

同性婚反対論への反駁の試み ——「戦略的同性婚要求」の立場から 清水雄大

1. はじめに

同性カップルは国家による法的保障の域外にあり、法的社会的に様々な不利益を強いられてきたが、近年世界各地で同性パートナーシップの法的保障が進んでおり、オランダ（2001年）、¹ベルギー（2003年）、²アメリカ・マサチューセッツ州（2003年）、³スペイン（2005年）、カナダ（2005年）、南アフリカ（2006年）の各地域では、同性婚が認められるに至っている。⁴

これに対して日本における議論は端緒についたばかりであるが、同性婚が認められるべきか（目指すべきか）という点については、保守的でホモフォビックな立場からはもちろんのこと、時としてセクシュアル・マイノリティーズの権利擁護自体には賛成する立場からも異論があり、議論は錯綜している。しかし、こうした様々な反対論をふまえた上で同性婚の推進を論じるものは、あまり見られないように思われる。

そこで本稿は、同性婚反対論が依拠する主要な7つの論点——①「婚姻とはそもそも『男女』による『生殖』を伴うものである」、②「同性愛者が増加し、種の存続に危機が生じる」、③「子の福祉への悪影響がある」、④「法的保障など必要ない」、⑤「同性婚などの法的保障の前にやるべきことがあるのでは?」、⑥「同性婚以外の保障方法で十分である（または、その方が望ましい）」、⑦「婚姻制度を放棄すべき」——へ反駁することを通して、日本においてこそアンチ・ホモフォビア⁵の戦略として同性婚実現を要求すべきであるとする「戦略的同性婚要求」という考え方を提唱するものである。

なお、本稿における「同性婚」(same-sex marriage)は、現在異性カップルに認められている婚姻が同性⁶カップルに拡大されて認められる制度を指す。一般には、後述する登録パートナーシップなどの婚姻類似制度をも含めて同性婚と表現することも少なくないため、注意されたい。

2. 同性婚反対論に対する反駁

2.1. 「婚姻とはそもそも『男女』による『生殖』を伴うものである」

婚姻とは、そもそもその定義からして男女間のものであり、本能に基づき生殖を伴うものであるなどとして、婚姻の本質から同性婚は認められないとする議論は、もっともプリミティヴでありながらも根強いものであろう。例えば、アメリカで1970年代に提起された同性婚訴訟において、裁判所はかかる論法を用いて原告の主張を退けていた。⁷ 日本でもやはり同旨の

主張があり、たとえば民法学者の大村敦志は、「二人の人間が子どもを育てることを合意して共同生活を送るという点に婚姻の特殊性を求めるならば、同性のカップルには婚姻と同様の法的保護までは認められない」(2004, pp. 279-280)として、異性性・生殖性こそ婚姻の本質であるとの理由から、同性婚は認められない（認められるべきではない）と説く。

しかし、家族社会学やフェミニズムなどの研究が明らかにしてきている通り、およそ婚姻は、「単なる個人的な『愛情の結実』や『性的な結合』ではなく、1つの社会制度」(善積, 2003, p. 44)であり、近代国家成立以後に法的に保護されるべき正統な婚姻が定義されたのである。⁸ このことに着目するならば、かかる主張は、それ自身が循環論法に陥っていることが明らかとなる。

同性婚の実現が現実味を帯びてきたアメリカにおいて、この「婚姻を定義する」という作業が明白になされていることは示唆的である。アメリカ・ハワイ州において提起された同性婚訴訟は、1993年、州最高裁により違憲の疑いありとして下級裁判所へ差し戻され、⁹ 1996年、州巡回裁判所は違憲判決を下した。¹⁰ このことにより、同性婚の実現がハワイ州のみならず全米で一気に現実味を帯びたのであるが、同時に激しい拒否反応をも惹き起こすこととなる(チョーンシー, 2006, pp. 177-9)。連邦政府は、1996年に婚姻防衛法(DOMA: Defence of Marriage Act)¹¹を制定、各州もこれに連動して、同性婚を明文で禁止するような州憲法ないし婚姻法の改正をし、このような措置をとった州は、30以上を数えたのである(鈴木, 2001, p. 229)。¹² こうした経緯こそがまさに、「家族の定義が自然や普遍の反映ではなく、一方の定義を採用し、他方を否定することによって恣意的に構築される事柄であること」(風間, 2003, p. 39)の証左に他ならない。

さらに、近代以後の婚姻においてもその定義にゆらぎは至る所に散見され、婚姻の定義の可塑性を物語っている。

「男女」とは言っても、例えばアメリカにおいては、男女であっても異人種間の婚姻が禁止されていた時代もあったし、¹³ 現在でも異教徒間の婚姻を禁じる法域はある。かつての日本では、結婚した男女は「夫」「妻」としての性役割を強制されるのが当然であり、法律上も妻は無能力者などと扱われており男女でその効果が著しく異なったが、かかる固定観念は、法律上も社会一般の意識の上でも変容しつつある。¹⁴ これらの変化は、婚姻における異性性の重要度を減じ、同性カップルであっても参入しうる素地を提供している(チョーンシー, 2006, pp. 106-111)。

「生殖」とは言っても、日本においては、年齢や身体上の都合で生殖ができないことが明らかかな異性カップルの婚姻も有効であるし、生殖しないと明言して役所に婚姻届を提出した異性カップルであっても、その婚姻も当然に有効である。死の直前になされるいわゆる臨終婚も有

効とするのが判例である。¹⁵ 生殖機能を欠くことを要件として¹⁶ 戸籍上の性別変更を認める性同一性障害特例法は、性別変更後にその性別からみた異性との婚姻を許容する。¹⁷ 要するに、日本の婚姻法は、生殖の可能性になんら関心を払っていないのであるが、このような婚姻法の下にあっても、なお同性間には生殖の可能性がないからといって、同性婚を拒絶できるのだろうか。

婚姻の実態がかつてそうであったということと、これからこうあるべきであるということとを峻別し、既存制度の裏側に「自然」を見ることなく、¹⁸ 単なるひとつの法制度として検討しなければならない。これらのことを念頭にいた上で、改めて、婚姻の定義が異性間のものであり同性婚は容認できない、といった主張を分析してみると、「原因と結果が転倒している」ことに気がつく——すなわち、「定義の問題であるならば、法が異性カップルを基準として婚姻を定義しているために彼らは結婚できないというべきである」(南野, 2001, p. 213)。この法の定義を正当化するために、かつて法が恣意的に定義したはずの「婚姻は男女によるものである」という論理を援用するのであるから、まさにトートロジーであるというほかないのである。

同性カップルは、婚姻制度から排斥されることにより、相互の相続権の欠如といったことにはじまる様々な法的社会的不利益を被っている。¹⁹ 法律論としては、現行家族法上、届出の受理が婚姻の成立要件とされる以上、同性の者どうしの婚姻届は受理され得ず、したがって同性婚は成立し得ないと解さざるを得ないが、そうであるならば、不合理な差別を禁止する憲法14条や、婚姻の自由を保障する憲法13条、24条、国際人権法²⁰に違反するのではないかとということが当然問題とされる。²¹ 家族法制の個人主義化・ライフスタイル中立化が憲法上も国際的にも要請される今日²²にあって同性婚を否定するのであれば、婚姻の本質が異性性にあるということ以上に、現行法における婚姻の異性性を正当化する実質的な論拠が提示されなければなるまい。以下では、より実質的な論拠と目される反対論に対して反駁を加えていく。

2.2. 「同性愛者が増加し、種の存続に危機が生じる」

この意見は、同性婚が法制化されると、第一に、同性愛者が増加してしまい、第二に、かれら当事者のみでは子を産むべくもないので、ひいては人類の種の存続に危機が生じてしまう、などとして同性婚に反論するものである。

この見解の第一の側面は、同性愛者の増加の問題視である。現在のところ、性的指向が同性の者に向かうという要因は解明されておらず、先天的なものなのか後天的なものなのかは定かではない。²³ したがって、同性婚の法制化により、同性愛の後天的な要因を後押しするという懸念もあり得よう。

しかし、同性愛者が増えるという確証がないことも事実であり、むしろ、異性婚しか許されていない現在でも同性愛者が存在するのと同様に、同性婚が許されようとも異性愛者は存在し続けることは確実であろう。また、仮に表面上増えたように見えても、同性婚が法制化されることでカミング・アウトする同性愛者が増えたということに過ぎないかもしれない。そもそも、仮に同性愛者が増えたとして、どのような不利益があるのだろうか。「社会の秩序 [...] が乱れるという漠たる不安」(角田, 2002, p. 33) が存在するのかもしれないが、そもそもその「社会秩序」自体が異性愛・ジェンダー秩序を前提としており、セクシュアル・マイノリティーズを切り捨てていることに留意しなければならない。このような考え方は、ホモフォビアにすぎない。

第二の側面は、少子高齢化が進展する中、当事者間で子を産むべくもない同性愛者が増えたら種の存続に危機が生じるなどとするもので、第一の側面よりもう一歩「実害」に踏み込んで、同性婚に反対するものである。

仮に同性婚の法制化が、全人口に占める同性愛者の割合を増加させるのならば、生まれる子の数は減少するのかもしれない。しかし、同性愛者が増加するかどうかはわからないということは先述の通りである。より本質的な問題としては、仮にレズビアン/ゲイ/バイセクシュアル当事者が、同性婚が法制化されていない中、事実上異性婚を強制されて、異性愛的社会秩序の維持や少子化対策に有用などとみなされるのならば、重大な人権侵害であるということである。実際にかねは、家族その他周囲の人々の圧力によって、自らの希望とは反する異性の相手と結婚し、子をもうけざるを得ない状況に追い込まれるということは少なくないと言われる。²⁴ 同性婚の認容によって、このような不幸なケースが減少することが期待されるが、これはまったく望ましいことであって、有害なことではない。

2.3. 「子の福祉への悪影響がある」

同性の者どうしのみでは子をもうけることはできないが、養子縁組、いわゆる連れ子、生殖医療技術の利用などの形で、同性カップルも子育てに携わることができる。このことより、同性婚当事者により子の養育がされる場合に、その子の成長に「悪影響」を及ぼすので、同性婚を認めるべきではないという意見がある。

しかしながら、同性カップルに育てられた子の成長に「悪影響」があるということは、証明されていない。それどころか、アメリカでの数次の同性婚訴訟の展開は、育ての親が同性カップルであることないし同性愛者であることのみでは、子の福祉への「悪影響」はないということを示している。²⁵

そもそも「悪影響」とはいったい何を指すのだろうか。第一に、同性カップルによって育てられた子が同性愛者になる可能性が高くなることを「悪影響」とするような考え方はホモフォビアにすぎない。第二に、同性カップルに養育されているということで社会的にいじめや差別を受けるとして、それを「悪影響」として懸念することが考えられるが、それは被害者を罰せよといった誤謬であって、むしろ、かかるホモフォビックな加害者こそ罰せられるべきである。第三に、「父性」や「母性」が欠如し、標準的な男/女の役割モデルや性自認を身につけるのに困難が生じることを「悪影響」と懸念することが考えられる。しかし、それならば、シングル・ペアレントの家庭など、いわゆる標準家庭以外の家庭に育った子どもたちに、そのような「悪影響」が出ているというのであろうか。そして、ジェンダー/セクシュアリティ研究が指摘してきている通り、そもそもジェンダー役割の固定化そのものが問題なのである。

こうして注意深く観察すると、子の福祉への「悪影響」と呼ばれるものは、異性愛主義とジェンダー秩序の維持という観点から見た「悪影響」にすぎないということがわかる。そして、ここにこそ、同性婚が否定される大きな理由が存する。すなわち、これまで婚姻は、子の出生・養育機能を伴うことで、異性愛主義とジェンダー秩序の維持・再生産と分ち難く関わってきた。その婚姻に「同性愛者」たる「同性」カップルが参入することで、この2つの「社会秩序」を大きく揺るがすのではないかと危惧を抱かれるからこそ、同性婚は反対されるのである(風間, 2003)。

また、同性婚が認容されていない現在の日本でさえ、連れ子などの形で、同性カップルが事実上の親となり、子を育てているケースが存在する可能性は極めて高い。このとき、連れ子は、生物学的親との間のみならず法律上の親子関係があるに過ぎず、他方パートナーとの間にはなんらの法的関係は存在しないため、子の福祉にとってまさしく悪影響が生じ得る。つまり、子の福祉の増進という観点からは、むしろ同性婚が認められる方が望ましいのである。

むしろ、同性カップルならば全ての子の養育に適するわけではなく、例えば、子に暴力をふるうような者は、同性パートナーを持つからといって、親としては不適格であることは言うまでもない。ただしそれは、婚姻した異性カップルにも言えることだろう——たとえそれが、その異性カップルどうしの生物学的な子であっても、である。近年明るみとなってきた児童虐待の真相や、少子化の急速な進展を鑑みるに、同性カップルによる子育ての認容は、様々な問題を抱えている近代子育ての枠組み自体を相対化し、それを見直す契機となるという意味においても重要ではなからうか。

2.4. 「法的保障など必要ない」

このような見解は、主にレズビアン／ゲイ／バイセクシュアル当事者から聞かれるものである。「異性愛者の制度である結婚などに興味はない」、「『自由』にしておいてくれ」など、「我、関せず」といったスタンスをとる者は、実は多いと思われる。

日本において同性カップルが共同生活することが現実化してきたのは1990年代中盤以降であると言われ、未だもって法的保障のニーズに迫られるといった集団的な経験を経ていることからすれば無理からぬことかもしれない。²⁶しかし、いくら「我、関せず」という態度を決め込んだところで、婚姻制度からの排斥という形で——仮に婚姻という選択肢をとりたくなくてもとることはできず、仮に婚姻制度は利用したくないと思っても、なおも生活上の不利益があるという形で——かれらは既に法の前に立たされてしまっているということに留意する必要がある。

例えば共同生活を始めようとする日本の同性カップルがまずもって直面するのが住居の確保の問題であろう。ひとまず、どちらかの単独名義で所有または賃貸している住居に他方が「こころがり込む」ことで共同生活をスタートさせたとしても、その後、そうした生活が継続できる法的な保障はどこにもない。パートナーのいずれかが、病気・事故・事件に遭遇するリスクは常に存在するが、もしそのような事態が不意に訪れた場合、法的にも社会的にも両者は全くの他人として扱われる。名義人であるパートナーが不運にも死亡した場合、自己所有住宅であれ賃貸住宅であれ、他方のパートナーは自らの居住権を主張することは許されず、親族や大家によって二人の共同生活の場であった住居から追い出されることとなる。当然、遺言を遺していなければ、遺産を引き継ぐこともできないし、遺言があった場合ですらその有効性を主張できるかわからない。病院は、危篤状態にある患者への面会を親族に限ったり、そもそもそのような状態となったときに病院が同性パートナーに連絡してくれなかったりするため、最期を看取するということがかなわないかもしれない。このように、同性カップルが共同生活を営む上での法的社会的困難は、まさに枚挙にいとまがない。

「我、関せず」といったスタンスをとる者の多さは、ただでさえ絶対数の少ないセクシュアル・マイノリティーズの運動に深刻な影響を及ぼす可能性がある。無関係にいたい者は無関係のままでもいいが、それは安易な反対につながってしまわないだろうか。法的保障へのニーズは確実にあり、それらを求める人の選択肢を奪う権利まではないはずである。また、そうした態度は、同性間の関係は性的なものにすぎず法的保障に値しない、などといったホモフォビアを内在化させてしまっていないだろうか。むしろ、法的保障を不要とする人々にも抑圧的でない制度の形を求めていかなければならず、「無関係の自由と同時に関係の自由も存在する状態」(北丸,

1997, p. 74) を目指す必要があると言えるが、それも、法的保障の必要性から目を背けるべきであることは意味しないはずである。

2.5. 「同性婚などの法的保障の前にやるべきことがあるのでは？」

この見解は、セクシュアル・マイノリティーズの社会的認知もままならない日本の現状の下、同性婚などの法的保障の要求は時期尚早ではないかと疑問を投げかけるものである。確かに、現在でこそ同性パートナーシップの法的保障が進んできている欧米各国ではあるが、それ以前の長い権利擁護活動の歴史があつてこそその成果であつた。例えば、アメリカの権利要求は、1970年代から活発化し、ゲイコミュニティに対する当局の介入を排除したり、各自治体にゲイの権利条例を制定させたり、雇用分野における差別撤廃や、企業健康保険や慶弔休暇といった一定の利益を与えるドメスティック・パートナーシップ制度 (domestic partnership)²⁷ を求めたりといったレベルのものから始まったという(チョーンシー, 2006)。

しかし、ここで、日本と欧米の文脈の違いに注目したい。欧米では、同性愛行為をしただけで犯罪となるソドミー法が各地で制定され、近年に至るまで維持されてきていた。²⁸ また、1980年代のエイズパニックの際には、その症状によって数万人のゲイが命を落としたばかりか、社会的な迫害はその激しさを増した。²⁹ 同性愛者であることが明らかとなっただけで、ヘイト・クライム(憎悪犯罪)の対象となり、生命に危険が生じることすらある。かかる差別状況があるからこそ、欧米の当事者コミュニティは、まずもってこうした不当な状況を改善することに力を注いだのであるが、これに対して日本では、命にも関わるといった状況は必ずしも多く見られるものではない。³⁰ また、ドメスティック・パートナーシップ制度についても、国家レベルの社会保険制度が整備されておらず、もっぱら企業が社会保障を担っているアメリカの文脈³¹ では重要な目標となり得るが、曲がりなりにも国民皆保険を国是とする日本においては、その重要性を減じることとなる。³² 労働運動自体が活発とは言えない日本で、そのような要求が現実的に可能かという疑問もある。

このように日本では、権利意識の弱さもあいまって、法的保護がなくても少々の不利益を甘受すれば——同性愛者であるということを隠し異性愛者であると偽って生活をするクローゼット (closet) 状態にあれば——まったく「普通に」生きていけるという、「おとなしいホモフォビア」(ヴィンセント, 風間 & 河口, 1997, p. 109) が蔓延しているのが現実である。しかし、実際には社会生活上の不都合は多くあり、法的保障の必要性は確固として存在する。「『許容』を与えるかわりに差別を隠蔽すること [...] によって同性愛者という主体を非在へ導くような、西洋的ではないもうひとつの抑圧形態」(ibid., p. 47) が、日本のホモフォビアの特徴であるとすれば、日本では唯一法的に明示的差別がされている婚姻の要求を手がかりに、社会的認

知（カミング・アウト）や、社会一般はもちろん当事者自身の意識を含めた意識改革を進めていくべきではないだろうか。

2.6. 「同性婚以外の保障方法で十分である（または、その方が望ましい）」

2.6.1. 概要

この主張は、同性パートナーシップの法的保障は必要であるが、それは婚姻という形ではなく、他の保障方法で十分である（またはより積極的に、他の方法によるべきである）、などとして、同性婚に反対するものである。

この見解は大きくふたつに分かれる。ひとつは、婚姻の定義ないし本質から婚姻以外の制度によらなければならないとするものであるが、³³かかる見解は、既に2.1において反駁した。以下で検討するのはもうひとつの見解——いったん婚姻は同性間でも可能であると認めつつも、なおも登録パートナーシップ等の方が好ましいとするもの——である。その根幹には、性差別や異性愛主義の源泉としての婚姻制度を同性カップルに拡大することで、その制度・抑圧がより強化されるのではないかとの懸念や、非婚・婚外子・シングルなど婚姻制度に批判的な層との連帯の模索、あるいは過度の政治的衝突を避けようとする政策的判断などがあると思われる。

しかしながら、筆者は、他の保障方法の追求のみでは、同性パートナーシップの法的保障の手段として、そして、同性愛の社会的認知の戦略としては不十分であると考ええる。以下では、同性婚以外の法的保障手段として代表的なものであると考えられる、①公正証書契約、②成年養子縁組、③事実上の共同生活の保障（事実婚／内縁）、④登録パートナーシップの4種類につきそれぞれの概要・メリットを紹介した上で批判を加えていく。

2.6.2. 公正証書契約

(1) 概要

このアプローチは、同性カップル双方が共同生活にかかる合意（パートナーシップ契約などと称してよいだろう）をし、これを公正証書³⁴にするものである。もちろん、公正証書にしくなくても契約は成立するが、公正証書は真正に成立したものと推定されるため³⁵法的安定性は高まり、いざ裁判上で請求しようとするれば認められる可能性が高まるし、当事者どうしにおいて契約を守ろうとする意識が高まるといった効果も期待できるため、公正証書にするメリットは大きい。

(2) メリット・保障される内容

公正証書契約のメリットは、内容が各自で自由に定められるという点にある。具体的な中身としては、例えば、相互の療養看護権、医療上の同意権、他方名義の住居に同居する権利、

財産関係の規定（家財の共有、生活費の分担など）、日常生活上の任意代理権の付与、要扶養状態となった場合の扶養を求める権利、などが考えられる。³⁶また、共同生活にかかる契約のみならず、公正証書遺言³⁷や、任意後見契約³⁸の作成も含める場合もある。さらに、当事者どうしの話し合いを通して、お互いのパートナーシップがどのようにあるべきかについての考えが深まるといった副次的な効果もあるだろう。

(3) デメリット

しかしながら、その法的効果は限定されるなどデメリットも多く、婚姻による保障には遠く及ばない。³⁹

第一に、これは当事者間の契約であるので、原則として当事者間以外の第三者に対しては効力を発しない。例えば療養看護権の条項を入れていたとしても、それはあくまでも当事者どうしの合意にすぎず、病院側にそれに従う義務は発生しない。⁴⁰

第二に、必ずしも全ての事項について規律できるわけではない。たとえば、貞操義務など性的な関係についての条項がある場合、当該規定（場合によっては契約全部）が公序良俗に反して無効とされる可能性がある。⁴¹また、契約の存続性を規定できるかどうかは定かではなく、一方的に解除される可能性がある。⁴²

第三に、未だ実践例が豊富ではなく、同性愛者への偏見もあるため、いざという時にかかる契約が有効性をもつかどうかは定かではない。公証人によっては、そのような契約の公証を拒まれることもあるようである。⁴³また、多くの当事者はクローゼット状態にあるため、仮に書類があったとしても、それを示して堂々と親族や第三者と対峙することが現実的に可能であるのかは疑問である。

第四に、法的に正確なものを作成しようとした場合、弁護士などに相談した上で作成すべきであるが、そういった弁護士費用、および公正証書にする際の公証費用は当事者の負担となる。⁴⁴これに対して婚姻は、役所に届出をするだけであって一切無料である。そもそも、パートナーシップを開始する際に、いちいち法的な関係を（それもお金を払ってまで）考慮する人は少ないのではないだろうか。契約をしていない人には何らの法的保護が与えられない⁴⁵というのでは、金銭に余裕がなかったり、法的知識が乏しかったりする者に酷な結果を招来するであろう。

2.6.3. 成年養子縁組

(1) 概要

日本では、20歳以上ならば年少者の誰でも養子とすることができる。⁴⁶養子縁組をすれば、その日から法律上の親子関係が発生するため、⁴⁷現在の日本の同性カップルにとって、婚姻の

代替制度として利用することが可能な制度である。実際にも同性カップルが養子縁組を行う例は少なくないと言われる。⁴⁸

(2) メリット・保障される内容

この方法のメリットは、婚姻に相当するかなりの法的効果が望めるということである。相互の相続権をはじめとして、税制や社会保障上の優遇や刑事法上の諸権利その他多くの法的ニーズを満たすほか、社会的にも親子として扱われるため、例えば生命保険金の受取人に相互を指定することができるなどの利益を得ることが可能となる。また、公正証書契約とは異なり、縁組の届出以外には何らの手続的・経済的負担はない。さらに、養子は養親と同じ氏となる⁴⁹ことなどから、同性愛者であることをカムフラージュし、外向きには親子や兄弟姉妹などの親族どうしとして暮らすのにも有用だろう。

(3) デメリット

成年養子縁組のデメリットとしては、第一に、効果において婚姻とは完全に同一ではないということがあげられる。相続権の保障も不十分であり、例えば、養子縁組した同性カップルの年少者パートナー B（養子側）に子がおり、B が死亡した場合、年長者パートナー A（養親側）には相続権は発生しない。⁵⁰ また、共同親権など子を育てる権利の保障はなく、外国人パートナーの在留資格も付与されない。⁵¹ さらに、他方パートナーに扶養を請求しなければならなくなった場合も、法的に扶養を求めることができる程度に大きな開きがある。⁵²

第二に、他の相続人その他利害関係者に養子縁組の有効性を争われる可能性がある。すなわち、養子縁組は当事者に縁組する意思がない場合は無効であるが、⁵³ この縁組意思について、通説である実質意思説は、「社会通念上親子と認められる関係を成立させる意思」（二宮，2005, p. 194）と解している。この点、性的関係を含む（ことが多い）同性カップルが社会通念上の親子と言えるかどうかにつき疑問が提起され、場合によっては縁組意思なしとして縁組が無効とされる可能性がある。⁵⁴

第三に、現行法上、養親子間はたとえその縁組を解消した後でも婚姻が禁止されるため、⁵⁵ 将来的に同性パートナーシップが何らかの形で法的に保障された際、無事に当該法制度に転換できるかといった問題が発生し得る。

第四に、養子縁組はあくまでも親子のタテの関係であって、同性パートナーシップのヨコの関係ではない。これは、当事者の意識の上でも違和感があるだろうことはもちろん、同性愛者の社会的地位の低さそのものの表れであると同様化されるべきである。すなわち、同性カップルは、そのありのままの形を法的に保護されることはなく、かれらの関係性をカムフラージュし、養子縁組という制度で親子関係を模さなければ法的保護が与えられないということの象徴なのである。

2.6.4. 事実上の共同生活の保護（事実婚／内縁）

(1) 概要

登録制度などを設けず、事実上の共同生活の存在に着目して、それを法的に保護しようとする方法である。内縁ないし事実婚保護として既に非婚異性カップルにとられている方法を、同性カップルに適用を拡大するものである。世界でも、たとえばポルトガル、オーストリア、ハンガリー、スロヴェニアなどではこの方法がとられている（渡邊，2004, pp. 4-14）。

日本の判例や立法は、婚姻意思と夫婦の共同生活の実体がある異性カップルについて、婚姻届を出さなくても（出せなくても）、それらを婚姻に準ずる関係⁵⁶と位置づけてある程度包括的に保護している。かかるアプローチが同性カップルに適用された事例は未だ無いが、理論的には、現在でも法改正なしに裁判上請求できる可能性がある。⁵⁷

(2) メリット・保障される内容

もし同性カップルの事実婚／内縁が認められた場合には、社会保障上の優遇の多くや、公営住宅の入居資格、夫婦財産制やパートナーシップ解消時の財産分与など、ある程度包括的な権利が保障されることとなる。この方法のメリットは、現在でも裁判上で争い得るという点にある。また、仮に同性婚や登録パートナーシップが実現したとしても、届出をしない（できない）同性カップルにとって、内縁／事実婚理論はなおも有用であり続ける。

(3) デメリット

この方法のデメリットの第一は、現在でも裁判で争い得るとはいえ、裁判所がこのアプローチを認めるとは限らないということである。内縁が保護されるためには婚姻意思の存在が不可欠であるが、通説は、そもそも同性間に婚姻意思が存在し得るのかについて否定的である。⁵⁸ 現時点においては「同性間では婚姻が不可能である以上、内縁もまたあり得ない」（大村，1995, p. 65）という見解が通用することは否めない。

第二に、事実状態の保護という性格上、かかる事実状態を証明しなければ保護は与えられないため、届出をすれば自動的に権利が発生する婚姻や登録パートナーシップと比べて安定性に欠ける。同性カップルの内縁／事実婚成立が公認されていない現時点においてははもちろん、将来においても裁判などを経なければ認められない微妙なケースも多いと思われ、当事者にとって手続的・経済的不利益は大きい。

第三に、効果において、婚姻や養子縁組と比べて不十分である。特に、婚姻や養子縁組では認められる相互の相続権は、内縁／事実婚カップルには認められないとするのが通説・判例の立場である。つまり、養子縁組が有効に成立し得ることを前提とすれば、内縁／事実婚保護は、婚姻どころか、養子縁組の代替手段にもならないのである。⁵⁹

2.6.5. 登録パートナーシップ（シビル・ユニオン）

(1) 概要

登録パートナーシップ（registered partnership）（シビル・ユニオン（civil union）とも呼ばれる）は、婚姻とは別の登録制度を設け、登録をしたパートナーシップに自動的・包括的な権利保障をするものである。登録制度を伴い自動的に効果が発生する点で事実婚保護とは異なり、婚姻と別制度という点で同性婚とは異なる。⁶⁰

各地で採用されている登録パートナーシップは、契約型、独立規定型、婚姻規定準用型の3類型に大別できる。

契約型は、同性カップルがパートナーシップに関する契約を結び、それを公的に登録することで対第三者効を持たせるものであり、フランスの民事連帯契約（PACS: pacte civil de solidarité. 1999年）⁶¹が典型的である。

独立規定型は、婚姻とは独立した制度を設けるもので、導入時に婚姻の権利義務の中からどれを採用するかを考慮するため、相対的に婚姻よりも弱い権利保障となる。ドイツ（2001年）⁶²やスイス（2004年）⁶³で採用されている。

婚姻規定準用型は、婚姻とは別制度ではあるが、内容に関しては婚姻の規定を準用するため、婚姻と同等の権利保障がされるものである。デンマーク（1989年）、ノルウェー（1993年）、スウェーデン（1995年）などの北欧諸国⁶⁴や、アメリカのバーモント州（2000年）⁶⁵やコネチカット州（2005年）、イギリス（2005年）、⁶⁶ニュージーランド（2005年）⁶⁷などで採用されている。

日本においてかかる立法はなされていないが、当然国会が法律を制定・改正すれば、いずれの形式でも採用可能である。

(2) 具体的保障内容の問題

しかしながら、このアプローチは効果の面での疑問を残す。契約型や独立規定型のいわば「弱い」登録パートナーシップの場合、婚姻との差異が強調される結果、保障される法的権利義務の範囲は婚姻のそれよりも狭いものとなるため、問題である。

異性カップルに保障される権利の中に、同性カップルに保障されるべきではないものなど、果たして存在するのであろうか。⁶⁸ 同氏義務など、近年問題視されている婚姻の諸規定は必要ないと思われるかもしれないが、それは婚姻制度自体の問題として改正が検討されるべきものであり、同性婚を否認する理由には直結しないであろう（後述 2.7 参照）。

そもそも、「弱い」登録パートナーシップは、各国の政治的・法的な状況から婚姻との差異を強調せざるを得なかったために採用された制度にすぎない。⁶⁹ 通過点ないし政治的妥協としてはともかく、「弱い」登録パートナーシップが追求されるべき目標たり得るとは考えられない。

(3) 私人間効力の問題

また、いわば「強い」登録パートナーシップである婚姻規定準用型は、権利内容として婚姻と真に同等である限りにおいて検討に値する。しかしながら、あくまでも婚姻とは別制度ということで、私人間の効力に欠ける点が問題である。たとえば、会社従業員に対する家族手当の支給といったような私人間の権利義務に関して「婚姻」が要件となっている場合、「登録パートナーシップ」の当事者に（争うことは可能だとしても）そのまま自動的に付与されるということは考えにくい。

(4) 同性愛の社会的な承認としての問題

また、これは具体的な権利等に限ったことではなく、社会的なインパクト、シンボリックな効果ということ考えた場合、同性婚に比して劣ると言わざるを得ない。すなわち、これまで婚姻は、男女の性的結合に対する正当性の付与という機能を果たすと同時に、同性愛をはじめとする婚姻外のセクシュアリティを周縁化してきた。こうした意味で、同性婚を法制化することは、同性愛が社会的に正当な性的結合であるということを経験するということ側面を持つ。

もちろん、そうした「法による承認」の効果は、他の制度であっても一定の効果は期待できる。しかし、これまで異性間だけに認められ、同性愛者への法的差別が明示されており、良くも悪くも現社会制度を構成するものである婚姻制度に同性愛者が参入することで得られる承認効果に比べれば少ないのではないだろうか。⁷⁰ 特に、法律婚が戸籍観念と結びつき正当な家族の象徴とされている日本の文脈で考えれば、同性婚認容に伴う「承認」効果は、登録パートナーシップのそれよりも、なおさら期待できるものとなる。

(5) 更なるスティグマ化の問題

さらには、婚姻は異性間でのみ許されるのに、同性間は登録パートナーシップしか許されないという法制度は、同性愛（者）をよりいっそうスティグマ化してしまう危険をはらんでおり、現行家族・婚姻秩序を維持・再強化してしまう可能性すらあり得ることに留意しなければならない。丸山茂は、フランスのPACSについて、次のように指摘する。

PACSは、ホモ・セクシュアリティを社会的に承認してヘテロセクシャルとの平等化を実現し、「寛容な社会」をさらに押し進めるものという表向きの顔とは裏腹に、むしろ国家による婚姻秩序を正当化するための巧妙な仕掛けと見ることもできる。PACSによってもたらされたのは、同性愛という社会的実態の制度的承認という象徴的效果だけではない。むしろ、PACSは同性愛者が婚姻をすることはもちろん、子どもを持つこともできないことを明らかにしている [...] (丸山, 2005, p. 72)

PACS は婚姻に比べて権利内容が制限されているために、こうした負の効果がより顕著であるが、婚姻と同様の権利保障を与える「強い」登録パートナーシップにおいても妥当する指摘であると思われる。谷口洋幸も、次のように、登録パートナーシップ支持者を痛烈に批判する。

たとえ実質的に同等な制度を設けていたとしても形式的な差異にもとづいて社会意識が組成されていく現象は枚挙に暇がない。[...]「同等だが差異ある制度」を支持する声は、同性同士の関係性を特殊な存在に位置づけることを可能とする。そしてその反射作用として、生殖を目的とした<結婚>=[法的な]婚姻という伝統的価値観を図らずとも法規範へと昇華させている。(谷口, 2004, p. 21)

結局のところ登録パートナーシップは、異性愛者と同一の保障内容にも関わらず同性愛者は別の制度によるべきとされるという意味で分離主義的である。同性愛の社会的承認という観点からも疑問が残るし、法の下での平等を掲げる憲法の下では許容され得ないと言うべきである。アメリカ・マサチューセッツ州最高裁は、2003年、同性婚の禁止を違憲と判示したが、⁷¹その後、州議会がシビル・ユニオン法案を起草し、州最高裁に対してその合憲性の判断を求めたところ、法廷意見は次のように論じて、違憲と断じている。

「婚姻 (civil marriage)」と「シビル・ユニオン (civil union)」との呼称の相違は無害なものとはいえない——同性カップル（その多くは同性愛者である）を二流市民としての地位 (second-class status) へと明白に割り振るような呼称を意識的に選択したものである。⁷²

2.6.6 小括

以上、同性婚以外の保障制度を推進する論に対する反論を通して、同性婚の方がより追求されるべき政治課題であるということが明らかとなったことと思う。

もっとも、現時点で安定した法的保障が皆無であることを考えれば、何も無いよりはある方が遥かによいということは言うまでもない。同性婚を要求する過程で、保守派との政治的妥協によって登録パートナーシップ制度などが制定されるに至ったとすれば、それは大きな前進と捉えるべきであろう。

さらには、複層的な保障を否定するつもりがないことにも注意されたい。仮に同性婚が実現したからといって、それを利用できない者、⁷³利用したくない者は存在するはずである。それらの人々は、法的保障を一切拒否しているわけではないことはもちろんであるから、内縁／

事実婚としてそれらの関係性は保護されるべきである。また、近年の非婚カップルにもみられるように、異性間・同性間問わず、婚姻とは別の制度ならば利用してもよいというニーズも当然あり得るため、そうしたニーズも取り込んだ登録パートナーシップを設けるということも考えられるべきだろう。しかし、そうした要求と同性婚の要求とは必ずしも矛盾するものではないはずである。⁷⁴

2.7. 「婚姻制度を放棄すべき」

(1) 概要

この立場は、2.6の立場をさらに徹底化する。すなわち、ジェンダー・異性愛秩序を生み出しているのは婚姻制度に他ならないのであって、同性婚によって同性カップルが取り込まれることは、その悪しき婚姻制度の維持・強化に資するのみである、などとして、社会保障の体系を個人単位にした上で、婚姻制度の放棄に労力を注ぐべきである、などとするものである。⁷⁵この立場は、ある特定のパートナーシップが特権化されることを否定するため、登録パートナーシップといった婚姻類似の法制度も原則的に否定されることとなる。⁷⁶確かにその主張は、個人の尊重を掲げる憲法13条にも適合的であるようにも思われる。また、同性婚が実現された場合、現在の非婚・シングルと同様、同性婚をしない／できない者が白眼視されるといったように、コミュニティの分断を生むおそれがあることが否定できないことから説得的である。さらには、戸籍制度、同氏制度、貞操義務、同居義務といった婚姻の具体的な法的効果や社会的な実態に関して、ジェンダー／セクシュアリティの観点から問題が多々あるということは周知の事実であろう。

(2) アンチ・ホモフォビアの戦略

ただしこの見解は、同性愛者への差別解消の契機としての同性婚の法制化という側面を見落としてしまっている。婚姻が、ある一定の性関係に対する正当性の付与を通じて、同性愛をはじめとする婚姻外の性的結合を周縁化してきたことは確かであろう。このことのみを考えれば、法的婚姻の廃止によって「成人間の自由意思による性的な相互行為は国家の関心事ではなくなる。したがって、成人間のあらゆる性的な関係は許容される。特定の性関係が禁止されたり、逆に特権的に扱われること」(ファインマン, 2003, p. 251) もなくなるとも思える。

しかし、同性愛に対する白眼視は、なにも婚姻制度のみに起因するものではない。ミシェル・フーコーは、「セクシュアリティの装置」と「婚姻の装置」はそれぞれ重なりつつもそれぞれが自律性をもった装置であると喝破した (e.g., (フーコー, 1986, pp. 136-8))。これを前提として風間孝は、「この2つ (の装置) が自律性を持ち、一方が他方に還元し得ないものであるなら、婚姻制度の『解体』を同性愛者差別の解消と同[視]することはできない」(風間, 2003, p.

37)と指摘する。すなわち、婚姻制度なき後にも、同性愛者への差別は依然として残るのではないかとの指摘である。確かに現時点で婚姻が廃止されたとしても、直ちに同性愛者の社会的認知がされるとは到底思えない。この指摘が真実だとすれば、上述のような《婚姻の廃止→同性愛者差別の解消》といった順接は、単純には成り立たないこととなる。

他方、風間の指摘は《同性婚の法制化→同性愛者差別の解消》といった順接もまた、単純には成り立たないことも示唆する。これについても、現時点で同性婚が法制化されても直ちに同性愛者への差別がやむとは考えられず、説得力を持つ。したがって、ここまで段階では、婚姻の廃止と同性婚の法制化は、同性愛者差別の解消という視点からは、効果において大差はないこととなる。しかしながら、以下の要素を考慮に入れれば、同性婚の法制化の方に分があることが明らかとなる。

(3) 同性愛の社会的承認の契機として

第一の要素は、ある性的結合に対して正当性を付与するという婚姻の機能を、同性愛に対する社会的承認の契機としてシンボリックに利用するというもので、既に2.6.5(4)で述べた。婚姻制度の放棄というアプローチによって、男女婚姻カップルに対する正当性は付与されなくなるかもしれないが、それが直接、同性愛のシンボリックな社会的承認に結びつくことはないのではないだろうか。⁷⁷ 卑近に表現するなら、「いざ同性婚を法制化せん」と世間に問題提起した場合には、世論は同性愛そのものに関心が行くことは明らかであるが、「いざ婚姻を廃止せん」と世間に問いかけたとしても、世論の関心は同性愛そのものには向かないだろう、ということである。2.5でも論じたように、日本的なホモフォビアが、同性愛者という主体の非在という形で作用しているとするれば、法律上明確に存在する婚姻差別への異議申立てを介してカミング・アウトを実践するという契機を逃す手はない。

(4) 法的保障の速やかな必要性

第二の要素は、同性パートナーシップに対して速やかな法的保障が必要であるということである。同性どうしのカップルは、住居の確保にも窮するような社会的状況である。しかし、婚姻の廃止には、同性婚の実現と比しても相当な年数がかかることが予想されるし、仮に婚姻が廃止されたところで、家族制度を前提として設計されている社会において、その差別が直ちに解消されるかどうかは定かではない。このことから、仮に婚姻の廃止を目標とするにしても、同性カップルの法的保障を認めないと頑固に拒否する態度は、同性愛者に対する現実的な法的救済を遅延させることとなるのではないだろうか。⁷⁸

(5) 婚姻制度自体の変容の可能性

第三の要素は、婚姻制度廃止の主張そのものの根幹に疑問を投げかけるものであるが、そもそも同性婚が現行婚姻・家族制度の維持・強化に資するのかという疑問である。

同性婚の追求と、婚姻制度の廃止やシングル単位の制度設計の追求とは、そのいずれもが現行法上の異性間婚姻を基準とした権利保障体制に対する異議申立てにほかならず、実質的な接点を持つ(風間, 2003, p.41)。運動全体として両者を並行して追求することは、必ずしも矛盾することではなからう。

さらに言えば、同性婚の法制化は、現在の婚姻の本質に疑問を投げかけ、むしろその変容を制度内部から迫る積極性を持つものとして捉えることすらできるはずである。2.1や2.3で既に論じたが、これまで近代婚姻・家族は、ジェンダー秩序や異性愛主義の再生産装置として機能し、それが故に、ジェンダーやセクシュアリティに関連する様々な問題を生み出してきた。かかる婚姻・家族制度に、同性婚の法制化によって同性カップルが参入することは、①まず端的に両当事者が同性であり、レズビアン/ゲイをはじめとするセクシュアル・マイノリティーズであるという点で、②そして、必ずしも両当事者間の生物学的子を養育しない——養育したとしても生物学的つながりを持たない可能性がある——という点で、ジェンダー・異性愛秩序(の再生産)と婚姻・家族制度の結びつきに対する異議申立てとして位置づけることができ、その結果、ジェンダー・異性愛秩序を揺さぶる契機になるという政治性を持ち得るとは言えないだろうか(風間, 2003, pp. 40-1 et. al.)。

アメリカでも、同性婚の要求は同化主義的後退であるとの批判があるが、そもそも移民のアメリカ文化への「同化」を批判的に分析したエスニシティ研究も、いまやその枠組みを放棄し、「アメリカ文化に取り込まれることで移民が変容したのと同時に、アメリカ文化の側も再編されたという事実を認識」するに至っているという(チョーンシー, 2006, pp. 172-173)。むしろ、同性婚の実現のみで、ジェンダー・セクシュアリティ秩序が直ちに変容するものとは思わないが、数多くの(だがその中でも効果的と思われる)実践のひとつとして、同性婚の要求は有効なのではなからうか。

3. むすびにかえて——「戦略的同性婚要求」

以上、同性パートナーシップに対する法的保障の必要性を前提に、その保障方法には様々なものがあるにも関わらず同性婚こそ要求すべきであるということ、同性婚への反対意見に対する反駁を通じて論じてきた。最後に、これまでの議論をまとめた上で「戦略的同性婚要求」という概念を提唱し、本稿のむすびにかえさせていただきたい。

まず「婚姻は男女のもので生殖を伴うものであり、子の福祉のためには近代核家族が最適である」などといった婚姻の本質論には説得力がないことは明らかである。ところで、法的保障の方法としては事実上の共同生活の保障や登録パートナーシップ制度の法制化といったものも考えられるが、法的な効果の面で不足がある点がまず問題である。それならば効果が婚姻と

同程度の登録パートナーシップなら許容されるかといえば、確かに実利の面からは問題はないかもしれないが、効果が同じにも関わらず同性愛者は別制度によるべきという分離主義が内在しており、社会的認知や平等という観点からはなおも問題がある。他方、婚姻制度を破棄すれば同性パートナーシップの法的保障をも達成されるといった見解は、同性愛者の社会的認知の契機としての同性婚法制化という側面を見過ぎてしまっている。これに日本の法的社会的状況を勘案すればなお、同性婚の要求こそ目指されるべきではないか、という考えが「戦略的同性婚要求」である。

「戦略的」という言葉を付すにはいくつかの理由がある。

第一に、狭い意味での法的効果のみならず、婚姻という法的な「承認」の力を利用し、社会的認知をも狙う点で「戦略的」である。

第二に、同性パートナーシップの法的保障の要求は、一義的にはレズビアン／ゲイをはじめとするセクシュアル・マイノリティーズのためのものであるべきであるが、同性カップルの婚姻制度への参入によって、種々の問題を抱える婚姻制度そのものを内部から変容させる可能性にも期待するという点で「戦略的」である。

第三に、同性婚を要求する過程において、保守派との妥協によって登録パートナーシップ制度などの他制度となってしまったとしても、同性パートナーシップの法的保障を一義的目標とする観点からは、それも果実として受け止めるしたたかさもあるはずであるという点で「戦略的」である。その一方、一点目と二点目の観点からは、なおも同性婚が要求されるべきである点でも「戦略的」である。

第四に、二点目でもあげたように、家族・婚姻制度そのものへの批判をふまえた上で、なおも同性婚を要求するという点で「戦略的」であり、仮に同性婚が実現した後に「既得権化」し、婚姻制度外の者を抑圧してしまうような事態となった場合には（制度である以上、おそらく不可避であると思われる）、家族・婚姻制度への批判を受け入れるべきこととなる。79 同性婚を絶対的なゴールと措定したり、神聖視したりすべきでないという意味においても「戦略的」である。

以上、「戦略的同性婚要求」の概念を提示したが、理論的にまだ詰められたものではなく、賛否双方含め議論の展開を望むものである。仮に本稿が同性婚の是非の論争に一石を投じ、ひいては、セクシュアル・マイノリティーズの生きやすい世の中を作る一助となるのならば、それに勝る喜びはない。

【付記】

本稿は、2006年3月国際基督教大学教授会提出学士論文「日本における同性婚実現に向けた法的検討～『戦略的同性婚要求』の立場から～」の一部を再構成し、加筆訂正したものである。

Reference

- 赤杉康伸, 土屋ゆき, & 筒井真樹子. (Eds.). (2004). 『同性パートナー』. 東京: 社会評論社.
 安藤馨. (2005). 『家族制度』は本当に必要なのか. In 伏見憲明 (Ed.), 『クィア・ジャパン・リターンズ Vol.0』 (pp. 136-137). 東京: ポット出版.
 伊田広行. (1998a). 『シングル単位の社会論』. 京都: 世界思想社.
 伊田広行. (1998b). 『シングル単位の恋愛・家族論』. 京都: 世界思想社.
 ヴィンセント, キース, 風間孝, & 河口和也. (1997). 『ゲイ・スタディーズ』. 東京: 青土社.
 上野千鶴子. (2003). 『(解説) 家族、積みすぎた方舟』 [Commentary on the book 『家族、積みすぎた方舟』]. In M. A. ファインマン, 『家族、積みすぎた方舟』 (速水葉子 & 穂田信子, Trans.) (pp. 263-299). 東京: 学陽書房.
 動くゲイとレズビアンの会. (Ed.). (1992). 『ゲイ・レポート』. 東京: 飛鳥新社.
 大村敦志. (1995). 『性転換・同性愛と民法(下)』. 『ジュリスト』, 1081号, 61-69.
 大村敦志. (2004). 『家族法 [第2版補正版]』. 東京: 有斐閣.
 風間孝. (2003). 『同性婚のポリティクス』. 『家族社会学研究』, 14巻2号, 32-42.
 紙谷雅子. (2004). 『判批』. 『アメリカ法』, 2004-2号, 278-289.
 北丸雄二. (1997). 『彼らは何を恐れているのか?』. In クィア・スタディーズ編集委員会 (Ed.), 『クィア・スタディーズ '97』 (pp. 65-75). 東京: 七つ森書館.
 クィア・スタディーズ編集委員会. (Ed.). (1997). 『クィア・スタディーズ '97』. 東京: 七つ森書館.
 清水雄大. (in press). 『日本における同性婚の法解釈』. 『法とセクシュアリティ』, 2号.
 杉浦郁子. (2004). 『同性愛者の公的な承認をめざして』. 『わたしの21世紀』, 37号, 26-29.
 杉浦俊哉. (1997). 『アメリカにおけるドメスティック・パートナーシップ制度』. In クィア・スタディーズ編集委員会 (Ed.), 『クィア・スタディーズ '97』 (pp. 50-61). 東京: 七つ森書館.
 鈴木伸智. (1999). 『成年養子縁組と同性愛』. 『青山法学論集』, 41巻1/3号, 55-88.
 鈴木伸智. (2001). 『同性のカップルに対する法的保護』. 『青山法学論集』, 42巻号, 242-211.
 ダグラス, G. (2007). 『2004年シビルパートナーシップ法』. In 小野幸二教授古稀記念論集刊行委員会 (Ed.), 『21世紀の家族と法 小野幸二教授古稀記念』 (新島一彦, Trans.) (pp. 690-708). 東京: 法学書院.
 棚村政行. (1992). 『家族的パートナーシップ制度』. 『青山法学論集』, 33巻3・4号, 109-156.
 棚村政行. (2006). 『結婚の法律学』 (2nd ed.). 東京: 有斐閣.
 棚村政行. (2007). 『事実婚・同性婚の法的保護』. In 小野幸二教授古稀記念論集刊行委員会 (Ed.), 『21世紀の家族と法 小野幸二教授古稀記念』 (pp. 304-333). 東京: 法学書院.
 谷口洋幸. (2004). 『『同等だが差異ある制度』の検討』. 『わたしの21世紀』, 37号, 19-21.
 チョーンシー, G. (2006). 『同性婚—ゲイの権利をめぐるアメリカ現代史』 (上杉富之 & 村上隆則, Trans.). 東京: 明石書店.
 角田由紀子. (2002). 『性差別と暴力』 (enl. & rev. ed.). 東京: 有斐閣.
 床谷文雄. (2007). 『ニュージーランド家族法序説』. In 小野幸二教授古稀記念論集刊行委員会 (Ed.), 『21世紀の家族と法 小野幸二教授古稀記念』 (pp. 644-662). 東京: 法学書院.
 ド・ペルサン, L. (2004). 『パックス—新しいパートナーシップの形』 (齊藤笑美子, Trans.). 東京: 緑風出版.
 中川善之助, & 山島正男. (Eds.). (1994). 『新版注釈民法 (24) 親族 (4) 親子 (2) 養子』. 東京: 有

- 斐閣 .
にじ編集部 . (2002). 「同性パートナーは入院・手術の許諾ができるか」. 『にじ』, 通巻 3 号, 2-9.
- にじ編集部 . (2003a). 「公正証書こうすればできる」. 『にじ』, 通巻 6 号, 24-29.
- にじ編集部 . (2003b). 「同性カップルとローン・生保」. 『にじ』, 通巻 7 号, 34-38.
- 二宮周平 . (1990). 『事実婚の現代的課題』. 東京: 日本評論社 .
- 二宮周平 . (2005). 『家族法』 . (2nd ed.). 東京: 新世社 .
- 林瑞枝 . (2002). 「パートナー関係法の展開」. 『法律時報』, 74 巻 9 号, 33-38.
- 菱木昭八郎 . (1994). 「スウェーデン同性婚法」. 『ジュリスト』, 1056 号, 137-140.
- 菱木昭八郎 . (2003). 「スウェーデン・ホモ関係立法」. 『専修法学論集』, 87 号, 222-237.
- ファインマン, M. A . (2003). 『家族、積みすぎた方舟』 (速水葉子 & 穂田信子, Trans.). 東京: 学陽書房 .
- フーコー, M . (1986). 『性の歴史 I 知への意志』 (渡辺守章, Trans.). 東京: 新潮社 .
- 伏見憲明 . (1997). 「フェミニズムの視点から考える結婚制度」 [Interview with 上野千鶴子] . In クィア・スタディーズ編集委員会 (Ed.), 『クィア・スタディーズ '97』 (pp. 89-104). 東京: 七つ森書館 .
- 星野茂 . (1997). 「わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題」. 『法律論叢』, 69 巻 3・4・5 号, 237-260.
- 前田剛志 . (2004). 「同性愛と法理論」. 『阪大法学』, 54 巻 1 号, 219-246.
- 丸山茂 . (2005). 『家族のメタファー』 . 東京: 早稲田大学出版部 .
- 南野佳代 . (2001). 「結婚する権利」. In 棚瀬孝雄 (Ed.), 『法の言説分析』 (pp. 202-231). 京都: ミネルヴァ書房 .
- 村上隆則 . (2006). 「訳者解説」. In G. チョーンシー, 『同性婚—ゲイの権利をめぐるアメリカ現代史』 (上杉富之 & 村上隆則, Trans.) (pp. 273-279). 東京: 明石書店 .
- 善積京子 . (2003). 「<近代結婚>の揺らぎ」. 『家族社会学研究』, 14 巻 2 号, 43-53.
- ルベイ, S . (2002). 『クィア・サイエンス』 (玉野真路 & 岡田太郎, Trans.). 東京: 勁草書房 .
- 渡邊泰彦 . (2001). 「同性の生活パートナーシップとは?」. 『徳島文理大学研究紀要』, 62 号, 81-124.
- 渡邊泰彦 . (2002a). 「同性登録パートナーシップ試案」. 『同志社法学』, 53 巻 9 号, 141-179.
- 渡邊泰彦 . (2002b). 「ドイツ生活パートナーシップ法施行後の状況」. 『徳島文理大学研究紀要』, 64 号, 53-63.
- 渡邊泰彦 . (2002c). 「スイス連邦登録パートナーシップ法草案」. 『徳島文理大学研究紀要』, 64 号, 65-86.
- 渡邊泰彦 . (2004). 「ヨーロッパにおける同性カップルの法的保護」. 『東北学院大学論集法律学』, 63 号, 1-99.
- 渡邊泰彦 . (2005a). 「生活パートナーシップ法条文仮訳」. 『東北学院大学法学政治学研究所紀要』, 13 号, 113-148.
- 渡邊泰彦 . (2005b). 「スイスにおける同性登録パートナーシップ立法の状況」. 『東北学院大学法学政治学研究所紀要』, 13 号, 55-98.
- 渡邊泰彦 . (2007). 「同性カップルの法的保護」. In 水野紀子 (Ed.), 『家族—ジェンダーと自由と法』 (pp. 141-175). 仙台: 東北大学出版会 .

Footnote

- ¹ (渡邊, 2004, pp. 60-7) など参照。
- ² (渡邊, 2004, pp. 72-3) など参照。
- ³ (紙谷, 2004) など参照。
- ⁴ なお、本稿で紹介した各国の法状況は刻々と移り変わっており、全容を把握するのは困難である。最新状況としてさしあたり、ゲイジャパンニュース (<http://gayjapannews.com/countrypenalty1.htm>)、Wikipedia 英語版 (http://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage) などを参照されたい (いずれも、最終アクセス 2007 年 12 月 20 日)。
- ⁵ ホモフォビア (homophobia 同性愛嫌悪) に関しては、(ヴィンセント, 風間 & 河口, 1997) など参照。
- ⁶ 法律上の婚姻を論じる本稿では、戸籍上の性別が同じであること指すこととする。
- ⁷ Baker v. Nelson, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971), *appeal dismissed*, 409 U.S. 810 (1972); Jones v. Hallahan, 501 S.W.2d 588 (Ky. Ct. App. 1973); Singer v. Hara, 522 P.2d 1187 (Wash. Ct. App. 1974).
- ⁸ (丸山, 2005, pp. 3-18 et. al.) 参照。また (善積, 2003, pp. 44-5) は、この近代以後に特徴的な婚姻のあり方を「近代結婚」と呼び、その理念型的特徴を (1) 男女のロマンティック・ラヴに基づく当事者間の結婚の合意、(2) 一夫一婦婚制度のもとでの婚外性関係の排除、(3) 婚内子のみを正統視、(4) 法律婚主義、(5) 性別役割分業、の 5 点にまとめる。
- ⁹ Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993).
- ¹⁰ Baehr v. Miike, No.91-1394, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. Dec. 3, 1996).
- ¹¹ 1 U.S.C. § 7 and 28 U.S.C. § 1738C (1997). 連邦政府は州で成立した同性婚を婚姻としてみなさず、各州も他州で成立した同性婚を婚姻とみなす必要はない、などとするものであり、その結果、仮にある州で同性婚が成立しても、連邦政府や他州からは婚姻したカップルに与えられる権利義務を得ることができないことを意味する。
- ¹² ハワイ州においても同様に憲法改正がされ、現在でも同性婚は実現していない。
- ¹³ (チョーンシー, 2006, pp. 99-106; 北丸, 1997) 参照。
- ¹⁴ 「夫は外で働き、妻は家庭を守るべき」と考えについて、1979 年の時点では賛成が 7 割を超えていたが、2004 年には反対が賛成を上回った (内閣府「男女共同参画社会に関する世論調査 (平成 16 年 11 月)」)。
- ¹⁵ 最判 1969 [昭 44]・4・3 民集 23 巻 4 号 709 頁
- ¹⁶ 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 1 項 4 号
- ¹⁷ 同法 4 条 1 項
- ¹⁸ 法が恣意性を隠匿し、あたかもそれ自体が自然・普遍であるかのように振る舞うことに警鐘を鳴らす (岡野, 2002) 参照。
- ¹⁹ 相続権のほかにも、税制や社会保障上の優遇、病気療養時における面会権などの諸権利、夫婦財産制、解消時の法的保障 (離婚の成立方式やそれに伴う財産分与)、不法行為や犯罪被害にあった場合の損害賠償請求権、刑事法上の証言拒絶権などの諸権利、性同一性障害者特例法の非婚要件、外国人パートナーの在留資格、子を育てる権利など、異性カップルであれば婚姻や事実婚によって保障される多くの法律上の権利・利益から排除されており、社会的

にも、住居の確保や勤務先からの手当や休暇の取得ができないなど、多くの困難がある(清水, in press)。

²² 市民的及び政治的権利に関する国際規約(自由権規約) 23条、女性差別撤廃条約 16条など

²¹ 筆者は、同性婚を禁止する現行法は、憲法 14条、13条に違反する違憲立法であると考えている(清水, in press)。これに対して、「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し」と定める憲法 24条 1項により、同性婚は禁止されており、あるいは立法により同性婚を禁止することも許容されているなどとして、違憲の問題を生じないとする論も多く見受けられる。しかし 24条は、戦前の家制度の下で家どうしの婚姻を否定し、「両当事者」の合意のみに基づき婚姻が成立すべきことを定めるという意味において「両性」との文言を用いているのであって、ここから同性婚の禁止を読み込むことは不可能であるし、憲法 14条、13条による要請を緩和する効果も持たないと解される。

²² (二宮, 2005, pp. 9-14) 参照。二宮周平は、かかる制度理解を背景として、「一定の経済成長をとげ、家族が生産的な機能を失った地域では、婚姻の意義を、生殖・子育ての保障に求める必要はなくなっている。その意義をパートナー関係と共同生活の安定化に求めるのであれば、同性カップルに婚姻を否定する理由はなくなる」(ibid., p. 37)として、同性婚の立法化に肯定的な姿勢を示す。これに対して、先述の通り同性婚に否定的な立場をとる大村敦志が、「漸進主義という意味での保守主義もまた、現代家族法の原則とされなければならない」として、「多数派は少数派に対して寛容さをもつ必要があるが、同時に、少数派にも、多数の人々が奉ずる価値への配慮(譲歩)が要請される」(大村, 2004, p. 366)といった制度理解をしていることは、対照的である。

²³ 「現時点で最も広く受け入れられている意見は、[生物学的なもの・社会的なもの双方を含めて]数多くの因子が関与しているというものである」(ルベイ, 2002, p. 260)。むろん、要因が「生来」であろうか「育ち」であろうか、その要因を押さえ込もうとすることがあってはならないし、そもそも、異性愛者はその要因を問われないのに、なぜ同性愛者が要因を問われるのだろうかという批判も妥当しよう。

²⁴ 例えば、300人のゲイに対して行われたアンケート中の人生設計に関する項目では、結婚について言及したもののうち、異性と結婚する・したいとする回答が 23件に対し、異性とは結婚しないとする回答が 44件であった(動くゲイとレズビアン会, 1992, pp. 320-6, 372)。

²⁵ ハワイ州、バーモント州、マサチューセッツ州いずれの裁判でも、子の福祉に悪影響があるという州側の主張は退けられている(清水, in press)。

²⁶ (村上, 2006, p. 276) 参照。

²⁷ 1984年にカリフォルニア州のパークレー市がはじめて採択して以来、2004年の時点でフォーチュン 500 企業(すなわち大企業)のほぼ半数が採用するなど、アメリカの 7,000 以上の企業・大学・自治体などの組織に広がっている。この制度の詳細につき、(棚村, 1992; 杉浦, 1997; チョーンシー, 2006, pp. 165-9) 参照。

²⁸ なお、欧米以外の多くの法域では今もなお犯罪化されていることに注意されたい。2007年現在、国連加盟国中少なくとも 85 以上の国・地域において、同性愛行為(男性どうしの性行為のみを罰する所も多い)は犯罪である(http://www.ilga.org/statehomophobia/State_sponsored_homophobia_ILGA_07.pdf、最終アクセス 2007年 12月 20日)。

²⁹ アメリカでの状況につき、(チョーンシー, 2006, pp. 74-5) 参照。

³⁰ とは言え、明るみになったものとしては日本初のゲイ・パッシングである 2000年 2月の新木場事件では 1人が殺害されたことを忘れてはならない。2006年 7月にも同様に強盗傷害事件が発生しており、暗数は計り知れない。日本でも生命の危機を含む重大な差別が存在する。

³¹ (チョーンシー, 2006, pp. 111-7) 参照。

³² むろん、日本の企業も、慶弔休暇や家族手当など、幅広い利益を異性カップルに提供していることに注意されたい(清水, in press)。

³³ 例えば(渡邊, 2002a, pp. 148-151 et. al.) など。

³⁴ 公証人法 1条 1号

³⁵ 民事訴訟法 228条 2項

³⁶ (棚村, 2006, pp. 166-8; 赤杉, 土屋 & 筒井, 2004, pp. 18-35; 大村, 2004, pp. 233-7; にじ編集部, 2002; にじ編集部, 2003a; にじ編集部, 2003b) など参照。実際の契約内容の例が(にじ編集部, 2003b, p. 36)に掲載されている。

³⁷ 民法 969条

³⁸ 任意後見契約法参照。

³⁹ アメリカにおける実践例をふまえつつ、その頼りなさを論じる(チョーンシー, 2006, pp. 159-65) 参照。

⁴⁰ もちろん、本人の意思が公正証書という形で事前に明確となっているという点、何も無い場合に比べれば、病院側の対応が変わる可能性はあるが、あくまでも病院側の好意に委ねられるだろう。

⁴¹ 民法 90条。(棚村, 2006, pp. 166-7) 参照。

⁴² 双方が一時的な解除が可能である契約を望むのならばそれでよいが、それを望まない場合、問題となる。たとえ解約禁止の特約をおいたとしても、「過度に人身を拘束するものとして無効とされる可能性が高い」(大村, 2004, p. 236)。

⁴³ (にじ編集部, 2002, p. 9; にじ編集部, 2003a, pp. 27-8) には、公証人との交渉の末、拒まれた際の様子が記されている。

⁴⁴ 公証にかかる費用については公証手数料令参照。(にじ編集部, 2003b, p. 29) の例では、当事者双方 1通ずつ、計 2通で 34,000円かかったという。弁護士に相談するのならば、これに弁護士費用が別途必要となる。

⁴⁵ 実践例が積み重なれば、事前に契約を結ばずとも事後的に処理することも可能であろうとの指摘がある(大村, 2004, pp. 234-5)。しかし、それには多くの実践例が必要であるばかりか、契約内容の自由がメリットである公正証書契約にかかる画一的な処理はなじまないように思われる。

⁴⁶ 民法 792条、793条。年齢は日によって計算されるため(年齢計算に関する法律)、生年月日が 1日でも異なれば、遅く産まれた方を養子とすることができると解されている(中川 & 山島, 1994, p. 161)(中川高男執筆)。

⁴⁷ 民法 809条

⁴⁸ 統計等はないが、(星野, 1997, pp. 257-8; 鈴木, 1999) 参照。なお、実際に養子縁組をしているカップルにインタビューしたものと、(赤杉, 土屋 & 筒井, 2004, pp. 36-58) 参照。

- ⁴⁹ 民法 810 条
- ⁵⁰ 民法 889 条 1 項、887 条 1 項。その他、B に子がいなくとも、実親が生存していた場合には、A の相続分は婚姻配偶者には及ばないなど。
- ⁵¹ 出入国管理及び難民認定法 2 条の 2、別表第 2
- ⁵² 通説・実務によれば、配偶者間には「自己と同程度の水準まで扶養する義務」（生活保持義務）があるのに対し、子が成人した後の親子間は「相手方が生活難に陥った場合に自己に余力があれば援助すべき義務」（生活扶助義務）があるにすぎない（二宮，2005，pp. 253-4）。
- ⁵³ 民法 802 条 1 号
- ⁵⁴ 実質的意思説に立てば無効と解せざるをえず、縁組意思を届出意思と捉える形式的意思説に立つても、「性愛秩序と親子の秩序を混同するような養子縁組は、公序良俗に反し無効と解されるであろう」（鈴木，1999，p. 83）。
- ⁵⁵ 民法 736 条
- ⁵⁶ 準婚理論。まず学説で通説化していき、最高裁にも承認されている（最判 1958 [昭 33]・4・11 民集 12 卷 5 号 789 頁）。その経緯につき（大村，2004，pp. 225-6）参照。
- ⁵⁷ 積極的に解する説として、（渡邊，2004，pp. 75-6；二宮，1990，p. 345）。また、（棚村，2007）は、包括的な準婚保護の妥当性を疑問視する立場から、個別的に同性事実婚カップルに保護されるべき権利・利益を検討する。
- ⁵⁸ これに対して筆者は、同性婚が認められていない現行法下であっても、同性間でも婚姻意思は観念できると考えている（清水，in press）。
- ⁵⁹ もちろん、同性カップルというヨコの関係で捉えられるということは、養子縁組というタテの関係を模さなくてもよい分、社会的なインパクトはまったく異なるが。
- ⁶⁰ この分類方法は、（渡邊，2004）による（ただし、契約型を登録パートナーシップの一類型とした）。
- ⁶¹ （ド・ベルサン，2004；林，2002）など参照。
- ⁶² （渡邊，2001；渡邊，2002b；渡邊，2004，pp. 23-53；渡邊，2005a）など参照。
- ⁶³ （渡邊，2002c；渡邊，2005b）など参照。
- ⁶⁴ （渡邊，2004，pp. 17-23）など参照。特にスウェーデンについては（菱木，1994；菱木，2003）参照。
- ⁶⁵ （鈴木，2001）など参照。
- ⁶⁶ （床谷，2007）など参照。
- ⁶⁷ （ダグラス，2007）など参照。
- ⁶⁸ 嫡出推定の規定（民法 772 条）が同性カップル当事者に適用されれば問題が起こりうるが、「推定の及ばない子」法理を適用すれば足りる問題である（清水，in press）。
- ⁶⁹ たとえばドイツでは、同性婚の法制化が基本法（ドイツの憲法に相当）6 条 1 項における婚姻・家族の保護条項に反するとした連邦最高裁決定があったため、同性カップル保護の立法にあたって婚姻との差異を（その名称のみならず効果においても）強調せざるを得なかった（渡邊，2001；渡邊，2002b）。これに対して日本では、憲法上、同性婚や「強い」登録パートナーシップの導入が禁止されているとは解されない（前掲 footnote 21 参照）、そもそも、日本の婚姻成立や解消の規律は比較法的に見ても非常にミニマムなものであり、登録パートナーシッ

プとの差異をつけることは難しい（渡邊，2007，pp. 163-4）。

- ⁷⁰ （前田，2004）参照。
- ⁷¹ Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 440 Mass. 309, 798 N.E.2d 941 (2003).
- ⁷² Opinions of the Justices to the Senate, 440 Mass. 1201, 1207, 802 N.E.2d 565, 570 (2004).
- ⁷³ 例えば、多くの国・地域で、近親間の婚姻・登録は同性間であっても認められないし、モノガミーの原則から、重婚的関係は締結できない、など。
- ⁷⁴ 現に、オランダでは、同性婚が法制化されているほか、登録パートナーシップや事実婚保障も併存している。同性カップルを法的に保障している他の各国もしかりである。
- ⁷⁵ （伊田，1998a；伊田，1998b；伏見，1997，[Interview with 上野千鶴子]；上野，2003，pp. 284-7 et. al.；ファインマン，2003）などは基本的にこの立場であると思われる。
- ⁷⁶ （ファインマン，2003，p. 252，pp. 286-7 et. al.）参照。
- ⁷⁷ 同旨、（杉浦，2004）。
- ⁷⁸ この点、（伊田，1998a，pp. 135-6）は、最終的にシングル単位に移行することを前提に、過渡的・一時的には同性カップルに対する法的保障を認める。
- ⁷⁹ （安藤，2005）参照。

"The Strategic Demand for Same-Sex Marriage" - Arguments for Legalization Yudai SHIMIZU

There is a wide range of arguments opposing the legal recognition of same-sex marriage, including (1) "Marriage," by definition, refers to "the union between a man and a woman" and should be accompanied by "reproduction"; (2) An increase in the number of homosexuals will endanger to survival of our species; (3) It will have negative effects on the welfare of children; (4) There is no need for legal security; (5) Surely there are other priorities for LGBT movements rather than providing legal security for same-sex couples?; (6) Other forms of legal security, such as civil contracts, adoptions between the partners, and legalizing same-sex concubinage or registered partnerships, would be preferable; (7) Marriage itself should be abolished as an institution.

This paper counters these adverse opinions by pointing out the significance of legalization for the social acceptance of same-sex couples, the urgent need for legal security for same-sex couples, and how the recognition of same-sex couples presents possibilities for reforming the current institution of marriage. Finally, this paper proposes the "Strategic Demand for Same-Sex Marriage" as a strategy for the anti-homophobia movement in Japan today.

Keywords: same-sex marriage, same-sex couples, legal security, homophobia, Strategic Demand for Same-Sex Marriage