

〔論 説〕

法，人権，セクシュアリティのはざままで ——性的マイノリティの法的諸問題——

日本学術振興会特別研究員

谷 口 洋 幸

はじめに

1. 性的指向にもとづく差別
 - 1.1 東京都府中青年の家裁判——権利の射程
 - 1.2 行政における対応——性的指向と人権
 - 1.3 性的指向にもとづく差別の禁止——諸外国の法規定から
 - 1.4 「性的指向」の明記をめぐる一考察
 2. 性別の変更
 - 2.1 特例法ができるまで——法解釈の膠着状態
 - 2.2 特例法の成立背景と概要
 - 2.3 特例法の検討——責任の転嫁，身体処分の強制
 3. 同性カップルの法的保障
 - 3.1 日本の現状——法規定と実務における位置づけ
 - 3.2 現行法における2つの選択肢——養子縁組，公正証書
 - 3.3 日本における法制化の可能性——諸外国の議論から学べること
- おわりに

はじめに

近年，報道やテレビ番組，映画，小説などにおいて，同性愛，ゲイ，レズビアン，性同一性障害あるいはトランスジェンダーといった言葉を耳にする機会が増えている。子どもからお年寄りまで，むしろこれらの情報から自由

1) それぞれの言葉についてさまざまな説明が試みられているが，本稿では紙幅の関係から詳細な定義は割愛し，おおよその共通了解として次のことを前提に論を進める。「性的指向」とは性的あるいは感情的な魅力や行為の対象となる性別が，自己の認識する性

に生活することは不可能な状況にさえある。法律にかかわる話題としては、諸外国における同性カップルの結婚や、いわゆる性転換者の性別変更が世間の耳目を集めることが多い。法学研究の分野でも家族法や憲法・人権論の分野を中心に、家族的価値観の多様化にともなう法律問題や、いわゆる性転換者の性別変更や性の多様性をめぐる人権保障に関連した研究が増加している。

本稿では、性的マイノリティと総称される人々にまつわる法的諸問題について、日本の現状と課題を中心に論じてみたい。むろん、ひとりひとりの人生に関係する法的諸問題のすべてを語る事が物理的に不可能であるように、性的マイノリティという特徴をもつひとりひとりの人間の法的諸問題を網羅的に言及することは不可能である。そこで本稿では、3つの代表的テーマに焦点をあて、諸外国の法状況をふまえながら、日本の法状況について考察をくわえることとする。とりあげるテーマは順に、(1)性的指向にもとづく差別、(2)性別の変更、(3)同性カップルの法的保障である。

別とどういう位置関係にあるかを示す用語である。「ゲイ」「レズビアン」は、それぞれ性的指向が男性から男性に向いている人々と女性から女性に向いている人々を指す人称である。また「性同一性障害」とは、持って生まれた性別とその性役割に強い違和を感じ、逆の性別でありたい・あるはずだと願う状態が長く持続するため、心理的もしくは社会生活上、重大な困難を抱えている状態をさす疾病概念である。「トランスジェンダー」という用語は性別違和をかかえる人々が、医療による診断とは関係なく、自らを表現する言葉として用いてきたものである。また本稿では直接的にはとりあげないが、性腺や性染色体レベルで典型的な男女に分類できない「インターセックス」という特徴を有する人々もいる。インターセックスをかかえる人々の法律問題については別稿(谷口洋幸「インターセックスの子どもと法律」『子どもの医療と生命倫理』(法政大学出版部・近刊))を参照いただきたい。本稿では上記のような分類を総称する用語として「性的マイノリティ」という言葉を採用する。この言葉は「性別二分法・異性愛主義の規範にのっとらない現象全般」と説明できる。

- 2) たとえば、二宮周平『事実婚の現代的課題』(日本評論社・1990)、ロランス・ド・ベルサン/齋藤笑美子訳『ボックス：新しいパートナーシップの形』(緑風出版・2004)、上村貞美『性的自由と法』(成文堂・2004)、石原明・大島俊之編著『性同一性障害と法律：論説・資料・Q & A』(見洋書房・2001)、大島俊之『性同一性障害と法』(日本評論社・2002)など。
- 3) 本稿は、クィーンズランド大学言語文化学研究所レクチャー・シリーズにおける講演「The Legal Situation facing Sexual Minorities in Japan」(2005年9月6日、クィー

1. 性的指向にもとづく差別

性的マイノリティをめぐる法律問題として最も有名なのは「東京都府中青年の家裁判」として知られる事案であろう。本件については多くの判例評釈がだされており、かつての司法試験にも関連事案が出題されるなど、性的指向に関連する記念碑的判決であることに異論はない。

1.1 東京都府中青年の家裁判——権利の射程

本件の経緯は次のようなものである。この事件は動くゲイとレズビアンのかい (OCCUR) (以下、アカー) という同性愛者の権利運動団体が、東京都教育委員会所管の公共宿泊施設「東京都府中青年の家」を利用中に他団体から誹謗中傷をうけた上、翌年の利用申請を拒否されたことが引き金となっている。都教育委員会の拒否理由は、同施設が男女別室宿泊を原則としていることに照らすと性的に惹かれ合う同性愛者の同室宿泊は許可できないことや、同性愛者を宿泊させることが施設の目的である「青少年の健全育成」と齟齬をきたすことなどであった。第一審ではアカーの使用申請を拒否することが違法かつ差別的であるとして、財産的損害と非財産的損害および弁護士費用として26万7,200円の損害賠償請求が認容された。裁判所は当該拒否が性的行為の漠然とした可能性のみにもとづくものであり、この論理によれば同性愛者が常に同施設を利用できなくなると指摘した⁴⁾。第二審の東京高裁が都側の控訴を棄却したため、事件はアカー側の勝利で幕を閉じることとなった⁵⁾。

本判決は日本ではじめて性的指向を理由とした行政処分の違法性を示した

ンズランド大学：オーストラリア)、ならびに、カナダ・モントリオールで開催された LGBT (Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender) 人権国際会議 (2006年7月26-29日) における報告「Sexual Diversity in Asia: LGBT Human Rights in Japan」(2006年7月27日) の内容を邦訳の上、加筆・修正したものである。

4) 東京地判平成6年3月30日判タ859号163頁。

5) 東京高判平成9年9月16日判タ986号206頁。

ものであり、同性愛をめぐる権利運動の幕開けとして世間の注目を浴びた。事実、高裁の判決文にある次の言明は、性的マイノリティの人権保障を希求する際の常套句として、現在でもさまざまな場面で引用されている。

「一般国民はともかくとして、都教育委員会を含む行政当局としては、その職務を行うについて、少数者である同性愛者をも視野に入れた、肌理の細かな配慮が必要であり、同性愛の権利、利益を十分に擁護することが要請されているものというべきものであって、無関心であつたり知識がないということとは公権力の行使に当たる者として許されないことである。」(下線筆者)

この言明は、性的指向のみならず、あらゆる少数者の権利擁護を行政当局の責務と位置づける論拠として有用であり、きわめて重要な意義をもつ。

しかしながら、本件を同性愛者の人権裁判と位置づける評価に少なからぬ疑念を抱かせる。というのも、原告側は非財産的損害として公的施設への宿泊拒否にともなうアカーの社会的評価の低下や同施設の管理者の発言が与えた個人々人への重大な精神的苦痛を補填する慰籍料を請求していた。裁判所はこの請求をおしなべて棄却しているのである。上述の有名な言明もあくまで傍論 (obiter dictum) として述べられたにすぎないことに鑑みれば、本件を一般的な差別禁止の先例として他の人権侵害に敷衍することは難しいと考えられる。むしろ、集会の自由の文脈において、公的機関の裁量との関連で位置づけるのが法的推論としては⁶⁾ 順当であろう。

ところで、本件で敗訴した東京都教育委員会は、同判決の高裁の文言にもかかわらず、性的指向に関連する事項を⁷⁾ ふくめた性教育全般について、消極的・否定的な態度をとりつづけている。三権分立の本質を想起すれば、司法

6) たとえば、皇居前広場の使用不許可事件 (最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁) や泉佐野市民会館の使用不許可事件 (最三小判平成7年2月7日民集49巻3号687頁) との関係で検討が必要となる。むしろ、筆者は本判決が社会に与えた影響や、同性愛の当事者らをはじめとする性的マイノリティの人々に多大な勇気を与えたことの意義を放棄あるいは過小評価するものではない。ただ、このように本件の限界を見据えることは、研究のみならず、実務においても不可欠と考える。

の判断が被告である都教育委員会には届かず、一般市民たる同性愛者の活動団体でのみ重用されている現状は、なんとも皮肉なものである。

1.2 行政における対応——性的指向と人権

日本国憲法において法の下での平等を規定する14条は、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」にもとづく差別を禁止する。ここでいう「性別」が、性別二分法にもとづく男性と女性の間での平等原則を包含していることに異論はない。はたして、この文言には同性愛と異性愛および両性愛を区分する基準としての「性的指向」が含まれるのか。日本が1979年に批准した自由権規約26条に規定される「性 (sex)」や、国際人権法の重要な解釈指針と位置づけられるヨーロッパ人権条約の14条に規定される「性 (sex)」には、「性的指向」が含まれるという解釈が今日では確立している⁸⁾。日本の憲法学において「性的指向」は「社会的身分」との関連で論じられる傾向が強いが、前述の国際人権法の解釈を参考に「性別」との関連を論じることも有益と思われる。また、国際法の一般的受容方式をとる日本の法体系のもとでは、前述の解釈は国内法の解釈や行政措置の場面において「誠実に遵守すること」——とまではいかなくとも、ひとつの重要な解釈指針として⁹⁾ 子細に検討すること——が要請されよう。

7) もっとも極端な形であられたのが、2003年の都立七生養護学校の性教育に対する処分である。この事案では東京弁護士会も重大な懸念を表明している。東京弁護士会『東京都教育委員会の都立七生養護学校の性教育に対する処分に関連する警告書要約版』（東京弁護士会ウェブサイト、<http://www.toben.or.jp/abouttoben/committees/kodomo/2005/0124.html>、2006年11月30日アクセス）参照。

8) たとえば、規約人権委員会のトゥーネン対オーストラリア事件に対する見解 (Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, Views of 4 April 1994. UN Doc CCPR/C/50/D/488/1992)、および、ヨーロッパ人権裁判所のサルゲイロ・ダ・シルヴァ・ムタ対ポルトガル事件判決 (Salgueiro da Silva Mouta v Portugal, Judgment of 21 December 1999, Reports 1999-IX) やカーナー対オーストリア事件判決 (Karner v. Austria, Judgment of 24 July 2003, Reports 2003-IX) など。

9) たとえば、大阪高判平成6年10月28日判時1513号71頁、高松高判平成9年11月26日判時1653号117頁のように。

他方で、国や地方自治体の人権施策あるいは男女共同参画社会の推進にむけた動きの中に性的指向をめぐる議論が散見される。

まず、国レベルでは2002年に国会に提出された人権擁護法案がその嚆矢である。同法案をめぐるのは、報道の自由への規制や国内人権機構の位置づけに議論が集中し、ひとつの歴史的な出来事とその陰に隠れてしまった。この法案こそ、差別が禁止される分類のひとつとして「性的指向」の文言が日本ではじめて明記されたものである（同法案2条5号）。同法案のたたき台となった人権擁護審議会の『人権救済制度の在り方について（答申）』では、この文言を説明する解説につづけて、「同じく性的少数者に位置付けられる性同一性障害、インターセックス（先天的に身体上の性別が不明瞭であること）を理由とする差別的取扱い等についても、同様に積極的救済を図るべき」とまで明言¹⁰⁾されていた。同法案は性的マイノリティの人々の生活を改善していく礎となるはずのものだったのである。結局、この法案は継続審議となり、最終的には廃案となった。2006年現在、改めて人権擁護法案が提出される動きもあるようだが、はたしてそこには「性的指向」の文字が生き延びているのだろうか。¹²⁾

地方自治体レベルでも性的指向と人権をめぐる議論がはじまっている。たとえば東京都の『人権施策推進指針』の起草過程では、性的マイノリティの権利運動団体が公聴会に招かれ、性的指向の概念や性的マイノリティのかかえる社会問題について意見聴取がおこなわれた。これをうけて都の諮問委員会は同指針に「性的少数者」がもりこまれるべきであるとの勧告をおこなっ

10) 人権擁護推進審議会『人権救済制度の在り方について（答申）』2001年5月25日。

11) 同法案は法務省ウェブサイトにも掲載されている。<http://www.moj.go.jp/HOUAN/JINKENYUUGO/refer02.html>（2006年8月25日アクセス）。谷口洋幸「人権擁護法とパートナーシップ制度」『にじ』4号（2003）42-48頁参照。

12) このほか、法務省の人権啓発活動の重点目標には「性的指向を理由とする差別をなくそう」という項目が明記されている。『人権教育・啓発白書（平成16年度版）』にも一つの項目として「性的指向を理由とする偏見・差別をなくし、理解を深めるための啓発活動」があげられている。ただし人権週間の重点目標として一括りに広報しているという「活動」以外、具体的な啓発活動の内容は不明確である。

たが、公表された草案からはこの言葉が消し去られていることが判明した。この文言の削除については500通あまりの抗議文が東京都に届けられたものの、最終的に策定された指針では「近年、同性愛者をめぐって、さまざまな問題が提起されています」というあいまいな記載が復活するにとどま¹³⁾っている。また2003年に宮崎県都城市で採択された『男女共同参画社会づくり条例』には「性別または性的指向にかかわらずすべての人の人権が尊重され」なければならないことが明記された(2条)。この条例は地方自治体レベルで性的指向を明記した数少ない実例として評価されていたが、市政の変更にともない、状況は一変した。2006年に「性的指向」を条例から削除する修正案が議会に提出されたのである。この削除提案については、全国各地の性的マイノリティの権利運動団体や個人、さらにヒューマン・ライツ・ウォッチのような海外の人権団体からも多くの抗議がよせられた。ところが、最終的に修正案は可決され、画期的な条例はわずか3年で姿を消してしまったのである。パブリックコメントの検討という形で、都城市のウェブサイトには性的指向を削除する理由が次のように記載されている。

「すべての国民は、憲法第13条及び第14条において『個人の尊重』及び『法の下での平等』が保障されているところであります。この考え方に立ち、本市の条例においても主語を『すべての人』としました。また、『性的指向』に関しては、人権問題の一分野であり、『すべての人』で包括できるという考え方に立ち、削除しました。」(下線筆者)

性的指向は「人権問題の一分野」であり「すべての人」に含まれるという

13) Akitoshi Yanagihashi, "Towards Legal Protection for Same-Sex partnerships in Japan: From the Perspective of Gay and Lesbian Identity," in Wintemute, Robert and Mads Andenaes (eds.), *Legal Recognition of Same-sex Partnerships: A Study of national, European and international law*. Hart Publishing (2001), p. 352.

14) 『男女条例 (検討結果)』都城市ウェブサイト内 (<http://www.city.miyakonojo.miyazaki.jp/pabukome/shiminseikatu/seikatubunka/danjokentoukekka.jsp>, 2006年11月20日アクセス)。

説明は、一見、もっともらしい。しかしながら、性的指向がいまだ人権問題として十分に認知されていない現状や、この削除提案の背後にジェンダーの視点や男女平等に関するバックラッシュの流れが見え隠れすることに注視が必要である。市側の上記の削除理由が真意であるか否かは、今後の市政の中で問われなければならない。

1.3 性的指向にもとづく差別の禁止——諸外国の法規定から

日本の国内法では、包括的な差別禁止法や人権保障のための具体的な法律が制定されておらず、国家権力から独立した国内人権機構も設立されていない。この状況は国際人権基準たる『国家機構（国内人権機関）の地位に関する原則（バリ原則）¹⁵⁾』に反しており、事実、いくつかの国際人権条約実施機関から厳しい非難をうけている。先述した人権擁護法案の頓挫にもみられるとおり、日本では性的指向に関する事例そのものを議論するための基本的な法文書すらない状況ではある。このため、空想に空想を重ねる作業になるが、本節と次節では来たるべき日本版の差別禁止法における性的指向の位置づけを考察してみたい。本節では考察の前作業として、諸外国の実例を概観する。

諸外国の憲法や国内法には、差別禁止分類として「性的指向」が明記されているものがある。憲法レベルで「性的指向」にもとづく差別禁止規定をもつのは南アフリカ（憲法9条3項）、エクアドル（憲法23条3項）、フィジー（憲法38条2項a号）である。このうち南アフリカ憲法9条3項は、性的指向だけでなく、多様な分類を明記する点で注目される。

15) Commission on Human Rights resolution 1992/54, 3 March 1992; UN General Assembly resolution 48/134, 20 December 1993.

16) たとえば、規約人権委員会（CCPR/C/79/Add. 102, section C, paras 9-10）、子どもの権利委員会（CRC/C/15/Add. 90, section C, para. 10）など。

17) 国際法の分野では、1997年の改正 EC 条約（アムステルダム条約）13条が理事会管轄事項として、「性的指向」にもとづく差別への取り組みをはじめて規定した。その後、EU 条約から EU 憲法条約への流れの中で、EU 憲法条約草案 II-81条（連合基本権のうちの平等条項）に「性的指向」にもとづく差別の禁止が明記されている。

「国家は、人種、ジェンダー、性別、妊娠、婚姻状況、民族的・社会的出身、皮膚の色、性的指向 (sexual orientation)、年齢、身体障害、宗教、信念、文化、言語、出生を含む、ひとつもしくはそれ以上の理由にもとづいて、直接的あるいは間接的に不公正な差別をしてはならない。」(下線筆者)

この規定を根拠に、憲法裁判所は2005年12月に、結婚が異性間に限られることは憲法違反にあたるとの判決をくだしている。現在、南アフリカではこの判決にもとづいて提出された改正婚姻法が議会を通過し、大統領の署名をまっているところである(2006年11月現在)。また連邦制をとる国の州憲法レベルで「性的指向」が規定されている諸国もある¹⁹⁾。

一般的な差別禁止法の中で「性的指向」の文言をもつ国や州もいくつか確認できる²⁰⁾。このうちオーストラリアの各州の差別禁止法における違いがとても興味深い。1977年からすでに包括的な差別禁止法を有していたニューサウスウェールズ州は、1982年の改正において差別禁止分類のひとつに「同性愛 (homosexuality)」を追加した。これに対して、1998年にタスマニア州で制定された反差別法やオーストラリア首都特別地域 (ACT) で2004年に制定された差別禁止法では、「性的指向 (sexual orientation)」にもとづく差別禁止が規定されている。ところが、同年に北部準州 (NT) で制定された差別禁止法では、「セクシュアリティ (sexuality)」にもとづく差別が禁止された。規定文言が時代によって変化しているのである。とくに、北部準州が採用した

18) 南アフリカ憲法については、榎澤幸広「クローゼットのapartheidヘイト：南アフリカ憲法制定過程における性的マイノリティの位置づけ」『法とセクシュアリティ』1号(2002) 21-41頁参照。

19) たとえば、ブラジルのマットグロッソ州(1989年)およびセルジッペ州(1989年)、ドイツのブランデンブルク州(1992年)、チューリンゲン州(1993年)などがあげられている。See Wintemute, Robert, *Sexual Orientation and Human Rights*, Oxford University Press (1995) p. 265

20) たとえば、国際NGO「国際ゲイ・レズビアン人権委員会 (IGLHRC)」の調査では、コスタリカ、デンマーク(以上、1987年)、フィンランド(1995年)、スロベニア(1996年)、ルクセンブルク(1997年)などがあげられている。See. IGLHRC, *Antidiscrimination*. IGLHRC Fact Sheets (1998)

「セクシュアリティ」は、「異性愛、同性愛、両性愛あるいはトランスセクシュアリティに関する性的な特徴」と定義されていることは注目に値する。すなわち、この文言は従来の同性愛に対する差別だけでなく性別違和にかかわる差別問題も包含する一方、異性愛であることを理由とする「差別」も念頭におかれていることに特徴がある。こういった用語選択がはらむ問題性については、次節で検討する。このほか、スウェーデンにおいて国内人権機関の専門調査・処理官として「性的指向による差別禁止オンブズマン (HomO)」²¹⁾が設置されていることも注目される。いうまでもなく、差別禁止法や人権法にひとつの文言が規定されることと、その効果的な実施を手続的に確保することは、人権の保護・促進を実現するための車の両輪であり、スウェーデンのとりくみは高く評価されるものである。

また、ある特定の法分野や憎悪犯罪との関連で性的指向が規定される例も多い。たとえばスウェーデンの雇用における性的指向を理由とする差別禁止法、アイルランドの健康保険や憎悪犯罪扇動禁止法など、この実例は枚挙に暇がない。

1.4 「性的指向」の明記をめぐる一考察

先述した人権擁護法案の審議過程では、性的指向の文言が挿入されていることについて目立った反論は提起されていない。ところが、都城市の対応の変化にみられるように、差別禁止分類としての性的指向は立法過程において常に欲待される文言とはいえないこともまた確かである。そこで、本節では包括的な差別禁止法などに「性的指向」を明記することへの賛否両論を概観するとともに、筆者の私見をまとめてみたい。²²⁾

まず、性的指向の明記に賛成する立場からは、文言として明記されない限

21) 土井香苗「スウェーデンのオンブズマン：福祉国家における人権確立へ向けた取り組み」『国内人権機関の国際比較』（現代人文社・2001）261-262頁。

22) なお、否定的な立場として、性的指向や同性愛そのものは人権の文脈で語るに値しないとの立場も考えられる。本稿では紙幅の都合から、できるだけ生産的な議論に的を絞りたいため、この立場の説明と考察は割愛する。

り、現実の差別や社会生活上の問題を可視化し、解消していくことは難しいと指摘される。とりわけ制定法体系に属する日本のような国では、法律に言葉が明記されるか否かは命運をわける転機となりうる。都城市の文言削除提案に反対する声の多くは、この立場を採用していた。現状では性的指向にもとづく差別について社会の認知度が高いとはいえ、差別をうけた人々が救済をもとめる制度的・人的資源も明らかに不足している。この認識にたつと、都城市がしめた先の削除理由——性的指向は「人権問題の一分野」であるから、『『すべての人』で包括できる』という説明——は、にわかには信じがたいものと映る。きわめてわかりやすい順当な主張である。

他方、この文言の挿入に反対する意見も説得的に展開される。反対論は大きく次の2つに分けられる。ひとつめの立場は、性的指向を明記することが他の分類に与える影響を懸念する。たとえば、日本の憲法14条と先に紹介した南アフリカ憲法9条を対比してみると、列挙されていない差別禁止分類として、性的指向以外にも「障害」「年齢」「婚姻状況」「妊娠」「文化」「言語」「ジェンダー」などがある。それ以外にも、「性別自認」や「収入」「学歴」「身体的特徴」といった分類も差別禁止の文脈で語られることがある。この場合、明記されていない文言のうち「性的指向」だけが加えられると、立法意思に依拠する解釈の帰結として、同時に明記されなかった項目は法規範としての差別禁止分類にはあたらないとの理解が可能となる。反対論のひとつめは、このような意図せざる影響を懸念する。事実、この懸念はヨーロッパ人権条約第12議定書の起草過程において、差別禁止条項への「性的指向」の明記をめぐる提起された。このため同議定書の起草過程では、既存の分類が例示列挙であることが再確認されるにとどまり、性的指向などの新たな分類の明記はすべて見送られている。

もうひとつの反対論の立場は、「性的指向」そのものの意味射程や固定化に疑問を提起する。²³⁾ 一般に「性的指向」には変更不可能性あるいは生得性と

23) 代表的な論考として、綾部六郎『『セクシュアリティ』をめぐる平等論のディレンマ：『アイデンティティ』の相克の下で』『法哲学年報』2005 (2006) 144-156頁。

いう意味が内包されると説明されており、むしろこの意味内容は極端といえるまでに強調されている。これが法の分野で強調されるのは、憲法学でいう「疑わしき分類」として「厳格審査」の対象となるために、この要素が不可欠であることに起因すると考えられる。が、そもそも変更不可能性や生得性という性質については、科学的検証と称する命題自体が歴史的にもわずかここ数世紀の間につくられた所産であり、しかもその内容が変遷をとげてきたことや、変更不可能あるいは生得的なものだとは認識しない当事者も少なからずいることに照らせば、疑問が生じる。同性愛の非病理化という歴史を想起すれば、変更不可能性の科学的根拠もまた、将来にわたって不変であることは保障されない。「性的指向」を個人の属性の中核と位置づけることへの疑問も説得的に論じられている。²⁴⁾ これらの立場からは、「性的指向」ではなく「性的志向」「性的嗜好」「セクシュアリティ」といった代替案や、法の文言にのせることが新たな周縁領域を生み出すことへの危惧が示される。

性的指向を法律の文言にのせることには、上記の内容を含めてさまざまな賛否両論が呈示される。この点について筆者は、さしあたり「性的指向」という文言の明記に賛同した上で、その文言の意味射程あるいは概念の外延を、時代の流れに即して不断に再解釈していく立場が妥当と考えている——ただし、立法論を論じる前に、国際人権法を解釈指針とした法解釈による解決の必要性を留保するが。すくなくとも現状をみるに、何らかの文言が付け加えられなければ、性的指向を人権の俎上にのせることは困難である。「すべての人」に「性的指向」が含まれるから明記は不要だという見解は詭弁にすぎない。また、他の分類に対する意図せざる影響への懸念は、時にきわめて重要な意味をもつ。たとえば、日本ではじめて性的指向が明記された先の人権擁護法案の国会審議では、同法案の2条5項（差別禁止分類の規定）が限定列举であることの説明がなされている。²⁵⁾ この理解では先の懸念がもっとも鮮明

24) たとえば、平野広朗『アンチ・ヘテロセクシズム』（バンドラ・1994）、関修・木谷孝子編『知った気であるあなたのためのセクシュアリティ入門』（夏目書房・1999）、遠藤和士・ひびのまこと『知っていますか？ 同性愛ってなに』（解放出版社・2004）。

25) 政府参考人（吉戒修一）、第155回国会法務委員会、2002年11月7日。

にあらわれてしまう。したがって、分類の追加に際しては、同時にその規定を例示列举と性格づけていくことが不可欠となる。さらに、「性的指向」という用語の選択が複雑な問題をはらむことも常に意識しなければならない。ただし、他の文言を選択したところで、新たな「正しい定義」論争が始まることは容易に想像できる。また、ひとつの文言選択が新たな周縁領域を生み出す反作用は、いくら縮小させる事はできても、解消することは不可能である。法は、常に規定する対象について定義を求められ、その意味では法は権力的・暴力的でしかありえない。この法に内在する限界を理由に「性的指向」の挿入を拒否する見解は、一見すると説得的であるものの、判例法体系に属する国であればまだしも、制定法体系にある日本で主張するとき、あまりに現実と乖離してしまう。むしろ、逆に法に書かれぬ状況を維持することで、社会にある差別的な現状を追認する作用さえもたらしかねない。法に文言を挿入することと、それを問い直すことは同時並行可能な作業であり、むしろ同時並行させることではじめて、そこにある現実の生に資する道具となるのではないか。

2. 性別の変更

2003年7月16日、「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」（以下、特例法）が成立した。性同一性障害という言葉は、1996年に埼玉医科大学がいわゆる性転換手術を正式に承認して以来、急速に世間の注目をあつめるようになった。²⁶⁾東京放送の長寿テレビドラマ「3年B組金八先生」では第6シリーズ（2001年10月～2002年3月）の主要テーマとしてとりあげられ、東京都世田谷区の区議会議員選挙（2003年4月）では性同一性障害を公言した候

26) いわゆる「性転換手術」をあらわす医学用語の「sex reassignment surgery (SRS)」に1996年当初は「性別再指定手術」などの訳語があてられていたが、現在は「性別適合手術」という訳語が定着しつつある。なお、英語圏の関連判例では「gender reassignment surgery (GRS)」という語が用いられている。本稿では法的諸問題の内容の理解を優先するために、一般的に定着している「性転換手術」という語を用いている。

補者が当選し、また性同一性障害を公表した競艇選手がニュースメディアに登場するなど、制定当時の時代状況を説明する具体例は枚挙にいとまがない。当事者のライフ・ヒストリーを描く書籍や漫画も、現在にいたるまで続々と刊行されている。特例法はこういった社会状況に後押しされながら、まさに時流の中で成立した法律であった。²⁷⁾²⁸⁾

2.1 特例法ができるまで——法解釈の膠着状態

性別の変更というテーマが法学の俎上にのったのは、いわゆる性転換手術の合法性をめぐる事件が最初であった。「ブルーボーイ裁判」として知られるこの事件は、性転換手術が優生保護法（現在の母体保護法）28条の「故なく生殖を不能にする行為」にあたるか否かが争われたものである。第一審では、被告医師が十分な説明や診断なく軽率に手術をほどこした点を考慮し、当該手術が優生保護法に違反するとして、被告医師に有罪判決がいわれた。²⁹⁾ 続く控訴審においても、同様の理由から控訴は棄却されている。³⁰⁾ この裁判以来、前述のような社会状況へと至るまでのあいだ、性転換手術は認められないとの風潮がはびこっていたといわれる。もっとも、当時の判例評釈では、判決は性転換手術そのものではなく、被告医師が十分な診断と事前の説明と同意（現在でいうインフォームド・コンセント）を経ずに手術を行ったことを違法と判断したとの理解が示されているが。³¹⁾

27) この頃に刊行された書籍として、虎井まさ衛『男の戸籍をください』（毎日新聞社・2003）、安藤大将『スカートをはいた少年：こうして私はボクになった』（ブックマン社・2002）、芹沢由紀子『オッパイをとったカレシ』（講談社・2002）、針間克己・相馬佐江子編『性同一性障害30人のカミングアウト』（双葉社・2004）、真木征麿・山田正行『トランスジェンダーとして生きる』（同時代社・2006）、水間百合子『女に生まれて男で生きて：女子サッカー元日本代表エースストライカーと性同一性障害』（河出書房新社・2006）、杉山文野『ダブル・ハピネス』（講談社・2006）など。

28) 成立経緯に関する立法学からの分析として、谷口功一『「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律」の立法過程に関する一考察』『法哲学年報』2003（2003）212-220頁。

29) 東京地判昭和44年2月15日刑月1巻2号133頁。

30) 東京高判昭和45年11月11日高刑判23巻4号759頁。

他方、民事法の分野で性別の変更というテーマがとりあげられるのは、名の変更および戸籍の続柄にあらわされる性別（長男、二女、養女など）の訂正に関する事件である。特例法が成立する以前の判例は、名については比較的ゆるやかに変更が許可されていたものの、性別の訂正については、これを認めない決定が判例として確立されていた³²⁾。戸籍訂正は記載内容に「錯誤」または「遺漏」があった場合に許可される（戸籍法113条）。インターセックスの特徴をもつ人の戸籍訂正は出生当初からの「錯誤」として同条の枠内に入るが³³⁾、性転換手術をうけた者は性染色体があくまでも元の性別であることから、³⁴⁾「錯誤」あるいは「遺漏」ではないとの解釈がなされてきた。性染色体を性別の基準とするこの解釈は、以後の同種の事件で判例として定着していった。

上記の解釈が固定化されていくなか、いくつかの決定において次第に性同一性障害をかかえる人々の現状に憂慮の念を示す判決文が増加してきた。ここでは、性転換手術をうけた人々が性別を変更できないのはあくまでも法解釈の限界であることが強調され、より積極的には、立法府による解決の要請を明示するものもあらわれた³⁵⁾。特例法が成立する直前に提起されていた戸籍

31) たとえば、町野朔「性転換手術」『別冊ジュリスト』33号（1971）258-261頁。富田孝三「性転換手術と刑事責任」『法律のひろば』23巻5号（1970）20-23頁など。ただし、「1996年まで性転換手術は違法だと考えられてきた」あるいは「当時から手術そのものは違法とみなされていなかった」という言説そのものが、1996年の性転換手術の公認に前後して急速に構築されたものであるとの重要な指摘がある。石田仁「甦るブルーボーイ裁判の〈精神〉：性転換手術とその違法性に関する、雑誌メディアを用いた物語論的言説分析」『法とセクシュアリティ』1号（2002）85-117頁。

32) 東海林保「いわゆる性同一性障害と名の変更事件、戸籍訂正事件について」家月52巻7号43頁。ただし、三橋順子の研究によって、日本初の性転換女性といわれる「永井明子」が続柄欄を「養男」から「二女」へと変更した戸籍の写真が『日本週報』1954年11月5日号に掲載されていることが判明した。三橋順子『性転換』の社会史(1)：日本における『性転換』概念の形成とその実態、1950～60年代を中心に」矢島正見編著『戦後日本女装・同性愛研究』（中央大学出版部・2006）404-409頁。

33) 札幌高決平成3年3月13日家月43巻8号48頁。

34) 先例として頻繁に引用されるのが、名古屋高決昭和54年11月8日家月33巻9号61頁である。

訂正事件は最高裁判所まで持ち込まれたものの、最終的には訂正の拒否が法的には正当とされ、立法による解決が残された唯一の道と考えられるようになった。³⁶⁾

2.2 特例法の成立背景と概要

特例法の成立背景としては、裁判所の判断や冒頭に述べた社会状況だけでなく、日本精神神経学会のガイドライン(1997)を皮切りに、日本性科学会や日本弁護士連合会といった学術団体や実務団体が法的な性別変更の法制化を要請する声明を繰り返していたこともあげられる。³⁷⁾ また、当事者および支援者の団体から法整備や社会環境の整備を求める意見書の提出や陳情が相次いだことも手伝い、いくつかの地方自治体では性別変更の法整備を国会にもとめる要望書が決議された。同時にこの活動によって、各地の地方自治体において公的文書における不要な性別欄の削除がなされてきたことは記憶に新しい。さらには、先に性的指向に関連して述べてきた国や地方自治体の人権施策あるいは男女共同参画の議論の中に、性別違和をかかえる人々の人権への配慮が明記されていた。たとえば、福岡県八女市の「男女共同参画のまちづくり条例」第7条4項(2004年4月1日)には、「すべての人が、性同一性障害を理由とする差別をしてはならない」と明記され、³⁸⁾ 大阪府堺市の「男女平等社会の形成の推進に関する条例」第3条6項(2002年4月1日)には、条例の基本理念として「男女の性別にとどまらず、性同一性障害を有する人、先天的に身体上の性別が不明瞭である人その他のあらゆる人の人権について

35) たとえば、東京高決平成12年2月9日判時1718号62号。

36) 最決平成15年5月28日、東京高決平成15年3月27日(ともに判例集未登載)。ただし、南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』(日本加除出版・2004)258-265頁に全文が掲載されている。

37) 南野『前掲書』(注36)236-251頁。

38) もっとも、八女市男女共同参画推進審議会が作成した条例案では、同項に性同一性障害と並んで「性的指向」が記載されていた。この文言は市議会へ条例案が提出される際に「その他性に関する事項」と修正され、最終的にその部分も削除された現行条文となった経緯も注目される。

も配慮されるべきこと」が明記されている。

このような時流の中で成立した特例法の概略は次の通りである。同法では、2名以上の医師により性同一性障害と診断された人(2条)が、3条の5つの要件を満たす場合に、戸籍の続柄欄の変更審判をうけることができる。5つの要件とは、本人が20歳以上であること(1号)、請求当時に婚姻していないこと(2号)、現に子どもがいないこと(3号)、生殖腺あるいはその機能を喪失していること(4号)、そして性器の外観が他方の性別に近似していること(5号)である。これらの変更要件を満たした上で、家庭裁判所から変更の審判をうけた場合、本人は「民法その他の法令の規定の適用について」新たな性別に属する者としてとりあつかわれることとなる。

最高裁判所の統計によれば、同法の施行後1年間のあいだに、218件の変更申立てがなされ、うち208件の変更が許可³⁹⁾されている。

同法は、国会への法案提出から採択までわずか10日という異例の早さで成立したが、その外見とは裏腹に、規定内容をめぐる賛否両論の攻防は決して平坦なものではなかった。同法の制定に携わった当事者のみならず、立法者や支援団体は、それぞれの立場からさまざまな「苦渋の選択」を迫られた。この際にもっとも議論となったのは、同法3条にもりこまれた「現に子がないこと」(3号)という変更要件である。この要件の不当性については、当事者による撤廃に向けた運動も活発におこなわれており、子どもがいることの変更不可能性や子の福祉という観点から筆者も同号の撤廃には賛同するものである。次節では、これまであまり触れられてこなかった同条4号(生殖機能の放棄)および5号(外性器の近似性)の2つ要件に着目してみたい。

39) 最高裁判所事務総局家庭局「性別の取扱いの変更申立事件数」2005年7月、最高裁判所ウェブサイト、URL: <http://courtdomino2.courts.go.jp/home.nsf>, 2005年8月14日アクセス。

40) たとえば、GID特例法「現に子がないこと」要件削除全国連絡会(子無し要件全連)、<http://sakujo.org/>, 2006年9月7日アクセス。

41) 同号の不当性に関する法学者の解説として、二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(2):特例法を読む」『戸籍時報』559(2003)2-17頁。

2.3 特例法の検討——責任の転嫁，身体処分の強制

まず4号の要件は，特定の人々に生殖機能の放棄を強制するものであり，断種法に起源をもつ国民優生法／優生保護法（現在は母体保護法との名称変更によりその意味合いは薄れているものの）を彷彿させる。性転換手術の過程において生殖機能が内分泌的に失われていくという事実もあるが，生殖腺という器官の除去やその機能の永続的な喪失は，まさに法的に強制される断種である。1994年のカイロ人口会議から定式化されているリプロダクティブ・ヘルス／ライツや生殖補助医療技術の発達による配偶子の凍結保存の可能性と，同号の要件はどのように整合的でありうるのか。たとえ生殖機能の放棄の必要性について現時点で医学的な根拠があるとしても，これを性別変更の法的な要件に列挙する必然性はあるのだろうか。

立法府側からは，生殖機能の放棄を法的な要件とすべき理由は，次のように説明される。すなわち，「残存する元の性別の生殖機能による子が生まれるようなことがあるならば，様々な混乱や問題が生じることにもなりかね」ないという点である。たとえば，ここで想定されている「様々な混乱や問題」が3号の要件で理由とされているような「子の福祉」であれば，それは性別違和をかかえる人々を自分たちとは異なる存在として位置づけ，差別的なあつかいを不用意に許容している社会の側の責任である。にもかかわらず，その責任の所在を性別違和をかかえる人々の生殖機能へと転嫁する不当な理屈である。仮にそこで想定されているものが嫡出推定のからみでの「様々な混乱や問題」であれば，異性カップルの生殖補助医療技術を利用した出産と同じように，新たな法整備や倫理的検討の対象として模索すべきものであって，法的な強制断種という手段を正当化しうるものではない。

また5号の手術要件も重要な問題が潜んでいる。たとえば，治療費と取入格差をめぐる問題があげられる。手術には国民健康保険が適用されないため，男性から女性への性転換（Male to Female，以下 MtF）の場合には平均200万円から500万円，女性から男性への性転換（Female to Male，以下 FtM）の場合には平均500万円から800万円の手術関連費用が必要と推計されている。そもそも，日本では女性の非正規雇用率の高さや意思決定過程への参画率の低さが

ら、男性に比して女性の平均収入は6割ほどしかない⁴²⁾。前述の推計のように変更前は法的・社会的に女性であるFtMの方が高い手術関連費用を捻出しなければならぬ現実に鑑みれば、同号はまるで労働法の分野でいわれる「間接差別」の様相を呈している。すなわち性別に中立的にみえる5号の規定がとくにFtMにとって不均衡なほど過酷な条件となり、FtMの性別変更の機会を実質的に閉ざしているとも評価できるのである。そのほか、施術可能な医療機関の限定性という地域的な問題、あるいは外科手術への身体的耐性のような限界からも、5号が本人の責めに帰すべからざる構造的な社会問題にきわめて無頓着な規定であることがわかる。

なお、手術を望まないものの自己の性別に違和をかかえる人々は、4号と5号の要件によって法的な性別の変更の可能性は完全に排除される。身体の処分は自己の最も根源に属するプライバシー事項であるにもかかわらず、両号はそれを法によって強制する⁴³⁾。このため、性別を変更するために、もともと望んでいない手術にかりたてられるという本末転倒な状況がうまれてしまう。あくまでも「男性」あるいは「女性」という性別二分法に限りなく近い身体改変をとげた場合にのみ性別の変更を認めるこの2つの要件は、人権保障という観点とは対極に位置する思考ととらえられる。

同法の附則2号には、施行後3年を目途に再検討する旨が規定されている。特例法の5要件は、性別違和をかかえる人々の幸福追求権あるいは人格的自律 (personal autonomy) の尊重、個人の尊厳といった基本的人権との整合性という観点から問いなおされなければならない。諸外国にみられない規定だから改正や撤廃が必要なわけではなく、また、諸外国に共通しているからその規定が正当だといえるわけでもない。あくまでも日本法の文脈において、とりわけ日本で性別違和をかかえながら暮らしている人々の現状に目を向けた再検証がなされなければならない⁴⁴⁾。

42) 辻村みよ子『ジェンダーと法』（不磨書房・2005）114-117頁。

43) この点について憲法学から精緻な考察をおこなう論考として、園分典子「性同一性障害と憲法」『愛知県立大学文学論集』52（2003）1-17頁。

44) 同法を当事者らの声とともに包括的に再検討するものとして、石田仁編『性同一性障

3. 同性カップルの法的保障

最後に、欧米諸国を中心に大きな動きがみられる同性カップルの法的保障について検討する。日本においても、以前から当事者を中心として関心がよせられていたテーマであり、⁴⁵⁾2006年に開催されたこのテーマに関連するイベントでは各会場において活発な議論がくりひろげられた。⁴⁶⁾ここでは、日本の現行法について検討したのち、諸外国の状況をふまえて日本での議論の可能性を考察する。

3.1 日本の現状——法規定と実務における位置づけ

まず、日本では同性婚が認められているか、という素朴な疑問からはじめてみる。日本の制定法では婚姻は明らかに異性間に限定されている。たとえば憲法24条は、婚姻が「両性の合意」のみにもとづくことを規定する。この「両性」という文言を拡大解釈し、同性同士でも同性という2つの性別、すなわち「両性」だと主張することは不可能ではない。⁴⁷⁾またその賛否は別として、戦闘機や装甲車、銃火器を所有する陸上・海上・航空自衛隊は、憲法9条の「陸海空軍その他の戦力」にあたらぬという政府見解も長らく存在している。この解釈をふまえれば、あくまでも憲法24条は異性の結婚に関する平等原則を述べたにすぎず、もともと同性カップルを排除する明確な起草者意図は存在しないため、「両性」が男女だけでなく同性のカップルも含みうると目的論的に解釈することも論理的には可能である。が、やはり一般的な

害：身体・特例法・生命倫理（仮）』（御茶の水書房・近刊）。

45) たとえば、クィア・スタディーズ編集委員会編『クィア・スタディーズ '97』（七つ森書房・1997）47-105頁。

46) 「Rainbow Talk 2006：同性パートナーの法的保障を考える全国リレーシンポジウム」（2006年2月26日－4月16日）ホームページ <http://homepage2.nifty.com/rainbowtalk2006/>、2006年9月7日アクセス。

47) 角田由紀子『性の法律学』（有斐閣・1991）210-12頁。

支持をえることは難しいであろう。他方、婚姻や相続に関する民法の規定や社会保障に関する法律をみれば、そこでは「夫」「妻」、「父」「母」といった異性カップルに性別が特定される文言が用いられている。婚姻届にも左側に「夫となる人」、右側には「妻となる人」を記入することが求められている⁴⁸⁾。このように現行法を素直に読むかぎりでは、婚姻は異性間に限られていると考えられる。

では、実務や判例の立場はどうか。法務省は日本では同性カップルが婚姻できないことを前提として、いくつかの実務的なとりあつかいを定めている。たとえば、諸外国で婚姻する場合に「婚姻要件具備証明書」の提出を求められることがあるが、法務省が定めるこの証明書のひな形に2002年から新たに相手方の性別を記載する欄が設けられた。これは日本国籍保持者が海外で有効に同性婚関係に入れる場合でも、日本では有効に認められないことから、相手の性別が申請者と同性である場合、この証明書を交付しないというとりあつかいである⁴⁹⁾。また出入国審査で用いられる「入国・在留審査要領」では、同性婚の相手方には配偶者ビザを発給しないことが明記されている⁵⁰⁾。さらに判例では、男性から女性に性転換した外国籍の女性と、その事実を知らずに婚姻した日本人男性との関係については、「男性同士ないし女性同士の同性婚は、男女間における婚約的共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠く無効なもの」として、戸籍訂正の申立てを許可した事例がある⁵¹⁾。

同性婚をめぐる立法府の見解は、前述の特例法の制定過程において明確となった。同法は3条2号に、「現に婚姻をしていないこと」を性別変更の要件として規定する。婚姻関係を継続したままで戸籍の性別を変更すると、法

48) この点では「配偶者」という言葉が性別中立的な用語である。仮に日本で婚姻を同性間にも認めるようになる場合、関連する規定の文言を「配偶者」と改正することで上記の文言的な問題はある程度、解消されるであろう。もっとも「配偶」という語句のもつ意味にも注意する必要がある。

49) 平成14年5月24日法務省民一第一二七四号法務省民事局民事第一課長通知。

50) 法務省入国管理局『入国・在留審査要領』227頁、266頁。

51) 佐賀家審平成11年1月7日家月51巻6号71頁。

的に同性同士の「夫婦」という位置づけになるため、これを防ぐ目的で設けられたものである。⁵²⁾ 性別を変更した場合、民法の適用では新たに獲得した性別に属する者として取り扱われる(4条)ため、たとえばMtFの人が性別を女性へと変更した場合、男性との婚姻は可能となる。この場合、当該MtFのパートナーが女性である場合は、法的に同性であるため婚姻することができない。したがって、MtF本人は、自身の性別を変更すればパートナーと婚姻できなくなり、逆にパートナーと婚姻したければ性別が変更できないという板ばさみになる。

このように、現行法規定の解釈および実務において、同性カップルが婚姻関係に入る可能性はおしなべて否定的と解される。

3.2 現行法における2つの選択肢——養子縁組、公正証書

それでは、日本で同性のパートナーをもつ人々は、法的に何の保護も受けられず、扶養や社会保障、遺産相続といった場面では泣き寝入りをするしかないのか。今のところ、そういった法的利益を確保するための手段として、養子縁組制度の利用と公正証書による関係性の証明という2つの手法が用いられている。

日本では、成人間であればきわめて柔軟に養子縁組をすることができる。法的な制限といえば、年長者が養親とならなければならない(民法793条)という程度のものであり、ただ1日だけでも早く生まれた一方が他方を養子とすることができる。また届出主義を採用していることから、きわめて緩やかに養親子関係に入ることができる。養子縁組にもとづいて法定血族となることで、同性カップルは婚姻にもなって発生する相続や社会保障などの多くを親子という形で享受できるようになる。ただし、これはあくまでも制度の転用であって、両者の間に親子関係を創設しようとしているわけではない。このため、相続などの法的な争いになれば、既存の法制度のもとで正統な法的紐帯をもつ他の親族から、親子としての縁組意思が不在であることを理由

52) 南野『前掲書』(注36)130頁。

に縁組無効確認訴訟などが提起されうることを覚悟しなければならない(民法802条1号)。

もうひとつの方法として、公正証書を作成して2人の関係性を公的に証明する試みもなされている。共有財産に関する契約や相続に関する合意内容、あるいは医療行為に対する双方の同意権付与などの内容を、公正証書という形で文書化する方法である。現に、この問題を専門的にとりあつかう法律実務家⁵³⁾も活動をはじめており、同性カップルをもつ人々のコミュニティでは、その作成方法や効力について詳細な情報が発信されてきた。ただし、この公正証書が社会生活の上でどれだけの効力をもちうるか、さらには、法的な権利を主張する際に役立つかどうかは未知数である。

同性カップルが現行法のもとで保障を得る方策として、おもに以上の2つが考えられている。ところが、こういった動きに対しては、とりわけ法学の分野から次のような見解が示されることがある。たとえば、「そもそも同性愛の関係性は公序良俗に違反するから法的保護に値しないのではないか」という疑問、あるいは「社会一般の理解がえられていない現在において、法的保障の議論は時期尚早ではないか」という意見である。

しかしながら、この類の見解は発言者の一方的な価値観から述べられていることが多い。たとえば公序良俗違反が主張される場合、それがたんに同性間の性行為そのものに対する不快感や嫌悪感のあらわれであることや、同性カップルの関係性があたかも性行為を中核に構成されているかのような妄想にもとづくことが多いように思われる。また社会一般の理解の成熟度をあげる場合も、日本の性に関する意識調査を何ら参照することなく、自己の感覚や経験のみを一般化している場合が多くみられる。こういった見解については、より慎重に、法的な立論を試みなければならないであろう。

53) たとえば、行政書士小野合同法律事務所, <http://www.rights-create.com/partner/>, 2006年11月26日アクセス。セクシャルマイノリティ.net (行政書士法人 Witness ウィズネス), <http://sexual-minority.net/>, 2006年11月26日アクセス。

3.3 日本における法制化の可能性——諸外国の議論から学べること

同性カップルの法的・制度的保障が諸外国で実現していることは、おもに家族法分野の外国法・比較法研究が明らかにしてきた。このため「ヨーロッパを中心に、先進国では多くの国では同性カップルも結婚できる」という認識をもたれることが多い。ただし、法的な文脈では、もうすこし厳密な理解が必要となる。それは制度の位置づけをめぐる論点についてである。

「婚姻」とはあくまでも法的な結婚を意味する。現段階で同性婚(=同性間の法的な結婚)がみとめられている国は、オランダ、ベルギー、カナダ、スペインの4カ国のみである。むしろ、たとえばオーストラリアでは2004年に婚姻法が改正され、「婚姻は男女間でのみ成立する」という定義が法律の中に書き込まれている。アメリカでも同性婚を「禁止」する憲法修正案が2004年大統領選挙の争点となったことは記憶にあたらしい。

同性婚がみとめられていない諸国において、同性カップルが利用できるのは、「家族的パートナー制度」「パートナー関係法」「登録パートナーシップ制度」といわれる、婚姻とは別に創設された新制度である。婚姻をあくまでも異性間のみ限定しつつ、婚姻の亜流として、婚姻と同等の法的保護をうけられる別制度を新たに構築したものである。

これらの新制度はさらに次の2つのタイプに分類される。ひとつは同性間のみが利用可能な制度であり、1989年に世界ではじめて同性カップルの法制度をつくったデンマークをはじめ、スウェーデンやノルウェー、アイスランドといった北欧諸国の「登録パートナーシップ制度」がこのタイプを採用している。⁵⁴⁾ドイツの「生活パートナー関係法」もこのタイプに分類される。⁵⁵⁾も

54) スウェーデンの法制度については、菱木昭八朗「スウェーデン同性婚法」『ジュリスト』1056号(1994)137-140頁、木下淑恵「スウェーデン：同性愛カップルのパートナー法」『ジュリスト』1051号(1994)77頁参照。

55) ドイツの法制度については、ハインリッヒ・デルナー／野澤紀雅・宮本ともみ訳「ドイツ法における生活パートナー関係：法的差別の終焉」ハインリッヒ・デルナー／野澤紀雅・山内惟介編訳『ドイツ民法・国際私法論集』(中央大学出版部・2003)、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成立をめぐる議論」『徳島文理大学研究紀要』62号(2001)81-124頁、同「生活パートナーシップ法条

うひとつは、同性間だけでなく、婚姻はしたくないけれども法的な保障は望んでいる異性カップルにも利用可能な制度であり、フランスの民事連帯協約(パックス)⁵⁶⁾がこのタイプにあたる。なお、こういった新たな制度を設置することなく、相続や社会保障といった個別の法改正や判例によって同性カップルの生活を保障する国もある。たとえばオーストラリアのクィーンズランド州では、財産や相続、社会保障、移民といった多くの法分野で同性カップルも婚姻している異性のそれと類似の利益をうけることが可能となっている。

以上まとめれば、同性カップルの法的保障は、(1)婚姻そのものが認められているタイプ(婚姻型)、(2)同性間のみ特有の制度をつくるタイプ(別制度型)、(3)緩い形の疑似結婚制度をつくって異性間でも同性間でも使えるようにするタイプ(準婚拡大型)、そして(4)新たな法制度をつくることなく判例や実務によって保障を実現するタイプ(個別対応型)の4つに大別できる。

それでは日本において、同性カップルの関係性を保障する法制度をつくる場合、先の諸外国の類型からすると、どのタイプを模索していくのが適切か。諸外国では、いずれの類型を選択するかについて、政策担当者や議員、宗教関係者、同性カップルの当事者、事実婚関係の異性カップルあるいはシングル生活者・複数共同生活者などの間で、さまざまなパターンの連帯と意見の対立がみられた。たとえば、婚姻型を推進する立場からは、同性カップルにも異性間と同様の制度を利用できるようにすることで、とりわけ同性愛者に対する差別意識を解消する手助けになるといった点が主張される。また別制度型を是とする人々は、婚姻という言葉がもつ社会的意味をすぐに変えるのは難しく、また子どものことを考えると婚姻が異性間に限られることには一理あると主張する。準婚拡大型の採用を望む人は、結婚という堅苦しい制度がすでに時代遅れであって、結婚とは違う制度を望んでいる異性間の事実婚

文仮訳]『東北学院大学法学政治学研究科紀要』13号(2005)113-148頁参照。

56) フランスの法制度については、ド・ペルサン『前掲書』(注2)、林瑞枝「パートナー関係法の展開：フランスの連帯民事契約が示唆するもの」『法律時報』74巻9号(2002)33-38頁、力丸祥子「フランスにおける民事連帯協約法の成立をめぐって」『比較法雑誌』33巻4号(2000)127-141頁参照。

や内縁関係の人々と手を組んだ方が、世の中の理解が得られやすいと考える。⁵⁷⁾

日本では大阪府が公営住宅の入居を同性カップルにも開放している。これには自らレズビアンであることを公言（カミングアウト）している尾辻かな子大阪府議の尽力があった。今後、日本において同性カップルの法的保障が本格的に議論される際、上記の意見対立を日本の文脈に照らして検討をすすめるなければならない。

おわりに

本稿では日本の性的マイノリティに関連する法的諸問題を概観するとともに、積み残されている課題の一端を示した。これにより、現行法のもとでもいくぶんか性的マイノリティの存在は認識されつつあるものの、当事者らの生活実態や人権といった点からは、現状には不十分な点が多く残されていることが明らかとなった。

欧米の性的マイノリティに関連する法的諸問題は、おおむね共通した歴史をたどってきたことが知られている。それは最初に宗教的な倫理観にもとづいて同性間の性行為を処罰してきたソドミー法を撤廃（非犯罪化）した上で、個別的・包括的に差別を禁止し、そして同性カップルの法的保障をはじめとした制度的な承認へとむかっている。⁵⁸⁾ またイスラーム諸国を中心に、現在でも9カ国が同性間の性行為に死刑を適用しており、それ以外の諸国でも過酷な刑罰が科されていることが多い。

日本に特徴的なことは、これらの諸国で最初に闘うべき対象であったソド

57) 同性カップルの法制度に関する文献は諸外国で多く出版されているが、日本語で読める立法過程の議論として、ジョージ・チョーンシー／上杉富之・村上隆則訳『同性婚：ゲイの権利をめぐるアメリカ現代史』（明石書店・2006）。またパートナーシップをめぐる生活と法制度について、杉浦郁子・野宮亜紀・大江千東編著『パートナーシップ・生活と制度：結婚，事実婚，同性婚』（緑風出版・2007）。

58) Kees Waaldijk, 'Civil Developments: Patterns of Reform in the Legal Position of Same-sex Partners in Europe,' in *Revue Canadienne de Droit Familial*, 17 (2000): 62-88, p. 66.

ミー法が存在しない点にある。明治の一時期に「鶏姦罪」がソドミー法に該当する内容を規定していたが、この法律は9年という短い期間で刑法典から姿を消し、社会にほとんど影響をあたえなかったことが指摘⁵⁹⁾されている。また日本には歴史的に稚児、衆道、陰間茶屋といった慣行や制度があったことから、日本は同性間の性行為に対して「寛容」な社会であったと論じられることもある。

では、諸外国のようなソドミー法という明白な敵がない日本は、性的マイノリティに寛容になりやすい法文化であって、性的マイノリティの法的諸問題は機が熟せば解決に向かうのか。筆者はそういった楽観視ができない。なぜなら現在の日本で散見される性的マイノリティへの寛容さには巧妙な異がかけられていると思うからである。日本の社会状況は、法的に性的マイノリティに死刑を科すことはないものの、性的マイノリティの当事者らに沈黙を強いることで、性的マイノリティの存在を暗黙裏に抹殺している。あるいは性的マイノリティが特殊な文化的あるいは芸術的才能をもつ人々であるといった見方に代表されるように、あくまで特殊な人間としてしか理解されていない。性的マイノリティの人々は身近には存在せず、メディアや別世界に存在し、自身は性的マイノリティの当事者に出会ったことがないと、平然と宣言されることもある——友人・知人あるいは家族がそうであると想像すらしないままに。そこでみせられる寛容さは、あくまで他者として、自らの生活や自らの価値観を脅かさない限りでの性的マイノリティに対する寛容さでしかない。こういった状況下では、性的マイノリティに関する法的諸問題は、欧米あるいはイスラーム諸国のそれとは幾分か異なる検討が必要となることが予想される。諸外国の過去の先例にまなびつつ、日本の文脈をふまえた理論的研究と法実践が、性的マイノリティをふくめたすべての人々の人権享有へとつながるものと期待したい。

性教育研究の第一人者である山本直英は編著『セクシュアル・ライツ』を

59) 古川誠「セクシュアリティの変容：近代日本の同性愛をめぐる3つのコード」『日米女性ジャーナル』17号(1994)29-55頁。

公刊した際、そこに「人類最後の人権」との副題をつけた⁶⁰⁾。が、しかし、性にまつわる権利は「最後」の人権ではない。人権は声なき声を拾い上げていく不断の営みなのである。

[付記] 本稿は平成18年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）にもとづく研究成果の一部である。

60) 山本直英編『セクシュアル・ライツ：人類最後の人権』（明石書店・1997）。