

同性婚の権利と連邦憲法(2)

中 曾 久 雄

同性婚の権利と連邦憲法(2)

中 曾 久 雄

目 次

- 1 はじめに
- 2 事案の概要
- 3 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)
- 4 反対意見
 - 4-1 Roberts 首席裁判官の反対意見
 - 4-2 Scalia 裁判官の反対意見
 - 4-3 Thomas 裁判官の反対意見
 - 4-4 Alito 裁判官の反対意見
- 5 婚姻の権利に関する近年の議論の展開
 - 婚姻の権利と実体的デュープロセス・平等保護
 - 5-1 婚姻の権利に関する判例・学説
 - 5-2 近年の下級審における婚姻の権利と実体デュープロセス
 - 婚姻の権利の捉え方 (第 42 卷第 2 号)
 - 5-3 同性婚の否定と平等保護
- 6 本判決における実体的デュープロセスの構造
 - 6-1 社会の進展と婚姻制度
 - 6-2 実体的デュープロセスの判断方法 - 理に基づく判断
 - 6-3 自由と平等の統合的理解
 - 6-4 審査のレベル
- 7 実体的デュープロセスの発展 - 総合考慮の構造
- 8 むすび - 本判決のインパクトと問題点・日本法への示唆 (第 42 卷第 3 = 4 号)

5-3 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。従来、同性婚の否定と平等保護の関係について、それが性差別に該当するのか¹²⁵⁾あるいは、性的志向に基づく差別に対しては厳格審査が適用されるのかどうか議論されてきた¹²⁶⁾しかし、連邦最高裁は、性的志向に基づく区分が疑わしい区分であるということを明確に否定している¹²⁷⁾これは下級審においても同様である¹²⁸⁾性的志向が問題となる場合、近年における平等保護の審査の焦点は、当該区分が基本的権利か疑わしい区分に該当するかではなく、敵意や偏見といった邪な動機に基づくものかどうかである。この点の関連において挙げられるのが、同性愛者に対する保護を禁止する州憲法の修正条項の合憲性が問題となったのは *Romer v. Evans*,¹²⁹⁾ *Lawrence* 判決における O'Connor 裁判官の結果同意意見¹³⁰⁾である。これらの判決は、道徳的立法¹³¹⁾あるいは、特定集団に対する偏見や敵意に基づく立法¹³²⁾が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¹³³⁾特に、同性婚を否定する立法は、上記で問題となった立法と同様に、何らの正当な政府利益に基づかない偏見に基づくものであり¹³⁴⁾いかなる審査基準のもとでも違憲となるのである¹³⁵⁾そして、*Windsor* 判決も、*Romer*

125) Jamal Greene, *Divorcing Marriage from Procreation*, 114 YALE L. J. 1989 (2005).

126) Deborah A. Widiss, Elizabeth L. Rosenblatt & Douglas NeJaime, *Exposing Sex Stereotypes in Recent Same-Sex Marriage Jurisprudence*, 30 HARV. J. L. & GENDER 461 (2007); Edward Stein, *Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights*, 49 UCLA L. REV. 471 (2001).

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

128) *Price Cornelson v. Brooks*, 524 F.3d 1103 (10th Cir.2008); *Walmer v. U.S. Dep't of Defense*, 52 F.3d 851, (10th Cir.1995); *Jantz v. Muci*, 976 F.2d 623, (10th Cir.1992).

129) 517 U.S. 620 (1996).

130) 539 U.S. 558, 579-85 (2003) (O'Connor, J., concurring in the judgement).

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

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

133) Barnett, *supra* note 113, at 37.

134) James Trosino, *American Wedding: Same-Sex Marriage and the Miscegenation Analogy*, 73 B. U. L. REV. 93, 108 (1993).

判決と同様の枠組みを採用している¹³⁶⁾ Windsor 判決では、DOMA は、たとえ、州が同性婚を有効のものとして承認しても、連邦政府が当該同異性婚を承認しないということを表明するものであるとしている。要するに、Windsor 判決は、DOMA は同性のカップルを狙い撃ちにするものであることを重視し¹³⁷⁾そこに違憲の決め手を求めている¹³⁸⁾このように、Windsor 判決において問題となった DOMA は、Romer 判決で違憲となった amendment 2 と同じように¹³⁹⁾その背後には同性のカップルに対する道徳的不承認¹⁴⁰⁾敵意、偏見¹⁴¹⁾が存在している。まさに、こうした点が同性婚の否定における問題の深層であるといえよう¹⁴²⁾そして、こうした違憲の動機に基づく DOMA は、同性のカップルから権利や利益を剥奪しており¹⁴³⁾正当な政府利益に何ら資するものではないのである¹⁴⁴⁾

そして、下級審では、上記の理由づけに沿う形で、同性婚を否定する州法・州憲法を違憲であるとしている。Bourke v. Beshear¹⁴⁵⁾では、以下のような理由づけで、同性婚を否定する州法を違憲とする。Windsor 判決は、同性婚の権利が婚姻の権利に含まれると判示したわけではない。そのために、同性婚の権利

135) 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).

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

137) Berger, *supra* note 127, at 782.

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

139) 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 J. GENDER L. & POL'Y 351, 449 (2013).

140) Mark Strasser, *Lawrence, Mill, and Same-Sex Relationships: On Values, Valuing, and the Constitution*, 15 S. CAL. INTERDISC. L. J. 285, 291-92 (2006).

141) Susannah Pollvogt, *Windsor, Animus, and the Future of Marriage. Equality*, 113 COLUM. L. REV. SIDEBAR 204, 210-14 (2013).

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

143) Andrew Koppelman, *DOMA, Romer, and Rationality*, 58 DRAKE L. REV. 15 (2010).

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

145) No. 3: 13-cv-750-H, 2014 WL 556729, at 1 (W. D. Ky. February 12, 2014).

の制限に対してはもっとも緩やかな審査が適用される。しかし、この審査を適用したとしても同性婚を承認しない州法は合憲性の審査をパスすることはできない。伝統的な婚姻の維持、責任ある生殖と子育て、適正な子育ての促進といった政府利益は正当ではない。そのために、同性婚を否定する州法は平等保護に反する。また、*De Leon v. Perry*¹⁴⁶⁾においても同様に、最も緩やかな審査を適用し、同性婚を否定する州法を違憲としている。その理由として、子どもの福祉は正当な政府利益であることに疑いはないものの、同性婚を承認しないことと子どもの福祉の利益の促進は無関係であること、また、子育てについても、同性婚を承認と関連するものではない。同性婚の否定が子育てに効果的であるという証拠は存在しないことを挙げる。

もっとも、*Henry v. Himes*¹⁴⁷⁾では、同性婚を否定する州法に対して厳格審査を適用している。その理由として、同性婚を否定する州法は子どもに対して直接的な差別効果を及ぼすものであることを挙げる。何らの政府利益も存在しないのに、同性婚を承認しないことは子どもの親の権利を剥奪するものであるとする。ことに、子ども、および、子どもの親にこうした制裁を課す州法に対しては厳格審査が適用され、結果として、州法は違憲であるとする。

6 本判決における実体的デュープロセスの構造

以上検討してきたように、近年の下級審の裁判例においては、同性婚の権利を明確に基本的権利として認め、また、同性婚を否定する法律を平等保護違反としている。学説も婚姻の権利の重要性を認め、かつ、同性愛者に対する偏見や敵意を見出すことで同性婚を否定する法律に対して違憲判決を下したのは妥当であるとしている¹⁴⁸⁾

146) No. 5: 13-cv-00982-OLG, 2014 WL 715741 (W. D. Tex., Feb. 26, 2014).

147) No. 1: 14-cv-00129 TSB, 2014 WL 1418395 (S. D. Ohio, Apr. 14, 2014).

148) Croyle Jennie, Perry v. Schwarzenegger, *Proposition 8, and the Fight for Same-Sex Marriage*, 19 Am. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 425, 432-35 (2011).

こうした流れの中で法廷意見も同性のカップルに対して婚姻の権利の保障が及ぶことを認めている¹⁴⁹⁾では、法廷意見はどのようなプロセスで、同性のカップルに対して婚姻の権利の保障が及ぶことを認めるのか。以下では、法廷意見の採用する実体的デュープロセスの構造を検討することにする。

6-1 社会の進展と婚姻制度

法廷意見は実体的デュープロセスを展開するまえに、婚姻制度の歴史、婚姻の重要性を概観し、社会の進展に伴い、広く同性愛に関する議論が行われ、同性愛に対するより大きな寛容が生じているという事実に着目する。法廷意見が着目するのは社会の進展に伴い婚姻の意味が変化しているという新しい知見である。この点については、学説も従前から指摘してきた。婚姻を同性婚にまで拡大させるかどうかは社会との関係において判断されるものである。婚姻の伝統的定義自体が固定的なものではなく、時代や社会とともに変化するものであるとされている¹⁵⁰⁾また、同性婚を排除してきたという伝統それ自体が曖昧であるとされている¹⁵¹⁾そのために、婚姻における歴史や伝統、また、出産や育児といった事柄は婚姻にとり重要な要素ではないとしている¹⁵²⁾そして、こうした社会の変化、あるいは、社会における同性婚に対するコンセンサス¹⁵³⁾は

149) Ronald Turner, *On Substantive Due Process and Discretionary Traditionalism*, 66 SMU L. REV. 539, 640 (2013). Turner は、連邦最高裁が同性婚の権利を基本的権利として認めることを予期していた。しかも、Turner は、Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆し、それに Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官、Sotomayor 裁判官、Kagan 裁判官が同調し、これに対して、Roberts 首席裁判官、Scalia 裁判官、Thomas 裁判官、Alito 裁判官が反対意見に回ることで予期していた。

150) 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).

151) Ronald J. Krotoszynski, Jr., *Dumbo's Feather: An Examination and Critique of the Supreme Court's Use, Misuse, and Abuse of Tradition in Protecting Fundamental Rights*, 48 WM. & MARY L. REV. 923 (2006).

152) Deason, Claire, *An Argument for Same Sex Marriage* (2006). *Political Science Honors Projects*. Paper 3.

153) Daniel Conkle, *Three Theories of Substantive Due Process*, 85 N. C. L. REV. 63, 128 (2006).

同性婚を承認する際に重要な論拠になるとされているのである¹⁵⁴⁾

6-2 実体的デュープロセスの判断方法—理に基づく判断

先にもみたように、法廷意見は、同性のカップルに対しても婚姻の権利の保障が及ぶことを認める。これは、Windsor 判決で回避された同性婚の権利の憲法上の位置づけを¹⁵⁵⁾今回、法廷意見が明確にしたものであり、その意義は極めて大きいといえよう。では、法廷意見は、どのようなプロセスで、同性のカップルに対して婚姻の権利の保障が及ぶことを認めるのか。以下では、その判断方法を概観する。

まず、法廷意見は、Eisenstadt 判決、Griswold 判決を引用し、修正 14 条が保護する自由には個人の自律と尊厳に対して中心的な選択が含まれるとする¹⁵⁶⁾。その上で、法廷意見は、理に基づく判断に基づき個人の基本的利益を特定するという判断方法を採用する。この判断方法はこれまでも実体的デュープロセスに関する判例において採用されてきた。例えば、Casey 判決における共同意見によれば、Roe 判決における中心的判示は単に先例としての問題ではなく、理に基づく判断に根拠づけられるとしている¹⁵⁷⁾。また、明示こそしていないが、Lawrence 判決では、先例、現代的価値を考慮して自由を保護しているとされている¹⁵⁸⁾。ただ、法廷意見は、理に基づく判断がどのような判断方法であるか明らかにしていない。一般に、理に基づく判断とは、憲法的価値判断に際して、裁判官は道徳哲学を重視するものとされている¹⁵⁹⁾。要するに、この判断方

154) Michael J. Kanotz, For Better or for Worse: A Critical Analysis of Florida's Defense of Marriage Act, 25 FLA. ST. U. L. REV. 439, 439 (1998).

155) 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).

156) 尊厳は人間の本質部分に関わるものであり、権利の保障の基盤を提供するものであるといえよう。その意味で、尊厳は個々の人権に比べて深遠なものであるとされている。John Castiglione, *Human Dignity Under the Fourth Amendment*, 2008 WIS. L. REV. 655.

157) Casey, 505 U. S. at 849.

158) Katherine T. Bartlett, *Tradition as Past and Present in Substantive Due Process Analysis*, 62 DUKE L. J. 535, 571 (2013).

法は従来の実体的デュープロセスのように歴史や伝統に拘束されるものではなく、¹⁶⁰⁾ 裁判官自身の道徳哲学に依拠し基本的権利を特定するものである。¹⁶¹⁾ もっとも、裁判官自身の道徳哲学に依拠し権利保護を行うとは言っても、それは裁判官の主観的価値判断ではなく、社会の要求に応じて必要な権利を保護することを要求するものである。¹⁶²⁾

なお、法廷意見は、歴史や伝統に依拠し基本的権利を保護するという従来の実体的デュープロセスの射程を限定している。周知のように、Roe 判決¹⁶³⁾以降、連邦最高裁は、歴史や伝統に根付く権利のみを基本的権利として保護してきた。Roe 判決以降、連邦最高裁が明示的に基本的権利として認めたのは、家族生活における個人の選択の自由¹⁶⁴⁾ 延命治療の治療拒否権¹⁶⁵⁾ 親の養育権¹⁶⁶⁾ である。同性婚の権利が歴史や伝統に根付くものであるか否かで議論すると、同性婚の権利を認める困難となる。¹⁶⁷⁾ そこで、法廷意見は、Glucksberg 判決で採用された歴史や伝統に依拠する実体的デュープロセスが適用されるのは、例えば自殺ほう助のように憲法に規定されていない新しい権利の承認が問題となる場合であるという（同様の論理は、先にみた *Bostic v. Schaefer* において見出すことができる）。法廷意見によれば、本件の場合には従来の実体的デュープロセスは妥当しないという（ただ、厳密に言えば歴史や伝統に依拠する実体的デュープロセスが限定されただけであり、それが完全に放棄されたということではないであろう）。その理由として、法廷意見は、本件では同性婚の権利を

159) JOHN ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 55-60 (1980).

160) Conkle, *supra* note 153, at 67.

161) *Id.* at 98.

162) *Id.* at 107.

163) 410 U. S. 113 (1973).

164) *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U. S. 494 (1977).

165) *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497 U. S. 261 (1990).

166) *Troxel v. Granville*, 530 U. S. 57 (2000).

167) *Turner*, *supra* note 149, at 639-40. アメリカにおいて婚姻の権利が男女の婚姻を前提とするものである以上、歴史や伝統に根付くかどうかを問う実体的デュープロセスのもとで、同性婚の権利を基本的権利として認めることはできないというべきであろう。上田宏和「Windsor 判決からみる憲法理論の新展開」創価法学 44 巻 3 号 (2015 年) 34 頁。

創出するというものではなく、婚姻の権利から特定の集団から排除することの正当化事由が存在するかどうかが問われているということを挙げる。¹⁶⁸⁾

従来、歴史や伝統は基本的権利の承認基準として機能してきたが、同時にその不明確さゆえに裁判官の実体的価値判断の問題を生じさせてきた。¹⁶⁹⁾しかも、歴史や伝統に依拠するということは過去の多数者の意思を尊重し、過去の多数者が現在の多数者を拘束することを意味する。¹⁷⁰⁾そのために、伝統や歴史を依拠し修正 14 条から基本的権利を導出することは、修正 14 条の反多数者主義という目的と反することになる。¹⁷¹⁾この点、法廷意見は、これまで基本的権利として承認されてきた婚姻の権利の保障を同性のカップルに対して拡張するものであり、新たに同性婚の権利を創出するものではないために、こうした問題に巻き込まれることはない。さらに、歴史や伝統の関係でいえば、婚姻が時代とともに変化するものであり¹⁷²⁾必ずしも伝統に拘束されるものではないために、¹⁷³⁾歴史や伝統に基づいて同性婚の権利が基本的権利かどうかを判断するのは妥当ではない。¹⁷⁴⁾なお、こうした論理は下級審においても見出すことができる。例えば、先にみた *Kitchen* 判決では、従来の先例を引用しつつも、社会の変化を根拠にして、婚姻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る。¹⁷⁵⁾

次に、法廷意見は、この法理を適用しこれまで婚姻の権利に対して憲法上の保護が及んできたことに着目する。そして、法廷意見は、*Lawrence* 判決、*Turner* 判決、*Zablocki* 判決、*Loving* 判決、*Griswold* 判決を主導的先例として挙げ、こ

168) 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).

169) ELY, *supra* note 159, at 43-72.

170) Adam B. Wolf, *Fundamentally Flawed: Tradition and Fundamental Rights*, 57 U. MIAMI L. REV. 101, 126 (2002).

171) ELY, *supra* note 159, at 62.

172) Conkle, *supra* note 153, at 128.

173) Winnick Willett, *Note, Equality Under the Law or Annihilation of Marriage and Morals? The Same-sex Marriage Debate*, 73 IND. L. J. 355, 390 (1997).

174) Turner, *supra* note 149, at 639.

175) 中曾・前掲注 2) 166 頁。

これらの先例は同性のカップルに婚姻の権利の保障が及ぶことを認めるものであるという。もっとも、これらの先例は同性婚について直接言及するものではない。そこで、法廷意見は、4つの原理と伝統という根拠を導出し、同性のカップルにも婚姻の権利の保障が及ぶとする。具体的には、第1に、婚姻の権利の性質について、婚姻は性的志向に関わらず2人の人間の結合であり、そこに尊厳が存在しているということ、第2に、婚姻の権利は基本的権利でありそれは同性のカップルにも及ぶということ、第3に、婚姻の権利において子育て、生殖は中心的ではないということ、第4に、婚姻は社会秩序における要であり、婚姻から同性のカップルを排除することは、同性のカップルに対して物質的負担以上の害悪をもたらすということ、である。そして、これらの根拠が示すのは、婚姻の権利の重要性は同性のカップルにとっても変わるものではないということである。法廷意見は、婚姻の権利は多様な側面を有しているとし、ここで重視するのは婚姻の権利の私的側面であるとする。婚姻の権利における私的側面の重要性は以前から指摘されており、婚姻において重要なのは婚姻の当事者の意思や願望であり¹⁷⁶⁾婚姻当事者の権利と責任を安定させるものであるとされている¹⁷⁷⁾婚姻の権利における私的側面を重視すると、婚姻の権利から婚姻の権利と生殖や子どもの養育が隔絶されることになり¹⁷⁸⁾また、信教の自由との関係においても、信教の自由と婚姻の権利は別次元の事柄であるということになる。

6-3 自由と平等の統合的理解

従来、デュープロセスにおける自由と平等保護は別個のものとして観念されてきたが¹⁷⁹⁾近年では自由と平等が統合され理解される傾向にある¹⁸⁰⁾例えば、

176) Note, *supra* note 107, at 2692.

177) 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).

178) Id.

179) William Eskridge, *Destabilizing Due Process and Evolutive Equal Protection*, 47 UCLA L. REV. 1183, 1216 (2000).

Lawrence 判決は取扱いの平等性と自由の実体保障により保護された行為に対する尊重を要求するデュープロセスの権利は重要な局面でリンクすると指摘する¹⁸¹⁾つまり、自由と平等は独立するものではなく、両者は「二重螺旋構造」として捉えられているのである。また、Windsor 判決では、DOMA は平等保護に反するだけでなく、修正 5 条で保護された自由を剝奪するとしており、自由と平等を統合的に捉え、DOMA について自由と平等の双方からアプローチし、双方の侵害を認めるという構造になっている¹⁸²⁾

そして、法廷意見もこうした方向性を提示している。法廷意見は、同性のカップルの婚姻の権利は修正 14 条により保護された自由の一部であり、平等保護にも由来するという。そして、デュープロセスと平等保護は相互に独立しつつも、深い方向で繋がっているというのである。それゆえに、同性婚を否定する法律は同性のカップルの自由に対しても負担を強いるものであり、同時に平等の中心的部分を剝奪しているとする。法廷意見は、同性婚を否定する法律が平等保護の侵害に該当するのか、実体的デュープロセスの侵害に該当するのか、いずれかの問題で割り切っていない。

このように、自由と平等を統合的に捉えることの利点は、例えば、同性婚を否定する法律のようなステレオタイプに基づく立法がもたらす、自由の侵害、

180) See Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N. C. L. REV. 375 (1985); Kenneth L. Karst, *The Liberties of Equal Citizens: Groups and the Due Process Clause*, 55 UCLA L. REV. 99 (2007).

181) Lawrence 判決では、Casey 判決における自律と尊厳に関する言及を引用し、憲法は個人の親密な関係における個人の決定について、憲法がそれを尊重することを命じているとしているのである。そして、州法は、道徳的な不承認に基づいてソドミー行為を処罰することで、個人の尊厳を侵害しているとする。同時に、個人の自律を保護するという観点から「州は同性愛者の存在を貶め、同性愛者の性的行為を犯罪として彼らの運命をコントロールすることはできない」とする一方で、平等の観点からソドミー行為を犯罪とすることは同性愛者に対してスティグマを付与することになるとする。このように、Lawrence 判決は、当該州法は同性愛者の性的自由を侵害するのみならず、性的行為にスティグマを付与することで個人の尊厳を侵害しているものであるというのである。Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 24 HARV. L. REV. 747, 793 (2011).

182) Neomi Rao, *Three Concepts of Dignity in Constitutional Law*, 86 NOTRE DAME L. REV. 183, 212 (2011).

あるいは、スティグマの付与といった問題に対して、多面的にアプローチし対処することができるということにある。¹⁸³⁾

6-4 審査のレベル

次に問題となるのは、同性婚を否定する法律に対する審査のレベルである。実体的デュープロセスの特徴は基本的権利を保護するだけでなく、それに対する制約に対して厳格審査を行うことにある。婚姻の権利は基本的権利として認められているので、その制約の合憲性の審査においては厳格審査が妥当することになる。しかし、法廷意見は、審査のレベルに言及はしていない。法廷意見は、平等保護との関係において、同性のカップルを婚姻制度から排除することは同性のカップルに対して重大な害悪を及ぼすことのみを指摘する。この点は、Windsor 判決においても指摘されていたところである。Windsor 判決においては、連邦政府が同性婚を承認しないということを表明しないという効果は広範囲に及ぶものであり、とりわけ、社会保障の局面において同性のカップルの利益を剥奪するものであるとしていた。¹⁸⁴⁾ Windsor 判決以降、同性のカップルに対してのみ特別の負担を課すことは憲法上許容されないとされている。¹⁸⁵⁾ 法廷意見もこうした見解と同一の方向性を示しているといえよう。法廷意見は、同性婚を認めない法律それ自体がもたらす不利益を重視し、本質的に不平等であると指摘している。要するに、同性婚を否定する法律は同性のカップルに対するこうした明白な不利益、不平等が存在するために、同性のカップルの権利の制限を正当化する政府利益は存在せず¹⁸⁶⁾ 審査基準論をいかに展開しようとも関係がなく、それだけで違憲と判断してよいということであろう。¹⁸⁷⁾

183) Neomi Rao, *The Trouble With Dignity and Rights of Recognition*, 99 VA. L. REV. OOLINE 29, 33 (2013).

184) McClain, *supra* note 139, at 466.

185) Samuel A. Marcossou, *The Lesson of the Same-Sex Marriage Trial: The Importance of Pushing Opponents of Lesbian and Gay Rights to Their "Second Line of Defense,"* 35 U. LOUISVILLE J. FAM. L. 721, 728 (1997).

186) Erwin Chemerinsky, *A Triumph for Liberty and Equality*, O. C. Lawyer Vol. 57, No. 8 (August 2015) 18.

7 実体的デュープロセスの発展—総合考慮の構造

本判決における実体的デュープロセスは突如として現れたものではない。本判決はあくまでも先例を尊重し、判例の連続性を重視している。本判決の背後に婚姻の権利、同性愛、同性婚に関する判例の積み重ねが存在していることを見逃すことはできない。そして、法廷意見における実体的デュープロセスは、こうした判例の積み重ねのもと、これまでの連邦最高裁の判例、下級審の裁判例において採用された実体的デュープロセスを取り入れ、それらを総合考慮するという構造となっている。具体的に、理に基づく判断は、Casey 判決における共同意見に見出すことができる。また、社会の変化を考慮して修正 14 条の保障する婚姻の権利に同性婚が含まれるとする論理、歴史や伝統に依拠する実体的デュープロセスの限定は、上記で検討した下級審において見出すことができる。さらに、同性のカップルにもたらす不利益や害悪への言及、自由と平等の統合的理解は Lawrence 判決、Windsor 判決に見出すことができる。

いわばこうした総合考慮の判断枠組みが採用されたのは、事案の性質に起因しているように思われる。同性婚を認めない州において同性のカップルに対して婚姻の権利の保障を認めるには、社会の進展に伴う婚姻の変化、それに伴う婚姻の権利観の変化、そして、婚姻制度から同性のカップルを排除することによりもたらされる不利益といった多面的問題に対処することが不可欠であるため、実体的デュープロセスの判断方法を総合考慮へと発展させる必要性があったと考えられる。その意味で、実体的デュープロセスの形態は一様ではなく、当該事案とそこで問題となっている権利の性質によりその判断方法が発展していくものであるといえよう¹⁸⁸⁾。なお、この点については、婚姻の権利のイメージに関する図を併せて参照していただきたい。

187) Berger, *supra* note 127, at 782.

188) Willett, *supra* note 173, at 372. この点、Willett によれば、憲法が発展的精神 (evolutionary spirit) を包含するものである以上、裁判官は、時、価値、規範の変化を理解し、それに応じて法理論をしばしば発展させてきたという。

8 むすびー本判決のインパクトと問題点・日本法への示唆

Windsor 判決以前から、同性婚を否定する法律は同性のカップルに対してスティグマを付与するものであり、¹⁸⁹⁾ こうしたスティグマを過小評価すべきではないとされてきた¹⁹⁰⁾ また、同性のカップルに婚姻を認めないことは同性のカップルを二級市民として扱うことでもあり、同性婚を容認すべきであるという主張がなされてきた¹⁹¹⁾ もっとも、Windsor 判決は連邦法である DOMA を違憲としただけであり、州における同性婚を認めたわけではなかった¹⁹²⁾ また、同性婚を否定する州憲法の合憲性が争われた *Hollingsworth v. Perry*¹⁹³⁾ では連邦憲法 3 条の事件および争訟性に該当するかどうかについての判断に終始し、イニシアティブが州民投票により可決され正式に憲法修正となっているために、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を上訴人は有していないとし、本案判断が回避されている。これは Windsor 判決における多数派を形成した裁判官が州に同性婚の承認を強制することを回避したかったからであるとされている。例えば、*Hollingsworth* 判決における口頭弁論で、Ginsburg 裁判官は、*Roe v. Wade* において裁判所が早すぎる介入を行ったために、誤りであったことを強調している¹⁹⁴⁾ *Roe* 判決においては中絶の権利を認め、州法を違憲としたことでバックラッシュを生じさせたが、*Hollingsworth* 判決において、Windsor 判決における多数派を形成した裁判官はバックラッシュを危惧し、本案判断を回避したといわれている¹⁹⁵⁾ その意味で、*Hollingsworth* 判決、

189) Marc R. Poirier, *Name Calling: Identifying Stigma in the "Civil Union"/"Marriage" Distinction*, 41 CONN. L. REV. 1425 (2009).

190) Daniel Dunson, *A Right to a Word? The Interplay of Equal Protection and Freedom of Thought in the Move to Gender-Blind Marriage*, 5 ALB. GOV'T L. REV. 552 (2012).

191) Laurence H. Tribe & Joshua Matz, Essay, *The Constitutional Inevitability of Same-Sex Marriage*, 71 MD. L. REV. 471, 489 (2012).

192) Chad Muir, Note, *Perry v. Schwarzenegger: A Judicial Attack on Traditional Marriage*, 22 U. FLA. J. L. & PUB. POL'Y 145, 159 (2011).

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

194) Michael Klarman, *Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality*, 27 HARV. L. REV. 127, 146-47 (2013).

Windsor 判決では、州における同性婚の問題、同性婚の権利について、連邦最高裁は極めて慎重な姿勢を示したといえよう。

ただ、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事は困難となり、¹⁹⁶⁾ 同性婚を否定する州法や州憲法は違憲となる方向性が示されたといわれている。¹⁹⁷⁾ Windsor 判決後、同性婚を否定する法律は同性のカップルにも異性のカップルと同様の保護を要求する Windsor 判決の趣旨に反するという主張が有力になされてきた。¹⁹⁸⁾ そして、同性婚に対する支持が増加し続け、同性婚を許容する州が増加すれば、¹⁹⁹⁾ いずれ連邦最高裁は同性婚を否定する州法を違憲とすることが予測されてきた。²⁰⁰⁾ その意味で、本判決は、出るべくして出た判決であるといえよう。²⁰¹⁾ 本判決は、同性のカップルが州に対して婚姻許可証の発給を求めそれが拒否されたことが問題となった Baker v. Nelson²⁰²⁾ を覆し、Windsor 判決で回避された同性婚の権利の憲法上の位置づけを明確にした。本判決は同性のカップルも異性のカップルと同様に婚姻の重要性は変わらず、同性のカップルに対しても婚姻の権利の保障が及ぶことを明確に認め、同性婚が承認されることになったのである。本判決により、すべての州が同性のカップルに対して婚姻許可証の発給の拒否を行うことはできず、他州での同性婚を承認する義務を負うことになった。²⁰³⁾ このように、同性婚を承認する本判決は同性愛者の権利保護にとって大きな前進になるものであるといえよう。²⁰⁴⁾

195) Id. at 148.

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

197) 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 卷3・4号 (2014年) 187頁。

198) McClain, *supra* note 139, at 476-77.

199) Willett, *supra* note 173, at 390.

200) Klarman, *supra* note 194, at 158.

201) 本判決も指摘するように、アメリカ社会が同性婚を許容するという態度にシフトしており、連邦最高裁もそれを承認した形となっている Id. at 160.

202) 409. U. S. 810 (1972).

203) 井樋三枝子「【アメリカ】同性婚に関する連邦最高裁判決」外国の立法 (2015年)。

204) Chemerinsky, *supra* note 186, at 18. Chemerinskyによれば、その後歴史は本判決が Brown 判決と同様に正しいものであると評価することは明らかであると指摘する。

もつとも、本判決にも問題がないわけではない。裁判所が理に基づく判断により、婚姻の権利の保障が同性のカップルに及ぶと正面から認めることは、裁判所の妥当な役割を超えて立法府の権限（婚姻の定義を行うのは州の権限であるとされている）²⁰⁵⁾に不当に干渉するのではないかという問題を生じさせる可能性もなくはない²⁰⁶⁾これは4人の裁判官の反対意見が批判するところでもある。ことに、Roberts 首席裁判官の反対意見は、法廷意見の方法論は Lochner 判決と同様であると厳しく批判する。Lochner 判決に対する批判として挙げられるのは、裁判所が立法目的について議会の判断を尊重することなく、契約の自由という誤った価値を重視し経済規制立法を違憲としたことである²⁰⁷⁾要するに、本判決は民主主義のもとでの裁判所の妥当な役割は何かという問題を再び提起したといえる²⁰⁸⁾本判決は Lochner 判決の再来であるのか。この問題に裁判所がいかに応じるのか、今後の展開が注目される場所である。

最後に、日本法への示唆について検討する。上記のアメリカの議論が日本に直接妥当するかどうかについては慎重な検討を要するが、同性婚の制限については、我が国においても憲法13条、14条、24条との関係においてが議論されている。

まず、13条の自己決定権との関係についてである。憲法には婚姻の自由を直接保障した規定はない。婚姻について規定している24条についても14条の平等権の特別規定とされ権利を保障した規定とは考えられてはこなかった。そこで、根拠として挙げられるのが、13条である²⁰⁹⁾13条との関係において、婚姻の権利が幸福追求権に含まれるかが問題となる。13条の幸福追求権の保障範囲については、憲法的保護を受けるのは人格的自律に不可欠な権利に

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

206) Conkle, *supra* note 153, at 112. 裁判官の政治的・道徳的考慮に基づく理に基づく判断は、必然的に民主主義と衝突するという。

207) LAURENCE TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1370-71 (3rd ed. 2000).

208) 松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）151頁。

209) 松井茂記『LAW IN CONTEXT 憲法－法律問題を読み解く35の事例』（有斐閣、2010年）6頁。

限られるとする人格的自律権説と、すべての人の自由が保護に値するとする一般的自由権説が対立している。人格的自律権説は、自己決定と人権保障のいかに考えるかという人権保障の基礎理論と関連させつつ、列挙されていない権利を一定の権利に限定して保障するというものである²¹⁰⁾ 人格的自律権説のもとで、自己決定権が保障される理由は、自己決定が個々人の善き生にとって不可欠だからということになる²¹¹⁾ これに対して、一般的自由権説は、すべての自己決定が一般的行為自由として保障するというものである。もっとも、一般的自由とはいっても、文字通りすべての自由が保障されるわけではなく、他者に対して加害行為を行う自由は除外しており、保障範囲を無限定とはしてない²¹²⁾ つまり、「公共の福祉に反しない限り一般的に自由を拘束されないとする一般的自由権の存在が認められる」のである²¹³⁾ 一般的自由権説は、人格的自律権説のように自己決定権の個別の類型化あるいは追加を主張するというものではない。一般的自由権説は、他者に加害を与える自由を除いて自由の範囲を限定しないという意味において、自己決定権の射程が一般的自由までに広がることになる。したがって、一般的自由権説のもとで、一般的自由と自己決定は同義ということになる²¹⁴⁾ そして、一般的自由権のもとでの自己決定権の保障に際しての焦点は、「自分のことは自分で決める、他人の干渉を受けない」というところにある。何についての自己決定か、自己決定の内容や価値といったものは、二次的意味しかもたないことになる。たとえ些細なことであっても、自分で決めるべきことを他人から禁止されれば、自己決定権の侵害になる²¹⁵⁾ しかし、いずれの立場でも、婚姻の自由は、家族を形成・維持する自己決定権の一つとして認められるであろう。というのは、婚姻は個々人が「社会的生活を営

210) 藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、1998年）327頁。

211) 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）101～102頁。

212) 戸波江二『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、1998年）175～178頁。

213) 橋本公亘『日本国憲法』（有斐閣、1998年）218～220頁。

214) 辻村みよ子『女性と人権』（日本評論社、1997年）238頁。

215) 戸波江二・小山剛「幸福追求権と自己決定権」井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』（日本評論社、2004年）20～21頁。

んでいく上で、人生の伴侶と考えた人と共同生活を営むことは、まさに本質的な行為」と考えられるからである²¹⁶⁾

では、同性婚の制限は婚姻の自由という自己決定権の制限となるのかであるが、同性婚の制限は婚姻の自由の制限としての構成が可能であるとされている²¹⁷⁾ 婚姻の自由の趣旨からすれば、「事実婚であれ同性婚であれ、本人が好むような種類の家族をつくって維持する」自由が保障されるはずである。婚姻するかしないか、あるいは、誰と婚姻するかについては、「すべて当事者の合意にゆだねる」ことになり、こうした事項に対する制限は婚姻の自由の制限となるのである²¹⁸⁾

次に、14条の平等権との関係である。ここでの問題は同性婚を制限することが性差別に該当するかどうかである。14条1項は性差別を禁止している。日本では、性別は後段列举事由に該当するものの、後段列举事由に該当するとしても人種のような疑わしい区分ではないとして厳格な合理性の基準が妥当とする見解²¹⁹⁾と、過去の女性に対する差別に鑑みて疑わしい区分に該当するとして厳格審査²²⁰⁾が妥当とする見解が対立している。前者は、厳格審査が硬直的であること、女性が政治過程において少数者ではないことに鑑みて²²¹⁾ 厳格な合理性の基準が適用されるとする²²²⁾ これに対して、後者は、14条1項後段列举事由が生来の偶然、個人の能力とは関係のないことに基づき差別を禁止している趣旨に鑑みれば²²³⁾ 性差別立法の解消は立法府ではなく裁判所

216) 松井・前掲注209) 6頁。

217) 松井・前掲注209) 6頁。

218) 内野正幸『人権のオモテとウラ』(明石書店、1992年) 161頁。同様の指摘として、大日方信春『憲法Ⅱ 基本権総論』(有信堂、2014年) 81頁。個人の価値観が多様化した現在において、法律婚家族ではない法関係で生きていくこと自体が自由であり、そうした生きたかの制約は幸福追求権の問題になるという。

219) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第四版〕』(岩波書店、2007年) 129頁。

220) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社、1996年) 294～304頁、松井茂記『日本国憲法 第3版』(有斐閣、2007年) 382頁。

221) 君塚・前掲注220) 133頁。

222) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)〔増補版〕』(有斐閣、2000年) 30頁。

223) 君塚・前掲注220) 127頁。

の役割であるとして厳格審査が妥当するというものである²²⁴⁾そして、同性婚の制限はこの性差別に該当するという見解が見られる。婚姻を「異性パートナーに限定するということは、それぞれ男性／女性としての何らかの役割が期待されているということを推測」される。「男性のパートナーが男性であってはいけないということは、男性には期待できず、女性には期待できる何かがあるからであり、また、女性のパートナーが男性でなければならないという」のである²²⁵⁾また、生殖に関して、日本においてもアメリカにおいても、婚姻をした夫婦に生殖が義務づけられるわけではなく、生殖の意思やその能力が婚姻の条件になっているわけでもない。そのために、生殖能力ということ、婚姻を男女間に限定する根拠とすることはできないことになる²²⁶⁾このように、同性婚の制限は、性差別と構成され、厳格な審査が要求されることになる²²⁷⁾

最後に、24条の婚姻の自由との関係についてである。先に見たように、かつて24条は具体的な憲法上の権利を保障したものではないとされてきたが、近年では婚姻の自由が24条1項を根拠にして認められるとする見解が有力である²²⁸⁾この説によれば、1項は、「両性の合意」のみを要件とする婚姻の自由、およびその消極面としての非婚・離婚の自由を個人に保障する。これは、13条の保障する家族に関する自己決定権（婚姻・離婚・妊娠・出産・墮胎の自由等）の具体化でもあり、これらへの権利に対する不当な制約は排除される。さらに、1項は、夫婦の同等の権利とそれに基づく婚姻維持の自由を保障する。夫婦の同等の権利について、婚姻の自由に関する場合や前述の女性差別撤廃条約に明記された諸権利については、同一の権利が要請されている。また、婚姻の維持の自由については、13条の保障とも重なりあい、これらは立法府・行政府の侵害についての違憲判断の根拠となりうる²²⁹⁾さらに、25条の生存権と

224) 君塚・前掲注220) 132頁。

225) 大野友也「同性婚と平等保護」鹿児島大学法学論集43巻2号(2009年)36頁。

226) 大野・前掲注225) 37頁。

227) 大野・前掲注225) 38頁。

228) 松井・前掲注209) 5頁。

の関連においては、生存権保障の一環としての家庭生活の経済的保障を排除するものではないが、その場合にも、個人の婚姻、離婚の自由を侵害することは許されない²³⁰⁾

もっとも、24条と同性婚の関係でいえば、24条における両性への言及が、異性婚を当然のものとして想定しているとの主張がありうる²³¹⁾確かに、24条の「両性」という文言に着目すれば²³²⁾必ずしも同性婚に積極的に道を開いているわけではない²³³⁾これに対して、24条が既存の性的役割に拘束されない対等な配偶者を前提とし²³⁴⁾また、性別にかかわらず、女性も男性も平等に婚姻できることを定めたものと理解することができれば、同性婚を制限すべき理由にはならないとする反論も有力である²³⁵⁾そして、もし24条が同性婚を否定していないとすると、同性婚を制限すべき正当な理由が存在するかどうかの問題となる²³⁶⁾この点について、婚姻関係を、単に子どもの出産、育成を中心とする家族制度と定義すれば、子どもを産む可能性がそもそも存在しない同性婚は認められないと考えることもできる。しかし、このような婚姻秩序の維持という利益をもって、婚姻の自由を制限する正当で合理的な目的といえるのか疑問である²³⁷⁾さらに、子どもの出産を前提とするような定義をとること自体が妥当かどうか疑わしい²³⁸⁾この点について、アメリカにおいても同様である²³⁹⁾そうす

229) 辻村みよ子『ジェンダーと人権』（日本評論社、1998年）241頁。

230) 辻村・前掲注229) 241～242頁。

231) 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010年）192頁。

232) 守谷賢輔「家族と法 同性愛者の法的問題」榎透・大江一平・大林啓吾編『時事法学－法からみる社会問題－』（北樹出版、2011年）107頁。

233) 高井裕之「同性結婚の拒否と州憲法上の平等原則」ジュリスト1177号（2000年）221頁。

234) 齊藤笑美子「同性カップルは結婚できない？－家族と個人の平等－」石崎学・笹沼弘志・押久保倫夫編『リアル憲法学』（法律文化社、2009年）93頁。24条は夫婦同権と両性の本質的平等を基調としており、性別に依存する役割から解放された互換的な配偶者の転換を目指すものであるという。

235) 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）157頁。

236) 松井・前掲注235) 157頁。

237) 松井・前掲注209) 6頁。

ると、同性婚を認めることが憲法に反するとは言い難いということになる²⁴⁰⁾

さらに、近年では24条2項に着目する見解が有力に主張されている²⁴¹⁾この見解によれば、24条1項の規定に鑑みると、日本においてアメリカにおける同性婚の議論がダイレクトに当てはめることは困難であるという²⁴²⁾また、同性婚を認めるとしても、それに対して法律上の保護を与えるかどうかという問題は残されている²⁴³⁾そこで、24条2項に着目し、当該規定は家族に関する事項について、法律の制定によることを規定しており、「どの範囲の家族に対してどのような内容の保護を与えるのかについては、立法部の裁量に委ねられる」が、当該法律は「個人の尊厳」に立脚することが要求される²⁴⁴⁾しかも、同性婚を制限する理由が乏しいことを考えれば、「むしろ同性婚を保護することが同性カップルの子どもの保護につながることを考えると、ドメスティック・パートナーシップのような制度を創設することによって同性カップルに対する保護を与えるということは、単に憲法に違反しないというだけでなく、24条2項によって（たとえ暫定的なものであったとしても）ある程度積極的に要請される」という²⁴⁵⁾

このように、近年では、日本においても同性婚を制限する論拠はいずれも説得力を欠く状況にある²⁴⁶⁾「合意する2人の当事者の永続的な結合関係」に着目して²⁴⁷⁾それを婚姻の中心的な要素として捉えるならば²⁴⁸⁾婚姻を異性間に限定し同性婚を制限する正当化根拠は存在しないであろう²⁴⁹⁾結局のところ、同性

238) 松井・前掲注209) 6頁。

239) Mazrui, *supra* note 102, at 281.

240) 齊藤・前掲注234) 92～93頁、守谷・前掲注232) 107頁。こうした解釈をとれば、同性婚への道が完全に閉ざされているわけではないので、国会が同性婚を許容する法律を制定し同性婚を認めるという可能性があると言指す。

241) 羽瀨雅裕『親密な人間関係と憲法』（帝塚山大学出版会、2012年）104頁。

242) 羽瀨・前掲注241) 108頁。

243) 内野・前掲注218) 161頁。

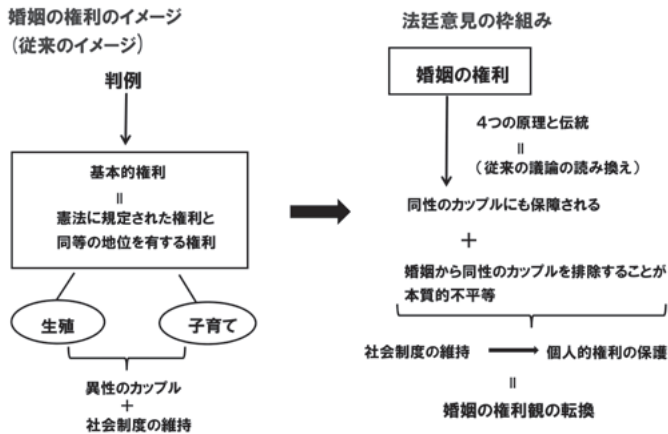
244) 羽瀨・前掲注241) 106頁。

245) 羽瀨・前掲注241) 106～107頁。

246) 羽瀨・前掲注241) 108頁。

247) 松井・前掲注235) 157頁。

婚を許容するかどうかの問題は婚姻とは何か、誰と誰が結婚できるのかという問題に行き着くことになる。婚姻は、社会秩序としてあるいは身分秩序として是認されるものかどうかという観点から決定され、それは「社会生活からの要請」によって統制を受ける²⁵⁰⁾したがって、同性婚が許容されるかどうかは社会との関係において判断されるということになる。そうだとすれば、婚姻の形態が進展し社会において同性婚が承認される状況にいたれば、憲法が同性婚に対して道を開いているのか、同性婚に対して法律上の利益をいかに付与するのかといった問題の検討が日本においても不可避となるであろう。



- 248) この見解を最も徹底させたのが安念潤司教授である。安念教授によれば、各人の自己決定権を尊重するのであれば、個人が誰といかなる結合関係を取り結ぶかについては各人の自由に委ねられ、ある特別の結合関係だけを抽出して特別の法規整を加えることを断念すべきであるという。安念教授はこれを「契約的家族観」と称する。この家族観からすれば、婚姻の相手方についての制限もなくなり、パートナーが異性でなければならないとか、一人でなければならないとかいう制限はなくなることになる。安念潤司「家族と自己決定」岩波講座『現代の法 14』（岩波書店、1998年）134～136頁。
- 249) 青柳幸一『憲法』（尚学社、2015年）134～135頁。なお、日本国憲法のもとで同性婚が否定されない根拠として、第1に、日本国憲法制定時において同性婚を認めるかどうかは想定外であったこと、第2に、日本国憲法は「個人の尊重」を規定して「かけがえのない個人」を尊重しており、同性婚という結び付きが否定されるわけではないことを挙げる。
- 250) 石川稔「同性愛者の婚姻」法学セミナー 356号（1984年）60頁。