

同性婚を禁止する州法が連邦憲法に違反するとされた事例 — *Obergefell v. Hodges*, 192 L. Ed. 2d 609, 576 U.S. __ (2015)¹

大野友也

1. 事実の概要

原告らはミシガン・ケンタッキー・オハイオ・テネシーの各州に居住する同性カップル、もしくはパートナーを亡くした元同性カップルである。彼らは、各州憲法ないし州法によって同性婚を認められなかったため、その違憲性を主張して連邦地裁に提訴した。各地裁で勝訴したが、控訴審である第6控訴裁判所が原審を破棄したため、最高裁に上告した。

2. 判旨

法廷意見はケネディ裁判官が執筆し、これにギンズバーグ・ブライヤー・ソトマイヨール・ケーガンの各裁判官が賛同した。以下、要旨をまとめる。なお、小見出しは筆者が便宜的につけたものである。また判決文中の判例の出典は省略する。

【婚姻の歴史とその重要性、判例の流れ】

婚姻は人類の歴史において重要なものであった。それゆえ、古い歴史を持つし、様々な者たちがその重要性に言及している。被告は、その歴史からすれば、この訴訟はその時点で終了するという。婚姻は、歴史的には男女間でのものだからである。しかし原告は、婚姻が重要だからこそ、同性間にも認めてほしいという。

婚姻は、異性間に限定されるという前提ではあるが、長い歴史の中で大きく変わってきた。古くは、親が政治的・宗教的・財政的な考慮から見合いを通して決めてきた。女性の社会進出に伴い、妻の地位は向上し、妻の無能力などが

¹ 2015年8月7日に拓殖大学で行われたアメリカ憲法判例研究会において、筆者は本判決の判例報告をさせていただき、その際、研究会参加者の小竹聡教授、塚田哲之教授、倉田玲教授から有益なコメントをいただいた。記して感謝する。

廃止された。こうした発展に伴い、婚姻制度は、弱体化するどころか、むしろ強化されてきた。

こうした動きは、同性愛者の権利の発展というこの国の歴史の中にも見出すことができる。20世紀半ば頃までは、同性愛者は非難され、公務員や軍から排除されてきたし、病気扱いされてきた。20世紀後半になり、文化的・政治的な発展を受け、同性愛者を容認する姿勢が高まり、権利の問題が裁判で争われるようになった。

当裁判所が初めて同性愛者の問題を正面から扱ったのが、同性愛行為の処罰を定めるジョージア州法の合憲性を認めた *Bowers* 判決である。その後、*Romer* 判決で性的指向に基づく差別に対する州の保護を禁止したコロラド州憲法修正を違憲とした。さらに2003年には、*Lawrence* 判決において *Bowers* 判決を破棄し、同性愛行為の処罰は「同性愛者の人生を貶める」と判示した。

こうした流れの中で、同性婚問題が持ち上がることとなった。1993年の *Baehr* 事件ハワイ州最高裁判決は、州憲法の下で同性婚の禁止は厳格審査に服するとした。この判決を受け、いくつかの州で婚姻を男女に限定するとする州法が制定され、また連邦議会も1996年に婚姻防衛法（DOMA）を制定し、連邦法上、婚姻は男女間に限定すると定めた。

2003年の *Goodridge* 事件において、マサチューセッツ州最高裁は、州憲法上、同性カップルは婚姻の権利を保障されると判示した。この判決後、いくつかの州では同性婚が合法化された。また連邦最高裁も、2013年に *Windsor* 判決において、州が合法と認めた同性婚を連邦政府が有効な婚姻と認めないとする婚姻防衛法（DOMA）の規定を違憲とした。

近年、同性婚を争う多くの訴訟が裁判所に係属し、そのほとんどが、同性婚を認める判決となっている。

【デュー＝プロセス条項・平等保護条項による保護】

修正14条のデュー＝プロセスは、個人のアイデンティティや信念を定義づける私的な選択を含む、個人の尊厳と自律に不可欠な個人の選択権にも及ぶ。その内容を特定し保護するのが裁判所の義務の一つである。その際、歴史と伝統

はその内容特定の指針となるが、その外延を確定するものではない。

我々が、不正義をその時点で見つけられるとは限らない。権利章典や修正14条を作り承認した世代は、その時点で自由の領域を確定できるとは想定しておらず、将来の世代に委ねた。

こうした中で、最高裁は婚姻の権利が憲法で保障されるものと判示してきた。*Loving* 判決において異人種婚の禁止を違憲とし、*Zablocki* 判決では養育費の支払いを怠る者の婚姻禁止を違憲とし、*Turner* 判決において受刑者の婚姻の禁止を違憲とした。また、この他の判決においても婚姻が修正14条の下で基本的な権利であると判示してきた。

上記最高裁判決が異性婚を前提としていたことは否めない。実際 *Baker* 判決では、婚姻制度から同性カップルを排除することは、連邦上の問題を生じないと判示している。

しかし上記最高裁判例は、より広汎な憲法原則を表明している。こうした判例が同性婚にも適用できるかどうかの判断に際して、最高裁は、婚姻が長い歴史の中で保護されてきた基本的な理由を考慮に入れなければならない。そうすると、以下に示す4つの原則と伝統から、婚姻が憲法の下で基本的権利だとされてきた理由が同性カップルにも適用されることが明らかとなる。

最高裁判例が第一に前提とすることは、婚姻に関する個人の選択が、個人の自律という概念に内在しているということである。だからこそ *Loving* 判決は異人種婚禁止を違憲とした。また、家族関係、生殖、子育てが憲法で保護されているのと同様、婚姻もまた個人がなすことのできる親密な関係のものであり、憲法で保護される。婚姻するか否か、誰とするか、という決定は、自己定義にさいしてきわめて重大な行為である。婚姻を通じて2人の人間は表現、親密性、精神性といった自由を見つけ出すのであり、これは性的指向に関わらず全ての者に妥当する。

最高裁判例の第二の原則は、婚姻が、非常に親密な関係を構成するからこそ、権利として基本的なものとなる、というものである。このことは、*Griswold* 判決や *Turner* 判決、*Lawrence* 判決などで繰り返し指摘されている。

第三の根拠は、婚姻が子供と家族を守るものであり、それゆえ、子育て、生殖、教育といった関連する権利をより強化するからである。この関係は、*Pierce* 判

決や *Meyer* 判決などで確認されている。そして、多くの同性カップルが子育てをしており、婚姻から同性カップルを排除することは、婚姻の権利の中核と矛盾することになる。婚姻が認められなければ、同性カップルの子どもたちは、自分たちの家族が何かしら劣っているとのスティグマによる被害を受け、また、未婚という状態から財政的な損失も受けることになる。

第四に、先例とこの国の伝統は、婚姻が我々の社会的秩序のかなめであることを明らかにしている。トクヴィルはその書のなかでこの点を指摘しているし、*Maynard* 判決においても最高裁がトクヴィルのこの指摘を引用した上で、婚姻は家族と社会の基礎であって、それなしでは進歩はあり得ない、と述べている。だからこそ、長い歴史の中で、各州は婚姻制度を確立し、保護を与えてきたのである。この原則において、同性カップルと異性カップルに差異はない。

婚姻を男女間に限定することは、自然かつ正義にかなうと考えられてきたが、婚姻という基本的権利の中核的意味と一致しないことはもはや明らかである。

被上告人は、本件は「同性婚の権利」という新しい権利を求めているものだとして主張する。しかし、*Loving* 判決は「異人種婚の権利」が求められたものではないし、*Turner* 判決は「囚人の婚姻する権利」が求められたものではないし、*Zablocki* 判決は「子どもの養育費を払わない者の婚姻する権利」が求められものではない。いずれの事例も、広い意味での婚姻の権利が求められた事例であり、あるクラスがその権利から排除されることに十分な正当化事由があるかどうか問われたものである。本件も同様である。

同性カップルが婚姻する権利は、平等保護条項によっても保障される。デュー＝プロセスと平等保護は異なる内容を持つが、両者の内容が重なるケースもある。

婚姻の事例がまさにそうである。実際 *Loving* 判決は、平等保護条項と、デュー＝プロセス条項の2つに違反するとされているし、*Zablocki* 判決は主として平等保護条項違反として扱われている。

その他の事例においても、自由と平等保護の相互関係が認められている。*Eisenstadt* 判決では、未婚女性への避妊具禁止につき、最高裁は両原則を用いて違憲としているし、*Skinner* 判決でも両原則を用いて累犯の断種を違憲とした。*Lawrence* 判決でも、デュー＝プロセス違反が主として論じられているが、

その違憲の法が不平等な取り扱いを帰結したとも認めており、結びついた両原則をもとに同性愛者の権利を保護した。

このことは同性婚にも妥当する。問題の州法が同性カップルに負担を課していることは明らかであり、このことは、平等保護の核心部分をも侵害している。同性カップルは、異性カップルが与えられるすべての利益を否定され、基本的権利の行使を禁じられている。

Baker 判決は破棄され、本件で争われている州法は、異性カップルに認められている民法上の婚姻から同性カップルを排除している限りにおいて無効である。

【民主主義について】

被上告人は、婚姻の定義という問題の判断に際して、今なお十分な民主的議論がなされていないと主張する。また、原審も、同性婚を認める前に、州は公的な議論や政治的手段を待つべきだと判断した。

しかし、すでにきわめて多くの熟議がなされている。レファレンダム、立法に際しての議論、草の根運動、多くの研究論文・著書、多くの裁判などがある。

民主主義プロセスが基本的権利を縮減しない限りにおいて、民主主義こそが、変化のための適切なプロセスであることを、憲法も認めている。しかし、個人の権利が侵害されている場合、憲法は裁判所による救済を命じている。

個人は、自身の権利が侵害されている時、たとえ多くの公衆がそれを否定し、立法府が立法を否定したとしても、憲法上の保護を訴えることができる。基本的権利は、選挙の結果に左右されるものではない。

Bowers 判決は、民主主義プロセスの慎重な承認とみなされうるが、実際には、同性愛者の権利を否定し、彼らを恥辱にまみれさせる政府行為を支持したものであった。*Bowers* 判決は *Lawrence* 判決で破棄されたものの、同性愛者らを傷つけ、その効果は *Lawrence* 判決の後も持続した。

同性婚を否定する判決は、まさに同じ効果を持つ。もし最高裁が同性婚禁止法を合憲とするならば、この判決は、国民に対し、この州法は我々の社会の最も基本的な契約に一致している、と教示するものとなる。

被上告人は、同性婚が婚姻制度を破壊すると主張するが、理由がない。また、

宗教教義に固執する者たちは、聖書の教えに反するとして同性婚に反対するかもしれない。修正1条は、そうした教義を信じ広めることを保障している。しかし、憲法はまた、州が婚姻から同性カップルを排除することも禁止している。

上記法廷意見に対し、4人の裁判官がそれぞれ反対意見を提出した。以下、要旨をまとめる。

ロバーツ首席裁判官の反対意見（スカリア・トーマス裁判官賛同）の要旨は以下の通りである。

【司法の役割、民主主義について】

最高裁は立法府ではない。同性婚の是非は、我々裁判官が関知すべき事柄ではない。裁判官は何が法かを判断する権限はあるが、何が法であるべきかについて論ずる権限はない。

憲法は、婚姻について何らの理論も持たない。州民は同性婚を認めてもいいし、歴史的な定義を維持してもいい。

しかし法廷意見は、全ての州に対し、同性婚を認めるよう命ずるという極端な一歩を踏み出した。多くの者はこれを喜ぶだろう。しかし、法による統治を信ずる者にとっては大きな失望だ。同性婚の支持者は、民主主義プロセスを通じて、周囲の市民を説得し、その見解を採用させてきた。しかしそれは今日の判決で終わる。5人の法律家が議論を終わらせ、婚姻についての彼らの見解を憲法だとした。

多数意見は、意思の法律化であり、法的判断ではない。法廷意見が宣言した権利は、憲法や最高裁判例に何ら根拠を持つものではない。

問題は、婚姻制度が同性婚を含むよう変更されるべきかどうかではない。民主主義国家において、こうした判断は、選挙された代表者を通じて行動する人々によって判断されるべきか、それとも、法に基づき法的紛争を解決する機関にたまたま所属している5人の法律家が判断すべきか、というものである。その答えは、憲法を見れば明白である。

【デュー＝プロセスについて】

法廷意見はデュー＝プロセス条項に依拠して判決をした。その際、4つの原

則と伝統を持ち出す。しかし、そのような原則は、司法府が政策形成をするという原則化されていない *Lochner* 判決という例外を除き、原則にも伝統にも根拠がない。

憲法に列挙されない権利を「基本的」だと判断する権限を裁判官が行使することは、司法の役割についての重大な懸念を提起する。それゆえ、判例は、デュー＝プロセスが保障する自由が、裁判官の政策選好へと変容しないよう、それを同定するに際しては、歴史と伝統に根付くものであり、かつ、秩序だった自由という概念に含まれていることが必要、という制限を課してきた。

婚姻の権利が争われた判例は、いずれも婚姻は男女間という前提のもとで判決されてきたものである。こうした判例は、州による婚姻の定義を変更させる権利について何ら述べていない。

法廷意見は、プライバシーに関する判例を根拠に、婚姻の権利を導出する。しかし *Lawrence* 判決を始めとする判例はいずれも根拠とならない。避妊具の配布禁止やソドミー行為の禁止と違い、本件における婚姻法は政府の介入を含んでいない。同性カップルは同棲する自由があり、同性愛行為をする自由があり、家族形成の自由がある。だれも「一人での権利」を妨害されていない。

法廷意見がしようとしているのは、*Lochner* 判決の復活である。

法廷意見の立場から提起される疑問は、州は婚姻を 2 人の結合という定義を維持し続けられるかどうか、である。法廷意見はその意見の中で「2 人」という語を使用しているが、なぜ「2 人」という要素が婚姻の定義であり続けるのに、男女間という要素がその定義であり続けないのか、について説明していない。法廷意見の論理が、3 人以上の者たちによる婚姻の基本的権利という主張にも妥当することは明らかである。

【平等保護条項について】

法廷意見は平等保護条項違反も言うが、簡潔すぎてよく分からない。

婚姻制度において同性カップルを異性カップルと異なる扱いをすることは、伝統的な婚姻制度を保護するという「正当な政府利益」があるため、平等保護条項に違反しない。

続いて、スカリア裁判官の反対意見（トーマス裁判官賛同）の要旨は以下の通りである。

【民主主義について】

今日の判決がなされるまで、同性婚に関する議論が広く行われていた。11の州の有権者らは、直接に、または代表者を通じて、婚姻の伝統的定義を変更した。それ以外の多くの州の有権者らはそうしなかった。勝つにせよ負けるにせよ、双方の陣営は、民主主義プロセスを通じて争ってきた。

2年前の事件（*Windsor* 判決）で、法廷意見は、家族関係の規制は州の排他的権限とされているとして、連邦政府は、家族関係について口出しすることを控えてきた、と判示した。修正14条制定当時、全ての州は婚姻を男女間に限定した。このことで、本件の検討は終了する。最高裁は、修正14条が明示的に禁止していない行為を無効とする権限を持たない。こうした問題は公的な議論に委ねられるべきである。

それにもかかわらず、この議論を最高裁が終了させた。これは、裁判所による立法行為である。

トーマス裁判官の反対意見（スカリア裁判官賛同）の要旨は以下の通りである。

【デュー＝プロセスについて】

デュー＝プロセス条項は、あくまで適正手続なのであって、そこから実体的権利を導出することはできない。

自由（liberty）とは、政府の行為から自由な状態（freedom）を言うのであって、政府から利益を付与される権利ではない。

上告人らは、なんら自由（liberty）を剥奪されていない。彼らは同性婚を認められている州に移動してそこで同性婚をすることができるし、式を挙げることもできる。同性愛関係を取り結ぶこともできるし、同性愛行為も禁じられていない。

【民主主義について】

政府が代表者や国民投票を通じて行動している場合、一般論として、市民の

自由は完全に擁護されている。社会構成員が創出した手続に従っているかどうかこそが重要な問題である。

州は熱い議論を通じて婚姻の定義を定めたのであり、それに不満があるからといって訴えることに正当性はない。

【信教の自由について】

法廷意見の結果として、教会が同性婚を認めるよう求められることになる。それは結果として信教の自由を侵害することにつながる。

【「尊厳」について】

多数意見は何度も同性愛者の「尊厳」に言及する。しかし憲法に尊厳条項はない。

また、尊厳は付与することも侵害することもできない性質のものであって、同性婚の禁止によって、同性カップルの尊厳が侵害されているという主張は成り立たない。

最後に、アリトー裁判官の反対意見（スカリア・トーマス裁判官賛同）の要旨は以下の通りである。

【デュー＝プロセスについて】

デュー＝プロセス条項に言う自由とは、歴史と伝統に深く根付いているものでなければならない。しかし同性婚は歴史と伝統に根付いていない。

【異性婚にこだわる理由について】

婚姻は、伝統的には、異性カップルにしかできない生殖というものと結び付けられてきた。家族は多様化してきているが、同性婚容認はそうした多様化に拍車をかけるからこそ、同性婚を容認しない州は伝統的婚姻観にこだわっている。

【連邦制について】

連邦制は、異なる思想を持つ者たちが共存するためのシステムである。婚姻

制度をどうするかは州に委ねられているため、州によって同性婚を認めたり認めなかったりという違いが生ずることもあるだろう。本判決は、州民が同性婚をどうするかを論ずる機会を奪うものである。

3. 若干の検討

(1) 判決日の意味

判決の内容には直接関係しないが、判決のなされた6月26日というのは、奇しくも、同性愛行為の禁止を違憲とした *Lawrence* 判決（2003年）と、連邦法上の婚姻を異性間の者に限定するとした婚姻防衛法（DOMA）が違憲とされた *Windsor* 判決（2013年）と同日である。ここに意味があるか分からないが、同性愛者の人権が争われた重要な事件の判決日が同日ということに、単なる偶然以上のものを感じる²。

(2) 判決の意義

本判決は、2年前の *Hollingsworth v. Perry* 事件³ で解決されなかった問題、つまり合州国憲法は各州に対して同性婚の合法化を求めているか、という問題を決着させたものである。

Hollingsworth 事件では、カリフォルニア州の同性婚禁止法が争われたが、スタンディングが否定され、本案については審理されなかった⁴。そのため、合州国憲法は各州に対して同性婚の合法化を求めているか、という争点については触れられず、いわば先送りにされていた。今回は、まさにその争点について判断されたものである。これが本判決の意義といえる。

² 注（1）で触れた研究会において、小竹教授から、ストーンウォール事件（ニューヨークのゲイバーが摘発され、それをきっかけに大きな暴動が起きた事件）と同じ日ではないか、という指摘があった。実際には、ストーンウォール事件は1969年6月28日であり、2日のズレがある。しかし、2003年6月28日は土曜日であり、判決を言い渡すことができなかったものと思われる。また連邦最高裁は、月・木に判決を言い渡すことが多いようであり、2003年6月26日は木曜日であることから、ストーンウォール事件にいちばん近い判決言い渡し日にあわせて判決をし、その後の2件もそれにあわせた可能性がある。

³ *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

⁴ *Id.*

なお、本件と同種の訴訟は、2014年10月の段階で一度サーシオレーライが認められなかった⁵。にもかかわらず、本件は2015年3月にサーシオレーライが認められた⁶。その理由は、2014年10月の段階では複数の控訴審が同性婚を禁止する州法を連邦憲法違反としていたものの⁷、合憲とする控訴審判決がなく、控訴審レベルで判断が分裂していなかったからである。しかし2014年11月に本件の原審である第6控訴裁判所が合憲判決をした。そのため、サーシオレーライが認められたと思われる⁸。

(3) デュー=プロセスについて

デュー=プロセスに関して法廷意見と反対意見が対立した点の一つが、「婚姻の権利」の同性愛者への拡大か「同性婚の権利」の創出か、という点である。

法廷意見は、最高裁のいくつかの先例によって「婚姻の権利」が確立しているとし、その婚姻の権利の保障については、異性愛者も同性愛者も違いがないはずだとして、婚姻の権利が同性愛者にも保障されるという構成をとった。

これに対して反対意見は、「同性婚の権利」という新たな権利の創出であるが、デュー=プロセスが保障する「自由」は歴史と伝統に根付いている必要があるとし、「同性婚の権利」は歴史と伝統に根付いていないとして、これを否定した。

この問題は、争点をどう設定するかの問題ではないかと思われる。筆者がかつてクローン技術の人への応用の問題を研究していた際に、クローンで子どもをつくることは権利なのか、という論点が提出されていた⁹。その時、「クローンを行う権利」ではなく、クローン技術を用いた上で「子どもをつくる権利」という構成が可能である旨指摘した¹⁰。同性婚についても同様に、「同性婚の権利」ではなく、同性と「婚姻する権利」と構成すれば、新たな権利の創出と考

⁵ *Herbert v. Kitchen*, 135 S. Ct. 265 (2014) (*cert. denied*).

⁶ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 1039 (2015).

⁷ *Bostic v. Schaefer*, 760 F.3d 352 (4th Cir., 2014); *Kitchen v. Herbert*, 755 F.3d 1193 (10th Cir., 2014).

⁸ この点は前掲注(1)研究会において小竹教授・塚田教授からご教示いただいた。

⁹ 大野友也「先端科学技術の規制と憲法(二)」早稲田大学法研論集105号56-58頁(2003年)。

¹⁰ 同上。See also John A. Robertson, *Liberty, Identity, and Human Cloning*, 76 Tex. L. Rev. 1371, 1391 (1998).

える必要はない。その意味では、法廷意見の問題構成が適切であるように思われる。

続いて問題になるのは、ロバーツ首席裁判官の反対意見で指摘されている、法廷意見の論理は一夫多妻制の容認につながるか¹¹ という論点である。すなわち、憲法上「婚姻の権利」があり、同性をパートナーとして選択することも権利であるとするならば、婚姻のパートナーを1人に限定するのではなく、2人、3人と複数にすることも権利として認められるのではないか、という問題が出てくることになる。この点について、ロバーツは、一夫多妻制が世界的には稀な制度とは言えないことを踏まえて、異性婚から同性婚への一歩は、一夫多妻への道よりも大きな一歩であり、それゆえ、より小さな一歩でしかない一夫多妻を禁止することができないと指摘する¹²。

この点について、多数意見は特に言及していない。これが何を意味するかは何とも言えないが、将来の一夫多妻制の容認を否定していないということは言えるだろう。

マイケル＝ドルフは、平等保護についてきちんと考えれば、同性婚の権利を認めることが一夫多妻や近親婚の権利にはつながらないと指摘する¹³。同性愛者は差別されてきて、低い地位にとどめられてきた、だからこそ多数意見は、同性愛者の子の差別された状態を救済すべきだと考えたのであって、一夫多妻や近親婚とは違う、ということのようである。

さらに続けてドルフは、武装の権利がかつて「ばかげたもの」と考えられたにもかかわらず、憲法化されたという歴史に触れ、社会運動や政治運動の結果、一夫多妻制度が社会的に受け入れられ、裁判所もその傾向に従う可能性はありうるとも述べている¹⁴。

多数意見が平等保護という観点から議論を展開していたならば、ドルフが言うように、同性愛者に対する差別の救済と、一夫多妻制度や近親婚の容認とは

¹¹ Obergefell, 192 L. Ed. 2d at 650 (Roberts, C.J., dissenting).

¹² *Id.*

¹³ Michael Dorf, Symposium: In defense of Justice Kennedy's soaring language, SCOTUSblog (Jun. 27, 2015, 5:08 PM), <http://www.scotusblog.com/2015/06/symposium-in-defense-of-justice-kennedys-soaring-language/>

¹⁴ *Id.*

大きな違いがあるため、ただちにこうした権利が認められるということにはならないと思われる。しかし、多数意見の論理は、主としてデュー＝プロセス、つまり「婚姻の権利」に依拠している。パートナーを選ぶ権利が憲法上の権利なのだとすれば、一夫多妻や近親婚の「権利」を一概に否定できないように思われる。

さらに、特に反対意見についてであるが、婚姻を定義する州の権限は無制限なのか、という問題がある¹⁵。たとえば州が50歳以上の婚姻を禁止したら合憲になるのだろうか¹⁶。スカリアやトーマスの論理であれば、そのような州法も合憲だとドルフは指摘する¹⁷。

実際、トーマスの論理からすれば、修正14条が実体的な内容を含まない以上、州が定義する婚姻について憲法は何も口を挟めないことになるため、いかなる形態の婚姻であっても、州が定義した以上は合憲ということになるように見える。ただ、「歴史と伝統」という制限をかけるならば、年齢制限についてはスカリアにとっては違憲となる余地もあると思われる。

(4) 平等保護違反について

法廷意見は、デュー＝プロセス条項違反に加え、平等保護条項違反も認定している。しかしその論理はロバーツ首席裁判官も指摘するように分かりにくい。法廷意見は、デュー＝プロセスと平等保護は異なる内容を持つとしつつも、重なる部分もあるとして、いくつかの先例を引用し、その上で平等保護条項違反を認定するのだが、なぜ平等保護条項に違反するのが明らかとはいえない。

その原因は、*Windsor* 判決のときと同様に、平等保護条項違反の認定に際して、審査基準を明示しなかったからではないかと思われる¹⁸。だが、最高裁としては、同性愛者差別立法についての違憲審査基準が確立していない今こそ¹⁹、

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Windsor*判決の平等保護に関する部分の考察については、大野友也「婚姻を男女間に限定するとした連邦法が違憲とされた事例— *United States v. Windsor*, 570 U.S. __ (2013); 133 S.Ct. 2675 (2013) —」鹿法48巻1号68-69頁(2013年)。

¹⁹ この点については、大野友也「アメリカにおける同性愛者差別立法の違憲審査基準」鹿法49巻1号15頁(2014年)。

この点についてきちんと違憲審査基準を確立し、法の目的・手段などにつき、踏み込んだ審査をすべきだったのではないかと思われる²⁰。

また個人的には、デュー＝プロセスでいくよりも、平等保護条項をメインに据えたほうが分かりやすく、かつ説得的な議論を展開できたのではないかと思われる。チェメリンスキーは、本判決を、主として平等保護を実現したものと理解しているように見えるし²¹、オバマ大統領も、本判決を受けて、自身のツイッターに「"We are all created equal." —President Obama」²² という独立宣言の文言や、「"This morning the Supreme Court recognized the Constitution guarantees marriage equality." — President Obama #LoveWins」²³ 「"When all Americans are treated as equal, we are all more free." —President Obama」²⁴ などとツイートしていることから、婚姻の平等が実現されたという理解をしており、同性婚禁止の問題を平等保護の問題と捉えていたことが伺える。

同性愛者に対する差別の歴史を鑑みるならば、同性婚の禁止もまた同性愛者に対する差別と理解できるだろう。さらに、先ほども触れたように、平等保護条項でいったほうが、一夫多妻や近親婚の権利という議論との区別がしやすいとも思われる。それゆえ、法廷意見はデュー＝プロセスでいくよりも平等保護条項をメインにしたほうがよかったのではないだろうか。

(5) *Windsor* 判決との関係

Windsor 判決は、連邦法上、婚姻は男女間の者に限るとした連邦婚姻防衛法 (DOMA) の規定を違憲とした2013年の連邦最高裁判決である²⁵。*Windsor* 判決は、婚姻法制が従来は州に委ねられていたことを重視し、にもかかわらず連邦が口を出すことに疑問を提示した。その上で、DOMA は同性愛者への敵意がその立法理由だとして、そうした法は修正 5 条のデュー＝プロセスに違反し、同

²⁰ Cf. Erwin Chemerinsky, Symposium: A landmark victory for civil rights, SCOTUSblog (Jun. 27, 2015, 8:56 AM), <http://www.scotusblog.com/2015/06/symposium-a-landmark-victory-for-civil-rights/>

²¹ *Id.*

²² <https://twitter.com/BarackObama/status/614451933441490945>

²³ <https://twitter.com/BarackObama/status/614452483994185729>

²⁴ <https://twitter.com/BarackObama/status/614453511313424384>

²⁵ *United States v. Windsor*, 570 U.S. __ (2013); 133 S.Ct. 2675 (2013).

時に平等保護にも違反する、とした。ややわかりにくいだが、連邦制という観点から法の目的の正当性に疑問を抱き、そこからデュー＝プロセス違反を認定し、同時に平等保護違反も認定する、という構成である²⁶。

本判決と同様、同性婚に関する事件であり、*Windsor* 判決と本判決はどう関係付けられるのか、個人的に興味があったところだが、本判決はデュー＝プロセスで保障される「婚姻の権利」を論証する際にのみ *Windsor* 判決を参照し、平等保護条項違反の文脈では参照していない。それどころか、両判決の関係については何ら触れられていない。

Windsor 判決法廷意見と、本判決の法廷意見は、いずれもケネディ裁判官が執筆し、ギンズバーグ・ブライヤー・ソトマイヨール・ケーガンの各裁判官が賛同したものである。構成が同じである以上、両判決の関係については、何らかの言及があってもよかつたのではないかと思われる。

Windsor 判決では、連邦制について比較的長い言及をし、婚姻法性が州の権限であることを強調した。そしてそこから、連邦が州の権限である婚姻法制に介入したところから、法の目的の正当性への疑問を導き出している。にもかかわらず、本判決では、州の権限であるはずの婚姻法制に対し、連邦政府の一部であるところの連邦最高裁が口出しをしたのであり、*Windsor* 判決との整合性が問われることになるのではないか。だが、法廷意見はこの点について語るどころがない。

(6) 民主主義との関係

反対意見を執筆した4人の裁判官がいずれも今回の法廷意見は民主主義プロセスに介入したものであって不当だと批判している。

これに対し、法廷意見は、「基本的権利は選挙結果に左右されるべきではない」と述べ、憲法が保障する基本的権利が侵害されている場合は、裁判所が救済に乗り出すべきだ、と反論している。法廷意見の立場は、民主主義よりも立憲主義を優先させる立場といえる。これは、裁判所の役割についての問題、あるいは

²⁶ 本判決については、前掲注(18)。

は立憲主義と民主主義の対立の問題と考えることができる²⁷。

しかし反対意見は、同性婚を「基本的権利」とは認めていないからこそ、裁判所の介入に批判的なのであり、立憲主義よりも民主主義を重視している、というわけではない。実際、今回反対意見に回った裁判官も、たとえば選挙権訴訟などで違憲判決側に回っているケースもある²⁸。本件におけるこの問題は、結局、婚姻の権利をデュープロセス条項で保障された権利とみなすかどうかに関消されるものと思われる。

(7) 宗教的自由の問題

トーマス裁判官は、同性婚を命ずることは、宗教的理由から同性婚に反対する者らの宗教的自由を侵害するという。しかしこれは当たらないと思われる。宗教的信念を理由に、他者の権利を認めないということが正当化されるならば、イスラム教徒の要求で、ブルカを着用しないで女性が外出することを禁止するという立法も可能になるのではないか。

ただ、たとえば不動産を経営する者が同性カップルを家族として扱わず、家族住宅への入居を拒否するといった私的な行為を法が禁止するということになれば、宗教的自由の侵害が問題になるだろう²⁹。

(8) 今後の見通し

クラーマンは、人種別学を違憲とした *Brown* 判決や、中絶の禁止を違憲とした *Roe* 判決が州の強い抵抗を生んだことや、同性愛者の権利に関する判決以後のバックラッシュの存在から、今回の判決に対しても強い抵抗が予想される旨コメントしている(クラーマンの見解が発表されたのは2015年4月であり、その時点で判決は出ていないが、彼は州に同性婚を認めるよう命ずる判決が出るだろうと予測していた)³⁰。ただ、同性婚は長期的に受け入れられるだろうと

²⁷ See *Chemerinsky*, *supra* note 20.

²⁸ E.g., *Shelby County v. Holder*, 133 S. Ct. 2612 (2013).

²⁹ 前掲注(1)研究会において、小竹教授によれば、今後は、この宗教的自由が同性婚問題における主たる争点になるだろう、とのことであった。

³⁰ Michael Klarman, *Commentary: The Supreme Court and marriage for same-sex couples* — Part II, SCOTUSblog (Apr. 16, 2015, 11:18 AM), <http://www.scotusblog.com>.

も述べている³¹。

この点については、一部の保守派からは安堵の声もあがっているようである。共和党は10年ほど前までは、同性婚に強く反対しており、それが票集めにもつなげた。クラーマンは、実際、同性婚への強い反対運動が、2004年のブッシュ大統領の再選につながったと分析している³²。

しかし近年、共和党の議員の中にも同性婚を容認するものが増え始め、共和党支持者の間にも、とりわけ若者の間で同性婚を支持する者が増え始めているという。そのため、共和党議員や候補者は、同性婚に反対する者と賛成する者の間で板挟みになっていたという。ところが今回、最高裁判決が出たことで、板挟み状態から抜け出せるということで、安堵の声が漏れているという³³。この報道が事実だとすれば、バックラッシュはさほど起きないと思われる。そうなれば、この先、アメリカ全州において同性婚が合法化されるという現実が、近い将来現れることになるだろう。

com/2015/04/commentary-the-supreme-court-and-marriage-for-same-sex-couples-part-ii/
³¹ *Id.*

³² Michael J. Klarman, *From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage* (2012).

³³ Chris Cillizza, *The Supreme Court just did Republicans a huge favor on gay marriage*, <<http://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2015/06/26/the-supreme-court-just-did-republicans-a-huge-favor-on-gay-marriage/>>