同性婚

現在、日本では同性婚を法律上認めていないことに関する憲法上の問題について。

文責：石原、小島、根本

【日本において同性婚が認められないことによる同性カップルの不利益】

　《法的問題》

* 1. 同性カップル間で互いの財産を相続する権利が発生しない

民法890条　被相続人の配偶者は、常に相続人となる。この場合において、第八百八十七条又は前条の規定により相続人となるべき者があるときは、その者と同順位とする。

同性カップルの関係を法律上保護する制度が存在しないため、同性カップル間では相続権は発生しない。

* 1. 日常家事代理権が発生しない

民法761条　夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他の一方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対し責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない。

1969年の最高裁判決により、民法761条によって日常家事において夫婦が相互に代理権を持ち合う日常家事代理権も認められた。しかしこの規定は同性カップルには適用されず、あらかじめ代理権を授与し合うなどの措置が必要となる。また同性カップルと取引や契約をする第三者に対しても不便である。

* 1. 成年後見の審判申し立てができない

民法7条　精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、後見開始の審判をすることができる。

申立権が認められている家族は、配偶者と4親等以内の家族に限られる。同性カップルがこのような場合に備えるには任意後見契約を結んでおく必要がある。

* 1. 日本人と外国人カップルの場合の在留資格

日本人と外国で同性婚をした外国人がパートナーと日本で生活する場合、在留資格「特定活動」により入国滞在が認められる。一方異性カップルの場合では「家族滞在」という扱いになる。

* 1. 刑事弁護人の選任ができない

刑事訴訟法30条2項　被告人又は被疑者の法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹は、独立して弁護人を選任することができる。

同性カップルの片方が警察に拘留された場合、パートナーは独自に弁護人を付けることができない。

　《法的観点以外からの問題》

1. ローンで不動産の購入するにあたり、共有名義にすることを金融機関に拒否されるケースが多い
2. 生命保険の受取人が、多くの場合一定の血族あるいは配偶者に限られている
3. 医療機関において面会や情報提供が認められず、また医療行為の同意ができない

【国際社会において同性愛者の権利が人権問題とされるまで】

※ソドミー法・・・特定の性行為を犯罪と規定する。ヨーロッパや北米の多くの国で存在した。

1981年欧州人権裁判所　ソドミー法をヨーロッパ人権条約に違反すると判示

1990年ＷＨＯ　かつて同性愛は治療の対象として分類されていたが、ＩＣＤ（疾病分類）‐10において同性愛を疾病分類名から完全に削除

1993年ＷＨＯ　「同性愛はいかなる場合でも治療の対象にはならない」という宣言

1999年フランス　パックス法成立

2001年オランダ　同性婚が法律上認められる

2003年アメリカ　連邦最高裁判所がソドミー法を違法と判示

2006年国際会議　「ジョグジャカルタ原則」（性的指向、性自認に関する国際人権法の適用に関する原則）・・・性的指向や性自認に関わらず人は自由で平等であること、差別をされないこと、権利の共有が制限されないことを宣言。なお、この会議は国連による公式な国際会議ではなかった。

2006年国連人権理事会　「性的指向・性自認に基づく人権侵害を憂慮する共同声明」（54か国の賛同）

2008年国連総会　「性的指向・性自認と人権に関する共同声明」（66か国の賛同を経てアルゼンチン政府から提出）

2011年国連人権理事会　「人権　性的指向・性自認」決議採択…ＬＧＢＴの人権に関する初の正式な国連決議

2013年アメリカ　連邦最高裁判所が、婚姻を男女間に限定する結婚防衛法の一部を違憲と判示

2015年アメリカ　連邦最高裁判所が、同性婚は全米のすべての州で合憲であると判示

【各国の同性婚とそれに準ずる2つの制度について】

1. 契約型

フランス・ルクセンブルクなど少数の国が実施。フランスで1999年に成立したパックス法が代表例。同性カップルでも異性カップルでもいずれも利用できる、婚姻に準ずる民事連帯契約によりカップルの関係を保護する制度。

1. パートナーシップ制度

男女間の婚姻とは異なる関係として、同性カップルへの法的保障を一定の範囲で実現するための制度。伝統的価値観や宗教的価値観からの同性婚に対する抵抗と同性カップルの法的地位の安定や保障の実現との調整の中で、結婚とは異なる制度としてヨーロッパのいくつかの国を中心に導入されてきた。

1989年にデンマークで同性カップルの関係を法律上保護することを目的とする登録パートナーシップ法が施行されたのが最初。デンマークはじめ北欧諸国、イギリスやドイツなども実施。（なお北欧諸国においては、同性婚を法律で認めたのちにパートナーシップ法を廃止している。）

《パートナーシップ制度を持つ国一覧》フィンランド、グリーンランド、ドイツ、ルクセンブルク、イタリア、サンマリノ、アンドラ、スロベニア、スイス、リヒテンシュタイン、チェコ、アイルランド、コロンビア、ベネズエラ、エクアドル、オーストラリア（州による）、イスラエル、ハンガリー、オーストリア、クロアチア、マン諸島（英王室属領）、ジャージー諸島（英王室属領）、ジブラルタル（英国領）、マルタ、エストニア、日本（渋谷区）、台湾（台北市、高雄市）※デンマーク、スウェーデン、ノルウェーにおいては登録パートナーシップ制度にあるカップルが同制度にとどまることは可能だが、新規にパートナーシップを登録することは不可。

1. 同性婚合法

世界で初めて同性婚が法律上の婚姻として認められたのは2001年、オランダにおいてである。また、契約型の制度やパートナーシップ制度を経て同性婚を法で認めた例は多い（デンマーク・スウェーデンなど北欧諸国、イギリス、フランスなど）。またカナダでは2005年に同性婚を認める法律が成立したが、この制度はカナダ国籍でないものやカナダに居住していないものも利用できる。

《同性婚が認められている国一覧》オランダ、ベルギー、スペイン、ノルウェー、スウェーデン、ポルトガル、アイスランド、デンマーク、フランス、南アフリカ、アルゼンチン、カナダ、ニュージーランド、ウルグアイ、イギリス、ブラジル、米国、メキシコ、ルクセンブルク、アイルランド（2015年中）、グリーンランド（デンマーク自治領、2015年中）、エストニア（2016年より）、フィンランド（2017年より）

この他、タイ、台湾およびベトナムにおいて、同性結婚法案が国会で審議されている。アジアではこれまで同性婚が認められた国はないが、タイ、台湾あるいはベトナムにおいて法案が可決されればアジア初となる。

**同性婚に反対する意見**

１、少子化を招くとの意見

自民党の柴山昌彦氏はテレビ番組で「（同性婚を認めることは）少子化に拍車をかける」と発言した。これについては、現状でも法律婚が認められていないだけであって事実婚は存在するため同性婚を法律上認めるか認めないかの違いでしかなく、同性婚と少子化との間に因果関係がないとの批判がなされている。また、少子化という国・社会全体の問題を理由として個人の性的指向という内面部分を制限することは許されないものである。

２、憲法二十四条に想定されていない、または反するとの意見

“安倍晋三首相は１８日の参院本会議で、同性婚について「現行憲法の下では、同性カップルの婚姻の成立を認めることは想定されていない」と述べた。”（朝日新聞、2月18日）

“木村正義（渋谷）区議は委員会で「区は、パートナーシップ証明は憲法の婚姻制度とは別と言うが、同性婚に準じるのは明らか。憲法との整合性にも抵触する」と述べた。”（朝日新聞、3月26日）

憲法24条に婚姻は両性の合意のみに基づくとの規定があり、同性婚はこの条文に想定されていない、または反するものだという見解がある。実務においても、平成26年6月5日、女性二人が青森市役所に婚姻届を出したところ、青森市役所は憲法二十四条一項に反するとの理由で不受理とした例がある。

３、渋谷区の条例について、法律の範囲を超える条例に問題があるとの意見

谷垣氏は“「仮に法律ができているならともかく、法律ができていないときに条例だけで対応していくことは、社会生活を送る制度の根幹であるだけに、いろいろな問題を生むのではないか」”と発言した。（朝日新聞、3月10日）

憲法九十四条に関して、渋谷区の定めた条例は同性カップルに結婚に準じた権利を与えるものであるから、法律の定めを超えるもので問題であると指摘されている。ただし、渋谷区の条例には法的効力はなく、94条には抵触しないとの説明がなされている。

**憲法二十四条**

同性婚に反対する意見からは、「婚姻は両性の合意のみに基づく」とされているので、同性間の合意はこれに含まれず、同性婚を認めることは憲法に違反するとの考えがある。この考えにおいては、条文の「のみ」という文言は婚姻を男女間のものに限定していると解釈し、それ以外の場合については禁止しているとする。そこで、二十四条一項の規定について検討する。

二十四条一項は通常、婚姻の自由を定めたものであると解釈される。そもそも、二十四

条に限らず、憲法は国民に対して権利を制限する、もしくはある行為を禁止するという性質を持っていない。二十四条が同性婚を禁止しているものだととらえることは誤りである。

　次に、二十四条一項における「両性の合意のみ」という表現について、条文の制定目的の面から考える。

なぜ憲法は「両人」「両当事者」などの言葉を用いず、あえて「両性」という文言を規定したか。二十四条二項を参照すると、「法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されなければならない」とある。ここから、憲法は男女の平等を実現することを目指していることが読み取れる。一項で「両性の」という文言が使われたのは、婚姻における両当事者の意思を尊重するため、一方当事者のみの意思によって婚姻が成立するものではないと示すためであると考えられる。これは戦前においては家父長制がとられ、婚姻を含めた家族制度の中で男性が優位に取り扱われていたことを背景としている。

戦後旧民法七八八条、七八九条などに見られる家制度が解体され、戦前の家同士での結婚という考えは排除された。「合意のみ」としたのは当事者の親族などの合意は不要であることを示すためであると考えられる。つまり、この規定は戦前の家制度を排除し、両性の本質的平等の実現することを目的として作られたものであると言える。よって、婚姻を両性に限定するために「のみ」という表現を使ったわけではなく、両性の合意さえあれば十分であるという意味で使われているととらえるのが順当な解釈である。

条文においては男女を指して両性と表現しており、性を二元的に捉えているため、性的少数者はそもそも想定されていない。よって憲法は婚姻を男女間のものに限定しているわけではなく、同性間の婚姻については規定しておらず、したがって禁止もされていない。

以上より、憲法が同性婚を禁止しているとの見解は妥当ではない。

**現行民法の規定の違憲性について**

民法においては、明確に婚姻とは異性の間で行われなければならないという明文での規定は存在しない。しかし、七五十条以下に「夫婦」という言葉が使われているなど、民法全体として異性による婚姻を想定した条文が置かれていると言える。その結果、実務上でも、同性間で婚姻届を出そうとした場合は役所で受理されないという状況が生じている。

このような同性間の婚姻を認めない現行民法の規定、および立法の不作為は憲法に違反するか検討する。現状、同性間での法律婚が認められないまたはそれに準ずる法律上の権利を与えられていないために相続やその他実生活上の不利益があり、これは幸福追求の権利を定めた十三条及び法の下の平等を定めた十四条に反する可能性が考えられる。

十三条について。十三条は憲法に網羅されていない具体的権利を包括する一般的な権利である。ここでいう権利は個人の人格的生存に不可欠な利益であるとされる（人格的利益説）から、単なる財産上の不利益などでは足りない。そこで、自己決定権を主張することを考える。

　自己決定権又は人格的自立権とは重要な私的事項を公権力の干渉を受けることなく自律的に決定できる自由であり、家族やライフスタイルを決定する自由を含んでいると考えられる。各人が同性をパートナーとすると決定することは自由であり、その選択の結果法制度上の不利益を受けることになるのは不当である。

十四条について。同性愛者などの性的少数者が法律上の婚姻ができないこと、およびそれに付随した様々な不利益な取り扱いを受けることは、性的少数者に対する直接差別に該当する。立法は差別を解消する責務を負っており、立法の不作為は違憲であると考えられる。

【渋谷区の同性カップルパートナーシップ条例について】

1. 概要

同性カップルを結婚に相当する関係と認め、「パートナー」として証明書を発行する東京都渋谷区の条例が３月31日の区議会本会議で、賛成多数で可決、成立した。正式名称を「渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例」という。４月１日施行。同様の条例は全国に例がなく、性的少数者の権利を保障する動きとして注目される。

条例は、男女平等や多様性の尊重をうたった上で「パートナーシップ証明書」を発行する条項を明記。不動産業者や病院に、証明書を持つ同性カップルを夫婦と同等に扱うよう求めるほか、家族向け区営住宅にも入居できるようにする。条例の趣旨に反する行為があり、是正勧告などに従わない場合は事業者名を公表する規定も盛り込んだ。

証明書に法的な効力はなく、区側は「憲法が定める婚姻とはまったく別の制度」としている。

1. 条文（抜粋）と意義

渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例

（定義）

2条（７）性的少数者　同性愛者、両性愛者及び無性愛者であるもの並びに性同一性障害を含め性的違和があるものをいう。

2条（８）パートナーシップ　男女の婚姻関係と異ならない程度の実質を備える戸籍上の性別が同一である二者間の社会生活関係をいう。

（性的少数者の人権の尊重）

4条　区は、次に掲げる事項が実現し、かつ維持されるように、性的少数者の人権を尊重する社会を推進する。

1. 性的少数者に対する社会的な偏見及び差別をなくし、性的少数者が、個人として尊重されること。
2. 性的少数者が、社会的な偏見及び差別にとらわれることなく、その個性と能力を十分に発揮し、自らの意思と責任により多様な生き方を選択できること。
3. 学校教育、生涯教育その他の教育の現場において、性的少数者に対する理解を深め、当事者に対する具体的な対応を行うなどの取組がされること。
4. 国際社会及び国内における性的少数者に対する理解を深めるための取組を積極的に推進し、理解すること。

（区が行うパートナーシップ証明）

10条　区長は、第4条に規定する理念に基づき、公序良俗に反しない限りにおいて、パートナーシップに関する証明（以下パートナーシップ証明という。）をすることができる。

11条　区民及び事業者は、その社会活動の中で、区が行うパートナーシップ証明を最大限配慮しなければならない。

この条例は同性カップルに「婚姻に相当する関係」を認める証明を渋谷区が行政として行うという点で特に話題になったが、条例全体としては、多様性を受け入れる社会を目指すことに制定の趣旨があるということができる。

また、性的少数者について教育現場での理解を深める取り組みをすること（4条3項）、渋谷区として性的少数者に対する理解を深めるための取り組みを積極的に理解し推進すること（4条4項）、そしてパートナーシップ証明に対する配慮と尊重を求める（11条）など、当事者ではない人々の意識を変えることに焦点が当てられている。

1. 法的観点から提起されている問題点と反論

日本国憲法94条　地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、および行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

憲法94条を根拠に、国が同性婚を法律で認めていないのに地方公共団体である渋谷区がそれを認めることは、法律の範囲内でしか条例を制定できないとする憲法94条に違反するのではないかという指摘がある。

反論としては、区長が発行するパートナーシップ証明は法的効果を発生させるものではなく、法的拘束力を誰かに生じさせるものでもない。例えば相続や扶養など男女の婚姻によって発生する権利や義務が認められることはなく、この条例は権利義務の発生という法律上の効果を得るためにされる婚姻とは別のものであるという意見がある。

1. 本条例の社会的な意義

渋谷区が同性カップルにパートナーシップ証明を発行する条例の制定を目指しているという報道がされた直後、2015年2月18日に国会において野党議員の同性婚に関する質問について安倍総理が答弁を行った。国会で同性婚に関する議論がされたのはこの日が初めてである。

本条例に法的拘束力は認められないが、行政という公権力が同性愛者を含む性的少数者が社会で生活しているという事実と、当事者が差別や偏見に曝されているという実情を認め、偏見や差別を打破するのは当事者の努力や行動ではなく当事者を取り巻く人々や社会の意識が変わることによるべきと宣言した。この条約によって、性的少数者の抱える困難や課題が社会において解決されるべき人権問題であるということが浮き彫りになったということができる。

【判例研究とアプローチ】

１．判例から見る、同性婚に対する風潮と考え

1-1同性婚肯定論

（１）判例

　　ア　同性愛者も家族の一員と認めた判例

　　　ａ　ブラッシー事件（1989年）

10年以上にわたり死亡した賃借人と同居してきたゲイのパートナーをニューヨーク市家賃立退規則の下での死亡した賃借人の家族のメンバーと認めた。

ニューヨーク州最高裁は、同市の条例での「家族」という用語は、法律上の関係にだけ制限されるべきではなく、長期の安定した親密な関係を維持してきたパートナーにも家賃の統制されたアパートへの居住権が認められる、と判示。

　　　ｂ　ドノバン事件（1982年）

27年間にわたり、同居してきた男性労働者の同性パートナーも被扶養関係を証明できるなら、死亡した被用者の扶養家族として遺族給付を受給できる、と判示。

　　イ　同性愛者の結婚の有効性を巡る判決

　　　ａ　ベーア対ルーウィン事件（1993年）

ハワイ州の憲法は法の前の平等を規定しており、結婚を異性同士に制限し同性の結婚を拒否することは、ハワイでの性に基く疑わしい差別に当たり、厳格な審査が適用されるべきところ、州は「やむにやまれぬ利益」を立証しておらず、違憲の疑いが強いと原審に差し戻した。

これを受けた控訴裁判所も、子どもの教育や社会化への悪影響や危険は証明されず、かえって、異性愛同様、緊密で良好な関係が存在することが明らかにされたとして、最高裁の判断を支持した。

　（２）同性婚肯定の根拠

　　ア　法的視点からのアプローチ

[1]　日本には、アメリカにおけるソドミー法のような同性愛処罰規定はない。

[2]　民主主義は、少数者に対する寛容（であることはもちろん平等であること）を大切な価値とするものである。同性愛者に対する差別や抑圧は、社会の少数者に対する不寛容の現れと考えることもできる。

[3]　同性愛に基づく共同生活を、憲法13条の個人の幸福追求権は保障している。その人が最も生きやすい幸せな形態を選択すればよい。

[4]　憲法24条では、結婚が「両性」によることが明記されている。しかし、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し」と言わなければならなかったのは、戦前の家制度下の結婚が、当事者である男女の合意など考慮せずに、あるいは合意抜きに、家制度の存続という封建的価値を重視して成立していたことを否定するためである。男女平等、夫婦の権利・義務の平等、個人の尊重をこそ婚姻の原則と考えるというのが、憲法24条の趣旨である。

[5]　民法と戸籍法が男と女による婚姻のみを対象にしているからといって、そのことから直ちに同性のカップルによる「結婚」が日本法では認められないという結論にはならない。民法が予想している婚姻が男と女によるものだけであったというにすぎない。

　　イ　法的視点以外からのアプローチ

[1]　同性カップルの多くは、愛情、ケア、相互扶助の提供といった伝統的な家族の重要な価値や機能を果たし安定した継続的関係をもっている。

[2]　生殖と子の養育を主要な目的とする伝統的婚姻観が変化し、生殖や性関係の可能性も無く、共同生活すら存在しない男女の結合に婚姻法的利益を付与しながら、他方で、生殖能力以外では夫婦としての実質を伴う同性間の結合には、婚姻法的利益の付与を拒否する合理的根拠があるのか疑問。

[3]　それが「正常」と考えられている異性愛も性的指向の１つと考えれば、異性愛者が異性愛を前提にした社会生活を営めるのと同一の権利が同性愛者に保障されるべきであるのは、極めて当たり前。

[4]　子どもの福祉や利益を害するという直接かつ具体的な事情が証明されない限り、同性愛というだけで親としての権利が否定されることはない。

[5]　人が、どのような性的指向を持とうと、他人に迷惑がかかることではない。

[6]　保護を与えたからといって、種の再生産を崩壊させる程同性パートナーが多数になるとは考えられない。

1-2同性婚否定論

　（１）判例

　　ア　アメリカの同性愛者に対する不公平な取り扱いを肯定した判例

　　　ａ　ハイマン事件（1985年）

州の公務員であるホモセクシュアル男性と12年間にわたり事実上の夫婦同然の暮らしをしてきた男性パートナーに歯科医療給付を支給しないことが問題となりカルフォルニア州控訴裁判所は、州の歯科医療プランは性的志向に基づいて差別するものではなく、婚姻に基づいて受給資格を区別しているに過ぎず、このような区別は婚姻を奨励する正統な州利益にも適うと判示。

　　　ｂ　クーパー事件（1990年）

４年間にわたり夫婦同然に生活してきた男性パートナーが死亡したため、他方から生存配偶者としての相続権の主張がなされたのに対し、このような請求は伝統的婚姻の尊重というパブリック・ポリシーに反すると判示。

　　　ｃ　フィリップス事件（1991年）

州の公務員であるレズビアンのパートナーを家族健康保険の扶養家族に含めないことが公正雇用法や平等保護に反しないとされた。

　　イ　同性婚が否定されたアメリカの判例

　　　ａ　ミネソタ州最高裁の判示した中の婚姻の定義（1972年）

通常の語法で異性の者の間での結合状態を意味すること、唯一家族内での子の出産と養育を伴う一男一女の結合としての婚姻制度は創世記と同じくらい古いもので、この歴史的な制度は明らかに上訴人が主張する婚姻についての現代的概念や社会的主張［制定法で明示的に同性婚を禁止していないこと、同性婚を認めないことは婚姻する基本権を奪うもので憲法違反であること］よりも遥かな深遠をもつものであるので、憲法違反とはならない。

　（２）同性婚否定の根拠

　　ア　法的視点からのアプローチ

[1]　嫡出子の規定などが無意味である。養子をもらったりする場合も前述の家族的パートナーシップが認められれば問題ない。

[2]　憲法24条が「両性」としているのは、一男一女が平等に婚姻の意思を持って、生殖し家族を形成することを保護するためである。

[3]　憲法13条の幸福追求権、14条の平等権を同性婚法廷賛成の根拠とするならば、重婚なども性関係の自由な好みとして認められることになってしまうのではないか。

　　イ　法的視点以外からのアプローチ

[1]　同性婚を認めるということは、生物学的に近親婚を禁止し、また、再婚禁止期間を設けている理由がなくなってしまう。

[2]　上記のアメリカの判例からも読み取れるように、まだまだ同性愛者に対する差別的傾向は強いといわざるをえない。おそらく日本においてもそうであろう。ここで法的に同性間の婚姻を認め、世間に公表することは本人たちにとっても酷なことにならないだろうか。一男一女の生活的結合というのが婚姻の定義のいまだ通説となっているわが国において、社会学的に制度化するのは難しい。例えば、我が国の広辞苑においても、最近まで同性愛は性的「異常」と定義されていた。

子供の福祉や利益を害するという具体的な事情はその現代の日本の同性愛者に対する差別的意識ゆえにありうる。例えばいじめの温床になったり、非行、少年犯罪の原因になったりもする。むしろ例えばニューヨーク州などで制定されている家族的パートナーシップ条例など、少なくとも現在は第３の方法でまかなうべきである。

※　家族的パートナーシップ条例

年齢18歳以上で双方とも婚姻関係になく、共同の責任を伴う緊密で責任ある個人的関係をもち、登録時に継続的に１年以上の期間同棲し、かつ家族的パートナーとして登録すれば、婚姻や家族に認められている一定の権利や利益が付与される。

[3]　婚姻制度の創設の趣旨はあくまで生殖活動の奨励にある。子供を育てることの困難性を、一定の権利を与えることによって緩和させることを目的としている。よって生殖を前提としない同性婚は法定化させる意味がない。

２．近年の判決

1 婚姻防衛法違憲判決

2013年6月26日、最高裁は、婚姻を1名の男性と1名の女性とによる法的な結合と定義し、配偶者を夫婦である異性の相手と定義する婚姻防衛法（DOMA）第3条が、合衆国憲法第5修正から導かれる法の下の平等に反し、違憲と判断した。この裁判は、同性の配偶者からの遺産相続にあたり、配偶者は免除となる連邦遺産税を課せられたニューヨーク州民が、税の返還を求めて提起した。

原告と2009年に死亡した配偶者は、同性婚が合法化されているカナダにおいて、2007年に法的に有効な婚姻をしており、州は、その婚姻を「コモンロー上の礼譲」として承認していた（アメリカにおいて、婚姻は州の管轄事項である。なおニューヨーク州において、同性婚が法制化されたのは、2011年6月である）。しかし、DOMAにより、連邦法では配偶者が異性に限定されるため、内国歳入庁は原告に連邦遺産税の配偶者免除を適用しなかった。

第1審判決前の2011年2月、エリック・ホルダー（Eric Holder）司法長官は、オバマ大統領の意向により、現在、連邦政府が当事者となっている訴訟では、今後 DOMA第3条の合憲性を主張しないと発表した。これに対し、下院議長、下院多数党院内総務、下院少数党院内幹事等で構成される下院超党派法諮問会議（BLAG）は、下院法律顧問局（OGC）に対し、この事件を含め、司法省が争わないと発表したDOMAに関するいくつかの事件への訴訟参加を指示した。第1審は原告が勝訴、DOMAは合衆 国憲法第 5 修正違反とされた（833 F. Supp. 2d 394(S.D.N.Y. 2010)）。連邦控訴裁は、連邦地裁判決を支持した（699 F.3d 169(2d Cir. 2012)）。最高裁は違憲判決の理由として、DOMAは、州法上の婚姻の一部を区別して不平等に取り扱っており、州によって婚姻と認められているものを連邦が否定し、その価値 を損なっていること、DOMAのため、同性婚当事者は、健康保険、破産法、税法等、 様々な領域で不利益があること、同性婚家庭の子を、他の家族と区別し貶めていること等を挙げた。 オバマ大統領は、同性婚を禁止する州への、この判決が与える影響について意見を 求められ、同性婚を認める州で婚姻した者は、同性婚を禁じる州でも、婚姻している者と同じ連邦法上の恩恵を得るべきだと応じた。一方、DOMAの合憲性について訴訟参加を指示した連邦議会下院のジョン・ベイナー（John Boehner）議長は、オバマ大統領が、2011年に DOMAの合憲性を訴訟で主張しない旨を司法長官に発表させたことを引き、訴訟参加の理由を、法律の合憲性は、大統領ではなく裁判所が判断すべき であるためとし、以後は、各州が法律で婚姻を男女の結合と定義することを望むと述べた.

３．日本における判例

・性同一性障害特例法に基づき性別の取扱いを変更した夫の妻が非配偶者間の人工授精により出産した子の嫡出推定を認めた最高裁決定（最三小決平成25年12月10日）

生物学的には女性である抗告人Ｘ１は、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」という。）3条1項の規定に基づき男性への性別の取扱いの変更の審判を受けた後、女性である抗告人Ｘ２と婚姻をし、抗告人Ｘ２は、夫である抗告人Ｘ１の同意の下、抗告人Ｘ１以外の男性の精子提供を受けて人工授精によって懐胎し、平成21年11月にＡを出産した。

　抗告人Ｘ１は、平成24年1月、Ａを抗告人ら夫婦の嫡出子とする出生届を東京都新宿区長に提出したが、同区長は、Ａが民法772条による嫡出の推定を受けないことを前提に、同年3月、Ａの「父」の欄を空欄とし、抗告人Ｘ２の長男などとする旨の戸籍の記載（以下「本件戸籍記載」という。）をした。そこで、抗告人らは、Ａは民法772条による嫡出の推定を受けるから、本件戸籍記載は法律上許されないものであると主張して、筆頭者抗告人Ｘ１の戸籍中、Ａの「父」の欄に「Ｘ１」などと記載する旨の戸籍の訂正の許可を求めたが、原々審の東京家裁、原審の東京高裁がこれを却下したため、即時抗告を申し立てた。

本件決定は、「性別の取扱いの変更の審判を受けた者については、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ものの、一方でそのような者に婚姻することを認めながら、他方で、その主要な効果である同条による嫡出の推定についての規定の適用を、妻との性的関係の結果もうけた子であり得ないことを理由に認めないとすることは相当でなはく、「妻が夫との婚姻中に懐胎した子につき嫡出子であるとの出生届がされた場合においては、戸籍事務管掌者が、戸籍の記載から夫が特例法3条1項の規定に基づき性別の取扱いの変更の審判を受けた者であって当該夫と当該子との間の血縁関係が存在しないことが明らかであるとして、当該子が民法772条による嫡出の推定を受けないと判断し、このことを理由に父の欄を空欄とする等の戸籍の記載をすることは法律上許されない」などとして、原決定を破棄し、本件戸籍記載の訂正の許可申立てを認容した。

ディベート論題

1. 憲法上、同性による婚姻は許容されるか。
2. １で許容されるとすれば、同性間の法律上の結婚を法制度化していないという立法の不作為は違憲となるか。許容されないとすれば、パートナーシップ制度のような相続などに関して婚姻に準じたなんらかの権利を同性カップルに与えていないことは憲法に反するか。

３、同性婚またはパートナーシップ制度を法制度化する場合、どのような内容とするべきか。

参照条文

憲法

十三条

すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

十四条

すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。

二十四条

婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。

二項　配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

九十四条

地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

旧民法

七百八十八条

妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル

七百八十九条

妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ

参考文献

朝日新聞2015年2月18日

http://www.asahi.com/articles/ASH2L5JN2H2LUTFK00G.html

朝日新聞2015年3月10日

<http://www.asahi.com/articles/ASH3B3HZRH3BUTFK003.html>

朝日新聞2015年3月26日

http://www.asahi.com/articles/ASH3V5H7FH3VUTIL026.html

新判例コンメンタール日本国憲法2（1994）三省堂

キリスト教と同性婚：

<http://www.chugainippoh.co.jp/ronbun/2013/0801rondan.html>

ヨーロッパ人権条約における同性婚と登録パートナーシップ：http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:S8wmxJbfWUgJ:https://ksurep.kyoto-su.ac.jp/dspace/bitstream/10965/944/1/SLR\_47\_1\_50.pdf+&cd=6&hl=ja&ct=clnk&gl=jp

日本経済新聞2015年3月31日

<http://www.nikkei.com/article/DGXLASDG31H7P_R30C15A3CZ8000/>

渋谷区ホームページ：渋谷区男女平等及び多様性を尊重する社会を推進する条例

<https://www.city.shibuya.tokyo.jp/kusei/jorei/jorei/lgbt.html>

世界の同性婚：ＥＭＡ日本

<http://emajapan.org/promssm/%E4%B8%96%E7%95%8C%E3%81%AE%E5%90%8C%E6%80%A7%E5%A9%9A>

「同性婚　私たち弁護士夫夫です」南和行（祥伝社新書）（2015）