

同性婚を否定する州憲法と連邦憲法上の デュー・プロセス・平等保護

中 曾 久 雄

同性婚を否定する州憲法と連邦憲法上の デュー・プロセス・平等保護

中 曾 久 雄

1 はじめに

2013年に、連邦最高裁が *United States v. Windsor* において、ある州で同性婚姻が認められているとしてもそれを認める義務は他州にないということ、および、婚姻を異性間に限定すると定義した連邦法である *Defense of Marriage Act*（以下、DOMA とする）を違憲としたことで¹⁾ 同性のカップルに対しても異性婚のカップルに認められる同様の法的保護が必要であることが明確となった²⁾。ただ、*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をしたものではなく、同性婚を行う人に対して社会保障の剥奪という不利益を課す DOMA を違憲としたただけであったために、依然として同性婚の権利の憲法上の位置づけ、および、同性婚を否定する州法の合憲性の問題が残されていたのである³⁾。そこで、同性婚をめぐる次に争点となるのが上記の問題である。近時、この問題については、多くの訴訟が提起されている。本稿では、同性婚を否定する州憲法の規定を違憲とした 2014 年の *Kitchen v. Herbert*⁴⁾（以下、本

1) *United States v. Windsor* については、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）。

2) 根本猛「同性婚をめぐる合衆国最高裁判所の 2 判決」法政研究 18 巻 3・4 号（2014 年）186 頁、松尾陽「文化戦争と反ソドミー法違憲判決」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』（成文堂、2014 年）228 頁。

3) 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。

判決とする)の検討を通じて、同性婚の否定をめぐる憲法上の問題を考察することを目的とする。

2 Kitchen v. Herbert

2-1 事案の概要

原告は Utah 州に住む3組の同性のカップルである。1組目のカップル(男性のカップル)は Salt Lake 市に婚姻許可証(marriage license)に申請したところ、それが拒否された。2組目のカップル(女性のカップル)も同様に、Salt Lake 市に婚姻許可証を申請したところ拒否された。最後に、3組目のカップル(女性のカップル)は、健康上の問題を抱えていたパートナーのために、婚姻したカップルに対して給付される年金給付を希望していた。そこで、2011年に Iowa 州で結婚し、その後、Utah 州に戻ったが、Utah 州は当該婚姻を承認しなかった。原告らは、同性婚を否定する州憲法の規定(Amendment 3)⁵⁾を違憲であるとし、差止めと違憲の宣言を求めて訴訟を提起した。

連邦地裁は、summary judgmentにより、原告の訴えを容認した。連邦地裁は、性別に関わらず、すべての市民は自由に対する基本的権利を有しており、当該自由は婚姻に関する能力、婚姻や家族に関する親密な選択に関する能力を保護するものであり、州憲法の規定は性別・性的志向に基づく区分であり平等保護違反であるとし、州憲法の規定の差止めを行った⁶⁾。その後、被告の州が控訴し、同時に連邦最高裁に対して控訴審が行われる間地裁の差止め命令を要求していた(連邦最高裁は州の要求に応じ連邦地裁の判決を一時差止していた)。そして、連邦控訴裁は連邦地裁の判断を支持した。

4) No. 13-4178. (10th Cir. June 25, 2014).

5) Amendment 3は婚姻を異性婚に限定されること、および、異性婚以外の婚姻を正式な婚姻として承認せず法的効果を認めないと規定していた。

6) Kitchen v. Herbert, 961 F. Supp. 2d 1181 (D. Utah 2013).

2-2 Carlos Lucero 裁判官の法廷意見 (Jerome Holmes 裁判官同調)

まず、訴えの利益についてである。連邦憲法3条のもとで訴えの利益が存在することを主張するには、原告が事実上の損害を受けたこと、行為と損害の関係、裁判所により救済が図られる、という要件を充足する必要があるとしてきた。本件において原告には訴えの利益が存在している。原告は婚姻あるいは婚姻許可証が否定され、経済的損害を含めたいくつかの損害を被っている。州の行為と原告の受けた損害には関係性が認められる。次に、州知事および司法長官は連邦地裁判決に対して訴えの利益が認められるかどうかである。知事は州の行政に関する監督権限を有しており、司法長官と同様に、本件において訴えの利益を有している。司法長官は、州に対する訴訟について監督権限を有している。また、州知事、州の司法長官は州憲法の規定の執行を望んでいた。そのため、本件において、州知事、司法長官は連邦地裁判決に対して訴えの利益を有している。

次に、同性婚訴訟に関する歴史についてである。州法に基づいて同性カップルの婚姻許可証の拒否が争われた *Baker v. Nelson*, 191 N. W. 2d 185 (Minn. 1971) では、同性婚の禁止を許容した。そこでは、修正14条のデュー・プロセスは婚姻を構築するような性質のものではなく、また、州法は性の基本的性格に基づく区別を行うものであり、不合理な差別ではないと判示し、原告の訴えを却下した。その後、上訴され、連邦最高裁は本件には連邦の問題が含まれていないとして、上訴を却下した (*Baker v. Nelson*, 409 U. S. 810 (1972))。しかし、その後2つの連邦最高裁の判決が、*Baker* 判決を空虚なものとした。まず、*Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) である。*Lawrence* 判決では、同性愛者に対しても親密な自由の保障が及ぶことを認めた。次に、*United States v. Windsor*, No. 12-307 (U. S. June 26, 2013) である。*Windsor* 判決では、婚姻の定義は州の権限であるとし、*DOMA* は州が保護を与えようとする集団に対しした害悪を及ぼそうとしていると指摘する。*Windsor* 判決によれば、ここでの問題は、*DOMA* のもたらす害悪が、修正5条の保障する自由の本質を侵害するかどうかであるという。そして、*DOMA* 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。以上のことから、DOMAは修正5条の規定する自由を侵害すると結論づける。本件において、Windsor判決は必ずしも支配的なものではないが、Windsorにおける原告の主張と本件における原告の主張の類似点は無視することはできない。本件における原告の主張は、同性婚も有効な婚姻として承認するということである。原告が主張するのは、同性婚を異性婚と異なる区別をすることは、個人の関係性や自律を阻害するということである。このように、Baker判決はもはや支配的ではなくなっている。

次に、婚姻の権利が自由の利益として保護されるのか、そうした自由の利益が制限されているかどうかについての検討である。婚姻の権利が基本的自由であるということは明白である。Maynard v. Hill, 125 U. S. 190 (1888)では、疑いもなく修正14条による保護された自由は婚姻の権利を含むとし、Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390 (1923)では、婚姻の権利は自由な人間による秩序ある幸福追求にとり不可欠な権利の1つであるとされている。被告は、これらの先例が異性婚を基本的権利であることを認めたものであると主張する。また、被告は、同性婚が伝統に根付くものではないと主張する。その理由として、最近まで多くの市民は同性婚が異性婚と同様の地位や尊厳を有すると考えてはこなかったことを挙げる。しかし、Zablocki v. Redhail, 434 U. S. 374 (1978)において、婚姻の権利はすべての個人により基本的で重要であると判示されている。そして、多くの判例において、裁判所は、婚姻の権利を普遍的なレベルで論じている。Loving v. Virginia, 388 U. S. 1 (1967)では異人種間の婚姻を禁止する法律を違憲とした。Loving判決では、婚姻の権利は権利章典に言及されておらず、19世紀においては異人種間の婚姻は違法とされていたが、修正14条の保障する自由は州による侵害から保護されるとしたのである。Loving判決においては、異人種間の婚姻の権利が伝統に根付くかどうか、異人種間の婚姻の権利が秩序づけられた自由であるかどうかを問題としていない。ここでの問題は婚姻を選択する権利であるとしたのである。Zablocki判決では、養育費

の支払いを怠った者について婚姻することを禁止する法律を違憲としたが、婚姻の権利は重要で基本的であり、州法はこの権利を侵害しているとした。もっとも、*Zablocki* 判決では、婚姻あるいは婚姻に関する条件に関するすべての規制が厳格な審査に服するとしたのではない。婚姻の権利に対して重大な制限を課さない合理的制限は許されるとしたのであるが、ここで問題となった法律は、これまで基本的自由であると判断されてきた婚姻に関する選択の自由を侵害するため、不合理であるとされた。当該制限が重要な州の利益に資するものであり、手段が当該利益に密接に関連することが証明されない限り、合憲とはできないとしたのである。

連邦最高裁は、生殖の権利と婚姻の権利を切り離して保障している。生殖の権利と関係するために婚姻の権利が基本的権利であるという被告の主張は、*Turner v. Safley*, 482 U. S. 78 (1987) により掘り崩されることになる。*Turner* 判決では、刑務所内での婚姻を禁止する刑務所の規則を無効とした。*Turner* 判決では、刑務所に収容されている者の婚姻の権利を問題としたのではない。ここで問題となったのは、刑務所に収容している事実が婚姻することを不可能にするかどうかである。*Turner* 判決は、婚姻の重要性は個人的側面（*personal aspects*）に依拠するものであるとし、こうした説明はこれまでの判例における婚姻に関する意義の説明と合致するものである。以上のようなことから、当法廷は、婚姻において個人的側面に関する重要性を軽視する被告の主張を否定する。

次に、婚姻の権利は生殖する権利と結合するために基本的権利であるという被告の主張についてである。*Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972) では、「プライバシーの権利に何らかの意味があるとすれば、子供を産むか産まないかの決定のように、人間にとり基本的な影響を与える事柄に対する政府の正当な理由のない干渉からの自由であるという個人の権利」であるとしている。連邦最高裁は子供を持つことに言及し、それを婚姻と家族の選択の不可侵における鍵となる要因として捉えている。州の法律は同居している同性のカップルが子供を養子にすることを禁止するが、Utah 州においては3,000人の子供が同性の

カップルによって育てられている。同性のカップルの子供は、少なくとも片方の親と生物的つながりを欠くことになる。しかし、生物的つながりは、家族を決定するに際しての決定的な要素となるものではない。家族関係の重要性は、日々の交流から生まれる感情的な愛情、および、子供の養育を通じて生活のなかで果たす役割から生じるものである。Windsor 判決では、同性婚の制限は同性のカップルに育てられている子供の自尊心を損害することになるとした。また、同性婚の制限は、家族における健全性と緊密性を子供が理解すること、他の社会における家族を理解することを困難にする。さらに、こうした法律は、異性婚に与えられる社会給付を同性のカップルに対して否定する点において、同性のカップルに対して経済的害悪を与えるものである。Windsor 判決では、同性婚を制限する法律は同性のカップルの子供の安定性、予測可能性、尊厳を承認することを否定するものであるとした。これに対して、被告は、婚姻の定義が存在しない中で裁判所には婚姻の権利に関する決定を行うことができないとし、婚姻の定義から同性婚は排除されると主張する。

当法廷は、婚姻の権利を異性に限定すると結論づけることはできない。連邦最高裁は婚姻の権利を広い意味において論じている。Windsor 判決以前には、同性のカップルは婚姻の権利を行使できないとする裁判例が存在していた。本件において、原告が主張するのは同性婚を法的に承認することであり、婚姻を再定義することではない。これに対して、被告は婚姻制度から同性婚が排除されると主張する。婚姻から同性婚を論理的あるいは物理的に排除することはできない。多くの州が同性婚を許容しているということがそのことを証明している。州の婚姻の定義を否定するという当法廷の結論は、Windsor 判決により支持されることになる。Windsor 判決は、DOMA における婚姻の定義に関する規定を違憲とした。Windsor 判決では、婚姻の定義に関する規定といえども憲法上の審査を免除されないとした。当法廷は、州の婚姻の定義を許容することはできない。

連邦最高裁は、性的志向を基本的権利として定義することを拒絶してきた。しかし、連邦最高裁は、Lawrence 判決において *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S.

186 (1986) を覆して、ソドミー行為に対して憲法上の保護を与えた。Lawrence 判決では、何世紀の間ソドミー行為を不道徳とする強力な声が存在することを認めつつも、あらゆる人の自由を定義することが裁判所の義務であるとした。Lawrence 判決では、ソドミー行為の権利を保護するという伝統が存在しなかったが、伝統に依拠するというアプローチを狭めた。また、Lawrence 判決では、婚姻に関して言及しなかった。しかし、Lawrence 判決では Casey 判決に依拠し、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。1 世代前には、同性のカップルに対して婚姻の権利を承認することは想像することもできなかったかもしれない。しかし、現代において、同性のカップルに対してスティグマを与え処罰する法律は衰退している。それは修正 5 条および修正 14 条が変化したのでなく、ゲイやレズビアンが何を意味するのかが変わったのである。これまで自由の保障を排除されてきた人に自由を認めるという我々の憲法上の伝統と一致する形で、当法廷は原告には婚姻の権利および同性婚が承認されると結論づけることができる。

デュー・プロセスは、やむにやまれぬ利益とそれを達成するために狭く仕立てられた手段がない限り、政府が基本的自由を制限することを禁止する。また、基本的権利に対する制限の場合、平等保護条項は当該区分がやむにやまれぬ利益に資することの証明を要求する。婚姻の権利が基本的自由である以上、州憲法の規定が厳格審査にパスすることを証明しなければならない。

被告は、州憲法の規定を以下の 4 つの事由により正当化しようとする。第 1 に両親が子供の最善の利益を追求するという子供が中心となる婚姻文化を促進すること、第 2 に実の父と母により子供を養育すること、第 3 に適切な生殖を保障すること、第 4 に信教の自由による争いを減らすことである。

最初の 3 つの事由はやむにやまれぬ利益ではなく、合憲性の審査をパスすることができない。これらの利益はいずれも婚姻と生殖が関連していることを示すものである。そもそも、州法は生殖の能力に関わりなく異性婚を認めている。そうすると、婚姻と生殖の結合は不正確であり、こうした不正確さは厳格審査のもとで禁止されたものである。また、州は生殖能力を欠くカップルの婚姻を

承認しているということは過少包摂であり、こうした過少包摂は手段が狭く仕立てられていないことを意味するものである。生殖能力のないカップルと同性のカップルという区分は、生殖能力を促進するという州の利益の関係において意味をなさない。次に、被告は、出産と子供の養育という州の利益のために、生殖能力を有するカップルは信頼関係を築かなければならないと主張する。しかし、同性婚を禁止することと州の主張に関連性はない。当法廷は、同性のカップルか異性のカップルに関わらず、子供を作りあるいは養育するカップルにとり州憲法は何らの効果を持たないとする連邦地裁の判断に賛成する。こうした結論は、他の裁判例によっても支持されるものである。次に、被告は、同性婚を承認することは婚姻の意味を変え、また、同性婚を承認することは夫婦が離婚することを許容する法律と類似するものであると主張する。しかし、前者は婚姻の数を増やすものであるの対して、後者は婚姻の数を減らすものである。Utah 州では無過失離婚制 (no-fault divorce regime) が採用されており、この制度の採用により、夫婦の一方は家族を去ることを可能にすることをすることである。したがって、同性婚の承認が婚姻の継続性を掘り崩すという州の主張を想定することは困難である。また、同性婚の承認が、子供をもつ異性のカップルに対して何等かの影響を与えるということも想定し難いものである。被告によれば、父親と母親は子供にとり異なるものであるために、同性婚を制限できると主張する。しかし、この主張も狭く仕立てられたものではない。これは、同性のカップルをその育児スタイルに関係なく婚姻から除外するものであり、逆に異性のカップルを育児のスタイルに関わりなく婚姻を許容するものである。この州の主張は、親の育児能力に関する強固な見解に依拠するものである。連邦最高裁はこうした区別を拒絶してきた。未婚の父親に親権を与えない州法が問題となった *Stanley v. Illinois*, 405 U. S. 645 (1972) では、州は未婚の父親が子供の養育の資質がないと主張したが、最高裁はすべての未婚の父親がこうしたカテゴリーに属するわけではなく、未婚の父親でも子供の養育の能力を有しているとした。異性のカップルの方が同性のカップルよりも子供の養育に適しているという想定に基づくものであるがそうした証拠はなく、こうし

た想定で州憲法の規定を正当化することはできない。また、この点は、Windsor 判決においても指摘されたように、同性のカップルの子供に害悪を与えるものである。

最後の信教の自由による争いを減らすという利益である。州は、州憲法の規定は信教の自由をめぐる争いを減らすことに資すると主張する。当法廷の判決は婚姻に関わるものであり、信教の自由をめぐる対立に関連するものではない。当法廷は、宗教社会による意見や婚姻の歴史に関する議論を尊重する。また、当法廷は、道徳、歴史、倫理的な指針により婚姻を定義する宗教の権利を承認し続ける。当法廷の判決は、宗教的原理に介入するものではない。

被告は、婚姻に関する民主的な決定の価値を強調するが、それにより基本的権利を制限することはできない。また、連邦主義における実験価値(experimental value)もデュー・プロセス、平等保護により保障された権利に優位するものではない。Windsor 判決は、婚姻に関する州の定義を重視しながらも、個人の憲法上の権利を尊重すべきであるとしたのである。連邦主義の構造は、市民の基本的自由を制限するものではなく、州の主権の拡散により生じる自由を市民に対して付与するために形成されたものである。さらに、被告は、同性婚を承認することは重婚や近親婚を認めることになりかねないと主張する。しかしながら、同性婚を承認することは重婚や近親婚を認めるということではない。重婚や近親婚と異なり、連邦最高裁は、同性のカップルの親密な関係に対して憲法上の保護を及ぼしてきた。

以上要するに、デュー・プロセス、平等保護条項のもとで、異性のカップルと同様に婚姻の権利を行使することができる。そして、州憲法の規定は厳格審査をパスすることはできない。

2-3 Paul Joseph Kelly 裁判官の一部同意一部反対意見

私は、原告、被告である Salt Lake 市の郡書記官 (County Clerk)、州知事および司法長官が本件において訴えの利益を有しているという法廷意見の判断に賛同する。しかしながら、Baker 判決が本件において支配的ではなく、原告が

婚姻の基本的権利を行使できるという判断には賛同できない。本件は平等保護に関する事案であり、州の主張する利益、すなわち、責任ある生殖、有効性のある育児、婚姻の領域における周到な進展と合理的に関連しているかが問われるべきである。

連邦憲法は婚姻に関する規制について言及しておらずまた、州は婚姻に関して定義を行う権限を有している。さらに、法廷意見は婚姻の権利を基本的権利であるとしたが、先例は婚姻の権利には異性のカップルが含まれるとしただけである。また、州が民主主義の実験施設 (laboratories of democracy) であるとしても、すべての州に同性婚を承認することを要求することは、制限政府 (limited national government) の思想に背くものである。Baker 判決は、本件において支配的である。Baker 判決における却下は、それを最高裁が変更しない限り、下級審は最高裁の判断に従うべきである。州憲法の規定は男女差別を行うものではない。また、原告は性的志向に基づく差別は厳格審査が妥当すると主張するが、しかし、連邦最高裁は、性的志向に基づく差別についての審査のレベルを明らかにしていない。下級審は性的志向に基づく差別に対して厳格審査の適用を拒否している。

同性婚は最近の概念であり、婚姻の権利が同性のカップルに及ぶとすることはできない。同性婚の権利は、基本的権利の承認に際して要求される歴史や伝統に根付くものではない。Romer 判決、Lawrence 判決、Windsor 判決は同性のカップルの道徳的および性的な選択に保護を及ぼしたのであり、同性婚の権利を創設したものではなく、また、性的志向に基づく差別に対して厳格審査が及ぶことを認めたものではない。さらに、Lawrence 判決では、同性婚の権利が問題となったのではなく、Windsor 判決は同性婚の権利を創設したものではない。Windsor 判決は連邦政府に対して婚姻に関する州の決定を支持するように命じるものであった。

本件においては合理性の基準が適用されることになる。そして、州憲法の規定は合理性の基準をパスすることができる。異性のカップルによる生殖を保護することは合理的である。結婚に対する基本的な権利を出産とは区別して議論

することは、立法府は婚姻の定義において出産を考慮すべきではないということの意味するものではない。

以上のような理由から、州憲法は合理性の基準を充足することができる。州憲法は不合理で恣意的なものではない。

3 同性婚の否定に関わる憲法上の問題をいかに考えるべきか

3-1 同性婚の否定と婚姻の権利

実体的デュー・プロセスと同性婚の権利 まず、同性婚の否定と婚姻の権利の関係についてである。周知のように、連邦最高裁は、Roe 判決⁷⁾に象徴されるように、修正 14 条のデュー・プロセス条項を用いて基本的権利を保障してきた。それが実体的デュー・プロセスと呼ばれる理論である。実体的デュー・プロセス理論の特徴は、歴史と伝統に深く根ざしている一定の基本的権利を保護し、しかもそれに対する制約に対して目的と手段の双方において厳格な審査を行うということにある。つまり、実体的デュー・プロセスは、「一定の明文根拠を欠く基本的権利に対して厳格審査を及ぼす為の理論」なのである⁸⁾。現在、同性婚の問題は、実体的デュー・プロセスの領域においてもっとも激しい争いがある⁹⁾。

本判決は、歴史や伝統に依拠する伝統的な実体的デュー・プロセス理論¹⁰⁾に依拠しているように見える。伝統的な実体的デュー・プロセス理論のもとでの議論の重点は同性婚の権利が歴史や伝統に根付くか否かということになる。この点について、州は、同性婚の権利はアメリカの歴史や伝統に根付くものでは

7) 410 U. S. 113 (1973).

8) 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学 141・142 号 (1988 年) 306～316 頁。

9) 高井裕之「レーンキスト・コートにおける実体的デュー・プロセス論の展開」宮川成雄編『アメリカ最高裁とレーンキストコート』(成文堂, 2009 年) 256 頁。

10) 伝統的な実体的デュー・プロセス理論については、John Harrison, *Substantive Due Process and the Constitutional Text*, 83 VA. L. REV. 493, 552 (1997).

ないとして、婚姻の権利に同性婚の権利が含まれないと主張した。これに対して、本判決は、州の主張を否定し、婚姻の権利に同性婚の権利が含まれることを明確に認め¹¹⁾その理由として以下の事柄を列挙する。まず、Zablocki 判決において、婚姻の権利は、異性か同性かに関わらず、すべての個人にとり (for all individuals) 基本的で重要であるとしていることから、同性婚の権利を排除していない。次に、婚姻の権利と生殖の権利の関係について、両者は別個のものであるとする。次に、婚姻の権利と家族関係について、生物的つながりは家族の存在を決定づけるものではない。次に、Windsor 判決を引用して、同性婚の制限が同性のカップルの子供の自尊心を侵害し、家族の統合性の理解を困難にするという。最後に、Lawrence 判決では何世紀もの間ソドミー行為を不道徳とする強力な声が存在するにもかかわらず、あらゆる人の自由を定義することが裁判所の義務であるし、同性愛者の性的自由に憲法上の保護を認めた。

このように、本判決は、歴史や伝統を重視する伝統的な実体的デュー・プロセス理論に依拠しつつも、先例との整合性、さらに Windsor 判決、Lawrence 判決を重視し、歴史や伝統という「後ろ向き」の性格に着目するのではなく¹²⁾同性婚をめぐる社会状況の変化を考慮して (多くの州で同性婚を容認しているとする)¹³⁾これまで州から排除されてきた同性のカップルにも婚姻の権利を基本的権利として認めたのである¹⁴⁾その意味で、本判決における実体的デュー・プロセス理論は、従前の実体的デュー・プロセス理論と全く同一のものではなく、実体的デュー・プロセス理論の新たな形態として位置付けることが可能である。

11) Lisa Polk, *Montana's Marriage Amendment: Unconstitutionally Denying a Fundamental Right*, 66 MONT. L. REV. 405, 410 (2005).

12) JOHN. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 102-03 (1980).

13) Daniel Conkle, *Three Theories of Substantive Due Process*, 85 N. C. L. REV. 63, 128 (2006).
こうした指摘は他にも見られる。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, 173 (2010).

14) Cass Sunstein, *Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship between Due Process and Equal Protection*, 55 U. CHI. L. REV. 1161, 1163 (1988).

以上検討した本判決の論理は、学説の主張とも合致するものである。同性婚の権利が基本的権利であるということについて、学説においても支持されてきたところである¹⁵⁾ 従来から、学説は同性婚を否定する法律がすべての人に保障される婚姻の権利を侵害すると主張してきた¹⁶⁾ 異性のみならず同性のカップルにとっても婚姻の権利が基本的権利であることに変わりなく¹⁷⁾ Loving 判決において認められた婚姻の権利は、婚姻を望む本人たちの希望を重視したものであり¹⁸⁾ そして、婚姻の権利が基本的権利として認められるならば、それに対する制約の審査は厳格審査が妥当すると指摘してきたのである¹⁹⁾

婚姻の権利の性質－婚姻の権利における消極的側面と積極的側面 さらに、本判決は婚姻の権利の性質についてより踏み込んだ判断を行っており、この点は本判決の重要な意義の一つとして位置付けられる。

まず、婚姻の権利と婚姻制度の関係についてである。確かに、連邦最高裁も認めるように婚姻の権利が基本的権利であることに疑いはないが²⁰⁾ 他方で、婚姻の権利の性質についてはなお不明確な部分が存在していた²¹⁾ 婚姻の権利やプライバシー権を典型とする基本的権利については、その消極的側面が重視されてきた。ことに、Lawrence 判決ではこの点が明確化された。Lawrence 判決では、自由の制限について、その必要性和合理性の証明を政府に課して、不道德

15) Carlos Ball, *The Positive in the Fundamental Right to Marry: Same-Sex Marriage in the Aftermath of Lawrence v. Texas*, 88 MINN. L. REV. 1184, 1187 (2004).

16) Mark Strasser, *DOMA and the Constitution*, 58 DRAKE L. REV. 1011, 1024 (2010).

17) Roger Severino, *Or for Poorer? How Same-sex Marriage Threatens Religious Liberty*, 30 HARV. J. L. & PUB. POL'Y. 939, 956-57 (2007).

18) Note, *Litigating the Defense of Marriage Act: The Next Battleground for Same-Sex Marriage*, 117 HARV. L. REV. 2684, 2692 (2004).

19) David Meyer, *A Privacy Right to Public Recognition of Family Relationships? The Cases of Marriage and Adoption*, 51 VILL. L. REV. 891, 915 (2006). ただし、基本的権利に対する制限には厳格審査が妥当するという図式は崩壊しつつある。Lawrence 判決以後、厳格審査ではなく、政府の利益が重要であるかを問う中間基準を適用する裁判例が存在している。例えば、Witt v. Dep't of the Air Force, 527 F.3d 806, 817 (9th Cir. 2008).

20) Edward Zelinsky, *Deregulating Marriage*, 27 CARDOZO L. REV. 1161, 1163 (2006).

21) Steve Sanders, *The Constitutional Right to (Keep Your) Same-Sex Marriage*, 110 MICH. L. REV. 1421, 1448 (2012).

という理由は、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、こうした理由でもって自由の制約を正当化することはできないということを明らかにするものであった²²⁾その意味で、Lawrence 判決は政府が制限することのできない一定の領域を確保するものであったといえよう²³⁾こうした考えは、他の学説によっても支持されている²⁴⁾しかし、婚姻の権利は消極的側面のみが問題となるのではない²⁵⁾婚姻の権利は婚姻に関する制度設計とも関連している²⁶⁾婚姻の権利は、単に政府の侵害から保護されるという意味での消極的権利のみならず、婚姻の承認を要求するという意味での積極的な権利の側面が存在している²⁷⁾つまり、婚姻の権利には、当該権利の行使を可能とする制度形成を要求する側面が存在しているのであり²⁸⁾したがって、婚姻の権利を実効的に保障するためには、婚姻の制度をいかに形成するか、あるいは、婚姻制度に対するアクセスをいかに確保するのが重要となる²⁹⁾こうした点について、本判決は、これまで司法審査の対象外とされてきた婚姻の定義に踏み込み³⁰⁾個人の婚姻の権利を尊重すべきであるとし、州憲法の規定を違憲として同性婚を承認にするに至っている³¹⁾本判決は同性婚を基本的権利として認めただけではなく、婚姻に関する制度設計にまで踏み込み、同性婚を承認したことは画期的である

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

23) Larry Kramer, *Rethinking Choice of Law*, 90 COLUM. L. REV. 277, 336 (1990).

24) Robert Delahunty & Antonio Perez, *Moral Communities or a Market State: The Supreme Court's Vision of the Police Power in the Age of Globalization*, 42 HOUS. L. REV. 637, 690 (2005).

25) Sanders, *supra* note 21, at 1449.

26) Cass Sunstein, *The Right To Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081, 2118 (2005).

27) *Id.* at 2094.

28) Ball, *supra* note 15, at 1206.

29) Nelson Tebbe & Deborah A. Widiss, *Equal Access and the Right to Marry*, 158 U. PA. L. REV. 1375, 1377 (2010).

30) Kristin Collins, *Federalism's Fallacy: The Early Tradition of Federal Family Law and the Invention of States' Rights*, 26 CARDOZO L. REV. 1761, 1768 (2005).

31) そもそも、連邦主義のもとで、特定の集団を劣位に置くような州法は許容されないとされている。Larry Kramer, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, 106 YALE L. J. 1965, 1986 (1997).

といてよいであろう。

婚姻の権利と生殖・子供の養育の関係 次に、婚姻の権利と生殖・子供の養育の関係についてである。この点についても、本判決は踏み込んだ判断を行っている。先にみたように、本判決は、婚姻の権利と生殖が関係してないということ（本判決によれば、Loving判決、Zablocki判決において婚姻の権利を保障したが、そこでは生殖の権利とは切り離して婚姻の権利を保障しているとしているとする）、同性のカップルにおいても異性のカップルと同様に子供の養育が行えるとする。婚姻の権利と生殖の関係について、裁判所の判断は分かれてきた。下級審のレベルでは、婚姻の権利は伝統的に生殖の権利と結合しているとの判断を示した判決も存在する一方で³²⁾近時、本判決と同様に生殖と婚姻の権利の結合を否定する判決が有力になっている。例えば、Gill v. Office of Personnel Management³³⁾では、異性婚のカップルに対して付与されている社会保障の給付を、同性のカップルに否定するDOMAは修正5条の平等保護に反するとされた。そこでは、DOMAの制定理由が責任ある出産と子供の養育の奨励、異性間の婚姻の維持、伝統的道德の維持、連邦の資源の維持であるとして、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。さらに、同性婚を制限する州法の合憲性が問題となったIowa Varnum v. Briem³⁴⁾では、婚姻の権利にとって、生殖は必須の条件（sine qua non）ではないとしている。このように、近時では、婚姻の権利の性質について、それを生殖と結合させるのではなく、本判決と同様に婚姻の権利の個人的な側面に着目し³⁵⁾婚姻は婚姻したカップルにとっての幸福や慰めを促進し、彼らの権利と責任を安定させることを意図したものであるとされている³⁶⁾こうした主張は、学説においても見られ

32) Andersen v. King County, 138 P. 3d 963 (Wash. 2006).

33) 699 F. Supp. 2d 374 (D. Mass. 2010).

34) 763 N. W. 2d 862 (Iowa 2009).

35) この点は、例えばPerry v. Schwarzenegger, 704 F. Supp. 2d 921 (N. D. Cal. 2010)においても指摘されている。

36) Jean Love, *The Synergistic Evolution of Liberty and Equality in the Marriage Cases Brought by Same-Sex Couples in State Courts*, 13 J. GENDER RACE & JUST. 275, 318 (2010).

る。Loving 判決では子供に言及しておらずそれが婚姻の権利にとり本質的要素ではないことが示唆されている³⁷⁾

さらに、子供の養育について、本判決は同性のカップルにより養育されている子供は、少なくとも片方の親と生物的つながりを欠くことになるが、生物的つながりは必ずしも家族を決定するに際しての重要な要素となるものではないという。本判決のこうした見方は近時有力化している³⁸⁾子供の養育と婚姻を関連づけること自体が性差別的であると指摘されている³⁹⁾また、同性婚を認めることは同性のカップルに養育されている子供の利益にもつながるともいわれている⁴⁰⁾このように、こうした婚姻の権利の個人的性質からすれば、婚姻の権利と生殖の権利・子供の養育を結合させる必然性はなく、本判決のように婚姻の権利と生殖の権利を別次元のものとして扱うのは妥当というべきであろう。

婚姻の権利に対する制限と厳格審査 婚姻の権利が基本的権利である以上、その制限には厳格審査が妥当することになる。本判決は、同性婚を否定するための正当化事由、両親が子供の最善の利益を追求するという子供が中心となる婚姻文化を促進すること、実の父と母により子供を養育すること、適切な生殖を保障すること、信教の自由による争いを減らすこと、を否定する。婚姻の権利が生殖・子供の養育と関連するものではなく、同性婚の容認が宗教上の争いに関わるものではない以上、これらの事由は同性婚を否定するためのやむにやまれぬ州の利益とは言い難いものである（なお、この点は3-2で詳しく検討する）。

37) Mark Strasser, *Same-Sex Marriage, and Federal Constitutional Guarantees*, 12 Engage: J. Federalist, SOC'Y PRAC. GROUPS 166, 166 (2011).

38) Kim Forde-Mazrui, *Tradition as Justification: The Case of Opposite-Sex Marriage*, 78 U. CHI. L. REV. 281 (2011).

39) Deborah Widiss, Elizabeth Rosenblatt & Douglas NeJaime, *Exposing Sex. Stereotypes in Recent Same-Sex Marriage Jurisprudence*, 30 HARV. J. L. & GENDER 461, 496 (2007).

40) Erwin Chemerinsky, *A Matter of Time*, 54 ORANGE CNTY. LAW., May 2012, at 16, 18.

3-2 同性婚の否定と平等保護

次に、同性婚の否定と平等保護との関係についてである。同性婚の否定は婚姻の権利の否定であると同時に、差別の問題として構成することが可能である⁴¹⁾。そのために、同性婚の否定と平等保護の関係については活発に議論されており⁴²⁾、近時、同性婚の否定を差別の問題として捉える考え方が有力となっている⁴³⁾。本件においても、Kelly 裁判官は州憲法と平等保護の関係を分析している（ただし、Kelly 裁判官によれば、本件において合理性の基準が適用されることになり、州憲法の規定は合理性の基準をパスすることができるとしている）。

ところで、従来、平等保護との関係において問題となるのは、当該区分が疑わしい区分であるのか、あるいは、基本的権利の制限になるのかということであった⁴⁴⁾。そして、従来の学説も、同性婚を典型とする性的志向に基づく区分⁴⁵⁾がなぜ疑わしい区分とすべきなのかを検討し⁴⁶⁾、性差別と同様に疑わしい区

41) Andrew Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, 69 N. Y. U. L. REV. 197, 235 (1994); Sylvia Law, *Homosexuality and the Social Meaning of Gender*, 1988 WIS. L. REV. 187, 221 (1988).

42) Brenda Feigen, *Same-Sex Marriage: An Issue of Constitutional Rights not Moral. Opinions*, 27 HARV. WOMEN'S L. J. 345, 346 (2004).

43) Cass Sunstein, *Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection*, 55 U. CHI. L. REV. 1161, 1163-74 (1988); Edward Stein, *Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights*, 49 UCLA L. REV. 471 (2001); Susan Frelich Appleton, *Same-Sex Couples: Defining Marriage in the Twenty-First Century: Missing in Action? Searching for Gender Talk in the Same-Sex Marriage Debate*, 16 STAN. L. & POL'Y REV. 97, 124-26 (2005).

44) KATHLEEN SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 500-01 (17th ed. 2010).

45) Mary Anne C. Case, *Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence*, 105 YALE L. J. 1, 7 (1995).

46) Renee Culverhouse & Christine Lewis, *Homosexuality as a Suspect Class*, 34 S. TEX. L. REV. 205, 240 (1993); Nan Hunter, *Sexual Orientation and the Paradox of Heightened Scrutiny*, 102 MICH. L. REV. 1528, 1529 (2004); Courtney Powers, *Finding LGBTs a Suspect Class: Assessing the Political Power of LGBTs as a Basis for the Court's Application of Heightened Scrutiny*, 17 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 385, 388-89 (2010); Jeremy Smith, *The Flaws of Rational Basis with Bite: Why the Supreme Court Should Acknowledge Its Application of Heightened Scrutiny to Classifications Based on Sexual Orientation*, 73 FORDHAM L. REV. 2769, 2770 (2005).

分⁴⁷⁾である、あるいは、同性愛者を低い地位⁴⁸⁾として扱うものであると指摘してきた。そして、性的志向に基づく区分を疑わしい区分として受容した場合には厳格審査が適用され、それをパスできないと主張する⁴⁹⁾実際に、下級審のレベルでは、同性婚に対する差別を疑わしい区分として厳格審査を適当とした裁判例も存在している。その典型例として、州の保健省により、婚姻許可証の発行を申請したところ、同性カップルであることを理由にして拒否されたことが問題となった *Bachr v. Lewin*⁵⁰⁾ が挙げられる。州の最高裁は、州憲法の平等保護条項が性に基づく差別を明文で禁止していることを指摘した上で、婚姻を異性に限定する州の法律は性に基づく区分であり、州憲法および連邦憲法の平等保護条項上、疑わしい区分であり、州は当該立法を正当化のためのやむにやまれぬ利益を示すことが必要であるとした。

しかし、連邦最高裁は、性的志向に基づく区分を疑わしい区分として扱うことを明確に否定している⁵¹⁾。むしろ、近時における平等保護のもとでの審査の焦点は、当該区分が基本的権利か疑わしい区分に該当するのではなく、敵意や偏見といった動機あるいは意図に基づくものであるか否かを問うており、それが妥当する典型的領域が同性愛あるいは同性婚の問題である⁵²⁾。それとの関連において、まず、挙げられるのは州や地方の政府機関が同性愛者を差別から保護することを禁止した州憲法の修正条項が問題となった *Romer v. Evans*⁵³⁾ である。*Kennedy* 裁判官の法廷意見は、州憲法の規定が単に同性愛者の特別な取扱いを否定するだけではなく、特定の集団だけが政府の助力を求められないとするの

47) *Mary Ann Case, What Feminists Have to Lose in Same-Sex Marriage Litigation*, 57 *UCLA L. REV.* 1199, 1204 (2010).

48) J. M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 *YALE L. J.* 2313, 2362 (1997).

49) Holning Lau, *Formalism: From Racial Integration to Same-Sex Marriage*, 59 *HASTINGS L. J.* 843, 853 (2008).

50) 852 P. 2d 44 (Haw. 1993).

51) Eric Berger, *Lawrence's Stealth Constitutionalism and Same-Sex Marriage Litigation*, 21 *WM. & MARY BILL RTS. J.*, 765, 782 (2013).

52) 平等保護と偏見の関係については、Pamela Karlan, *Equal Protection, Due Process, and the Stereoscopic Fourteenth Amendment*, 33 *MCGEORGE L. REV.* 473, 474 (2002).

53) 517 U. S. 620 (1996).

は、文字通り法の平等保護を否定しているとする。また、州憲法の目的が同性愛者に特別の負担を課すために、特定の集団に対する敵意に基づくものであると判断せざるを得ない。こうした敵意は、正当な利益に資するものではないとする⁵⁴⁾次に、挙げられるのは、Lawrence 判決における O'Connor 裁判官の結果同意意見である。O'Connor 裁判官によれば、州法は同性愛者の性行為のみを処罰している以上、その背景には特定集団に対する敵意が存在すると指摘する。また、州法は同性愛者に対する敵意と不承認を表明する手段として用いられ、Romer 判決と同様に敵意に基づく差別立法であり、平等保護に反するという⁵⁵⁾これらの判決は、同性愛という区分を疑わしい区分あるいは準疑わしい区分として認め⁵⁶⁾審査のレベルを高めるものではない⁵⁷⁾むしろ、これらの判決が指摘するのは、道徳的理由に基づいて同性愛者を区別することは平等保護違反になるということである⁵⁸⁾つまり、道徳的立法⁵⁹⁾あるいは、偏見や敵意に基づく立法⁶⁰⁾は正当な政府利益を構成するものではないことを明らかにしているのである⁶¹⁾さらに、Windsor 判決においても同様に⁶²⁾審査のレベルに言及することなく⁶³⁾DOMA の制定理由が同性愛者に対する敵意であることを認め、それ

54) 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, 1113-14 (2005).

55) Meghan Peterson, *The United States Supreme Court and Federal Law: Case note Right Decision for the Wrong Reason: The Supreme Court Correctly Invalidates the Texas Homosexual Sodomy Statute, but Rather Than Finding an Equal Protection Violation in Lawrence v. Texas, the Court Incorrectly and Unnecessarily Overrules Bowers v. Hardwick*, 37 CREIGHTON L. REV. 653 (2004).

56) Marcy Strauss, *Reevaluating Suspect Classifications*, 35 SEATTLE U. L. REV. 135, 146 (2011).

57) Eric Berger, *Lawrence's Stealth Constitutionalism and Same-Sex Marriage Litigation*, 21 WM & MARY BILL RTS. J., 765, 782 (2013).

58) Feigen, *supra* note 42 at 353.

59) Suzanne Goldberg, *Morals-Based Justification for Lawmaking: Before and After Lawrence v. Texas*, 88 MINN. L. REV. 1233, 1281 (2004).

60) Susannah Pollvogt, *Unconstitutional Animus*, 81 FORDHAM L. REV. 887, 888 (2012).

61) Barnett, *supra* note 22, at 37.

62) Barbara Robb, *The Constitutionality of the Defense of Marriage Act in the Wake of Romer v. Evans*, 32 NEW ENG. L. REV. 263, 342 (1997).

は正当な政府利益を資するものではないとしている⁶⁴⁾要するに、Windsor 判決は、DOMA の制定理由が道徳的不承認であるとする⁶⁵⁾同性婚の否定の問題の深層はこの点にある⁶⁶⁾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⁶⁷⁾

この審査手法は、本判決においても採用されている。本判決は、州憲法の規定がデュー・プロセスに反するかどうかに焦点を当てるものであるが、先にもみたように、州の提示する同性婚否定の正当化事由を否定している点に鑑みれば、州憲法の規定が同性愛者偏見に基づくものであることを指摘しているものとして読むことは十分に可能であるようにも思われる。例えば、婚姻の権利の制限について、生殖の能力の関係でいえば、州は生殖能力を欠く異性のカップルの婚姻を承認している点において、これを過少包摂としている⁶⁸⁾また、子供の養育についても、異性のカップルにおいて同性のカップルにおいても変わらないとする。本判決は、異性のカップルの方が同性のカップルよりも子供の養育に適しているという想定に基づくものであるがそうした証拠はないというのである⁶⁹⁾さらに、同性婚を容認しても宗教上の争いと関連しないとし、また、本件で問題となっているのは婚姻の定義に関わるものであり、宗教社会における婚姻をめぐる議論は別個であるとする⁷⁰⁾そうすると、同性婚を否定するため

63) Berger, *supra* note 51, at 782.

64) Susannah Pollvogt, *Marriage Equality, United States v. Windsor, and the Crisis in Equal Protection Jurisprudence*, 42 HOFSTRA L. REV. 1045, 1046 (2014).

65) Mark Strasser, *Lawrence, Mill, and Same-Sex Relationships: On Values, Valuing, and the Constitution*, 15 S. CAL. INTERDISC. L. J. 285, 291-292 (2006).

66) Ronald Dworkin, *Three Questions for America*, 53 N. Y. REV. BOOKS, SEPT. 21, 2006, at 24, 27.

67) Andrew Koppelman, *Corruption of Religion and the Establishment Clause*, 50 WM. & MARY L. REV. 1831, 1834 (2009).

68) Sanders, *supra* note 21, at 476.

69) Judith Stacey & Timothy J. Biblarz, *(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?*, 66 AM. SOC. REV. 159, 176 (2001).

70) 同様の指摘として、Douglas NeJaime, *Marriage. Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions, and the Production of Sexual Orientation Discrimination*, 100 CALIF. L. REV. 1169, 1230 (2012).

の正当化事由が存在しない以上、婚姻の権利の制限の動機あるいは理由は、性差別（同性愛者に対する差別的意図）⁷¹⁾によるものであるといえよう⁷²⁾。そうすると、婚姻の権利の制限とするにせよ⁷³⁾あるいは、同性愛者に対する差別の問題とするにせよ⁷⁴⁾、違憲となることは明確である⁷⁵⁾（その意味で、婚姻の権利の制限の問題と同性愛者に対する差別の問題は別個のものではなく、相互に関連しているというべきであろう）⁷⁶⁾

4 む す び

本判決が大きく依拠しているのが Windsor 判決であり、その意味で、Windsor 判決の大きなインパクトをうかがうことができる⁷⁷⁾。Windsor 判決後、同性婚を認めない州法は Windsor 判決の趣旨に反するという主張が有力になされ⁷⁸⁾、同性婚を否定する州法はいずれ違憲となると指摘されている⁷⁹⁾（確かに、Windsor 判決の趣旨からすれば、同性婚を完全に否定することは困難になっているといえるべきであろう）⁸⁰⁾。本判決もこうした方向性と同一のものであり、同性婚を否定する法律に対しては厳格な態度で臨むことを明確に示している。さらに、本

71) Koppelman, *supra* note 41, at 219.

72) Reva Siegel, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions*, 2007 U. ILL. L. REV. 991, 994-97 (2007).

73) Strasser, *supra* note 65 at 291-92.

74) 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 461, 467 (2013).

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

76) Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 124 HARV. L. REV. 747, 750 (2011).

77) Erwin Chemerinsky, *The Court Affects Each of Us: The Supreme Court Term in Review*, 16 GREEN BAG 2D 361, 373 (2013).

78) McClain, *supra* note 74, at 476-77.

79) Michael Klarman, *Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality*, 127 HARV. L. REV. 127, 158-60 (2013).

80) 松尾・前掲注2) 228頁。

判決は、婚姻の権利について、Windsor 判決よりも踏み込んだ判断を行っている。Windsor 判決は同性婚を婚姻の権利に含まれることを正面から認めていないが⁸¹⁾（もっとも、Windsor 判決は、同性婚も伝統的な異性婚に含まれるというメッセージを発しているという指摘もある）、⁸²⁾ 本判決はこれまで同性愛者に対して自由が保障されてこなかったという歴史や伝統に拘束されることなく⁸³⁾（むしろ、これまで自由の保障が除外されてきた人に自由を保障するという伝統に依拠し）、同性婚を認める州の増加という時勢の変化に対応して⁸⁴⁾ 婚姻の権利のなかに同性婚の権利が含まれることを認め⁸⁵⁾、しかも、婚姻の権利と生殖の権利・子供の養育を切り離して、婚姻の権利の独自の意義を認めている。さらに、婚姻の権利に対する制限に対して厳格審査を適用し、州の提示する正当化事由をことごとく否定している。このように、本判決は、州の同性婚の否定の憲法上の問題について、一定の理論的方向性を示したのものとして位置付けることが可能である。そして、本判決の趣旨を踏まえれば、同性婚を否定する州憲法あるいは州法の合憲性は疑わしく、⁸⁶⁾ 今後も同性婚に対する法的保護の要求は一層高まり続けるであろう⁸⁷⁾。

81) Emma Freeman, *Giving Casey Its Bite Back: The Role of Rational Basis in Undue Burden Analysis*, 48 HARV. C. R. -C. L. L. REV. 279, 285 (2013).

82) Douglas NeJaime, *Windsor's Right to Marry*, 123 YALE L. J. ONLINE 219, 247 (2013).

83) そもそも歴史や伝統という概念それ自体は安定的でないという疑義が近年有力に主張されている。William N. Eskridge, Jr., *Destabilizing Due Process and Evolutive Equal Protection*, 47 UCLA L. REV. 1183, 1200-01 (2000).

84) NeJaime, *supra* note 82, at 235.

85) 日本においても、裁判所独自の観点から立法事実を検討することが裁判所の固有の役割であると指摘されている。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）135頁。

86) 下級審においては、同性婚を否定する州憲法を違憲とする判断が優勢である。Bostic v. Schaefer, 760 F. 3d 352 (4th Cir. 2014); Baskin v. Bogan, 766 F. 3d 648 (7th Cir. 2014); Latta v. Otter, No. 14-35420, 2014 WL 4977682 (9th Cir. Oct. 7, 2014); Bishop v. Smith, 760 F. 3d 1070 (10th Cir. 2014).

87) Katherine Franke, *Longing for Loving*, 76 FORDHAM L. REV. 2685, 2701 (2008).