

# 国境を超えて家族生活を営む権利 (2) —オーストラリア法と比較しての一考察— (完)

奥 野 圭 子

はじめに

(前号掲載)

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
  - ② 尊属殺人被告事件
  - ③ 国籍法違憲判決
  - ④ 非嫡出子相続分差別違憲判決
  - ⑤ 許可抗告事件
  - ⑥ 「家族の実態」と現行家族法の遅れ
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
  - ② それでも残る異性カップルと同性カップルの差別
  - ③ 2008年における差別修正のための法改正

## 3. 日本における家族の多様化とその法制度

(本号掲載)

- ① 国境を超えた同性婚に関する法的問題
  - ② 政府の法解釈と政治上の例外、そして、通達
  - ③ 法律上の家族と性別
  - ④ 家族と生殖医療技術の発展
  - ⑤ 性的マイノリティと個人の権利
  - ⑥ 「家族」としての他の課題
4. 国境を超えて家族生活を営む権利
    - ① 豪日における憲法上の同性婚家族の定義
    - ② 豪日における家族としての権利
    - ③ 国境を超えて家族生活を営む権利

おわりに

キーワード オーストラリア 日本国憲法と家族 家族生活を営む権利 同性婚 事実婚  
性的マイノリティ

### 3 日本における家族の多様化とその法制度

#### ① 国境を超えた同性婚に関する法的問題

日本政府の国際同性婚に対する措置は、2001年にオランダが世界で初めて同性婚を法制度上認めたことから始まった。この制度を受け、日本は、『日本では同性婚が認められていないので、有効と誤解を招く』として証明書に相手性別欄を設け、日本人が日本では認められていない同性婚を海外で行う場合には、法務省として証明書を出さない、そういう扱い<sup>1)</sup>をし、海外での同性婚まで事実上禁じたのである。

この問題を社民党福島瑞穂元党首らが、2008年11月、当該証明書の相手方の性別欄を削除し、同性婚のケースでも証明書を発行するように法務省に要請していた。これを受け、法務省は、「翌年3月26日に、同性同士の結婚を認めている外国で、日本人が同性婚をすることを認めなかった従来の方針を改め、独身であることなどを証明するために結婚の手続で必要な書類発行する方針」を決め、全国の法務局に通達をだすことにした<sup>2)</sup>。

これが、性別を超えて互いの意思で婚姻を決めるということについて、一歩前進させたことに間違いはないだろう。ただし、この一歩は、そのパートナーとともに日本で家族生活を送る前進とはならなかった。

一般に、国際結婚は、互いに必要な書類を揃えて提出しなければならない。日本で家族生活を営む場合は、日本の市区町村役場で婚姻届を提出し、新戸籍がつくられる。また、外国人配偶者は、出入国管理局（以下、入管）で在留資格を申請することとなる。

しかし、国際同性婚の場合には、先のように婚姻要件具備証明書の代わりとなる措置を行っただけで、その措置についても以下のように述べている。

「日本法のもとでは同性間の婚姻は無効で…婚姻要件具備証明書というのは出せない。しかし、外国において同性間の婚姻を有効としている場合に、日本人がその国の法制の下で婚姻をすることが可能かどうかは、これは当該外国の法制にゆだねられる事柄で…従来から、同性を相手方とする場合にも、独身であることなど、戸籍上明らかな身分関係事項について証明書を発行してほしいという要望があり…これを拒む理由はないことから、行政証明として別の書式を示すこととした…（しかし、この証明書は、）婚姻のフルの要件があるという婚姻要件具備証明書とは別の証明書を発行できるとするもので…法務省として同性婚を容認するといったことに方針転換したというようなものでは決して（なく）、…日本では同性婚は認められない（ので）…仮に外国において同性の間で婚姻が成立したとして、日本の戸籍にそれを記載してくれというような届出が出されたとしても、それは受理することはできない<sup>3)</sup>」

つまり、日本人は、同性婚が認められる国へ提出する書類を整えることができるようになったが、日本国自体が同性婚を認めていないため、婚姻届も受理しないし、ましてや戸籍にも記載しないのは当然のことであるということであろう。

また、その延長線上ともいえるのであろう

- 
- 1 第171回国会 法務委員会 第4号（平成21年4月3日（金曜日））  
[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000417120090403004.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000417120090403004.htm)  
（2015.8.20）補足として、2002年、同性婚に当該証明書を発行したことが発覚し、同年5月に法務省が「相手が同性であるときは、証明書を交付するのは相当でない」とし、その旨を通知し、日本人が同性婚の認められる国で婚姻することを阻止したということである。
  - 2 2009年3月27日共同通信  
<http://www.47news.jp/CN/200903/CN2009032601001106.html>（2015.8.20）
  - 3 同第171回国会 法務委員会 第4号 当時の法務省民事局長倉吉敬の発言を抜粋。

か。日本人が外国人パートナーと国内で同性婚を営もうとしても、「日本人の配偶者等」のような家族滞在の在留資格を得ることができない。よって、外国人パートナーは、「自身の就労活動が可能な在留資格を取得するか、(ビザ免除の国は除き)観光客などとして短期滞在の在留資格で来日」するしかないのである。

なお、この法的根拠は、同国会で自民党稲田朋美が「言うまでもなく、私どもの民法では同性婚は認められていない」と言及しており、2015年2月18日の参院本会議で安倍首相が「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」と断言していることに表れているといえよう。

## ② 政府の法解釈と政治上の例外、そして、通達

民法、ひいては憲法違反となるのであれば、日本政府の法解釈上、現行法制度では、国際同性婚一切を認める訳にはいかないことになる。よって、日本で同性婚を事実上成立させるのであれば、外国人パートナーが日本の家族滞在以外の在留資格を得るしかないのは、当然のこととなる。

しかし、その一方で、日本政府は、カナダで

同性婚をした大阪・神戸アメリカ総領事のパトリック・リネハン氏のパートナー男性に2011年9月外交官の配偶者としての在留資格を与えている<sup>4</sup>。これに関し、同国会で谷垣法務大臣は、「これは、外交関係に関するウィーン条約に基づき、『外交官の家族構成員でその世帯に属するものは、』という扱いで認められて(おり)、…外交官以外に及ぼしている措置」ではないと答えている<sup>5</sup>。

また、2013年には、「同性婚をしている在日米軍所属の軍人・軍属のパートナーについて、日米両政府は『配偶者』と認め、ビザ(査証)なしで日本に入国できるようにすることで合意したと日米関係筋が12月28日に明らかにした。すでに適用が始まっている」との報道もあった<sup>6</sup>。

一方、同性婚を認める国の増加にともない、それらの国で同性婚を法律上認められた同性婚者が日本で就業するにあたって、配偶者を連れてきたいという要望も多くなった。これについて、法務省は、同性婚の配偶者に対する入国・在留審査についての通知を出し、日本の法制度上では配偶者と認められないが、場合によっては、在留資格「特定活動」により、入国・在留を認めることを示唆したのである<sup>7</sup>。

4 第183回国会 法務委員会 第2号 日本維新の会西根由佳の発言より。

<http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb-kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000418320130315002.htm> (2015.8.21)

5 正確には、日本国政府が接受する外国政府の外交使節団若しくは領事機関の構成員、条約若しくは国際慣行により外交使節と同様の特権及び免除を受ける「外交」、日本国政府の承認した外国政府若しくは国際機関の公務に従事する「公用」の在留資格を有する者の家族滞在。

6 読売オンラインニュース (2013.12.29)

<http://www.yomiuri.co.jp/world/news/20131229-OYTIT00003.htm> (2015.8.21)  
コムスタカ「同性婚者の在留資格について」

[http://www.geocities.jp/kumustaka85/japanese/LGBTQ/2013\\_sexualminority.html](http://www.geocities.jp/kumustaka85/japanese/LGBTQ/2013_sexualminority.html) (2015.8.21)

7 法務省管第5357号 平成25年10月18日 地方入国管理局長殿 地方入国管理局支局長殿 法務省入管管理局 入国在留課長石岡邦章 同性婚の配偶者に対する入国・在留審査について(通知)「在留資格『家族滞在』、『永住者の配偶者等』等という『配偶者』は、我が国の婚姻に関する法令においても有効なものとして取り扱われる婚姻の配偶者であり、外国で有効に成立した婚姻であっても同性婚による配偶者は含まれないところ、本年5月にフランスで『同性婚法』が施行されるなど近時の諸外国における同性婚に係る法整備の実情等を踏まえ、また、本国で同性婚をしている者について、その者が本国と同様に我が国においても安定的に生活できるよう人道的観点から配慮し、今般、同性婚による配偶者については、原則として、在留資格『特定活動』により、入国・在留を認めることにしました。

ついでには、本国で有効に成立している同性婚の配偶者から、本邦において、その配偶者との同居及び扶養を受けて在留することを希望して『特定活動』の在留資格への変更許可申請がなされた場合は、専決により処分することなく、人道的観点から配慮すべき事情があるとして、意見を付して本省あて請訓願います。なお、管下出張所長へは、貴職から通知願います。」

ただし、この在留資格「特定活動」への示唆は、次の二つを意味していた。一つは、高度な人材を獲得するための入管上の優遇措置である。高度な人材が、同性婚者だった場合、頑なに配偶者と認めない、つまりは、安定した日本での滞在を認めないということになると、そのような人材を逃してしまう虞があるということである。よって、人道的観点からの配慮と謳っているが、少なくとも入管の公表する統計等には見られない。よって、一般には、2015年2月9日に福島瑞穂によって書かれている「1年半で10例ほど」という人数しか把握できないのである<sup>8</sup>。

もう一つは、あくまでも政府は、「入管法上、配偶者として在留資格を認めるには、それぞれの国籍において法的に夫婦関係があり、配偶者として認められていることが必要で…我が国においても配偶者と認められるものであることが必要」であるから、「このような観点から、同性婚の相手や事実婚の相手は、入管法上は配偶者に含まれない」との考えを固持していることから、家族滞在のための在留資格を与えず、実際に配偶者、家族として生活を営んでいく上での議論には発展していないと思われる<sup>9</sup>。

そもそも、これらの措置が同性婚者に大きな希望を与えるもの、ないし、これまでの入管法上での取扱に対する画期的な変更であったならば、何故、在留資格「特定活動」で認められた事例は、1年半で10例ほどと、これほどまでに少ないのであろうか。同性婚人権救済弁護団によると、これは、「この取扱いが適用されるのは本国で有効に同性婚ができる外国人同士のカップルに限定」されており、「日本人と同性婚をした外国人など、本国で有効に成立していない同性婚の配偶者には適用されないのが現状」だからだと説明されている<sup>10</sup>。

また、憲法、民法により同性婚は、認められないとしつつ、日本人と外国人の同性カップルよりも先に、外国人同士の同性カップルに「同性婚者の安定した滞在」を認めていったことにも合点がいかない。第一義的に憲法上の人権を享有するのは、日本人であることは間違いなからう。人道的見地からの配慮なのであれば、より強くそういえるのではなからうか。

### ③ 法律上の家族と性別

わが国における個人の権利の発展に、日本国憲法が非常に大きく貢献していることは、周知の事実である。とりわけ、「婚姻・離婚・家族に関する法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して制定されるべきことが示され（憲法24条2項）、…これに基づいて改正された民法（家族に関する部分）の大きな特徴は、明治時代以来の家制度を廃止して、男女平等を徹底したことであり、家族を団体としてではなく、夫と妻、親と子、親族相互間の個人と個人の権利義務関係を想定し、個人を基礎に置いた（二宮周平（2010）41頁）。

しかし、それでも民法では、「1946年当時、家制度を維持しようとする保守派が相当な勢力を持っており、…制度としての『家』は存在しなくても、社会の中に家意識、家父長意識は存続し続けており、民法の規定がこれらに影響を与えた。…こうして生物学的な男性と女性の性的結合による婚姻家族を社会の基本に据え、…（その結果、）男性を中心とする職場＝公的な世界と、女性を中心とする家庭＝私的世界のすみわけを固定化する社会が確立し…家事・育児・介護という就業時間のない労働を女性にゆだねて経済的自立を妨げ、これを背景に出産や中絶を管理し、…セクシャル・ハラスメントや買春

8 福島みずほのどきどき日記  
<http://mizuhofukushima.blog83.fc2.com/blog-entry-2710.html>（2015.8.21）

9 第186回国会 法務委員会 第20号  
[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000418620140528020.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/000418620140528020.htm)（2015.8.21）主に、法務省入国管理局長榊原一夫の発言より。

10 同性婚人権救済弁護団「パブリックコメント（第5次出入国管理基本計画）について」  
<http://lgbt.sakura.ne.jp/lgbt/publiccomment/>（2015.8.28）



が日常化し、…また、男らしさ、女らしさが強調されるがゆえに、女だと思ったら男だったり、男だと思ったら女だったり、男が男から愛されたりすることは、致命的な問題となる。だから、これを引き起こすおそれのある性的少数者、たとえば、インターセックスやGID<sup>11</sup>の人、同性愛者などを、社会の許容範囲を越える存在、社会秩序からの逸脱者として排除（二宮周平（2010）41-46頁）」しようとしてきたという。

国内における女性差別問題は、憲法14条、すなわち「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」という条文を中核に争われてきた。未だ完全に平等になったとは言えないが、随分と進化してきているように感じる。いや、進化したからこそ、「女性の権利」から「子どもの権利」という次のステップを踏んでからもかなりの年月が過ぎているということができよう。

ただ、平等を目指していかなければならない者がまだ他にもいるということが重要である。性別は、男女だけという考え方が、どれほどの深刻な差別を、筆者を含めてどれほど多くの人々が最近まで気付かずにしていたのだろうか。近年、世界的に彼らの人権について考えられるようになったのは、一定の差別が解消され、少しずつでも彼等が声を上げやすくなったのではないか、また、それにより彼等をないがしろにしていたことに多くの人が気付かされたからではないのかと考える。

それでも、最高裁の反対意見にも強調されていたように<sup>12</sup>、同性婚では、生物学上、子どもを有することはできないから、第三者の協力に

よる子どもとの父子関係は認められないという類の意見も根強い。その延長線であろうか、根本なのであろうか、子が望めないのだから同性婚は認められないという意見も世界的に多くみられるのもまた事実である。この問題をどのように考えるべきなのだろうか。

#### ④ 家族と生殖医療技術の発展

二宮周平の指摘するように、かつては、夫婦間に男女の役割があるかのように捉えられており、女性の出産や中絶を男性が管理していた。これは、国や文化、生活の違い等はあれども、おおよそ世界的にもそうであったと考えられる。故に、1994年には、国際連合を中心として「女性の人権」の中でリプロダクティブライツ<sup>13</sup>が提言され、翌年の北京国連世界女性会議で、同権利が「女性の基本的人権」であることが確認されたのであろう。

しかし、それからの世界は、「とりわけ医療技術の進歩は、私たちの生き方に対して従来は想像も及ばなかった変化」をもたらし、その中でも「人間の生殖に関わる技術は、旧来の法学的思考の枠組みを超える進歩をとげ」、「子を産まないという局面においては、避妊技術と人工妊娠中絶手術の発展、子を産むという局面においては、人工授精・体外受精の技術の飛躍的発展」を遂げた。

また、その一方で、「人間の生殖活動は、人間存在の根幹にかかわる」ため、それに対する考え方は、「各国・各地域の歴史にはぐくまれた伝統・文化、とりわけ宗教的・道徳的な伝統・文化に深く根ざし」、最近の生殖医療技術の進歩を背景として、「人間の意識変化の下、先端技術の利用実態が先行する場合が多く、各国の

11 インターセックスとは、両性の特徴を持って生まれた子どものことであり、2015年5月12日に欧州評議会が、「体の特徴を男性あるいは女性に合わせる手術を本人の同意なく行つてはならない」、そして、各国の当局に対し、人々の性別を男女の二元論で分類することはやめるべきと訴えたことで記憶に新しい。また、GIDとは、性同一性障害（Gender Identity Disorder）のことであり、生物学上の性別と性の自己意識とが一致しない者のことである。

12 最小決平成25年12月10日（裁時1593号4頁）

13 当時は、リプロダクティブライツは、中絶を含めた子を産む／産まないを決めるのは、女性の自己決定権であると理解されてきたが、同権利は、ヘルス（Health）と併記されることが多かった。そこから発展し、現在では、女性の性や生殖にかかわる健康を実質的に保障するための権利と解されている。

法律・裁判例は、いわばその後迫いの対応（渋谷秀樹「生殖の自由」立教法務研究第6号（2013）83-84頁）」になっている。

つまり、このような現状で先の最高裁のように、性同一性障害により性転換手術を受けたXが<sup>14</sup>、元同性のAと婚姻し、子を産むことができるAが第三者の協力を得て子どもを産み、その子どもをXが自分の子として実際に育てているにもかかわらず、XとAの子は、生物学上血縁関係がないことが明らかであるので争いが起こるということが生じているのである。

確かに、性同一性障害者の望む婚姻を法制度として整え、彼らの人生観を認めたということは、間違いなく「個人の権利の発展」といえるであろう。しかし、その条件に過酷な性転換手術までも含むということは、やはり「婚姻は、男女間による」という枠組みがあり、それに当てはめて極々部分的に法律上で認めたという体裁を整えただけのようにもみえるのである。

また、文部科学省は、2015年4月に「性同一性障害に係る児童生徒だけでなく、いわゆる『性的マイノリティ』とされる児童生徒全般に共通するものであることを明らかにした」という、「性同一性障害に係る児童生徒に対するきめ細かな対応の実施等について」という通知を出した<sup>15</sup>。朝日新聞によると、同通知は、「これまでは法律上の定義がある性同一性障害者に限られていたが、それ以外の性的少数者についても国として学校に対応を求めたのは初めて」という<sup>16</sup>。

つまり、換言すれば、「性的マイノリティ」に分類される人がおり、日本は、これまでに、

その「性的マイノリティ」の性同一性障害の人にしか目を向けてなかったということなのだろうか。それ以前に、「性的マイノリティ」とは、どのような人々を包含するのであろうか。

#### ⑤ 性的マイノリティと個人の権利

「性的マイノリティ」とは、「身体的性別、性自認、性的指向などが、男女二元論と異性愛主義社会の『常識』に対応しない人をさし、具体的には同性愛者（ゲイ、レズビアン）、両性愛者（バイセクシュアル）、性同一性障害（トランスジェンダー）、Aセクシュアル（非性愛、無性愛）、インターセックス（半陰陽）など（筆者傍点）<sup>17</sup>（松尾由紀子（2013）17頁）」を指すという。

同稿によると、性的マイノリティが学校や子どものことと結びつく記事となったのは、同性愛を除くと1990年代後半からだという。よって、性的マイノリティは、1990年代以降、一定の認識があったにもかかわらず、近年まで学校教育には、結びついてこなかったという。そのため、性的マイノリティの子どもは、たとえば異性愛者を装うなど大きなストレスを抱え、性的指向が明確になってくる10代では、自殺未遂率が高いと指摘する。

そして、これらを理由に、この度の文部科学省の通知等は、特別支援教育などを中心に「個」に対応しようとしている姿勢はうかがえるという。もともと、学校教育の場だけであるので、不十分であることも指摘しているが、それでも「教科書や学習指導要領で性的マイノリティをとりあげる効果は大きいのではないか（松尾由

14 2013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」が制定され、次の条件を満たせば、性転換後に元同性と結婚できるようになった（2004年7月16日施行）。20歳以上であること、現に婚姻をしていないこと、現に未成年の子がいないこと、生殖腺がないことまたは生殖腺の機能を永遠に欠く状態にあること、その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること（第3条）。

15 文部科学省「性同一性障害に係る児童生徒に対するきめ細かな対応の実施等について」

[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/houdou/27/04/1357468.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/houdou/27/04/1357468.htm)（2015.8.26）

16 朝日新聞 2015年4月30日 デジタル版は、以下。

<http://www.asahi.com/articles/ASH4X6QG9H4XUTIL04Q.html>（2015.8.26）

17 松尾論文によると、性的マイノリティには、同性愛も含まれるらしい、同稿によると、同性愛は、かつて精神障害とされたが、今では病気でも異常でもないため治療の対象となっていないことから、「など」と記述されていると思われる。

紀子（2013）28頁）」と評価している。

この指摘を法制度へ向けるとどうであろうか。現在、性同一性障害の者が、非常に厳しい条件の上で、自己の認識と同じ性として婚姻生活が営めることとなった。しかし、学校教育が、さらに前進し、「性的マイノリティ」をも対象として教育を変更する。これらが、いくら広範囲になろうが、詳細になろうが、現時点では、その先に待っているのは、厳しい条件を課した性同一性障害者への法制度しかないことになる。国家からの通知が届き、全国の小中高の指導が性的マイノリティを認め、「これでいい、正常なのだ」と一貫して思わせておきながら、いざ家族を形成しようと思ったら、法的な道はないと知る方が残酷で、非常に無責任なのではないだろうか。

#### ⑥ 「家族」としての他の課題

2015年6月26日、全米で同性婚が認められるという連邦最高裁判所の判決が大きく取り上げられたが、それ以前から、性的マイノリティが法律上の家族となることが世界的に急速に認められてきているようにみえる<sup>18</sup>。

彼らの法的問題は、人々の理解によって少しずつ解決に向かっているようにも見えるが、国境を超えて安定した家族生活が営めるか否かが問題となるのは、性的マイノリティの者だけではない。

第二次世界大戦後、わが国と関係国との間にある独特な事情に由来する、いわゆる中国残留日本人や在朝日本人、在日中国・台湾・朝鮮人等の家族問題、そして、内縁の関係としての日本人配偶者や、その間に生まれた日本国籍を有さない子、本国での養育が難しくなり、日本に引き寄せたいが、中長期の在留資格取得が困難

な外国人配偶者の親類縁者等、例を挙げれば枚挙いとまない<sup>19</sup>。

また、わが国には、成人養子という制度があるため、同性同士では、法律上の夫婦となれないから、同制度を利用した法的関係を結んだカップル、あるいは、事実婚や事実上の親子関係等も考えられるし、代理母、精子卵子提供者と子の関係をどう定義するのかという新しい問題もある。

本来、個別具体的に考えなければならないことであるのは重々承知であるが、本稿の一番の目的は、憲法上の「家族」について考察することであるから、新しくかつ早急に検討を必要とする日本とオーストラリアの性的マイノリティを素材にしている。

## 4 国境を超えて家族生活を営む権利

### ① 豪日における憲法上の同性婚家族の定義

2013年、オーストラリア首都特別地域が同性婚を認める法を制定したため、連邦は、同法が無効であることを訴え、高等法院へ提訴した。その結果、高等法院は、連邦憲法51条（XXI）に基づいて制定および改正なされた連邦の1961年婚姻法（Marriage Act）と矛盾することを指摘し、同法が無効であると判断した。

しかし、憲法に反しているかどうかについては、次のように述べた。

『婚姻』は、法律で定められた条件に従い、自然人の間で形成された合意による結合としてだけでなく、法が許容することを意図として認め、感情（affecting）を法的地位に定め、相互の権利と義務を定めると憲法51条（XXI）で理解されている。…（しかし、）他の法制度は、現在、同性間の婚姻を

18 現在、同性婚、パートナーシップ制度が採用されている国・地域の一覧は、EMA日本が詳細につくっている。  
<http://emajapan.org/promssm/>（2015.8.28）

19 外国人を含む家族が離散になる事例は、拙稿「外国人と家族生活」萩野芳夫編『外国人と法』明石書店2000年。最近の事例については、法務省HP「在留特別許可された事例及び在留特別許可されなかった事例について」にある。

[http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan\\_nyukan25.html](http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan25.html)（2015.8.29）

規定している。これは、近年の婚姻に関する法域 (jurisdictions) の発展と正しく評されるかもしれない。当該裁判所は、これが、どのように、何故生じたのか調べることに役立つことも、関連することもしない。重要であることは、婚姻の法律上の概念(憲法51条(X X I) が言及する概念) が、そのような(同性婚) 結合を受け入れているということである。彼らは、(法に) 記述されている合意のある結合である。あらゆる法的地位のように、婚姻の法的地位は、法域の範囲内でのみ適用される。法的地位を有する者の身分(class)の境界は、法によって定められるが、その境界は、不変ではない<sup>20</sup>。」

つまり、オーストラリア首都特別地域の制定した同性婚を認める法は、1961年婚姻法の規定に反し無効とするものの、憲法51条(X X I)の規定は、「自然人の間で形成された合意による結合」であり、同法で同性婚を認めるか否かの権限は、連邦議会の立法権にあることを示した。また、これと同時に、憲法は、同性婚を否定していないことも明確にしたのである。

これに対し、日本では、同性婚そのものが直接争われた判例は見当たらない。しかし、裁判所が、同性婚を憲法上どのように考えているのかが伺えるともいえる判例<sup>21</sup>が一つだけある。

フィリピン人であるエメリタは、1996年に日本人Aとフィリピン方式の婚姻を行った。そして、日本で婚姻届を提出後、Aの本拠地に新戸籍が編成された。その後、二人は、同居していたが、翌年、エメリタの入国査証更新のために入国管理局に行った際に、エメリタが偽装旅券を使用して日本へ入国してきたこと、エメリタの性別は、実は、女性でなく男性であったこ

とが発覚した。このため、二人の婚姻届は、戸籍法24条1項に反することが通知され、Aが本件戸籍訂正の申し立てをした。

これについて、裁判所は、「婚姻の実質的成立要件は、法例13条1項により各当事者の本国法によるところ、申立人Aの本国法である日本法によれば、男性同士ないし女性同士の同性婚は、男女間における婚姻的共同生活に入る意思、すなわち婚姻意思を欠き無効」と判断した。

この裁判官の判断には、憲法から直接導かれていないが、憲法24条の「婚姻は両性の合意にのみに基づいて成立」という表現により、男女のみを婚姻の対象としている。これを前提としている戸籍法は、当然のように両性の届け出のみを受理するため、「その真実の身分関係につき当事者間において明白で争いがなく、これを裏付ける客観的な証拠があるときは、ことさらその真実の身分関係について確定裁判を経るまでもなく、直ちに戸籍法113条にしたがい戸籍の訂正をすることができるものと解するのが相当」とであると結論付けられたと想定する。

これらのことから、現状では、豪日ともども国として同性婚を認めていないが、判例の流れは、オーストラリアの方が進歩しているといえよう。

## ② 豪日における家族としての権利

オーストラリアでは、法務省のHPに「家族の尊重に関する権利」について詳細に記載されている<sup>22</sup>。ここでは、a.いつ家族の尊重に対する権利を考慮する必要があるのか、b.家族の尊重に対する権利の範囲は何か、c.家族の尊重に対する権利を制限することができるのか、d.どの国内法が家族の尊重に対する権利に関するものなのか、e.関連する国際条約の条文、f.どこ

20 The Commonwealth v Australian Capital Territory [2013] HCA 55  
<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2013/55.html> (2015.9.1)

21 佐賀家審平成11年1月7日家月51巻6号73頁。

22 Attorney-General's Department "Right to respect for the family"  
<https://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/HumanRights/PublicSectorGuidanceSheets/Pages/Righttorespectforthefamily.aspx> (2015.9.1)



で家族の尊重に対する権利について、より理解することができるのか、という項目順にみることができる。

ただ、本稿の目的は、国境を超えて家族生活を営む権利であるので、これに直接関係するものに焦点を絞ってみたい（なお、同文章は、オーストラリア首都特別地域の同性婚に関する高等法院の判断前のものであるので、婚姻に関する権利が憲法51条（XXI）に包含されることに言及していない）。

オーストラリアにおける家族の尊重に関する法源は、7つの国際人権条約にあるという<sup>23</sup>。

「家族」の定義については、国連人権委員会が、市民的及び政治的権利に関する国際規約（ICCOPR）の23条における文言が、17条に基づいて禁止するものであり<sup>24</sup>、「各々の国家の社会で理解されているような家族と類似する全ての者は、広く解釈を与えられなければならない」とし、その上で、家族の定義は、婚姻の概念に限られず、「国家が、家族とみなす他の方法（arrangement）を認めるならば、その方法は、23条に基づき保護されてなければならない」と述べた。つまり、同性婚を否定していないようである。

これを受けて、オーストラリアは、「婚姻に関しては、1961年婚姻法に含まれる。同法に基づき、婚姻は、他のいかなるものを除外した男女の結合として定義され、自発的に始めるこ

とができる。法に基づく婚姻年齢は、18歳であるが、16歳から18歳の者は、特定の状況により婚姻することを認められる」と解した。しかし、1958年国際移動法では、相互依存ビザ（Interdependency visas）を認めており、同性だけでなく、強い絆で結ばれている全く血縁関係のない家族同様の依存関係も認めており、その意味で、国境を超えて家族生活を営む権利を認めているのに、言及されていない。

ただし、国際移動法により家族離散させてしまう場合には、2つの制限を置いている。1つは、家族が入国を拒否されたか、法によって認められた追放を根拠に、恣意的でなく、家族関係への影響を考慮した場合に限り、国際移動法の適用は、17条および23条に反しないということである。もう一つは、市民的及び政治的権利に関する国際規約24条に基づく子の保護に関する権利、子どもの権利条約9条における、子の最善の利益を除き、子の意思に反して両親から引き離されない権利を最大限考慮しなくてはならないということである。

いずれにしろ、オーストラリアは、家族に関して、市民的及び政治的権利に関する国際規約17条、23条に基づき、家族への干渉からの自由と家族への保護を非常に重視しており、家族のプライバシーに対するいかなる干渉も適法で合理的理由がない限り制限されないと示している。

23 市民的及び政治的権利に関する国際規約（ICCOPR）の23条、17条の他に、（あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（人種差別撤廃条約）（CERD）5条、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（女性差別撤廃条約）（CEDAW）16条、児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）（CRC）16条、障害者の権利に関する条約（障害者権利条約）（CRPD）23条も参照とある。なお、「家族の保護」という文言が市民的及び政治的権利に関する国際規約に使われているが、このガイダンスシートでは、障害者の権利に関する条約のように、より近年的な文言で使われる用語「家族の尊重」を使うと注記されている。

24 23条

- 1 家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。
- 2 婚姻をすることができる年齢の男女が婚姻をしかつ家族を形成する権利は、認められる。
- 3 婚姻は、両当事者の自由かつ完全な合意なしには成立しない。
- 4 この規約の締約国は、婚姻中及び婚姻の解消の際に、婚姻に係る配偶者の権利及び責任の平等を確保するため、適当な措置をとる。その解消の場合には、児童に対する必要な保護のため、措置がとられる。

17条

- 1 何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。
- 2 すべての者は、1の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する。

これに対し、日本では、「現代社会においては、上陸・滞在の権利性がなお一般に否定される一方で、外国人の人権享有主体性を否定する解釈はほとんど存在しない（自由権規約第2条第1項、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約第2条第2項参照）山口元一（2009）1－2頁」とする。

しかし、山口論文は、外国人に人権を保障してみたところで、その基礎となる上陸・滞在が国家の裁量に委ねられ、自由な強制送還を認めるのは、重大な矛盾であると指摘する。その上で、特に、滞在期間が長期化し、居住する国に生活の本拠地を有するに至った外国人の場合、そこで保障されるべき権利の多くは、自国（国籍国）を含む他の国ではしがたい切実な事情があるから、日本の法学者は、その点にもっと目を向けるべきとする。

時代の流れに鑑みれば、この「家族」に同性婚も考慮しなければならないだろう。

この点について、近年、注目されているのは、二宮周平である。彼は、同性婚について、「人が自己の性的指向に基づいて、パートナーと親密な関係を形成し共同生活を営むことを、個人の尊厳として保障すべきだとすれば、そして婚姻の役割が人格的な結びつきの安定化にあるとすれば、同性カップルを異性カップルと区別する必要はない」とし、憲法24条については、『「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と規定するが、その趣旨は、明治民法時代、婚姻は戸主の同意が必要であり、また男三〇歳、女二五歳までは父母の同意も必要であり、婚姻が当事者の自由な意思ではなく、親や戸主の意向のままにきめられることが慣例となっていた事実をふまえ、これをなくすために規定された」ものであり、「異性カップルのみに婚姻を保障する規定ではないのだから、民法で同性婚を認

めたり、特別法で登録制度を設けることは、憲法に違反しない（二宮周平（2010）66頁）」と解釈する。

憲法上、同性婚者の権利をどこに見出すかについては、大別して3つあったように思う。一つ目は、家族のあり方を決めるのは、憲法13条に基づく「自己決定権」に含まれると解する説<sup>25</sup>。二つ目は、やはり憲法24条の規定は、家制度の解体と男女の家族生活における平等に関する側面が注目されていたが、「家族のあり方が急激に多様化しつつある現代において、改めてこの規定を家族を形成する権利の一般的規定と読み直す必要がある。…子の自由は、従来13条で規定された幸福追求権の一端を構成する自己決定権の一内容として考えられてきた（が）、むしろ、家族を形成する権利として24条の中の『家族に関するその他の事項』の問題として考えるべき」とする説<sup>26</sup>。そして、3つ目は、24条と13条をともに根拠にする説である。同説については、他の二つより細々とした解釈の相違が存在するため、およその共通点と思われることだけ示すと、24条は、旧来の家族制度の批判であり、13条を生命、身体、親密な関係等を自己決定権として決められるというものであった。

なお、現在、新しい観点として、「平等保護を個人の権利だと考え、ある個人が性に基づいて不利な取扱を受けた場合、平等保護条項違反がある」という構成であれば、男女といった性別を問題にせずとも、「あくまで当事者が他者と比して不利な扱いを受けているかどうかを検討すれば足りる」という14条の平等原則から見出そうという説（大野友也（2009）36頁）も出ている。同説は、事実上の家族の権利を考える場合、たとえば、相続や年金の受給等を考える場合、有用であろう。

25 たとえば、佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂（2011）188－191頁、芦部信喜『憲法 第5版』岩波書店（2011）125頁、野中俊彦他『憲法Ⅰ 第3版』有斐閣（2001）254－255頁等。

26 渋谷秀樹『憲法』有斐閣（2007）99－100頁。同じく13条でなく、24条で足りるという見解を松井茂記が採っていたが、家族、生存、教育、労働、財産等の権利は、本来、政治的プロセスに委ねることのできない権利とはいえないから、憲法で保障すべき権利には当たらない旨を展開しており、消極的であった（松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』日本評論社（1995年）92－96頁。

### ③ 国境を超えて家族生活を営む権利

上記のことから、オーストラリアは、家族に関して、市民的及び政治的権利に関する国際規約17条、23条に基づき、家族への干渉からの自由と家族への保護を重視し、合理的な理由がない場合には、家族のプライバシーに対するいかなる干渉も認められないとしている。わが国の憲法と比較すると、24条は、婚姻は両者の合意により成立し、それぞれの権利および責任が平等であること、17条は、何人も、私生活、家族等に対して恣意的若しくは不法に干渉されないことを定めている。

ならば、まず、24条が考えられるであろう。同条1項は、「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」、2項では、「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」、つまり両性の平等と本質的平等の上に婚姻並びに家族に関する事柄を決められるとある。

憲法制定時、この「両性」が男女であることが想定されていたのは間違いなかろう。しかし、それは、二宮周平の見解の通り、明治時代の婚姻における差別的な制度をなくすためであると考える。彼は、これを理由に民法で同性婚を認めたり、特別法で登録制度を設ける等の提案をしているが、そもそも憲法解釈で解決できないのであろうか。

この点については、彼と同じ旨の理由をつけた上で、弁護士角田由紀子が、「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、…そう考えれば、『両性』という文言から導きだす必要はない（角田由紀子（1991）210－211頁）」と続ける。

しかし、99条<sup>27</sup>をみれば、憲法尊重擁護義務は、国民には課されていない。つまり、立憲主義により、憲法は、国民に不利益を課すものではないことから、両性を男女ではなく、二つの性と読むことも可能に思えるし、憲法を根拠規定とし、同性婚を禁じるの方が憲法の趣旨に反するよう思える。

次に、家族のプライバシーに恣意的若しくは不当な干渉についてである。これについて、オーストラリアでは、「家族が入国を拒否されたか、法によって認められた追放を根拠に、恣意的でなく、家族関係への影響を考慮した場合に限り」市民的及び政治的権利に関する国際規約17条、23条に反しないとし、先程も言及したように、同性婚のパートナーであっても、1958年国際移動法により、入国・滞在でき、永住権取得への道も開かれている。

これについて、日本国憲法では、13条と比較できるだろうか。13条では、「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」と規定され、同条により、プライバシー権もいわゆる新しい権利の一つとして導き出されている。

しかし、ここでは、個人尊重主義に基づく幸福追求権がまず考えられるであろう。同性に限らず、本来、人とは、誰と親密な関係を築き、互いの合意により家族であると決めるのかどうか自由なのではないだろうか。現行法では、たまたま婚姻年齢を迎えた男女であれば、双方の合意により婚姻が認められ、家族となる。これが、同性であったり、元配偶者の連れ子を血縁関係のない配偶者が育てたり、恋愛感情はなくても互いに家族と思える関係もあるだろう。極端なことを言えば、そもそも「家族」であることを法で決める必要があるのだろうか。

ただし、国境を超えて家族生活を営むためには、居住国を予定している国家に「家族」であ

27 99条 天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。



ることを証明しなければならないのが通常である。これをどのように解決するのか。思うに、最高裁も「家族の多様性」を認めており、家族を形式として判断するのではなく、実態として判断するように変更してきていることに鑑みると、むしろ「家族である実態」を示せば足りるように思える。

実際、オーストラリアでは、国境を超えて家族生活を営もうとする配偶者、婚約者と同様、相互依存の関係の場合も何度も面接をし、その関係が唯一で真実であるか否かを判断する。そのため、人も時間も当然費やすことになる。しかし、多様な家族を正確に判断することができれば、人権を不当に侵害することを最小限に抑えられるであろうし、同性婚を含む「個人の権利として形成した実態をとまなう家族」も日本を居住国として選択できるようになるだろう。

## おわりに

この20年ほど、国境を超えて家族生活を営むことを検討する場合、主に親の付属として考えられ、人権を顧みられ難かった子どもに焦点が当てられてきた。しかし、その子どもの権利は、子どもの権利条約の批准や影響によってかなりの進化を遂げた。とりわけ、退去強制等による家族離散の際には、子の最善の利益が考慮されるのは、基本といえるようになったとも感じる。

ところが、近年になって、諸国の動向もあってか同性愛者の権利について活発に論じられるようになってきた。彼らには、いくら深い愛情や強い繋がりがあっても、法制度上、家族と認められなかったため、想像もつかない人権侵害を受けていることが多々ある。法律上認められない家族ということならば、事実上の家族も同様であろう。よって、これは、早急に議論されなければならない問題であると考え、主に同性婚者の当該権利について考察することにした。

同性婚では、子どもが望めないから認められないという意見も根強いとも聞くが、今では、発達した生殖医療を利用することも、従来のように養子縁組をすることも可能であるし、男女間の婚姻であったとしても、婚姻に子をなすことは義務付けられるものでもない。

もちろん、生殖医療が進化する度に法制度が追い付いていないという問題もあるが、基本的には、人が幸福を追求するための手段といえるのではなかろうか。

私見として、憲法24条と13条から同性婚や事実上の家族等を含む「家族」を形成する権利を考えられるならば、それは、憲法上の前国家的権利であると考えられる。13条から導き出すと、「新しい権利」に分類されるかもしれないが、誰と家族生活を営むかを定めることは、ごく自然で当たり前のことである。つまり、13条の側面には、「新しい権利」の法源となる面と、元来、人がごく自然で当たり前に有している権利の確認や探求をする面があるのではないかと考える。

家族生活を営む権利は、後者であろう。よって、国家は、家族に関する事柄についての干渉は、合理的理由のある必要最低限でしかすべきでない。ましてや、政治的に解釈することは、論外である。

2015年7月、全国の同性愛者等が、日本弁護士連合会に「同性婚ができないのは憲法の法の下に平等に反する」とし、人権救済を申し立てており、場合によっては、訴訟も辞さないという。家族生活を営む権利の見地から、どのような展開があるか見守りたい<sup>28</sup>。

---

28 人権救済申立書概要版2015年7月6日

[http://lgbt.sakura.ne.jp/lgbt/wp-content/uploads/2015/04/summary\\_150706.pdf](http://lgbt.sakura.ne.jp/lgbt/wp-content/uploads/2015/04/summary_150706.pdf) (2015.9.3)



## 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頁)
- 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(裁時1587号1頁)
- 7 最小決平成25年12月10日(裁時1593号4頁)
- 8 佐賀家審平成11年1月7日家月51巻6号73頁
- 9 The Commonwealth v Australian Capital Territory [2013] HCA 55

## 文献一覧

- 1 芦部信喜『憲法 第6版』岩波書店 2015年
- 2 大野友也「同性婚と平等保護」研究論文集—教育系・文系の九州地区国立大学間連携論文集3(1) 2009年
- 3 佐久間悠太「同性婚をめぐる諸外国の動向」名古屋市立大学大学院人間文化研究科第20号 2014年
- 4 佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂 2011年
- 5 渋谷秀樹『憲法』第2版 有斐閣 2013年
- 6 渋谷秀樹「生殖の自由」立教法務研究第6号 2013年
- 7 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」神奈川大学国際経営論集(46) 2013年
- 8 拙稿「オーストラリアにおける入国そして居住の権利」神奈川大学国際経営論集(47) 2014年
- 9 拙稿「外国人と家族生活」萩野芳夫編『外

国人と法』明石書店 2000年

- 10 高井裕之「嫡出性の有無による法定相続分差別」有斐閣 ジュリスト憲法判例百選① 2013年
- 11 武田美智代「【オーストラリア】同性関係法律の改正」国立国会図書館調査及び立法考査局 立法情報 2009年  
www.ndl.go.jp/jp/diet/publication/legis/23902/02390213.pdf (2015.1.1 最終閲覧)
- 12 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～」日本弁護士連合会 2013年  
www.j-wba.com/images2/jwba\_no52\_p010-019.pdf (2015.1.9最終閲覧)
- 13 角田由紀子『性の法律学』有斐閣選書 1991年
- 14 第171回国会 法務委員会 第4号 平成21年4月3日(金曜日)
- 15 第183回国会 法務委員会 第2号 平成25年3月15日(金曜日)
- 16 第186回国会 法務委員会 第20号 平成26年5月28日(水曜日)
- 17 鳥澤孝之「諸外国の同棲パートナーシップ制度」レファレンス 2010年
- 18 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—」調査と情報—ISSUE BRIEF— No.798 2013年
- 19 二宮周平『家族と法(第2刷)』岩波書店 2010年
- 20 野中俊彦他『憲法 I 第5版』有斐閣 2012年
- 21 松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』日本評論社 1995年
- 22 松尾由紀子「学校教育と社会における性的マイノリティに関する言説研究-1990年以降の教育メディアと新聞記事の記述分析—静岡大学教育研究. 9 2013年
- 23 山口元一「家族結合権の意義、機能と日本における課題」移民政策学会「家族移民」

をめぐる現代的課題—政策・「家族」・当事者  
たちの実践—2009年度冬季研究大会 2009  
年

24 渡辺康行「尊属殺重罰規定と法の下の平等」  
有斐閣 ジュリスト憲法判例百選① 2013  
年

25 Attorney-General's Department "Right  
to respect for the family"

[https://www.ag.gov.au/  
RightsAndProtections/HumanRights/  
PublicSectorGuidanceSheets/Pages/  
Righttorespectforthefamily.aspx](https://www.ag.gov.au/RightsAndProtections/HumanRights/PublicSectorGuidanceSheets/Pages/Righttorespectforthefamily.aspx) (2015.9.1  
最終閲覧)

26 David de Vaus (2004) , Diversity  
and change in Australian families :  
Australian Institute of Family Studies –  
Commonwealth of Australia

27 Human Rights and Equal Opportunity  
Commission (2007) : Same-Sex: Same  
Entitlement

28 Jenni Millbank (2006) , The changing  
meaning of “de facto” relationships :  
Sydney Law School Legal Studies  
Research Paper No. 06/43

29 Katy A. King (2007), The Marriage  
Amendment Act: Can Australia Prohibit  
Same-Sex Marriage? : Pacific Rim Law &  
Policy Journal Vol. 16 No. 1

30 Mary Anne Neilsen (2012) , Same-  
sex marriage: Australia's Commonwealth  
Parliamentary Library