

LGBT の抱える生活問題と 社会保障に関する諸論点

濱 畑 芳 和

一 はじめに

2016年に開催されたりオデジャネイロ・オリンピックにおいて、8月7日、7人制女子ラグビーの表彰式の直後、ブラジル代表選手の一人が、同性の恋人に公開プロポーズを行うという一幕があった¹。多様性をテーマの一つに掲げているオリンピックの中の一コマとして注目を集めたが、次にオリンピックが開催されるのが2020年、東京である。いま日本でもとにかく LGBT の存在に注目が集まっている。

こうした現状のもとで、LGBT に対する国内法の対応状況は、ほとんど何もなされていないといえる。唯一の対応としては、トランスジェンダーに関して、2003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」と略す）が制定され、特例法に定める性同一性障害者の性別変更を認めた。しかし、これ以降 LGBT に対する具体的な権利保障に関する立法はみられないまま現在に至っている。

学界における LGBT の権利保障に対する検討状況においては、日本ジェンダー法学会などにおいて議論されており、またここ数年では労働法の分野において LGBT の雇用・労働に関する権利保障研究が進められて

1 『私は LGBT』表明した出場選手が過去最多 リオ五輪」朝日新聞2016年8月22日。

きているところであるが、いまだ途上にあるといえる。

社会保障法学においては、日本社会保障法学会第63回春季大会における共通テーマ「社会保障法とジェンダー」の報告の中で、同性カップルに対する法適用について取り上げられたが²、これをおいて LGBT と社会保障法に関する議論が行われたのは管見の限り他にみられない。

生活者である LGBT 当事者が、社会保障や生活保障に関する諸権利を、LGBT であるがゆえに十全に保障されていない状況がみられる。性的少数者というように、少数者であるがゆえに権利主張もきわめてしにくい状況がみられ³、かつ身体障害者などの他の少数者のように（一部のトランスジェンダーを除いて）可視化できないゆえに、制度や社会からの排除が行われていたとしても、そのこと自体が露見しにくい構造にある。

本稿ではこうした問題状況を踏まえ、LGBT における社会保障および生活保障に関する諸論点を提示し、議論の嚆矢としたいと考えている。

なお LGBT とは、レズビアン（女性同性愛者）、ゲイ（男性同性愛者）、バイセクシュアル（女性も男性も性的対象となる人）、トランスジェンダー（生別越境者）の頭文字を取ったものであり、性的少数者の総称として広く用いられているが、本稿では特に断りのない限り、インターセックス・性分化疾患、クエスチョニング、Xジェンダーなどの多様な性のありようをも包含した用語として用いることとする⁴。

2 増田幸弘「社会保障法における家族像とジェンダー」社会保障法29号22頁。

3 中里見博「『同性愛』と憲法」三成美保編著『同性愛をめぐる歴史と法——尊厳としてのセクシュアリティ』（明石書店、2015年）101頁。

4 性的少数者に関する用語の定義は、大阪弁護士会人権擁護委員会性的指向と性自認に関するプロジェクトチーム『LGBTs の法律問題 Q&A』（LABO、2016年）2頁「Q1 LGBT とは何か」による。

二 LGBT の直面する社会生活上の問題状況

(一) LGBT の生活問題とその多様性

人間が生を受け、親に育てられ、青年期を迎えて自らの家族を構成し、子育てをし、老いて、その生を終える。マジョリティにとっては、ごく当たり前の一連のライフサイクルの全体を通じて、さまざまな社会保障や生活保障を受けることができる。

LGBT 当事者も生活者として、マジョリティと同様に社会の中で生活している。だが、LGBT であるがゆえに直面する生活問題に悩まされたり、マジョリティあるいはそのカップルには当然に享受しうる権利利益がまったく保障されないといったこともままある。LGBT 当事者はあらゆる生活場面において脆弱な法的地位に置かれ、マジョリティよりも低位の保障水準に甘んじて生活せざるを得ないことも少なくない。

そして、LGBT が抱える社会生活上の問題は、LGBT とひとくくりにすることができないほどの個別性を抱えており、レズビアンおよびゲイの個人およびそのカップル、トランスジェンダーおよびそのカップルなど、問題状況は実に多様である。そのため、問題状況に対する対策についても、画一的に解決することは困難であり、個別の問題状況に着目しながら対応を一つ一つ検討することが求められる。

とはいえ、LGBT の生活問題をある程度の典型的な場合に分け、これに応じて検討することは有益である。以下では、すべてを網羅することはできないが、ある程度の典型的なパターンに分けて、それぞれの問題状況がいかなるものかについて述べる。

(二) 同性カップルに関して

ここではまず、同性カップルにおける社会保障制度以外の種々の生活保障について、法的な保障と社会生活上受けられる利益について、ライフサ

イクルの場面に応じてみていくことにする。

まず、同性同士でカップルを形成し共同生活を始める場合は、当事者双方の法的関係は独立した同性2人がたんに同居しているにすぎない。

男女のカップルであれば、婚姻意思を有することや夫婦共同生活の実態を要件として内縁関係と認定され、一定の法的保障が及ぶ⁵。しかし、同性カップルの場合は、共同生活の実態があったとしても、そもそも法律婚をなしえない。そして、将来の婚姻の可能性がないため婚姻意思の形成が認められない。したがって、同性カップルについては、婚姻意思と将来の婚姻の可能性を要件とする内縁関係と認定することは、実務上困難であるとの見解がある⁶。

この見解に従えば、同性カップルの共同生活は他人同士の同居にすぎないのであり、同性婚が認められない以上、婚姻により認められる家族形成とこれに伴う社会制度の適用などの生活保障はほとんど認められないし、また社会保障制度の大部分から排除されるのは致し方ないという帰結が導かれる。生活保障の面においての不利益の具体例としては、たとえば公営住宅への入居資格制限、民間賃貸住宅の同性同士の入居の場合の入居拒絶⁷、民間生命保険への受取人指定の親族への限定、携帯電話の家族割引の適用からの排除、航空会社のマイレージの適用からの排除など⁸がある。これらは、夫婦ないし家族であることにより享受できる権利利益であるが、同性カップルはこれらの権利利益を享受しえないのである。

同居の同性カップルでも上記のような状況であるのだが、別居の同性カップルはさらにカップルであることに対する保障のない世界で生きることになる。それぞれの勤務の都合や家族介護の問題などを抱え、別居を余

5 二宮周平『家族法第2版』（新世社、2005年）144頁。

6 「Q29 同性パートナーの子～被扶養者、扶養手当」前掲注4 83頁。

7 「パートナーと一緒に暮らすとき」同性婚人権救済弁護団編『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』（明石書店、2016年）115頁。

8 「保険金やさまざまな手当てを受け取るとき」前掲注7 129頁。

儀なくされる同性カップルも多く存在すると考えられるが、別居の同性カップルに対する生活保障、社会保障は、同居の同性カップル同様ほとんど何もないし、共同生活の実態もないため、なおのことこれらの保障の可能性から遠ざかってしまう。

次に LGBT 当事者が子育てを行う場合である。LGBT 当事者が子をもうける可能性は、まったくないわけではない。とりわけバイセクシュアルの女性であれば、以前に婚姻していたり交際していた男性との間で子をもうけることは十分考えられるし⁹、レズビアンであっても人工授精等を利用することにより子をもうけることは、法的な問題はさておき、医学的には可能である¹⁰。ゲイについても、第三者からの卵子提供や代理出産の利用により子をもうけることが考えられる¹¹。また、LGBT 当事者が養子縁組をし、養子を迎えることも可能である。

しかし、LGBT 当事者が共同で子を養育していても、法的にみれば実親子あるいは養親子に加えて他人である大人が1人、事実行為として子育てに関わるという以上の意味をもたない。

問題となるのは、LGBT 当事者である実親あるいは養親になんらかの事故が生じた場合である。実親あるいは養親が死亡した場合、実子および養子の養育に関して、遺された者（パートナー）に対するなんらの保障も権限もない。同性婚が認められないので、特別養子縁組をなすことはできないし（民法817条の3第1項、夫婦共同縁組の原則）、子に対する共同親権（民法818条）も認められないため、親権を有する者が死亡した場合は、遺された者は子に対して無権利であり、かつ無権限である。

なお、カップルの一方が実親の場合は他方が、カップルの双方と子の血

9 「Q16 婚姻外で産んだ子どもの女性パートナーとの養育」前掲注4 48頁参照。

10 「Q20 精子提供者の責任」前掲注4 55頁参照。

11 「Column3 ゲイカップルと卵子提供・代理出産について、どのような問題がありますか。」前掲注4 57頁参照。

縁関係がない場合はカップルの双方が（転縁組）、それぞれ養子縁組をすることにより子との間で養親子関係を形成することは可能である。遺された者が引き続き養育を希望する場合は、子との間で養子縁組をすることができる。

そして、同性カップルが死別した場合、遺言がない場合は遺された者には相続権は認められない。家族ではないということで、葬儀で親族席に座れなかったり、そもそも葬儀に出席することを拒まれてしまったりすることもあるという¹²。居住家屋が死亡した者の名義の所有や賃借であった場合は、所有である場合は法定相続人（親、兄弟姉妹など）から、賃借の場合は賃貸借契約の一方当事者の死亡による終了によって、いずれも退去を求められることも考えられる。

さらに、遺された者が死亡した者の生計に依存していたような場合は、パートナー、住居のみならず生活の糧までをも失うことになる。生命保険の受取人指定にしても、保険会社のルールにより、死亡保険金の受取人指定を二親等以内の親族に限定しているなど、パートナーを指定することができないという¹³。これらも、同性婚が認められないがゆえの問題である。

このほかにも、同性カップルがなんらかの理由により関係を終了する場合、法律婚における財産分与（民法768条）は適用されない。財産分与は婚姻中に夫婦共同で築いた財産の分配であるが、一方が他方に事実上扶養されているような場合であれば、法律婚では当然に認められる「内助の功」の評価が、同性カップルにおいてはなされるのか、法的な根拠はないため明らかでない。このため、主張の裏付けとなる法律構成としては不当利得（民法703条）や慰謝料請求（不法行為、民法709条）くらいしか道は残されていない。慰謝料請求となると相手方の故意または過失が認められることが必要であり、不当利得にしても不法行為にしても、実際に請求で

12 「パートナーが亡くなったとき」前掲注7 100頁。

13 「保険金やさまざまな手当てを受け取るとき」前掲注7 129頁。

きるかどうか、主張が認められるかどうか不明な不安定な地位に置かれる。

(三) トランスジェンダーカップルと特例法の要件

次に、トランスジェンダーの者を含むカップルについては、特例法に基づき家庭裁判所から性別の取扱いの変更の審判を受けた場合と、受けることができない場合とで、保障のあり方が異なる。

トランスジェンダーの者が家庭裁判所により性別の取扱いの変更の審判を受けた場合は、性別の取扱いの変更が認められた後にパートナーと法律婚をすることは当然可能となる。そしてこの場合、社会生活上の権利利益や社会保障の適用などは、マジョリティカップルと同等の取扱いを受けることになる。

問題は、性別の取扱いの変更を可とする法定要件が極めて厳格であり、トランスジェンダーであるすべての者が特例法の適用を受けられるわけではなく、トランスジェンダーの一部は性別の取扱いの変更が認められることが困難であることである。

まず、特例法の適用を受け得る「性同一性障害者」は、①生物学的には性別が明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別（以下「他の性別」という。）であるとの持続的な確信を持つこと、②自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者であること、③そのことについてその診断を的確に行うために必要な知識及び経験を有する二人以上の医師の一般に認められている医学的知見に基づき行う診断が一致しているもの、という要件をいずれも満たす者であると定義される（特例法2条）。

そして、特例法上性別の取扱いの変更が認められるための要件は、①20歳以上であること、②現に婚姻をしていないこと、③現に未成年の子がいないこと、④生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあ

ること、⑤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、のすべてを満たすことが必要である（特例法3条）。

これらの要件をすべて充足するためには、上記④と⑤の要件を充足するための性別適合手術が必須となる。しかし、すべてのトランスジェンダーが「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」たり、「生殖腺の機能を永続的に欠く状態」となることを望んでいるわけではない。また、手術ができない身体の事情等がある者もいるという¹⁴。

また、トランスジェンダーの中には、さまざまな社会的事情の下ですでに婚姻し、あるいは未婚のまま、子をもうけている者もいる。この場合、③の要件を充足するためには、子がすべて成年になるまでは性別の取扱いの変更が認められないことになる。これらの者に関しては、特例法の適用から排除される。

（四）すでに婚姻していたり、婚姻した経験のある LGBT

LGBT 当事者の中には、異性婚が当然視され、婚姻していないことに関してさまざまな社会的不利益を被ることもある¹⁵。このため、LGBT 当事者であることを隠して婚姻に踏み切る者も少なくない。たとえ LGBT であることが家族に露見したとしても、家制度の規範的拘束の中で、望まない婚姻をやむなくせざるを得ないことも多々あったようである。またこれとは別に、レズビアンとゲイが、お互いの事情を理解した上で婚姻するケースもみられるようである¹⁶。

14 「Q4 性同一性障害者の性別変更要件」前掲注4 10頁。

15 「LGBT のキャリア設計」柳沢正和・村木真紀・後藤純一『職場の LGBT 読本』（実務教育出版、2015年）132頁参照。

16 沼田幸雄「ゲイの自分がレズビアンと『友情結婚』しようか迷っている」LGBT 支援法律家ネットワーク出版プロジェクト編著『セクシュアル・マイノリティ Q&A』（弘文堂、2016年）184頁参照。

この場合、カップルの外観は異性間の法律婚であるから、生活保障あるいは社会保障の面では異性間の法律婚カップルと同等の保障がある。

問題となるのは、異性間の法律婚の後に自らの性指向や性自認に気がついた、というケースである。とりわけ婚姻後、あるいは婚姻ののち子をもった後に、自身が明確にトランスジェンダーであることを自覚したケースなどは、特例法に基づく性別の取扱いの変更の要件を充足せず、性別の取扱いの変更がただちに許可されることはない。

(五) 養子縁組を行っている同性カップルの不都合

同性カップルの中には養子縁組をし、年長者が養親、年少者が養子となることによって家族を形成するケースもある。同性婚が認められない日本において、同性カップルが養子縁組により家族を形成するケースは、実態が必ずしも明らかではないが、少なからず存在する¹⁷。

この場合、法律婚という配偶者としての地位ではなく、養親子関係に基づく権利利益を享受することは可能である。養子縁組は、縁組意思の合致と養子縁組届の提出のみで足り（民法802条1項）、非常に簡易な手続によりおこなうことが可能である。

しかし、養子縁組が成立するためには、縁組意思の合致が必要であり、これを満たさない養子縁組は無効となる。そして、縁組意思の意義について、最高裁判所は「真に社会通念上親子であると認められる関係（中略）の設定を欲する意思をいい、たとえ養子縁組の届出自体については当事者間に意思の一致があったとしても、それが単に他の目的を達するための便法として仮託されたに過ぎず、真に養親子関係の設定を欲する効果意思がなかった場合においては、養子縁組は効力を生じないとするのが相当である」¹⁸と判示している。したがって、同性カップルが養子縁組をした場合、

17 「Q9 同性カップルの養子縁組のリスク」前掲注4 26頁。

18 最判昭和23年12月23日民集2巻14号493頁。

「他の目的を達するための便法として仮託された」養子縁組であり無効だとして、親族間で争いの対象となるおそれがある¹⁹。

また、法定相続分について、養親たる年長者が先に死亡した場合は、養子たる年少者が法定相続人となることとなるが、養親たる年長者に実子がいる場合にはその分相続分が減ることとなるため、婚姻の代替ができるとまではいえない²⁰。

同性カップルの養子縁組による家族の構成は、法的には可能かもしれないが、カップルであるという実態と、養親養子であるという法的に承認された家族構成のあり方が乖離しており、違和感はどうしても残る²¹。

三 現行法における LGBT の社会保障の適用の状況と課題

(一) 家族を前提とする社会保障制度と LGBT 当事者への適用

上記で見たように、LGBT 当事者はマジョリティと同様に社会生活上の課題を抱える場面は多々ある。しかし、LGBT 当事者に対する保障は、マジョリティと比較してきわめて心許ない状況におかれている。これらの課題を惹起する根本的な理由が、社会保障制度は家族単位で行われることが前提となっており、LGBT 当事者が家族形成をすることがきわめて困難であるからであるといえる。

では、LGBT 当事者の生活保障は、社会保障制度によってどの程度実現しうるのだろうか。

そもそも社会保障は、生活過程における社会問題、つまり生活問題を公的責任において緩和・解決するための公的制度・政策や、その制度・政策

19 前掲注17 28頁。

20 前掲注17 28頁。

21 加藤慶二「不利益解消の方法はあるか」同性婚人権救済弁護団編『同性婚誰もが自由に結婚する権利』（明石書店、2016年）136頁以降の当事者のコメント参照。

を実施する上での方法論（技術）を指すものといわれる²²。資本主義社会にあっては、大多数が生産手段を持たない賃金労働者であり、賃金労働者は労働により賃金を得ることで生活の糧とする。そして、賃金労働者にとっての生活問題、とりわけ偶発的な生活事故が生じると、賃金労働者は資力が小さいため、賃金労働者自身およびこれに依存する健康な人々をも危険にさらしかねない。こうした観点から、社会保障は生活事故に備えるための保障として、生計中心者である賃金労働者とその家族を単位として保障することとされてきた²³。

このように、社会保障は生計中心者の稼得能力の減少場面を生活事故とし、これに対する保障をおこなうことによって、生計中心者とこれに扶養される家族をも含めて貧困状態に陥らないようにすることが主目的である。

このような社会保障の目的は、当然のことながら LGBT 当事者にも及ぼされるべきものである。しかし、現状では LGBT 当事者に関する社会保障制度のあり方では、家族制度に依存するため、保障を十分になしていない。

上述のように、LGBT 当事者は、家族形成の面で法的に十分な保障がなされていない。同性婚は認められておらず、同性カップルが養子縁組をすると無効となるおそれがある。LGBT のうち家族形成が法的に正面から認められているのは、トランスジェンダーで、かつ特例法の要件を充足し、性別の取扱いの変更を認められた者とそのパートナーに限られている。

ただ、社会保障制度の中には、同一世帯に属することにより適用されるものもある。この場合、同一世帯に属するか否かは住民基本台帳法上の世帯概念が適用され、ここでは血縁関係や婚姻関係等はことさら重視されな

22 芝田英昭「社会保障の基本原理解」芝田英昭編著『増補新版基礎から学ぶ社会保障』（自治体研究社、2016年）12頁。

23 ILO 報告『社会保障への途』塩野谷九十九訳、東京大学出版会、1972年（ILO. Approaches to Social Security. An International Survey. Studies and Reports. Series M. Social Insurance. No. 18. 1942）。

い。同性カップルにおいても、同一住所に居住することにより同一世帯を形成することは可能であるため、この限りにおいては適用を受けることができる。

(二) LGBT に関する各社会保障制度の対応状況

では、現行法の下での LGBT 当事者に対する社会保障の適用の状況はいかなるものであるか。社会保障制度には、配偶者と認められる場合と認められない場合とで、また子（実子・養子）がいる場合といない場合で、それぞれ保障内容が異なるものがある。こうした事情を考慮しつつ、LGBT 当事者の社会保障に関すると思われるものを、以下に列挙する。

① 公的年金の被保険者資格と保険料納付義務

まず、公的年金の被保険者資格について、厚生年金の被保険者である第二号被保険者（国年法7条1項2号）の被扶養配偶者であり、20歳以上65歳未満の者は、第三号被保険者（国年法7条1項3号）として、保険料納付義務を免除される（国年法94条の6）。

婚姻関係にない LGBT 当事者は、一方が第二号被保険者の場合、他方が第二号被保険者に扶養されている場合であっても、第一号被保険者として保険料納付義務が発生する（国年法88条1項）。ただし、婚姻関係にないため、夫婦で連帯して保険料を納付する義務を負うものではない（国年法88条3項）。

② 老齢厚生年金の配偶者加給年金

老齢厚生年金には、加給年金の制度がある。厚生年金に20年以上加入した者で、その者によって生計を維持していたその者の65歳未満の配偶者または子（18歳に達する日以後の最初の3月31日までの間にある子および20歳未満で障害基礎年金1級もしくは2級に該当する障害の状態にある子。以下単に「子」という。）がいる場合は、加給年金が支給される（厚年法44条）。婚姻関係にない LGBT 当事者は、加給年金は支給されない。

③ 障害厚生年金の配偶者加給年金

障害厚生年金の受給資格のある者においても、老齢厚生年金と同様に加給年金を支給されるが（厚年法50条の2）、婚姻関係にない LGBT 当事者には、障害厚生年金は支給されない。

④ 遺族基礎年金

遺族基礎年金を受けることができる遺族は、被保険者または被保険者であった者の配偶者または子であって、被保険者または被保険者であった者の死亡の当時、その者によって生計を維持していた者であり、子と生計を同じくし、子が現に婚姻をしていない場合に支給される（国年法37条の2）。婚姻関係にない LGBT 当事者には、子がいる場合であっても、遺族基礎年金は支給されない。

⑤ 遺族厚生年金

遺族厚生年金を受けることができる遺族は、被保険者または被保険者であった者の配偶者、子、父母、孫または祖父母であって、被保険者または被保険者であった者の死亡の当時、その者によって生計を維持していた者である（厚年法59条）。婚姻関係にない LGBT 当事者には支給されない。

⑥ 遺族厚生年金の中高年寡婦加算

遺族厚生年金の受給権者である妻であって、夫の死亡当時40歳以上65歳未満であった者、または40歳に達した当時、遺族基礎年金の支給要件となる子と生計を同じくしていたものが65歳未満であるときに、中高年寡婦加算が支給される。金額は遺族基礎年金の額の4分の3である（厚年法62条）。LGBT 当事者には、中高年寡婦加算は支給されない。

⑦ 厚生年金の年金分割（離婚時、第三号被保険者期間）

厚生年金の離婚時における分割については、当事者間で合意しているとき、または家庭裁判所により按分割合を定めたときは、日本年金機構に対し婚姻期間に係る被保険者期間の標準報酬の改定または決定を請求することができる（厚年法78条の2）。

厚生年金の被扶養配偶者である期間（第三号被保険者期間）における分割については、被扶養配偶者を有する被保険者が負担した保険料について、当該被扶養配偶者が共同して負担したものであるとの基本的認識の下になされる。具体的には、被保険者が被扶養配偶者を有しており、被保険者が被扶養配偶者と離婚する場合、被扶養配偶者は、日本年金機構に対し婚姻期間中の標準報酬の改定または決定を請求することができる。分割割合は2分の1である（厚年法78条の14）。

LGBT 当事者には、厚生年金の離婚時における分割、また第三号被保険者期間における分割については、いずれも適用されない。

⑧ 健康保険の被扶養者要件

健康保険の被扶養者は、被保険者の直系尊属、配偶者（届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含む）、子、孫および兄弟姉妹であって、主として被保険者により生計を維持するもの（健保法3条7項1号）、被保険者の3親等内の親族で健保法3条7項1号に該当する者以外のもので、被保険者と同一の世帯に属し、主として被保険者により生計を維持するもの（同2号）、被保険者の配偶者で届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にあるものの父母および子であって、被保険者と同一の世帯に属し、主として被保険者により生計を維持するもの（同3号）、健保法3条7項3号に定める配偶者の死亡後におけるその父母および子であって、引き続き被保険者と同一の世帯に属し、主として被保険者により生計を維持するもの（同4号）である。

LGBT 当事者、とりわけ同性カップルにおいては、一方が健康保険被保険者であって他方を扶養している場合であっても、健康保険被扶養者としては認められず、独自に国民健康保険に加入しなければならない。

健保法3条7項3号および4号でいう「届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者」について、いわゆる内縁関係をさすものと考えられ、「婚姻関係と同様の事情」とは「婚姻届と提出しようと思えば（龍法 '17）49-4, 442（1272）

できる関係」との解釈がなされているようである²⁴。

この点につき、健保法3条7項3号および4号には「届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者」と規定されているにすぎず、法文上、現実の婚姻の法的可能性を要件とすると解釈するのは、重婚の内縁関係においても社会保障の適用を認めていること²⁵とも矛盾するように思われる。したがって、「届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情のある者」には、同性カップルも含まれると解釈するのが妥当であろう。とりわけ、同性パートナーシップ条例（後述）が制定されている自治体にあつては、事実上の婚姻関係であることを証明することが容易になるように思われる。

⑨ 国民健康保険の同一世帯の取扱い

国民健康保険の被保険者は、市町村または特別区の区域内に住所を有する者である（国保法5条）。保険者は、被保険者の属する世帯の世帯主から、その世帯に属する被保険者の保険料を徴収すると定められている（同76条）。保険料の賦課に関する基準について、所得割、資産割、被保険者均等割、世帯別平等割から構成され、被保険者たる世帯主および同一世帯に属する被保険者につき算定した保険料は、世帯主へ賦課される（国保令29条の7）。所得割と被保険者均等割のみにより保険料を算定する2方式、所得割と被保険者均等割、世帯別平等割により保険料を算定する3方式、所得割と被保険者均等割、世帯別平等割、資産割により保険料を算定する4方式のいずれを採用するかは、市町村により異なる。

同性カップルにあつて、市町村が3方式あるいは4方式を採用している場合、同一世帯を構成すれば、世帯主に保険料が賦課されることになり、世帯別平等割が1世帯分のみ賦課されるため、それぞれが単独で世帯主となる場合に比べて保険料は軽減されると考えられる。

24 「Q29 同性パートナーの子～被扶養者、扶養手当」前掲注4 82頁。

25 最判平成17年4月21日判時1895号50頁。

また、保険料は世帯ごとに賦課限度額が定められており、その金額は基礎賦課額54万円、後期高齢者支援金等賦課額19万円、介護納付金賦課額16万円である（国保令29条の7第2項第10号、同第3項第9号、同第4項第9号）。したがって、介護納付金を除いた世帯ごとの賦課限度額は73万円である。市町村が2方式を採用している場合でも、同一世帯に複数の被保険者により構成される場合は、賦課限度額を上限として保険料が賦課される。

なお、このようなケースにつき、2013年11月27日、石川大我豊島区議が、豊島区議会で同性カップルの国民健康保険料について一般質問したところ、高野之夫豊島区長は「居住と生計を共にしている同性カップルの場合も『同居人』と記載できる」と答弁し、国民健康保険料について陣野原伸幸区民部長が「例えば単身世帯で算出した場合、2人合わせると保険料は80万円で、2人が同一世帯で40歳と仮定した場合の保険料は賦課限度額の65万円となり、15万円の差額が生じる」と回答している（賦課限度額のコレは2013年当時）²⁶。各市町村の判断にもよるが、同一世帯であり同一生計の同性カップルについては、国民健康保険に関しては同一世帯とする取扱いを現行法の下でもなしうるのであるから、その場合は賦課限度額を上回る保険料を賦課されず、また3方式、4方式にあっては世帯別平等割を1世帯分のみ賦課され、単身世帯2世帯分よりも保険料は軽減される。

⑩ 労災保険における遺族補償給付（遺族給付）

労災保険における遺族補償給付（通勤災害にあっては遺族給付）は、遺族補償年金（遺族年金）と遺族補償一時金（遺族一時金）からなる（労災法16条、同22条の4）。

遺族補償年金（遺族年金）を受けることができる遺族は、労働者の配偶者、子、父母、孫、祖父母及び兄弟姉妹であって、労働者の死亡の当時そ

26 パブリーナ編集長「石川大我豊島区議『同性カップルの区内における平等取り扱い』について一般質問」2CHOPO（<http://www.2chopo.com/topics/4024/>）2017年2月2日確認。

の収入によって生計を維持していたものであって、一定の要件に該当した場合である（同16条の2第1項）。

遺族補償年金（遺族年金）を受けるべき遺族の順位は、配偶者、子、父母、孫、祖父母、兄弟姉妹の順である（同16条の2第3項）。

遺族補償一時金（遺族一時金）は、遺族補償年金（遺族年金）を受けることができる遺族がないとき、①配偶者（同16条の7第1項第1号）、②労働者の死亡の当時その収入によって生計を維持していた子、父母、孫および祖父母（同第1項第2号）、③前号に該当しない子、父母、孫および祖父母ならびに兄弟姉妹（同第1項第3号）であり、遺族補償一時金を受けるべき遺族の順位は、①②③の順である（同第2項）。

LGBT 当事者にあっては、遺族補償年金（遺族年金）および遺族補償一時金（遺族一時金）については、給付を受けることができない。

⑪ 育児休業給付

雇用保険法に定める雇用継続給付のうち、育児休業給付金（雇保法61条の4）については、被保険者の1歳に満たない子を養育するための休業をした場合において、所定の給付要件を満たす場合に支給される（同第1項）。被保険者の養育する子について、当該被保険者の配偶者（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る者を含む。）が当該子の1歳に達する日以前のいずれかの日において当該子を養育するための休業をしている場合、1歳2か月に到達するまで支給される（「パパママ育休プラス」、同第6項）。

同性カップルで子がいる場合の「配偶者」の解釈につき、パパママ育休プラスの適用を受けることができるパートナーについては、上記⑧と同様に、同性カップルも含まれると解される余地があるようにも思われる。

⑫ 介護休業給付

雇用保険法に定める雇用継続給付のうち、介護休業給付金（雇保法61条の6）については、被保険者が、対象家族である当該被保険者の配偶者

(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る者を含む。)、父母および子ならびに配偶者の父母、被保険者の祖父母、兄弟姉妹および孫を介護するための休業をした場合に支給される(同第1項、雇保則101条の17)。

同性カップルの場合、パートナーの介護のみならず、パートナーの父母の介護をも担う可能性はあるが、この場合も「配偶者」の解釈につき、上記⑧と同様に、同性カップルも含まれると解される余地があるようにも思われる。

⑬ 児童扶養手当

児童扶養手当の支給要件については、①父母が婚姻を解消した児童、②父(母)が死亡した児童、③父(母)が政令で定める程度の障害の状態にある児童、④父(母)の生死が明らかでない児童、⑤その他①から④までに準ずる状態にある児童で政令で定めるもの、のいずれかに該当する児童の母が当該児童を監護する場合、当該母(父)に対して支給される(児扶法4条1項1号・同2号)。また、①～⑤に該当する児童の母、父、父母がいない場合であって、当該母、父、父母以外の者が当該児童を養育する場合には、当該養護者に対して支給される(同3号)。

同性カップルの一方に子があり、当該子の母(父)たる一方が死亡するなどして他方が養護者となるケースの場合、現行法においても児童扶養手当の支給対象となると考えられる。

⑭ 生活保護

生活保護の適用は世帯単位原則(生保法10条)で行われる。生活保護法による世帯の認定について、行政解釈では「同一の住居に居住し、生計を一にしている者は、原則として、同一世帯員として認定すること」とあり²⁷、現状においても同一世帯を構成する場合は生活保護の要否判定、支

27 「生活保護法による保護の実施要領について」1961年4月1日厚生省発社123号厚生事務次官通知。

給が行われる²⁸。実務においても、同性カップルの生活保護世帯において、同一世帯の取扱いをおこなう例がみられる²⁹。

⑮ 生活保護から脱却する際の就労自立給付金

2014年の生活保護法改正により新設された就労自立給付金（生保法55条の4）についても、単身世帯と多人数世帯とで支給上限額に差異がみられる。

生活保護から脱却すると、税・社会保険料等の負担が生じることから、脱却直後の生活が不安定な状態に陥りやすい。就労自立給付金は、そのような段階での生活を支え、再び生活保護に至ることを防止するとともに、保護から脱却するためのインセンティブを強化する目的で新たに創設された³⁰。

就労自立給付金の支給上限額は単身世帯は10万円、多人数世帯は15万円である。これに関しても、同性カップルやその子がいる場合、同一世帯との取扱いがなされれば、支給限度額について多人数世帯のものが適用される。

四 LGBT と社会保障・生活保障に関する動向と今後の課題

（一）LGBT が家族を形成するための法整備の課題

① 同性婚の法認

これまで見たように、男女二人が新たな家族を形成する端緒となる婚姻によって、「配偶者」としての地位を得ることにより、社会保障の諸権利

28 「Q39 同性パートナーで生活保護を利用できるか」前掲注4 109頁。

29 「座談会『LGBT』差別禁止法で何を求めるか」LGBT 法連合会編『「LGBT」差別禁止の法制度って何だろう?』（かもがわ出版、2016年）44頁の原ミナ汰の発言参照。

30 厚生労働統計協会編『国民の福祉と介護の動向 2016/2017』（厚生労働統計協会、2016年）197頁参照。

を享受できる制度は数多くある。

しかし、同性の二人が婚姻をするに関し、同性婚は現行法上認められておらず、立法化の機運も、現在のところ盛り上がっているようには見られないように思われる。

同性婚が憲法上認められるかについて、憲法24条の「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し」をいかに解釈するかによって、①禁止説と②許容説がある。①禁止説は、「両性」とはすなわち男性一人と女性一人をさすものであり、これ以外の男性同士、女性同士によるものは婚姻と認めることができないと解釈するものである。これに対し②許容説は、本規定は「両性の」にことさら重きを置いて読むべきではなく、「合意のみに基いて」に力点を置いていること、本条項の導入の趣旨は明治憲法下における家父長制の排除であり、婚姻が当事者でなく「親の合意」によって成立した日本の慣行を一掃することにあつたこと³¹、憲法制定当時に性的少数者の婚姻などは想定されていなかったこと等を勘案すれば、憲法24条の規定は明文で同性婚を禁止していると解釈すべきではなく、立法政策として同性婚を認めることはありうるとするものである³²。

なお、民法および戸籍法においては、婚姻に関して「夫」「妻」と、男女それぞれ一名を想定する規定になっているが、これについても①同性婚を排除する趣旨なのか、②同性婚はそもそも想定されていないにすぎないのか、明らかでない。

この点につき、同性婚を認めないことは婚姻の自由を保障する憲法13条および平等権を定める憲法14条1項に違反する人権侵害であるとの主張もみられる³³。

同性婚が正面から認められるとすれば、LGBT における社会保障適用

31 前掲注3参照。

32 「憲法ではどう解釈できるのだろうか？」前掲注7 154頁も参照。

33 前掲注32 157頁参照。

の問題はかなりの部分が解決できるものと思われる。

② 「配偶者」概念の適用を積極的におこなう

また「配偶者」につき、「届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者」を含めると明文で規定するものが多く存在する。社会保障の性質上、事実状態の尊重の観点から、内縁関係であることが認定されることにより、社会保障受給権を積極的に認める運用がなされてきたのである。

同性カップルにも内縁関係を認めた事例、あるいは同性カップルにも内縁関係を認めるよう争う事例が管見の限りでは見当たらないが、事実状態の尊重という観点からみれば、異性同士のカップルであろうと、同性同士のカップルであろうと、二人で共同生活を営むという観点では、保障の必要性に差異がみられるわけではないし、異性か同性かによって保障を区別する合理性は認められないと考える。現行法の下においても、同性カップルについて「配偶者」として積極的に認定することは可能であるし、必要であろう。

③ 特例法の要件の緩和

そして、とりわけトランスジェンダーの社会保障の観点からみれば、特例法の要件についても緩和することが必要であろう。

この点谷口洋幸は、特例法3条各号に規定する性別の取扱いの変更を認める要件について、立法過程において「苦渋の決断」や「妥協」を迫られており、その帰結として次のような課題を抱えていると指摘する³⁴。

まず、特例法3条1号の成年要件については、婚姻適齢である18歳や養子縁組、遺言などの一定の身分行為のなしうる15歳ではなぜいけなかったのか、より制限的でない基準が考慮されて然るべきであると指摘する。

同2号の非婚要件については、憲法24条に規定する婚姻の自由が個人に

34 谷口洋幸「性同一性障害特例法の再評価」石田仁編『性同一性障害 ジェンダー・医療・特例法』（御茶の水書房、2008年）249頁。

保障されるところ、非婚を性別の取扱いの変更の要件にすることは婚姻の自由を侵害するものとして、同要件は憲法24条に抵触する疑いがあるとする。また、非婚要件自体が、憲法24条が同性同士の婚姻を禁止する含意はないとするところ、婚姻や家族の法秩序から一律に同性同士の関係性を排除するには、十分に説得的な正当化が要請されると指摘する。

同3号における子なし要件については、子を未成年に限定する法改正に関しては評価する。同3号は、2008年の法改正前は「現に子がいないこと」とされ、子がいる場合には例外なく性別の取扱いの変更を認めなかったのだが、法改正後は未成年の子がいる場合に限り性別の取扱いの変更を不可とすることとなった。しかし、「子どもの最善の利益」という立法者意思や、「家族秩序の混乱」「子どもの福祉」への影響という言明などの立法者意思などは、きわめて抽象度が高く主観的になりがちであり、当事者らの生活の実情や子ども自身の意思とは無関係に権利の制約を許容するものとして、本要件は、憲法13条の求める合理的な制約根拠とは認められないとする。

同4号における生殖無能力要件については、生殖腺の不存在か、機能の永続的な喪失を執拗に求めており、性と生殖に関する権利（リプロダクティブ・ライツ）を剥奪するものであり、このような重大で膨大な権利制約事由を、生殖能力の残存は「妥当ではない」との一言で足りるものではないと批判する。

そして同5号における外性器近似要件については、ホルモン療法や性別適合手術の一定程度の完了を要求しているが、本人の経済的状況に大きく依存すること、診察や施術が可能な医療機関が国内には数えられるほどしか存在しないこと、身体的特徴や信仰を理由に、医学上の治療が進められない場合なども考えられ、個人の外性器の形状が混乱をまきおこすような社会生活とはいかなる場面なのか疑問であるとし、明らかに得られる利益が軽微であるから違憲状態にあると解されるところ。

このように、特例法3条各号の規定は憲法違反あるいはその疑いがある
(龍法 '17) 49-4, 450 (1280)

ものである。谷口は、特例法は一定の条件を満たす場合に、法的性別の変更を可能とし、性別に違和感をもつ人々の人権保障を目的としたことは評価するものの、あくまですべての人の性的自認が、人権として等しく尊重されるべきであり、特例法によって性別を変更できる人だから性別自認の尊重を受けられると解すべきではないことを強調している。

このように、トランスジェンダーの中に現行特例法の各要件によって性別の変更の取扱いを認められる者と認められないものに区分することが、合理性をもつものか甚だ疑問である。とりわけ、性別の取扱いの変更を認める要件として医的侵襲を伴う性別適合手術を課すことは、性別適合手術が可能なトランスジェンダーと、それ以外のトランスジェンダーとの間で法的保障の差異を設けることとなり、きわめて不合理である。

(二) パートナーシップ条例の制定と社会保障・生活保障

上記の通り、同性婚の法整備の見通しがたたないため、自治体によりこれを補完し、LGBT 当事者の人権保障を、自治体の権限の及ぶ範囲において積極的におこなうところが増えつつある。その嚆矢となったのが、渋谷区における同性パートナーシップ条例の制定である。

渋谷区のパートナーシップ条例の柱は、①区が行うパートナーシップ証明（条例10条）、②区および公共的団体のみならず、区民および事業者にも責務を定め、性的少数者に対する一切の差別を禁止したこと（条例6条～8条）である。

渋谷区の条例制定に呼応して、同趣旨の条例制定や対応が世田谷区（東京）、宝塚市（兵庫）、伊賀市（三重）、那覇市（沖縄）で開始されている。また、民間企業にあっても、いくつかの生命保険会社が同性カップルのパートナーを保険金の受取人とすることができる取扱いを開始したり³⁵、

35 「Q13 地方自治体のパートナーシップ保障の取り組み」前掲注4 38頁参照。

携帯電話各社が家族割引の適用を開始したりするなど、生活保障面における LGBT への対応も徐々に改善されてきている。

こうしたパートナーシップ条例の制定がなされた自治体に居住する LGBT に関しては、社会保障や生活保障における適用に関しても、従前と比較して認められやすくなるだろう。しかし、いずれも自治体単独の対応であるがゆえ、同性カップルで同一自治体に居住することが適用を受ける前提となる。転勤や介護等で同居することができないカップルにもこうした保障を及ぼすには、同性婚の法認など、国の制度としての対応が不可欠となる。また、パートナーシップ条例のある自治体相互の連携により、パートナーがそれぞれの自治体に居住することが認められれば、その自治体相互で情報を共有し、パートナーとしての認定をおこなうことも可能であるように思われる。

本稿は、2016年度文部科学省科学研究費補助金（基盤研究（C））「性的マイノリティの権利保障と労働法に関する研究」（研究代表者 名古屋功・金沢大学法学系教授）による研究成果の一部である。