

アメリカにおける同性愛,
同性婚に関わる憲法上の問題の考察

中 曾 久 雄

アメリカにおける同性愛、 同性婚に関わる憲法上の問題の考察

中 曾 久 雄

1 問題の所在

アメリカにおいては、同性愛者の権利の制限、同性婚の否定が重大な憲法上の問題として議論されてきた。ことに、近時、同性婚の否定をめぐっては数々の訴訟が提起されている。本稿では、アメリカにおける同性愛、同性婚に関する訴訟、同性婚の憲法上の問題に関する議論を概観し、同性婚・同性愛についての憲法上の問題を考察する。

本稿の構成は以下の通りである。まず、2では、同性愛者に対する保護を禁止する州憲法、同性愛者の性的自由を処罰する州法、同性婚を否定する州憲法の合憲性の問題を検討する。次に、3では、DOMAに関する問題を検討する。そして、最終的に、4ではこれまでの検討をふまえ、同性愛、同性婚に関する憲法上の問題を考察することにする。

2 同性愛者に対する保護を禁止する州憲法、同性愛者の性的自由を禁止する州法、同性婚を否定する州憲法の合憲性

2-1 同性愛者に対する保護を禁止する州憲法の合憲性

同性愛者に対する保護を禁止する州憲法の合憲性が問題となったのは *Romer v. Evans*¹⁾ である。事案の概要は以下の通りである。1992年にColorado州にお

いて、州民投票により修正2条（amendment 2）が可決された。可決された修正2条の規定は以下のようなものである。「Colorado州では、州の部門、部局を通じ、あるいは、その機関、政治的機関、地方公共団体、学校区においてホモセクシュアル、レズビアン、バイセクシュアルの性向、行為、ふるまい、関係性をもって、あらゆるマイノリティの地位、クォータ選好、保護的地位、差別の主張の根拠となり、あるいは、そのような権利を付与する制定法、規則、条例、政策を制定し採用し、あるいは、執行してはならない」。その後、州の公務員を含む複数の同性愛者が修正2条の無効を宣言し、その執行停止を請求する訴訟を提起した。

Kennedy 裁判官の法廷意見（Stevens 裁判官、O'Connor 裁判官、Souter 裁判官、Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官同調）は、修正2条が修正14条の平等保護違反であるとして、その理由を以下のように述べる。州憲法の規定は、同性愛者への特別扱いを否定するのみならず、一般的な法律や政策による同性愛者の保護を否定するものである。修正14条の平等保護のもとでは、基本的権利に対する制限にならず、また、当該区分が疑わしい区分でなければ、何らかの正当な目的との間に合理的な関連性がある限り、法律における区分は合憲である。正当な立法目的との合理的関連性を要求することで、当該区分が法律により不利益を被ることになる集団を不利に扱う目的ではないことを保障しようとしているのである。修正2条は、特定の集団だけが政府の助力を求められないとしており、それは文字通り法の平等保護を否定している（a denial of equal protection of the laws in the most literal sense）。また、先例では、「平等保護に何らかの意味があるとすれば、少なくともそれは政治的に人気のない集団に対するむき出しの敵意は正当な政府利益を構成しない」（equal protection of the laws' means anything, it must at the very least mean that a bare ...desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a legitimate governmental interest）ことが明確にされている。そうすると、問題となっている修正2条は、特定の集

1) 517 U. S. 620 (1996).

団に対する敵意に基づくものとしか考えられず、正当な目的との合理的関連性を欠くものである²⁾

2-2 同性愛者の性的自由を制限する州法の合憲性

次に、同性愛者の性的自由に対する制限の問題についてである。この問題を考えるに際して、重要なのが *Lawrence v. Texas*³⁾ である。本件で問題になったのは、別件捜査のためアパートに立ち入った警察官により、偶然発見された成人男性2名（被告人）による性行為である。Texas 州の刑法は同性者間の逸脱した性行為（「人の性器の一部を他人の口、または、肛門に接触させるすべての行為」）を犯罪として規定していた。そして、起訴された被告人は、同性愛者の性的自由を処罰する州刑法が違憲であると主張した。

Kennedy 裁判官の法廷意見 (Stevens 裁判官, Souter 裁判官, Ginsburg 裁判官, Breyer 裁判官同調) は, *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986) を覆して, ソドミー行為について, 憲法上の保護を認めた。その理由を以下のように説明する。ソドミー行為を処罰する法律は、最も私的な行為と場所に関わるもので、広範な影響を伴うものである。にもかかわらず、*Bowers* 判決においては、権利の歴史性が問題とされた。すなわち、ソドミー処罰法は古くからあるとされたが、その認識は誤りである。歴史的な流れでいえば、近時において同性愛者に対する規制は後退している。ソドミー処罰法が制定され始めたのは、1970年代に入ってからであり、それも9つの州が制定しているに過ぎなかったし、過去10年間、ソドミー処罰法を廃止する州が増加している。また、模範刑法典もソドミー行為を違法としたが、実際はほとんど執行されることはなかった。さらに、イギリスでは同性愛者の処罰を撤廃し、1981年にはヨーロッパ人権裁判所が、同意に基づく同性愛行為を処罰する北アイルランドの法律をヨーロッパ人権条約に違反すると判断した (*Dudgeon v. United Kingdom*)⁴⁾ そし

2) *Id.* at 633-34.

3) 539 U. S. 558 (2003).

4) *Id.* at 564-73.

て、Bowers 判決後、2つの判決が Bowers 判決に疑問を投げかけている。まず、*Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* では結婚、生殖、避妊、家族関係などの個人の選択に憲法上の保護が及ぶことを認めた。次に、*Romer v. Evans* では、同性愛者を標的とする州憲法が違憲とした⁵⁾

州刑法の法定刑は微罪ではあるが、その人の尊厳にとり重大な意味を持つ。そして、Bowers 判決の中核部分とその前後の先例は明らかに矛盾している。そこで、本判決は Bowers 判決の Stevens 裁判官の反対意見に従う。すなわち、州における支配的な多数者が特定の行為を伝統的に不道徳と見てきたという事実は、当該行為を禁止する法律を支持する十分な根拠とはならない、および、親密な事柄に関する個人の決定は子供を残すことを意図しないときであっても修正 14 条が保護する自由である⁶⁾ Bowers 判決は誤りであり覆されるべきである。州は同性愛者の性行為を処罰し、彼らの運命を支配してはならない。そして、修正 14 条のもとで保護される自由は、「政府に介入されない個人の領域が存在するという、憲法の約束」(It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter) であり、州刑法は私的な生活への介入を正当化することができるような正当な州の利益を促進するものではない。

2-3 同性婚を否定する州憲法の合憲性

最後に、同性婚を否定する州憲法の合憲性である。以下では同性婚を否定する州憲法の規定の合憲性に関わる主要な判例を概観する。

Perry v. Schwarzenegger まず、*Perry v. Schwarzenegger*⁷⁾ である。事案の概要は以下の通りである。原告は同性のカップルで、California 州において婚姻許可証 (marriage license) を提出したが、州憲法の Proposition 8 に基づいて拒否された。Proposition 8 は、同性婚の合法性を認める判決⁸⁾ を覆すために、同性婚の

5) Id. at 573-75.

6) Id. at 577-78.

7) 704 F. Supp. 2d 921 (N. D. Cal. 2010).

反対派が提案し、2008年11月、California州における州民投票の結果成立したものである。Proposition 8は「California州において、1人の男性と1人の女性の間の婚姻のみが、有効なものであり承認される」と規定する。Proposition 8が修正14条の実体的デュー・プロセス、平等保護条項に反するかどうかについて、連邦地裁は以下のように判示した。まず、Proposition 8が実体的デュー・プロセスに反するかどうかについてである。実体的デュー・プロセスのもとで問題となるのは、婚姻が基本的権利として認められるかどうかである。それを判断するために、裁判所は当該権利がアメリカの歴史、伝統、実践に根づくものであるかどうかを審査する必要がある。婚姻の権利については、*Loving v. Virginia*において基本的権利として認められて以来、連邦最高裁は婚姻の権利が基本的権利であることを再三承認してきた⁸⁾しかしながら、本件において、原告は、婚姻が基本的権利であるということ、あるいは、基本的権利に対する制限を行うすべての立法に対して厳格審査が及ぶということを争っているのではない。本件における問題は、婚姻という基本的権利が制限されているのか、あるいは、同性婚の権利という新しい権利が制限されているのかということである⁹⁾本件において問題となっているのは、婚姻という基本的権利でもなく、同性婚という新しい権利の承認でもなく、広い意味での婚姻の権利である¹⁰⁾婚姻の権利は歴史的なものであり、配偶者を選択し、相互の同意で家庭を形成することをその内容とするものである。そして、人種差別や性差別が行われた時代において、婚姻に対する人種や性別に基づく制限が行われるようになったのである¹¹⁾こうした観点からすれば、同性婚を排除するProposition 8は、性的な固定観念という歴史的所産に基づいている。性的固定観念が確固として存在していた時代もあったが、現在においては、そうした固定観念も排除

8) *In re Marriage Cases*, 183 P. 3d 384 (Cal. 2008). このなかで、同性婚の婚姻の権利の否定は、州憲法に反すると判示された。

9) *Perry*, 704 F. Supp. 2d at 992.

10) *Id.*

11) *Id.*

12) *Id.* at 993.

される方向にあり、異性間の婚姻はもはや婚姻の中心的要素ではなくなっている¹³⁾そして、結果として、同性婚を求める原告にとり、Proposition 8は婚姻の権利を侵害していることになる¹⁴⁾

次に、Proposition 8が平等保護に反するかどうかについてである。Proposition 8が促進する政府利益は以下の6つであると説明されている。1つ目が、異性の間の婚姻の維持の必要性と、そのために、同性婚の婚姻を排除するという必要性である。2つ目が、婚姻の基本的性質を大幅に変えるような社会変革の実行に対する注視の必要性である。3つ目が、安定的で責任ある出産を増加させ、異性間での育児を行う必要性である。4つ目が、宗教的・道徳的理由で同性婚に反対する人の権利を保護する必要性である。5つ目が、同性間の婚姻と異性間の婚姻を異なった取扱いを行うのは、California州での異性間の婚姻が他の州においても承認され、また、連邦法上との整合性を持たせるために必要だからである。6つ目がその他の利益の保護である。平等保護の審査については、Proposition 8の促進する州の利益が、正当なものかどうかを判断する。Proposition 8が促進する州の利益は、正当な州の利益とは何ら関係がなく、合理的ではない。まず、1つ目の利益である。異性間の婚姻のみを保護し同性間の婚姻を排除するProposition 8は、性に関する時代遅れで、しかも信用性のない考えに基づくものであり、平等という正当な州の利益を害するものである¹⁵⁾次に、2つ目の利益である。2つ目の利益も正当な州の利益と何ら関連するものではない。同性婚の主張は、社会および婚姻制度の変革を迫るものではない。そのために、州は同性のカップルに対して、婚姻許可証を拒否する理由はない¹⁶⁾次に、3つ目の利益である。3つ目の利益については、異性間の両親も同性間の両親も子育ての資質は同じであり、異性間の両親で育児を行う必要性はない¹⁷⁾次に、4つ目の利益である。Lawrence v. Texasにおいて、連邦最高裁

13) Id.

14) Id. 994.

15) Id. at 998.

16) Id. at 998-99.

17) Id. at 999-1000.

は明確に州の実効の多数者が倫理的・道徳的信念を強制することはできないと判示しており、宗教的・道徳的理由で同性婚に反対する人の権利を保護するというのは正当な州の利益ではない¹⁸⁾次に、5つ目の利益である。州法は同性婚を否定するものではなく、むしろ、同性婚も異性婚も平等に取り扱っている¹⁹⁾最後に、6つ目の利益である。今日では、同性婚も異性婚も平等になりつつあり、また、*Romer v. Evans* では、同性婚が異性婚を侵害するという信念は、正当な州の利益ではないということが判示されている²⁰⁾ 結局のところ、*Proposition 8* には、正当な州の利益は存在せず、婚姻許可証を発するという州の義務を妨げるものであり、どのような司法審査基準のもとであっても違憲である²¹⁾

Hollingsworth v. Perry 次に、*Hollingsworth v. Perry*²²⁾である（なお、本判決は、*United States v. Windsor* の companion case である）。*Perry* 判決について、被告であった州知事（Arnold Schwarzenegger 知事）は地裁の判決を受け入れ、控訴を行わなかった。しかし、*Proposition 8* の提案者である Dennis Hollingsworth が控訴裁に対して訴訟参加を求め、控訴裁は Hollingsworth の訴訟参加を認めた。ただ、控訴裁は地裁の判決を支持し、*Proposition 8* を違憲とした²³⁾その後、本件は上告され、上告が受理された。連邦最高裁は、上訴人の訴えを棄却した。

Roberts 首席裁判官の法廷意見（Scalia 裁判官、Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官、Kagan 裁判官同調）は、以下のように判示する。連邦憲法3条の事件および争訟性に該当するかどうかについては、現実の争訟（actual controversy）が求められる。被上訴人である同性のカップルは、連邦憲法3条のもとで、原告適格を有している²⁴⁾これに対して、イニシアティブの提案者は原告適格を有し

18) Id. at 1002.

19) Id. at 1001.

20) Id. at 1002.

21) Id. at 1003.

22) No. 12-144 (U. S. June 26, 2013).

23) 671 F. 3d 1052 (9th Cir.).

24) *Hollingsworth*, slip op. at 6.

ていない。そもそも、上訴人は、直接的な利害関係を有していない。一度、イニシアティブが州民投票により可決されると、それは正式に憲法修正となっている。そのために、すべての州民の有する利益と区別できるような個別の利害関係 (personal stake) を上訴人は有していない。そのために、イニシアティブの提案者は、原告適格を有していない²⁵⁾

これに対して、Kennedy 裁判官の反対意見 (Thomas 裁判官, Alito 裁判官, Sotomayor 裁判官) は以下のように指摘する。州裁判所は、州法のもとでのイニシアティブの提案者は州の利益を主張することを認めている。法廷権意見は、州の政治過程および州裁判所の判断を無視し軽視するものである²⁶⁾ イニシアティブの提案者に対して原告適格を認める州裁判所の判断の方が、法廷意見よりも、連邦憲法 3 条についてのダイナミズム的理解および原理を反映するものである。

結局、本判決では、訴えを退けたために、Proposition 8 を違憲とした連邦地裁の判決が確定することになった。なお、本判決では、Proposition 8 について憲法上の判断を示していないので、今後、連邦最高裁が同性婚を否定する州憲法の規定の合憲性をどのように判断するかが注目される。

3 Defense of Marriage Act をめぐる憲法上の諸問題

近時、同性婚をめぐる問題において注目されているのは、婚姻は異性間のみ限定し、他州で有効な同性婚を承認するかどうかはその州の判断に委ねると規定する Defense of Marriage Act (以下、DOMA とする) の問題である。以下では、DOMA をめぐる諸問題を検討する²⁷⁾

25) Id. at 8-10.

26) Id. at 13-14 (Kennedy, J., dissenting).

27) DOMA に関する部分は、中曾久雄「Defense of Marriage Act の合憲性」愛媛法学会雑誌 第 40 巻第 1・2 合併号 (2014 年) 87~111 頁を加筆・補正している。

3-1 DOMAの制定過程とその内容

DOMAの制定の契機となったのは、1993年のBaehr v. Lewin²⁸⁾である。Baehr v. Lewinをうけて、1996年に連邦議会はDOMAを制定した。DOMAはGeorgia州選出の共和党下院議員のBob BarrとOklahoma州選出の共和党上院議員のDon Nicklesにより提案されたものである²⁹⁾

そして、DOMAは、以下のような政府利益を促進するものであると説明されていた。第1に、伝統的な異性間の婚姻制度の保護である。アメリカにおいて、歴史的に婚姻は異性間に限定されてきたのであり、こうした婚姻制度は、安定した健全な社会の基盤である³⁰⁾第2に、伝統的道德の促進である。同性婚を認めることは不道徳な行為を正当化することになる³¹⁾第3に、州の主権の促進である。例えば、ある州において同性婚が認められてしまうと、同性愛者はその州において婚姻をし、同性婚を否定する本拠とする州に戻り、他州での裁判手続の効力等を州間相互で尊重を規定する連邦憲法第4条1節の「十分な信頼と信用条項」を根拠に、同性婚の容認を強いる事態が発生しかねない。そこで、DOMAはそうした同性婚を無効化することで、同性婚を認めるかどうかについての混乱やあるいは同性婚を認めることを求める訴訟を防止することができる³²⁾第4に、連邦資源の維持である。もし、同性婚が認められてしまうと、連邦法上の健康保険、年金などが同性の配偶者に認められることになるが、その額は何百万ドルにもなる。アメリカの多くの国民は同性婚に反対しており、同性婚に対して税金を支出するのは公正ではない³³⁾これに対して、DOMAに反対する議員らからは、DOMAは不要であり「十分な信頼と信用条項」違反

28) 852 P.2d 44 (Haw.1993). Hawaii州の保健省により、婚姻許可証の発行を申請したところ、同性のカップルであることを理由にして拒否されたため、そうした処分が違憲であること、および、処分の差止めを求めた事件である。

29) Barbara Robb, *The Constitutionality of the Defense of Marriage Act in the Wake of Romer v. Evans*, 32 NEW ENG. L. REV. 263 (1997).

30) Id. at 288-89.

31) Id. at 290.

32) Id. at 290-91.

であるとの意見や、あるいは、同性婚を認めることは異性間の婚姻を崩すものではないという意見、あるいは、DOMAは同性愛者に対する敵意に基づき制定されているという意見が出された³⁴⁾ DOMAに対して賛否両論が渦巻くなか、結局、当時の Bill Clinton 大統領が拒否権を行使しなかったために、DOMAは成立することになった³⁵⁾そして、DOMAの制定の結果、連邦法上の社会保障（健康保険、年金）は、同性の配偶者に対して認められないことになったのである³⁶⁾

3-2 DOMAの合憲性—DOMAと実体的デュー・プロセス、平等保護、連邦制—

次に、DOMAをめぐる憲法上の問題を検討する。DOMAに関する憲法上の論点は、以下の3つの点である。第1に、同性愛者の婚姻の権利に対して制限を課すという点、および、不道徳という理由に基づく自由の制限という点で、実体的デュー・プロセス違反かどうかということである。第2に、異性婚と同性婚を差別する点で、平等保護条項違反かどうかということである。第3に、婚姻について連邦法で定義し、ある州で同性間に婚姻が認められているとしてもその関係を認める義務は他の州にないとする点で、連邦制に反するかどうかということである。

33) Id. at 292. さらに、同性婚に反対する議員達は、DOMAが裁判所により違憲とされる可能性があると考え、それを回避するために、「合衆国における婚姻は男女間の結合のみで構成されなければならない」と規定する Federal Marriage Amendment を合衆国憲法の修正条項として成立させようとした。しかし、この修正条項はこれまで否決されつづけている。そして、2013年6月28日に、United States v. Windsor に対抗するために再度議会で提出された。H. J. Res. 51.

34) Robb, *supra* note 29, 292-93.

35) Bill Clinton, *It's time to overturn DOMA*, Washington Post March 8, 2013. Clinton 元大統領は、DOMAの制定が差別に口実を与えるものであると理解されるべきではないと警告する声明を含めたと主張する。しかし、現時点では、DOMAは差別に口実を与えるよりもさらに悪いことに、この法律自体が差別的であるとし、DOMAは覆されねばならないとする。

36) Sherman Rogers, *The Constitutionality of the Defense of Marriage Act and State Bans on Same-Sex Marriage: Why They Won't Survive*, 125 HOWARD L. J. 137 (2010).

実体的デュー・プロセス 実体的デュー・プロセスの問題を考える上で重要なものが *Lawrence* 判決である³⁷⁾ *Lawrence* 判決では *Casey* 判決を引用し、結婚、生殖、避妊、家族関係、育児、教育についての個人の選択に憲法上の保護が付与されるとし、同性愛者に対しても異性愛者と同様にこうした事項について憲法上の保護が及ぶとしている。そうすると、DOMA は同性愛者の婚姻の権利に対して重大な制限をしていることになる³⁸⁾ しかし、*Lawrence* 判決の意義はそれだけでなく、不道徳という理由による自由の制限は多数者が単に禁止されている当該行為を嫌っているに過ぎず、したがって、こうした理由に基づき自由の制約を憲法上正当化できないことを明確にしたことにある³⁹⁾ これは、結局のところ、裁判官が政府による自由の制限が恣意的なものかどうかを決定することを可能とするものである⁴⁰⁾ *Lawrence* 判決の上記の趣旨に即すれば、DOMA の制定理由あるいは目的を問うことが必要となる⁴¹⁾ DOMA が多数者の道徳的信念に基づくものであることは、DOMA の制定過程から明らかである。DOMA は、伝統的な異性間の婚姻制度の保護という政府利益の促進が制定理由の1つになっているが、その背後には多くのアメリカ国民は同性婚を誤ったものであるという考え、あるいは、同性婚を許容してしまうと異性間の婚姻が侵害されるという信念が存在するという⁴²⁾ そうすると、多数者の道徳信念に基づいて制定された DOMA は、*Lawrence* 判決に従えば、違憲ということになる⁴³⁾

平等保護 次に、DOMA と平等保護との関係についてである。DOMA 3条に

37) *Lawrence* 判決の意義および位置づけについては、中曾久雄「列举されていない権利の保障の新たな展開－Randy Barnettの自由の推定理（presumption of liberty）とその意義」阪大法学61巻3・4号（2011年）。

38) Roger Severino, *Or for Poorer? How Same-sex Marriage Threatens Religious Liberty*, 30 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 939, 956-957 (2007).

39) Randy Barnett, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, 2003 CATO SUP. CT. REV. 21, 37.

40) John Rogers, *The Defense of Marriage Act (DOMA) and California's Struggle with Same-Sex Marriage*, 23 REGENT U. L. REV. 97, 104 (2010).

41) Rogers, *supra* note 36, at 161-62.

42) Robb, *supra* note 29, at 325-26.

43) Rogers, *supra* note 36, at 162.

については、すでに下級審レベルにおいて、修正5条の平等保護違反とした判決が存在する。Gill v. Office of Personnel Management⁴⁴⁾では、異性間の婚姻を行っているカップルに付与されている社会保障を、同性婚のカップルに否定するのは修正5条の平等保護に反するとされた。さらに、DOMAの制定理由は、責任ある出産と子育ての奨励、異性間の婚姻の維持、伝統的道徳の維持、連邦の資源の維持であると説明されるが、それらはDOMAを支える合理的根拠とはならないとしている⁴⁵⁾ DOMAが平等保護に反するという見解は、学説によっても支持されている。Romer判決は、政治的に人気のない集団に対する偏見や悪しき動機に基づく立法であることが明確な場合には正当な政府利益を構成せず、たとえ緩やかな審査を適用しても違憲となることを明確にしている⁴⁶⁾ DOMAは、その制定史、および、文言からしても、明らかに同性愛者に対する敵意を動機としている⁴⁷⁾ その意味で、DOMAは、Romer判決で問題となった修正2条と同じ構造である⁴⁸⁾ さらに、敵意や偏見に基づき、特定の集団に対して社会保障を給付しないというのも憲法上許されないということが判例上確立している。DOMAは異性間で婚姻したカップルに給付される社会保障を否定している。これは同性愛者も納税者であるということが無視されていることを示すものであり、差別以外の何ものでもない⁴⁹⁾ そうすると、DOMAは、たとえ合理性の基準を適用したとしても、平等保護違反ということになる⁵⁰⁾

連邦制 最後に、DOMAと連邦制との関係についてである。連邦制との関係においては、修正10条と4条1節の十分な信頼と信用条項が問題となる。まず、

44) 699 F. Supp. 2d. 374 (D. Mass. 2010).

45) Id. at 388-389.

46) John Neal, *Striking Batson Gold at the End of the Rainbow: Revisiting Batson v. Kentucky and Its Progeny in Light of Romer v. Evans and Lawrence v. Texas*, 91 IOWA L. REV. 1091, 1113-1114 (2005).

47) Note, *Litigating the Defense of Marriage Act: The Next Battleground for Same-Sex Marriage*, 117 HARV. L. REV. 2684, 2700 (2004).

48) Id. at 2701.

49) Robb, *supra* note 29, at 338-339.

50) Rogers, *supra* note 36, at 123.

「この憲法によって合衆国に委ねられておらず、また憲法によって州に禁じられていない権限は、それぞれの州または人民に留保される」と規定する修正10条についてである。この点については、下級審ではあるが、*Commonwealth v. Department of Health and Human Services*⁵¹⁾において、連邦政府は連邦の補助金の支給に際して州に対して同性のカップルに補助金の給付を行わないことを条件としており、DOMAは修正10条および支出条項（Spending Clause）（1条8節1項）のもとで認められた議会の権限を越えるものであると判示している。

次に、「それぞれの州においては、すべての他の州の公の法律、記録及び司法手続に対して、十分な信頼と信用を与えなければならない。連邦議会は、一般的な法律でもって、それらの法律、記録及び手続を証明する方法及びその効力について定めることができる」と規定する連邦憲法4条1節の十分な信頼と信用条項との関係である。これは、他州における裁判手続の効力等を州間相互で尊重するという規定である⁵²⁾つまり、この条項のもとでは、ある州で認められた同性婚を、別の州でも承認すべきということになるが、それを承認しない州の行為が違憲となるかが問題となる⁵³⁾学説は、仮に同性婚に関する事項であったとしても、それを承認しないことを容認するDOMAは、この条項の基本原理に反すると指摘する⁵⁴⁾さらに、common law上の原則では、婚姻の承認について、その州の公序良俗に反する場合、当該婚姻を否定する権限（public policy exception）を有する以上（なお、Second Restatement of Conflict of Lawsでは、婚姻は原則的には婚姻挙行地法上有効であれば当該婚姻は有効なものとなるが、婚姻当事者と重要な関係を有する州法の公序に反する場合には、当

51) 698 F. Supp. 2d 234 (D. Mass. 2010).

52) Id. at 156.

53) Mark Tanney, *The Defense of Marriage Act: A "Bare Desire to Harm" an Unpopular Minority Cannot Constitute a Legitimate Governmental Interest*, 19 THOMAS JEFFERSON L. REV. 99, 108 (1997).

54) Andrew Koppelman, *Dumb and DOMA: Why the Defense of Marriage Act Is Unconstitutional*, 83 IOWA L. REV. 1, 22 (1997).

該婚姻の有効性は否定されるとしている)⁵⁵⁾ DOMA の制定は不要であると指摘されている⁵⁶⁾

他方で、十分な信頼と信用条項における効力条項 (Effects Clause) の射程をいかに理解するのかによって⁵⁷⁾ DOMA がこの条項に反しないとする見解も見られる。この条項の「法律、記録」と「司法手続」を分離して、婚姻は司法手続のような信頼と信用が厳格に要求されるものではないので、他州の法律に従うことを強制されないということを規定する権限を連邦議会に付与している⁵⁸⁾ あるいは、連邦議会は効力条項のもとで特定の判断に効力を有していないと宣言する権限を有している⁵⁹⁾ あるいは、効力条項のもとで、連邦政府は DOMA のような準拠法 (choice of law) を定める権限を有している⁶⁰⁾ という主張がなされている。これに対して、DOMA が効力条項に反するという見解も有力である⁶¹⁾ この説によれば、この条項を厳格に解釈すると、この条項のもとで許容

55) なお、common law 上の public policy exception それ自体が信頼と信用条項に反するという指摘がある。Larry Kramer, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, 106 YALE L. J. 1965, 1999-2007 (1997).

56) Rogers, *supra* note 36, at 158; Robb, *supra* note 29, at 335.

57) Emily Sack, *The Retreat from DOMA: The Public Policy of Same-Sex Marriage and a Theory of Congressional Power under the Full Faith and Credit Clause*, 38 CREIGHTON L. REV. 507, 507 (2005).

58) Linda Silberman, *Can the Island of Hawaii Bind the World? A Comment on Same-Sex Marriage and Federalism Values*, 16 QUINNIPAC L. REV. 191, 193-194 (1996).

59) Lynn Wardle, *Non-recognition of Same-Sex Marriage Judgments Under DOMA and the Constitution*, 38 CREIGHTON L. REV. 365, 392 (2005).

60) Mark Rosen, *Why the Defense of Marriage Act Is Not (Yet?) Unconstitutional: Lawrence, Full Faith and Credit, and the Many Societal Actors That Determine What the Constitution Requires*, 90 MINN. L. REV. 915, 934-944 (2006).

61) Paige Chabora, *Congress' Power Under the Full Faith and Credit Clause and the Defense*, 76 NEB. L. REV. 604 (1997); Michael Melcher, *Constitutional and Legal Defects in the "Defense of Marriage" Act*, 16 QUINNIPAC L. REV. 221 (1996); Rex Glensy, Note, *The Extent of Congress' Power Under The Full Faith and Credit Clause*, 71 S. CAL. L. REV. 137 (1997); Heather Hamilton, Comment, *The Defense of Marriage Act: A Critical Analysis of Its Constitutionality Under the Full Faith and Credit Clause*, 47 DEPAULL. REV. 943 (1998); James Patten, Comment, *The Defense of Marriage Act: How Congress Said "No" to Full Faith and Credit and the Constitution*, 38 SANTA CLARAL. REV. 939 (1998).

される連邦議会の権限は「法律、記録及び手続を証明する方法及びその効力」について信頼と信用を拡張することを定めることであり、逆にそれを縮小することは許されない⁶²⁾これは、判例上確立している連邦議会は国民の人権および特権を拡張する権限を有しており、それを制限することは許されないという *ratcheting theory* とも合致する。そして、DOMA は明らかに信頼と信用の範囲を狭めるものであり、そうした権限は連邦議会には存在しないことになる。そうすると、十分な信頼と信用条項の範囲を限定して、婚姻の管轄の州が他の州法に従うように決定する権限は連邦議会にはなく、DOMA は十分な信頼と信用条項に反しているということになる。⁶³⁾

3-3 United States v. Windsor⁶⁴⁾

DOMA については、近時、注目すべき展開があった。*United States v. Windsor* において、連邦最高裁が DOMA を違憲としたのである。

事案の概要は以下の通りである。原告は、2007年にCanadaのOntarioにおいて、同性結婚をしてその後、New Yorkに戻った。New York州は、原告の同性婚を有効なものとして承認した。2009年にパートナーが死亡し、原告にはパートナーの財産が残され当該財産を相続することになったが、相続税が課されることになった。原告は内国歳入庁に対して生存配偶者に対する相続税の免除を要求したが、税の免除はDOMA 3条により禁止され、その要求は拒否された。本件訴訟は、DOMA 3条が修正5条の平等保護条項に反するとし原告が支払った相続税の払い戻しを求めたものである。なお、訴訟の間、Obama大統領の指示を受け、司法長官は下院の議長に対して、司法省がDOMA 3条の合憲性を擁護することはできないと通知した。こうした動きをうけて、共和

62) Stanley Cox, *DOMA and Conflicts Law: Congressional Rules and Domestic Relations Conflicts Law*, 32 CREIGHTON L. REV. 1063, 1067 (1999).

63) Jeffery Rensberger, *Same-Sex Marriages and the Defense of Marriage Act: A Deviant View of An Experiment in Full Faith and Credit*, 32 CREIGHTON L. REV. 409, 410 (1998).

64) No. 12-307 (U. S. June 26, 2013).

党が多数を占める下院の Bipartisan Legal Advisory Group (以下、BLAG) が、DOMA 3 条に関する訴訟に訴訟参加し、DOMA の合憲性を主張することに決定した。

法廷意見は、DOMA を違憲とする第 2 巡回区連邦控訴裁判所の判断を支持した。Kennedy 裁判官の法廷意見 (Ginsburg 裁判官, Breyer 裁判官, Sotomayor 裁判官, Kagan 裁判官同調) は、以下のように述べている。

まず、本件について、当法廷が管轄権を有するかどうかである。本件において、対立する両当事者の明確な意見の不一致が存在しているということに争いはない。本件では、DOMA の合憲性を支持しないという執行府の決定が存在する一方で、原告に対する払い戻しの拒否は依然として継続している。これが意味することは、両当事者間において争訟が存在しているということである。INS v. Chadha では、本案の争訟において政府が一方の当事者に同意する場合においても、政府が問題となっている法律を執行しようとしている事実により、相反する利害および裁判所の管轄権が存在するということが判示されている⁶⁵⁾次に、訴訟参加した BLAG による DOMA の合憲性に関する対論は、連邦憲法 3 条の政策的考慮を充足するものである。また、司法上の資源、訴訟に関わる費用は莫大であり、こうした異常かつ切迫した状況下において、当法廷が訴訟を引き受けるのが妥当である⁶⁶⁾仮に、DOMA は違憲であるという原告の立場に合意する場合、それが裁判所の司法審査を妨げるものであるならば、法律の合憲性を審査するという裁判所の役割は執行府に従属するということになる。また、それは権力分立原理を侵害するものである⁶⁷⁾

次に、DOMA が平等保護に反するかどうかである。Loving v. Virginia において、婚姻の定義は州の排他的に帰属するものであるということが認められている。また、連邦憲法は、婚姻と離婚を決定する権限を連邦政府に対して付与していない。もちろん、連邦議会も婚姻を定義する権限を有しており、連邦の

65) *Windsor*, slip op. at 8-9.

66) *Id.* at 11-12.

67) *Id.* at 12.

政策を促進するために婚姻の定義を規制する限定的な連邦法は合憲とされてきた。しかし、DOMAは、より広範に適用されるものであり1,000以上の連邦法・連邦規則に適用される⁶⁸⁾ DOMAは婚姻に関する権利、義務は各々の州において同一であるという古くからの指針（long established precept）を否定するものである。DOMAは、婚姻を定める州法の歴史と伝統から逸脱している。そして、州が同性愛者に婚姻の権利を付与するという決定は、彼らに尊厳および計り知れないほどの重要な地位を付与するものである。州がこうした方法で婚姻関係を定義するために、歴史的で重要な権限を行使する場合、当該決定に際しての州の役割と権限には、社会における当該集団の承認、尊厳、保護といったことを包含している。DOMAの範囲と限度からして、DOMAは、婚姻を定義する州法の信頼に関する歴史と伝統から逸脱するものである⁶⁹⁾

DOMAは、州が保護を与えようとする集団に対する害悪を及ぼそうとしている。それは、連邦政府に適用される基本的なデュー・プロセスおよび平等保護の原理に反するものである。憲法における平等の保障は、政治的に人気のない集団（politically unpopular group）に対して害悪を与えようとするむき出しの議会の要求（a bare congressional desire）は当該集団の別異処遇を正当化しないということを保障するものである。そして、法律の動機が不適切な敵意あるいは目的に基づくものかをどうかを決定するに際して、異常な性格の差別（discriminations of an unusual character）に対しては注意深い考慮（careful consideration）が要求される。DOMAはこうした原理に耐えることができない⁷⁰⁾

州が婚姻を定義し承認するという通常の伝統から逸脱しているDOMAは同性のカップルの利益と責任を剥奪するものとして機能する⁷¹⁾ DOMAの立法目的とその効果は、不利益、分断された地位、スティグマを与えることにある。DOMAの制定史および文言は、同性愛者の平等な尊厳（equal dignity）に対す

68) Id. 15-16.

69) Id. at 18.

70) Id. at 20.

71) Id.

る侵害が、連邦法の偶発的效果とは済まされないことを示すものである。そして、それが DOMA の本質 (essence) である。House and Senate Report も、この結論を示している。このように、DOMA は同性愛者に対する道徳的不承認と異性愛が伝統的にふさわしいとする道徳的信念を表明しており、それは立法の制定過程、および、The Defense of Marriage というこの法律のタイトルからも確認することができる⁷²⁾ さらに、DOMA は、同性婚を二級の婚姻 (second-class marriages) として扱うことを目的として、その効果は、同性のカップルと世界に対して、同性婚は連邦法上承認するに値しないことを伝え、さらに、婚姻を二分させ、同性のカップルを不安定な地位に置くものである⁷³⁾ DOMA の適用もこうした目的を追認するものである。DOMA は単に相続税の払い戻しを決定するものではなく、1,000 を超える法律、多くの連邦規則をコントロールするものである⁷⁴⁾ 要するに、DOMA の主要な目的は同性愛者を不平等に取扱うことにあり、政府の効率化といった理由などではない。したがって、DOMA は平等保護およびデュー・プロセスに違反する。さらに、DOMA は、同性のカップルに負担を課すものとなっている⁷⁵⁾

以上のようなことからすれば、DOMA は修正 5 条の自由を剥奪するものであり、それは同条項に含まれる平等保護も否定するものである⁷⁶⁾ また、DOMA が制限を課すのは州が保護を与えようとしている集団であり、DOMA は特定の集団を選択し不利に扱っている。そのために、DOMA は何らの正当な政府利益に資するものではなく無効である⁷⁷⁾

法廷意見に対しては、Roberts 首席裁判官、Scalia 裁判官、Alito 裁判官の反対意見が付されている。

まず、Roberts 首席裁判官の反対意見である。法廷意見が DOMA の制定の動

72) Id. at 20-21.

73) Id. at 22-23.

74) Id. at 22.

75) Id. at 23.

76) Id. at 24-25.

77) Id. at 25-26.

機を問題にしていることに対して、DOMAが同性愛者に対する敵意に基づき制定されたという明確な証拠を見出すことはできない。また、本件について当法廷は管轄権を有していないとするScalia裁判官の意見に賛同する⁷⁸⁾

次にScalia裁判官の反対意見（一部Thomas裁判官同意）である。まず、本件について、当法廷が管轄権を有するかである。本件のように、合衆国が法律を違憲と表明している場合に、原告の損害は治癒され訴訟は終結されることになり、当法廷は管轄権を有していない⁷⁹⁾ DOMAと平等保護との関連であるが、本件においては、平等保護のもとで合理性の基準以上の審査が適用されるかどうかが問題となる。本件において適用されるのは合理性の基準である。憲法は政府が伝統的な道徳および性に関する規範を執行することを禁じるものではない。また、憲法は我々の社会に対して同性婚を許容しないことを禁じるものではない。そのために、道徳的不承認は有効な制定理由となる⁸⁰⁾ DOMAの目的についていえば、DOMAは婚姻について連邦法上の統一的な基準が存在しない中で生じている法選択の問題（choice of law issues）を回避するために制定されたものである⁸¹⁾ また、DOMAは税の免除について異性の配偶者のみに認めるが、これは州法のレベルにおいて変わるかもしれないものである。そのようなことが明確である場合に、DOMAは州レベルのこうした実験（experimentation）が連邦法の基本的運用を自動的に変更しないようにするために制定されたものである。それは敵意ではない⁸²⁾

最後に、Alito裁判官の反対意見（一部Thomas裁判官同意）である。まず、原告適格の問題についてである。そもそも、合衆国は当事者適格を有していない。合衆国は下級審の判断を覆すことや新たな判断を求めているわけではない。むしろ、合衆国は下級審の判断に賛同している。これに対して、訴訟参加したBLAGは当事者適格を有している。当事者適格の問題を議論するに際して、連邦政府

78) Id. at 1-4 (Roberts, C. J., dissenting).

79) Id. at 2-4 (Scalia, J., dissenting).

80) Id. at 18.

81) Id. at 19.

82) Id. at 20.

が法律は違憲であるということに合意をする場合、法律の合憲性を擁護する議会在原告適格を有している⁸³⁾

次に、DOMA が修正 5 条のもとでのデュー・プロセスに反するかどうかである。同性婚の問題は極めて感情的で、公共政策の重要な問題ではあるが、憲法の問題ではない。そもそも、憲法は同性婚の権利を認めていない。実体的デュー・プロセスのもとで認められる権利は歴史と伝統に根付く権利である。同性婚の権利はそのような権利には該当しないということは争いがない⁸⁴⁾もし、憲法が同性婚の権利を保障する規定を包含するものであれば、そうした権利を執行することは裁判官の責務となる。しかし、憲法にそうした規定は存在しない⁸⁵⁾

最後に、DOMA が平等保護に反するかどうかである。原告は婚姻制度から同性婚を排除することは差別であると主張するが、憲法が同性婚について言及はないために、婚姻を異性間のみ限定すべきとする主張と婚姻を同性間にも認めるべきとする主張のいずれが憲法に合致するかを決定することはできないのである⁸⁶⁾さらに、法廷意見は DOMA が婚姻を定義するという州の主権を侵害すると主張する。しかし、DOMA は州の主権を侵害するものではない。DOMA は同性婚を承認し、州法に基づいて同性婚のカップルに権利、特権、利益、義務を付与することを妨げるものではない。DOMA の規定は連邦法が利益を付与し、負担を課す人を定義しているにすぎない。連邦議会にはこうした法律を制定する権限を有している。それゆえに、DOMA は平等保護に反するものではない⁸⁷⁾

3-4 Windsor 判決の意義とその射程

これまでの検討から明らかなように、DOMA は何らの合理性も有していな

83) Id. at 2 (Alito, J., dissenting).

84) Id. at 7-8.

85) Id. at 10.

86) Id. at 14-15.

87) Id. at 17.

性的志向に基づく区分に基づいており⁸⁸⁾、同時に、異性・同性に関わりなく全ての人に対して保障される婚姻の権利を侵害しているということが明確である⁸⁹⁾。また、DOMA はたとえ州が同性婚を有効なものとして承認しても、連邦政府が同性婚を承認しないということを表明するものであり⁹⁰⁾、その背後には同性婚に対する敵意や偏見、あるいは、異性婚が伝統的婚姻に適合的であるという道徳信念という動機が存在している。しかも、DOMA の効果は広範囲に及ぶものである。とりわけ、社会保障の局面において同性婚カップルの利益を剥奪するものである（この点について、Windsor 判決によれば、DOMA は1,000以上の連邦法・連邦規則に適用されるという⁹¹⁾）つまり、それはDOMA が同性婚に対する差別を助長するものであると同時に、社会保障の領域において同性婚のカップルを狙い撃ちにすることも⁹²⁾（この点が違憲の決め手の一つとなっている⁹³⁾）そもそも、同性婚を承認する州が存在する以上、もはや伝統的婚姻制度の維持は必要なものとは言い難い⁹⁴⁾。こうした観点からも、DOMA は差別的動機があからさまなものであるといえる⁹⁵⁾。以上のように、特定の集団を差別し、利益を剥奪するというDOMA の適用の在り方の実態に鑑み、「アメリカ憲法上最大の汚点」と評されていた⁹⁶⁾。そのために、Windsor 判決が下さ

88) John Niblock, *Comment Anti-Gay Initiatives : A Call For Heightened Judicial Scrutiny*, 41 *UCLA L. REV.* 153 (1993) ; Mark Strasser, *DOMA and the Constitution*, 58 *DRAKE L. REV.* 1011, 1035 (2010).

89) *Id.* at 1024.

90) *Id.* at 1032-33.

91) Linda McClain, *From Romer v. Evans to United States v. Windsor : Law as a Vehicle for Moral Disapproval in Amendment 2 and the Defense of Marriage Act*, 20 *DUKE JOURNAL OF GENDER LAW & POLICY* 351, 466 (2013).

92) 法廷意見は、DOMA の背後に存在する敵意や偏見といった動機を重視するために、審査のレベルについての言及を避けている。Eric Berger, *Lawrence's Stealth Constitutionalism and Same-Sex Marriage Litigation*, 21 *WM. & MARY BILL RTS. J.*, 765, 782 (2013).

93) Mark Strasser, *Loving the Romer Out for Baehr : On Acts in Defense of Marriage and the Constitution*, 58 *U. PITT. L. REV.* 279, 318 (1997).

94) Vanessa Lavelly, *Comment, The Path to Recognition of Same-Sex Marriage : Reconciling the Inconsistencies Between Marriage and Adoption Cases*, 55 *UCLA L. REV.* 247, 277 (2007).

95) Mark Strasser, *Life After DOMA*, 17 *DUKE J. GENDER L. & POL'Y* 414 (2010).

96) Rogers, *supra* note 36, at 136, 147.

れる以前から、DOMAは違憲であり⁹⁷⁾その改廃の必要性が指摘されてきたのである⁹⁸⁾

そして、Windsor判決も、同様の方向性を示している⁹⁹⁾ Windsor判決はDOMAの制定理由（あるいはその動機）が同性愛者に対する敵意であることを認め、それは正当な政府利益に構成するものではないとしている。こうした理由づけは、Romer判決、Lawrence判決の理由づけと同様である¹⁰⁰⁾すなわち、Windsor判決は、両判決の理由付けに沿う形で、DOMAの本質が同性愛者に対する道徳的不承認（moral disapproval）であり¹⁰¹⁾それが個人の尊厳を侵害するということを指摘している¹⁰²⁾このように、Romer判決、Lawrence判決、Windsor判決の流れのなかで、自由と平等に関する新しい法理（道徳的不承認を理由として特定の集団を狙い撃ちする法律を違憲とする法理）が形成されているといえよう¹⁰³⁾また、連邦制との関係についていえば、Commonwealth判決においても、婚姻を定義する権限は連邦政府には付与されていないことが強調されており¹⁰⁴⁾ Windsor判決もこうした考えに沿うものである。Windsor判決では、連邦制の観点から、Loving v. Virginiaを引用して婚姻を定義する権限は州に保障される¹⁰⁵⁾ DOMAはそれを侵害している¹⁰⁶⁾ そうすると、DOMAは連邦議会に与えられた権限を越えるものであるということになる。

以上のことから、Windsor判決においてDOMAが修正5条に反し違憲とさ

97) Strasser, *supra* note 95, at 136, 417-23.

98) *Id.* at 421.

99) McClain, *supra* note 91, at 461.

100) Robb, *supra* note 29, at 342. Andrew Koppelman, *Corruption of Religion and the Establishment Clause*, 50 WM. & MARY L. REV. 1831, 1834 (2009).

101) McClain, *supra* note 91, at 467.

102) なお、尊厳の問題に関しては、別途検討を行う予定である。

103) *Id.* at 475.

104) Rogers, *supra* note 36, at 154.

105) Ernest Young and Erin Blondel, *Federalism, Liberty, and Equality in United States v. Windsor*. 2013 CATO SUP. CT. REV 126.

106) Elizabeth Wydra, *Reading the Opinions – and the Tea Leaves – in United States v. Windsor* 2013 CATO SUP. CT. REV 105.

れたことは当然であり¹⁰⁷⁾その意味で、Windsor判決は出るべくして出た判決といえよう。もっとも、Windsor判決により同性婚に関する憲法上の問題が全て解決されたということではない。Windsor判決は憲法上同性婚が承認されるかどうかについて判断したのではなく、同性婚を行う人に対して不利益を課すDOMAを違憲としただけである。依然として同性婚の権利の憲法上の位置づけ、および、同性婚を認めない州法の合憲性の問題が残されている¹⁰⁸⁾。こうした問題に対して、裁判所がいかに判断するのか今後注目される場所である。なお、すでにWindsor判決はインパクトを及ぼしている¹⁰⁹⁾同性婚を許容していない州において、同性婚を否定する州法はWindsor判決の趣旨に反するという主張が有力になされている¹¹⁰⁾そして、実際に、下級審レベルにおいて、Windsor判決を引用して同性婚を認めない州法を違憲であるとする判決が出ている¹¹¹⁾このように、Windsor判決のインパクトは急速な広がりを見せている¹¹²⁾

4 むすびー同性愛、同性婚の制限に関わる憲法上の問題を いかに考えるべきか

同性愛、同性婚の制限に関する憲法上の問題は、人種差別と同様に同性愛者を二級市民として扱うこと¹¹³⁾差別的取扱いにより社会において同性愛者に対

107) Rogers, *supra* note 36, at 172.

108) 宍戸常寿「合衆国最高裁の同性婚判決について」法学教室 396号(2013年)161頁。

109) Chemerinskyによれば、Windsor判決後、同性婚を否定する法律が憲法上正当であるとするのは困難になったと指摘する。Erwin Chemerinsky, *The Court Affects Each of Us: The Supreme Court Term in Review*, 16 GREEN BAG 2D 361, 373 (2013).

110) McClain, *supra* note 91, at 476-77.

111) *Obergefell v. Kasich*, Case No. 1: 13-cv-501 (S. D. Ohio, July 22, 2013); *Kitchen v. Herbert*, No. 13-4178. (10th Cir. June 25, 2014). 逆に、同性婚を否定する州憲法の規定を合憲としたものとして、*DeBoer v. Snyder*, - F. 3d - (6th Cir. 2014).

112) Wydra, *supra* note 106, at 114.

113) Rogers, *supra* note 36, at 123.

する否定的な見解が持続すること¹¹⁴⁾そして、同性愛者に対する偏見や敵意の存在である¹¹⁵⁾特に、同性愛者に対する偏見や敵意の問題を考えるに際して重要となってくるのが、Romer 判決、Lawrence 判決の射程である¹¹⁶⁾両判決はいずれも、特定の集団に対する偏見あるいは敵意といった理由により¹¹⁷⁾別異取扱い、あるいは、自由に対する制約を正当化することはできないということを明確にするものである¹¹⁸⁾つまり、敵意や偏見に基づく立法を禁止するということは、実体的デュー・プロセス、平等保護の中心的観念となっている¹¹⁹⁾さらに、こうした点は、同性婚に関する憲法上の問題にも妥当する。Romer 判決、Lawrence 判決の射程からすれば、DOMA は合憲性の審査を充足することはできない¹²⁰⁾DOMA の制定過程、異性のカップルに認められる社会保障の給付を同性のカップルに対して拒絶するという DOMA の適用の実態からして、同性愛者に対する偏見や偏見が動機になっていることは明らかである¹²¹⁾そうすると、平等保護との関係でいえば意図的差別であり、また、実体的デュー・プロセスの関係でいえば、違憲の動機による自由の侵害ということになる¹²²⁾いずれにせよ、このような場合に正当な政府利益を構成するものではないので

114) Edward Stein, *Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights*, 49 UCLA L. REV. 471, 502 (2001).

115) Andrew Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination*, 69 N. Y. U. L. REV. 197, 219 (1994).

116) McClain, *supra* note 91, at 465.

117) 敵意については、Susannah Pollvogt, *Windsor, Animus, and the Future of Marriage Equality*, 113 COLUM. L. REV. SIDEBAR 204 (2013); Susannah Pollvogt, *Forgetting Romer*, 65 STAN. L. REV. ONLINE 86 (2013); Susannah Pollvogt, *Unconstitutional Animus*, 81 FORDHAM L. REV. 887 (2012).

118) Barnett, *supra* note 39, at 37. See also Suzanne Goldberg, *Morals-Based Justifications for Lawmaking: Before and After Lawrence v. Texas*, 88 MINN. L. REV. 1233, 1258-83 (2004).

119) Sarah Muschko, *What is the Purpose? Affirmative Action, DOMA, and the Untenable Tiered Framework for Equal Protection Review*, 101 THE GEORGETOWN LAW JOURNAL ONLINE 44, 55 (2013).

120) Rogers, *supra* note 36, at 173-74.

121) Charles Butler, *The Defense of Marriage Act: Congress's Use of Narrative in the Debate Over Same-Sex Marriage*, 73 N. Y. U. L. REV. 841, 845 (1998).

122) Id. at 863, 879.

ある。¹²³⁾

このように、同性愛、同性婚に対する制限において問題となる偏見や敵意を理由とする人権の制限は明らかに合理性を欠くものであり、¹²⁴⁾ 自由の制限の問題として実体的デュー・プロセス違反の構成をとるにせよ、¹²⁵⁾ あるいは、差別の問題として平等保護違反の構成をとるにせよ、¹²⁶⁾ 違憲となることは、明らかである。¹²⁷⁾ そもそも、違憲の理由に基づく行為であることが判明すれば、¹²⁸⁾ 当該行為は即違憲となるのである。¹²⁹⁾ こうした場合には、司法審査のレベルは問題とはならない。¹³⁰⁾ こうした規制の理由に焦点を当てる司法審査理論は日本においても近時注目されており、¹³¹⁾ 同性愛者の自由の制限、同性婚の否定の問題は、そうした司法審査が妥当する典型的な領域であるといえよう。

なお、同性愛、同性婚に関する問題は、我が国においても憲法13条、24条の関連において議論されており、¹³²⁾ この問題の検討は他日に期したい。

123) Note, *supra* note 47, at 2697.

124) Koppelman, *supra* note 54, at 1.

125) Note, *supra* note 47, at 2697.

126) Strasser, *supra* note 88, at 1026.

127) Clifford Rosky, *Perry v. Schwarzenegger and the Future of Same-Sex Marriage Law*, 53 ARIZ. L. REV. 913, 960-66 (2011).

128) Brest は、ある種の動機・理由は違憲になると指摘する。Paul Brest, *The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation*, 27 STAN. L. REV. 585, 590 (1975).

129) Jed Rubenfeld, *The First Amendment's Purpose*, 53 STAN. L. REV. 767, 782 (2001).

130) Robb, *supra* note 29, at 272.

131) 例えば、西村裕一「『審査基準論』を超えて」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）132頁が挙げられる。

132) 例えば、松井茂記「明文根拠を欠く基本的人権の保障」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）156～157頁、羽瀧雅裕『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会、2012年）104～107頁が挙げられる。