、生活パートナーシップ法を成立させるために、税法を含め立法過程で連邦参議院の同意を必要とする部分が生活パートナーシップ法草案から生活パートナーシップ法補足法草案に分離されて廃案となり、当初予定されていた制度が実現しなかったからである。<sup>(1)</sup>その後も、政治的状況により生じた歪みを取り除き、本来予定された姿になるために一步一步進まざるを得なかった。

そのような近時の歩みを示すために、本稿では、ドイツの生活パートナーシップに関わる2つの裁判例を紹介する。ひとつは公務員の退職年金に関するヨーロッパ司法裁判所の決定であり、もうひとつは相続税法の配偶者控除などに関するドイツ連邦憲法裁判所の決定である。

#### 註

- (1) 立法過程の状況については、渡邊泰彦「同性の生活パートナーシップとは——ドイツ生活パートナーシップ法をめぐる議論」徳島文理大学紀要62号(2001)81頁、渡邊泰彦「ドイツ同性登録パートナーシップ法をめぐる連邦憲法裁判所判決——家族手当と遺族年金について——」産大法学43巻3・4号(2010)409頁を参照。

## I 年金——ヨーロッパ司法裁判所

ドイツでは、2001年制定当時の生活パートナーシップ法によって、社会法典第6編の寡婦（寡夫）年金の規定が改正されなかった。2004年の生活パートナーシップ法改訂法によって社会保障法典第6編46条4項が挿入され、寡婦年金及び寡婦年金で夫婦と同様の扱いがなされるようになった。

しかし、別稿で紹介したドイツ連邦憲法裁判所2009年7月7日決定<sup>(2)</sup>では連邦及び州年金機構の遺族年金、後述のマルコ事件ではドイツ劇場年金機構の遺族年金、レーマー事件では市の退職年金において、生活パートナーシップの当事者が夫婦と同様に扱われていないことが問題となった。

この問題について、ヨーロッパ司法裁判所では、一般雇用均等指令（EU指令2000/78）<sup>(3)</sup>による性的指向に基づく差別となるかという点から検討された。

一般雇用均等指令2条1項は、平等原則とは、1条に掲げる宗教、思想、障害、年齢、性的指向を理由とする直接的又は間接的差別が許されないと意味すると定める。直接的差別とは、2条2項a号により、1条に掲げる理由に基づき、比較可能な状況において、他の者よりも少ない優遇しか受けないことを意味する。間接的差別とは同b号により、見た目は中立的な条文、判断基準または手続きによって、一定の性的指向などを有する人に特別な方法で他の人と比べて不利益を与えることを意味する。ただし、適法な目的によって実際上の理由から正当化され、この目的の達成のために適切、かつ、必要である場合には、間接的差別とはならない。

一般雇用均等指令2条と年金などにかかるヨーロッパ司法裁判所とドイツの裁判所の主な判断を整理すると次のようになる。

連邦行政裁判所2006年1月26日判決→連邦通常裁判所（BGH）2007年2月14日判決→連邦憲法裁判所2007年9月20日決定<sup>(4)</sup>→マルコ事件判決（2008年）→連邦憲法裁判所2009年7月7日決定→レーマー事件判決（2011年）

連邦憲法裁判所 2009 年決定の原審にあたる連邦通常裁判所 2007 年判決は、上告理由に述べられていた一般雇用均等指令について検討し、連邦及び州年金機構の遺族年金が、同指令の適用範囲に入らないと判断していた。連邦憲法裁判所 2007 年決定は、公務員の家族手当について一般雇用均等指令を考慮しないとした原審の連邦行政裁判所 2006 年 1 月 26 日判決<sup>(5)</sup>の判断を肯定していた。

マルコ事件の後に下された連邦憲法裁判所 2009 年決定は、生活パートナーに遺族年金の受給を認めない年金機構の定款が基本法 3 条 1 項の平等原則に違反すると判断したが、一般雇用均等指令について触れなかった。

## 1 事実関係

### 1) マルコ事件

ヨーロッパ司法裁判所 2008 年 4 月 1 日判決<sup>(6)</sup>で、原告のマルコ氏は、舞台衣装制作者 A と 2001 年 11 月 8 日に生活パートナーシップを創設した。A は、1959 年からドイツ劇場年金機構 (VddB (Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen)) に加入しており、強制加入の保険期間のみならず、任意の付加年金保険料 (Weiterversicherungsbeiträge) を支払っていた。2005 年 1 月 12 日に A が死亡した。同年 2 月 17 日付の書面で、マルコ氏は、ドイツ劇場年金機構に寡夫年金を請求した。しかし、生活パートナーからの請求は定款で予定されていないとして、年金機構は、請求を拒絶した。

マルコ氏は、ミュンヘン行政裁判所に訴えを提起した。同行政裁判所は、ヨーロッパ司法裁判所に、ドイツ劇場年金機構が関わる事案を一般雇用均等指令 (EU 指令 2000/78) に従って判断できるのかについて質問を提出了。

### 2) レーマー事件

ヨーロッパ司法裁判所 2011 年 5 月 10 日判決<sup>(7)</sup>で、原告のレーマー氏は、1950 年から 1990 年 5 月 31 日まで、ハンブルク市の行政事務員として働いていた。1969 年から共同生活している U 氏と 2001 年 10 月 15 日に生活

パートナーシップを創設した。

2001年11月28日にレーマー氏は、生活パートナーシップを創設した旨をハンブルク市に文書で通知した。それとともに、夫婦と同様の有利な税率（III/0）による給与所得税を差し引いた所得で付加（補完）年金額を新たに算定するように申し立てた。

しかし、ハンブルク市は、市の退職年金法（Ruhegeldgesetz）10条6項11号により、婚姻しており、かつ、継続的に別居生活していない年金受給者、および児童手当又はそれに相応する給付の請求権を有している年金受給者のみが有利な税率（III/0）で算定されるとして、これと同様にレーマー氏の年金額は算定しないと伝えた。

夫婦と同様の税率で算定すれば、レーマー氏の退職年金は毎月約302ユーロ高くなっていた。

レーマー氏は、年金の算定の際に、「婚姻しており、かつ、継続的に別居生活していない」とは、生活パートナーシップを行っている当事者をも意味すると解釈しなければならないと主張し、ハンブルク労働裁判所に訴えを提起した。また、この平等扱いへの請求権は、一般雇用均等指令に基づくとした。

これに対して、ハンブルク市は、基本法6条1項に従い婚姻と家族が国家秩序の特別の保護のもとにあることを理由にあげた。家族を形成する、または潜在的な形成可能性がある人に有利であることは、家族形成と結びついた経済的負担を補整する目的を有しているとした。

## 2 一般雇用均等指令の適用範囲

マルコ判決は、ドイツ劇場年金機構の遺族年金の問題が、一般雇用均等指令の適用範囲に入ると判断した点で、重要な意味を有している。しかし、この点について深く立ち入ることは、本稿の目的から外れるため、簡単に触れるに留まる。

マルコ判決は、ドイツ劇場年金機構のような職能身分的な年金制度での遺族年金が、ヨーロッパ共同体条約141条の意味における賃金（pay）と

同視でき、国家的制度またはそれと同等の社会保障もしくは社会保護の国家的制度に含まれないとした。

レーマー判決も、マルコ判決に基づいて、ハンブルク市の退職年金にも一般雇用均等指令が適用されるとした。

### 3 直接的差別

両判決とも、一般雇用均等指令の適用を認めたうえで、同指令の直接的差別または間接的差別に該当するかを検討した。マルコ判決が示した基準を、レーマー判決も引き継いでいる。

マルコ判決は、遺族年金に関して夫婦と生活パートナーは、同一の状況ではないとしても、一般雇用均等指令1条にある比較可能な（comparable）状況にあるとした（マルコ判決 par.69）。さらに、レーマー判決は、この比較可能性の調査が、一般的、かつ、抽象的であることは許されず、給付について特定に、かつ、具体的に行わなければならないと述べる（レーマー判決 par.42）。

両判決とも、一般的・包括的に生活パートナーシップが婚姻と法的に同じ地位におかれていなかから比較可能な状況ではないという判断はしなかった。給付の保障の目的と要件を考慮し、夫婦と生活パートナーの権利と義務に焦点を合わせた分析によって、状況を比較する（レーマー判決 par.43）。

具体的には、同性カップルが生涯にわたって創設される扶助と相互の責任の共同体で生活するために、生活パートナーシップ法が制定されたことに着目する。それとともに、ドイツでは、婚姻締結が男女カップルにのみに認められ、同性カップルに認められないことも指摘する。これらの点から、生活パートナーシップが同性カップルのために創られ、徐々にその条件が婚姻に近似していったと評価した。（マルコ判決 par.67、レーマー判決 par.44）

2004年の改正により生活パートナーシップ法の規定がより婚姻に近づいたことも考慮された。レーマー判決は、残っている区別は本質的に、当

当事者が婚姻では異性であり、生活パートナーシップでは同性であることを要件とする点にあると述べる。(レーマー判決 par.45)

遺族年金が問題となったマルコ判決では、社会保障法典第6編46条で、寡婦・寡夫年金で婚姻と同じに扱う規定が挿入されたことを指摘した。(マルコ判決 par.68)

レーマー判決では、生活パートナーシップの当事者が相互に扶助と支援の義務を負い、その労働及び財産によってパートナーシップ的生活共同体で適切に扶養する義務を負う点で(生活パートナーシップ法2条、5条)、共同生活中の夫婦と同様であることを指摘した(レーマー判決 par.47)。

このような状況から、生活パートナーシップが婚姻と同一ではないとしても、同性カップルが遺族年金に関して夫婦と比較可能な状況にあるとした。(マルコ判決 par.69)

マルコ判決は、ドイツ劇場年金機構の定款では、遺族年金が生存配偶者にのみ保障されおり、生活パートナーシップの生存当事者には認められてもおらず(マルコ判決 par.70)、生存配偶者に比べてより劣る優遇しか受けていない(マルコ判決 par.71)と述べる。

レーマー判決も、同性のパートナーと生活パートナーシップを行わずには、異性の人と婚姻していたならば、より高い付加年金収入を得ていたかもしれない点で、性的指向を理由としてより少ない優遇しか受けていないとした。(レーマー判決 par.49)

生存配偶者と生存生活パートナーが比較可能な状況にあることから、性的指向に基づく直接的差別が存在すると結論づけた。(マルコ判決 par.72、73、レーマー判決 par.51)

#### 4 小括

マルコ判決は、生活パートナーシップと年金の問題が一般雇用均等指令の適用対象であるとして扉を開き、レーマー判決がその方向を推し進めて確立させたと評価できる。

また、この両判決の間に、ドイツ連邦憲法裁判所2009年7月7日決定

を挾むと、ドイツ連邦憲法裁判所の考え方の変化への影響も見て取ることができる。つまり、2009年決定で、「遺族年金において婚姻と生活パートナーシップが異なる扱いを受けるならば、性的指向に基づく不平等扱いが生じている」と明確に述べる伏線として、マルコ判決を位置づけることができる。

レーマー判決では、退職年金が問題となっているが、所得税法により夫婦に適用される税率でもって生活パートナーシップの当事者の年金を算定できるというように、税法の問題とも関わっている。次の連邦憲法裁判所2010年決定とともに、次の問題である所得税法でも生活パートナーシップを婚姻と同じに扱う方向に影響を与えるとも評価されている。<sup>(9)</sup>

ヨーロッパ司法裁判所の判例とドイツ連邦憲法裁判所の関係を示すものであるが、この点について検討するのは、筆者の能力では不可能であるため、指摘だけに留める。

#### 註

- (2) BVerfGE 124, 199. 渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号409頁以下で紹介している。判決と表記しているが、決定の誤りである。
- (3) 渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号425頁以下。
- (4) EuGRZ 2007, 609 = NJW 2008, 209 = FamRZ 2007, 2045. 同決定について、渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号415頁以下で紹介しているが、一般雇用均等指令に関する部分はあげていない。
- (5) BVerfGE 125, 79.
- (6) C-267/06, Maruko [2008] European Court reports I-01757
- (7) C-147/08, Römer [2011] EuGRZ 2011, 278 = NJW 2011, 2187.
- (8) ヨーロッパ共同体条約141条2項で、賃金とは、基本給、最低賃金、並びに労働者がその雇用に関して、雇用者から直接又は間接に現金又は現物によって受け取るその他の対価を意味する。
- (9) 参照、渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号428頁。
- (10) Wolf-Dieter Tölle, Die eingetragene Lebenspartnerschaft im steuerlichen Wandel, NJW 2011, 2165ff., 2168f.

## II 相続税・贈与税法——ドイツ連邦憲法裁判所

### 1 相続税・贈与税法における生活パートナーシップ

2001年に成立した生活パートナーシップ法10条は、配偶者と同様の相続権と遺留分権を生活パートナーに認めた。しかし、はじめに述べた生活パートナーシップ法補足法草案が廃案となり、相続税及び贈与税法（以下では、相続税法とする）、土地取得税法、所得税法には、生活パートナーシップに関する規定が設けられず、生活パートナーシップの当事者に税を軽減する措置は、存在しなかった。

2001年当時の相続税法は、配偶者や近親が相続人となる場合に、高い控除額と低い税率によって、小規模及び中程度の財産の相続に優遇を与えていた。相続税法旧16条1項1号は、配偶者に600,000マルク/307,000ユーロの個人控除額を、相続税法旧17条1項は500,000マルク/256,000ユーロの特別年金控除（besonderer Versorgungsfreibetrag）を認めていた。配偶者は、相続税法旧15条1項により課税階級Iに分類され、相続税法19条1項により7%から30%の間の税率で相続税が課せられた。

それに対して、生活パートナーシップの当事者は、相続税法旧15条1項では「その他の取得者」として課税階級IIIに分類され、相続税法旧16条1項5号、15条1項により10,000マルク/5,200ユーロの個人控除額が認められていた。特別年金控除はなかった。相続税法旧19条1項により課税階級IIIで相続財産の17%から50%という配偶者に比べて高い税率で相続税が課せられた。

2008年の相続税法改正（2009年1月1日施行）により、配偶者と同額の個人控除額及び特別年金控除が認められた。しかし、税率は依然として課税等級IIIとされていた。

連邦憲法裁判所<sup>(11)</sup>2010年7月20日決定では、2001年8月1日の生活パートナーシップ法施行から2009年1月1日までに相続が開始した場合でも、配偶者と同じ控除が認められ、同じ税率で課税されるべきかが問題となつた。

## 2 原審連邦財政裁判所 2007年6月20日決定

連邦憲法裁判所2010年7月20日決定は、連邦財政裁判所2007年2月1日決定（未公開）<sup>(12)</sup>と同2007年6月20日決定の上告審である。

2001年に生活パートナーシップが創設され、2月1日決定の事案では2001年に、6月20日決定の事案では2002年に、当事者の一方が死亡した。2004年生活パートナーシップ法改訂法による現在の規定ではなく、2001年制定当初の規定による生活パートナーシップが問題となった。<sup>(13)</sup>

連邦財政裁判所2007年6月20日決定は、次の理由から生活パートナーシップの当事者が相続税法で配偶者と同じ地位になることへの請求権は、憲法を理由に認められるのではないと結論づけた。

### 1) 基本法3条

まず、平等権に関する基本法3条1項から認めることはできないとする。ここでは、婚姻と家族のみが基本法6条1項による特別の保護の下にあることを強調した。<sup>(14)</sup>そして、連邦憲法裁判所2002年7月21日判決から、立法機関が基本法6条1項の婚姻の保護を顧慮せずに生活パートナーシップに夫婦と同じ優遇措置を認めることはできるが、基本法3条1項を顧慮せずにこの優遇を行わなければならないのではないとした。婚姻と家族のみが基本法6条1項による国家の特別の保護の下にあり、婚姻と生活パートナーシップに関して異なる憲法状況が、基本法3条1項のもとでも存続するとする。そして、生活パートナーを配偶者と平等に扱うには、それを定めた税法上の規定が必要と述べた。（Rz.9）

次に、基本法3条3項の差別禁止からも、立法機関が、相続税法で生活パートナーを配偶者と同じ地位におく立法を行う義務はないとする。（Rz.10）

この連邦財政裁判所決定は、基本法3条1項の平等原則に対して、基本法6条1項の婚姻と家族の保護が優先すると考える点で、同時期の遺族年金に関する連邦通常裁判所2007年2月14日判決、公務員の家族手当に関する連邦憲法裁判所2007年9月20日決定と同様の判断をしていた。<sup>(15)</sup>

## 2) 基本法 14 条 1 項

第三者と同じ税率による課税は、相続権を保障する基本法 14 条 1 項 1 文にも違反しないとする。連邦憲法裁判所 1995 年 6 月 22 日決定（後述 36）(3) 家族原理を参照）を引用し、配偶者と近親に相続税の控除を認めるという相続税課税の制約は、基本法 6 条 1 項から導き出され、配偶者と子に控除が限定されるとする。そこで、夫婦ではないカップルにも夫婦と同様に課税する請求は、基本法 3 条 1 項の平等原則の問題となり、相続税法に規定することで可能になると述べた。（Rz. 11, 12）

## 3) 連邦憲法裁判所 2002 年 7 月 21 日判決

税法に関する規定が生活パートナーシップ法補足法草案に含まれていたという生活パートナーシップ法の立法過程について、連邦憲法裁判所 2002 年 7 月 21 日判決の内容を検討した。

連邦憲法裁判所 2002 年 7 月 21 日判決は、生活パートナーシップ法に扶養義務の規定がありながら、税法上の控除がない状態について、次のように述べていた。

扶養義務による経済的負担を税法で考慮しないとすれば、基本法 3 条 1 項に反する可能性がある。しかし、生活パートナーシップ法補足法が成立していないため、生活パートナーシップの当事者について控除することはできない。しかし、通常外の負担として所得税を軽減するように考慮できるため、<sup>(16)</sup> 生活パートナーシップ法の扶養の規定は基本法に違反しない。

この点を含め、連邦財政裁判所決定は、生活パートナーシップの当事者の扶養権の規定と、その扶養権に基づく扶養給付を税法で考慮するにあたり、同じ 1 つの法律において規定する必要はないと述べているものと理解した。さらに、登録パートナーシップの税法上の効果については、別の第二の法律で定めるものと考えた。これに対して、婚姻の税法上の効果へ近似することが基本法 3 条 1 項の平等原則からすでに明らかなのであるから第二の法律はどのみち必要ないという理解を、排斥した。（Rz. 15）

また、法律が必要ないとすれば、州または地方公共団体にすべてまたは一部がもたらされる税に関する立法には連邦参議院の同意を要するとする

基本法 105 条 3 項について、連邦憲法裁判所がその判決で述べているはずだと述べた。(Rz. 15)

これらの理由から、相続税法の配偶者控除、特別年金控除、税率の規定は、生活パートナーに類推適用もされず、法の欠陥も存在しないとした。

### 3 連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 21 日決定

#### 1) 結論

本決定は、個人控除額、税率、年金免税額において考慮されていないことにより、配偶者に対して登録生活パートナーが相続税法上で重い負担を受ける劣悪な地位にあることは、一般平等原則（基本法 3 条 1 項）に合致しないと結論づけた。厳格な基準で比較しなければならない不平等は、十分な正当化理由を欠いているとした。(Rz. 74、75)

正当化理由の存否について、基本法における原則と、税法上の原則の 2 つの側面から、相続税法における婚姻と生活パートナーシップの異なる扱いが正当化されるかを検討した（以下では、税法での議論の詳細には立ち入らず、家族に関わる点についてのみ紹介する）。

#### 2) 基本法 3 条 1 項の平等原則について

連邦及び州年金機構の遺族年金に関する連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定<sup>(17)</sup>と同様に、基本法 3 条 1 項の一般平等原則に基づいて判断した。

連邦憲法裁判所の判例によれば、一般平等原則からは、本質的に同じものは同じに、本質的に異なるものは異なって扱うという要請が生じる。これは、不平等な負担や不平等な優遇に対しても適用される。そのため、ある人的範囲に優遇を保障し、他の人的範囲には与えないという、平等に反する優遇の排除も禁止される。(Rz. 79)

そして、個々の事案でどのような要件のもとで立法者が恣意の禁止または比例的平等扱いの原則に反しているかについての詳しい判断基準及び評価基準は、抽象的及び一般的ではなく、該当する様々な事実及び規定の領域と関連してのみ定めることができる。(Rz. 80)

### 3) 税法の立法における2つのガイドライン

税法における課税対象の選択と税率の決定に際して、立法機関は、広汎な裁量権を有しているが、次の要請によって制約されている。応能負担原則に従って納税義務者に税法によって法的にそして実際に同程度で負担を負わせなければならない、応能負担原則による税負担の達成の要請がある。さらに、この要請のもとで、立法機関は、課税対象の選択とともにを行う負担の決定を結果が正当になるように行わなければならないという、結果の正当性の要請がある。もし、結果の正当性の例外があれば、特別な実際上の理由が必要となる。(Rz. 81)

平等原則の税法上の特徴である結果の正当性を尊重し、給付能力に従った同程度の課税の原則にしたがい、本件の相続税法の規定を調べなければならないとする。(Rz. 82)

### 4) 比例原則

相続財産による異なる税負担が人格に関連するメルクマールによって区別されていることから、比例原則にそって平等であるかが検討された。(Rz. 83)

連邦憲法裁判所の判例から、憲法上保障された自由に不平等扱いが与える影響が強くなるほど、そして個人が不利な結果を自己の態度によって回避できなくなるほど、立法機関への制約はより強くなる。とりわけ、規範の名宛人のある集団が他の名宛人集団との比較において、不平等扱いを正当化することができるような性質及び重要性の違いが両グループ間に存在しないにもかかわらず、異なって扱われている場合には、基本法3条1項から生じる限界を超えているとされる。(Rz. 84)

相続税法においても、課税階級による分類、個人免税額と税率の等級では、家族上及び血縁上の近さにからしめた集団によって区別している。相続人は自己の態度によって税負担の区分に影響を及ぼすことはできない。立法機関が相続税について相続人をグループ分けする際には、異なる税負担を基本法3条1項のもとで正当化できる十分な区別の理由を必要とする。(Rz. 85)

## 5) 性的指向による不平等扱い

連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定が指摘したように、婚姻と生活パートナーシップの選択の決定では、性的指向が問題となる。そのため、婚姻と生活パートナーシップという、ともに継続的であり法的に確立された関係で、具体的な不平等扱いを正当化するためには、十分で重要な区別が必要とした。(Rz. 86)

## 6) 正当化理由

本決定は、個人控除額（相続税法旧 16 条）、年金控除額（同旧 17 条）、税率（同旧 19 条）の正当化理由の存否について、基本法 6 条 1 項の婚姻保護、応能負担原則、家族原理の 3 点から考察した。その結果、1997 年度の相続税法において生活パートナーが配偶者に比べて著しい不利益を受けることを正当化するような、重大な違いは存在しないと結論づけた。(Rz. 88、89)

### (1) 婚姻の憲法上の保護

基本法 6 条 1 項は、婚姻と家族を国家秩序の特別な保護のもとにおくと定める。本決定は、連邦憲法裁判所 2009 年 7 月 7 日決定を引用し、婚姻と比肩しうる生活スタイルであるにも関わらず、この生活スタイルへの不利益とともに婚姻の支援が生じるならば、婚姻保護の要請だけを理由にして区別を正当化することはできないと述べる。(Rz. 91)

さらに、婚姻と家族に対する基本法での保護義務（基本法 6 条 1 項）をはたす国家の権限は、原則として、どの範囲で第三者が平等扱いを主張できるかという問題には関係がないとする。したがって、本件のように、配偶者と家族構成員への法律上及び実際の支援と平等に扱うことへの請求を、生活パートナーのような第三者にも（どの範囲で）認めるのかという問題は、基本法 3 条 1 項の平等原則によってのみ判断できるとする。(Rz. 92)

### (2) 応能負担原則

相続税は、相続人に生じた財産増加をその相応する価値で把握し、相続により生じる経済的給付能力の増加に課税している。この相続による財産

の増加は、配偶者でも、生活パートナーでも同じく生じる。(Rz.93)

そこで、本決定は、被相続人の配偶者と子に控除額を高く認める根拠を概観したうえで (Rz.94)、財産をできる限り減らさずに子孫に継承していく良俗上の義務を除く、その根拠の多くが生活パートナーシップに妥当することを示した。

生活パートナーシップの当事者も、夫婦のように、継続的で法的に確立したパートナーシップにおいて生活している。生活パートナーシップの当事者の一方は生存中に他方の財産に関与しており、その当事者の生活水準を一方の死亡後にも維持できることを、他方は期待している。生活パートナーシップの当事者は、自身のためだけではなく、その生活パートナーのために、場合によっては共に生活している子のために、財産を形成している点でも、夫婦と異ならない。扶養の補充の機能も、遺産は有している。被相続人の死亡により家族が収入源と生活保障給付を失うことから、相続税法による控除によって配偶者が遺産を維持できることには生活保障効果 (Versorgungswirkung) があり、その効果は、生活パートナーシップの当事者にも与えられるとする。(Rz.96)

決定理由では、扶養を補充する機能について、生活パートナーシップ法と民法を比較して検討した。まず、婚姻について、民法 1360 条 1 文が「夫婦は、その労働及び財産により家族を適切に扶養する義務を互いに負う」と規定するのに対して、2004 年までの 2001 年生活パートナーシップ法 (以下、2001 年法と記す) 5 条は、「生活パートナーシップの当事者は適切な扶養について互いに義務を負う」という異なる文言であった。また、2001 年法は、民法 1360 条 2 文 (家政を委ねられた夫婦の一方は家政の実行という労働によって家族の扶養に寄与する) にあたる規定を欠いていた。さらに、2001 年法 12 条は、別居扶養について、所得活動を行わない当事者の一方には、その扶養を所得活動によって自ら得るように命じることができると規定していた (これらの点について、現在では、2004 年改正により、民法と同じ内容となっている)。

このような違いがあったとしても、本決定は、配偶者の扶養請求権とそ

の本質において対応する扶養請求権を生活パートナーシップの当事者が有していたと述べる。前述の2001年法と民法の相違点も、配偶者による相続にのみ扶養を補充する機能を認めることを正当化しないとする。(Rz. 96)

### (3) 家族原理

本決定では、憲法に定着している家族原理 (Familienprinzip) が、相続税法に基準と方向性を与える個人控除額の形成及び税率に影響を与えていことを認める。しかし、家族原理によっても、相続税法において配偶者に比べて生活パートナーが劣後することは正当化できないとする。(Rz. 97、113)

#### a) 当事者間の関係について

民法の相続の規定と相続税法は、被相続人の配偶者と近親に特別の地位を認めている。これは、配偶者と血族の法定相続権及び遺留分権からも明らかである。(Rz. 98)

連邦憲法裁判所の判例において、基本法14条1項1文の相続権保護の基本的内容として遺言自由と血族の相続権が認められるとともに、基本法6条1項により婚姻と家族は保護される。それゆえ、相続税法では、家族原理が、税負担の基準について制約として考慮に入れられている。最も近い親族が被相続人との間に有する家族的な関連を、相続税法では考慮しなければならないこととなる。

本決定が引用する連邦憲法裁判所1997年10月28日決定<sup>(21)</sup>では、次のように述べていた。

「相続税法の立法機関は、基本法14条1項2文による規律の権限について——相続権保障の原則的内容からのほかに——例えば婚姻と家族保護（基本法6条1項）、一般平等原則（基本法3条1項）から生じる制限に拘束されている。それにより、婚姻と家族に結びついた税法上の不利益は、原則として禁止される。最も近い家族構成員が遺産との間に有する家族的な関連を考慮しなければならない。結局、税法の規定は、——憲法上許された区別を別とすれば——納稅義務者に同程度で負担を負わさなければならず、納稅義務者の異なる給付能力を考慮しなければならない。これらの

要請は、個別事案において税法の規定を解釈し、適用する場合にも、尊重  
<sup>(22)</sup>  
しなければならない。」

さらに本決定では、連邦憲法裁判所 1995 年 6 月 22 日決定<sup>(23)</sup>を引用し、「家族構成員とりわけ配偶者と子について、少なくとも彼らが承継した相続財産のうち明確に主たる部分について、または財産が少ない場合にはその全部について、税を免じるという有利な方法で、税での介入を緩和しなければならない<sup>(24)</sup>」と述べる。(Rz. 99)

引用元の 1995 年 6 月 22 日決定では、さらに、控除額を超える「財産増加との関連において、配偶者にとって相続が婚姻上の取得共同体 (Erwerbsgemeinschaft) の結果にとどまり、相続法にある子の家族財産への共同権利を (Mitberechtigung) を失わせない程度に、相続税法による介入が制限される。現行法において、この基本法 6 条 1 項によって示された税負担の段階を、被相続人から遠い納税義務者の相続に適用される税率を、近い家族構成員の相続にははっきりと低くすることによって、立法機<sup>(25)</sup>関は受け入れている。」と述べていた。

配偶者控除と家族原理との関係は、立法資料では明示されていないが、本決定は、家族原理が相続税法の基本規定にとって重大なものであり、そのことに疑いはないと述べる。家族原理から、出生と婚姻を基準とする家族の近さは、控除額と税率の等級について決定的な判断基準となるとする。(Rz. 100)

問題は、このような家族原理が、控除において生活パートナーが配偶者に対して劣後することを正当化できるかである。

約束に基づく生活共同体と、継続的に引き受け、法的に拘束する相手方への責任という点で、生活パートナーシップと婚姻に違いはない。双方とも、継続を目的とし、法的に確立しており、相互的な責任の義務 (Einstandspflicht) を作り出している。そのため、家族原理により、相続税法で生活パートナーと比べて配偶者を優遇することは、正当化されないとする。(Rz. 102)

基本法 6 条 1 項の婚姻保護に基づく配偶者の優遇を、夫婦間の人的共同

体が経済的基礎への共同の関与と相互的な扶養義務と補佐義務 (Beistandspflicht) によって特徴付けられていることで正当化するとしても、その特徴は同じく生活パートナーシップにも妥当すると述べる。(Rz. 103)

#### b) 子との関係

家族で作り出した財産を後の世代に承継させることを立法機関が視野に入れ、支援していることは、相続法と相続税法で示されている。子が相続した主要な財産などの税を免じるという考え方も、次世代への相続と関連することで、その独自の意義と特別の正当化理由を有しているとする。(Rz. 105)

また、相続のたびに幾度も相続税を遺産で負担することは、私的な生活形成の基礎となる小規模及び中規模の財産をできるかぎり消尽せずに幾世代にわたって維持するという家族原理の保護目的から疑問となるとする。最初の相続のみならず、数世代にわたって続く家族財産の継承が、被相続人の関心の中心にあり、相続法の本質を特徴付けている。もっとも、家族の事情や被相続人の遺言により親の世代に相続される、または第三者が受益することを、排除するわけではない。(Rz. 105)

相続において考慮される世代間承継の出発点としての適性という点で原則として婚姻が生活パートナーシップと区別されることに対して、本決定は次のように述べた。

婚姻が異性のパートナーとの結びつきとして自己の後継世代の出発点となる可能性があるのに対して、生活パートナーシップは同性カップルに限定され、原則的に、共通の子が出生しない。親子について夫婦にのみ委ねられている自由な決断を顧慮しなければ、婚姻は、法律で整えられた形態をとおして特権化された家族形成のための法域であると述べる。(Rz. 106)

しかしながら、婚姻の有する後継世代の出発点という抽象的な適性が、共通の子への家族財産の相続との関連において、配偶者に有利な高額の控除を正当化するとはいえないとする。本決定は、このアプローチを徹底するならば、共通の子のある夫婦についてのみ控除による婚姻の優遇が認められると考えるようである。しかし、現在の相続税法では配偶者控除の額

を共通の子の有無によって区別していないことから、後継世代の出発点という抽象的適性は、夫婦と生活パートナーシップの間の異なる扱いを正当化する理由として援用できないとする。(Rz.107)

#### 4 小括

現在では、2010年の相続税法改正により、課税階級を定める15条1項1号にも「配偶者」に続いて、「及び生活パートナー」という文言が挿入され、両者は同じ扱いとなっている。

前述のように原審と本決定で大きく考え方が異なったのは、その間に下された2009年7月7日決定で連邦憲法裁判所が方向を転換したためである。<sup>(20)</sup>

本決定は、連邦憲法裁判所2009年決定の延長線上にあると位置づけることができる。また、ドイツにおいて、これから出される所得税での生活パートナーシップの扱いに関する連邦憲法裁判所の判断につながるものと<sup>(26)</sup>位置づけられている。

連邦憲法裁判所判例の流れは、基本法3条1項の平等原則と同6条1項の婚姻の保護との関係について、婚姻の保護を特別視しないという方向に進んでいる。

そのため、従来の連邦憲法裁判所の判例で唱えられてきた「基本法6条1項において憲法上保証される評価イメージによれば、婚姻は男女間の包括的な生活共同体の唯一正統化されたスタイルであり、子の健全な身体的及び精神的発達は婚姻でのみ実現される父と母との完全な家族共同体で生まれることを原則として前提とする」という理解が問題とならないことを示している。そして、基本法立法当初に考えられていた婚姻と家族の法律上の保障とわずかな共通点しか有していないと評される。もっとも、生活パートナーシップが基本法6条1項の保護を受けるのではなく、この両者の関係については、さらに検討が必要である。

さらに、2010年決定は、夫婦と生活パートナーシップにおける当事者間の関係の比較にとどまらず、相続に関連して家族原理に基づく婚姻の優

遇をも検討の対象とした点に特徴がある。それでも、生活パートナーシップは、家族原理の対象ではないと受け取れる。むしろ、家族原理を純粹に体現する規定に基づくならば、婚姻と生活パートナーシップの異なる扱いは正当化される可能性がある。

#### 註

- (11) BVerfGE 126, 400.
- (12) BFHE 217, 183.
- (13) 生活パートナーシップ改訂法が2005年1月1日に施行された後にも、いくつかの点で改正が行われたが、現在の生活パートナーシップ法の枠組みは維持されている。2004年改正法、2001年法の規定については、渡邊泰彦「生活パートナーシップ法条文仮訳」東北学院大学法学政治学研究所紀要13号(2005) 113頁を参照。
- (14) BVerfGE 105, 313ff. 本判決については、渡邊泰彦「生活パートナーシップに関する2002年7月17日連邦憲法裁判所判決について」徳島文理大学研究紀要65号(2003) 25頁以下、三宅雄彦「人生パートナーシップ法合憲判決」自治研究79巻12号(2003) 143頁以下、三宅雄彦「生活パートナーシップ法の合憲性」栗城壽夫・戸波江二・嶋崎健太郎編『ドイツの憲法判例III』信山社(2008) 189頁以下で紹介している。
- (15) 両裁判については、渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号を参照。
- (16) 渡邊・前掲 徳島文理大学紀要62号34頁。
- (17) 同判決については、渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号426頁以下を参照。
- (18) 渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号427頁。
- (19) 渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号430頁以下。
- (20) 連邦憲法裁判所2007年9月20日決定と2009年7月7日判決との対比については、渡邊・前掲 産大法学43巻3・4号を参照。
- (21) BVerfGE 97, 1.
- (22) BVerfGE 97, 1 <Rz. 19>.
- (23) BVerfGE 93, 165.
- (24) BVerfGE 93, 165 <Rz. 28>.
- (25) BVerfGE 93, 165 <Rz. 29>.
- (26) Tölle, a.a.O., 2168f.
- (27) BVerfGE 25, 167 <Rz. 69>.
- (28) Christian Hillgruber, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des BVerfG nach 60 Jahren, JZ 2011, 861ff., 866.

## おわりに

日本への示唆としては、同性登録パートナーシップの効果だけではなく、婚姻の保護をどの範囲で認めるのかという点が考えられる。

ここで、婚姻の保護とは、他のカップルに比べて夫婦が優遇を受けていることを意味するとしておく。婚姻の保護は、他のカップルとの平等の問題を常に抱えている。ドイツでは、従来、婚姻と家族は基本法6条1項により国家による保護を受けるから、平等原則が及ばないと考えられてきた。しかし、本稿で紹介した裁判例などが示すように、もはやこの考えは維持できなくなった。ヨーロッパ司法裁判所も、異なるアプローチで同じ結論に至っている。

もっとも、これらの裁判例を指し示して、同性登録パートナーシップ法がない日本で同性カップルに婚姻と同等の効果を認めるべきという結論に直結するのではない。

同性カップルを夫婦と同じように扱うことを認めるには、まず婚姻と内縁・事実婚を比較して、内縁・事実婚に認められている効果があれば、次に男女間の内縁・事実婚だけではなく、同性間の内縁・事実婚にも認められるべきかを検討することになる。ヨーロッパ司法裁判所が示した考慮方法からすると、同性カップルと何が比較可能であるのかという点から、日本では考えなければならない。

相続税について連邦憲法裁判所2010年7月21日決定で問題となったが、日本では夫婦と同様に扱うことはできない。日本では、内縁・事実婚の当事者間で相続権は認められておらず、相続税法19条の2による配偶者の相続税の軽減措置も認められていないからである。<sup>(29)</sup>それでも、同決定は、我々に示唆を与えてくれる。

まず、カップルが継続した共同生活をおり、協力して財産を形成し、相互に扶養義務を負っていれば、そのことに基づいて一定の優遇を認める可能性を示している。内縁・事実婚は、たしかに法的に明文では確立されたものではないかもしれないが、判例は婚姻費用分担の規定の類推適用を

認めており、扶養義務に関しては法的に確立しているとも評価できるからである。これは、男女のカップルのみならず、同性カップルにも妥当すると考える。

さらに、家族原理にかんする問題がある。家族とは夫婦と子から成立する、婚姻を核とする家族形成という理解が、父母が婚姻していないが子のある家族、子がない夫婦のみの家族の増加・表面化によって揺らいでいると言われて久しい。そのような状況の中で、2010年決定が同性登録パートナーシップを対象として新たな家族原理を示したとはいえない。

もっとも、子の有無にかかわらず婚姻には同じ規定が適用されている現代において、家族原理を純粋に体現する規定が存在しうるのかの方が疑わしい。他方で、子を養育するパートナーシップ関係のみを対象とする方向に家族原理が純化していくともいえない。

例えば、オーストリアでは、一般社会保険法と事業社会保険法による健康保険給付を婚姻していないが被保険者と共同生活し無償で家事を行う異性の生活伴侣に認めていた。同性カップルの当事者が給付請求権を認めるように訴えたのに対して、連邦政府は子がいる家族への支援が目的であると主張した。憲法裁判所 2005年 10月 10日判決は、子があることが要件ではないことを指摘し、<sup>(30)</sup> 同性カップルの給付請求権を認めた。違憲として削除された規定に代えて、連邦政府は、子の教育に専念している者という要件を新たに規定した。これにより、男女間か同性間かに関係なく、子を育てるパートナーシップが保護されることになった。しかし、この規定は、男女カップルに適用されることなく、2009年に改正され、子の教育に専念しているという要件が削除された。

また、同性登録パートナーシップに共同縁組が認められるとすれば、家族原理による保護の対象となるのかという問題もある。これを肯定するならば、婚姻または登録パートナーシップという制度と家族原理との結びつく可能性がある反面、制度外のカップル及び家族と家族原理の関係が問われるだろう。

## 註

- (29) 同性カップルも含めた日本における状況については、平田由紀子「事実上の夫婦の法的地位」松尾弘・益子良一編『民法と税法の接点——基本法から見直す租税実務——』ぎょうせい（2005）35頁を参照。
- (30) 同判決については、渡邊泰彦「同性カップルをめぐるベルギーとオーストリアの判決」東北学院法学65号（2006）8頁を参照。

## 付記

本研究は、科研費基盤研究(C) 22530093によるものです。