

アメリカ軍における Don't Ask, Don't Tell 政策の撤廃への道程(3)

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 44 巻 1・2 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 (以上 44 巻 3・4 号)
- 4 DADT 政策の撤廃とその背景
- 5 むすび (以上本号)

4 DADT 政策の撤廃とその背景

以上, DADT 政策をめぐる問題を検討してきたが, Obama 政権において, DADT 政策は大きな転換をむかえることになる。2010 年 12 月 22 日に DADT 政策を撤廃する法律が制定されることになった。⁷⁹⁾ DADT 政策の撤廃を推進した

79) この法律の概要については, 井樋三枝子「【アメリカ】同性愛者の軍務禁止法の廃止」外国の立法 (2011. 2)。

Obama 前大統領は、2008 年の大統領選挙において、DADT 政策の撤廃を公約としていた（Obama 前大統領は、大統領選挙の当初から DADT 政策の撤廃の必要性を認識していたとされている）⁸⁰⁾ 大統領選挙に当選後、直ちに、DADT 政策の撤廃を指示した⁸¹⁾ Obama 前大統領が発した DADT 政策の撤廃は、軍の内部においても支持を得た。アメリカ軍制服組のトップである Mike Mullen 統合参謀本部議長は、DADT 政策の撤廃を支持することを表明した⁸²⁾ また、Robert Gates 国防長官も DADT 政策の撤廃を支持した⁸³⁾ 2010 年 5 月に、DADT 政策の撤廃の最初の撤廃の投票が行われることになった。ところが、9 月の上院における投票では、一部の共和党議員が議事妨害を行ったために、法案は上院を通過しなかった。しかし、その後の 12 月 15 日の下院投票で法案は通過し、12 月 18 日の上院の投票でも法案は通過することになった⁸⁴⁾ もっとも、DADT 政策の撤廃を規定した法案は正式に成立したものの、実際の DADT 政策の撤廃には、大統領、国防長官、統合参謀本部議長の承認が必要であり、承認後 60 日が経過しなければ実行されなかったもので、それまでは DADT 政策効力は持続することになった⁸⁵⁾

では、なぜ、DADT 政策の撤廃が実現したのか。この点は、先にみたように、Obama 前大統領による DADT 政策の撤廃の公約が大きな原動力となったということは明確であるが、それ以外にも以下の要因が考えられる。

まず、Lawrence 判決である。Lawrence 判決は、DADT 政策の撤廃に大きなインパクトをもたらしている⁸⁶⁾ Lawrence 判決の意義は、同性愛者の性的自由

80) Jackie Calmes & Peter Baker, *Obama Says Same-Sex Marriage Should Be Legal*, N.Y. TIMES (May 9, 2012).

81) Crandall, *supra* note 19, at 43.

82) Id. at 43-44.

83) Id. at 44-45

84) Michael Shear, "Last-Ditch Move to Block Repeal of Don't Ask, Don't Tell' Fails." The Caucus, the Political and Government Blog of the Times, *The New York Times*, December 21, 2010.

85) David F. Burrelli, *The Repeal of "Don't Ask, Don't Tell": Issues for Congress*, April 5, 2012, R 42003.

を基本的権利として認めない Bowers 判決を覆し⁸⁷⁾ 偏見や敵意に基づく政府の制限を排除するということであった⁸⁸⁾ それ以外にも、Lawrence 判決は、同性愛者の性的行為を憲法上の自由として保護したこと⁸⁹⁾ 性的志向に基づく区分を禁止したこと⁹⁰⁾ その他の同性愛者に対する規制に対しても裁判所は厳格な審査を及ぼすことを明らかにした⁹¹⁾ この Lawrence 判決の射程は⁹²⁾ DADT 政策の問題に及ぶことが明確である⁹³⁾ DADT 政策の掲げる軍における士気や規律の維持といった正当化事由は制定時から疑われており、DADT 政策は同性愛者の兵士に対する敵意や偏見に基づくことが従前から指摘されていた⁹⁴⁾ そうすると、同性愛者に対する敵意や偏見に基づく DADT 政策に合理性は存在しないことになり⁹⁵⁾ 裁判所の審査をパスすることはできない⁹⁶⁾ その証左として、先にみた Log Cabin Republicans v. United States は、Lawrence 判決を引用し、違憲判決を下している。このように、Lawrence 判決の登場が、DADT 政策の撤廃の布石となり⁹⁷⁾ DADT 政策の撤廃が不可避となる状況を作ったといえよう⁹⁸⁾

86) Pamela Glazner, *Constitutional Doctrine Meets Reality: Don't Ask, Don't Tell in Light of Lawrence v. Texas*, 46 SANTA CLARA L. REV. 635 (2006).

87) Martin Schwartz, *Lawrence v. Texas: The Decision and Its Implications for the Future*, 20 Touro L. REV. 221, 232 (2004).

88) Suzanne Goldberg, *Morals-Based Justifications for Lawmaking Before and After Lawrence v. Texas*, 88 MINN. L. REV. 1233, 1244 (2004).

89) Katherine Franke, *The Domesticated Liberty of Lawrence v. Texas*, 104 COLUM. L. REV. 1399 (2004). もっとも、Lawrence 判決は同性愛者の性的行為を基本的権利として認めたわけではない。Stephanie Francis Ward, *Avoiding Lawrence: Courts Considering Last Year's Major Gay Rights Ruling Are Treading Carefully*, 90 A.B.A. J. 16 (2004).

90) KATHLEEN SULLIVAN & GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 482 (17th ed. 2010).

91) Christopher Leslie, *Creating Criminals: The Injuries Inflicted by "Unenforced" Sodomy Laws*, 35 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 103 (2000).

92) Arthur Leonard, *Exorcising the Ghosts of Bowers v. Hardwick: Uprooting Invalid Precedents*, 84 CHI.-KENT L. REV. 519, 545-46 (2009).

93) Jeffrey Dietz, *Getting Beyond Sodomy: Lawrence and Don't Ask, Don't Tell*, 2 SATAN. J. CIV. RTS. & CIV. LIBERTIES 63 (2005).

94) Noto, *supra* note 5, at 185-87.

95) Lisa Parshall, *Redefining Due Process Analysis: Justice Anthony M. Kennedy and the Concept of Emergent Rights*, 69 ALB. L. REV. 237, 263-64 (2005).

96) Id. at 295.

次に、2010年に、国防総省のDADT政策に関するワーキンググループが提出した264ページに及ぶ報告書（Report of the Comprehensive Review of the Issues Associated with a Repeal of. “Don’t Ask, Don’t Tell”⁹⁹⁾）である。報告書では、同性愛者の兵士の存在が軍に与える影響について詳細な検討が行われ、従来の同性愛者の兵士に対する規制の正当化事由が否定されている。特に、同性愛者の兵士の存在が軍の士気や規律に影響するという考え方について、当該根拠の合理性は失われていると指摘する。また、同性愛者の兵士に対する規制を解除することで軍事活動にリスクが生じるという考えも否定している¹⁰⁰⁾しかも、実際、9・11同時多発テロ事件以降、軍は、DADT政策を骨抜にしている。実際の軍事活動において能力のある同性愛者の兵士はむしろ必要とされるのであり、彼らを軍から除隊させることの方が逆に軍事活動に支障をきたすものと結論づけている¹⁰¹⁾

次に、アメリカの世論の変化である。アメリカの大手メディアの行った世論調査では、DADT政策の制定当初、同性愛者の兵士が軍で勤務することに否定的見解が多かった（38パーセントの国民が同性愛者の兵士が軍に勤務することに賛同したとされている）。しかし、その後の世論調査では、2009年に89パーセントの国民が同性愛者の兵士が軍に勤務することに賛同したとされており、同性愛者の兵士に対しても平等な勤労の機会を与えるべきとの認識を有していることがうかがえる¹⁰²⁾

最後に、軍における権利保障が一般社会における先駆的実験として機能するということである¹⁰³⁾この点について、例えば、軍ではいち早く人種統合を行い¹⁰⁴⁾その結果として、一般社会における人種統合を促進したとされてい

97) Tribe, *supra* note 61, at 1945-51.

98) Hagedorn, *supra* note 46, at 814.

99) Department of Defense, Report of the Comprehensive Review of the Issues Associated with a Repeal of. “Don’t Ask, Don’t Tell. (January 30, 2012).

100) Id. at 3.

101) Id. at 101-02.

102) Crandall, *supra* note 19, at 47. ABC News と Washington Post の世論調査による。

103) Id. at 42.

る¹⁰⁵⁾ (その後、連邦最高裁において Brown v. Board of Education 判決が下されることになる)¹⁰⁶⁾ したがって、軍において同性愛者の兵士の権利を保障し、同性愛者の兵士を他の兵士と同等に扱うということは、一般社会における同性愛者の権利保障に対しても重大な影響を及ぼすことになる¹⁰⁷⁾

5 む す び

以上検討してきたように、近年、軍において同性愛者の兵士を排除するための正当化根拠はことごとく否定されている¹⁰⁸⁾ 最後に、DADT 政策の撤廃が同性愛者の権利保障の問題にいかなるインパクトを与えたのか、加えて、日本に対する示唆を考察する。

DADT 政策の実施は、同性愛者の兵士および軍双方にマイナスに作用するものであったことが明らかであった¹⁰⁹⁾ 軍は、DADT 政策の実施により、人的にも物質的にも多大の損失を被ったといわれている¹¹⁰⁾ 先にみたように、能力のある同性愛者の兵士を軍から除隊させることは、軍の活動に支障をきたすものであった¹¹¹⁾ そのために、実際に、軍は DADT 政策違反の兵士の除隊を延期させるといった措置を講じてきた。また、DADT 政策により能力のある優れた同性愛者の兵士を軍から除隊させることは、国家の安全保障上もマイナスとなるものであり、¹¹²⁾ しかも、その後兵士の補充に際してもコストが生じることもなる¹¹³⁾ こうした認識は軍内部においても共有されていると指摘されてい

104) Mario L. Barnes, "But Some of [Them] Are Brave": Identity Performance, the Military, and the Dangers of an Integration Success Story, 14 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 693, 694 (2007).

105) Crandall, *supra* note 19, at 41.

106) Id. at 47.

107) Id. at 42.

108) Id. at 46.

109) Melissa Bordeaux, *Living A Lie: Why "Don't Ask Don't Tell" Presents An Unworkable View Of Personhood*, 31 BOSTON COLLEGE THIRD WORLD LAW JOURNAL 1, 10 (2011).

110) Id. at 10-11.

111) Id. at 11.

112) Id. at 12.

る¹¹⁴⁾特に指揮官は、DADT 政策が不要であると認識していたといわれている¹¹⁵⁾。そのために、軍も DADT 政策の撤廃を歓迎している¹¹⁶⁾。

次に、DADT 政策に違反した兵士は最終的に軍を除隊となり、それは同性愛者の兵士にとって回復不能な損害を与えるものであった。しかも、問題はそれだけではない。DADT 政策は同性愛者の兵士に対する差別を撤廃するために制定されたが、その効果に何ら実効性はなく、むしろ、同性愛者の兵士を排除することは、同性愛者の兵士の親密な自由を侵害し¹¹⁷⁾同性愛者の兵士に対する差別を助長してきたとされている¹¹⁸⁾さらに、DADT 政策はその違反者を軍から除隊させるものであり、それが同性愛者の兵士の尊厳を侵害し、加えて、スティグマを付与するものである¹¹⁹⁾このように、DADT 政策により、軍における同性愛者の兵士に対する否定的見解が持続し、差別が助長されることが明らかである。しかも、同性愛者の兵士の存在が軍においてマイナスの影響を与えるものではない以上、DADT 政策の撤廃は当然であり、それが実現されたことは同性愛者に対する権利保障の観点からも評価できよう¹²⁰⁾。

最後に、日本に対する示唆についてである。日本においても、性的少数者に対する差別解消や権利保障の問題は、社会において喫緊に解決すべき重大な課題として認識されつつある¹²¹⁾日本において性的少数者の差別解消や権利保障の問題を考えるに際して、上記のアメリカの議論、特に、性的志向に基づく区分は憲法上許容されないこと、また、それに基づき不利益を課すことは個人の

113) Id. at 11.

114) Robert Corrales, *Don't Ask, Don't Tell: A Dying Policy on the Precipice*, 44 CAL. W. L. REV. 413, 475-76 (2008).

115) Id. at 476.

116) Adam Samaha & Lior Strahilevitz, *Don't Ask, Must Tell — And Other Combinations*, 103 CAL. L. REV. 919, 945 (2015).

117) Bordeaux, *supra* note 109, at 11.

118) Noto, *supra* note 5, at 188.

119) Bordeaux, *supra* note 109, at 13.

120) Hagedorn, *supra* note 46, at 796-97.

121) 国会でもこの問題に対する関心は高く、超党派で性的少数者（LGBT）の差別解消を目指す超党派議員連盟が結成されている。

尊厳を侵害するという議論は傾聴に値する。日本においても、同性愛者の権利制限の問題を考える上において、アメリカにおけるこれらの視点は極めて重要であるというべきであろう。

今回、伊藤浩教授、竹内康博教授の退職記念号に拙稿を公表させて頂く機会を得た。伊藤浩教授には、私の学部時代、基礎ゼミや民法の講義を通じて手厚い指導をして頂いた。心からの感謝を申し上げたい。