

# 同性婚の権利と連邦憲法(1)

中 曾 久 雄

# 同性婚の権利と連邦憲法(1)

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)

## 1 はじめに

近年、アメリカでは、同性婚を否定する州憲法、あるいは、州法の合憲性が活発に議論されてきた。United States v. Windsorにおいて Defense of Marriage Act (DOMA) が違憲とされて以来<sup>1)</sup>、下級審のレベルにおいて同性婚を否定する州法がことごとく違憲とされてきた<sup>2)</sup>。こうした中で、ついに連邦最高裁が同性婚を否定する州法の合憲性を判断することになった。Obergefell v. Hodges (以下、本判決)<sup>3)</sup>において、連邦最高裁は同性婚を否定する州法を違憲とし、この問題に対して終止符を打った形になった。本稿では、本判決を通じて、同性婚の否定をめぐる憲法上の問題を考察する。

## 2 事案の概要

本件は、Ohio 州、Michigan 州、Kentucky 州、Tennessee 州に在住する同性のカップルが同性婚を禁止する州法の合憲性を争ったものである。原告らはそれぞれの訴訟において、同性婚を認めない州法は平等保護に反すると主張していた。すべての連邦地方裁判所では原告が勝訴した。その後、Tanco v. Haslam (Tennessee 州・他州で同性婚を行ったカップルが Tennessee 州の同性婚を否定する州法の差止めを求めた事案)、DeBoer v. Snyder (Michigan 州・養子縁組を希望する同性のカップルが同性婚を否定する州法の差止めを求めた事案)、Bourke v. Beshear (Kentucky 州・他州で同性婚を行ったカップルが Kentucky 州の同性婚を否定する州法の差止めと違憲の宣言を求めた事案)、Obergefell v. Hodges (Ohio 州) は、第 6 巡回区控訴裁判所において併合され審理されるこ

---

1) 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」愛媛法学会雑誌第 41 巻第 3・4 合併号 (2015 年)、同「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) この点については、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」愛媛法学会雑誌第 42 巻 1 号 (2015 年) 155 頁以下。

3) No. 14-556 (U. S. June 26, 2015).

とになった。第6巡回区控訴裁判所は、同性婚の禁止が平等保護に反しないとした<sup>4)</sup>。原告が連邦最高裁に上訴し、上訴が受理された。連邦最高裁においても、Ohio州の事案にMichigan州、Kentucky州、Tennessee州の事案が併合され審理された。なお、Ohio州の事案は以下の通りである。上告人のJames ObergefellとパートナーのJohn Arthurは同性のカップルであった。John Arthurは難病であるALS（筋萎縮性側索硬化症）にかかり、彼は死亡診断書の配偶者欄にJames Obergefellの名前を記すことを要求していた。そこで、彼らは婚姻の法的承認を得るために、Maryland州で同性婚をし、その後、Ohio州に移住した。しかし、Ohio州は彼らの婚姻を承認しなかったため、同性婚を認めない州法の違憲の宣言を求めて訴えを起こした。連邦地裁は、同性婚を容認しないのは差別に該当するとし、Ohio州に対して同性婚を承認するように命じた<sup>5)</sup>。

本件における争点は以下の2つである。修正14条は同性婚に婚姻許可を与えることを要求するものであるか、修正14条は他州で合法的に同性婚が許可され行われた場合に州に対して当該同性婚を承認するよう要求するか、である。連邦最高裁は5対4で原判決を破棄差し戻しとした。

### 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）

本件を支配する原理や先例を検討する前に、当法廷が直面する課題に関する歴史に言及することが適切である。歴史の始まりから現在に至るまで、人間の歴史の記録は婚姻が極めて重要であることを明らかにしている。男性と女性に生涯にわたる結合は、気高さ（nobility）と尊厳を全ての人に対して約束している。人間の基本的要求に端を発するものであるために、婚姻は我々の最も深

---

4) 772 F.3d 388 (6th Cir. 2014). 本判決については、中曾久雄「同性婚を否定する州憲法の合憲性」愛媛法学会雑誌第42巻2号。

5) Obergefell v. Kasich, PB-OH-0003. Docket / Court, 1: 13-cv-00501-TSB (S. D. Ohio).

い希望や願望にとり中心的なものである<sup>6)</sup>。歴史の始まり以来、婚姻は見知らぬ人を親族に変え、家族と社会を結びつけてきた。孔子は婚姻が政府の基盤であると教えた。また、Ciceroによれば、社会における最初の契約 (bond) は婚姻であり、次に、子ども、家族であると教えた。これらの引用は婚姻が男女の結合であるという理解に基づくものであると主張するのが正当でありまた妥当である<sup>7)</sup>。

この歴史が本件の出発点である。被上訴人にとって、もし婚姻の概念と法的地位を同性の2人にまで拡大されたならば、婚姻は時代を超越した制度 (timeless institution) へと貶めることになる。被上訴人の見解において、婚姻は元来男性と女性という異なる性の結合なのである。上訴人は婚姻の歴史を認識するが、本件はそれで終わるものではないことを主張する<sup>8)</sup>。

婚姻の歴史は連続性と変化の1つである。婚姻制度は時代とともに進展している。かつて婚姻は、政治的、宗教的、経済的な考慮に基づき、両親が取り決めるものとして考えられた。しかし、アメリカ建国期においては、男女の間の自発的契約として理解されていた。過去における婚姻制度のこれらの進展は単に表面的変化ではなかった。むしろ、それは婚姻制度において重大な変化をもたらすものであった<sup>9)</sup>。これらの新しい知見 (new insight) は婚姻制度を弱体化させるものではなく、補強するものであった。こうしたダイナミックは、同性愛者の権利主張の経験をするアメリカにおいても見ることができる。20世紀半ばまで、同性間の親密な関係は、西欧諸国の大部分において国家により不道徳なものとして非難されてきた。その理由として、多くの人は同性愛者に尊厳はないと考えてきたからである<sup>10)</sup>さらに、20世紀のかなりの期間、同性愛は病気として扱われた<sup>11)</sup>

---

6) *Obergefell*, slip op. at 3.

7) *Id.* at 3-4.

8) *Id.* at 4.

9) *Id.* at 6-7.

10) *Id.* at 7.

11) *Id.* at 7-8.

20世紀後半における文化的政治的進展は、政府および私的部門において広く同性愛に関する議論を呼び起こし、そして、同性愛に対するより大きな寛容（greater tolerance）という変化をもたらした。その結果、同性愛者の法的取扱いに関する問題を裁判所が扱うことになった<sup>12)</sup>

*Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986) では、同性愛者のソドミー行為を処罰する州法を合憲とした。その10年後、*Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996) では、同性愛者に対して保護を禁止した州憲法の修正条項を違憲とした。次に、*Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) では、*Bowers* 判決を覆し、同性愛者のソドミー行為を処罰する法律は同性愛者の人生を蔑むと判示した<sup>13)</sup>

同性婚の問題に関して、1993年に、*Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44において、州最高裁は婚姻を異性に限定する州法は性に基づく区分であり、州憲法のもとで厳格審査に服すると判示した。そして、1996年に連邦議会は婚姻を異性間に定義する *Defense of Marriage Act* を制定し、2年前に *Defense of Marriage Act* は、*United States v. Windsor*, 570 U. S. \_\_\_\_ (2013) において違憲とされた<sup>14)</sup> 近年では、同性婚に関する多くの事案を控訴裁が扱っている。例えば、*Citizens for Equal Protection v. Bruning*, 455 F. 3d 859 (CA 8 2006) では、婚姻から同性婚を排除することは憲法に反すると判示している<sup>15)</sup>

修正14条により保護された基本的自由は、権利章典に列挙されたほとんどの権利を包含する。加えて、これらの自由は、個人の尊厳と自律にとり中心的な特定の個人的選択へと広がっている。基本的権利の特定と保護は、憲法を解釈するという裁判所の義務における永続的要素（enduring part）となっている。この責務は、裁判所に対して、州が尊重しなければならない基本的利益の特定に際して理に基づく判断（reasoned judgment）を行使することを要求する。そのプロセスは、広く原理として根付いている他の憲法の条項の分析と関連する

---

12) *Id.* at 8.

13) *Id.*

14) *Id.* at 8-9.

15) *Id.* at 9-10.

多くの同一の検討により先導される。歴史と伝統はこの審査を先導し規律するものであるが、外周（outer boundaries）を設定するものではない<sup>16)</sup>

権利章典や修正 14 条を起草し制定した世代は、自由のあらゆる側面を知るものではなかった。そのために、起草者達は自由を享受するすべての人の権利保護を未来の世代に託したのである。新しい知見が憲法の中心的保護と受容されている法的構造の間に不一致を明らかにする場合、自由に対する主張が行われなくてはならない。これらの確立した法理（tenet）を適用し、裁判所はこれまで婚姻の権利は憲法により保護されると判示してきた<sup>17)</sup> 婚姻の権利は異性のパートナーを伴う関係を想定していたことは否定することはできない。それにもかかわらず、主導的先導（Lawrence 判決、Turner 判決、Zablocki 判決、Loving 判決、Griswold 判決）がより射程の広い憲法上の原理を現している。これらの先例の支配力と合理性が同性のカップルに適用されるかどうかを判断するに際して、当法廷はなぜ婚姻の権利が長らく保護されてきたかという基本的理由を尊重しなくてはならない。この分析は同性のカップルも婚姻の権利を享受しなければならないという結論を強いるものである<sup>18)</sup>

4 つの原理と伝統が、憲法のもとで婚姻が基本的であるという理由付けは同性のカップルにも等しく適用されることを証明している<sup>19)</sup>

関連する先例の第 1 の前提は、婚姻に関する個人の選択の権利は、個人の自律概念において内在しているということである。憲法により保護された避妊、家族関係、生殖、子育てのように、婚姻に関連する決定は、個人にとりもっとも親密なものである。婚姻の性質は、永続する契約（enduring bond）を通じて、2 人の人間がともに表現、親密、精神のような他の自由を見つけることができるというものである。これは、性的志向に関わらず、すべての人にとり真実である。2 人の男性、あるいは、2 人の女性の間の結合、および、こうした奥深

---

16) Id. at 10-11.

17) Id. at 11.

18) Id. at 12.

19) Id.

い選択を行う彼らの自律に尊厳は存在している<sup>20)</sup>

第2の原理は、2人の結合を維持するために婚姻の権利は基本的権利であるということである。この権利は、Griswold判決において中心であった。そして、Turner判決において、当法廷はこの権利により親密な結合が保護されると判示した。さらに、Lawrence判決において、当法廷は同性のカップルは異性のカップルが享受する親密な自由を有すると判示した<sup>21)</sup>

第3に、婚姻の権利を保護することの根拠は、子どもや家族に対する保護(safeguard)にある。これまで、当法廷は婚姻を行い、家庭を形成し、子育てする権利はデュープロセスに保護された自由にとり中心部分であると判示してきた<sup>22)</sup>すべての当事者は、同性のカップルが子どもを愛し育む家庭を提供することに同意する。そのために、婚姻から同性のカップルを排除することは婚姻の権利の中心的条件と衝突することになる。こうして、問題となっている婚姻に関する法律は、同性のカップルの子どもに害を及ぼし、屈辱を与える。婚姻に対して承認、安定性、予測可能性がなければ、子どもは自分の家族がどこか劣っている(somehow lesser)というスティグマに苦しむことになる。また、彼らは、婚姻していない両親ということで生じる重大な物質的なコストを被ることになる。もっとも、子どもを持たず、持つことのできないカップルにとって、婚姻の権利は意味がないと主張しているのではない。生殖の能力、願望、約束はあらゆる州において有効な婚姻の必須条件ではなく、これまでも必須条件ではなかった<sup>23)</sup>憲法上の婚姻の権利は多様な側面を有しており、出産はその1つにすぎないのである<sup>24)</sup>

第4に、先例および国家の伝統は、婚姻が我々の社会秩序における要(keystone)であることを明らかにしている。例えば、Maynard v. Hill, 125 U. S. 190 (1888)では、婚姻が家族および社会における基盤であると判示した。

---

20) Id. at 13.

21) Id. at 13-14.

22) Id. at 14.

23) Id. at 15.

24) Id. at 16.

また、同判決では、婚姻が社会に対して特質を与える偉大な公的制度（a great public institution）であるとした。こうした理由により、確かに、社会はカップルを保護し育成するために、象徴的承認（symbolic recognition）と物質的利益を付与し、カップルを支持することを誓約する<sup>25)</sup>この原理について、異性のカップルと同性のカップルの間に差異はない。婚姻から同性のカップルを排除することにより、同性のカップルは州が婚姻と関連づけている利益の集合体を否定される。この害悪は物質的負担以上のものをもたらす。同性のカップルは生涯にわたり耐えがたいと思われるような不安定性を付与されることになる。また、州が同性のカップルを婚姻から排除することは、同性愛者が重要な局面において不平等であることを教示する効果を有している。州がアメリカ社会における中心的制度から同性愛者を締め出すことは、同性愛者をさげすむことになる。異性のカップルに婚姻を限定することはこれまで自然であり正当であると見られてきたが、しかし、今や婚姻の権利の中核に矛盾していることは明らかである<sup>26)</sup>

被上訴人は *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702 (1997) に言及し、上訴人は婚姻の権利ではなく同性婚の権利という新しく、そして、憲法に存在しない同性婚の権利の行使を求めていると主張する。*Glucksberg* 判決では、修正14条のもとでの自由は、特定の歴史的実践に対する中心的言及とともに、もっとも制限された方法により定義されなければならないと主張した。このアプローチは自殺ほう助の権利には妥当するが、婚姻の権利や親密の自由を含む他の基本的権利を論じる際に使用されているアプローチとは矛盾する。これまで婚姻の自由が問題となった事案（*Loving* 判決、*Turner* 判決、*Zablocki* 判決）では、包括的意味（comprehensive sense）における婚姻の自由が問題となり、当該権利を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た。こうした原理がここで妥当する<sup>27)</sup>

---

25) Id.

26) Id. at 17.

27) Id. at 18.

婚姻の権利は基本的権利であるが、それは単に歴史的ソースから生じるものではない。婚姻の権利は、我々の時代において切望されている自由を憲法上の原則がいかに定義するかということに関するより広い理解から生じる。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。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 (in profound way) において繋がっている<sup>28)</sup>。婚姻に関する事例は、このダイナミックを反映している。例えば、Loving 判決では、デュープロセスと平等保護に依拠し、異人種間の婚姻を禁止する立法を違憲とした。また、Zablocki 判決では、2つの条項の相乗効果を現している。実際、平等保護を解釈するに際して、当法廷は新しい知見と社会的理解が基本的制度に内在する決して正当化できない不平等を明らかにできることを承認してきた<sup>29)</sup>。

このダイナミックは、同性婚の事例にも妥当する。問題となっている法律は同性のカップルの自由に負担を強いることは明確であり、平等の中心的部分をなく奪っていることを認めなければならない。被上訴人により執行される婚姻の法律は本質的に不平等 (in essence unequal) である。同性のカップルは異性のカップルに付与されるすべての利益が否定され、基本的権利の行使が妨げられる。デュープロセスと同様に、平等保護は婚姻という基本的権利の不当な侵害を禁止する<sup>30)</sup>。

こうした検討は、婚姻の権利が個人の自由において内在する基本的権利であるという結論を導出するものである。そして、デュープロセスと平等保護のもとで、同性のカップルはこの権利や自由を剥奪されない。今、当法廷は同性のカップルが婚姻の権利という基本的権利を享受しなければならないと判示する。それゆえに、Baker 判決は覆されなくてはならない<sup>31)</sup>。

自由は民主主義を通じて維持され保護されるものである。しかし、憲法上の

---

28) Id. at 19.

29) Id. at 19-20.

30) Id. at 22.

31) Id. at 22-23.

権利が侵害された場合に、民主的な政策形成の有する一般的価値にもかかわらず、憲法は裁判所による救済を求めている。我々の憲法システムのダイナミックスは、基本的権利の侵害を前にして、個人は立法的措置を待つ必要性がないことである<sup>32)</sup>

当法廷が基本的権利を承認し保護するというアプローチ（これを慎重アプローチ（cautious approach）と称する）を採用するのは初めてではない。Bowers 判決では同性愛者の基本的権利を否定する法律が合憲とされた。Lawrence 判決において Bowers 判決が覆されるまで、同性愛者は害悪を長期間被ることになったことは明白であった。同性のカップルは Bowers 判決と同様の害悪を被っている<sup>33)</sup>

被上訴人は、同性婚が認められると異性婚に対して害悪をもたらすと主張する。婚姻するかどうか、子どもをもつかどうかの決定は、多くの私的でロマンティックで実践的な考慮によるものである。同性婚を認めることで異性のカップルが婚姻をしなくなるというのは非現実的な結論である<sup>34)</sup>

宗教と宗教信念を支持する人は、真摯な信念により同性婚は支持すべきではないと主張しつづけることを強調されなければならない。修正 1 条は彼らの人生や信念を充足する中心的な原理を保護する。しかし、憲法は州に対して異性のカップルと同様の婚姻を同性のカップルに対して付与することの禁止を許容するものではない<sup>35)</sup>

上告人が要求するのは、文明社会の最も古い制度（civilization's oldest institution）から排除されることなく、非難されず孤独のなかで生涯を閉じることがないことである。上告人は修正 14 条が州に対して同性婚を承認するように要求している。上訴人が要求するのは、法における平等な尊厳である。憲法はこの権利を同性のカップルに付与するものである<sup>36)</sup>

---

32) Id. at 24.

33) Id. at 25.

34) Id. at 26.

35) Id. at 27.

36) Id. at 28.

## 4 反対意見

### 4-1 Roberts 首席裁判官の反対意見

上訴人によれば、異性婚と同様に同性のカップルは、婚姻を通じて愛とコミットメントを確認することが認められるべきであると主張する。この立場は以下のことを主張する。過去6年間を通じて、11の州と特別区の有権者と立法府は同性婚を許容するように法律を修正したということである<sup>37)</sup>しかし、裁判所は立法府ではない。憲法のもとで、裁判官は何が法であるか、何が法ではないかを宣言する権限を有している。憲法の起草者は、裁判所に対して意思や力ではなく、ただ、判断するという権限を付与した<sup>38)</sup>

婚姻という基本的権利は州に対して婚姻の定義を変えることを命じる権利を含んではいない。憲法は婚姻に関するいかなる理論も規定するものではない。州の人民は同性婚を認めるために婚姻を拡大するのか、伝統婚姻の定義を維持するのかは自由である。しかし、今回の法廷意見は、すべての州に対して同性婚を許可し承認するように命じるという驚異的なステップ (extraordinary step) を踏み出すものである。多くの人はこの判決を歓迎するであろう。そして、私もこの歓迎をいやがるものではない。しかし、人ではなく法の統治を信じる者にとって、法廷意見のアプローチはひどく落胆するものである。同性婚を支持する人は、民主主義プロセスを通じて、国民を説得することに成功を収めてきた。今日でそれが終わるのである<sup>39)</sup>

法廷意見は、意思の行為であり、法的判断ではない。Lochner 判決における Holmes 裁判官の反対意見によれば、裁判所は立法府の賢明な行動や政策に関わるべきではないとしている。法廷意見は裁判所の役割に関する抑制的概念を無視している<sup>40)</sup>

37) Id. at 1-2 (Roberts, C. J., dissenting).

38) Id. at 2.

39) Id.

40) Id. at 3.

先例のもとで憲法は婚姻の権利を保護し、州に対して婚姻に関する法律を等しく適用することを要求していることには争いがない。本件における真の問題は、何が婚姻を構成するのか、より厳密に言えば、何が婚姻を構成するのかについて誰が決定するのかということである<sup>41)</sup>

男女の結合としての婚姻の普遍的定義は、歴史における偶然の一致ではない。婚姻は生命維持に不可欠な要求を充足するために必然的に生じたのである。人類は生き残るために子どもをもうけなくてはならない。生殖は男女の性的関係のなかで行われる。性的関係により子どもが生まれると、父と母が別々にではなくともにいるならば一般に子どもの成長により良いものとなるであろう。婚姻に関するこの唯一の理解 (singular understanding) が歴史を通じてアメリカに普及したのである<sup>42)</sup>

憲法は婚姻について何ら言及していない。憲法の起草者は婚姻制度を州に委ねた<sup>43)</sup> アメリカ建国期において、すべての州は伝統的な生物学に根付いた方法で婚姻を定義したことには争いがない。また、婚姻に関する先例においては、婚姻の権利と生殖を直接結びつけていた<sup>44)</sup> 法廷意見の主張するように、婚姻は時とともに変化するものである。しかしながら、これらの変化は、男女の間の結合としての婚姻の中核を変化させるものではなかった<sup>45)</sup>

法廷意見は、同性愛者の基本的権利を支持する先例において、4つの原理と伝統の確認を主張する。しかし、多数意見のアプローチは原理あるいは伝統に基礎を有するものではない。もし、私が立法者ならば、私は社会政策の問題として当該見解を間違いなく検討するであろう。しかし、裁判官として、私は憲法上の問題として法廷意見の立場を支持することはできない<sup>46)</sup>

当法廷はこれまで州の侵害に対する特定の自由を保護するという実体的要素

---

41) Id. at 4.

42) Id. at 5.

43) Id. at 6-7.

44) Id. at 7.

45) Id. at 7-8.

46) Id. at 10.

(substantive component) をデュープロセス条項が含まれていると解釈してきた<sup>47)</sup> 選挙で選ばれていない裁判官が基本的権利としてランクされる列挙されていない権利を選別し、その決定に基づき法律を違憲とすることは、裁判官の役割に関する重大な懸念が生じる。先例は、基本的権利を特定するに際して、裁判官は最大限の注意 (utmost care) を払うべきであるとしてきた<sup>48)</sup>

裁判所が最初に実体的デュープロセスを適用して法律を違憲としたのが *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857) である<sup>49)</sup> *Dred Scott* 判決は南北戦争後、憲法修正により覆された。しかし、デュープロセスに対するこのアプローチは再び現れた<sup>50)</sup> 20世紀初頭において、*Lochner v. New York* では、パン屋の最高労働時間を規定した州法が違憲とされた。*Lochner* 判決に反対する裁判官らは、州法がパン屋の労働者の労働時間についての立法上の懸念に対して合理的に応答するものとみなすことができると説明した<sup>51)</sup> *Lochner* 判決は、裁判所は立法府にとって代わるものでないということを伝えた。結局、裁判所はこのまちがいを認め、それを繰り返さないことを誓った<sup>52)</sup> *Lochner* 判決を否定することは、基本的権利の法理を否定するものではない。*Lochner* 判決における誤りを回避するために、現在の実体的デュープロセスに関する事例は司法の自己抑制 (judicial self restraint) の必要性を強調してきた。先例は基本的権利が客観的に歴史や伝統に根付き、秩序づけられた自由の概念に含意することを要求してきた<sup>53)</sup>

法廷意見は何ら理論的背景を持つものではない。法廷意見は婚姻の重要性を指摘し、上告人は婚姻制度を貶め価値を低め軽視するものではないと主張する。しかし、憲法の問題として、上告人の要求の切実さは無関係である<sup>54)</sup>

---

47) Id. at 10-11.

48) Id. at 11.

49) Id.

50) Id. at 11-12.

51) Id. at 12.

52) Id. at 13.

53) Id. at 13-14.

54) Id. at 15.

婚姻に関する先例において問題となった法律は、婚姻の定義を変更する州に要求するものではない<sup>55)</sup>。また、Lawrence 判決や他の先例も原告人の要求する権利を支持するものではない。避妊やソドミー行為を処罰する刑法とは異なり、婚姻に関する法律は政府の侵害を含んでいない。婚姻に関する法律は犯罪を創出するものではなく、また、刑罰を科すものではない。さらに、法廷意見は *Poe v. Ullman* における Harlan 裁判官の反対意見を依拠するが、この反対意見は基本権利が自由に徘徊する (free to roam) ものではないことを明らかにしている。以上要するに、プライバシー権に関する先例は多数意見を支持するものではない<sup>56)</sup>。

法廷意見の方法論を支持する先例として挙げられるのは、*Lochner v. New York* である。法廷意見は個人の自律の権利は全く無制限であることを示唆するものではない。その制限は、理に基づく判断を踏まえたものである。しかし、その真実は、法廷意見が同性のカップルが婚姻を望んでおり、この権利を否定することで彼らの選択を軽視し人格を縮減するという理由により同性のカップルにも婚姻を認めるべきであるという信念以外の何物でもないものに基づいているということである<sup>57)</sup>。

法廷意見が招いた直接の問題は、州が2人の結合としての婚姻の定義を維持すべきかどうかである。法廷意見は2人という形容詞を多様な箇所挿入しているが、なぜか婚姻の定義において2人が中心的であることを説明していない<sup>58)</sup>。

法廷意見は婚姻を同性婚に拡張することは彼ら自身、あるいは、第三者に危害を与えるリスクはないという。これは *Lochner* 判決の繰り返しである。また、*Lochner* 判決における Holmes 裁判官の反対意見が指摘するように、修正 14 条は危害原理を採用するものではない。法廷意見の採用するアプローチは法の支

---

55) Id. at 16-17.

56) Id. at 17-18.

57) Id. at 19.

58) Id. at 20-21.

配にとり危険である。基本的権利が歴史や伝統に根付くことを主張することの目的は、選挙で選ばれていない裁判官が法律を無効とするに際して信念以上の何かに基づくことを保障するものである<sup>59)</sup>

上告人は平等保護条項が州に対して婚姻許可証と同性婚の承認を要求していると主張する。法廷意見はこの主張を真剣に取り扱っていない。法廷意見は平等保護が自らの判決の代替的根拠になると主張する<sup>60)</sup> いかなる場合においても、婚姻に関する法律は、異性婚と同性婚の区別は伝統的婚姻を維持するという正当な州の利益と合理的に関連しており、平等保護違反ではない<sup>61)</sup>

法廷意見は社会の変化の実現に際しての裁判所の役割を肯定する<sup>62)</sup> 建国の父は法廷意見の示す裁判所の役割を承認しない。結局、彼らは基本的権利保護のために自己の生存と未来を危険にさらすことになった<sup>63)</sup> アメリカ国民は、同性婚に関して真剣な議論を行っている最中にある。しかし、今日、裁判所はそれに終止符を打った<sup>64)</sup> 今回の判決は、同性婚の承認のような重大な公的問題について、政治プロセスをシャットダウンさせる結果を招いた。裁判所は事件および争訟を解決する憲法上の権限が付与されている。裁判所は議会のような柔軟性を有するものではない<sup>65)</sup>

法廷意見は信教の自由に関する重大な問題を創出する。法廷意見は宗教の信仰者は自己の婚姻について主張し教示し続けると主張する。修正1条は行為の自由を保障するが、法廷意見が使用する文言にそれは存在しない<sup>66)</sup>

今回の判決における最大の問題は同性婚の議論における一方の側を貶めたことにある<sup>67)</sup> 裁判官は選挙で選出されていない事実にもっとセンシティブである

---

59) Id. at 22.

60) Id. at 23.

61) Id. at 23-24.

62) Id. at 24.

63) Id. at 25.

64) Id. at 26.

65) Id. at 27.

66) Id. at 27-28.

67) Id. at 28.

べきである。裁判所の権力の正統性は法廷判断の行使の抑制に基づいている。あなたが同性婚の拡大を支持する多くのアメリカ人の1人ならば、今日の判決を必ず祝福されたい。願望された目標の達成を祝福されたい。パートナーに対するコミットメントの新しい表現の機会を祝福されたい。新しい利益の付与の可能性を祝福されたい。しかし、憲法を祝福してはならない。憲法は無関係である。<sup>68)</sup>

#### 4-2 Scalia 裁判官の反対意見

憲法は自治 (self-rule) についていくつかの制約を置いている。それは人民自身が制定した制約である。本件が我々に問うのは、修正 14 条が同性婚に許可を付与し承認することを州に対して義務づけることへの制限を含んでいるかどうかである。<sup>69)</sup>

1868 年に修正 14 条が制定されたとき、すべての州が婚姻を男女に限定しており、そうすることの合憲性は疑う余地はなかった。このことが本件を解明する。デュープロセスや平等保護のようなあいまいな憲法の規定を解釈する場合、当該規定を起草した人民は、起草後一般的で争う余地のない行為を禁止すると思ってなかったことは明白である。我々は修正 14 条により禁止されていない行為を無効とする根拠を有していない。法廷意見によれば、修正 14 条は、裁判官が理に基づく判断により当該条項が保護すべきとする自由を保護しているという。というのは、修正 14 条の起草者がすべての自由の範囲を想定できなかったからである。法廷意見は、自由に関する人民の理解ではなく、4つの原理と伝統に焦点を当て、法廷意見の見解において、州が1人の男性と1人の女性からなる婚姻の定義を行うことを禁止する<sup>70)</sup>しかし、これは立法に対する剥き出しの司法の主張 (a naked judicial claim) である。裁判官は法律家としての技術により選出されている<sup>71)</sup>

---

68) Id. at 29.

69) Id. at 3 (Scalia, J., dissenting).

70) Id. at 4-5.

法廷意見は、平等保護とデュープロセスがより正確で統合的な方法により権利の本質を捉えるという主張をする。しかし、何が権利の本質であるのか。それは何も現すものではない<sup>72)</sup> 裁判所は意思も力もなく単に判断するためにもっとも危険性のない連邦の部門である。そして、裁判所は究極的に行政の助力に依拠しなければならない。法廷意見は当然に人民に任せる問題を人民からはく奪するものであった<sup>73)</sup>

#### 4-3 Thomas 裁判官の反対意見

法廷意見は州に対して同性のカップルに婚姻許可証を与え、同性婚を承認することを要求することになるであろう。私は、McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742 (2010) においてデュープロセスを実体的権利の保障の根拠とすることの危険性を説明した<sup>74)</sup> 法廷意見は州法が自由をはく奪していると主張するが、法廷意見の主張する自由とデュープロセスにおける自由は同じ意味ではない<sup>75)</sup> デュープロセスの歴史に照らして解釈すると、デュープロセスにより保護された自由は身体的自由からの制限以上のものを含むように読むことは困難である<sup>76)</sup> デュープロセスに関する初期の先例は、修正 14 条の自由を身体拘束からの自由として解釈しているのは明白である<sup>77)</sup>

デュープロセス条項における自由が身体拘束からの自由以上のものを意味すると仮定しても、法廷意見の主張する自由を包含するものではない。アメリカの法伝統において、自由は政府の利益を享受する権利ではなく、政府の行為からの個人の自由として長い間理解されてきた<sup>78)</sup> アメリカ建国期における市民的自由は政府の外側に存在する自由のみを包含するものであった。自由の普遍的

71) Id. at 6.

72) Id. at 8.

73) Id. at 9.

74) Id. at 2 (Thomas J., dissenting).

75) Id. at 3.

76) Id. at 6.

77) Id. at 6-7.

78) Id. at 7.

概念は単に消極的なもの、拘束の欠如である<sup>79)</sup> 政府の承認と利益の付与は起草者が承認した自由のあらゆる理解とは何ら関わらない<sup>80)</sup>

憲法の起草者が自由の広い定義のなかに含まれた婚姻という自然権を承認する場合を除き、婚姻の自由には政府の承認や利益を含むものではない<sup>81)</sup> 婚姻の自由に関する先例は自由を拡張するものでなく、婚姻に結合する私的行為に対する禁止を含むものであった<sup>82)</sup>

法廷意見は明らかに政治過程を軽視するものである<sup>83)</sup> 一般的な問題として、州は代表者を通じて行動する。州のすべての住民が合意する法律を制定することは想像しがたい。重要なことは、社会を創出した人により確立されたプロセスが尊重されるということである。ここではこのプロセスが尊重され続けることになる<sup>84)</sup>

多くのアマカスキュリエは、裁判所の判決が宗教的自由に不可避で広汎な影響が及ぶことを忠告する。我々の社会において、婚姻は単に政府の制度ではない。婚姻は宗教的制度でもある。法廷意見は政府の制度としての婚姻を変えるが、宗教的制度としての婚姻を変えることはできない。法廷意見により、両者が衝突することは不可避である<sup>85)</sup>

法廷意見における理由づけの欠点は、憲法に尊厳は含まれていないということである。人間の尊厳は生まれながらに持つものと考えられてきた。政府の利益の享受が否定されることは尊厳を損なわせるものではない。我々の憲法は、その前の独立宣言も同様に、シンプルな真実に基づいてきた。自由に尊厳は含まれず、それは単に政府からの防御であった<sup>86)</sup> 法廷意見は修正 14 条に保護される自由の適切な理解を無視するものである。法意意見は我々の憲法と社会に

---

79) Id. at 9.

80) Id. at 10.

81) Id. at 10-11.

82) Id. at 11.

83) Id. at 13.

84) Id. at 13-14.

85) Id. at 15.

86) Id. at 16-17.

とって計り知れない影響をもたらすことになるであろう<sup>87)</sup>

#### 4-4 Alito 裁判官の反対意見

憲法は同性婚の権利に言及していない。当法廷はデュープロセスに含まれる自由は歴史や伝統に根付くことを要求してきた。同性婚の権利がそれらの権利の1つでないことは明確である<sup>88)</sup>。法廷意見にとって、当該権利が歴史や伝統に根付くものではないことは問題ではない<sup>89)</sup>

もし今日において伝統的な婚姻の定義が維持できないのであれば、それは婚姻と生殖の関係が崩壊しているからである<sup>90)</sup>。21世紀において婚姻の特性が変わるなかでも、同性婚を承認しない州は婚姻の伝統的定義を放棄していない。裁判所が州は伝統的婚姻の定義に固執すべきではないと宣言することは裁判所の権限外のことである<sup>91)</sup>

裁判官が有するのは憲法を解釈し適用する責務である。もし、憲法が同性婚の権利を規定しているならば、その権利を執行するのは我々の責務であろう。しかし、憲法は同性婚について語っていない。我々の統治システムにおいて、終局的主権 (ultimate sovereignty) は人民に基づいている。人民は自らの運命をコントロールする権利を有している。極めて重要な問題についてのあらゆる変化は代表者を通じて人民により行われるべきである<sup>92)</sup>

我々の憲法が採用する連邦制は1つの国に異なる信念を持つ人民がともに暮らせる方法を提供する。もし、同性婚の問題が州の人民に委ねられているとするならば、ある州が同性婚を認め、他の州が同性婚を認めないことは起こり得ることである。法廷意見は、それを不可能とした。今回の判決は、法の支配を支持する当法廷と当法廷の能力に重大な影響を及ぼすものである。今回の判決

---

87) Id. at 17-18.

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

89) Id. at 2-3.

90) Id. at 4.

91) Id. at 4-5.

92) Id. at 6.

は裁判所の権限濫用を抑制する数十の試みが失敗であったことを示すものである<sup>93)</sup>ほとんどのアメリカ人は今回の判決を批判するか喝采するかであろう。しかし、すべてのアメリカ人は、この問題に関する自己の考えはどうであれ、法廷意見がもたらすものを懸念しなければならない<sup>94)</sup>

## 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

これまで連邦最高裁は、婚姻の権利の重要性を承認し、修正14条の自由のもとで保護されるとしてきた。Maynard v. Hill<sup>95)</sup>では、明確に修正14条による保護された自由は婚姻の権利が含まれるとし、Meyer v. Nebraska<sup>96)</sup>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つであるとしてきた。さらに、Loving v. Virginia<sup>97)</sup>では、婚姻の権利は自由な人間の行う秩序だった幸福追求にとり重要な個人の権利であるとされ、Zablocki v. Redhail<sup>98)</sup>では、婚姻は種族の生存と生き残りのためにとり根源的なものであり、婚姻する権利はすべての個人により基本的で重要であるとされ、Turner v. Safley<sup>99)</sup>では、婚姻を人生で最も重要な関係、あるいは、社会の基盤として位置付けた。そして、その後も、Lawrence v. Texas<sup>100)</sup>では、修正14条の自由にはParenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey<sup>101)</sup>を引用して、結婚、生殖、避妊、家族関係の形成に関わる自由が含まれるとされている。ただ、上記

---

93) Id. at 7.

94) Id. at 7-8.

95) 125 U. S. 190 (1888).

96) 262 U. S. 390 (1923).

97) 388 U. S. 1, 12 (1967).

98) 434 U. S. 374 (1978).

99) 482 U. S. 78 (1987).

100) 539 U. S. 558 (2003).

101) 505 U. S. 833 (1992).

の判例においては同性婚が基本的権利に含まれるかどうかについて触れていない。

学説も婚姻の権利の重要性を認めつつ、婚姻の権利には同性婚の権利は含まれないとされてきた。その理由として、異性婚から同性婚を排除してきた伝統<sup>102)</sup> 家族の役割や生殖の維持<sup>103)</sup> あるいは、憲法それ自体が同性婚を否定していること<sup>104)</sup> を挙げた。

しかし、近年、こうした従来の判例や学説に対して疑義が示されている。婚姻の権利を家族や生殖と関連づけるのではなく、婚姻当事者の私的側面を重視する見解が有力になっている<sup>105)</sup> 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は変わらないという。婚姻の権利は修正 14 条のもとで基本的権利として認められており、そして、当該権利はすべての国民に及ぶものであり、必然的に同性間の婚姻の権利も認められることになる<sup>106)</sup> また、Loving 判決において認められた婚姻の権利は、異性か同性かに関わらず婚姻を望む当事者の希望に焦点が当てられ、同性婚の否定は婚姻を望む同性のカップルにとり重大な制限を課すことになる<sup>107)</sup> そのために、婚姻の権利は同性のカップルにも妥当することになる<sup>108)</sup> さらに、Lawrence 判決の射程<sup>109)</sup> を前提に

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

103) Lenore Weitzman, *Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change*, 62 CALIF. L. REV. 1169, 1242-45 (1974).

104) Andrew H. Friedman, *Same-Sex Marriage and the Right to Privacy: Abandoning Scriptural, Canonical, and Natural Law Based Definitions of Marriage*, 35 HOW. L. J. 173, 214 (1992).

105) Vivian Hamilton, *Mistaking Marriage for Social Policy*, 11 VA. J. SOC. POL'Y & L. 307, 323 (2004).

106) John Nicodemo, *Homosexuals, Equal Protection, and the Guarantee of Fundamental Rights in the New Decade: An Optimist's Quasi-Suspect View of Recent Events and Their Impact on Heightened Scrutiny Sexual Orientation-Based Discrimination*, 28 TOURO L. REV. 301 (2010).

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

108) Mark Strasser, *DOMA and The Constitution*, 58 DRAKE L. REV. 1020 (2010).

109) Lawrence 判決の射程については、Randy Barnett, *Grading Justice Kennedy: A Reply to Professor Carpenter*, 89 MINN. L. REV. 1582, 1589 (2005).

して、同性婚の制限は婚姻の権利に対する重大な制限であるという見解が有力になっている。Lawrence 判決では、基本的権利と他の自由との区別を無視し<sup>110)</sup> 親密行為によりもたらされる関係を保護したと同時に<sup>111)</sup> 規制理由に焦点を当て<sup>112)</sup> 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、こうした理由に基づき自由の制約は正当な政府利益を構成せず憲法上正当ではないことを明確にしたのである<sup>113)</sup> また、不道徳という理由で当該行為を禁止する法律を制定する権限を立法府に与えるということは、立法府に無制限で専制に等しい権限を与えることにつながりかねない<sup>114)</sup> したがって、多数者の道徳信念により、婚姻の権利を制限することは許されないことになる<sup>115)</sup>

さらに、近年の学説は、婚姻の権利に同性婚が含まれるか否かということに加えて、同性婚を可能とする制度の形成を州に対して要求する積極的な側面を重視している<sup>116)</sup> 婚姻の権利は、単に政府の制限からの自由だけではなく、婚

---

110) Robert Post, *The Supreme Court, 2002 Term – Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, HARV. L. REV. 4, 96 (2004).

111) Laurence Tribe, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, 117 HARV. L. REV. 1893, 1900-04 (2004).

112) Patrick Shin, *Discrimination Under a Description*, 47 GA. L. REV. 1, 33-36 (2012). こうした見解は他にも見られる。*The Supreme Court, 2002 Term – Leading Cases*, 117 HARV. L. REV. 226, 297-307 (2003).

113) Randy Barnett, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, 2003 CATO SUP. CT. REV. 21, 37; Suzanne Goldberg, *Morals-Based Justifications for Lawmaking: Before and after Lawrence v. Texas*, 88 MINN. L. REV. 1233, 1235 (2004); Meghan Peterson, *The United States Supreme Court and Federal Law: Casenote 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); Chase Sanders, *Ninth Life: An Interpretive Theory of the Ninth Amendment*, 69 IND. L. J. 759 (1994).

114) Barnett, *supra* note 113, at 38.

115) See 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).

116) 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).

姻の権利と婚姻に関する制度設計との関連性を重視している<sup>117)</sup> 婚姻の権利には、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のである<sup>118)</sup> そうすると、婚姻の権利の実効的保障には、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<sup>119)</sup>

## 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

近年の同性婚に関する判例に大きな影響を及ぼしているのが Windsor 判決である。Windsor 判決によれば、DOMA は、州が保護を与えようとする集団に対し害悪を及ぼし、それが連邦政府に適用される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とする。こうした説示は、州が承認した同性婚を連邦法上が承認しないことが同性婚の地位を傷つけるものであることを指摘するものであり、そこには婚姻の権利の重要性（婚姻の基本的権利性）を示唆しているとされている<sup>120)</sup>

近年、下級審では、Windsor 判決を引用し婚姻の権利の性質について、踏み込んだ判断がなされている。以下では、Windsor 判決以降の代表的な下級審の判決を概観する。

まず、Kitchen v. Herbert<sup>121)</sup> である。Kitchen 判決では、同性婚を否定する州憲法を違憲とした。Kitchen 判決の特色は、婚姻の権利に同性愛者の婚姻の権利が含まれることを明確に認めたことにある。そして、その理由として以下の事柄を挙げる。まず、Zablocki 判決において、婚姻する権利は、異性か同性かに関わらず、すべての個人にとり基本的で重要であるとしていることから、同

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

118) Id. at 2094.

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

120) Douglas NeJaime, *Windsor's Right to Marry*, 123 YALE L. J. ONLINE 219, 231 (2013).

121) 755 F.3d 1193 (10th Cir. 2014). 本判決については、中曾・前掲注2)。

性愛者の婚姻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。婚姻の権利と生殖が関係していない。Kitchen 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。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。同性のカップルにおいても異性のカップルと同様に子どもの養育が行える。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どもの自尊心を侵害し、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。そして、Kitchen 判決は、婚姻の定義を行うのは州の権限であるとしつつも、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、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したのである。

その後、同じ Kitchen 判決と同様の第 10 巡回控訴裁判所の判決である *Bishop v. Smith*<sup>122)</sup> においても同性婚を否定する州憲法を違憲としている。そこでは、Kitchen 判決と同様に、同性のカップルに対して婚姻許可証の発行を禁止することは、婚姻の権利に対する侵害になるとした。また、Bishop 判決では、子どもの養育には生物学的つながりのある親に養育されるべきであるという州の主張を否定したのである。Bishop 判決では、それがやむにやまれぬ利益であると仮定するとしても、手段と狭く仕立てられていないとした。州法は同性のカップルが子どもを養育することを禁止する一方で、生物学的つながりを欠く異性のカップルが子どもを養育することを禁止していない。同性のカップルがなぜ子どもの養育をしてはならないのかという説明がなされていないとする。さらに、Bishop 判決は、「プライバシーの権利に何らかの意味があるとすれば、子ども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

---

122) 760 F. 3d 1070 (10th Cir. 2014).

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」とする *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972) を引用し、異性のカップルと同様に、同性のカップルにも子どもを持つかどうかを決定する憲法上の権利を有しており、州法は当該権利を侵害していると指摘する。以上のような理由から、州法は違憲であると結論づけるのである。

さらに、*Bostic v. Schaefer*<sup>123)</sup>においても同様の判断がなされている。法廷意見は、*Glucksberg* 判決を引用し、デュープロセス条項のもとで保障される権利は基本的権利に限定され、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ないという州の主張を否定している。*Bostic* 判決では、*Glucksberg* 判決が適用されるのは新しい権利の承認が問題となる場合である。本件の場合に、婚姻の権利は同性婚の権利を包含するものであり、本件の場合には *Glucksberg* 判決は適用されないとする。*Bostic* 判決では、*Loving* 判決、*Zablocki* 判決、*Turner* 判決を引用して、これらの判決は婚姻の権利は社会の変化に適合する拡張的自由の利益 (expansive liberty interest) であることを示しているとする。また、*Lawrence* 判決では同性愛者であっても個人的関係性を形成する自由であることが認められ、*Windsor* 判決では *DOMA* が同性のカップルにとっての個人の道徳的性的選択を侵害するものであるとした。そして、*Bostic* 判決は同性婚の権利が基本的権利であるとし、厳格審査が妥当するとし、同性婚を否定する州の正当化事由 (婚姻の定義をコントロールする連邦制を基礎とした利益、異性婚の歴史と伝統、婚姻制度の保護、適正な育児の保護) を否定している。

最後に、*Latta v. Otter*<sup>124)</sup>である。*Latta* 判決では、*Loving* 判決、*Zablocki* 判決、*Turner* 判決を引用し、これらの判決は婚姻の権利を基本的権利として認めたものであり、また、これらの判決は、婚姻の権利は子育てや育児といった個人の能力の観点から狭く定義されたものではなく、婚姻を行うとする人の一般的権利 (the general right of people to marry) として定義されることを明らかにした

---

123) 760 F. 3d 352 (4th Cir. 2014).

124) 779 F. 3d 902 (9th Cir. 2015).

ものであるという。それゆえに、本件で問われるのは、婚姻の権利が基本的権利として承認されるかどうかではなく、婚姻の権利に対する制限がやむにやまれぬものであるかというのである。この点について、州は同性婚を否定は同性のカップルの婚姻の権利の侵害ではないと主張したが、同性のカップルも異性のカップルと同様に婚姻の権利が保障される以上、同性婚の否定は同性婚のカップルの婚姻の権利に対する制限になるとした。