

国境を超えて家族生活を営む権利 (1)

— オーストラリア法と比較しての一考察 —

奥 野 圭 子

アブストラクト

一昨年、性同一性障害のために、いわゆる性転換手術を受け女性から男性へとなり戸籍を変更した者が女性と結婚した。そして、その妻との間に他人の協力を得て授かった子どもの法律上の父となることを望んで最高裁の判断をあおぎ望みを叶えたことは記憶に新しい。この事例は、世間に非常に強いインパクトを与えた。一部の人には大きな希望を与え、また一部の人には「家族崩壊」だと落胆を与えたが、性別や血縁関係をも超えたわが国の「家族の多様化」の発展を法が認めた画期的な判断であったことは間違いない。

今日、家族に関する人々の意識は変化し、ライフスタイルも実に多様になっている。この事実は、人々が自由に人生の選択ができるようになった表れであるとも考えられるので、憲法の立場からみれば、個人の尊重が名実ともに浸透してきたとみることができるであろう。

その一方で、現状に法が追い付いていないのもまた事実である。わが国の出入国・在留に関する法は、立法当初から厳格な出入国管理法制で、その根底には、「入国した者は、いずれ出国する」という概念がある。以前と比べれば、随分と家族が離散しないように配慮されるようになったともいえるが、それでもこれは、権利ではなく恩恵として与えられている。このような問題を解決するために、2009年（2012年施行）に出入国及び難民認定法（以下、「入管法」という）に移民法制度を反映させる目的で同法の大改正が行われたが、家族生活の見地からすると改悪している個所もある。

「家族の多様化」とは、ライフスタイルの多様化でもある。日本人のみで家族を構成しているならば、家族の条件に入管法の求めるような同居は含まれない。これを外国人にのみ課す結果となる現行法も見直す必要があるのではないだろうか。そこで、本稿では、建国当初から「家族再会」の理念を根底におき、法律上にもそのことを配慮し続けているオーストラリアの法制度と比較し、憲法の観点から、「家族」という集団、そして「家族」を形成する個人の有する権利について再考してみたい。

キーワード オーストラリア 家族再会 自国に戻る権利 日本国憲法と家族 家族生活を営む権利

はじめに

日本において、アイデンティティとして自国籍を保持しながら、他国で家族生活をしていく権利を考えるにあたって、オーストラリア法と比較研究することが本当に有益であるのだろうか。これについて確認するために、まずは、同国における国籍の法的変遷を確認し、その上で、市民権、永住権、相当長期にわたる滞在者の法的地位とその家族生活の安定性についての探求を行った（拙稿（2013））。

その上で、立法当初から「入国してきた外国人は、いずれ出国する」ということを前提に、外国人の出入国・滞在・再入国を厳しく管理する日本の出入国管理制度と、これとは対照的に、「移民は経済成長を担う財産であり、移民は当然に家族をとまなう」という考えを前提に、その法理念の根底に「家族再会」をおくオーストラリアの移民法の在り方を比較した。

もちろん、両国の法制度は、出入国および滞在、移住等に関する立法目的、法制定の背景、国家の歴史や現状等が大きく異なるため、単純に比較することはできない。しかし、近年、オーストラリアは、出入国管理を厳格化しつつあり、その点で日本と共通する部分も増加しつつある。その一方で、家族再会に関する矜持は保っており、その点は、わが国で早急に法整備が必要だと思われる個人や家族の権利を尊重した法制度への改善策の提案が可能だと思われる（拙稿（2014））。

本稿では、上記での考察を踏まえた上で、まずは「家族の多様化」という現実を目に向けてみる。「家族の多様化」は、現在わが国だけでなく、世界で注目されている現象の一つであるが、これに関するわが国とオーストラリアの司法判断と法は、現在、どこまで対応しているのかを考察し、以降は次稿に譲る。

1 わが国における多様化する家族とその法律の変容

① 最高裁による「家族」と法の下での平等

戦後、最高裁が法そのものの違憲判決を出したのは、わずか9件である。その内3件は、家族に関して法の下での平等（憲法14条）の観点から争われている。以下、それぞれの最高裁の判断で「家族」がどのように捉えられてきたのか確認してみる。

その上で、違憲判決ではないが、最高裁が日々進歩する生殖補助医療と家族法に対し一石を投じたともいえる平成25年に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項に基づき戸籍上の性別を女性から変更した男性と、妻が第三者の協力によって人工授精で授かった子との父子関係を認めた戸籍訂正許可申立て却下審判に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件（以下、「許可抗告事件」という）¹についてもみてみたい。

② 尊属殺人被告事件²

これは、最高裁が法律を違憲とした最初の事例であり（渡辺康行（2013）61ページ）、少女の頃から父親に性的関係と出産を強要され、29歳の時に父を殺害した娘に対し、尊属殺人罪を適用した事件である。

これに対し、最高裁は、尊属殺規定について「そもそも同条設置の思想的背景には、中国古法制に淵源しわが国の律令制度や徳川幕府の法制にも見られる尊属殺重罰の思想が存在すると解されるほか、特に同条が配偶者の尊属に対する罪をも包含している点は、日本国憲法により廃止された『家』の制度と深い関連を有していたものと認められる」ことを指摘している。その上で、田中二郎裁判官は、尊属殺規定を「旧憲法時代に特に重視されたいわゆる『家族制度』との深い関連をもっている」とし、「近代国家

1 最小決平成25年12月10日（裁時1593号4頁）

2 最大判昭和48年4月4日（刑集27巻3号265頁）

の憲法がひとしく右の意味での法の下の平等を尊重・確保すべきものとしたのは、封建時代の権威と隷従の関係を打破し、人間の個人としての尊厳と平等を回復し、個人がそれぞれ個人の尊厳のもとに平等の立場において相協力して、平和な社会・国家を形成すべきことを期待したものにほかならない。日本国憲法の精神もここにあるものと解すべき」であると意見している。

色川幸太郎裁判官も「『婚姻と血縁とを主たる基盤とし互いに自然的な親密の情によつて結ばれている』親族は、ひとり親子だけではない。夫婦しかり、兄弟姉妹またしかりなのである。夫婦はもともと他人同志が結ばれたものではあるが、その間の自然的情愛は血のつながる親子に比してはたして劣るといえるであろうか。いわんや夫婦とその一方の親との関係とでは、いづれが強く結ばれているかいうまでもあるまい。しかも夫婦関係は親子関係と並んで否むしろ一層強い意味合をもつて、社会の根源的な基礎構造を形成している」と、個人の尊重から「家族」という枠組みを考えていると捉えられる。

なお、下田武三裁判官の反対意見においても「そもそも親子の関係は、人智を超えた至高精妙な大自然の恵みにより発生し、人類の存続と文明伝承の基盤をなすものであり、最も尊ぶべき人間関係のひとつであつて、その間における自然の情愛とたくまざる秩序とは、人類の歴史とともに古く、古今東西の別の存しないところのものである。(そして、そのことは、擬制的な親子関係たる養親子関係、ひいては配偶者の尊属との関係についても、程度の差こそあれ、本質的には同様である。)」として、家族を「自然的な親密の上で結ばれた」関係として捉え、その関係が「婚姻と血縁を主たる基盤」ではあるが、例外も存在することを示唆していると解することができよう。

こうして、「憲法14条1項は、国民に対し法の下の平等を保障した規定であつて、同項後段列挙の事項は例示的なものであること、および

この平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨と解すべきことは、当裁判所大法廷判決（昭和37年（オ）第1472号 同39年5月27日・民集18巻4号676頁）の示すとおり」であり、「刑法199条のほかに同法200条をおくことは、憲法14条1項の意味における差別的取扱いにあたる」ため、刑法200条が法の下の平等に反するか否かは、「差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかによつて決せられる」として、最高裁は、この刑法200条の尊属殺重罰規定が法の下の平等の観点から違憲であるという判断を下した。すなわち、日本国憲法によつて廃止された、いわゆる「家制度」の残存を憲法解釈することにより是正したと解することができるのではないだろうか。

③ 国籍法違憲判決³

本件は、法律上の婚姻関係になかった日本国籍の父とフィリピン国籍の母から生まれた子で、父から出生後認知を受けただけの子が日本国籍を選ぶことができないことに対し、国籍法3条1項は婚姻要件という過剰な要件を課していることが法の下の平等に反しているとして争われたものである。

これに対し、最高裁は、「その後、我が国における社会的、経済的環境等の変化に伴つて、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなつてきており（筆者傍点）今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化（筆者傍点）して」とし、家族生活や親子関係に対する人々の意識、これらに関する実態の多様化によつて、これまでのように法律上の形式によつて家族を定義づけることが事実上困難となつてゐることを指摘している。

そして、「近年、我が国の国際化の進展に伴

3 最大判平成20年6月4日（民集62巻6号1367頁）

い国際的交流が増大することにより、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生する子が増加しているところ、両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無など家族生活の実態においても、法律上の婚姻やそれを背景とした親子関係の在り方についての認識においても、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、その子と我が国との結び付きの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもって直ちに測ることはでき(ず)、日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとするとは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということとはできない(筆者傍点)」として、別の国籍を有する者の婚姻ないし婚姻に準ずる関係が増え、その結果、他国籍者の間の子も増加し、彼らの実態が多様化しており、これらを全て一律に取り扱うことが困難だということを認めている。

その一方で、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」と明言し、日本で基本的人権が保障されるのは、日本国籍を有する者と断言している。その上で、国籍法3条1項による国籍取得が主に血統主義を基調とし、準正要件に一定の要件を設けたことについて、立法当時には「立法目的との間に一定の合理的関連性」があったとする。

しかし、その後の社会通念及び社会的状況の変化などを考慮すれば、「日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結び付きが認められるものとするとは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということとはできない」とし、非嫡出子の法的な差別的取扱いとは、「今

日においては、立法府に与えられた裁量を考慮しても・・・憲法14条1項に違反するものであったというべきである」とした。

④ 非嫡出子相続分差別違憲決定⁴

これは、遺産相続の際、非嫡出子に嫡出子の半分しか認めない民法900条4号ただし書が、法の下に平等に反するとして争われたものである。

これに対し、最高裁は、「現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない」とした上で、「要約すれば、戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じ、・・・平定期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている」ため、「婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる(筆者傍点)」とし、法の規定する「家族」と国民の認識する「家族」の定義が乖離していることを指摘した。

そして、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであり、「法律婚という制度自体はわが国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地にない事柄を理由としてその子

4 最大決平成25年9月4日(民集67巻6号1320頁)

に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されており、憲法14条に違反していると判断した。

なお、本件では、家族に関する法の変遷についても詳細に言及されている。

- i 憲法24条1項、2項⁵を受け、民法739条1項は、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用している一方で、相続制度は、昭和22年民法改正により、「家」制度を支えてきた家督相続が廃止され、現在の相続制度が導入された。しかし、同制度には、同改正前の民法1004条ただし書は、本件規定として現行民法に引き継がれた。
- ii 昭和22年民法改正の経緯をみると、家督制度は廃止されたものの、法律婚を正当な婚姻とし、これを尊重・保護し、法律婚以外の関係で生まれた子に対する差別的な国民意識が作用していた。また、同改正法案にも憲法14条1項適合性の根拠として、嫡出子と非嫡出子の相続分に差異を設けていた当時の諸外国の立法例が繰り返しあげられ、その影響があった。

しかし、昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段という意義の大きかった財産相続に大きな変化が生じ、昭和55年民法改正により配偶者の法定相続分が引き上げられるなどした。その後、現在に至るまで非嫡出子は増加傾向

が続いているほか、平成期に入った後においては、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている。

- iii 本件規定の立法に影響を与えた諸外国の状況も、昭和40年代後半以降、この権利の保護の観点から嫡出子と非嫡出子との平等化が進み、平成7年大法廷判決⁶時点では、そのような区別をする法を維持する国は、世界的に限られた状況となった。
- iv 昭和54年に「市民的及び政治的権利に関する条約」、平成6年に「子どもの権利条約」を批准し、これらには、子どもが出生によっていかなる差別も受けない旨の規定が設けられおり、自由権利規約委員会、子どもの権利委員会がそれぞれ各条約の履行状況等につき、意見の表明、勧告等ができ、前者は平成5年から、後者は平成22年から法改正の勧告等を示してきた。
- v このような世界的状況の推移の中で、わが国でも昭和63年に住民票における世帯主との続柄の記載をめぐる訴訟が提起され、その控訴審継続中である平成6年に住民基本台帳事務処理要綱が一部改正され、世帯主の子は、嫡出子・非嫡出子を問わず一律に「子」として記載されることとされた。また、戸籍における非嫡出子の父母との続柄欄の記載をめぐる訴訟も、平成11年に訴訟が提起され、その第1審判決後である平成16年に戸籍法施行規則の一部改正が行われ、嫡出子と同様「長男（長女）」等と記載されることとなり、既に戸籍に記載されている非嫡出子の父母との続柄も平

5 憲法24条1項「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。」

憲法24条2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。」

6 最高裁平成7年7月5日大法廷決定～同様の案件でありながら、「本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法14条1項に反するものということとはできないというべきである」と判断した。

成16年の通達により、申出によって更正されることになった。

また、国籍法違憲判決によって国籍法が改正され、同年以前に日本国籍取得の届出をした嫡出でない子も日本国籍を取得し得ることとされた。

vi 嫡出子・非嫡出子の法定相続分を平等にすべきではないかという問題も、かなり早くから意識されており、昭和54年法務省民事局参事官室により公表された「相続に関する民法改正要綱試案」、平成6年「婚姻制度に関する民法改正要綱試案」、これをさらに検討した上で平成8年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」、平成22年に国会提出を目指してこれらの要綱と同旨の法律案が政府により準備された（いずれも国会提出には至っていない）。

vii ivの各委員会から懸念の表明、法改正の勧告等を受け、vのとおり改正が行われた結果、嫡出子と非嫡出子の差別的取扱いは概ね解消されたが、わが国での非嫡出子の割合は、平成23年でも約2.2%に過ぎず、家族等に関する国民の意識の多様化がいわれつつも、法律婚を尊重する意識は幅広く浸透していることがその理由の一つだと思われる。しかし、本件規定の合理性は、個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らし、嫡出でない子の権利が不当に侵害されているか否かという観点から判断されるべき法的問題であり、法律婚を尊重する意識が幅広く浸透しているということや、嫡出でない子の出生数の多寡、諸外国と比較した出生割合の大小は、上記法的問題の結論に直ちに結び付くものとはいえない。

viii 平成7年大法廷決定において既に、嫡出でない子の立場を重視すべきであるとして5名の裁判官が反対意見を述べたほかに、婚姻、親子ないし家族形態とこれに対する国民の意識の変化、更には国際的環境の変化を指摘して、昭和22年民法改正当時の

合理性が失われつつあるとの補足意見が述べられ、その後の小法廷判決及び小法廷決定においても、同旨の個別意見が繰り返し述べられてきた。

ix これまでの同様の最高裁判例、とりわけ平成7年大法廷決定では、本件規定を含む法定相続分の定めが遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮事情としている。しかし、本件規定の補充性からすれば、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる上、遺言によっても侵害し得ない遺留分については本件規定は明確な法律上の差別というべきであるとともに、本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないことをも考慮すれば、本件規定が上記のように補充的に機能する規定であることは、その合理性判断において重要性を有しないというべきである。

最高裁は、これらを鑑みて、「昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる」ことから、「本

件規定は、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたものというべきである」と結論付けた。

⑤ 許可抗告事件

本件は、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、「妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ⁷(筆者傍点)」ていない限り、「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いというべき」であるから、「特例法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者は、以後、法令の規定の適用について男性とみなされるため、民法の規定に基づき夫として婚姻することができるのみならず、婚姻中にその妻が子を懐胎したときは、同法772条の規定により、当該子は当該夫の子と推定されるというべきである」と判断し、戸籍記載の訂正の許可申立てを認めた。

ただし、反対意見として、大谷剛彦裁判官は「特例法2条の性同一性障害者の定義規定や特例法3条1項4号の性別取扱いの変更について生殖腺を欠くこと等の要件の規定、及び現在の生殖医療技術を踏まえれば、特例法の制度設計においては、性別取扱いの変更を受けた者が遺伝的な子をもうけることが想定されていないことは、否定できない」とし、岡部喜代子裁判官は「特例法は同法に基づき男性への性別変更審判を受けた者と女性との婚姻において遺伝上の実子を持つことを予定していない」として、特例法による民法の解釈変更に否定的であった。

本件は、3対2という僅差での決定であったことから、厳しい合議であったことが伺える。

⑥ 「家族の実態」と現行家族法の遅れ

上記のことから、「柔軟性や白地規定性（内容を法律等に委ねて詳細を規定していないこと）を特徴として時代先取的に自由主義的規定をおいてきた民法の家族法も、家族の変容の前について改正を余儀なくされる段階に入り、差別規定や人権制約規定の撤廃にむけて改正が求められることになった（辻村みよ子（2013）14ページ）」といえる。

では、その改正を考えるにあたって「家族」という枠組みをどのように捉え、考えていくべきなのだろうか。少なくとも、これまでの最高裁の流れを見る限り、「婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる」ことに対し、憲法の平等原則が一つの手掛かりとなるのは間違いないだろう。

しかし、性同一性障害、同性愛、生殖医療技術の発達等や生殖補助医療等、国際結婚（事実婚を含む）やその子ども等を視野に入れると、家族として「家族生活を営む権利」を考慮しなければならないと考える。これは、換言すれば、「家族が引き離されない権利」ともいうことができよう。ならば、「家族が引き離されない権利（家族とともに生活する権利）を、24条2項の趣旨に照らして解釈された13条（見方によっては25条）によって保障される一つの憲法上の権利として構成し、その侵害を問題とすることも、理論的には可能（内野正幸（1987）79ページ）」なのではないだろうか。

また、最高裁は、許可抗告事件の多数意見として「特例法の想定範囲はともかく、民法についていえば、高度化する生殖補助医療など立法当時に想定しない事象が生じていることはい

7 離婚による婚姻解消後333日以内に出生した子であっても、母とその夫とが、離婚の届出に先だち約2年半以前から事実上の離婚をして別居し、全く交渉を絶つて、夫婦の実態が失われていた場合には、民法772条による嫡出の推定を受けない者と解すべきである、とされた事例(昭和44年5月29日第一小法廷判決)を引き合いに出して判断している

うまでもない。それに備えてきめ細かな最善の工夫を盛り込むことが可能であるのは立法による解決である」と指摘している。この点については、デンマーク、ヨーロッパ諸国、米国等、既に同性婚を法律で認めている国と比較研究なされているが⁸、建国当初から家族再会の理念を掲げているオーストラリア法と比較し、わが国の家族に関する憲法解釈に対して一提案することを試みる。

2 オーストラリアにおける家族の多様化とその法制度

① 事実婚 (de facto relationship) に関する法的問題

かつて、同国の連邦法である家族法は、同性間・異性間にかかわらず、事実上の婚姻関係に対して適用されず、各州の法に依拠してきた。

西オーストラリアでは、2002年の家庭裁判所法改正により、子どもや扶養及び財産協定に関する限り、同性間の関係を含め事実上の婚姻関係も法律上の婚姻をしている者と同様に扱われるようにした。

タスマニア州政府関連（最終）法案 (The Tasmanian Government Relationships (Consequential amendments) Bill) は、2004年1月以降、同性間の関係の登録を認め、パートナーの子どもを養子にしたり、老齢年金を受けたり、医療福祉や遺産への権利を与える等、広い範囲の利益を同性のパートナーに認めるものであった。

北部準州、南オーストラリア州では、異性間の事実上の関係に適用される離別後の財産に関する法は、同性間の関係には適用されず、オーストラリア首都特別地域、ビクトリア、クイーンズランド、タスマニア、西オーストラリアおよびニューサウスウェールズ州では、同性間の事実婚を他の事実婚と同様に扱っているが、連

邦家族法が認める婚姻関係にある者と同様の権利は与えていなかった (David de Vaus (2004), p.82)。

これに対して、人権及び機会均等委員会 (HREOC) は、2007年に同性のカップルやその子どもが、税制、老齢年金、医療保障、老人介護、退役軍人給付金、労災補償、雇用給付金等の分野で法律上の差別を受けていないか監査した。その際、彼らにインタビューを通じて差別的な法律に直面している困難を理解し、これらを司法長官に提出し、「同等な性、同等な権利 (Same-Sex: Same Entitlement)」を公開した (Human Rights and Equal Opportunity Commission (2007))。

この人権及び機会均等委員会の「報告書で指摘された改正すべき連邦法及びラッド首相の指示による連邦法の検討の結果、同性カップルが異性カップルと比べて差別的な扱いを受けている連邦法が、リストアップされた」。このため、「政府は、同性カップルとその家族が、婚姻または事実婚の関係にある異性カップル及びその家族と同等の権利を享受できるように法改正が必要であるとして、まず2008年5月28日に『2008年同性関係（連邦法における平等な取り扱い—退職年金）法案』 (Same-Sex Relationships (Equal Treatment in Commonwealth Laws—Superannuation) Bill 2008)」を、同年9月4日には、「2008年同性関係（連邦法における平等な取り扱い—一般法整備）法案」 (Same-Sex Relationships (Equal Treatment in Commonwealth Laws—General law Reform) Bill 2008) (武田美智代 (2009) 2ページ) を下院に提出したのである。

② それでも残る異性カップルと同性カップルの差別

上記のように、連邦法改正により多くの差別は解消されたかのようにみえた。それでもなお、

8 諸外国の同性婚に関する制度を網羅的に紹介しているものとして、鳥澤孝之「諸外国の同棲パートナーシップ制度」(2010年)、「諸外国の同性婚制度等の動向—2010年以降を中心に—」(2013年)、佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」(2014年)がある。

上述の人権及び機会均等委員会が2007年に司法長官へ提出した「同等な性、同等な権利」における差別撤廃の立場からみれば、どのような問題が残ったのか確認してみたい。

まず、パートナーとして同国に入国する際のビザでは、相互依存ビザ（Interdependency visas）となるが、家族として認められる関係であれば、「家族」として入国できること、同性カップルは、異性カップルより入管から受ける面接が厳しく、相互依存の証明も、同国でともに仕事を得ることも困難である（Human Rights and Equal Opportunity Commission (2007). pp.345-347）。

また、生物学的に女性でも後天的に男性としてパスポートを得て、海外に渡航するときも厳格な身体検査を受けなければならず、（Ibid. p.368）、また、最近の連邦法改正で相互依存な同性カップルも特定の老齢年金や国防軍に入ることを認められたが、異性と比較し、（それらの年金の）受取人が友人や兄弟等まで拡大する可能性があるため、加入する資格を得ることが難しく（Ibid. p.375）、同じ相互依存ビザの申請をするにあたっては、異性カップルであれば一つの申請であるのに、同性カップルは、より多くの申請費用を請求されかねない（Ibid. pp.381-382）。

また、同報告書では、680組にもインタビューしており、その内容が掲載されている。その内、アンソニー・パヌッツォとダニエル・ミラノのケースは、まさに上記のような問題にどのような場面で遭遇するのかを浮き彫りにしている。

アンソニー・パヌッツォ（Anthony Pannuzzo）とダニエル・ミラノ（Daniel Milano）：

ビザ、メディケア、税、社会保障と家族の法律の差別

私は、26歳のオーストラリア人で、旅行していた時にニューヨークでアメリカ人パートナーと出会った。2000年には、政

府のいうように、「結婚をし、家を買い、子どもを持つ」という状態に落ち着いていた・・・ニューヨークでは国内のパートナーであった彼は、オーストラリア出入国法に基づき相互依存、ビクトリアでは、事実婚のパートナー、カナダ法の下では夫であったが、最終的にオーストラリア連邦法に基づいては認められなかった。私達は、ただ一緒に住むために多くの法的なハードルを飛び越えなければならないということを知った。私たちのどちらの国も私たちを結婚していない異性カップル・・・と認めなかった。

ビザを得る相互依存への道は、・・・少なくとも1年かかる・・・私たちは、ともに一生過ごすとして決めていたが、異性カップルのように婚約者ビザを選択することはできなかった。私たちは、相互依存を証明するであろう情報を集めることから始めた。私たちは、双方に宛てられた手紙やカード（移民局が望む法的証拠となる消印の分かる封筒を含む）や、法的文章、銀行明細、借入、お互いの名を記した遺書を集めた。何が私たちに婚姻許可書を与えるのか。あるいは、いかなる連邦の書式が互いに人生を分かち合ってきたカップルと証明する申請書となるのか・・・。

私は、ビクトリア州政府が法律上事実婚と同レベルに認めている同性関係を通したとき、感極まって叫んだ。これは、私に希望を与えた。ビクトリア政府、そう、私の故郷は、素晴らしく前進していた。

それで、ニューヨークシティに1年住んだ後、私たちは、ワシントンDCの移民官に9ポンドまたは4.5キロの書類一式を送った。2週間くらいで、ダニエルは、オーストラリアの短期滞在者の地位を認められた。・・・全ての書類一式は、事実婚申請のものと同じだったが、違う窓口へ行かなければならなかった・・・。

私たちは、家族法の改正から外されたと

きに次の差別にあった。つまり、結婚していない異性カップルは、争いを解決するために家庭裁判所を使うことができた。同性カップルは、もし崩壊しても家庭裁判所を使うことができず、民事法廷を使わなければならない。

連邦政府は、次に、医療費、薬品利益のためのメディケア政策を家族が利用できるいくつかの法を可決した。この法の下で私たちは家族でなく、そのような利益を受けるために異性カップルの2倍くらい費やさなくてはならない・・・メディカルカードやメディケアに登録された家族は、そのような政策を利用できるが、同性家族はできない。つまり、私の家族は、それができない。

次に、会計士が訪ねてきた。私たちが、税金の申告を提出するか、老齢年金のオプションを考えなければならない場合、正しい助言を得るために専門の会計士か法の専門家を雇わなければならない。この事で得た助言は、単に私たちがどちらも認められる権利をもたないということだった。

ダニエルが、オースタディ (AusStudy) に申し込んだとき、私の収入が高すぎるのでオースタディを受ける資格がないと言われるためだけに、彼は、私の収入をセントラルインクに教えた。その後、彼は、私が男性であると伝え、独身と認められ、オースタディの資格が与えられたと伝えた・・・。

結婚しているのか、独身なのか。事実婚なのか家庭内のパートナーなのか。私たちが対処すべきことは、政府レベルに依存する。

ありがたいことに、私たちは、現在、(フェ

デラルファンドを持たない限り) テロリズムと老齢年金に関しては、連邦法によって認められている。

差別は、じわじわとくるものだ。それは、あなた方の決定をいつも侵食する。あなたは、それと長く戦うことができるだけだ。私たちに完全なる婚姻の権利を与えるカナダのような国は、私たちのような移民を呼び寄せる (国の一つだ)。私たちのように、結婚したゲイやレズビアンのカップルは、他の人がそうである (結婚) 方法を認められ、尊重された。オーストラリアのこの領域での法改正の欠落は、この国で将来を考えている私たちの事を知らるだろう。私たちは、このような調査が、この国の市民としての権利を承認する改革に役立つ変更をもたらすことを祈るばかりだ (Ibid. pp. 408-409)。

このような問題は、それ以前に連邦議会は、2004年に婚姻修正法 (Marriage Amendment Act 2004) を可決し、1961年婚姻法に「婚姻は、男女の結合 (union) として定義する」という文言を挿入した (Katy A. King (2007), p.138) ことに起因する⁹。

③ 2008年における差別是正のための法改正

このような人権及び機会均等委員会の報告書は、結果として、2008年同性関係 (連邦法に基づく平等な取扱に関する一般法改正) 法¹⁰、2008年同性関係 (連邦法に基づく老齢年金に関する平等な取扱) 法¹¹として可決させ、同性カップルとその子どもに対する差別を含む85の条文を改正させた (Mary Anne Neilsen (2012), pp.22-23)。これによって、同性カッ

9 この段階で、オーストラリア議会は、憲法により婚姻に関する法を制定する権限を与えられていると解されており、その一方で、州は、婚姻していないカップルに一般の夫婦と同様に (老齢) 年金等を与えることができたが、連邦法は、同性カップルに老齢年金、出入国管理、税について一般の夫婦と同様にしなかったため、平等の観点から議論を生じさせた。

10 Same-Sex Relationships (Equal Treatment in Commonwealth Laws-General Law Reform) Act 2008

11 Same-Sex Relationships (Equal Treatment in Commonwealth Laws-Superannuation) Act 2008

プルの税率も法律婚ないし事実上の異性カップルと同様となり、彼等の老齢年金による死亡給付金も同性のパートナー、子どもとも受け取れるようになった。その上、改正前には、受けられなかった社会保障等もこの認知を含め対象となり、メディカルケア (Safety Net and the Medicare Safety Net) や要老人介護に関する公的機関の資産価値判断、退役軍人給付金等も異性カップルと差別はなくなった¹²。

また、連邦としての事実上の関係 (de facto relationship) の定義の本質は、家族法に基づいて法律上の婚姻をしている必要はなく、誠実に国内の原則に従いともに生活しているカップルであればよく、これは、連邦ないし各州がその関係を認めるかどうかを決定するときの基準を用いている (Ibid. p.24) ¹³。

その後、同性婚を法的に承認するために、いくつかの法案が成立したが、連邦法としては、2015年1月現在まで成立していない。

他方、首都キャンベラがある首都特別地域 (Australian Capital Territory ACT) では、2013年婚姻平等 (同性婚) 法を成立させた (10月22日)。これにより、46組の同性婚が成立したが、司法長官であるジョージ・ブランデスは、連邦法が同性同士の婚姻を認めていない以上、州法でそれが可能となるのは法律上の矛盾を生じさせるとし、高等法院に提訴した¹⁴。この高等裁判所では、これらの婚姻は無効であると判断された¹⁵。そして、この高等裁判所の判断は、同性婚を含む家族の多様化についての議論を活発化させることとなった。

(以下、次号に続く)

判例一覧

- 1 最大判昭和39年5月27日 (民集18巻4号676頁)
- 2 最大判昭和48年4月4日 (刑集27巻3号265頁)
- 3 最小決昭和44年5月29日 (民集23巻6号1064頁)
- 4 最大決平成7年7月5日 (民集49巻7号1789号)
- 5 最大判平成20年6月4日 (民集62巻6号1367頁)
- 6 最大決平成25年9月4日 (民集67巻6号1320頁)
- 7 最小決平成25年12月10日 (裁時1593号4頁)

文献一覧

- 1 佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」2014年 名古屋市立大学大学院人間文化研究科第20号
- 2 拙稿 「オーストラリアにおける国籍をめぐる法的変遷：市民権概念との対抗において」2013年 神奈川大学国際経営論集 (46)
- 3 拙稿 「オーストラリアにおける入国そして居住の権利」2014年 神奈川大学国際経営論集 (47)
- 4 高井裕之「嫡出性の有無による法定相続分差別」2013年 有斐閣 ジュリスト憲法判例百選①
- 5 武田美智代「【オーストラリア】同性

12 同節での改正後の箇所は、以下を参照。Attorney-General's Department, Overview of the Australian Government's same-sex law reforms: <http://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/HumanRights/Pages/Samesexreforms.aspx> 2015.1.2

13 その関係である期間、一般の居住者としての本質と程度、性的関係の存在の有無、経済的な依存ないし相互依存の程度とその経済支援のための準備、資産の所有や運用と取得、生活をともに送る互いの確約、子どもの世話と監護、その関係の評判と公的な見方等。

14 オーストラリアは、6州と2特別地区 (準州) からなるが、その大半がシビルユニオンを導入し、同性婚を認めているが、連邦法が認めていないために連邦においては独身とみなされる。

15 同性婚については、ABCニュースの記事を参照。 <http://www.abc.net.au/news/2013-12-12/high-court-decision-on-act-same-sex-marriage-laws/5152168> 2015.1.12

- 関係法律の改正」2009年 国立国会図書館調査及び立法考査局 立法情報
www.ndl.go.jp/jp/diet/publication/legis/23902/02390213.pdf 2015.1.1
- 6 辻村みよ子「憲法から見た家族～現代家族・男女共同参画社会と国家～」2013年 日本弁護士連合会 www.j-wba.com/images2/jwba_no52_p010-019.pdf 2015.1.9
- 7 鳥澤孝之「諸外国の同棲パートナーシップ制度」(2010年) レファレンス
- 8 鳥澤孝之「諸外国の同性婚制度等の動向—2010 年以降を中心に—」(2013年) 調査と情報—ISSUE BRIEF— No.798
- 9 渡辺康行「尊属殺重罰規定と法の下の平等」2013年 有斐閣 ジュリスト憲法判例百選 ①
- 10 David de Vaus (2004) , Diversity and change in Australian families : Australian Institute of Family Studies – Commonwealth of Australia
- 11 Human Rights and Equal Opportunity Commission (2007) : Same-Sex: Same Entitlement
- 12 Jenni Millbank (2006) , The changing meaning of “de facto” relationships : Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 06/43
- 13 Katy A. King (2007), THE MARRIAGE AMENDMENT ACT: CAN AUSTRALIA PROHIBIT SAME-SEX MARRIAGE? : PACIFIC RIM LAW & POLICY JOURNAL VOL. 16 NO. 1
- 14 Mary Anne Neilsen (2012) , Same-sex marriage: Australia’s Commonwealth Parliamentary Library