慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アメリカにおける家族の変容と同性婚
Sub Title	The transformation of family and same sex marriage in the United States of America
Author	西川, 理恵子(Nishikawa, Rieko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.2 (2018. 2) ,p.99- 122
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	犬伏由子教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180228-0099

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

アメリカにおける家族の変容と同性婚

西川理恵子

一、序
二、家族と家族法の変容
三、Obergefell v. Hodges 判決
四、Obergefell 判決と婚姻の定義について
五、終わりに

一、序

アメリカ合衆国で同性婚が認められる最高裁判決[1]が出てから、三年程が経った。その間に、この判決から派生する問題が、いくつか出てきている。アメリカの場合、婚姻制度そのものが、深くキリスト教と結びついていることから出てくる問題もあれば、同性のカップルが養子をした場合の、親の欄はどうなるかなど、形式、手続きの問題まで、様々である。現に、二〇一八年一〇月から始まる期に、最高裁は、同性婚のカップルのためにウェ

ディングケーキの作成を断った事例に関する判決を出すようである。[2] ＬＧＢＴを差別したとして訴えられた側の言い分は、相手方が婚姻関係に入ることに反対はしないが、自分の視点からはそれを宗教上の婚姻とは認められないから、ウェディングケーキは作らない、創作の自由の問題だと主張しているようである。

同性婚は、ほとんどの場合、ＬＧＢＴに対する差別の問題として考えられ、議論されることが多いが、しかし、この問題は、そこだけにとどまるものではない。むしろ、家族概念や、婚姻そのものの概念の変更、変性を社会に迫るものであるかもしれない。また、変性があったからこそ、可能であったともいえよう。が、それでは、婚姻とは何か？　家族・家庭とは何か？　同性婚とは何か？

そこで、本稿では、一五年判決が、どのような道のりで出てきたか、そしてそれはどのような方向に家族、婚姻及び、法と家族との関係を向けていくのかを考えてみようと思う。

二、家族と家族法の変容

(1) 家族とは

このように時代が変わろうとも、文化が異なろうと、人が一日の終わりにその疲れをいやしに帰る場所としての家庭が、愛情に満ちた温かいものであり、居心地の良い場所であることが望ましい、というのは普遍的理解であろう。イスラム教信者であって、一夫多妻が許されようと、キリスト教的な厳格な一夫一婦制をとる場合であろうと、その家庭はその構成員にとっては信頼と愛情に裏打ちされた、労働再生産の場であり、子供を育てる場所であり、また、病を得たときには、それを安心して癒す場であろう。また、死をも看取る場所であるかもしれない。大家族制をとる場合には、血縁で結ばれた結社の様相を呈する場合もあろう。言い換えれば、数世代が共

に生活をする場合もある。

団体としての家族は、おそらく有史以前から、人が人になった時から存在していたともいえよう。家族、家庭は本来、法によってできるのではなく、法は、そのような人間の営みに一定の保護を与えるべく、家族法を造ってきたともいえよう。社会の原子ともいうべきものとして、家庭、家族は認識され、そのように法によってもとらえられてきた。また、保護も与えられてきたのである。アメリカにおいては、家族に言及する法令が一〇〇〇を超すという。日本においても、配偶者控除、児童手当など、様々な形で、家庭は保護されている。

ただ、ここで考えられているのは、団体としての家族の保護であり、その中の構成員一人一人を意識しているわけではない。

では、家族の中の構成員について、少し考えてみよう。ここでは、家族、家庭を、縦軸を血縁関係、横軸を夫婦関係として考える。親子兄弟姉妹は血縁関係を主体としてとらえた関係である。血縁で結ばれた一族は、多くの場合、生産手段の共同管理者でもあった。たとえば農場を考えた場合、それを耕すものは、その一族の構成員であった。家産という考え方も、一族を経済的に支える財産を家の財産として残す、存続させるという意味を持つ。現代においても、例えば、王室を考えればよい。王家につく財産、または爵位につく財産とはその王の地位、爵位を維持するためのものと考えることができる。このような場合、その財産の生産性を維持するためには、なるべく分割を避けることが望ましい。古いイギリスにおける末子相続も、結局は最後に家に残っているものにそこにある財産の相続を認めることにより、家にいるものの生活を確保することを目的としていたともいえよう。

この、縦軸はそこに所属する者が自己選択によってそのメンバーになったものでないことに留意しなければならない。子供は、親を選べない、親も子供を選べないのが通常である（養子関係は別であるが、これについては後述）。生物学的偶然によって自然発生的に生まれた関係を法が規律するのがこの点においては家族法の特徴とい

えるだろう。際限なく広がりうる血縁関係を、法により一定の範囲に親族を確定し、その中で、家族・親族に認められるべき特権、権利、義務を外形的に規定していくことになる。

これに対し、横軸は夫婦関係になる。歴史的には、この関係も、個の選択によるのでなく、クラン（「血縁的家族集団」）全体の利害から決定された時期が長い。多くの国で、人は婚姻により、それが男系社会であれ、女系社会であれ、相手方のクランに属す、又は、移籍することになる。

封建制及び王政の下では、政略結婚が日常であった。[3] アメリカにおいても、Arranged Marriage が大勢を占める時期がある。[4] 農業がその生産の中心である時代には、婚姻による土地の獲得も、生産性を高めるための一つの手段である。その目的も、次世代の再生産であり、日本で、「三年子なきは去る」などと言われたのはその表れである。文化によっては婚家における女性の地位はとても不安定な場合があるし、また多くの場合、決してその家のヒエラルキーの中では高い地位は得られないのが普通であろう。例えば、コモンロー系の国では、婚姻により、女性はその権利能力を失うことになっていた。[5]

一方で、キリスト教世界では、厳格な一夫一婦制がとられる。現在でもキリスト教会における婚姻の宣誓にあるように、夫婦には誠実義務、相互扶助義務などがあり、死が二人を分かつまで二人は結び付けられることになる。さらに、それが神の前で誓約した、神による承認が与えられた関係として聖別され、その拘束力の強さは、教会法の下では、基本的にはほぼ絶対解消されないほど強いと考えられてきた。離婚が基本的に、現在でもカトリックにおいては教会法の下では認められないのはそのせいである。

キリスト教の基本的な考え方は、「産めよ、増やせよ」、であるから、[6] 同性婚はおろか、妊娠中絶も認められないことになる。

いずれにせよ、それがどのような形式で行われるにしろ、婚姻は、二人の人を一体をなす団体へ属させる約束、

ということになろう。ただし、その結びつきは経済的利益、を目的とするのでなく、愛と慈しみなど、人間の根源的価値観に基づいてなされる生涯を共にするというコミットメントなのである。

家族という場は、ゆりかごから墓場まで、その構成員が生涯にわたって生きる支えを与える組織であり、それは、利害によって結びつくのではなく、愛情と愛惜等、人の豊かな感性、感情、を基盤となすのである。

では、法はそのような関係及び、団体に対してどのような態度をとってきたのであろうか。

(2) 法と家族

法は、感情や愛情といった人間の情愛を規律できるものではない。しかして、もっとも原始的営みであり、かつ人間社会の最も基本的な単位である家族、家庭を社会の中で承認し、機能させることは社会を維持するために必要である。それを行うのが家族法であるが、それは、ある意味、家族を法の規制の中に置くことでもある。自然発生的である家族を最低限社会が機能するのに必要なだけ、規制の中に置く。ただし、よほどのことがない限り、家庭内の関係には関与しない、自治に任せる、というのが法の家族に対する基本的態度であろう。警察における民事不介入の原則などもその現れである。

時代により、場所により、家族の形態は異なっても、それを一つの共同体とみて、その形成についての方式、その内部における相互扶助の関係など、法は、外側からの規律をしてきた。血統の維持の要請、その他の社会的要求に基づく規範も同様に、自然発生的に形成されてきている。そして、前述したとおり、それらは、家族の構成員に着目するよりもむしろ、家族という団体に着目してきた。[7] 親子を扶助する法律などは、その一つの現れであろう。[8]

法ができることは、例えば家族が解体するときに、当事者間のバランスを客観的に図るような基準を設けるこ

と、文化によっては解体をしにくくして、家族、夫婦の一体性を維持させるために、離婚をしにくくする、などになる。その結果、家族法は、多くの国で、色濃く、その社会の道徳観や価値観を反映したものになっている。

さて、一方で、横軸である男女の関係についてはどうであろうか。それを契約と呼ぶかどうかは別として、婚姻は夫婦になる者の間の合意のもとに、関係が始まる。契約が合意であるというところから始めれば、婚姻は契約の一種だということはできる。ただし、それは、西洋においても日本においても、市場における取引契約とは異なるものと観念されてきた。

封建時代においては、婚姻は、男女間の合意というより、二つの家の協定、同盟関係の形成と考えられていたかもしれない。それもまた、契約の一種ではある。いずれにせよ、基本的な婚姻の方式は、当事者双方が、婚姻関係に同意することである。

では、その契約の内容は何か？　また、近代的な利益を基盤とする契約と同じように論じられるか。論じるべきか？

多くの場合、その経済的な生活手段が夫及び、夫の一族に属するため、妻側の同意の内容は、夫の家、又は家庭において、家事労働をなし、子供を育て、また同居の親族の扶養及び、看護、世話をすることであろう。対価として夫の側は、妻を養う責任を負う。このような内容の契約に対し、キャロル・ペイトマンは、これをSex Contractと名付け、奴隷と同視する。[9] すなわち、家事労働に携わるのが家族外の場合、その者に対しては、給与が支払われるし、それは経済的な通常の契約として運用される。これに対し、同じ内容の給付をしながら、妻は、夫に対する絶対的服従を要求されるとする。[10] これは、特にコモンロー上は、顕著である。前述したように、妻は嫁したと同時に権利能力がはく奪される。家事に関する法律行為もできなくなるのである。これは、夫が亡くなった時でも同じであり、その能力は妻である限り復活しない。独立戦争後の第二代大統領アダムズの妻、ア

ビゲイルの「銃後の妻を忘れないで」という叫びも、それを反映している。これは、特例法によって解決されるが、それでも、妻の家庭における地位をよく表しているといえるだろう。いわば、家庭内部の状況と外部との関係は、まったく切り離されていて、中でどのようであろうと、社会に向けた法律上の家族の顔は常に夫であり、男性であり、妻はその背後に隠され、家庭に閉じ込められるということになる。

また、合意成立の時には、一対一のものであったかもしれない合意は、成立後には相手方を吸収することになるし、また、前述の関係は、そして、現代の夫婦間の合意においても、利益の交換に収斂させることができない事象についての合意である。

しかし、この状況は、女性解放運動、性革命などにより、大きく変化する。

(3) 家族の変容——家庭内における男女平等と個人主義——

アメリカにおいて女性は社会におけるその地位の確立を目指して独立戦争当時から、活動をしてきた。女性解放をメインにしているわけではないが、南北戦争における逃亡奴隷の保護活動を担ったのは女性であったし、セネカフォールズでの集会[11]は女性解放運動の草分けでもあった。そして、女性の自立は家族との関係において、家族制度からの解放とみることもできる。

もともと、自由な男女間の関係は、ある一定の定式に収まるものではない。たとえば、コモンロー制度におけるCommon Law Marriage又はCivil Marriageについて考えてみよう。後者は、宗教が婚姻関係の基準であったときに、異教徒との婚姻関係を社会的に認めるための制度である。たとえば、カトリック教徒とプロテスタントとの婚姻、イスラム教徒とキリスト教徒との婚姻、いずれの場合も、教会はそれを婚姻とは認めず、司式もしない。それでも、なお、両者が生涯を共にするという関係を形成する権利を当然、認めるとするなら、それは宗

教とは関係ない方式で行うこととなり、それにも承認を与えなければならないことになる。それが、Civil Marriage、民事婚といわれるものなのである。そして、いわゆるCommon Law Marriage、である。こちらは、事実婚に婚姻としての実態を認め、その当事者を当事者が夫婦として行動していれば、それを有効な婚姻として認めるというものである。法が認める形式によるというより、当事者の意思に基づいて築かれた共同生活に夫婦としての実態と効力を認める、と言い換えることもできる。

この形態はアメリカのすべての州で認められているわけではないが、婚姻関係の基本が当事者間の夫婦としての実態であることを認めているという点では、公的な外形的認識より、当事者の意思が優先される、という家族の本質を法が認めたということになるともいえよう。

一方、女性解放運動は、他方で、男性解放でもあった。従来のステレオタイプの男女観から男女のどちらかが解放されるということは、他方も、好むと好まざるとにかかわらず、従来の価値観の変更を迫られることになる。女性解放は、あらゆる場面での男女同権を認めることを要求するからである。家族もまた、変容する。従来型の親子関係を縦軸とし、横軸に婚姻を置き、どちらに重点があるかといえば、縦軸に重点があるという構造から、夫婦を中心に考える、横軸に重点が置かれる関係に変換されたといえよう。さらに日本においても、アメリカにおいても核家族と呼ばれるスタイルが家庭の中心になってくるのは産業社会が自由な人の動きを促すとともに、家族形態も変容を余儀なくさせたからである。この動きは、家族のプライヴァタイゼイションともいえよう。外との関係においても、家族という団体より、個に基づく関係が強調される。例えば、夫婦の別姓などもその表れといえよう。[12] また、婚姻契約が基本的に個人間の合意に基づく、ということは当事者間の自由な意思決定による結びつきであるとの理解がされる、ということになる。これは、結果的に婚姻関係の解消においても、有責離婚から破綻主義[13]へと、当事者間の意思にかかわる問題として処理されるべきものとなってきたことにつながる。ア

メリカ合衆国においては、一九六八年から一九八三年にかけて嫡出子の優位を違憲とする一連の判決が出された。これは、子に対する差別の問題として憲法問題になりうるが、一方で、従来道徳的に非難されてきた、婚外子を生むことに対する非難の減少をもたらした。その後の統一親子関係法（Uniform Parentage Acts）[14]は婚外子に対する父親の権利を認めるものである。婚姻をしていてもしていなくても、子の親は子の親である。当然のことではあるが、外的に認められる関係に基づかなくてもよいことになる。

また、Marvin v. Marvin 判決[15]は、婚姻をしていないカップルの間の約束、すなわち、女性が男性を内から支え、男性が経済的な生活の責任を持つ、という合意に法的な効力を認めた。これもまた、婚姻の解体ともいえる、婚姻軽視の傾向の表れといえよう。また、これ以後、このようなカップルの関係を律する法律原理は、家族法のそれというより、通常の契約関係を律する法原理となる傾向にあるという[16]。

このことは、婚姻関係の前提になっていた、または、家族間の関係を律するルールは経済的な契約関係を律するものとは異なるという発想に対するチャレンジとも見える。夫婦になることによって、夫婦間の問題はともかく、対外的にはその夫婦間の関係を保護すべく法は働いていたのだから（例えば、配偶者に不利な証言はしなくてもよい、など）、それに通常のルールを適用するのであれば、そしてそれを法的に強制するのであれば、それは一方で、家族制度からの自由を希求することになる。

現在においても、もちろんこのような傾向が主流となっているわけではない[17]。夫婦も家族も愛情で結ばれた関係であり、それらの者たちの間の関係が経済社会のルールで律せられるわけでもない。無条件に相手を自らにとって大切な存在と考え、お互いに支えあい、生涯を、生活を共にするために、臨機応変に協力して置かれた状況を乗り越える、という家族の関係は不変である。また、実際問題として夫婦間の経済的バランスが本当にとれているか、破綻主義が本当に当事者の衡平を実現できるか、などという問題を考えてみれば、夫婦間、または

カップルの間の実質的平等を客観的に図ること、実現することなどは、ほぼ、不可能であることはわかる。法が本来的にそこでできるのは、破綻した家族の成員がその後、経済的に生きていける基盤の構築に寄与することぐらいであろう。

ただ、女性にとっては、従来型の家庭内における服従的立場から、パートナーとしての対等な関係へと動いていくためには、家庭内における当事者間の関係の自由な構築の試みが必要となってくる。それが、家族法からの自由であり、また、内的な関係を確定するための婚姻時夫婦財産契約締結である。後者の場合、夫婦関係解消の場合の条項まで入ってくることもある。こうなると、破綻が当然のようにも見えてくる。組合モデルで婚姻関係を考えるのなら、当然、その関係が利益を生まないか、または当事者の期待に添わないのなら、解消ということになろう。

自由である、自由が保障されるというのは、その体制からの自由である。だから、家族からの自由も女性自立のシナリオの一つになる。また、このようなある種、家族の解体に見えるような現象が起きた背景には、子供の誕生にかかわる医学技術の発展が挙げられよう。どのように子を育てるか、いつ育てるか、妊娠をめぐる医学の発展は、子を持つ側の選択権を広げたけれど、同時に様々な新しい問題を親子関係にも持ち込むことになった。それは、また、家族とは何か、という問いに対し、生物学的血縁関係の希薄化をもたらしたともいえる。結果的に、家族構成のヴァリエーションはひどく広くなり、より契約的、非血縁的になりつつあるように見える。例えば養子も、若年の子供の養子と成人養子では目的もありようも全く異なる。アメリカにおいては、継父母と子供の関係は離婚の増加に伴い、場合によっては非同居の実親より近い、子供の発育に重大な影響を及ぼす関係にもなりうる。

要するに、男女間の関係が自由になるにつれ、その当事者間の関係についてもありのままの形で、外側からも

それを承認するようになってきて、そのために、婚姻前になした婚姻契約を法は効力を認めるようになってきたようにも見える。[18]

さて、ＬＧＢＴである。なぜ、同性婚を認める要請が出てきたのか。

(4) ＬＧＢＴ

そもそも、ＬＧＢＴに対する差別とは何か？　ＬＧＢＴをどのように法的に評価するかは、しかし、文化によりだいぶ異なるように見える。[19]

どこの国においても、様々な理由から、人間の性的行動を公的に制限するような法制度が存在する。売春禁止法、優生保護法など、その例に暇はない。人の人格の保証、奴隷的扱いの禁止、健康、など理由は様々ではあるが、国家による人の行動の制限には違いがない。しかし、本来性的な行動は、多くの場合当事者間の最も私的な、他者が介入すべきでない、また理解もできない世界であるはずだ。夫婦喧嘩は犬も食わぬ、などと言われるのは、そのような親密な関係にある者の評価は外部の者には計り知れないことの裏返しでもある。問題は、どこまで法が、権力が、私的な世界に介入すべきか、であろう。

キリスト教世界においては、その戒律上、一夫一婦制であり（アダムとイブが人間の祖先。創世記は神が動物をつがいでこの世に放したという。）、姦淫は罪であり（十戒）、それゆえ、子を作ることが目的でない性行為は許されず、また、自然に反する行為も禁止される。[20] ゆえに、キリスト教世界においては、同性愛は犯罪である。アメリカにおいては、現在でも、そのように信ずる人はかなりいるとの統計もある。[21] また、実際、一九六〇年代まで、同性愛は犯罪であった。これに一石を投じたのが、イギリスでは Woldfenden 報告[22]であり、アメリカでは Kinsey Report[23]であった。これによりトレンドが変わり、同性愛に対する見方が変わり、同性愛の非犯罪化が進

む。そして、彼らに対する差別を排除すべく、女性差別撤廃と共闘の形で、運動が始まる。そして同性愛者は、憲法上差別されているグループか、という問いに対しては、判例は、そうだと解釈してきた。なぜならば、同性愛者は、自らの選択でそうなったわけではなく、それ以外に差別される理由がなく、またそれを区別しないと社会的に不利益が生じる、といったことはないからである。[24] 例えば、労働の場において、同性愛であることは作業の妨げにはならないし、作業の質も落とさない。それなのに、雇われないということは、差別であり、その差別の理由は当人にはどうにもならない事柄である。

結果として、多くの場面におけるＬＧＢＴに対する差別は排除されてきたといえよう。もちろん、女性に対する差別と同様、まだまだ改善されるべき余地があるとしても。

さて、ここで人の権利について考えてみよう。人は、生まれながらにして自由であり、自らが選んだライフスタイルで幸福に生活する権利を有する。その中には、自らが選んだパートナーと生活することが含まれる。生活を共にする、住居を共にするというのは、一種の結社の自由でもある。

それがＬＧＢＴだろうと、ヘテロであろうと、互いに共生する相手を選ぶ自由は認められるべきである。さらに、それが、労働再生産の場として、家族を構成することが目的であるのなら、そのような実態に家族としての法的認識を要求するのは自然の流れであろう。法的に家族として認識されるということは、家族としての様々な特権を享受できるということである。または、家族としての承認がされない故に発生する不利益をそのような実態的関係は受けるべきでない。このように考えれば、そのような実態を形成する手続きが婚姻と呼ばれるなら、同性婚の承認を要求するのは当然のことであろう。

ではここで、合衆国最高裁が同性婚を認めた判決を見てみよう。その際に、もう一度考えるべきは、この判決において当事者は何を求めたのか、結婚とは何かである。

同性婚を否定しようとする側の立場の基本は、婚姻をプロクリエイションの場であり、それは異性間の婚姻でなければならないと考えるからである。そして宗教的信仰としてそれを結婚と呼ぶべきでないと考えている。必ずしも、同性婚が作り出す状態に反対してきたのではないことにも注意を向けなければならない。

三、Obergefell v. Hodges 判決[25]

先に、手続的にこの判決に至った道のりを説明しておこう。本来、家族法は州法で規律される。それゆえ、家族法の事例は連邦裁判所に上告されることはないはずである。[26] だから、多くの事例が、ここに紹介するカリフォルニアの事件を含め、州の最高裁で終審となる。故に州のレヴェルで同性婚が有効と認められた場合には、それ以上の手続きはない。州の憲法により、有効と認められることになる。しかし、Obergefell 事件のように、州が州法により同性婚を認めないと、連邦憲法に照らして、州憲法が違憲となる可能性がある。そのような場合に、連邦最高裁に事件が持ち込まれることになる。多くの州で、この事件が連邦裁判所に上告される前の時点で、同性婚は認められていた。合衆国全体の方向では同性婚を是認する傾向にあったとはいえるだろう。手続的には、州の最終審が終了した時点で、合衆国連邦地裁に訴えを起こし、最高裁まで上告されてくる。

(1) プライバシー権と最高裁判決

さて、公権力と家庭内のプライバシーの問題は、グリスワルド事件[27]により決着がついた。プライバシーが権利として認められたことにより、家庭の国家からの自由がより進化したといえるだろう。それは、最終的にはロー対ウェイド判決[28]による女性の自己決定権の確立を促した。この判決により、女性は妊娠初期、一定期間内中絶を

権利として認められたことになる。[29] また、Lawrence 判決[30]もこちらはＬＧＢＴの場合であるが、やはり、個人の家庭内での行為について、プライバシーを認めた。これらの一連の判決と、Loving v. Virginia 判決[31]を根拠として、ＬＧＢＴのまたは同性婚承認を要求する下地は整ったといえよう。すなわち、Loving 判決により、婚姻の自由が認められ、Lawrence 判決により、同性愛が違法でなくなり、かつ、自己決定権、プライバシー権を重ねると、パートナーの性を越えての自由な選択が見えてくるのである。

それを婚姻と認めるか？　それとも、婚姻と同等のパートナーシップ、例えば Civil Union とするかは家族法の課題と考えるか？　また、そのような場面で、裁判所はどのような役割を担うべきか？

最高裁判決を考察する前に、其れに影響を与えたとみられるマサチューセッツ州とカリフォルニア州の判決を見ておこう。

(2) カリフォルニア州とマサチューセッツ州

時間的には、まず、Baker v. State 判決[32]で、ヴァーモント州は Civil Union の形で、同性カップルに対する差別を撤廃した。その十年後、二〇〇三年、マサチューセッツ州がこちらは、同性婚の禁止を違憲とした。[33]

この判決は七組の同性婚を求める訴えを扱ったものである。この中で、裁判所は州の公衆衛生局が主張した(1)「出産に対する優位性」の確保、(2)「異性の二親による家庭」での子育ての最適条件の保証、(3)不足がちな州と私的な子育て資金の確保、という理由につき、判示した。(1)と(2)については、すべてのカップルが子育てを目的として結婚するのではないこと、同性のカップルが親としての資格を欠くものではないこと、むしろ、認められないことにより、不当な負担を子育てにおいて負っていることを認めた。さらに、(3)については、州の経済状態と当事者の社会保険による援助の必要性の間には関連がないとしてその主張には理由がないとした。

さらに、同性婚が婚姻のモラルを破壊するという主張に対しては、婚姻の利益を求め、高めこそすれ、それを低下させるものではないとした。結果的に、同性婚を認めないことは、人の基本的価値の享受の否定だとしたのである。同意意見では、単に、性による婚姻の否定は平等権違反であるとして、結論に同意している。

しかし、その後の経過は同性婚に対する強い抵抗を示すものであった。連邦法として、クリントン政権下で婚姻保護法（DOMA）が制定され、各州においても州憲法の変更により、同性の共生を差別しようとした。これらは、Windser 判決[34]により、合衆国憲法修正第一四条違反で不平等として、違憲と認められた。つまり、DOMAが違憲とされたと考えてよいだろう。

しかし、なお、州法の問題は残る。そこで、カリフォルニア州で、州レヴェルでのリーディングケースであるIn re Marriage Case[35]による判決が出された。これは、六つの事件――これらの原告は同性のカップルによる婚姻と同等の内容を持つ関係を婚姻として認めることを請求したのだが――をまとめて審理した事件である。この判決において画期的だったのは、従来の判決が同性愛者の差別の観点から、修正第一四条違反でこれらのカップルに対する差別を違憲としてきたのに対し、婚姻を基本権としてとらえたことであっただろう。伝統的な価値観に基づく婚姻の定義の改定を迫るものであった。

そして、二〇一五年に同性婚を認めない州からの一四組のカップルからの上告に対する最高裁判決である。

(3) Jamesn Obergefell et al. v. Richard Hodges et al.

この事例の原告は一四組の同性のカップルと二人の男性である。この二人は、配偶者たるべきパートナーと死別している。彼らの関係に婚姻と同等の効力が認められなかったことにより、彼らが受けた不利益を例示すると、例えば、死別の場合であれば、相続税の税率が夫婦のそれではなかったために、高額となった例、軍人と一般人

のカップルの場合、転勤にあたって家族手当が支給されなかった例など、様々であるが、夫婦であれば認められるべき利益が認められなかったために経済的損失が発生しているという事実関係がある。また、養子縁組をした場合、婚姻と認められないために、養親とならなかったものが共同親権者とならず、養親となったものに何かが起きた時、子の監護に支障をきたす恐れがある、という事例もある。この最後の事例では、養子がハンディキャップのある子であるために、より、リスクが高くなっている。

結論は原告勝訴であり、これ以降、合衆国において同性婚は婚姻として認められることになる。残された問題は、第三者との関係で、人種差別と同様にすべての場合に平等な扱いを要求できるか、であろう。例えば、婚姻の儀式自体は宗教行為でもあることから信教の自由とのからみで第三者にその儀式に加担することを強制できるか、などの問題がすでに出てきている。(36)

判決自体は五対四の僅差である。その内容を見てみよう。

多数意見はケネディー判事によるもので、反対意見はロバーツ判事が中心となっている。

さて、多数意見である。

この判決の特徴は、カリフォルニアの判決と同様、婚姻を基本的人権として捉えたことである。すなわち、人が愛するものと利害を超えて共同生活をすることは、人生にとって必要不可欠ともいうべき素晴らしい関係だとする。そして、その共同生活の形態が同性であろうと異性であろうとその思い、経験の価値は変わらないとする。異性間の婚姻でも、子供を産み育てることだけが目的ではないから、その点においても異性間の関係も、同性間の関係にも差はないという。そして、そのような関係を形成することを婚姻というのだから、婚姻は基本的人権であり、その婚姻は異性間の者も同性間の者も同等だとし、上告受理、同性婚承認という結論を出した。ベースにしたのは、Loving 判決(37)等異人種間婚姻に関するもの、一連のプライバシー権の確立に至った議論である。そ

して、同性婚の当事者を区別する正当な理由はなく、それについて公的にも私的にも社会的コンセンサスは出来上がっている、と認定した。さらに、ここで上告人の申し立てを認めないことによる当事者の不利益を考察し、その結果の不当性の回避も裁判所の責任という。

これに対し、ロバーツ最高裁長官の反対意見は、憲法論そのものであるように思える。その議論の中心は、裁判所には婚姻の定義をする権限はないというところだろう。何を婚姻とするか、を決定するのは市民の意見、思想の反映を可能にさせる場所としての立法機関であり、ましてや、私法の分野に関する立法は州にゆだねられている、と説く。Lochner 判決[38]の反対意見の中で、Harran 判事の「世の中には多くの異なる意見がある」という言葉を引いて、裁判所が積極的に立法者として社会的に行われるべき議論に終止符を打つべきではないとする。さらに、プライバシー権の論理については、そもそも、プライバシー権の論理は国家権力による支配の排除の理論であって、今回のように権力の拡大のための理論ではないと主張する。

四、Obergefell 判決と婚姻の定義について

ある意味、ロバーツ長官の意見のほうが妥当に見えてしまうのは、まさに、だれが婚姻を定義するか、という問題に解答するに、果たして、本当に、裁判所が妥当な機関なのかという疑問が残るからだろう。また、憲法は権力機構を縛るためのものであり、一般的には自由を望み、平等を求めるものは、そのような組織からの自由を求めてきた、というのが過去の経緯である。婚姻という制度も、歴史的には女性を家庭に拘束するものと見ることができる。だから、女性解放運動は婚姻からの自由を求めたのである。また、Griswold 判決によって確立されたプライバシー権も寝室から国家の介入を排除する、というところから始まる。親密なプライベートな関係や

場所における個人の自由を守るために、そのような場所、時につき、国家による制限を許さないのである。

ところが、同性婚の場合、これはある意味、国家の統制の中に入る、言い換えるなら国家権力による認証の範囲を同性カップルにも広げることを要求しているとも考えられる。もちろんこれは、国家が存在を無視し、否定してきたものの認識を要求しているのだから、平等権の問題となり、それが平等に扱われることに、大多数は疑念を持たないはずである。国家も、それは、認識すべきであろう。

しかしながら、それを婚姻という制度の中に組み込むべきなのか？　そうではなく、法に求められているのは共同生活を行うと決断して構成された集団を家族・家庭として婚姻によって成立したそのような集団に認められている地位・特権を保証することなのか？

歴史的コンテクスト、宗教的コンテクストを考えた場合、婚姻という言葉は異性間の子孫を残すことをその目的の一つとしている関係であろう。すなわち、男性と女性による死が二人を分かつまで、あらゆる事柄を分かち合って生きていく、という内容を持つ契約関係である。同性のカップルでも、愛情とそれから発生する性的関係によって結ばれており、生涯を共にするという決意は同じだとはいえる。しかし、それを認めるにあたって、婚姻から出発してそれを婚姻に包含するというか、それとも、人はそのような決断をして家庭・家族という集団をつくる権利を持ち、その中で女性と男性によって形成されるのが婚姻だというほうが望ましいのか。婚姻が作る家族とその中における男女の関係を考えるとき、婚姻は本当にこの判決の多数意見が言うような基本権なのであろうか。

前述したように、家族を考える場合、縦の時間軸と横の人の関係性を評価しなければならない。婚姻は、もともと、どのような社会においても縦の関係性を継続させるために、発生したものと考えてよいだろう。その中で、子育てと同時に、女性はいわば、家族に縛られるようになる。また、Sex Contract でペイトマンがいうように、[39]

女性はある意味、財産であり、労働力であり、決して夫と対等な関係にあるものではなかった。婚姻の誓いがキリスト教の挙式で謂われるように、当事者がお互いを貴ぶ関係だといっても、実態はそれとは程遠かったし、現在でもそうである。日本における婚姻においてもそれは同じことである。婚姻が基本権なのか、それとも愛するものと生活を共にして、幸福を追求することが保障されることが基本権なのかと問われれば、後者だと言わざるをえないと考える。

その意味において、婚姻を、家族を形成するための一つの手段としてとらえ、家族として社会的に認識できるものすべてに同等の保護を与える、と考えるほうが、宗教的教義にとらわれない社会的規範となりうるのではないだろうか。その観点で考えるなら、同性間の関係をCivil Unionとしたコロラド州の判決に沿う考え方のほうが妥当なようにも思える。ヨーロッパの国々においてはそのような立法が主流のようである。

Obergefell判決の後にはアメリカにおいては、第三者と婚姻しようとする同性カップルとの間で、トラブルが起きている。例えば、ウェディングケーキを同性婚者のためには作らない、として訴えられたColoradoのケーキ製造者がいる。また、婚姻のお祝いのフラワーアレンジメントを作るのを断って訴えられた花屋もいる。彼らは、彼らの信仰に基づけば、同性婚を婚姻とは認められず、それゆえ、そのような人々の結婚式のためにはケーキやフラワーアレンジメントを作りたくないという。では、彼らがそのカップルを認めないかというのであれば、そういうわけではない。そのような関係を婚姻と認めたくないだけなのである。最高裁の多数意見は宗教と婚姻の関係について信仰の自由を保障する憲法修正第一条に基づき、自由に反対の主張ができるとする。多数意見は州に対して、「同性カップルに対する差別を容認させないと決定したのだ」、というのである。しかし、上記のケーキ製作者のような場合、本当に彼らは修正第一条で保護されうるか？　これは、二〇一七年秋に始まる期に判決が出て決着がつくであろうが、被告側に満足のいく結果が出るかどうかは不明である。

本判決以降に起こったこの、第三者と同性婚者の関係をめぐる事件を見ていると、これを婚姻と言わなかったら、問題は起きなかったのではないかとも思われる。

五、終わりに

ライフスタイルの問題として、だれかと共同生活をする場合、それが家族と同等の意味をその当事者に持つのであれば、そのような集団もまた、同じく家族関係類似の関係として法によって保護することが考えられてよい。

社会の高齢化が進み、単身者が増えていく現在、その人々が例えば一人でいるより、だれかと一緒にいるほうが安心だと考えて共同生活をする場合を考えてみればよい。婚姻に同性カップルの形成を組み込むより、名称はともかくそのような集団の一つが婚姻だと考えるほうが、公平、公正ではないだろうか。また、その際、性的関係をことさら強調する必要もないように思える。人工授精やその他の生殖出産の技術が高まるにつれ、親子間の関係もまた、必ずしも、婚姻と結びつかなくなっている。その中で、当事者が家族と考える集団を、それが永続的な関係と当事者が決断している場合、それを家族ととらえ、社会の様々なレヴェルで一体ととらえ、労働再生産と福祉の機能を担う集団として法が認識していくことも、ありうるだろう。

核家族化と生殖技術の発達、男女の社会的地位の平等化は大きく家族を変容させている。しかし、その根本にある愛と信頼に基づいて形成された人の集団を社会の最も根源的な単位として認識することは人の社会の営みにおいては重要である。なぜなら、そこが、人が人として育ち、生きていくための基盤になるからである。そこをいかに豊かにしていくか。同性婚の問題もそこにある。ただし、今、同性婚と言われているものをどのように定義し、法に組み込んでいくかは立法府の役割であろう。

日本ではこの問題は、憲法の婚姻を基本権とするかという問題にはならないだろう。日本国憲法の二四条は家庭内における男女の平等を規定するが、これは明治憲法下の家制度の廃止を念頭に置いたものであり、婚姻そのものを基本権と見たのではない。むしろ、一四条平等条項の強化であり、特則であるとみるべきであろう。ＬＧＢＴに対する差別撤廃の一環として同性婚を考えるのであれば、むしろ一三条の幸福追求権と一四条の組合わせの問題と考えるべきであろう。

いずれにせよ、どこまで家族の内部の問題を当事者自治に任せ、かつ、その構成員の安全を図り、あらゆる外側からの差別を家族の在り方に対して排除するかがこの分野のこれからの法の役割となろう。

（1）James Obergefell et al. v. Richard Hodges et al., 135 S CT. 2584, 192 L.Ed. 609 (2015)

（2）“Supreme Court to take case on baker...” Washington Post (June 26, 2017)
Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission, 2017 U.S. Lexis 6437, 137 S. Ct. 2290, 198 L. Ed. 2d. 723. この問題はこのコロラド判決に関するだけでなく結婚式のための装飾を請け負う人々の事例等にも影響を与える。

（3）日本での例を挙げるなら、豊臣秀吉の妹、和宮、その他枚挙にいとまがない。また、ヘンリー八世とスペインの王女との婚姻もその一つの例に挙げられるだろう。

（4）Janet L. Dolgin, *Defining the Family*, NYU Press (1997) Chapter 1

（5）婚姻により、夫婦一体となると考えるのでその財産処分など、団体としての家族としての権限行使をする権利主体は一人でよく、それは、家長である夫だとする。その場合、妻に二重にそのような能力を認める必要はない、とする。困るのは、夫を失った妻の場合であり、彼女たちは、まったく生活能力を持たずに残されることになる。

（6）創世記第一章　六日目

（7）配偶者控除なども、夫婦、家庭の維持扶養を考えての制度である。構造的にはだから、夫婦のそれぞれが独立で

きる程度の収入を得るようになると、外れる。

（8） 例えば児童扶養手当法

（9） Carol Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press (1988) pp.116ff

（10） 西洋と日本とでここにはやや差があるように思えるのは、日本における内と外の関係であろう。日本における妻の役割は、家族及び家庭の経営責任者であることが多いように思える。現在でも、夫は家計の中から小遣いをもらい、日常の用に供し、その家計の管理者が妻であることが多いようである。これに対し、欧米では夫が管理者であることが普通である。このことは、家庭における男女関係に、微妙な影響を及ぼす。家庭内における女性の地位が意外と日本では高かったように思うのである。

（11） Seneca Falls Convention, 1848

（12） 夫婦別姓の問題は多くの場合、婚姻により姓が変わる側が女性であったために、女性の社会進出を阻んだかのように見えるし、実際そうであった。しかし、視点を変えて、家族を一つの団体として見たとき、その団体の名称をどうするか、と考えるのであれば、婚姻時に、新しい姓を創設するか、どちらかを選ぶか、という選択肢が考えられよう。また、通称を公認するなどの方法も、個と団体としての家族をどう整理するかを考えるにあたっては有効な手段である。

（13） Uniform Divora Act (1987)

（14） 二〇〇〇年に Uniform Law Commission によって策定され、二〇〇二年に改定、二〇一六年にも改定案が出されている。

（15） 134 Cal.Rptr. 815, 557 P.2d 106 (Cal.1967)

（16） 前出 Pateman, p.62

（17） 例えば、フロリダ州など、現在でも婚姻していない男女の同居を認めない州が存在する。Chapter 798, Florida Statute

（18） 前出 Pateman, pp.62ff; William Eskridge Jr., Nan D. Hunter, *Sexuality Gender, and the Law* (3rd ed), Foundation Press (2011) p.678

(19) 日本の場合、例えば、おすぎとピーコのように、ホモセクシュアルであることを明言する者、また、トランスジェンダーであることを表明するタレントなどが、活躍している。また、歌舞伎のように男性が女性を演じる演劇形態も存在する。それが直接、同性愛につながらなくても、キリスト教社会より開かれていると見えるのは確かである。

(20) Rose v. Locke, 423 U.S. 48 (1975)

(21) "A fifth of Americans still think that gay relations shouldbe illegal". Sept. 21 Washington Post 2017

(22) *'The Report of the Wolfenden Committee on Homosexual Offences and Prostitution'* (1957)

(23) Kinsey et al., *Sexual Behavior in the Human Male* (1948), *Sexual Behavior in the Human Female* (1953)

(24) Margaret Wit v. Department of Air Force. 527 F. 3d 806 (2008)

(25) 135 S CT. 2584, 192 L.Ed. 609 (2015)

(26) ただし、首都ワシントンＤＣに関するものは、例外である。ＤＣが連邦直轄地であるからである。

(27) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed.2d 510 (1965)

(28) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973)

(29) まだ、この問題が確定的に終了したというわけではない。妊娠中絶をめぐる論争は終わらない。ただ、この判決により、妊娠を続けるかどうかの決定権は女性が持つことは認められたのである。

(30) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 123 S.Ct. 2472, 156 L.Ed.2d 508 (2003)

(31) 388 U.S.I (1967). ヴァージニア州の異人種間の婚姻禁止を違憲とした判決

(32) 170 Vt. 194, 744. 2d. 864 (1999)

(33) Hillary Goodridge et al n. Department of Public Health 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003)

(34) United States v. Edith Windsor, 133 S.Ct. 2675, 186 L.Ed.808 (2013)

(35) 43 Cal.4th 757, 183 P. 3d 384

(36) 註（2）参照

(37) Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 87 S.Ct. 1817, 18 L.Ed.2d 1010 (1967)

(38) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)

（39） 註（9）参照

参考文献

Flora Davis, *Moving the Mountain*, Simon & Shuster (1991)

Judith A. Baer, *Women in American Law*, Holmes & Meier (1991)

Janet L. Dolgin, *Defining the Family*, NYU Press (1997)

Carole Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press (1988)

Martin Gugggenheim et al., *The Rights of Families*, ACLU (1996)

William Eskridge Jr., Nan D. Hunter, Courtney G. Joslin, *Sexuality, Gender, and the Family* (3rd ed.), 2016 Supplement, Foundation Press (2011, 2016)

Kenji Yoshino, "A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*," 129 Harv. L. Rev. 147 (2015)