

アメリカ軍における Don't Ask, Don't Tell 政策の撤廃への道程(1)

中 曾 久 雄

目 次

- 1 はじめに
- 2 アメリカ軍における同性愛者の兵士に対する権利制限の歴史
 - 2-1 兵士に対する権利制限の歴史
 - 2-2 同性愛者の兵士に対する権利制限の歴史
 - 2-3 同性愛者の兵士に対する権利制限の正当化事由とそれに対する批判 (以上本号)
- 3 アメリカ軍における DADT 政策とそれをめぐる判例および学説の動向
 - 3-1 DADT 政策 - Clinton 政権時における DADT 政策の実施
 - 3-2 DADT 政策をめぐる判例の動向
 - 3-3 学説の動向
- 4 DADT 政策の撤廃とその背景
- 5 むすび

1 はじめに

アメリカにおいては、同性愛者の権利制限や同性婚の否定が重大な憲法問題として議論されてきた。同性婚の問題（同性婚を否定することが憲法上許されるかどうかという問題）について、近年、連邦最高裁は、United States v. Windsor¹⁾において、連邦上婚姻の定義を男女に限定する Defense of Marriage Act を違憲とし、Obergefell v. Hodges²⁾では、同性婚を否定する州法が違憲と

された。また、同性愛者の権利制限についても、後にみるように、連邦最高裁は *Lawrence v. Texas*³⁾ において、ソドミー行為を禁止する州法を違憲とした。上記の問題以外に、同性愛者の権利制限について、従来から憲法との適合性が問題になっていると指摘されてきたのは、アメリカ軍⁴⁾ において実施されていた Don't Ask, Don't Tell 政策（以下、DADT 政策）であった⁵⁾。後にみるが、DADT 政策は、軍において、性的志向に関する質問を禁止し、加えて、自ら同性愛者であることを明かさず、同性愛行為を行わず、同性のパートナーを持たないのであれば、軍を除隊させないというものである。この DADT 政策の合憲性をめぐってはいくつかの訴訟が提起され、下級審においては違憲判決も存在している。そうした中で、2010年に、DADT 政策を廃止する法律が成立した。本稿では、DADT 政策が廃止されるまでの道のりの概観を通して、同性愛者の権利制限の問題を考察する。

2 アメリカ軍における同性愛者の兵士に対する権利制限の歴史

2-1 兵士に対する権利制限の歴史

軍は、戦争に勝利するための組織である⁶⁾。この目的のもとに、軍は通常の市民生活のルールとは異なるルールを形成してきた⁷⁾。軍は、表現の自由や結社の

1) 570 U. S. ____ (2013). 本判決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）87 頁。

2) 576 U. S. ____ (2015). 本判決の検討については、中曾久雄「同性婚の権利と連邦憲法(1) (2)」愛媛大学法学会雑誌第 42 巻第 2 号（2016 年）153 頁・第 41 巻第 3・4 号（2016 年）131 頁。なお、本判決について、未来志向的に同性婚を許容したとし、その革新的な論理の重要性を強調するものとして、上田宏和「Obergefell 判決における同性婚と婚姻の権利」創価法学 46 巻 1 号（2016 年）30～31 頁。

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

4) アメリカ軍は、陸軍 (United States Army)、海軍 (United States Navy)、空軍 (United States Air Force)、海兵隊 (United States Marine Corps)、沿岸警備隊 (United States Coast Guard) の 5 つの組織から編成されている。

5) DADT 政策の違憲性を指摘するものとして、Anthony Marroney Noto, *Lawrence and the Morality of "Don't Ask, Don't Tell" after Lofton Witt, And Cook: The Law. Before And After Repeal*, 7 SETON HALL CIRCUIT REV. 155 (2012).

自由といった一般社会において国民に保障される憲法上の権利を大幅に制限してきた。例えば、修正 14 条は不合理な搜索・押収・抑留を禁止するが、指揮官は兵舎室 (barrack room) や個人の所有物を検査することが可能である。また、陸軍では、修正 1 条で保障された表現の自由、結社の自由を制限してきた。これらは軍の規律の絶対的な必要性に基づくものでもある⁸⁾。軍においては、国民に保障される一般的な権利が軍の行動の妨げになる場合には、これらの権利を制限することが可能とされているのである⁹⁾。

こうした軍における兵士の権利制限の合憲性は判例においても容認されている。例えば、男性のみの徴兵登録制 (military draft) の合憲性が争われた *Rostker v. Goldberg*¹⁰⁾ では、以下のように判示されている。徴兵登録制度については、それは軍における女性の役割についての議会における討議の結果であり、軍の動員において必要なものである。法律により、女性の戦闘の参加が禁じられている以上、女性の徴兵登録をしないことはこの目的と密接な関連性を有している。また、軍は一般社会とは異なる規律により統治される共同体である。もっとも、軍においても憲法の原理は適用され軽視されるべきではないが、軍隊特有の性格のために、憲法の原理は一般社会とは異なる形で適用される。また、空軍において宗教的衣類の着用の禁止の合憲性が問題となった *Goldman v. Weinberger*¹¹⁾ では、空軍での制服の着用は軍人間の従属関係を明らかにするという空軍の主張が認められ、また、一般社会とは異なり軍において個人の信教の自由の主張は成立せず、そのために制服の着用の強制は信教の自由の侵害に当たらないとされた。

6) Daniel Plane, *Don't Mess With "Don't Ask, Don't Tell."*, 79 MARQ. L. REV. 377, 379 (1995).

7) これは判例上でも明示的に認められている。United States ex rel. Toth v. Quarles, 350 U. S. 11 (1955).

8) Plane, *supra* note 6, at 379.

9) David Schleuter, *Gays and Lesbians in the Military: A Rationally Based Solution to a Legal Rubik's Cube*, 29 WAKE FOREST L. REV. 393, 408 (1994).

10) 453 U. S. 57 (1981).

11) 475 U. S. 503 (1986).

さらに、法律のレベルでは、軍の規律を規定した Uniform Code of Military Justice が 1950 年 5 月に制定された。この法律は、軍の規律を乱す行為や対外的信用を損なう行為の処罰を規定し、さらに、軍人に対して 24 時間、国内外及び基地内外を問わず、適用されるものであった。要するに、この法律は、軍内部における規律の維持、軍の行動に影響を及ぼす行為に対処するために制定されたものであった¹²⁾

2-2 同性愛者の兵士に対する権利制限の歴史

さて、本稿の検討対象である軍における同性愛者の兵士に対する規制であるが、その歴史は古い。1778 年にアメリカ大陸軍 (Continental Army) は、同性間の性行為を行った者を軍から排除してきた。1917 年に Articles of War が制定され、同性間の性行為に対する処罰が法律で明文化されることになった。この法律の制定により、同性愛者の兵士に対する規制は大きく変わるようになった¹³⁾ この法律は、同意・不同意に関わらず、軍内での同性愛者の性行為を禁止した。さらに、1920 年の同法の改正で処罰範囲が広まり、同性愛者の兵士の除外は軍の内部においてコンセンサスを形成することになった。

その後、第一次大戦、第二次大戦を通じて、軍はさらに同性愛者の兵士に対する規制を強化していくことになり、同性愛を疑われる者については、軍への入隊が拒否されることになった¹⁴⁾ さらに、1949 年の国防総省の覚書 (memorandum) においては、同性愛者の兵士は軍におけるいかなる部門にも勤務することを禁止し、軍において同性愛者と知られた者は軍からの離脱が義務付けられることを明確化した¹⁵⁾ その後、1959 年に軍の任務に適合しない者を軍隊から除隊させる政策 (Defense Directive 1332.14) が制定された。さらに、1981 年に国防総省は同性愛者の兵士を軍隊から強制的に除隊させるという新たな政策 (上記

12) Plane, *supra* note 6, at 380.

13) *Id.* at 381-82.

14) *Id.* at 382.

15) *Id.* at 382-83.

Department of Defense Directive 1332.14 の新版) が制定されることになった。この政策は、同性愛者の兵士は軍に合致せず、軍から同性愛者の兵士を排除することがやむにやまれぬ利益に資するものであることを規定した¹⁶⁾。しかも、この政策のもとでは、明確な証拠が存在しなくとも、同性愛者として疑わしい兵士を軍隊から除隊させることが可能となった。そのために、1980年から1991年にかけて、軍隊を除隊させられた者は、16,919人にのぼった¹⁷⁾。そして、この政策は1993年まで継続することになる¹⁸⁾。

2-3 同性愛者の兵士に対する権利制限の正当化事由とそれに対する批判

では、従前、なぜ、軍において同性愛者の兵士に対する強力な規制が行われてきたのか。戦争に勝つという目的以外にも、以下のような正当化事由が主張されてきた。

まず、団結 (cohesion) の観点からの正当化である。一般に団結には、社会上の団結 (social cohesion) と任務上の団結 (task cohesion) が存在する。前者は、組織内におけるメンバーが個々の性格を認めつつ共通の目標の達成を目指すというものであり、後者は組織内における個々のメンバーが端的に共通の目標達成を目指すというものである¹⁹⁾。実際、軍の活動にとり必要なのは、任務上の団結のみであり社会的団結は不要であるとされている。仮に、軍内での同性愛者の兵士の社会的団結が高まれば、軍における政策決定プロセスに支障が生じることになる²⁰⁾。こうした考えは、女性兵士の排除の正当化とも類似するものである²¹⁾。女性兵士の存在が軍における士気を低下させるために、これまで女性兵士は軍から排除されてきた²²⁾ (陸軍はこの正当化事由を全面的に採用し、軍

16) Id. at 383.

17) Id. at 383-84.

18) Id. at 384.

19) Carla Crandall, *The Effects of Repealing Don't Ask, Don't Tell*, 10 GEO. J. L. & PUB. POL'Y 15, 28 (2012).

20) Id. at 31.

21) Id. at 29.

22) Id. at 29-30.

を男性兵士のみで構成されるべきであるとし、女性兵士が軍から排除されてきた)²³⁾ こうした観点からすれば、同性愛者の兵士の存在それ自体が軍における障害となり、しかも、それが軍における任務上の団結を侵害し、軍の活動に対してネガティブな影響を及ぼすことになるので、同性愛者の兵士に対する規制が正当化されることになる²⁴⁾ こうした考えは、軍における長年の考え方として定着することになる²⁵⁾

次に、軍の規律、命令、指揮の遵守の観点からの正当化である²⁶⁾ 同性愛者の兵士に対する規制を撤廃すれば、犯罪（特に性犯罪）や暴力が発生し、軍における規律、命令、指揮の遵守が維持できなくなるというものである。この点は、同性愛者の兵士のみならず、女性兵士についても妥当する（軍の内部における女性兵士の存在が、軍における規律を乱すということは、経験的な根拠が存在している）。また、同性愛者は女性兵士と同様に軍の活動にネガティブな影響を及ぼすとされている²⁷⁾

最後に、同性愛者の兵士が柔弱であるという観点からの正当化である。同性愛者の兵士の柔弱な行為が、他の兵士に悪影響を及ぼし、ひいては軍を弱いものにするという議論である。また、同性愛者の兵士の存在自体が、戦士というイメージに合致しない²⁸⁾ そのために、こうした観点から、同性愛者の兵士の排除が正当化されるというものである²⁹⁾

しかし、これらの正当化事由に対しては批判が多い。団結の観点からの正当

23) Id. at 30. なお、アメリカ軍における女性兵士の排除の問題については、別稿で検討する予定である。

24) Major Laura Kesler, *Serving with Integrity: The Rationale for the Repeal of "Don't Ask, Don't Tell" and Its Ban on Acknowledged Homosexuals in the Armed Forces*, 203 MIL. L. REV. 284, 345-47 (2010).

25) 例えば、National Defense Authorization Act of 1994 では、同性愛者の兵士の存在が軍の活動におけるリスクであると規定されていた。

26) Crandall, *supra* note 19, at 33.

27) Id. at 33-34. 戦場において自己を十分に防護することのできない女性兵士の存在は戦闘に際しての妨げとなるとされてきた。

28) Id. at 37-38.

29) Id. at 38.

化に対する批判である。団結についていえば、軍においても社会的団結は必要である。しかも、これまでの外国における研究では、仮に軍における同性愛者の規制を撤廃しても、任務上の団結に影響を与え軍の活動に支障を及ぼすことはないと報告されている³⁰⁾また、この任務上の団結という観念それ自体に対しても疑義が存在している。そのために、任務上の団結とは軍内部における男性文化のある種の婉曲表現であり、同性愛者の兵士を軍から排除するための手段としての機能を果たしている³¹⁾

次に、軍の規律、命令、指揮の遵守に対する批判である。同性愛者の兵士が軍にいと性犯罪が多発するという主張はあまりに軽率であるという批判である。実際に軍に勤務する多くの同性愛者の兵士は性犯罪に関与せず、また、巻き込まれることはなかった。そもそも、軍から同性愛者の兵士や女性兵士を排除したとしても、軍における性犯罪は存在するものであり³²⁾軍における性犯罪の発生率は、一般社会の2倍であるとされている。軍から同性愛者の兵士を排除することと性犯罪の発生ということは関連していない³³⁾そうすると、軍の規律、命令、指揮の遵守の観点で、軍から同性愛者（あるいは女性）の兵士を排除することは、不合理な固定観念に基づくものであるといえよう³⁴⁾

最後に、同性愛者の兵士が柔弱であるという観点からの正当化に対する批判である。この議論は明らかに偏見に基づくものである。例えば、男性でも柔弱な兵士が存在し（逆に女性でも屈強な兵士は存在する）、³⁵⁾逆に同性愛者であっても屈強な兵士が存在しており、容易に反論することが可能である³⁶⁾単に性に

30) Id. at 31.

31) Id. at 32. 任務上の団結というのは、同性愛者の兵士に対する敵意そのものであるともいえる。

32) Id. at 34.

33) Id. at 35.

34) Valerie Vojdik, *Women Warriors*, 20 BERKELEY J. OF GENDER L. & JUST. 338, 343 (2005). 男性文化の現れであると指摘する。

35) 例えば、イラク戦争に航空医官として参戦した Rhonda Cornum は、搭乗していたヘリコプターが撃墜されイラク軍の捕虜となったが、無事帰還した。Alice Parham, *The Quiet Revolution: Repeal of the Exclusionary Statutes in Combat Aviation—What We Have Learned from a Decade of Integration*, 12 WM. & MARY J. OF WOMEN & L. 377, 384-85 (2006).

基づいてのみ、兵士としての適格性を判断することは明らかに公平性を欠くのである。同性愛者の兵士であっても、身体的な能力が優れているのであれば、軍から排除する理由は存在しないのである³⁷⁾ 加えて、戦士というイメージについても、現代の戦闘は兵士と兵士の格闘ではなく、高性能の兵器の操作がメインであり、戦士というイメージ自体が誤りである³⁸⁾

36) Martha McSally, *Women in Combat: Is the Current Policy Obsolete?*, 14 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1011, 1029 (2007).

37) Maia Goodell, *Physical-Strength Rationales for De Jure Exclusions of Women from Military Combat Positions*, 34 SEATTLE U. L. REV. 17, 44 (2010).

38) Rachel Marron & Andrew Whitford, *Constructing a Diverse State: Legal Change and the Gradual Incorporation of Women in the U. S. Armed Forces*, 33 T. MARSHAL REV. 241, 244, 247 (2008).