HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	子どもの自己決定と憲法（1）：米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較
Author(s)	宋, 峻杰
Description	論説
Citation	北大法学論集, 61(1), 496[45]-435[106]
Issue Date	2010-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43158
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-1_008.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

子どもの自己決定と憲法(1)

―― 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ――

宋　　峻杰

目　次

序　研究動機及び内容の構成
　第一節　問題意識
　第二節　成長発達権の概念からのアプローチ
第Ⅰ部　家族
第一章　アメリカ合衆国
　第一節　「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在
　　第一項　ピューリタニズムからの出発
　　第二項　現代のアメリカの家族像への接近
　　　第一目　植民地時代から一九世紀前半までの道程
　　　第二目　一九世紀後半から現在までの様相
　　第三項　合衆国憲法と家族の接点
　第二節　性的結合行為と子ども
　　第一項　論点の概要
　　第二項　性交・結婚
　　　第一目　「性交」に関する連邦最高裁の見解
　　　第二目　Michael M. v. Sonoma County Superior Court（450 U.S. 464［1981］）判決
　　　第三目　「結婚」に関する連邦最高裁の見解
　　　第四目　「結婚」に対する年齢制限
　　第三項　離婚
　　　第一目　子どもの監護権者の決定
　　　第二目　「家族の絆」の維持

第四項　同性婚・事実婚
第一目　同性婚及び同性愛者による子の扶養に対する法的理解
第二目　同性愛者に対する連邦最高裁の姿勢
第三目　事実婚
一、Lawrence 判決から再び提起された事実婚の議論
二、未婚の父に対する連邦最高裁の立場
三、Quilloin v. Walcott（434 U. S. 246［1978］）判決
(一)、事実関係
(二)、判決の要旨　（以上本号）
第三節　社会的身分と子ども
第四節　医療行為と子ども
第五節　家庭内暴力と子ども
第六節　小括
第二章　台湾
第一節　台湾における家族像への接近
第二節　性的結合行為と子ども
第三節　社会的身分と子ども
第四節　家庭内暴力と子ども
第五節　小括
第三章　日本
第一節　家族像の推移
第二節　性的結合行為と子ども
第三節　社会的身分と子ども
第四節　医療行為・家庭内暴力と子ども
第五節　小括
第四章　第Ⅰ部の考察を経て
第Ⅱ部　教育
第五章　アメリカ合衆国
第一節　教育に関する形態の変遷と子ども
第二節　教育制度における子どもと親の位置づけ
第三節　学校管理と子どもの自律
第四節　教育をめぐる連邦政府の働き
第五節　小括
第六章　台湾
第一節　教育に関する法的枠組み
第二節　教育に対する権利意識の発生
第三節　教育制度における子どもと親の位置づけ

第四節　教育行政と子ども
第五節　小括
第七章　日本
第一節　教育に関する法的構図の再編
第二節　子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点
第三節　小括
第八章　第Ⅱ部の考察を経て
結びに代えて　ライフサイクルにおける子どもの自己決定

序　研究動機及び内容の構成

従来、我々の「私的領域」に対する公権力の制約は「公共の福祉」[1]や「社会的利益」と言うような口実を以って正当化される傾向にある[2]。一方、「公私区分」というテーゼを考える際、John Stuart Mill の『自由論』は多くの学者達に思考の糸口を提供しており、公権力に対抗しようとする私的「自己決定（権）」という概念が見出されている[3]。また、近年において社会的領域[4]が改めて意識され、「公（法）」と「私（法）」の境界線自体が曖昧になったことは避けられない事実となり、「公私協働」の概念も多いに論じられるようになった[5]。

---

[1] 中村睦男『憲法30講　[新版]』（青林書院・1999年）14～16・19頁。

[2] 時の話題として N1H1インフルエンザの対策にとられる個人の身体の自由の制限となる強制的な入院措置が「〔…〕感染性が強く危険な感染症であれば、おそらく（公共の福祉と言う名の下で）強制的な入院措置も正当化されるであろう」と見られている。棟居快行『憲法講義案Ⅰ〔理論演習１〕〔第２版〕』（信山社・1999年）12頁。松井茂記「演習　憲法」『法学教室　No.347』（有斐閣・2009）111頁。

[3] 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社・1987年）４～５頁。仲正昌樹『自己再想像の〈法〉－生権力と自己決定の狭間で』（御茶の水書房・2005年）11～12頁。

[4] ハンナ・アレント（Hannah Arendt）著・志水速雄訳『人間の条件』（筑摩書房・2007年）49頁。

[5] 例えば、山本隆司は、「国家と私人との区別、性格の差異ほど単純に、公法関係・公法規範と私法関係・私法規範とを区別し、差異を対照させることには、もともと無理がある」ことを指摘している。山本隆司「私法と公法の〈協働〉

しかしながら、このような現状に対して、「個人」の位置づけやその概念に関し、より深く吟味する必要があるのではなかろうか。すなわち、一個人の形態を持つ「子ども」が前述した「公私区分」や「公私協働」と関わる問題意識において凡そ能動的な主体として捉えられ、認識されていない状況がある[6]。それは何故か、また背後には如何なる理屈が存在するのかを究明することが本稿の中心的テーマである。加えて、実質的に「国家の統治の基本」[7]と認識される近現代的な「憲法」概念のレンズを通し、「子ども」という主体を「自己決定」の権利を有するものと見る際、そのような理論的な組み立ては可能か否か、又その内容は如何に理解されるべきであろうか、これらの諸問題に関して、本稿では三つの国および地域に存在し豊富に展開されている憲法学の議論を探り、思索の手がかりを見付けたい。

第一節　問題意識

本稿の出発点は前述の通りであるが、探究のより具体的なヒントとなる概念は「民主主義」、「対話」、「リベラリズム」、「自己決定」及び「意見表明権」だと考えている。

まずは、「民主主義」という政治的理念[8]である。この「人権尊重主義

の様相」日本法社会学会編『現代における私法・公法の〈協働〉　法社会学第66号』（有斐閣・2007年）17頁。

[6] Mill 自身さえも、自分の所説を適用する対象から「子供や、法的に成人に達していない若者」を除外することを認めている。ミル著・山岡洋一訳『自由論』（光文社・2006年）27～28頁。Ｊ．Ｓ．ミル著・塩尻公明・木村健康訳『自由論』（岩波書店・1971年）24～25頁。

[7] 芦部信喜『憲法　第四版』（岩波書店・2007年）４～５頁。

[8] 内野正幸によれば、「民主主義」というのは「しばしば“望ましい政治社会の姿”という意味合い（ニュアンス）」が含まれているから、その言葉自体を使うことには「慎重な態度」をとるべきだと言うが、本稿はあくまでも「民主主義」に内包されるいくつかの要素を検討し、それは子どもにとって如何なる意味があるのかのことを考えようと意図する故、一応日常用語として「民主主義」という言葉を使うことにする。内野正幸『民主制の欠点』（日本評論社・2005年）６頁。

などプラスの価値をもつ要素」が含まれている言葉[9]、しかも常に「立憲主義」と並行して論じられるこの理念の起源については、一六四二年のイギリスに起こったピューリタン革命の際に、行われていた“The Putney Debates[10]”の進行まで遡ることができる。すなわち、当時の政治的・社会的状況から考えると、軍隊における「秩序」を重視する一方、当該会議の参加者全員（軍首脳部の代表や一般の兵士）は「平等」に「話し合う」ことに熱中する模様がまさに「民主主義・議会主義」の真の体現だと評価されているのである[11]。

Alexander Dunlop Lindsay[12]も、一七世紀において、アメリカとイギリスのピューリタンの民主主義者たちは、「共通の精神的家系に属していた」ことを認識しており、この The Putney Debates で行われた軍の幹部会議を「民主主義」の起源として捉えている[13]。そして、当時の革命軍を主導していた Oliver Cromwell に注目し、彼に代表される精神が The Putney Debates に反映されたことが「民主主義」の起源を考える上で重要だとしている。Lindsay 自身は「（民主主義）においては、同意よりも議論が大切だと判断」しており、Cromwell は「この会議において議論の意義を守る存在であった」[14]と理解する。

---

9 内野・前掲書注（8）51頁。

10 大木英夫『ピューリタン』（中央公論社・1975年）127頁。この1647年10月28日から11月11日に行われた会議の名前は「パトネー会議」、「パトニー会議」（今井宏『イギリス革命の政治過程』（未来社・1984年）38頁）、「パトニ討論」（今井宏編『世界歴史大系　イギリス史２』（山川出版社・1990年）小泉徹執筆の212頁）、や「パトニー討議」（A・D・リンゼイ著・永岡薫訳『〔増補〕民主主義の本質』（未来社・1992年）168頁）などがあるので、ここでは当該会議のことを示す原語を使う。

11 大木・前掲書注（10）132～133頁。

12 大木英夫「敗戦後60年の思想の問題」（聖学院総合研究所・2006年）http://www.seig.ac.jp/sskweb/categ.php?catid=37&blogid=2の PDF ファイル・３頁。

13 リンゼイ・前掲書注（10）24～27頁。

14 大木・前掲書注（10）141頁。この「議論」への強い意識については、Lindsay が他の著作でも強調している。例えば、『現代民主主義国家』という著作の中に、「民主主義への鍵は討論のもつ潜勢力である。よい討論は他の方

そうであるとすると、Lindsay は「民主主義」の中身について、人々がより合理的な合意、或いは、人々により受け入れやすい合意を得る（もっとも、Lindsay は「〔…〕民主主義は必ずしも同意による政治ではない」[15]と述べていたが）ために議論を尽くすところに主眼があり、その実現のためには、身分や階級に拘らず、すべての個人が「秩序」（相互に尊重し合うこと）を守り「平等」に〈議論・討論＝対話〉することが不可欠だ、ということを考えているのではなかろうか。このような Lindsay 的な理解から出発すれば、「〔…〕個人レベルでの『自律』が、そのまま、社会・国家の次元における〔…〕（民主主義）へ直結するわけではない。中間項として、「討論」と「多数決」の社会技術的二原理を伴った『思想の自由市場』なるイデオロギーが、そしてさらには個人主義と相対主義＝寛容の哲学が、介在するのである」[16]という言葉にも繋がっていくのではないか。

一歩進んで、「民主主義」における〈議論・討論＝対話〉の重要性を吟味する際、ミハイル・バフチン（Михаил Михайлович Бахти'н）[17]の理解を取上げることができよう。彼によれば、「〈対話〉はなによりもまず、脱中心化であり、〈論争〉あるいは〈闘争〉でもある。それは、両面価値的な〈生成〉の〈場〉であり、『生きる中心』よりも、むしろ〈民衆の笑い〉のもつ解放力とむすびつく」ものだ[18]とする一方で、「『対話

法では到達できない知恵をひきだすことができる。」と力説するところがある。A・D・リンゼイ著・紀藤信義訳『現代民主主義国家』（未来社・1969年）363頁。

15 リンゼイ・前掲書注（10）69頁。

16 手島孝「公法における人間」『岩波講座　基本法学１―人』（岩波書店・1983年）98頁。

17 「『何かに答え、何かに反駁し、何かを確認し、可能な答と反駁を予想し、支持を求めたりしている』ことを重視」していて、「対話が終わるとき、すべては終わる。〔…〕対話は、事実上、終わりえないし、終わるべきではない」という信条を持つバフチンは「民主主義」における「議論」の機能を最も重要視する Lindsay の立場を支持することになるのではないかと考えている。桑野隆『バフチン　新版』（岩波書店・2002年）120～121頁。

18 桑野・前掲書注（17）130頁。

的関係を単純化したり一面化して、対立、闘争、論争、不同意に帰せしめてはならない。一致とは、最も重要な対話的関係のひとつなのである〔…〕』」[19]とも述べている。このことから、「民主主義・議会主義」の下では、単一的な思想軸の存在はもとよりその形成すら許されず、むしろ物事に対する意見の分裂が前提とされなければならないことが示唆される。したがって、両方の立場により行われる理性的な論争や暴力的な闘争という〈議論・討論＝対話〉は、常に価値観を再生させて新たな合意を形成するためには必要不可欠だと認識してもよかろう。

ところで、昨今の憲法学においては、現代の「いわゆる行政国家は、単一の国家権力として個人と相対峙するのではない。多元的社会のさまざまの社会関係において、それぞれのアクターとして多様な行政が展開され、情報が行政に集積される。〔…〕個人も多元的社会関係のそれぞれの（流動的）構成員として、社会関係を超えた単一の実体ではない」[20]という認識がある。そうであるとすると、本稿は、「秩序」や「統一」が強調される国家権力が個人生活の隅々まで浸透するように運営されている現代社会においては、再び各個人を中世のようなキリスト教会と国家から作られる社会有機体に「浮彫のように彫り込まれていた人間」[21]に引き戻してしまう可能性があるのではないかとの危機感を覚えるのである。この点は、「子ども」にとってはより深刻であろう。なぜならば、現代の公教育制度の発展に伴い、子どもには殆ど選択の自由がなく、強制的に「学校」と言う国家により作られ、度々現実社会よりも高度な秩序や規律を求める集団[22]に送り込まれるからである。

こうして、個人を中世の浮彫的な人間像から切り離された〈議論・討論＝対話〉の主体とした上で、〈議論・討論＝対話〉の場を確保するた

19　桑野・前掲書注（17）138頁。

20　棟居快行『憲法学再論』（信山社・2001年）23頁。

21　大木・前掲書注（10）19頁。

22　例えば、苅谷剛彦は「学校が集団生活の場であ」り、「〔…〕生徒全員が『みんないっしょ』に同じことをするように求められる場面がたくさんあ（る）。学校は、〔…〕みんながいっせいに何かをすることの多いところ」だと述べている。苅谷剛彦『学校って何だろう―教育の社会学入門』（筑摩書房・2005年）181頁。

めには、The Putney Debates に象徴される「平等」だけでは不十分であり[23]、もうひとつの要素として、すなわち「リベラリズム」を吟味する必要があろう。

現代の政治哲学の分野において、「〔…〕リベラリズムは人間の個性や価値観の多様性を認め、その多様な個性の開花と価値観の追求と実現に不可欠な条件としての個人の自由と自律の擁護論を自らの政治哲学の基盤に据えてきたからである」[24]と定義されている。この理解に従えば、国家・社会・個人の関連性を論じる場合、恐らく「自己決定」という概念も併せて考えなければならないことになろう。そこで、Mill の『自由論』が一つの思考モデルとして取上げることができよう。Mill は、「〔…〕（個人）の意に反して、権力を行使することが正当とされる唯一の目的は、他人に危害が及ぶことを防止することだけである。〔…〕（個人）にとって、あることをすることがよりよいから、あるいはそれが彼を幸福にするから、または他人の意見によれば、そうすることがより賢明であり、正義にかなっているからといって、あることをすること、またはしないことを強いるのは正当とされえない」[25]と主張している。

しかし、日々刻々と変化する社会情勢や社会の多元性の進展に伴い、的確な判断や選択に不可欠な情報や知識の獲得が困難になりつつあり、「自己決定」の結果が必ずしも当人の「利益」とはならない事態が増加していることも事実である。それでもなお「自己決定」を尊重しなけれ

---

[23] そもそも、「〔…〕民主主義機構は、ひとびとの意思を表明させるようなものでなければなりません」という前提がある故、各人は平等に発言することができるようにするだけではなく、その自由を共有することも重要だと Cromwell は考えているらしい。リンゼイ・前掲書注（10）41～42頁。

[24] 玉木秀敏「自律の価値と卓越主義的リベラリズム」田中成明編『現代法の展望　自己決定の諸相』（有斐閣・2004年）284頁。

[25] 山田・前掲書注（３）４頁。ミル（塩尻・木村）・前掲書注（６）24頁。ミル（山岡）・前掲書注（６）27～28頁。すなわち、「〔…〕ある人の行為が他人の目から見て本人のためになるとかそうすることが正しいと考えられる場合でも、その行為が他人（の利益）を侵害しない限りその行為を行う自由をその個人は有すべき」だと理解することができよう。中村直美『パターナリズムの研究』（成文堂・2007年）91頁。

ばならないのは、「〔…〕己れ自身の性格ではなくて、他人の伝統や習慣が行為を規律するものとなっているところでは、人間の幸福の主要なる構成要素の一つが欠けているし、また実に個人と社会との進歩の最も重要な構成要素が欠けている」[26]危惧に対する忌避だと考えられよう。

ところで、これまで検討してきた議論において「個人」として想定されていたのは、あくまでも大人である。「子ども」を主体となる議論において、「自由」や「自己決定」と絡む場合、異なる結論が出てくる恐れが常に存在する（例えば、居住・移転の自由や婚姻の自由を巡る議論において子どもと大人との異なる扱いが殆ど肯認されている[27]）。

Mill 自身も、危害原理によるかなりラディカルな自己決定の尊重を主張するが、「〔…〕子どもに適用されてはならない」と明確に言い、「いまだ他の人々の世話を受ける必要のある状態にある人々は、外からの危害に対して保護されなくてはならないと同時に、彼ら自身の行動に対しても保護されなければならない」[28]と述べている。すなわち、Mill によれば、子どもは保護される対象ではあっても、「民主主義」に想定される「対話」を自ら進める個人（主体）ではない。だが、Mill は個人を支配しようとする社会権威の限界を論じる際に、「もちろん、現在の世代は、来たるべき世代の人々を完全に賢明にし善良にすることはできない」[29]と述べ、「社会は、教育に関するすべての権力を掌握しているのみでなく、自ら判断する能力の最も乏しい人々に対して、既成の世論の権威が常に発揮する、あの圧倒的な力をもっているのであるから〔…、〕個々の人の私事に関しては、正義と政策との一切の原理に照らして、決

---

[26] ミル（塩尻・木村）・前掲書注（6）115頁。ミル（山岡）・前掲書注（6）128頁。平石隆俊「子どもの自己決定について考える」『京都教育大学紀要　A（人文・社会）100号』（2002年）54頁。

[27] 奥平康弘『憲法Ⅲ―憲法が保障する権利―（オンデマンド版）（有斐閣・2005年）45頁。野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ（第4版）』（有斐閣・2006年）216～217頁。

[28] ミル（塩尻・木村）・前掲書注（6）25頁。ミル（山岡）・前掲書注（6）28頁。平石・前掲論文注（26）51頁。

[29] ミル（塩尻・木村）・前掲書注（6）166頁。ミル（山岡）・前掲書注（6）184頁。

定権は、その結果を甘受せねばならないところの個人自らに与えられなくてはならない」[30]と説いている。このように、Mill の理論から伺える些かな矛盾は、まさに子どもの自己決定を考察する際に、浮彫りになるパターナリズムとの緊張関係の現れであると考えられる。

ここで、再び問わなければならないのは、「民主主義」・「対話」・「リベラリズム」・「自己決定」をめぐる様々な理論は、その対象である「個人」を「大人」から「子ども」に転換するだけで全ての意味が失われることになるのかということである。現代社会においては、「子ども」が自律的に自由に政治に参加することは想像しがたい[31]ので、「民主主義」や「リベラリズム」については、「大人」と「子ども」との結論の相違をある程度認めうるとしても、「対話」や「自己決定」については、必ずしも認められないとは言えないのではなかろうか。現に、「『自己決定の充実感』と『自己決定にもとづく自尊心』という観点から『子どもの自己決定の尊重』を考慮に入れる余地があるのではないだろうか」[32]という主張が見られる外、現在の国際人権法分野における議論に見られる「対話」や「自己決定」の主体に「子ども」も含まれるべきであると言う主張の存在も無視することができない。すなわち、一九八九年一一月に子どもへの保護と自律の尊重が同時に強調されている国連総会で採択された「児童の権利に関する条約」(以下、「子どもの権利条約」)[33]一二

---

30 ミル(塩尻・木村)・前掲書注(6)167頁。ミル(山岡)・前掲書注(6)184～185頁。

31 但し、近年において選挙運動への参加などの問題を含め、子どもの参政権は如何に実現させられるべきかを検討する佐藤幸治は「〔…〕(子ども)も主権者にして、表現の自由、政治活動の自由を享受しつつ公開討論の場に参入する存在である」と指摘している。佐藤幸治『現代国家と人権』「第三章　子どもの人権」(有斐閣・2008年)247頁。

32 平石・前掲論文注(26)58頁。

33 「児童の権利に関する条約」は1992年3月13日に国会に提出されてから、1994年3月29日に締結について国会の承認を得るに至った間に、“child”の訳語は「児童」か「子ども」を一つの論点として取り上げられた。結果的には、日本政府が使われてきた「児童」に落ち着いたが、本稿はこの条約は、“child”を発達可能態と捉え、且つ、基本的人権や権利を享有し行使する主体と位置づけ

条に定められる意見表明権の登場は極めて示唆的だと考えられる。ところで、当該権利条項から積極的に「子どもの自己決定」を捉える論稿がいくつかもあった[34]が、「〔…〕“国連は10年審議の末、自立する子どもという新しい子ども像を打ち立てた”というナイーヴな条約理解が、余りに表面的に過ぎて群盲象を撫ずの感をぬぐえない」[35]といった疑問の声も無視することができない。にもかかわらず、本稿は当初「子どもの権利条約」の作業部会の席で「子どもの権利」の法的性格に関して力説しているアメリカ代表が述べた「子どもはたんに、政府からの利益の付与を期待する権利を持っているだけの存在ではない。彼らは政府の権限濫用から自らを守るための市民的・政治的権利をも有している。この権利は、成人が享受している権利と法的には同質のものであり、権利行使にあたって子どもが親や保護者の指示・指導を必要とするとしても、このことは権利そのものの内容に何ら影響を及ぼすものではない」[36]という言葉に共感し、当該権利条項の母体となる「子どもの権利条約」は、明らかに「子どもの自己決定」を重視するものだと考えている。すなわち、当該権利条項は、子どもに自分の意思を自由に表明することを保障することによって、子どもが大人と同様に〈議論・討論＝対話〉できる舞台を設定する。その前提として、パターナリズム的保護の意味に限定されない大人による子どもの尊重を要求しなければならない、と理解さ

ていると考え、以下の文脈では、一律に「子どもの権利条約」と記す。滝崎成樹「児童の権利に関する条約」『ジュリスト　1048号』（有斐閣・1994年）65～70頁。国際教育法研究会「『子どもの権利条約』か『児童の権利条約』か」『季刊教育法　79号』（1990年）57頁。太田くい子「子どもの人権」国際法学会編『日本と国際法の100年　④人権』（三省堂・2001年）183頁。

34　例えば、「この子どもの意見表明権は、〔…〕“表現の自由”よりも以前の次元のもので、その前提として、子どもに自己決定権を認める、ということである」という説もある。永井憲一「国連『子どもの権利条約』の内容とその意義」『ジュリスト　963号』（1990年）73頁。芹沢斉「子どもの自己決定権と保護」『岩波講座　現代の法14　自己決定権と法』（岩波書店・1998年）147頁。荒牧重人「子どもの権利条約と子どもの自己決定」『法律時報75巻９号』（2003年）26頁。

35　森田明「児童の権利条約の法思想史的背景とその審議過程―保護とオートノミー―」『家族〈社会と法〉 No.10』（日本加除出版・1994年）122頁。

36　森田・前掲論文注（35）115頁。

れなければならないのである[37]。

このような国際人権法上の理解と連動して、憲法学において「子どもの自己決定」は如何に理解されるのか。これを解明することこそ本稿に与えられる主な課題である[38]。そして、考察を進める手懸りの一つを提供してくれるのは米沢広一の所説である。米沢が「子どもは、心身とも未成熟であるために傷つきやすく、また、未成熟状態から成熟状態へと成長していく際に、子ども自身の力のみでは不十分であり、他者に依存せざるをえない」と認める一方、「権利の自律的行使は、〔…〕第1に、自律は個人の尊厳につらなるものとして、それを行使すること自体に価値を有している」こと、「〔…〕第2に、権利を行使する能力は実際にそれを行使することによって形成されていくという面を有している」ことから、「判断能力が未成熟な子どもにとっても、大きな意義を有している」こと[39]を認め、アメリカにおける子どもの権利論の発展を吟味しつつ、「調整的自律のアプローチ」だ[40]という新しい視点を発見し、子どもの人権・権利論に対する見方の転換を促している。このような米沢説を更に「〔…〕『古典的人権である自由権は、本来、自己決定権である』。」[41]という認識に照らせば、憲法学における子どもの自己決定（権）に対する再考察の作業が明らかに避けられえないことになろう。

---

37 一方、国際人権法の文脈に沿い、子どもの人権・権利論を論ずる際、現在多いに注目されている「子ども兵士」の問題が存する。稲角光恵「子ども兵士に関する戦争犯罪―ノーマン事件管轄権判決」『金沢法学　第48巻第1号』（金沢大学法学部・2005年）79～89頁。

38 なお、北川善英のように、「〔…〕自己決定を理念的レベルで理解しても、個別具体的な自己決定権のレベルで理解しても、その有効性は非常に限られている。自己決定の理念それ自体は、自由の理念に吸収され、その一部でしかない」という観点を持つこともあり得よう。『日本公法学会　公法研究　第70号』（有斐閣・2008年）148頁。

39 米沢広一『憲法と教育15講［改訂版］』（北樹出版・2008年）24～25頁。

40 米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣・1992年）124～128頁。

41 青柳幸一「生殖補助医療における自己決定と憲法」『法律時報　79巻11号』（2007年）25頁。

第二節　成長発達権の概念からのアプローチ

前述した米沢の所説から得た着想に沿って他領域の学術的進展を探ってみると、もう一つ注目しなければならないキーワードを発見することができる。すなわち、一九七六年五月、日本の最高裁判所が旭川学力テスト事件を扱う際に、「〔…〕（憲法二六条）の背後には、国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、〔…〕子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有することとの観念が存在していると考えられる」[42]と述べ、「成長発達権」と言う概念を提示したことである。

この長年の間を通して福祉法学や教育法学の分野において主張され生成されてきた「（成長）発達権」の思想・概念[43]が、以上のように最高裁という媒介を介してより具体的な形で憲法学の分野に入り込まれたことに留まらず、前節で言及した「子どもの権利条約」が日本政府からも批准された動きに伴い、議論自体が少年法六一条との係わりを通じて、刑法学の領域にも波紋を広げている。

もっとも、本稿は「成長発達権」の内実を探究しようとするものではなく、むしろ「〔…〕（成長）発達権を、〔…〕複合的権利とすべきが妥当」[44]であるという主張に同調しつつ、「〔…〕子どもが実際の社会生活の中で成長発達権をとくに主張することができ」[45]、その子どもの「〔…〕成長発達権が目標とするところは〔…〕自分にかかわりのあることは自分で

42　最大判昭和51年５月21日（判時814号33頁・1976年）41頁。

43　服部朗「成長発達権の生成」『愛知学院大学論叢法学研究第44巻第１・２号』（2002年）131頁。

44　金田勲「発達権と基本的人権体系論」『橘女子大学研究紀要第六号』（橘女子大学・1978年）81頁。

45　戸波江二「人権論としての子どもの『成長発達権』」子どもの人権と少年法に関する特別委員会（東京弁護士会）・子どもの権利に関する委員会（第二東京弁護士会）編『少年事件報道と子どもの成長発達権　少年の実名・推知報道を考える』（現代人文社・2002年）205頁。

決めてゆく自己決定の主体になること、自らの人生、生活を自分らしく生きていく主体になること〔…〕」[46]であるという考えから示唆を受け、アメリカ、台湾や日本では一個の人間である子どもの成長・発達が憲法（典）を通じてどのように係わっているのかということを、子どもの健全育成や人格（自律＝自己決定）形成と最も深く関係している「家族」及び「教育」の領域から解明を試みることを主たる目的にしている。また、本稿は「子ども」という個人が上記の国及び地域で発展しつつある憲法学の文脈において一人権享有主体である[47]前提に立つことは、もはや言うまでもない。

第Ⅰ部　家族

Talcott Parsons は「家族」を一社会集団として捉えて、「子どもがその最初の段階で自分の情動的資源（emotional resources）のすべてを」そこに投資している[48]と述べている。こうして考えると、「子どもの自己決定」という概念を最初に検討すべきである“場”は「家族」だと思われる。この第Ⅰ部では本稿の研究対象とされる三つの国及び地域において、家族のなかでの子どもの自己決定を巡り、如何なる法的様相が我々の目前に提示され、変化しているのかということを考察・検討する[49]。

---

[46] 安藤博「子どもの育ちを支える成長発達権」『青少年問題（50） 5』（2003年5月）20頁。

[47] 法学協会編『註解日本国憲法　上巻』（有斐閣・1953年）459～460頁・495～496頁・500～501頁。宮澤俊義『法律学全集4　憲法Ⅱ』（有斐閣・1959年）383～384頁・412～413頁。

[48] 橋爪貞雄他訳『家族』（黎明書房・1981年）39頁。

[49] なお、Philippe Ariès の理解によると、「子どもに対するまなざしの変化を〔…〕共同体の衰退、家族の発達、学校化の進展という三つの関係枠の変化と関わらせて論じ」る手法が必要とされているが、本稿は「子どもの自己決定」を巡る憲法的様相の輪郭を明確にするため、第Ⅰ部「家族」と第Ⅱ部「教育」とに分け、各領域から浮かび上がる問題点を整理する手法をとる。森田伸子「第2章　アンシャン・レジームにおける子どもと社会―その心性とイデオロギー」宮澤康人編『社会史のなかの子ども　アリエス以後の〈家族と学校の近代〉』（新曜社・1988年）112頁。

第一章　アメリカ合衆国

主に九〇年代以降のアメリカの家族事情を追う岡田光世は、「(同国)の家族を定義するのは不可能なほど、その形は多様化している」[50]と述べている。また、Stephanie Coontz も、「(同国における)家族は常に流動的」である[51]ことを指摘している。しかし、同国の人々が抱えている想いの中の「家族」に対する「記憶」となるものを断面的に復元させながら、憲法との関係を考えることにはある程度の意味があろう。

本章では、アメリカ人の家族に対する「記憶」を辿りながら、その姿の変遷を概観した後、「家族」と『合衆国憲法』との間に「子ども」が主体となり、提起し得るいくつかの問題を別々のテーマを設定し、それらと係わる判例群を分析し検討していく。

第一節　「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在

Ralph Barton Perry は「アメリカ人の社会的遺産の中に含まれる諸理想の中で、ピューリタニズムとデモクラシーには、特別な重要性がある」[52]と述べている。従って、同国の家族の事情と深く関わるのはピューリタニズムだと思われよう。では、子どもがそのようなピューリタン的な家庭の中で如何に位置付けられるのか、また、当該社会の運営を支える法律の全般的な思想は子どもをどう見るのか。これらの問題を検討していきたい。

---

50 岡田光世『アメリカの家族』(岩波書店・2004年) 9頁。なお、同国の家庭における親子関係を検討する際、宗教的要素を抜きにして語ることができない指摘もあるが、その両者の相互的な影響に対する考究は後日を期したい。藤本茂生『アメリカ史のなかの子ども』(彩流社・2002年) 256頁。

51 ステファニー・クーンツ著・岡村ひとみ訳『家族という神話―アメリカン・ファミリーの夢と現実』(筑摩書房・1998年) 16頁。また、Coontz は別の論文でアメリカ人が家族に対する「〔…〕アンビバレントな感情が働いている」と述べたことがある。岡田・前掲書注(50) 218頁。

52 ラルフ・B・ペリー著・高木誠・高木八尺共訳『ピューリタニズムとデモクラシー―アメリカの理想とその評価―』(有信堂・1971年) 22頁。

第一項　ピューリタニズムからの出発

大木英夫は、ピルグリム・ファーザーズによる「〔…〕メイフラワー契約は『自由自主なる個人が、契約によって、団体を創設するという社会契約の説を、現実に表わした顕著な実例』である」る[53]と指摘している。また、Edmund Sears Morganは、ピューリタン的家族の様相を克明に記述しようとする際、「我々はピューリタン的社会、及びその家族を理解するために、まずピューリタニズムの中に存在している『救済』の概念と当人の社会観の間に如何なる連関性があるのかということを探らなければならない」[54]と述べている。この二人に示唆を受けて、まず「契約」という概念からピューリタン的な家族像に接近してみたい。

Morganによればピューリタン達の間に伝えられる良い社会的行為（活動）の実行は（生命の）最終的な救済に繋がっているという思想の原点となるのは、アダム（ここで、アダムが象徴する父性的性格に注意）が（道徳的）墜落する前まで遡ることができる。つまり、「神とアダムの間に『礼儀に関する諸作法の契約』を結んだことによって、アダムが神からの救済を得るため、神の法（規律）に対する完璧的服従が要求される」[55]ことになったのである。しかしながら、アダムが墜落した後、神はアダムの子孫（アブラハム）と「〔…〕信じることは（新しい）要件とされた」[56]とする『特赦の契約（covenant of grace）』を改めて結ぶことにした[57]。このようにピューリタン達は神との間に「契約」が結ばれているイメージを深く信ずる故に、「信仰深い者」ではない者に対して極めて強い恐れを持ちつつ、「すべてのピューリタンは自分の最善を尽す限り、神の法（規律）を遵守し、善き市民を扱することにより、その強く深い信仰の支えにより、自分の存在を確認することの完固たる証

---

53 大木・前掲書注（10）91頁。

54 Edmund S. Morgan, *The Puritan Family* (New York, 1966), at 3.

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 但し、Morganの言うように「真に服従することには、常に信じることと伴っている」ため、神は再び「契約」を通じ全人類の服従を求めていると言えよう。*Ibid.*

拠になると考えている」[58]らしい。

この神とアブラハムとの新しい『特赦の契約』の適用対象とされたのは、「〔…〕アブラハム自身だけではなく、彼の『種』である者も同様である。〔…〕。すなわち、彼の生理的な子孫に当たる者である。彼の子どもであり、孫であり、そして曾孫であり、つまり目下彼と（血統的）繋がりの全世帯を指す」[59]。そして、「アブラハムが神に向って、真な信仰及び深い信念に基づく聖なる生活の実行を捧げようという約束は、彼自身だけではなく、彼と共にしている家族全員もその約束を守ることをさせる。彼は力を尽して彼等（その家族全員）が当該約束の実現を果たす義務を負わなければならない」[60]と言われ、「アブラハムの契約の内容を信条として奉ずるクリスチャン（ピューリタンも当然である）は、当然同じ義務を負うことになる」[61]と理解されている。

このような「神との契約」を固く守ろうとするピューリタニズムには、「世界は人のために作られ、人は神のために作られた」[62]という創造的な秩序が謳われている。その中には、「聖なる配列」と言われる秩序的概念が存在する。すなわち、「年長者は年少者より、教育を受けた人は受けていない者より、富みを所有する人は所有していない者より、職人は一般の労働者より、上流社会生まれの人は下流社会生まれの者より、聡明な人は愚者より優位である」[63]というものである。このような配列は家族、教会とコモンウェルス、それぞれの中で遵守されなければならないと神から要求される故、家族の中で、父親の優位[64]が大前提となり、夫は妻よりも、家父長は奉公人よりも、そして、教会の中で宣教師や年長者は一般の大衆よりも、ステートの中で統治者は人民よりも優位であるというルールが強く示されている。このようなルールに背反すること

---

58 *Id.* at 5.
59 *Id.* at 6.
60 *Id.* at 7.
61 *Ibid.*
62 *Id.* at 17.
63 *Id.* at 18.
64 *Id.* at 19.

は「〔…〕神を裏切ることになる」[65]というピューリタン的な理解からも支えられている[66]。

ところで、父親の優位と言う秩序を保つために、父親の子どもに対する責務も同時に強く要請されている。例えば、『自然の書』は「ピューリタンの親として、その最初の責務は〔…〕子どもに食、住まい、及び保護を与えること」[67]であると教えられている。そして、子ども自身が自分の生活を維持することができる能力をきちんと身につけさせることも父親が果たさなければならない責務の一つだとされている[68]。特に、後者について Morgan は Massachusetts の一六四八年法を挙げて、「法律に基づき、すべての父親は彼等の子どもが、例えば労働者や職人、農家、或いは何らかの儲けられる貿易に従事することなど、いくつかの正当で且つ合法的な職務に就くことを確認しなければならない」[69]と語っている。ここで、「天職（calling）」はピューリタンの親子関係を理解するための、もう一つのキーワードとなる。

Morgan は、「すべてのクリスチャン達（にとって）〔…〕職業を選択すること自体が神聖なことであった」[70]と言う。そして、子どもは自分の能力はどこかで発揮できるか、選択した職業は社会に対し、有用であるか否かの問題について無知である故に、親に子どもが自分の天職へと導く義務も課されている[71]。ところが、職業の選択を巡ってピューリタ

---

65 *Ibid.*

66 以上のような強い信念は、子どもに対する教育の中に反映されている。例えば、Morgan は「ピューリタンの子ども達は殆ど John Cotton が用意したその有名な教示を勉強する。つまり、『旧約聖書に示された第五の戒で言う父親と母親は何を指すのだろう？』の問いに対する『家族、学校、教会とコモンウェルスの中で、すべて私達より上にいる人々である』という問答である」と指摘している。*Ibid.*

67 *Id.* at 65.

68 すなわち、「もしあなた方は適切な方法で勤勉に子どもを養育し、しつけしようとするならば、これからの世界で如何に健やかに生きていける方法を彼等（子ども達）に教えることに等しい」と言う内容である。*Id.* at 66.

69 *Ibid.*

70 *Id.* at 70-71.

71 *Id.* at 72-73.

ン社会においては親の外の師匠（master）という存在も必要とされていた。すなわち、家庭内において、ピューリタンの子ども達は親への尊敬の意を養うことができるが、ピューリタン社会における「秩序」への尊重を涵養させるためには、親から離れて師匠の下で技術を磨いたり、勉強したりすることも重要視されてきた[72]。Morgan はこの点について、再び Massachusetts の一六四八年法を取り上げる外、Connecticut の一六七三年法も参照しつつ、「もし子ども達は何らかの原因で乱暴、無礼になり、（親の）手に負えない状態になってしまえば、他の子ども達から落ちこぼれないように、彼（彼女）らに対する監督をより厳格にし、既定の定めを厳しくより服従させる目的の下において、国が彼らを親の元から何年間（男の子なら二一歳まで、女の子なら一八歳まで）を（指定された）師匠の所へ引き移ることができる。」[73]と説明をしていた。

これまでのピューリタンの家庭内における親子関係の概観からすると、「一人の男性と一人の女性は一旦自発的に（神との「契約」に）加入する場合、彼或いは彼女の子孫の自分の意思表明を待たなくても、自動的に（神との「契約」にも）加入することと見做される。すべての未成年の子ども達は、現に生きているか未だに出生していないかと関係なく、親と神の間に結ばれた同意の中に含まれる。勿論、子ども達は一人前になった後、今回は自分が主体となり神との間に新たな契約を結ぶことになるが、彼らがまた親による温情の下で留まる限り、その親と神の間に結ばれた契約によって得られた恩恵を引き続き享受することになる」[74]と述べる Morgan の言葉はピューリタン家族の親子像を適切に描き出しているのではなかろうか。このようなイメージや意識が強ければ強いほど、恐らく当該家族に囲まれる限り、子どもは自律的な存在として見做されにくく、家族における子どもの「自己決定」が語られる思想的な土壌も乏しいものとなろう。

---

[72] この点は、「当時の裁判所の記録を見ると、子どもを溺愛する故に、彼を師匠の元から連れ去った親への師匠からの訴えは、殆ど師匠側からの賠償請求が認められた」という事実から伺うことができるらしい。*Id.* at 75.

[73] *Id.* at 78.

[74] *Id.* at 135.

第二項　現代のアメリカの家族像への接近

Peter Gregg Slater の「ピューリタン家族は、ピューリタンの経済的・政治的諸関係とともに、中世から近代へ移行する道程のなかに位置を占めている。それは生まれながらにして近代的であったのではなく、半近代なのである」[75]という指摘を受け、「このようにピューリタニズムを伝統的社会からより近代化された社会への『過渡期』のイデオロギーとして性格づけ」る見解[76]がある。実際、同国の現代に至る人口構成の流動性[77]を考えれば、その家族の様相について多岐にわたる視点[78]を持たないと、より正確に捕捉することができないことには異論がなかろう。しかし、前の項目との整合性を考え、これから進む作業の対象を初期からピューリタニズムを強く支えているホワイト・エスニックの家族とする。

他方、「(アメリカ人) から見れば一九五〇年代は無垢なコンセンサスの時代であったように見える。〔…〕一九五〇年代の家族至上主義の様々な特徴は、膨大な数のアメリカ国民の驚異的所得の伸びによってさらに強化された。」[79]と言う Coontz の指摘に共鳴し、一九世紀を一つの分水嶺として (Coontz が提示した家族の神話的性格も注意しながら)、子ども史の視点も加えて、近代から現代までの同国の家族像を鳥瞰してみたい。

第一目　植民地時代から一九世紀前半まで

同国の植民地時代[80]における人口構成について、「〔…〕人口に膾炙し

---

75 森田尚人「歴史のなかの子ども・家族・学校―アメリカ植民地時代の経験から」宮澤康人編『社会史のなかの子ども　アリエス以後の〈家族と学校の近代〉』(新曜社・1988年) 196～197頁。

76 森田・前掲論文注 (75) 197頁。

77 久田由佳子「アメリカの家族」清水由文・菰渕緑編『変容する世界の家族』(ナカニシヤ出版・1999年) 161～162頁。

78 久田・前掲論文注 (77) 161頁。

79 ステファニー・クーンツ著・岡村訳・前掲書注 (51) 46～47頁。

80 和田光弘「第２章：アメリカの家族　一七・一八世紀／北米タバコ植民地における人口と家族」若尾祐司編『近代ヨーロッパの探究②　家族』(ミネルヴァ書房・1998年) 66頁。久田・前掲論文注 (77) 161頁。なお、当時に関する家

ている（北部の）ニューイングランドのピューリタン移民など自由移民に対し、〔…〕年季契約奉公人は主として南部植民地へと向った」[81]という動きが紹介されている一方、奉公人制度は当時の施行目的に達成したにもかかわらず続行されたために、「〔…〕植民地に黒人奴隷が大量に導入されてゆくのである」[82]という事情も解明されている[83]。

藤本茂生の研究によると、当時北部に住んでいる大人は南部の人より長命だとされていたが、子どもの側から見れば状況が少々異なるらしい。すなわち、「〔…〕（北部の）荒野に植民地を建設するには、〔…〕子どもを多く産み育てることにかかっていたことは想像にかたくない。〔…〕しかし同時に幼児死亡率も高」かったようである。それゆえ、子どもに対する環境的不遇から生まれるピューリタンの死生観は、「子どもは神から親への一時的な贈り物であり、神が与えたものは神自身が自由にかつ突然奪い去ってしまうものという宗教観に支えられていたのである」[84]と見られている。また、子育てについて母親には留まらず、召使、親族や友人等による共同作業であったとも言われている[85]。その一方で、子どもの名前は旧約聖書や両親の名前から取る慣習から、藤本は「（当時）名前にすら個性が認められなかったと解釈すれば、アリエスの論点―近代社会になって初めて子どもは個性的存在が認められた―を、逆に論証

族の研究の一つの方向は、ニューイングランド植民地と南部植民地の中にあるメリーランド植民地及びヴァジニア植民地の集合である「チェサピーク植民地」との対比にあるようである。久田・前掲論文注（77）161頁。

81 和田・前掲論文注（80）66頁。

82 すなわち、もともと本国イギリスの人口再配置のシステムとして期待されていたこの奉公人制度は、「一七世紀末までに本国の人口過剰状態が完全に解消され、移民を押し出す『プッシュ要因』が鈍化する一方、植民地においても社会的上昇の機会が縮小へ向い、〔…〕移民を引きつける『プル要因』が機能しなくなった」と言う。和田・前掲論文注（80）66～68頁。

83 従って、この時代から一九世紀前半までにおいては、「白人の子ども・黒人奴隷の子ども、あるいは北部の子ども・南部の子ども等々と、子ども像は多様である」と言われている。藤本・前掲書注（50）44頁。

84 藤本・前掲書注（50）46頁。

85 藤本・前掲書注（50）46頁。

することになるであろう」[86]という理解を示している。

そのような子育ての作業をより深く探ってみれば、「福音主義的」なもの[87]だと言われ、「〔…〕子どもは自分自身の中に意志を持っていることを知らされるべきではない」[88]とピューリタンの親達は意識している。そのような家族における子どもの様子について、藤本は、「〔…〕植民地時代の子ども像について、まず誕生から五、六歳ころまでの子どもについては、その運命に対する人間の無力感、そして罪深い存在という社会認識があり、そこには過保護の対象としての子どもは存在しなかった。〔…〕七歳を過ぎる年齢になると、『小さな大人』として大人の仲間入りをし、その世界で早く一人前の成人として独立することを求められたのである。〔…〕このような意味において、植民地時代においては子ども期は短かったと言えよう」[89]と認識している。

続いて、近代家族の子ども像への探究に関しては、藤本は「〔…〕母親と子どもの関係は今まで以上に親密になり、母親中心の子育てが規範化する」[90]ことを取り上げ、その背景には、「都市化・工業化していく社会にあって、女性こそがキリスト教の伝統的モラルの守護者であるという、女性を神聖視する観念がしばしば指摘される」[91]ことを紹介し、「(この時期において)〔…〕宗教的価値観の変化(も)みられ」て、「子どもの運命は神の摂理に依拠するものではなくて、母親の不断の努力によって変えうるものと考えられるようになった」[92]と語っている。

このような「近代家族」における子ども像について、藤本は「〔…〕母親の愛情を一身に受け、大人とは区別され個性的な存在として認められ、また自由な活動を基礎にした発達の可能性を持つと考えられた」[93]という見解を示す。しかし、同時に「それは近代的子ども観の半面でし

---

86 藤本・前掲書注(50)47頁。
87 藤本・前掲書注(50)47頁。
88 藤本・前掲書注(50)47頁。
89 藤本・前掲書注(50)50頁。
90 藤本・前掲書注(50)50頁。久田・前掲論文注(77)164～165頁。
91 藤本・前掲書注(50)50～51頁。
92 藤本・前掲書注(50)51頁。
93 藤本・前掲書注(50)55頁。

かないであろう。他面そこには、母親に依存し、家庭に閉じ込められてその行動を監視、干渉された子どもの姿がみえ、〔…〕かつてのピューリタンの家庭教育は、良し悪しという問題ではなくて、十九世紀初頭の流動的社会状況と人間の自由意志を容認する道徳的風潮のなかに生きた子どもたちにとっては、適応しえなくなり時代遅れのものになったのである」という認識も示し、そこから生まれた「〔…〕子育てにおける寛大さや穏やかな態度は、十九世紀初頭の都市化、工業化し始めた北部大西洋岸のアメリカ社会の不安定さ、あるいは不確実性を反映するものと言えよう」[94]と説いている。最終的に、藤本は「近代的子ども観の最大の特徴は、彼らを大人の社会から切り離し、家庭内に閉じ込めていったことであろう」[95]という理解を提示している。

第二目　一九世紀後半から現在まで

Michel Guillaume Jean de Crevecoeur は、『アメリカ農夫の手紙』の中にヨーロッパからアメリカという新大陸に辿り着く人々のモットーは「パンのあるところ、祖国あり（Ubi panis ibi patria）」[96]という言葉だと紹介し、「パンを求めてヨーロッパのあらゆる国から来た人びとが融合して、一つの新しい人種、すなわちアメリカ人になる」[97]という。移民から始められるアメリカという国の形成、及び同国の本土における人口構成の流動は今日においても絶えずに進んでいることを鑑みれば決して時代遅れの観察ではないだろう[98]。

94　藤本・前掲書注（50）55～56頁。

95　藤本・前掲書注（50）56頁。

96　秋山健・後藤昭次・渡辺利雄訳『アメリカ古典文庫２　クレヴクール』（研究社・1982年）75頁。本間長世『多民族社会　アメリカのゆくえ』（岩波ブックレット No.270）５頁。

97　秋山・後藤・渡辺・前掲書注（96）74～75頁。本間・前掲書注（96）５頁。

98　例えば、渡辺利雄は「〔…〕（Crevecoeur）のアメリカ像はアメリカ論の原点として繰り返し引用し、確認する価値がある」と評し、本間長世も「諸国民から成る国民」としてのアメリカ人の多様性を考察する際、Crevecoeur の所説を最初の所で取り上げている。秋山・後藤・渡辺・前掲書注（96）９頁。本間・前掲書注（96）５～６頁。

このようなアメリカでは、「一八七〇年以降、〔…〕離婚率の上昇が顕著となり、一九一六年にはサンフランシスコでは四件の結婚のうち一件は離婚に終わり、ロサンジェルスでは五件に一件、シカゴでは七件に一件の割合となっていた」のである。このような中で家族の崩壊を唱える研究者もいるが、久田由佳子は「〔…〕妻と夫は『友だちかつ恋人』であり、親子は『仲間』であるような『平等で相互の愛情で結ばれた家族』（companionate family）という新しい概念」に着目し、「家父長制に基づく『古いタイプの』家族はもはや二〇世紀の状況には適応できず、この新しいタイプの家族こそ、現代社会に即したものであった」[99]という認識を示している。この変化について、Coontz も「南北戦争後初めて、一八五〇年代の保守化傾向がミドルクラスの間で一般的に受け入れられ、家庭性という価値観は核家族に限定された」[100]という見解を示している。両者の分析から考えれば、従来の家父長制と異なる家族像は、この時代から新たに形成されつつあったことは間違いないであろう。そして、久田は、このような変化によってホワイト・エスニックの家庭内の親子関係は「〔…〕これまで以上に親密なものとなり、愛情表現がオープンに行なわれるようになった一方、若者たちは親の厳しい監視から自由になり、広告や映画、流行歌といった大衆文化や同年代の仲間から大きな影響を受けて行動するようになったのである」[101]と指摘している。

そのような二〇世紀の前半に見られる新しい家族のイメージについて、差し当たり「一九二〇年代の『平等で相互の愛情で結ばれた家族』の理想像は、一九二九年に始まった大恐慌によって衝撃を受け、一九三〇年代には離婚率は低かったものの別居が増加し、出生率が下がり、家庭内暴力が頻発し、殺人事件の発生率は一九八〇年代よりも高い状態にあった。〔…〕（第二次世界大戦）が終わった翌年の一九四六年には、結婚率が非常に高い一方、離婚率も非常に高く、戦争が当時の家族に与え

99 久田・前掲論文注（77）174～175頁。

100 ステファニー・クーンツ著・岡村訳・前掲書注（51）156頁。勿論、ここで久田の言う「平等で相互の愛情で結ばれた家族」と Coontz の言う「核家族」を同一視しうるかどうかのことを改めて考察する必要がある。

101 久田・前掲論文注（77）176頁。

た影響をうかがうことができる」[102]という久田の理解に賛同したい。

しかしながら、人びとは一九二〇年代の家族像を決して諦めてはいなかったらしい。一見社会的変動からもたらされた家族の崩壊は、今度は家族再建へと志向を強めていた。要するに、「〔…〕親が非常事態に対応するために働くのを見て育った子どもたち（は）、〔…〕自己実現よりは家族に対する責任を重視するような人生観をもつようになり、家庭志向が強く、早婚の傾向にあった。〔…〕一九五〇年代後半、女性の平均結婚年齢は二〇歳となり、一四〇〇万人の女性が一七歳までに婚約した。結婚フィーバーに続いて、ベビーブームが起こった」のである。このことを踏まえ、久田は「ある意味で五〇年代の家族は、二〇年代に理想とされ、一部の人々のみが実践可能であった『平等で相互の愛情で結ばれた家族』像を押し進めることにもなったが、五〇年代に理想とされたのは、妻の内助の功であり、子どもを中心としたものであった。」[103]と述べている。

ところが、「一九六〇年代になると〔…〕ベトナム戦争は泥沼化し、アメリカ人の自信と誇りは崩れ、激動の時代を迎えることになる」[104]。その一方、「この時代が、より大きな自由、平等を意味する新しい価値観や制度を生み出したことも事実であった。そして、この時代に起こった『公民権革命』『性革命』『カウンターカルチャー』などは二一世紀へと受け継がれていく」[105]ことにもなる。その中で、「六〇年代初めに典型的とされた、夫婦と子供ふたりからなる家族は八〇年代にはむしろ少数派になってしまった」[106]と指摘されている[107]。

102　久田・前掲論文注（77）176～177頁。

103　久田・前掲論文注（77）178頁。

104　有賀夏紀『アメリカの20世紀（下）』（中央公論社・2002年）50頁。

105　有賀・前掲書注（104）50頁。

106　有賀・前掲書注（104）98頁。

107　この指摘の裏づけになるかもしれないが、池上千寿子は「（子どもを生む前）から意識的に母子家庭を選択する（結婚しない）女性が八〇年代に三倍にふえ、その数は約一一〇万世帯という。離婚による一時的母子世帯が約六七〇万世帯で、母親の五人に一人が母子家庭を営んでいるのである」ことを紹介した。また、「〔…〕ファミリイを生物学的関係に限定しなければ（同国の家族事情は）『家

第三項　合衆国憲法と家族の接点

本項で概観しようとするのは、合衆国憲法により構築された公権力が家族と如何なる接点を持っているかということである。

まずCoontzによれば、「家庭が社会の介入から自由であったことは一度もない」。更に、「〔…〕伝統的神話であるプライベートで自律的家庭というのは、十九世紀の司法の積極行動主義と二十世紀の国家統制が生み出したものといっても過言ではない」[108]。そして、一八七〇年代から初めにおいては個人のプライバシーが頗る重視される傾向にあった一方、実際には「〔…〕いかなる条件の下でも個人のプライバシーや家庭の自律を絶対的に支持するという人は一人もいない」[109]という矛盾をCoontzは指摘している。なぜならば、家族に対する公権力による介入は長い歴史を持つからである。その例として、「ピューリタンたちは徒弟奉公の親方たちに、若者の教育としつけについて親と同じ責任と権利を与えていた。〔…〕一七四五年、マサチューセッツ議会は六歳以上の子どもがアルファベットと知らない場合、別の家庭に移すよう命じている」[110]ということをCoontzは取上げている。この点については、Morganの研究からも伺える。例えば、ピューリタンの親子関係について、Morganは「ニューイングランド植民地の法律では親を殴打し、罵るなど強い反発的な性格を持つ息子やすべての子どもへの懲罰が規定されるだけではなく、そのような不法行為に対し目を閉ざしている親達への監督も裁判所は他の法律に基づいて行使する」[111]と述べている。この両者の研究を見る限り、一七世紀から一八世紀に亘って、少なくとも公権力の家庭内の親子関係維持に対する介入は消極的なものではなかったと推測することができよう。そして、公権力の介入から家族が自由であると言う神話が一九世紀の司法的積極行動主義と二十世紀の国家統制から出

族の多様化』ということになる」という認識も示している。池上千寿子「家族の限りない変容」猿谷要編『アメリカの社会―変貌する巨人』(弘文堂・1992年)149・151頁。

108　ステファニー・クーンツ著・岡村訳・前掲書注（51）191頁。

109　ステファニー・クーンツ著・岡村訳・前掲書注（51）188頁。

110　ステファニー・クーンツ著・岡村訳・前掲書注（51）193頁。

111　Edmund S. Morgan, *supra* note 54, at 78.

来上がる[112]のであれば、それは現在に至っても続いているのであろうか。更に、合衆国憲法の下で組織され、一七九〇年に New York で正式に開廷された連邦最高裁判所[113]（以下、「連邦最高裁」）は如何なる役割を果たしているのだろうか。この問題を検討するためには、南北戦争の間に新たに合衆国憲法へ持ち込まれた修正一四条の規定、そして後に連邦最高裁が当該規定を用いて、いくつかの判例の中で展開した実体的デュー・プロセス法理、及びそれを承継するプライバシーの権利の法理が一つの手がかりとなる。

プライバシーの権利の法理に対して、現在の合衆国憲法を論ずる教科書では「〔…〕デュー・プロセスと平等保護の文脈でプライバシーの権利を理解しようとすれば、当該権利の内容は個人が自分と関わる最も核心的な私的活動について自由に従事することができる意味を持つ。近年においてよく議論されている婚姻、性的行為及び生殖に関する選択の自由の権利（rights of freedom of choice）が当該権利概念の具体化する現われである」[114]と述べられている。更に、プライバシーの権利の法理の発展とその判例法上の運用を精力的に整理した Jed Rubenfeld は、「『人格性』〔…〕は、プライヴァシーの法理の深く入り込んだがゆえに、今やプライヴァシーを基礎づける価値とか、プライヴァシーの権利そのものと見做されるのが当たり前となっている」[115]と述べ、「人格性自体の見解では、プライヴァシーの権利〔…〕によって人々は何らかの広範かつ強固に支持されている価値を無視しても、自己決定することができるのである」[116]と指摘している。このような学説の流れを的確に汲み上げた

---

[112] Coontz は、「政府や収容施設が親代わりになる権限を確立したのは十九世紀の初めの頃であった。法的規範としての『家庭的な』家庭の確立は『家庭的でない』家庭を崩壊させる道を開いたのであった」と指摘する。ステファニー・クーンツ著・岡村訳・前掲書注（51）197頁。

[113] 阿川尚之『憲法で読むアメリカ史　上』（PHP 研究所・2004年）97頁。

[114] John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law, 7th ed.*, (U.S, 2004), at 915.

[115] ジェド＝ルーベンフェルド著『プライヴァシーの権利』（敬文堂・1997年）35～36頁。

[116] ジェド＝ルーベンフェルド・前掲書注（115）45頁。

かどうかは不明だが、Prince v. Massachusetts（321 U. S. 158［1944］）判決の中で、連邦最高裁は「子どもが自分の信仰によって行動する権利がある」と述べ、「子どもは他の成人と同じように権利を享有する考えが、筋である」[117]、と説示したことがある。従って、家族の中で子どもを他の成員と同じく独立で、且つ人格的主体であるとする認識が連邦最高裁の文脈の中に確かに存在しているのである。

焦点を再び合衆国憲法と家族の接点に戻ってみると、例えば、Rose v. Rose（481 U. S. 619［1987］）判決において、連邦最高裁は一八九〇年の先例を引用しながら、繰返し「すべて夫婦や親子関係などの家庭内部に属する事項の解決は、州法に委ねられるべきであり、連邦法ではない」[118]と強調しているように、「家族」という問題領域においては連邦の権限は州の主権に対し謙譲しなければならない。また、「伝統的に、家族に関する法は、連邦よりもまず、各州が先占して規定できる領域であると認められてきた」[119]ために、統一的なアメリカ家族法というものが存在しないこと[120]も念頭に置かなければならない。それにも関わらず、「家族」の領域において、連邦最高裁が修正一四条を通して公権力の影響力を発揮してきたことは事実である。

一方、親子関係としては、例えば、社会保障制度の発展に伴い、要保護児童を有する家族に対する扶助を打ち切る Man-in-the-House という制度に対して、King v. Smith（392 U. S. 309［1968］）判決で、連邦最高裁は Alabama 州の州法は連邦法と抵触する方法で「親 parent」を定義するため、被上訴人の福祉受給権を否定することは連邦法に違反し、無効であると述べた[121]。このように、連邦制の問題も併せて考えなければ

---

117 Sarah H. Ramsey and Douglas E. Abrams, *Children and the Law In a Nutshell, 2nd ed.*,（U.S.A, 2003）, at 17-18.

118 Harry D. Krause and David D. Meyer, *Family Law In a Nutshell, 4th ed.*,（U.S.A, 2003）, at 5.

119 坂本正光「アメリカ家族法入門（第一回）」『戸籍時報　488号』（日本加除出版・1998年）16頁。

120 坂本・前掲論文注（119）15頁。

121 鈴木喜久江「要保護児童に対する扶養義務の拡大―アメリカにおける Man-in-the-House の制度について」田中英夫編『英米法の諸相』（東京大学出

ならない。その意味において、連邦最高裁によって提示された州や連邦政府の代表する公権力が個々人の家族との間に存在する法的構図は複雑になっている。かような現状の中で、子どもと関わる様々な家族的事情において、果たして「子どもの自己決定」を論じる余地が存在するのか、また場合によって答えが是であるならば、そうした「自己決定」は如何なる様相であるのかなどの問題を連邦最高裁の動向に照らして検討していきたい。

第二節　性的結合行為と子ども

本節では、子どもによる結婚や生殖に関する性的行為に対するアクセス、離婚に際しての子どもの継続的保護や自立の補助の問題、及び大人社会における異なるライフスタイルと子どもの関係性をどう考えるべきなのかなどの問題について、同国の裁判所が提示した見解をもとに検討を行なってみる。

第一項　論点の概要

戦後における同国の家族について、「男性世帯主・女性世帯主の家族と、家族関係のない者からなる世帯が劇的増加した」[122]という指摘がある。その中で、シングルマザーとなる女性は「（自分の）意思に反してではなく、あるいは離婚や死別ではなく、（シングルとしての）生き方を自らの手で選択した人たちは、ドナーか知人の精子を使って人工授精するか、養子を迎えるか、あるいは偶然に妊娠することによって、母親になる」[123]。そうであるとすると、子どもは年齢の増加に伴い知的能力が高まるにつれ、自分を養育する母親の未婚の事実だけではなく、他方の未婚や既婚の父親、或いは本当の生みの親達に関する事実にも直面しなければならない事となろう。また、法定年齢に達した男女がシングル

版会・1980年）432・438頁。

[122] ジョージ・マズニック＝メアリイ・Ｊ・ベイン著『アメリカの家族　1960－1990』（多賀出版・1986年）47頁。岡田・前掲書注（50）147頁。

[123] 岡田・前掲書注（50）148頁。

であるか否かも決して不変なものではないため、彼(彼女)の選択によって再び婚姻を結ぶ意思がなされる際、家庭の経済的事情も含めて、生活全般の転換を迎えることに対し、子どもの意思は如何に位置づけられるか。そして、一言に子どもといっても、性的行為への接触は現在のような情報が氾濫している社会においては決して難しいことではないとも考えられる故、この問題について如何に考えるべきであろうか。これらの子どもが主体となる生殖に関する性的行為や結婚の選択との関わりあいにおいて、憲法学の如何なる見解を示すことができるかなどについては、それぞれ第二項で検討する。

他方、離婚をめぐる「破綻主義」の導入、及び手続きの簡易化などの事情によって、同国においては「婚姻に対する概念的転換」が起こっているらしい[124]。その表出の一つとして、「(同国)では、〔…〕二〇代の三人に一人は親の離婚を経験している。〔…〕。離婚カップルの三分の二は子どもがいて、年間で一〇〇万――二〇万人の子どもが親の離婚を経験している」[125]という報告がある。従って、子どもは同じく家族の一員として、親の離婚に直面し、その場の自分の意思を如何に表明しうるか、また法的にはそれを如何に尊重し、如何に対応を図るのかなどの問題について、第三項で検討を試みることにする。

最後に注目したいのは、「家族関係のない者からなる世帯」として、浮上して来る同性愛者カップルの世帯である。同国でも古くから「婚姻」は男性と女性の結合としてしか認識されていない。しかし、一九七〇年代以後、「性革命」が起こり、女性の社会的・経済的地位の向上が図られる一方、同性愛者による社会への発言も相当な程度まで受け入れられることとなった。そして、「九〇年代に入ると、〔…〕子どもを持つ(同性愛者)カップルが一気に増え始めた。〔…〕片親が同性愛者である子

---

[124] 坂本正光の説明によると、「〔…〕(同国)の〔…〕最新の研究によれば、破綻主義の立法があるかどうかと、離婚率が増加するかどうかは、有意性のある統計上の因果関係は存在しないとされている」し、「破綻主義」と言っても、完全なるものと限定的導入されるのがあって、離婚について「日本のほうがより緩やか」な部分も存在することを言えるかもしれない。坂本正光「アメリカ家族法入門(第九回)」『戸籍時報　No.527』(日本加除出版・2001年4～5頁。

[125] 岡田・前掲書注(50)168頁。

どもは、四〇〇万から一千二〇〇万人」[126]になるであろうとの推測も報じられている。ところが、現在の同国では同性愛者の結婚を認める州はまだ少ない[127]。法的保障が未だに正面から与えられていない同性愛者のカップルの世帯で生活している子どもの権利保護は如何に実現されるのか、そこには憲法的問題があるのかなどの問題を検討したい。

第二項　性交・結婚

確かに、性交と結婚は二つの異なるイッシュだと考えられやすいが、本項目においては、両性が法律婚を選択する前提として性交渉を進める場合を想定する。更に、子どもが主体となる法律婚や性交渉に関しては如何なる憲法的問題が論じられうるのか、等の問題を検討する。

第一目　「性交」に関する連邦最高裁の見解

同国においては、生殖をもたらさない性的結合行為をソドミー（sodomy）罪として処罰する制定法が存在した[128]。ソドミー行為に対する否定的な概念はイギリスからの影響を受けたものとされるが、その行為の遂行と直結する「同性間の性的結合の自由」の同国の憲法学の発展に伴い、それはプライバシーの権利に属するか否かの問題が提起されてきた。連邦最高裁は Bowers v. Hardwick（478 U. S. 186［1986］）判決において初めての判断を示した[129]が、それ以前、異性間のソドミー罪の

126　岡田・前掲書注（50）103頁。

127　2003年に Massachusetts 州の州最高裁判所は同性カップルの結婚を認める判決を出した。同判決を受けて、2004年に同州が同国において初めて同性カップルの結婚を合法化した州となっていた。佐藤恭子「ゲイの結婚／同性婚」矢口祐人・吉原真里『現代アメリカのキーワード』（中公新書・2006年）100頁。岡田・前掲書注（50）137～138頁。

128　竹中勲「性的結合の自由（一）―憲法上の自己決定権の日米比較研究Ⅰ」『産大法学　Vol.27　No.1』（1993年）44頁。

129　本件は被告が成人間（同性）における合意あるソドミー行為を規制する当時の Georgia 州法の違憲性を訴えた事案である。なお、後にも紹介するが、Lawrence v. Texas（539 U.S. 558［2003］）判決によって、本判決の意義を失ったという分析がある。竹中・前掲論文注（128）35頁。青山豊「Bowers 判決の

合憲性に対し、連邦最高裁は Wainright v. Stone (414 U. S. 21 [1973]) と Rose v. Locke (423 U. S. 48 [1975]) 判決において、いずれも「〔…〕当該刑法規定は漠然性ゆえにデュー・プロセス条項に違反し無効であるとの主張に対し、〔…〕しりぞけた」[130]のであった。また、Doe v. Commonwealth's Attorney for the City of Richmond (425 U. S. 901 [1976]) 事件について、連邦最高裁はソドミー行為を禁止する Virginia 州刑法が憲法上のプライバシーの権利や表現の自由には違反しないという連邦地裁の判決も異議なく確認した[131]のである。

確かに、Griswold v. Connecticut (381 U. S. 479 [1965]) 判決において、連邦最高裁は夫婦関係を持っている大人らの寝室における避妊具の使用の自由について、合衆国憲法の修正一条、第三条、第四条、第五条及び第九条の保障から成り立つ「プライバシー帯 (zone of privacy)」によって保障される[132]、との判決を下したことによって、大人の間において性交渉をする際の避妊の自由が、プライバシーの権利に基づき、認められたとも解される。しかしながら、前述した Bowers 判決の John Paul Stevens 裁判官の反対意見でも述べられたように「〔…〕Griswold 判決は、夫婦の寝室という神聖な空間でのソドミーを州は禁止しえないこと」を論じている[133]のであり、ソドミー行為を含む一般的性交渉の自由はあくまでも「夫婦の寝室」でしか保障されないと解され得る。そのため、連邦最高裁は異性間の性交渉が個人のプライバシーの権利に属するか否かという点においては未だに明確な判断を下していないと言えるかもしれない。

第二目　Michael M. v. Sonoma County Superior Court (450 U.S. 464 [1981]) 判決

意義―2003年判決検討の前提作業として」『社学研論集　第四号』(早稲田大学大学院社会科学研究科・2004年) 121頁。

130 竹中勲「性的結合の自由 (二) ―憲法上の自己決定権の日米比較研究Ⅰ」『産大法学　Vol.27　No.4』(1994年) 73頁。

131 竹中・前掲論文注 (130) 73頁。

132 米沢・前掲書注 (40) 185頁。381 U.S. 479 (1965) at 515.

133 竹中・前掲論文注 (130) 88頁。

子どもによる性交渉へのアクセスは、同国の憲法学から見れば議論する程の問題ではないと思われる。しかし、Bowers 判決が下される少しの前の Michael M. v. Superior Court of Sonoma County（450 U.S. 464 [1981]）事件において、William J. Brennan, Jr. 裁判官による反対意見は子どもと「生殖行為」の間における関連性について興味深い見解を示した。

この事案の事実や連邦最高裁が判示した内容を簡単に紹介する。要するに、本件の被告（上訴人）は、当時一七歳以上一八歳未満の身で同じく一八歳未満の女性に対し性交渉を強制したため、「一八歳未満の女性と性交した男性（ただし、夫を除く）を女性の同意の有無にかかわらず処罰する」という California 州の州法によって起訴された[134]。そこで、連邦最高裁は上訴人の提起した当該 California 州法の規定（男性しか処罰しないこと）は合衆国憲法の修正一四条が示した平等保護の条項に違反することから違憲であるとする上訴人の主張を退け、当該州法は思春期の少女達が妊娠すること自体を禁止するわけではないので、法律の禁止は広汎にはならないと解され、男女の身体的構造から考えると、同じく一八歳未満とはいえ、男性しか罰することについては、容認難いわけではない、と判じた[135]。

しかし、Brennan 裁判官は Craig v. Boren（429 U. S. 190 [1976]）判決で示された「中間レベル」の審査基準を用いて、本件の California 州の刑法に置かれた性的区別に基づく刑罰を課する規定につき、州は子どもの妊娠防止となる目的について、十分な理由を説明しなければならない責任を負う、と論じた[136]。更に、例え州側の主張（当該州法によって妊娠を不当に引き起こす男性の性的活動を制限することができ、重要な州の目的の実現をも促進すること）が正しいとしても、California 州にはやはり性的区別に基づき制定される法律の執行には性的中立に基づく立法の執行よりも、子どもの妊娠を減少させる結果を立証する責任を負わされるべきだと説き、その責任を満たすために、州側は女性ではなく、

134　450 U.S. 464（1981）at 466.

135　*Id.* at 471-473.

136　*Id.* at 488.

男性のみを処罰する当該州法の執行により、女性の子どもの性交渉への接触を有効に防いだということを説明しなければならない、とも指摘する[137]。後者の指摘を説示する際、Brennan 裁判官は「脚注５」において、以下のような注目すべき見解を述べる。

すなわち、Brennan 裁判官は、今回の事案では、州の公権力が恣意的に私的領域へと侵入した可能性を排除することができない、という立場を明確にしながら、もし州が意図的に女性の子どもに対し、刑事的処罰を用いて同人の妊娠率を引き下げようとし、両者の合意による性交渉の進行に介入することを企んでいるのであれば、それは Eisenstadt v. Baird (405 U. S. 438 [1972]) 判決によって示されたプライバシーの権利への侵害に当たると説いている。そして、そのようなプライバシーの権利を享有する主体は結婚の有無を問わず、すべての個人だとされるべきであり、「子ども (Minors) にも生殖に関する決定についてプライヴァシーの権利を有している」[138]と明言したのである[139]。

第三目　「結婚」に関する連邦最高裁の見解

「結婚」への連邦最高裁の理解は Reynolds v. U.S. (98 U. S. 145 [1878]) 判決及び、Maynard v. Hill (125 U. S. 190 [1888]) 判決から伺うことができよう。すなわち、結婚という行為を通して当事者には一定の社会的責務が発生し、他の如何なる制度よりも人間社会のモラルや文

---

137 *Id.* at 489-491.

138 *Id.* at 491. 米沢・前掲書注 (40) 213頁。なお、奥平康弘は男女とも性交渉に関わっているのに、片方だけを処罰対象とすることは許されるのが他方「[…] より多く罪深いという評価が正当に成立するときだけ」だと説示する同判決の John Paul Stevens 裁判官による反対意見に同調すると言う。奥平康弘『憲法にこだわる』(日本評論社・1988年) 56頁。

139 しかし、Brennan 裁判官はそのような子どもも享有すべきであるプライバシーの権利に基づく観点に立ち、California 州法に反対するわけではなく、むしろ、性的区別に基づく法の成立及び執行は如何に州の重要な利益に奉仕しているか、また両者の間に如何なる実質的な関連性があるのかということが California 州から何も提示されてはいないところに着目する故、反対に回ったのである。

明と関わる故、政府（立法府）による規制が必然だと見做されている[140]。また、Meyer v. Nebraska（262 U. S. 390［1923］）判決において「〔…〕『結婚し家庭を設け子どもを育てる』自由が修正一四条のデュー・プロセス条項の保護する『自由』に含まれる」と論じられる等、連邦最高裁は「結婚」と合衆国憲法の関連性にしばしば言及する[141]。

その中、Loving v. Virginia（388 U. S. 1［1967］）事件に直面した連邦最高裁は、当時異なる人種間の婚姻を禁止したVirginia州法を修正一四条の平等保護条項及びデュー・プロセス条項に依拠して違憲としながら、「結婚」に対して再解釈をし、後に学界においても大きな波紋を広げる見解を提示した。すなわち、「〔…〕結婚の自由は久しく自由な人間が秩序ある幸福追求に欠かすことのできない重要な個人の権利の一つであると認められてきた。結婚は『人間の基本権』の一つであり、われわれの存在と生存の基礎となるものである。わが憲法のもとでは、他の人種の人と結婚するか、結婚しないかという自由は個人に委ねられたことであり、州によって侵害されてはならない」[142]と[143]。このようなLoving

---

[140] 米沢・前掲書注（40）158頁。

[141] 米沢・前掲書注（40）158頁。なお、「（同国）の多くの州においては、婚姻の成立要件は、婚姻の意思を有し、かつ、婚姻障害事由に該当しない当事者が、所管の当局から婚姻許可状（marriage license）の発給を受けた後、州が挙行の権限を付与した者（多くは当局者または聖職者である）の面前にて挙式した上で、必要事項を記載した婚姻許可状を所管の当局に提出することである」、と紹介されている。鈴木伸智「アメリカ合衆国における同性婚をめぐる近年の動向」『家族〈社会と法〉　No.21』（2005年）173頁。坂本正光「アメリカ家族法入門（第二回）」『戸籍時報　No.490』（日本加除出版・1998年）41頁。

[142] 388 U.S. 1（1967）at 12. 藤倉皓一郎「アメリカ最高裁判所の判例にみられる『家族』観」『同志社法学　第164号』（1981年）116頁。米沢・前掲書注（40）159頁。

[143] 藤倉によれば、「この判決は、誰が誰と結婚すべきかについて、法はできるかぎり干渉すべきではないというアメリカ社会の合意に憲法的な承認を与えたとみられるのである」。藤倉・前掲論文注（142）116頁。なお、Pose v. Ullman（367 U. S. 497［1961］）判決におけるJohn Marshall Harlan裁判官の反対意見の中で、同国の歴史の中にプライバシーの価値を見出し、特に個人の結婚

判決が生じさせた波紋によって、「年齢、身体、精神状態、親等、待婚期間などの婚姻を制限する事由の根拠があらためて問いなおされ」、法的規制の有り様も影響を受けた。但し、連邦最高裁はLoving判決の立場を「異性間の一夫一妻制婚姻」の外のものに拡大して適用するつもりがないという指摘もある[144]。

第四目　「結婚」に対する年齢制限

結婚の法的制限の正当性について、男女双方思春期を迎えてから得られた肉体的・精神的成熟に基づく結婚が望ましいと言われ、同国のコモン・ローでは男性は一四歳、女性は一二歳に達せば結婚できるとされていた[145]。現在においては、結婚を為し得る年齢についてすべての州で男女同一に設定されているが、年長の子どもが両親または裁判所の同意を得て結婚しうる年齢に関し、いくつかの州で女性の方が低く設定されているらしい[146]。

そのような男女の年齢制限に区別が設けられる一つの理由は「家計を支えるのは男性であり、男性は青年時代に学業や職業活動の準備に専念せねばならない」という古くからの考えが念頭に置かれているからだとも言われる。ところが、このような考えに対して連邦最高裁はStanton v. Stanton（Stanton Ⅰ）(421 U. S. 7 [1975])判決[147]とStanton v. Stanton（Stanton Ⅱ）(429 U. S. 501 [1977])判決において平等保護条項に違反するとしたため、この考えは間接的に否定されたのである[148]。それにもかかわらず、「結婚」に対する年齢制限はやはり必要だとされており、「結婚」を選択しようとすることには、感情的な成熟だけではなく経済的に自立する能力も備えていなければならないという理由を挙げる論者がい

関係への選択の自由は核心的な存在とされ、「プライバシーの権利」として保障されるべきだと語られたのである。367 U. S. 497（1961）at 522-555. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 114, at 920.

144 藤倉・前掲論文注（142）117頁。

145 Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 38.

146 米沢・前掲書注（40）165頁。

147 米沢・前掲書注（40）165頁。

148 Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 38.

る[149]。

他方、子どもの結婚に対する第三者の同意要件が課される必要性も年齢の増加に伴い、より成年年齢に近づく子どもには当該必要性も相対的に減少していくはずだと思われるが、州レベルの下級審の場合には、例えばNew York州のMoe v. Dinkins（669 F. 2d 67［2nd Cir. 1982］）判決のような「判断能力に欠ける者の間での不安定な婚姻を防止することにより子の福祉を増進する重要な州の利益」[150]が存在するという理解は、容易く否定されない。しかし、このテーマについては度々違う方向からその合憲性の認否が問われている。例えば、Nevada州の最高裁はKirkpatrick v. Eighth Judicial Dist. Ct.（64 P. 3d 1056［Nev. 2003］）判決において、離婚した両親を持つ一五歳の女性が四八歳の男性と結婚しようとする際、州法（NRS 122.025）[151]に基づき親権者である母親の同意を得るだけで結婚の要件を満たしたことは自分の子どもに対する基本的権利の剥奪だと言う父親の主張を退けた。同判決によると、離婚した後、父親が例え子どもの養育について母親と一緒にその責務を共有している事実が確認されたとしても、その子どもの結婚に関する父親の同意を不要とすることは違憲ではない。但し、同裁判所は当該州法の解釈が母親、父親及び子どもそれぞれ享有するはずの家庭的な利益を合理的に調整する契機を遮断する恐れが存する、という危惧も付け加えている[152]（この点に関して、本判決の反対意見は血縁関係から生ずる子どもに対する父親の権益は一五歳の女児が結婚に対する願望から生まれる権益よりも重視されるべきだと論じている[153]）。

---

149 *Id.* at 38-39.

150 棚村政行「現代アメリカ家族法」川井健ほか編『講座・現代家族法　第1巻』（日本評論社・1991年）146頁。Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 39.

151 64 P.3d 1056（2003）at 1059.

152 なお、連邦裁判所はHodgson v. Minnesota（497 U.S. 417［1990］）判決を引用し、州側がこのような家族的利益の均衡が失う場合、親の権利を制限し、より適切な解決を図る権限を有すると宣言したのである。Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 39. 64 P.3d 1056（2003）at 1062.

153 64 P.3d 1056（2003）at 1066.

第三項　離婚

以上のように、連邦最高裁は如何なる個人も「結婚」という選択をする自由を享有することを認めているが、その自由は極めて限定される条件の下でのみ認められることも明確である。子どもが例えプライバシーの権利の享有に基づいて「結婚」を選択しようとしても、年齢の制限に加えて親、或いは裁判所の同意要件が設けられていることの法的な合理性に照らしてみると、子どもにも「結婚」する権利を認めるか否かという議論は、慎重に行われる必要があろう。よって、子どもは現に法律婚の主体とはなりづらい事実を考えれば、「離婚」という行為についても子どもが当事者となり、主導的に物事を運ぶことにはなり得ないと思われる。それ故、性的関係を継続しないことを決め、法律婚を解消し、「離婚」に踏み切るという大人の選択[154]によって、同じく家族の一員である子どもに如何なる影響が与えられるのか、或いは子どもの意思はそのような大人の選択の中で如何に反映されうるかと言った問題へと視点を転換し、考察してみたい。

第一目　子どもの監護権者の決定

一九六〇年代から八〇年代にかけて、同国では徹底した離婚法の改革が行われ、特に離婚原因法の分野に破綻主義・無責主義（no-fault system）が導入され[155]、現在では、「全州にわたり破綻主義離婚法が成立[156]」している[157]。このような制度的転換に伴い、女性の自立が一層向上され

154　坂本は、「セックスと愛情は、少なくも（同国）の法廷では、一心同体であるから、性的関係を継続しながら離婚するということは、（同国）では認められていない」、と述べている。本稿もこの坂本説に依拠し、離婚という行為を選択する大人のカップルは相互の性交渉をも解消すると仮定する。坂本・前掲論文注（124）5頁。

155　棚村・前掲論文注（150）155～156頁。

156　棚村・前掲論文注（150）156頁。

157　この新たな離婚原因法の概貌について鈴木龍也は、「各州の新しい離婚（原因）制度は〔…〕一定の変更を伴いつつも伝統的な有責離婚原因に何らかの無責離婚原因を付け加える形をとる州と、純粋な無責離婚原因のみを認める州とに大きく分けられ、前者が多数を占めている。無責離婚原因としては、『回復

るとの積極的な評価ある[158]一方、離婚件数の激増を示す報告[159]も出ている。

このような大人の離婚の急増に巻き込まれた子どもの数は一九八五年の時点において既に「一〇九万一〇〇〇人にものぼった」[160]と報じられている。その中、離婚に際し、子どもの帰属、すなわち子どもの監護問題は、子ども自身にとってはより重大で、且つ苦渋に満ちた問題だと言えよう。このような状況を解決に当たり、一九世紀になる前の同国のコモン・ローでは「監護権者として不適当であることが証明されない限り母親が監護権者になるという母親優先の原則 tender year doctrine が確立し、絶大な影響力を有した」[161]と言われる。ところが、「〔…〕親の性別のみにもとづいて優越的地位を付与することは、憲法の平等保護条項にも反するし、子の養育に積極的な父親の存在を無視することにもなる」ので、現在では殆どの州で制定法や判例によって母親優先の原則を廃棄しようとする動き[162]がある。

その中で、子どもに対する扶養義務の所有を決定する問題を扱った重要な裁判例を、いくつか挙げることができる。例えば、Gomez v. Perez（409 U.S. 535［1973］）判決において、連邦裁判所は婚内子と婚外子[163]が

し難い婚姻の破綻』『性格の不一致』『一定期間の別居』等がある。なお『別居』については、単なる事実上の別居ではない、裁判所の命令あるいは書面による合意に基づく別居だけしかその期間に算入しない州」があると紹介する。鈴木龍也「アメリカの家族法」黒木三郎監修『世界の家族法』（敬文堂・1991年）296～297頁。

158　小澤真嗣「子どもを巡る紛争の解決に向けたアメリカの研究と実践―紛争性の高い事例を中心に」『ケース研究　273号』（2002年）150頁。

159　岡田・前掲書注（50）167頁。小澤・前掲論文注（158）150頁。

160　棚村・前掲論文注（150）161頁。

161　鈴木・前掲論文注（157）299頁。

162　棚村・前掲論文注（150）161頁。

163　一般に、法律婚を取っていない父母から出生した子に対し、「非嫡出子」や「婚外子」と呼ばれている。前者について、2004年に国連の児童の権利委員会は日本政府の第二回政府報告書に対し、「〔…〕法律及び規則から『非嫡出』というような差別的用語を削除する」ことなどの勧告を行っていた。本稿では、これは大人の意思表明（すなわち、子どもの嫡出を認めるか否かに関すること）

両方とも（親に対し）扶養義務を要求する権利があると宣言[164]した。そして、New Hampshire 州の上位裁判所も Watts v. Watts（337 A.2d 350 [1975]）事件を扱う際、例え父親が血液検査を用いて、過去の一五年間に亘って扶養してきた子どもが自分の子ではないことを証明されたと言い、離婚した後の自分には子どもに対する扶養義務がないと主張しても、当該主張は州法の解釈からも前述した連邦最高裁判決に照らし合わせても認めることができない、と述べている。また、子どもの扶養義務の判断と直接に関連していないが、連邦最高裁は Orr v. Orr（440 U.S. 268 [1979]）判決において、離婚扶養料を支払う義務を夫にのみ課すとする Alabama 州法を「〔…〕すべての妻が離婚後経済的に困窮し結婚中差別されてきたわけではないし、離婚後経済的に困窮している夫もいる」[165]ので、本件州法の立法目的とその性的区別が明示された規定の間に実質的関連性があることを認めないと述べ、憲法の平等保護条項に違反し違憲だとした。

このように、裁判所は「母親優先原則」の適用に対する消極的な姿勢が見受けられている中、積極的に「母親優先の原則」の代案を打ち出している裁判所の働きも伺われる。

例えば West Virginia 州の Garska v. McCoy（278 S.E. 2d 357［1981］）判決において、「主たる養育者優先の推定則（primary caretaker presumption）」が唱えられている。この判決は子どもの主たる養育者を決定する基準について一〇カ項目の要素を列挙し、それぞれ配慮されるべきものと明示した[166]他、子どもは自分の言葉で監護の問題について意見

の有無により、子どもに押し付けられる社会的身分の一つであると考えるため、以下では前後の文脈において特に嫡出性を明示する必要がない場合には「子ども」を使い、嫡出性を明示する必要がある場合には「婚外子」を用いることとする。

164 実際、連邦最高裁以下の下級審の中において、既に一九二三年に Kansas 州の裁判所が子どもから親に対し直接扶養義務の履行を求める訴訟を認めたケースが存在している。Doughty v. Engler（112 Kan. 583[1923]）.

165 米沢・前掲書注（40）165頁。

166 278 S. E. 2d 357（1981）at 363. 五島京子「主たる養育者と監護者の決定―父母間における監護権の決定に主たる養育者優先の推定則を定立した Garska

を発表する程の能力があれば、例え実際の年齢が一四歳以下であっても、裁判所としては当人の意思を尊重しなければならないと説いている[167]。

しかし、そのような新たな基準が提唱されても、判断する際に性別を理由とする裁判所の態度は直ちに消えたわけではない。棚村政行が、「母親優先の原則が性にもとづく差別だとの強い非難をうけたのに対し、主たる養育者優先の原則は性に中立な概念として構成されている」[168]が、「〔…〕実際上大多数の子の監護権が母親に与えられるという状況は変化していない」[169]、と指摘している。しかも、現在では、「子どもの最善の利益（the best interests of the child）」にもとづく監護者の決定が主流だ[170]と認識されており、下級審の間において例えば一九九四年の Illinois 州の第三巡回区の控訴審のように、子どもの監護に関しては子どもの最善の利益と福祉に沿って考えなければならないとしながらも、子どもと母親の性別が合致しているために、母親に法的監護権を与えても「母親優先の原則」の適用とは言えないとしたケース[171]がある。最近に至っては、Mississippi 州の裁判所は Hollon v. Hollon（784 So.2d 943 [2001]）判決において、「〔…〕たとえ母性的保護を重視する母親優先の原則の影響が『弱まっている』としても、子どもの最善の利益を考慮するために他の要件と同じく提示されなければならない」[172]と述べ、「母親優先の原則」を絶対的に無視すべきものではないと述べた。

無論、子どもの監護をめぐる争いが一旦裁判所に持ち込まれると、子どもの最善の利益に適う監護権者は如何なる者かの最終的決定権を持つ

---

v. McCoy, 278 S.E.2d 357（W.Va. 1981）判決とその後の判例の展開―」『判例タイムズ　No.628』（1987年）136頁。

167 *Id.* at 363.

168 米沢・前掲書注（40）162頁。

169 鈴木・前掲論文注（157）299頁。

170 鈴木・前掲論文注（157）299頁。米沢・前掲書注（40）179頁。

171 In re Marriage of Arcaute（ 632 N.E.2d 1082 [1994]）. その反面、Vermont 州の Hubbell v. Hubbell（702 A.2d 129 [1997]）事件の事実審のように、精神科医の意見に沿い、子どもの性別から見れば父親に法的監護権を与えることが適切であるとするケースもある。

172 Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 181.

のは裁判所である。従って、多くの州では、子どもの最善の利益を判断する際の考慮事項を制定法により定める手法を採っている[173]。しかし、今度は社会において特定的に形成される男性や女性の人間像に応じて、裁判所が子どもの監護権者を決定する傾向が強いのではないかという疑問が問い掛けられている。

例えば、Parris v. Parris（460 S.E.2d 571［1995］）判決において、South Carolina 州の最高裁は、不動産業に努めて成功している女性のことを「頑固で怒りやすいキャリアウーマン」だとして、法的監護権を与えないことにした。そして、Tennessee 州で起こった Ruyle v. Ruyle（928 S.W.2d 439［1996］）判決においても、控訴審の裁判官は、家を留守にしていて正式な職にも就いていない父親に対し、最善を尽して子どもへの扶養義務を果たさないことは怠慢だと見做し法的監護権を与えなかった[174]。

こうした状況の中、近年において「子どもの最善の利益」の原則にも合致するような「近似的基準（approximation standard）」の原則の主張が提起された。この新たなアプローチはアメリカ法律協会（American Law Institute）によって制定された「消滅する家族に関する法的原則（Principles of the Law of Family Dissolution）」の中に反映されていた。そして、二〇〇〇年には West Virginia 州のように「近似的基準」説を採用し、州法の解釈にも適用させた例が見られる[175]。この基準の内容について、Harry D. Krause と David D. Meyer によれば、それは裁判所が子どもの監護を如何に最善な方法で解決するかを決定する際、親の子どもに対する扶養義務の果たし方につき、当該家族が消滅する前の状態

---

[173] なお、当該制定法の内容に関し、連邦政府の統一婚姻離婚法（Uniform Marriage and Divorce Act）に書かれた項目すなわち、「a：子の監護に関する親の希望、b：監護権者に関する子自身の希望、c：子と、親や兄弟姉妹さらにはその子の最良の利益に重大な影響を及ぼすことが有り得るその他の者との、相互作用、相互関係、d：子の家や学校それに地域社会への適応、e：関係する者すべての精神的、肉体的健康」と合致するものが多いらしい。鈴木・前掲論文注（157）300頁。*Id.* at 178.

[174] *Id.* at 183.

[175] *Id.* at 183-184.

をカガミ（mirrors）とした上で、衡量しながら決定すべき、というものだと説明している[176]。そうすると、前記のように裁判所は恣意的な特定の親像か家族像に基づく判断を下してしまう割合も下げられるし、両親は過去における家族に対する情愛的実践も振りかえることができ、子どもとの接し方を再確認するメリットも出てくるはずだと言われている。

第二目　「家族の絆」の維持

では、離婚した後、元の家族の絆は如何に維持されるのか。この問題に関して、同国における「共同監護（joint custody）」や「訪問権（visitation right）」などの議論を検討する。

まず「共同監護」という制度は、「一九六〇年代後半から一九七〇年代の前半にかけて行なわれた離婚法の改革によった生まれた無責離婚法（no-fault divorce law）がもたらしたのである」[177]とされ、「〔…〕母親優先の原則〔…〕がほとんどの州で廃止されたことも含めて明確かつ有力な監護権付与基準が消失し、空漠としてつかみどころのない監護権付与基準である（子どもの最善）の利益が唯一の基準となったことによるところも大きい」[178]と見られている。要するに、「子どもの最善の利益」原則は曖昧であるため、場合によっては裁判所の恣意的な裁量も許される素地を持っている。従って、「〔…〕以前なら子の奪い合い紛争とならなかったケースまで法廷に現われることにな（り）、多発防止策（として）〔…〕（共同監護）」[179]が提唱されることになった[180]。

176　ここで、Krause と Meyer は「近似的基準」説を早い段階から提唱する Elizabeth Scott の言葉を引用し、同説のポイントは「〔…〕離婚以前の家族の構造の多元性を反映させ、最善の答えを引き出せる」ことにあると述べている。*Id.* at 184.

177　この制度には、過去において離婚をする際、有責配偶者から子どもの監護権を完全に取り上げることへの反省が含まれているらしい。石川稔「ジョイント・カストディ（joint custody）と家族の自律性」『判例タイムズ　No.511』（1984年）6頁。

178　石川・前掲論文注（177）6頁。

179　石川・前掲論文注（177）6頁。棚村・前掲論文注（150）162頁。

180　このようなルーツを持つ「共同監護」の制度は、〔…〕二〇〇四年（にお

しかしながら、当該制度には、その運用上、次のような難点も伺われる。「共同監護運動をリードしてきた」[181]California 州で起こったある事案の争点は、子どもを公立学校へ行かせるか私立学校へ行かせるかをめぐる両親の間の対立であった。共同監護の下で本件のような子どもに対する重要事項に関する決定権、所謂法的監護権の確認はしばしばこのように監護権変更申立事件の形をとって裁判所へ持ち込まれる。そして、この事案について、「子どもの学校を決定することは本来家族に委ねられた事項であって、家族内にそのことをめぐって対立があっても、家族が本来備え持っている紛争解決能力によって解決されていくべきものである」[182]と述べる見解があり、同種の事案の多発によって当該家族の自律性（family autonomy）の回復は果たしてどこまで期待することができるのかという疑問が示されている[183]。

次に、考察を試みたいのは「訪問権」の問題である。同国における多くの州法では、裁判所が離婚後監護権を持たない親には子どもへの訪問権を認めることができると定められている[184]。また、学説において憲法上の権利として親の訪問権が位置づけられ得るという主張がある[185]。と

いて）〔…〕共同監護（joint custody）を制定法で認める州は四五州にのぼり、ほぼ全ての州で離婚後の父母の共同監護が認められている」と言う。棚村政行「アメリカの子の監護交流調整制度の実情と課題」『戸籍時報　No.603』（日本加除出版・2006年）23頁。

181 棚村・前掲論文注（150）162頁。

182 石川・前掲論文注（177）７頁。

183 なお、「共同監護」制度とほぼ同じ時期に展開している「子の監護交流調整制度」というものがある。この制度は公正中立な第三者とされる監護交流調整官の働きを重要視する。「共同監護」制度との異同に関する研究は他日を期したい。棚村・前掲論文注（180）23頁。

184 統一婚姻離婚法の407（ａ）項では、「（離婚判決が確定された後）子どもの継続的扶養を認められない親側には合理的な条件の下で訪問権を付与することができる。但し、裁判所は聴聞の手続を経て、当該訪問権の行使により子どもに対し肉体的、精神的、道徳的或いは情緒的健康に害をもたらした場合、付与しないか取り消すことができる」と定められている。 Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 194-195.

185 米沢・前掲書注（40）180頁。

ころが、「訪問権」をめぐる議論は、両親以外の親族との関係や、裁判所が法的監護権を獲得していない側に一旦訪問権を付与した後、その執行についても介入できるのか、もし介入できることが認められれば、法的監護権を獲得した側の拒否に遭遇する場合、裁判所の権力は果たして優位を保って、訪問権の実行を強制することができるのかなどの難問が次々と問いかけられ、展開されている。そのうち前者については、連邦最高裁が下したTroxel v. Granville（530 U.S. 57［2000］）判決[186]が一つの考え方を示している。すなわち、Sandra Day O'Connor裁判官による相対多数意見の中で、一九二〇年代の判決を顧みながら、「連邦最高裁は七五年前から一貫して親が子どもに対するケア、監護及びコントロールの権利を享有することを認めてきた」[187]ことを述べ、「子どもの養育に関する基本的決定権を享有する親の立場から考えれば、裁判所が親以外の人々から申し立てる子どもとの接触の要請を判断する際、同人の親の意見に相当な程度において配慮しなければならないことが求められる」[188]ことを明言している[189]。

他方、後者の問題については、「〔…〕子どもの立場にたって面接交渉をさせるのが望ましいかどうか、望ましいとすればいつさせるかの決定権を保有するのは、監護親であって、裁判所や非監護親ではない」と言う見解が注目されている[190]。この見解は、「非監護親との面接交渉を〔…〕

186　この事案と関連するWashington州の州法には子どもの最善の利益に資すると判断される場合、如何なる人にも随時に子どもへの訪問権を賦与すると定められている。この州法に対し、ある離婚訴訟を経て子どもの監護権を得た母親がその合憲性の疑いがあると見て、本件訴訟を提起したのである。連邦最高裁は当該州法の合憲性を認めたが、法の運用には違憲性を生じ得ることも提示している。Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 197-198.

187　530 U.S. 57（2000）at 65. John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 114, at 928.

188　Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 198.

189　なお、O'Connor裁判官の言う「親（parent）」という言葉は本判決で取り扱った事案の事実から考えれば、「子どもの監護権を持つ親」のことを指すと思われる。

190　島津一郎監修・解説、中沢たえ子訳『子の福祉を超えて　子の最善の利益①』（岩崎学術出版社・1990年）120頁。

命じるなど、監護親を子どもの養育について特別な規制に服させる場合、裁判所はその分だけ子どもの（監護親に対する）信頼を損うわけである」[191]という危惧も提示している。

第四項　同性婚・事実婚

「九〇年代に入り、〔…〕養子縁組はよりオープンになり、〔…〕卵子提供や代理母による出産が急増した。ゲイやレズビアンたちも家庭を築き、子どもを育てている。生殖技術や養子制度は、不妊夫婦だけのものではなくなり、非婚カップルやゲイ、シングルにも子どもという大きな夢を実現させることになった」[192]という同国の現実を背景にして、本項目においては、そのような同性愛者、事実婚や非婚の人々と彼（彼女）らの間に介在する子どもが「家族」という枠組みに入りたい場合、法的にはどのような態度が示されているのかという点について考察したい。

第一目　同性婚及び同性愛者による子の扶養に対する法的理解

既に言及したように、一九六七年に人々の「結婚」をする権利が合衆国憲法により保障されることを宣言したLoving判決の波紋は、あくまでも異性間、しかも一夫一妻制の婚姻制度の中に止まっていると言う見解が存する[193]。それは同性婚に対する認識は異なるものだということも同時に暗示している。例えば、婚姻の成立要件の一つとなる婚姻許可状は、所管当局は同性のカップルに対しては殆ど発給しないのが事実であり、裁判を通してそのような行政による差別の違憲性が訴え続けられているのも周知のことである[194]。

一九八〇年代に亘る同国の各州の裁判所の動きに照らし、「〔…〕連邦

191　島津一郎監修・解説、中沢たえ子訳・前掲書注（190）120～121頁。

192　岡田・前掲書注（50）７～８頁。

193　本節第二項第三目の部分を参照。

194　同国における最初の同性婚訴訟だと呼ばれるBaker v. Nelson（191 N. W. 2d 185［1971］）判決以来、「同性のカップルは、自分たちの関係は婚姻制度に含まれる関係であり、それを制限する州婚姻法は連邦憲法あるいは州憲法に違反する」という主張が草の根運動を通して長年に亘ってなされ続けている。鈴木・前掲論文注（141）173頁。

最高裁は同性間の『結婚』を憲法上の権利とはみなさないであろう」[195]としつつも、「学説上は違憲説も有力である」[196]、と示す報告がある。そのような「違憲説は一般に、平等条項違反の主張に重点を置き、同性愛者であるか否かによる区分を疑わしい区分もしくは疑わしきに準ずる区分とみなすよう主張している」[197]。

他方、判例の動きには一九九〇年代の半ばに入ってから変化も伺われる。例えば、Hawaii 州の最高裁が Baehr v. Lewin (852 P. 2d 44 [1993]) 事件を扱った際、同性愛者のカップルが申し立てた自分達にも結婚する基本的権利を享有するという主張を認めなかったが、当該同性愛者達による結婚への選択を容認しないことは州憲法に基づいて禁止された性的差別の行為に当たり、厳格審査に服すると判断された[198]。そして、Vermont 州の最高裁も Baker v. State (744 A. 2d 864 [1999]) 判決の中で、「〔…〕州による同性愛者の結婚の禁止行為は、州憲法に定められる公共利益の再配分に基づく禁止条項に違反することに当たる」[199]とした。このような流れを汲みながら、後に連邦最高裁が下した Lawrence v. Texas (539 U.S. 558 [2003]) 判決は、近いうちに「結婚」と言う行為に

---

195 米沢・前掲書注（40）164頁。

196 米沢・前掲書注（40）163頁。

197 その中、「〔…〕性差別の主張よりも実体的デュー・プロセス違反の主張の方が有益であるとして、同性間の『結婚』も異性間の結婚と同じく、子どもの養育〔…〕、生殖、〔…〕精神的絆の形成等の機能を果たしているので、両者とも結婚への権利として憲法上保障されねばならない」と主張する論者もいる。米沢・前掲書注（40）163～164頁。

198 Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 33-34. 鈴木・前掲論文注（141）175頁。しかし、岡田によれば、Hawaii 州議会は同性愛者の結婚を阻止するために州憲法の修正案を全民投票にて行った。その結果、憲法が改正され、同性間の結婚を認めないことになったようである。更に「〔…〕連邦政府としては同性間の結婚を認めない『結婚防衛法』を成立させた」ことにもなっている。岡田・前掲書注（50）137頁。

199 *Id.* at 34. なお、「二〇〇〇年四月現在、(Vermont 州は) 州として初めて、『結婚』と同等の法的権利を認める『市民的結びつき（civil union)』という制度が定められることになりそう」である。岡田・前掲書注（50）138頁。

対し、再定義をする必要があるのであろう[200]、と予言していた。このような連邦最高裁の予言に最も早く応えたのは、同時期に Massachusetts 州の最高裁が出された Goodridge v. Department of Public Health (798 N. E. 2d 941 [2003]) 判決だと思われる。すなわち、同判決において同性婚を排除する婚姻許可状に関わる制定法を州憲法に違反するとしながら、「〔…〕(現行) 法は維持し、民事婚 (civil marriage) のコモン・ロー上の定義を洗練させ」、婚姻を「〔…〕『他の者すべてを排除する二人の者の配偶者として任意の結合』を意味するものと定義した。」[201]。

他方、同性愛者と子どもの結び付きも重要な論点として議論されている。例えば、「離婚後の子どもの親権争いでは、ゲイの親はかなり不利な立場に立たされる。九六年にはフロリダ州の裁判所で、一二歳の子どもの監護 (養育) 権を、レズビアンの母親から、殺人のかどで入所していた父親に移す判決が出た」例[202]がある。

確かに、男性と結婚した後、女性が他の同性を愛し、肉体関係まで持ってしまうことが法的に不貞だと判断される場合、同国の昔の離婚法の文脈からすると、その女性が子どもの監護権を得るのは難しくなる。しかし、無責主義に基づいて形成された現在の離婚法では、『統一婚姻離婚法』四〇二項の規定のような「裁判所が子どもとは直接的な影響を持っていない監護権の申立人の性的行為を配慮しないとすべきである」という要請を無視することができない。そして、前述した Massachusetts 州の最高裁にも提示された「家族的結合体(nexus)」の概念に基づいて、現在の裁判所は子どもに直接的な影響を与えること場合を除いては、できる限り親の性的行為を評価しない姿勢を取っている。その一例として、子どもが就寝した後にネット上のチャットルームを利用し、夫以外の男性と性的会話をし、サーバーセックスを行っていたこと自体は子どもの監護に有害な影響を与えることに当たらないと判断した South Dakota 州の Zepeda v. Zepeda (632 N.W.2d 48 [2001]) 判決が存在する[203]。

---

200 Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 35.

201 同性婚をめぐる各州の状況について鈴木・前掲論文注 (141) 178～179頁を参照。

202 岡田・前掲書注 (50) 134頁。

203 Harry D. Krause and David D. Meyer, *supra* note 118, at 186-187.

但し、判例全体の動向から伺うと、前記の一九九六年の Florida 州のケースに示された傾向が決して解消されたわけではないように見える。例えば、Alabama 州の最高裁は、Ex Parte H.H.（830 So.2d 21［2002］）事件を取り扱う際、当該最高裁の首席裁判官の Moore 裁判官は補足意見においてゲイやレズビアンの親は自分の子どもを監護することには不適任だと推定されるべきだと明白に説示している[204]。

第二目　同性愛者に対する連邦最高裁の姿勢

前でも多少言及したが、連邦最高裁が同性愛というテーマについていくつかの裁判を通して扱ってきた。本項目ではそのような連邦最高裁の姿勢を概観してみたい。

まずは、Bowers v. Hardwick（478 U. S. 186［1986］）判決である。本判決において、連邦最高裁は五対四の多数意見により、大人二人による自由意志で行われるソドミー行為を処罰する Georgia 州法の規定を合憲とした。Byron R. White 裁判官が作成した多数意見においては、連邦最高裁が過去の裁判例から宣言したプライバシーの権利は「〔…〕同性愛者に自由にソドミー行為を行う権利があることまでは認めていない」と述べている。更に、同性愛的な活動を行う権利は同国の歴史や伝統に照らしても、憲法によって保障される基本的権利だと考えられてはいない、ということも語っていた[205]。

しかし、Blackmun 裁判官による反対意見（Brennan 裁判官も含めて

---

[204] 無論、同性愛者に対し、最近の裁判所は安易に Moore 裁判官と同調することはないが、親の同性愛的傾向は依然として道徳観の欠陥だと見做され、離婚後の子どもの絆との維持を認めないようにする一要素として配慮されることはやはり避けられないという指摘がある。*Id.* at 187. 830 So.2d 21（2002）at 26.

[205] John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 114, at 929-930. 要するに、White 裁判官が本判決において、「〔…〕『家族、結婚、生殖と同性愛行為との関連性は立証されていない』、ソドミーを行なう権利が、『わが国（合衆国）の歴史と伝統に深く根ざしている』とか『秩序だった自由の概念に含意される』ということはせいぜい滑稽なことである」と述べている。米沢・前掲書注（40）164頁。丸山英二「①ソドミー禁止法の合憲性と合衆国最高裁―Bowers v. Hardwick, 106 S.Ct. 2841（1986）」『判例タイムズ　No.642』（1987年）41～42頁。

三人の裁判官が同調）は心身ともに成熟している大人がプライベートで他人に対して物理的な害（physical harm）を与えてはいない以上、自由に性的行為を行うことは個人の自己統治に任せられる領域にとって最も根本的なところに位置づけられる故に、行政府からの公訴や民主的多数決に対する司法的保護を受けるべきだと言う理解を論じている[206]。なお、この Bowers 判決における Lewis F. Powell, Jr. 裁判官による補足意見や、John Paul Stevens 裁判官による反対意見の中で提起された、同性愛者に限定する特例の処罰条項は合衆国憲法の修正八条に定められる残虐で異常な刑罰の禁止規定に違反してはいないか、又は、婚姻外の性的活動について同性愛者によるソドミー行為だけを罰することは平等保護条項に反していないか等の問題点[207]が、後に大きな議論を引き起こすきっかけになったようである[208]。

続いては、Romer v. Evans（517 U. S. 620［1996］）判決である。本判決では、前述した Bowers 判決を引用することはなく、独自で「合理性を基準とする（rationality）」合憲性審査テストを用いて、個人の性的指向に基づく差別を禁止する法律の制定を制限しようとする Colorado 州の憲法修正二項につき、合衆国憲法の平等保護条項に違反し無効だと判示した。そして、Anthony M. Kennedy 裁判官による多数意見が本件の当否を判断する前提問題は、再び同性愛者の性的活動を行うこと自体が果たして憲法上保障される基本的権利であるか否かの問題、或いは、性的指向による差別は合理性の違憲審査基準より厳格的違憲審査基準を用いるべきかどうかの問題ではない[209]と述べ、前記の Bowers 判決との相

---

206 *Id.* at 930. 丸山・前掲論文注（205）43頁。

207 丸山・前掲論文注（205）42～43頁。

208 John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 114, at 930. なお、Powell 裁判官自身は後に「〔…〕男性同性愛者の同性愛行為に『親密な協同の自由』の保障を与えるべきであるという立場へと改説した」ようである。このような Powell 裁判官の思想的な転換は自己決定権の基礎づけの深部とも関わると見る論説がある。蟻川恒正「自己決定権の『思想』をさぐる」『AERA Mook 憲法がわかる』（朝日新聞社・2000年）101頁。

209 *Ibid.*

違を強調している[210]。

そのような断りの後、多数意見は、州政府や地方自治団体の立法府が性的指向に基づく差別を禁止する法令の制定行為を禁止しようとする州憲法の条項の内容と、州政府が守るべきである法的利益との間には合理的な関連性がないと判断している。なぜなら、そのような州憲法修正条項の成立は、いかなる特定の団体にとってもロビー活動を通じ自分達の利益を政治において実現させる権利への侵害に当たり、州政府が守るべき法的利益も認めることができないからである[211]。また、「〔…〕一般的意味で理解される法律には、ある特定の団体に属する市民は他の団体よりも政治的救済を求めることを難しくするような内容を持ち込むことはできない。なぜなら、それは法律によって平等を保護すべきである目的に違反することになるから」[212]とも語っている。しかし、本判決は同性愛者の如何なる行為も憲法上保障されるプライバシーの権利の範囲内だと特に明示していない[213]。

最後に本節において度々登場してきたLawrence v. Texas（539 U.S. 558［2003］）判決を見よう。前記のRomer判決を覆す本判決の重要性が既にいくつかの論稿によって指摘されている[214]が、ここでKennedy裁

---

210 例えば、紙谷雅子による本判決に対する研究の中で、Cass Sunsteinの理解を参照しながら、「（本判決）の法廷意見が、Bowers判決に言及しなかったのは、言及する必要がなかったから」と示されている。紙谷雅子「性的性向に基づく差別から同性愛者を保護することを禁止するコロラド州憲法の修正二と第一四修正の平等保護条項―Romer v. Evans, 116 S.Ct. 1620（1996）」『ジュリスト　No.1148』（1999年）335頁（並びに脚注の25を参照）。

211 John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 114, at 930-931.

212 *Id.* at 931.

213 本判決をめぐる違憲審査の手段を主に検討した紙谷雅子の研究においても、「Romer v. Evans判決が決してホモセクシュアルの権利を積極的に承認したのではない」と語っている。紙谷・前掲論文注（210）335頁。

214 藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲とされた事例」『ジュリスト　No.1255』（2003年）143頁。羽渕雅裕「同性婚に関する憲法学的考察―Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558（2003）を契機として―」『帝塚山法学　第10号』（2005年10月）48頁。

判官による多数意見のポイントだと思われる箇所を整理することに止まる。まず、本判決がBowers判決と対照的である点は、初めにKennedy裁判官が本件のルーツとして、連邦最高裁は過去における避妊や中絶という個人の私的自治を積極的に認めてきたという流れを確認したところである。次に、Kennedy裁判官はBowers判決の多数意見とは異なり、合衆国の歴史において直接、且つ厳格に同性愛者の性的活動を取り締まる文脈を読み取れないと主張し、過去に存在するソドミー行為を禁止するアメリカの歴史に照らしてみると、当該禁止の主体は「〔…〕生殖とは関係なく一般的に認識される性的行為をする者」にあり、「〔…〕プライベートで両方の合意に基づく性的行為を行う大人」ではない、と述べられている。最後に、Kennedy裁判官が意図的にプライベートで性的行為を行う大人の自由は「人類が享有すべきである自由の核心に位置づけられる」と解釈し、法理的に保護を与えるべきだと主張した点である。この点について、Kennedy裁判官は同国の中で同性愛的行為を本格的に取り締まる州はいくつも存在しないことや、欧州人権裁判所は同性愛的行為が罰されることを認めていないといった例を挙げている[215]。

しかし、最後の結論の部分においてKennedy裁判官は、次のように立法府の権限を過度に干渉し、独自に判断をするLawrence判決のイメージや影響力の幅を狭くしようとしている。すなわち「本判決はあくまでも個人のプライベート的なライフ活動への公的介入を正当化し、且つそれを行使する州政府が適法的な権益を持つことに関して（制定法を用いても）承認しないと主張するものである」[216]という弁明である。しかも、他人を傷害し、或いは合意を強要することによって性行為を行い、または子どもと性交渉するなどの場合、州側が公権力を行使し、懲罰を与える活動自体は本判決によっても禁じられていないことも示唆されている[217]。

このように、同性愛者をめぐる憲法問題に対し、連邦最高裁による答えは依然として不明確で曖昧だと思われよう。しかし、Lawrence判決

---

[215] John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 114, at 932-933.

[216] *Ibid.*

[217] *Id.* at 933-934.

によって連邦最高裁の姿勢は確実に転換しつつある。このような連邦最高裁の動きに伴い、同性婚と子どもの養育を巡る議論も裁判所の中で変化を引き起こしている。例えば、前述の Goodridge 判決は、Massachusetts 州の最高裁判所は子どもの養育と関わる「『子どもの最善の利益』という基準は、親の性指向や婚姻関係の有無によって決まるものではない。〔…〕同性カップルを法律婚から排除することは、〔…〕子どもを『養育、教育し、社会生活に適応させる安定的家族構成』の確保から生ずる計り知れない利益を同性カップルの子どもが享受することを妨げている」[218]と宣言したのである。

第三目　事実婚

同国における「婚姻は、男女の多様な共同体形成契約のなかから、並立するカテゴリーのひとつとして選考されるものである」[219]とされ、「〔…〕同棲関係にある人々は、法律上のカップルとほとんど区別のつかないほどコミュニティに公認され、価値的に並列して、社会的存在感を維持している」[220]らしい。一方、「子どもがいて初めて、人生は完成し、自己実現できる」[221]と考える同国の人々が多数存在しており、結婚の道を選択しなくても、必ずしも子どもをもうけたくないことにならないようである。従って、ここで「事実婚」に対し、司法はどのような姿勢で扱ってきたのかの問題が生ずる。

また、視点を変えて、未婚の女性が子どもと継続的に関係を保ちたい場合、前述した通りに一応法的には「母親優先の原則」の働きにより、女性にはある程度の保障があるが、男性、つまり未婚の父は自ら事実婚を選択する場合や婚姻の不成立或いは破綻を経てもなお、子どもとの結合関係を継続したい場合、如何なる法的な原則が働いているのか。それぞれの問題について、以下では考察してみたい。

218　羽渕・前掲論文注（214）48頁。
219　坂本・前掲論文注（141）40頁。
220　坂本・前掲論文注（141）41頁。
221　岡田・前掲書注（50）56頁。

一、Lawrence 判決から再び提起された事実婚の議論

前述の Lawrence 判決が下された後、州政府は同性婚に対しても異性婚と同様に婚姻の権利及び義務を認めるべきか否かをめぐる議論がより活発になっているらしい。一夫一妻制と近似する同性婚も認められるべきであるといった議論の根拠は、次のように二通りがあると言われる[222]。

まず一つ目は、同性愛者カップルが一夫一妻制の婚姻に倣って、異性愛者と同様に伝統的な結婚の儀式を踏まえるからだという理由である。それは当事者の婚姻を尊重するという意思表示になる一方、当該儀式が行なわれた効果について、憲法からも保護すべきだということとなる。二つ目は、平等保護条項に照らしてみれば、同性愛者を排除し異性愛者しか婚姻の権利及び義務を享有することができないとすることは、性的指向に基づく差別に属すると言えるため、当該規制に対しては実質的関連性の司法審査より厳しい重要な権益の司法審査基準を要求すべきである[223]、と言う主張である。

Lawrence 判決に対する O'Connor 裁判官の補足意見によれば、確かに同性婚を禁止したり制限したりしようとする州の動きに対し、憲法の平等保護条項に基づいて少なくとも性的指向による差別だと認識されうるし、司法審査の基準は単なる合理性に止まるだけでは足りない[224]、と言えよう。しかし、州側が同性婚を認めることになれば、事実婚や一夫多妻制の結婚も認めざるを得ない、という葛藤が完全に払拭され得るとも言えない。しかも異性婚により形成される伝統的家族関係を保護することには、Lawrence 判決を経ても連邦最高裁自身が完全に放棄するとは言い切れないと考えられる。例えば、住宅地の指定をめぐる問題について、Lawrence 判決が下される三〇年程前の一九七四年の Village of Belle Terre v. Boraas (416 U.S. 1 [1974]) 判決は、連邦最高裁が合理性の司法審査基準を用いて、州政府には伝統的家族の生活を保護するために住宅地域を確保する正統な権益が存在し、当該住宅地域から血縁関係や婚姻関係を持たないカップルを追放する内容となった土地利用法を支

222 John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *supra* note 114, at 934.

223 *Ibid.*

224 *Id.* at 934-935.

持することを宣言していたのである[225]。同判決の先例的拘束力はLawrence判決によっても否定されていないと理解される。

そして、テーマをもう少し拡大してみると、連邦最高裁が市の土地利用法は知的障害者による団体からの共同生活の申請を認めないとする規定は無効だと判断したCleburne v. Cleburne Living Center（473 U.S. 432 [1985]）判決という先例が存在する。同判決が無効判断を下した理由の一つは、当該土地利用法が当該知的障害者と同数の一般市民（しかも婚姻関係なども持っていない）による一つの屋根の下で共同生活の申し込みを認めることに対し、州側が知的障害者の団体から同様の申請を認める場合、如何なる社会的利益を害するのか立証されなかったため、合理性審査基準を満たしていないと見做されたのである。しかし、このCleburne判決の多数意見は、市が土地利用法の運用について血縁関係や婚姻関係を持たない人達の共同生活を認めさせないとするならば、知的障害者に対して例外措置を取らなくても良いと付注している[226]。こうして、Lawrence判決を再び振り返って考えてみると、同性婚を容認する場合、当然その当事者達に対しても居住の自由を享有することが認められることになろう。そうだとすれば、前述した土地利用に関する市側からのコントロールを引き続き容認しても良いのかといった議論[227]が浮上することも避けられなくなるであろう。

一方、Lawrence判決がもたらした議論の中で最も重要だと考えられる点は、立法府がどのような定義を以って如何なる者が子どもの扶養に適任していると判断するのかという問題である[228]。この問題を考察する上で一つの手がかりとなり得るのは、連邦最高裁が子どもを扶養するのに如何なる者が適格であるかを判断する基準の中に「未婚」という条件を設置することをめぐる判断であろう。Illinois州で起こったJarrett v. Jarrett（400 N.E.2d 421 [1979]）事件に対し、連邦最高裁はこの問題について、判断を行なう可能性を示唆していた。しかしながら、当時の連

---

225 *Id.* at 935.

226 *Ibid.*

227 *Id.* at 936.

228 *Ibid.*

邦最高裁は、当該事件をめぐる子どもの監護権を前夫と離婚し、且つ結婚をしていない男性と同棲している母親から取り上げることを認めた州の最高裁の判断を再審査することを拒絶した。当該事件のサーシオレイライを認めなかった故に、連邦最高裁による見解が出されることはなく、先例拘束力も認められていない。従って、未婚の人々が子どもを扶養しようとする行為自体を果たして個人の権利（例えば、プライバシーの権利）の行使の一部だと見做すべきなのか、或いは子どもの生みの親から承認を得た未婚のカップルは子どもを扶養する権利も一緒に譲渡され、州からの規制を受けることはなく合衆国憲法による保障を受けるべきなのかといった問題について、現に連邦最高裁は如何なる答えも出していないようである[229]。

ところで、未婚の男性と女性と子どもの相互関係についてはまた違う見解が存在している。特に未婚の男性と子どもの関係を、米沢は「（同国における）未婚の父はコモン・ロー上、子どもに対する権利も義務も認められず、事実上実在しない者として扱われていた」[230]と述べている。果たして、このような視点は現在、子どもの監護をめぐる「子どもの最善の利益」の原則の働きの下でも適切だと言えるのか。これに関して、次の項目において連邦最高裁が示した方向に沿って検討したい。

二、未婚の父に対する連邦最高裁の立場

連邦最高裁は「未婚の父」の地位をめぐる問題について Michael H. & Victoria D. v. Gerald D.（491 U.S. 110［1989］）判決が作成されるまでに、前後合わせて九つの判決を下しているらしい[231]。そして、未婚の父と複雑に関わる問題について連邦最高裁の立場が全体的に不明瞭だと言われるが[232]、次のようにいくつかのポイントを伺い知ることができよう。

まず第一に、Stanley v. Illinois（405 U.S. 645［1972］）判決が強調しているように、家族の結合性は、合衆国憲法の修正一四条によって保護

229 *Ibid.*
230 米沢・前掲書注（40）141頁。
231 米沢・前掲書注（40）141～152頁。
232 米沢・前掲書注（40）152頁。

すべきであると終始一貫して言われているのである。例えば、Stanley 判決で引用される Meyer 判決や Skinner 判決には、「〔…〕結婚し家庭をつくり子どもを養教育する自由が修正一四条の保護をうける『自由』に含まれる」こと、「〔…〕平等条項の下での審査を行うにあたって、結婚と生殖は民族の存在と存続にとって基本的である」[233]こと、といった内容が含まれている。Quilloin v. Walcott（434 U.S. 246［1978］）判決においても、「我々は多くの事例において、親子関係が憲法上の保護をうけることを認めてきた。〔…〕州が親の不適格性を示すことなく、そうすることが子どもの最善の利益になるということを唯一の根拠として、両親と子どもとの反対にもかかわらず、血縁上の家族を破壊しようとするならば、デュー・プロセス条項違反となるであろう」[234]、と説明している。そして、前述の Michael H. & Victoria D. 判決の中では、「〔…〕本件の父子関係も憲法上の保護をうけるとしている」[235]とされている。

第二に、Stanley 判決が示した「〔…〕（生みの）父親の利益を保護することが家族単位の結合性の保護につながる」[236]という考え方は、養子縁組を成立させようとする時、実の父親がその成立に対して拒否権を持つか否かを判断する事案において、未婚の父と子どもの間の「実質的関係」[237]を査定する基準が生まれることに繋がった。要するに、未婚の父

233　405 U.S. 645（1972）at 651. 米沢・前掲書注（40）144頁。

234　434 U.S. 246（1978）at 255. 米沢・前掲書注（40）145頁。

235　491 U.S. 110（1989）at 123-124. 米沢・前掲書注（40）152頁。

236　405 U.S. 645（1972）at 651-652. 米沢・前掲書注（40）144頁。

237　例えばCaban v. Mohammed（ 441 U. S. 380［1979］）判決においては、連邦最高裁は「〔…〕未婚の父は、子の養子縁組に際して、未婚の母と同じ決定権限を有してはいない」ことが「〔…〕性的に基づく区分」だと見做され、「〔…〕未婚の父と母の別扱いは、〔…〕（婚外子の養子縁組を促進する）州の利益と実質的関連性を有していない」こととされ、「〔…〕婚外子の父であることがはっきりしており、しかも、実質的な父子関係が形成されている場合にまで、父母間に区別を設けることは、広範すぎる一般化であり、平等条項に違反する」とした。また、Lehr v. Robertson（ 463 U. S. 248［1983］）判決では、「未婚の父が、子の養育に積極的に関与することにより、親としての責任を十分果たしていることを示すときには、子と人的接触を保つという父の利益は、デュー・プロセス条項の下で実質的な保護をうける」と再び説明されている。米沢・前

の利益を保護すべきだと判断する前に、「〔…〕『未婚の父が、子の身体的もしくは精神的ニーズを充足し、子に助言や指示を与え、日常的に子と同居することを申し出ることによって、子の監護について迅速に責任を負う場合に』」当たるか否かを判断した後、「『〔…〕第三者による養子縁組手続において、他の親がその権利の終了に先だって与えられるのと同じ憲法上のデュー・プロセスおよび平等保護の保障を受ける権利を有する』」[238]かどうかを決定することになったのである。

第三に、Caban v. Mohammed（441 U. S. 380［1979］）判決は、「〔…〕新生児については留保しながらも、母子関係の父子関係への一般的優位化を否定して」いる。それ故、「〔…〕新生児の養子縁組の場合をどのように考えるのかという問題が残されている」[239]のである。この点について、鈴木隆史は一九九〇年にNew York州の最高裁がIn the Matter of Raquel Marie X. / In the Matter of Baby Girl S.（76 N. Y. 2d 387［1990］）事件に対して下した判決を用いながら、改めて「子どもの最善の利益」の原則に対応する「実質的関係」の基準を擁護し[240]、問題解決への手懸りを提示している。すなわち、New York州の最高裁が当該事件の問題を「〔…〕『憲法上の保護不適格性の立証のない限り親子関係の継続を保障される権利を最大限に拡張して、現実の関係が存在し得る前に子が養子縁組のために託置される場合にまで及ぼすべきかどうか、そしてもしそうであるとするならば、未婚の父のどのような行動が、こうした権利を未婚の父に与えるために十分とされるような親としての責任を負う熱意を示すものといえるのか』」[241]に絞り、「〔…〕連邦最高裁は、Cabanケースでは、現実の監護上の関係を有していなくとも、未婚の父がそうした関係を形成する熱意を示したことを評価して未婚の父を保護する一方、Lehrケースと Quilloinケースでは、未婚の父が子との関係

掲書注（40）147頁・151頁。

238 鈴木隆史「アメリカにおける事実上の親子関係の保護―未婚の父の乳幼児との関係形成利益の保障について」田山輝明ら編『現代家族法の諸相　高野竹三郎先生古稀記念』（成文堂・1993年）267頁。

239 米沢・前掲書注（40）148頁。

240 鈴木・前掲論文注（238）270頁。

241 鈴木・前掲論文注（238）259～260頁。

を形成する機会を利用しなかったことから、当該父子関係を保護しなかった」[242]と認識し、「〔…〕適当な事情の下で未婚の父の権利が認められるべきである」[243]という結論を導いたのである。

以上のように、未婚の父が子どもとの間に如何なる権利義務が形成されるのかという問題について、連邦最高裁は「実質的関係」の基準に従って判断をする傾向があることが伺われよう[244]。ところが、子どもの意思は裁判所の判断に如何に反映され、或いは対応されるのか。この疑問について、次は「〔…〕（子ども）自身は、養子縁組を希望する旨を表明したが、他方で、実父への訪問を継続することの希望をも表明していた」[245]という事案に関する前記の Quilloin 判決の全体像を見てみたい。

三、 Quilloin v. Walcott（ 434 U. S. 246［1978］）判決

本判決の事実関係および判決理由の中で注目すべき点は次の通りに整理される。

（一）、事実関係

本件と係わる当時の Georgia 州法は、未婚の父が婚外子の嫡出性を認定しない場合、婚外子の養子縁組を阻止する同人の権利を認めないとしている。そして、本件の未婚の父は当該婚外子が一一歳になるまでに、嫡出性を認定しようとする手続を取らずに、継父が当該婚外子との養子縁組を申請する際、初めて婚外子との嫡出性を確定しようと思っていた。その上、当該婚外子への継続的扶養義務を果たす父の意図が養子縁組申請が行なわれるまでに、殆どないと言うことも判明していた。控訴審において、未婚の父は修正一四条のデュー・プロセスと平等保護条項に基づき、未婚の父も他の結婚した父親と同じように、自分の子どもの養子縁組に対し、拒否する権利が保障される、と主張した。ところが、控訴

---

242 鈴木・前掲論文注（238）260頁。

243 鈴木・前掲論文注（238）260頁。

244 米沢の整理によると、「実質的関係」の基準に依拠しない Parham v. Hughes（ 441　U. S. 347［1979］）判決がある。米沢・前掲書注（40）148～150頁。

245 米沢・前掲書注（40）145頁。

審はGeorgia州が本件と関わる州法につき、「子どもの最善の利益」の原則に照らしながら、当該婚外子に対しより適切な養子縁組を選択させ、本件に適用しようとする姿勢は、未婚の父が享有すべきであるデュー・プロセスの権利を侵害することにはならない、と判断した。しかも、本件の未婚の父は当該婚外子に対する扶養の責任を実質的に果たしていないことが認められ、他の普通に法律婚の手続を踏まえ、子どもの嫡出性の承認を手助けようとする男性と比べ、生みの父親とは言え、子どもの養子縁組に対し、拒否する権利を持たせないことが平等保護条項を勘案しても違反とは言えない、とも付言していたのである[246]。

(二)、判決の要旨

本件につき、連邦最高裁は全員一致の結果に達し、Marshall裁判官が法廷意見を作成した。法廷意見では、一九七二年のStanley判決に示された一定の条件を満たした父親の子どもへの交わり、世話、扶養と監護を行う権利はデュー・プロセスと平等保護条項に照らして、重要な権利だと認められることが確認された。そして、州が適性を認められた父親と子どもの関係に関与しようとする動きは最小限（de minimis）に止められなければならないと述べられた[247]。ところが、本件の事実関係に照らし合わせてみると、Stanley判決が認めた未婚の父の権利の範囲は不明であり、州の利益と未婚の父の利益を如何に衡量すべきかと言う未解決の問題が残されたため、法廷意見は次のように未婚の父の実体的権利を論じていた。

まずGeorgia州法に従って結婚した両親は自発的に子どもに対する権利を放棄するか、或いは裁判所により親として不適格であるとされた場合を除いて、子どもの養子縁組に対する同意権を持つことが認められるべきであると法廷意見は言う[248]。その一方で、婚外子の場合は母親しか同意権を持たず、生みの父親が婚外子に対する権利は母親と同様に主張し得るのは、当該婚外子の母親と結婚するか、婚外子に対して嫡出性を認定する手続をとるかのどちらかの方法による場合だけであると述べて

[246] 434 U.S. 246 (1978) at 247-253.

[247] *Id.* at 247-248.

[248] *Id.* at 248.

いる。生みの父親はこれらの方法を採っていない以上、婚外子の母親しか親の権利を享有しないことになり、養子縁組を拒否する権利も母親しか行使し得ないということも説示をしている[249]。

続いて、法廷意見は本件の控訴人となる未婚の父が過去の一一年間の間に一度も当該婚外子の嫡出性を認めようとしないこと、及び不特定な時にしか玩具やプレゼントを当該婚外子と接触を図っていないことなどを確認した。それに加えて、子ども自身は、本件の養子縁組の成立を期待する意思を有していることや、現に母親と結婚している父親の氏をつけたいという気持ちを持っているということも確認をしている[250]。ここで、子どもの意思表明を巡って、法廷意見は、「養子縁組が成立した後、何らかの条件の下で、子どもは引き続き控訴人（生みの父親）からの訪問も受けたいという意思を確かに表明した。しかしながら、そうした意思の表明より現在の家族に養子として迎えられたいという子どもの希望は、控訴人が本来享有すべきか或いは獲得するかもしれない親権（訪問権）を奪うか否かに関する Georgia 州法によって影響を受けない」[251]と「脚注一一」のところに述べていた。要するに、子どもの養子縁組を通じ、長年に亘り一緒に過ごしてきた人達と本当の家族になりたいという要望と、引き続き生みの父親と交流したいという気持ちは、本件の控訴人が求める当該養子縁組への拒否する権利とは別々に考えるべきとの立場を裁判所は採ったのである。本稿は、子どもが如何なる家族的な結合（family unit）を持ちたいかという問題について、子どもが当事者として一定の程度までその意見を表明することに配慮する裁判所の姿勢を肯定的に評価したい。

［付記］

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2009年３月25日授与）に加筆・修正したものである。加筆・修正の際には、黒澤修一郎氏（北

249 *Id.* at 248-249.

250 *Id.* at 249-251.

251 *Id.* at 251.

海道大学大学院法学研究科博士課程）にご協力いただいた。記して謝意を表したい。