

家族法における自己決定権

— The Same-sex Marriageを素材として —

An Approach to the Right of Privacy of Family Law

小島二郎¹⁾, 田中淳子²⁾
Jiro Kojima, Atsuko Tanaka

We have focused on the legal problems of same-sex marriage as introduced the problems in the U.S.A. The contents as follows -- I Introduction. II Theories and law-cases in the U.S.A. III Conclusion.

1) 愛知工業大学教養部講師
2) 愛知学院大学博士課程後期2年

家族法における自己決定権〔序説〕

—— the same-sex marriageを素材として ——

小 島 二 郎 ・ 田 中 淳 子

- 一 はじめに——問題の所在——
- 二 アメリカにおける現況とその対応
 - A 同性愛カップルと一般的規制
 - B 同性愛カップルと私法上の利益
 - C 近時の諸問題
- 三 むすびにかえて

一 家族法および家族法学は、いま大きな変革を余儀無くされている。現実社会の婚姻観・離婚観が大きく変わりつつあるからだ。折しも、本年は「国際家族年」、その真の意味も、これとの関係から理解されなければならぬ。

二 とところで、近時（一九九三年）、法制審議会民法部会身分法小委員会から婚姻及び離婚制度の見直し審議に関する中間報告が出された。その内容から、若年層に確実に定着しつつある新しい婚姻観・離婚観をふまえようとする姿勢が読み取れる。家族法見直し作業は、国際人権

（自由権）規約、国連「国際婦人の十年」、国連女性差別撤廃条約をふまえた国際的課題に応えようとしたものであることはいうまでもない。すなわち、個人の尊重を前提とした家庭生活、固定的な性別役割分業社会の見直しをすることになったことは多言を要しない。したがって、日本政府も、「西暦二〇〇〇年に向けての新国内行動計画」（八七年五月策定、九一年五月改定）において二一世紀の目標を「男女共同参画社会」の形成におくことになった、ということが出来る。「夫婦も基本的には、家族も個々別々の人格であり、個々別々の生き甲斐を尊重する」ということに他ならない。このことは、私生活における自己実現を保障する、という視点を提供することになった。したがって、家族法は、特定の家族像を基準にした生活形態を強制するのではなく、家族における個人の自律を高め、私生活における自己実現を保障する仕組みであるべきこ

とを表現している。

三 さて、結論を先取りする形での婚姻法における「自己決定権」を保障する視点から「中間報告」作業の背景に見え隠れする特色を挙げてみた。若年層に確実に定着しつつある新しい婚姻観・離婚観をふまえようとする姿勢が読み取れるからである。家族法見直し作業は、国際人権（自由権）規約、国連「国際婦人の十年」、国連女性差別撤廃条約をふまえた国際的に応えようとしたものであることはいうまでもない。すなわち、個人の尊重を前提とした家庭生活、固定的な性別役割分業社会の見直しをすることになったことは多言を要しない。したがって、日本政府も、「西暦二〇〇〇年に向けての新国内行動計画」（八七年五月策定、九一年五月改定）において二一世紀の目標を「男女共同参画社会」の形成におくことになった、ということができる。このような家族における男女の平等の意識変革と性別分業社会の是正が打ち出されることになったが、「夫婦も基本的には、家族も個々別々の人格であり、個々別々の生き甲斐を尊重する」ということに他ならない。このことは、私生活における自己実現を保障する、という視点を提供することになった。したがって、家族法は、特定の家族像を基準にした生活形態を強制するものではなく、家族における個人の自律を高め、私生活における自己実現を保障する仕組みであるべきことを表現している。そのことは、自己のライフ・スタイルは自分で決定する（自己決定）、ということを確認し、それを保障することが新しい家族法、そして、それを可能にするのが家族法学だということを示唆している⁽¹⁾、といえよう。

四 そのような意味からいえば、事実婚・重婚の内縁とよばれる関係については、法律婚でないがゆえに、法律婚とは異なったものだ、というだけで法的保障を否定してはならない。この点については、すでに、わが国の判例法理は、これを肯定するにいたった。それと同様に、同性愛婚とよばれる性的結合生活共同体に対してはどのように対応すべきか、

そもそも延長線上で問題となろう。同性愛という愛の形を受け入れた者をどのように考えるべきか。このような愛の形を選ぶことも個人の自由だからである。

最近出版された家族法の教科書の中で、同性同士の婚姻について、それを事実婚として法的保護を与える必要がある⁽²⁾、という記述がみられるようになった。このことでも理解できるように、このようなライフ・スタイルを黙過できないことを示している。近時の裁判においては、「青年の家」利用拒否を理由に同性愛者が東京都を相手取り損害賠償を求めている⁽³⁾。このように、わが国においても、同性愛者にまつわる種々の問題が、現実には顕在化してきていることは否定できない。このことを検討することは、婚姻外生活共同体の法的問題を考えるうえで大きな示唆にあたえることになる。本稿で同性愛の問題を扱う所以である⁽⁴⁾。

五 そこで、第一に、アメリカにおける同性婚の現状について紹介し、その法的な対応をみてみることにする⁽⁵⁾。なぜなら、アメリカにおける同性婚の問題は、たえず、憲法上の人権上の保障規定との抵触を争うものである。まさにそれが、本稿がめざす、憲法上保障された自己決定権⁽⁶⁾ 憲法一三条「幸福追求権」を通じて、個々人が選択した多様な生き方を実現⁽⁷⁾ 保障してゆくという見解を裏付ける一つの手掛かりとなると考えたいからである。

第二に、では、現在、そして今後わが国で生ずるであろう同性婚の問題にどの様な法的対応を試みるのが妥当であるかを考えてみることにする。ここで得た対応は、単に同性婚だけでなく、法律婚以外（婚外関係、例えば婚約・内縁・事実婚）に対する法的保護の理論を構築することができると考えるからである。

- (1) 二宮周平『事実婚の現代的課題』二五八頁(日本評論社・一九九〇年)。
- (2) 乾昭三Ⅱ二宮周平・新民法講義5家族法(有斐閣ブックス、一九九三年)。
- (3) この事件は、一九九〇年二月、府中市の「青年の家」で合宿のため利用した際、自分たちが「同性愛者の団体である」ということを他の利用団体に紹介した。その後、他の団体から興味本意で部屋を除かれたり嫌がらせを受けたため、この職員にかけあったが解決せず、次回からの利用を拒否されるという処分を受けた。これに対して、同性愛者の団体は、都に六五〇万円の損害賠償を求めたものである。判決は、小稿脱稿後である一九九四年三月二十八日に出される(法セ四七二号二二頁)。
- (4) アメリカの現状については、石川稔「新・家族法事情、同性愛者の婚姻(その1)」、「その2」法セ三五五号九〇頁、三五六号五六頁(一九八四年)、上村貞美「人権としての性的自由をめぐる諸問題(一)〜(四)」香川法学九巻三号一頁、一〇巻一号一頁、一一巻一号一頁、一三巻一号一頁(一九八九年〜一九九三年)、円山英二「ソドミー禁止法の合憲性と合衆国最高裁」判タ六四二号四一頁(一九八七年)、篠原光児「同性愛」判タ六七二号二三頁(一九八八年)などを参照。
- (5) 小稿は、HARBERD LAW REVIEW, Sexual Orientation and the Law, pp. 93-119(1990)をもとにアメリカの現状を紹介する。
- (6) 同性愛者の法的保護について「自己決定権」を根拠にしていう論文として、二宮・前出注(1)、乾Ⅱ二宮・前出注(4)にとりあげた諸論文以外に、山田卓生「私事と自己決定」五〇頁(日本評論社、一九八七年)、竹中勲「個人の自己決定とその限界」ジュリー一〇二二号三三頁(一九九三年)、戸波江二

「自己決定権の意義と範囲」法教一五八号(一九九三年)など。

二 アメリカにおける現況とその対応

A 同性愛カップルと一般的規制

現在アメリカにおいて、社会を組織する基本的な単位としてfamilyをめぐって“nuclear family”という概念が登場してきた。その先駆的判例として Moore v. City of east cleveland⁽⁷⁾事件を挙げることができる。伝統的な意味での家族、つまり、夫婦と血族を中心とした“家族”の生き方だけでは現代社会のに対応できなくなっている、ということがその原因である。いかなれば、伝統的家族の概念ではいまや何もし得ないということになるか。

さて、“nuclear family”という概念によって、生活共同体を構成しているすべての者を“家族”として、例えば事実婚を夫婦として扱い、婚姻と同様に保護しよう、という考え方である。そうだとすれば家族同様な生活をする同性婚者もその保護の対象となり得るのであるか。学説からは、「そうであれば、同性婚も“家族”に含まれることによつて保護を与えてもよいのではないか」⁽⁸⁾、という提言もなされている。さて、つきにみるように、いわゆる公法上の問題として、同性婚を通常の婚姻とする判決は出されていない⁽⁹⁾。そこで、同性婚に対する公法上の問題を取り上げてみよう。

1 婚姻する権利 (the right to marry)

ゲイ同士、レズビアン同士が婚姻する権利を持ち得るか。もしも通常

の婚姻とみなされるとするならば、様々な法効果が与えられることになる。⁽¹⁰⁾この点については、各州の上級裁判所において、同性婚をあらゆる意味の偏見を持ちながら、アメリカの婚姻法では同性婚を禁止しているという意味を含んでいと解釈し、同性婚を認めない、という考え方を採用している。⁽¹¹⁾これら、事実婚に対しても批判的ある、という裁判所の姿勢のから同性婚に対する厳しい対応がうかがえる。これに対しても学説は厳しく批判する。⁽¹²⁾

しかし、なお、立法ならびに裁判所は、同性婚が生殖を目的とした性的結合体であるからなお法律上認められる婚姻ではないという姿勢をかたくなに守っている。これについては、まず異性者間の婚姻でも生殖を目的としない婚姻もあるということ、国家の期待する家族の機能を、同性婚も同様の機能を果たしている場合がある、ということに目を向け、みぎのような国家あるいは裁判所に対して厳しい批判が近時主張されている。

B 同性愛カップルと私法上の利益

現代社会は、事実婚・ゲイおよびレズビアンカップルをひとつのライフスタイルとして認容するようになった。しかし法律制度は、これら現代の家族構成およびライフスタイルをなかなか認めようとはしなかった。その結果、事実婚夫婦およびゲイおよびレズビアンカップルは、法律上の夫婦が享有する法律上の権利を否定されてきた。

ここでは、アメリカにおいて同性愛カップルが現在どのような法的保護を受けているか、ということをも①住宅供給の問題、②労働者の補償、③不法行為の問題につき概要を紹介する。⁽¹³⁾

1 住宅供給の問題

法律婚をしていない異性愛カップル・同性愛カップルが家を取得するには、明示および黙示の本質的差別に遭遇する。この差別の原因は、種々の要素がいろいろ交じっているが、①排他的な地域法、②制限的な制定法、③差別的な地主の実態、および④「家族」の意味の狭い司法上の解釈などが影響している。以下に、それらを略説する。

(ア) 未婚の家族に家の売買・賃貸を制限している地域法令 (zoning ordinance) がある。典型的な法令は、「家族」を「ひとつの長とひとつの世帯の機能のある、生物学的にもしくは法的に関連している人」と定義している。⁽¹⁴⁾一般に、そのような法令を是認する判決は、未婚の異性愛カップルに家族の地位を認めない。例えば City of Ladue v. Holm 事件 (720 S.W.2d 745) は、地域法令が「(伝統的な家族) 環境の安定性を損なう使用、および伝統的な家族生活を連想させる価値を侵食する使用」を閉めださうるので、それらが差別的差別を含まない限り、そのような法令は連邦保護法に反しないと判決している。同性愛カップルに対する家族の地位を否定するためにも、同様の理由を挙げている。

(イ) 「賃借人」の承継の権利を制限している制定法によって、婚姻していない異性愛・同性愛カップルを制限している場合がある。⁽¹⁵⁾承継の権利の決定について、判決は、一般に関連した制定法を狭く解釈している。例えば、ニューヨーク市の賃貸および立退に関する規則は、「住宅施設の占有者は、占有者が死亡した賃借人の生存配偶者であるかもしくは死亡した賃借人と同居していた賃借人の家族であるときには、…追いつてられない」と規定する。⁽¹⁶⁾けれども、若干の判決は、この規定はゲイおよびレズビアンカップルには拡張されない」と判決した。⁽¹⁷⁾

(ウ) 土地所有者は、賃借人の選定にあたって彼等の好みや偏見を主張するため、ゲイおよびレズビアンカップルが住居を賃借できない場合もある。賃借人を排除する土地所有者らが賃借人を排除する権限に対する憲法上の制限はほとんどない。Shelley v. Kraemer 事件 (334 U.S.

1(1948))において、連邦最高裁判所は、人種的に制限された規約の司法上の効力は憲法修正一四条を侵害すると判決したけれども、下級審は、私的な合意を覆さない傾向にある⁽¹⁸⁾。

(エ) 賃借人が死亡した場合にその賃借権を誰が承継するのか、という問題が生じた場合に、「家族」の意味を問題にすることがある。例えば、New York City Rent and Eviction Regulations²⁴、「住宅施設の占有者は、その者が死亡した賃借人の生存配偶者であるかもしくは死亡した賃借人と同居していた賃借人の家族であるときには、…立ち退かなくてもよい⁽¹⁹⁾」と規定する。ところが、例えばBraschi v. Stahl Assocs. 事件(531 N.Y.S.2d 562(1988))は、死亡した賃借人のゲイカップルのパートナーに、その家族の一員としての資格を認めなかった⁽²⁰⁾。

2 労働者の補償

労働者の補償は、被用者の「扶養家族」のために設けられた制度であり、種々の制定法が、扶養家族として補償を受け取る権限のある人を定めている⁽²¹⁾。ところが判例は、「扶養家族」解釈について異なった判決をしている。若干の判決は、家族構成員は「一人の長」のもとに同一の家に住むあらゆる人を指す⁽²²⁾と判示する。他の判決は、居住に関係なく、血統による親族を含むとする⁽²³⁾。しかし一般には、判決は、配偶者が被用者の法律上の夫または妻でない限り、労働保障を受け取ることを認めない。上述したように、そのような認識は、ゲイおよびレズビアンカップルに対して個人的差別になる。

ただ、California Workers' Compensation Appeals Board (WCAB)が、死亡したcountyの被用者の二七歳になる同性愛パートナーがその被用者の家族の「正式な一員」であり、それゆえ労働者の保障利益を受け取る権利があると判示した⁽²⁴⁾。注目すべきDonovan v. County of Los Angeles and State Compensation Insurance Fund事件(73 LA 385-107)

があることに注目すべきであろう。

3 不法行為の主張

被告の過失が精神的損害となる唯一の原因である場合に、ほとんど大多数の判決は、損害の回復を否定する。しかしながら、若干の判決は、ある種の精神的苦痛について、回復を認める。

過失の直接の被害者と「十分に密接」な関係にある原告は、過失によって侵害された精神的損害⁽²⁴⁾またはloss of consortium⁽²⁵⁾を回復し得る。判決は、未婚の異性愛の配偶者がその訴訟を提起することを認めている⁽²⁶⁾。けれども、判決は、被害者のゲイもしくはレズビアンパートナーが提起する損害の回復を認めない⁽²⁷⁾。

C 近時の諸問題

同性婚は、制定法によって引き起こされるさまざまな障害を回避するために、その有効的な手段であったかは別として、いくつかの法的手段を利用してきた。とくに議論されているのは、ゲイおよびレズビアンのカップルの間の契約と養子縁組の有効性の問題であろう。当事者の契約の有効性については、裁判所は比較的好意的に判示している⁽²⁸⁾。なお、養子縁組については、成年養子縁組に否定的なことと相まって、同性愛者が他方に財産を残すための養子縁組は、否定的に解されている⁽²⁹⁾。

(7) 431 U.S. 494 (1977). この事件は、家族の概念を広げることによって原告に憲法上の保護を与えたものであった。

(8) 前出注(5)九七頁〜九八頁。

(9) ゲイ同士、レズビアン同士のカップルのいわゆる共同体に

- いての認容判決は存在しないし、連邦最高裁もこの文ちについては未だ判決を出していない。上村・前出注(4)四〇六頁。
- (11) 前出注(5)九六頁。裁判例がゲイ同士、レスビヤン同士の婚姻を禁止する理由につき *Grisowold v. Connecticut* 事件 (381 U.S. 479 (1965)) は、*グィ* のように判示している。すなわち、「婚姻とは、人生の方法を促進する結合であり、原因(理由)ではない。人生における和合であり、社会的側面ではない。双務的な宣誓であり、商業上あるいは社会的事業ではない。またそれは、われわれの先の決定に関するものの崇高な目的のための結合である」と。
- (12) 前出注(5)九六頁以下。
- (13) 以下では、前出注(5)一〇一頁以下をおもに参照した。なお、紙面の都合上、詳細については今後の研究に委ねる。
- (14) 詳細は、Annotation, What Constitutes a "Family" Within Meaning of Zoneng Regulation or Restrictive Covenant, 71 A.L.R. 3D 693, 699を参照。
- (15) NOTE, All in the Family: Succession Rights and Rent Stabilized Apartments, 53 BROOKLYN L. REV. 213, 222 (1987). (前掲注(1)論文一〇三頁以下)。
- (16) New York City Rent Eviction Regulations § 2204.6(d), N.Y. UNCONSOL. LAWS § 8597(McKinney 1987).
- (17) 例えは、*Braschi v. Stahl Assocs.*, 531 N.Y.S.2d 562, (1988); *Koppelman v. O'Keefe*, 533 N.Y.S.2d 412(1988); *Two Associates v. Brown*, 502 N.Y.S.2d 604(1986)など。
- (18) 例えは、*Ginsberg v. Yeshiva of Far Rockaway*, 45 N.Y.S.2d 996など。
- (19) New York city rent and Eviction Regulations § 2204.6
- (20) その他、*Koppelman v. O'Keefe*, N.Y.L.J., Sept. 28, 1988, at 17, col. 1 (N.Y. App.Term. July 8, 1987); *Gelman v. Castaneda*, N.Y.L.J., Oct. 22, 1986, at 13, col. 1 (N.Y. Civ. Ct.); *Zimmerman v. Burton* 107 Misc. 2d 401, 403, 434 N.Y.S.2d 127, 128-29 (N.Y. Civ. Ct. 1980).
- (21) そのような規定は、California Workmen's Compensation statute; CAL. LAB. CODE § 3503; CONN. GEN. STAT. § 31-725などがある。
- (22) 例えは、*Peterson's Case*, 196 N.E. 779(1930)。
- (23) 例えは、*Passini v. Abertshaw Constr. Co.*, 115 A. 689 (1921)。
- (24) *Krouse v. Graham*, 562 P.2d 1022 (1977)は、妻が自動車事故で死亡した場合に、夫が提訴した請求を認めた。
- (25) 例えは、*Wood v. Mobil Chemical Co.* 365 N.E.2d 1087 (1977); *Whittlesey v. Miller*, 572 S.W.2d 665 (1978).
- (26) *Bulloch v. United States*, 487 F. Supp. 1078(D.N.J.1980)は、法律上の婚姻は、loss of consortium claimの本質的要素ではない、と判示した。
- (27) 例えは、*Coon v. Joseph*, 192 Cal. App. 3rd 1269 (1985)など。
- (28) *Marvin v. Marvin*, 557 P. 2d 106 (1976); *Whorton v. Dillingham*, 248 Cal. Rptr. 405 (1988).
- (29) *In re Adoption of Adult Anonymous II*, 542 N.Y.S.2d 198 (A.D. 1982). ちなみに、本件で年少者を養親とするのは、むしろ養子になれば実親を相続できなくなるという事情にもよる。なお、この種の最初のケースであり、かつ認容した裁判例として、

In re Adoption of Adult Anonymous, 435 N. Y. S. 2d 527 (Fam. Ct. 1981)がある（篠原光児「同性愛——アメリカ家族法の「断面」判タ六七二号二六頁」）。

三 むすびにかえて

一 クリントン政権誕生の時、ホワイトハウス前に三〇万人の同性愛者の保護を訴えるデモがくり広げられた。そのアメリカにおける法的保護の実際を、紙数の関係から簡略紹介した。婚姻外（性的）生活共同体に生ずる法的問題を考える手がかりとして、その極端な事例としての同性愛婚をとりあげた。

二 結論的には、国家はこれを正面から認知できない、という姿勢は崩していない。とはいえ、裁判例の理由づけも論理そのものとしては説得力を欠く。むしろ、これを肯定的に受けとめるべきだ、とする学説の論調は鋭い。しかしながら、具体的な司法上の救済については判決例も前向きといえる。それは、なぜかが問われなければならない。伝統的な「家族」に期待された社会的機能が、今多様な人と人との結びつきによる「生活共同体」になっているからである。それを包括した社会的問題に家族法学は正面から取組まなければならない。