

アメリカにおける同性愛者差別立法の違憲審査基準

大野友也

一 はじめに

アメリカ合州国最高裁は90年代以降同性愛者の権利に関する3件の判決（ローマー判決¹、ローレンス判決²、ウィンザー判決³）を出し、そのいずれにおいても同性愛者の権利を擁護する結論を導いた⁴。また、連邦の下級審や州の裁判所でも同性婚禁止立法に対する訴訟を中心に、同性愛者差別に関する事件の判決が相次いで出されている⁵。

本稿では、合州国の裁判所で出された、こうした同性愛者に対する差別立法（ないし性的指向⁶に基づく差別）に関する判決の中で用いられた違憲審査基準がいかなるものなのか、またその審査基準が適用された理由について検討し、

¹ Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

² Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

³ United States v. Windsor, 570 U.S. ___ (2013); 133 S. Ct. 2675 (2013).

⁴ なおボーイスカウトからの同性愛者の排除が争われたBoy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000)は、私人間の争いであることや、修正1条が争われた事案であるため、カウントしていない。またウィンザー判決と同時に出されたHollingsworth v. Perry, 133 S. Ct. 2652 (2013)は、カリフォルニア州の同性婚禁止の憲法修正が争われた事案だが、スタンディングが否定され、本案につき判決されていないため、ここではカウントしていない。

⁵ 下級審の諸判例については本稿の第二章（5）で取り上げる。

⁶ 性的指向というのはsexual orientationの訳語であり、性的欲望や恋愛感情の対象のことを指す。同性に性的欲望や恋愛感情を抱くものを同性愛と呼び、異性に抱くものを異性愛と呼ぶ。これは生来のものであると考えられており、本人の意思で変えられるものではないとされる。木村一紀「同性愛と性的指向」セクシュアルマイノリティ教職員ネットワーク編著『セクシュアルマイノリティ』122頁以下（明石書店、2003年）。これに対し、性的嗜好（sexual preference）とは、文字通り「嗜好」であって、趣味のレベルの話となるため、本人の意思で変更することも可能となる（フェティシズムがその一例）。この両者を混同してしまうと、同性愛が「趣味の問題」に矮小化されてしまうため、性的指向と性的嗜好の両者を区別する必要がある。しかし、あとで見ると、アメリカの裁判所においても、この両者が区別されていない例が見られる。なお、大野・後掲注（7）において、筆者は「法的志向」と表記したが、厳密に言えばこの表記も誤りであった。

日本における違憲審査基準論の一助としたい⁷。なお日本において、同性愛に言及した立法は存在しないが⁸、同性婚が認められておらず⁹、今後、アメリカと同じように同性婚訴訟が提起される可能性も否定できない¹⁰。従って、日本においても同性愛者差別に関する違憲審査基準の検討は必要になるのではないかと思われる。

二 アメリカにおける同性愛者差別立法の違憲審査基準

まず、同性愛者の権利が争われた、合州国最高裁の3つの事件を簡単に紹介する。

1 ローマー判決¹¹

本件は、コロラド州が憲法修正によって、同性愛者保護を禁止する条項を採択したため、これが連邦憲法修正14条などに反するなどとして、同性愛者らが

⁷ 筆者は過去にアメリカにおける同性婚訴訟を素材に、同性愛者差別は性差別と構成できるため、合理性審査より厳しい審査基準が妥当する旨主張した（大野友也「同性婚と平等保護」鹿法43巻2号17頁以下（2009年））。本稿の内容と重なる部分があるが、本稿では審査基準に関する具体的な提言よりも、アメリカの判例の分析に重きを置く。

⁸ e-Gov法令データ提供システム〈<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>〉で、「同性愛」をキーワード検索したところ、2014年8月22日の時点で、検索結果は0であった。

⁹ 厳密に言えば、日本において同性婚を禁止する明文規定は存在しない。この点については、大野・前掲注（7）17頁。

¹⁰ 実際、日本でも同性カップルが結婚式を挙げる例もある（こうした例を報じたものとして、「お家宝塚 それぞれの道：6 女性同士、愛に迷いなし」朝日新聞2013年12月3日付夕刊11頁）。

また、アメリカ海軍が同性婚をした将兵・軍属につき、日米地位協定上の「家族」として認めることにしたとの報道もある。「米海軍、同性カップル駐留可能 日米地位協定で家族に」〈<http://www.47news.jp/CN/201401/CN2014011001002073.html>〉（2014年8月21日アクセス）。日米地位協定第1条(c)(1)にいう「家族」に同性婚のカップルを含めるということになれば、日本国内においても、一部同性婚が合法化されたものと見なすこともできるだろう。

さらに、青森市において同性カップルの婚姻届が憲法24条に基づいて不受理となったとの書き込みがツイッターでなされている（<https://twitter.com/kanameyukiko/status/474474278159544321/photo/1>）（2014年8月21日アクセス）。

こうしたことを踏まえれば、日本でも同性婚を求める訴訟が提起される可能性は否定できないように思われる。

¹¹ 筆者による本判決の評釈として、大野友也「性愛者の保護を禁止する州憲法の連邦憲法適合性—ローマー対エヴァンス」谷口洋幸ほか編『性的マイノリティ判例解説』68頁以下（信山社、2011年）。

無効宣言・執行差止めを求めて提訴した事件である。

ケネディ裁判官執筆の法廷意見は、大要、次のように述べ、コロラド州憲法修正を違憲とした。

本件修正条項は、基本的権利に不利益を課すものではないし、「疑わしい区分」を狙い撃ちしたものでもないため、合理性審査を適用する。本件修正条項のような、ある特徴をもつグループのみを選び出し、その者たちの権利保護を全般的に否定するような立法はかつて例がない。こうした例外的な特徴を有する差別は、特に慎重な検討を必要とする。本件修正条項の適用範囲の広さは、同性愛者への敵意に基づくものである。憲法の平等保護条項は、「政治的に不人気なグループを害したいという議会の剥き出しの願望」が立法の正当化事由とはならないことを意味する。本件修正条項は、同性愛者たちに不利益を課すものであり、それを正当化する州利益は見いだせず、平等保護条項に違反する。

2 ローレンス判決¹²

本件は、テキサス州はソドミー行為を処罰する州法が争われた事件である。被告人ローレンスらはアパートで同性愛行為をしているのを、踏み込んだ警察官に見送られたため、ソドミー行為処罰法違反で起訴された。

ケネディ裁判官執筆の法廷意見は、大要、次のように述べ、テキサス州方を違憲とした。

私的空間において、成人同士で同意に基づいてなされる性交渉は、デュープロセスで保障される自由に含まれる。そうした自由を侵害するテキサス州法は違憲である。平等保護条項に反するとする可能性もあるが、同性愛者だけでなく、異性愛者のソドミー行為をも処罰するという立法がなされた場合の問題も生ずるため、この点には立ち入らない。同性愛者保護が進んでいる現在においては、パワーズ判決¹³を支える社会的実態は弱体化している。

また、オコナー裁判官が、同性同士のソドミー行為のみを処罰することは、

¹² 筆者による本判決の評釈として、大野友也「同性愛行為に対する憲法上の保護—Lawrence v. Texas」アメリカ法判例百選102頁以下（2012年）。

¹³ Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)（ジョージア州のソドミー処罰法を合憲とした）。

同性同士のソドミー行為に対する道徳的非難であり、そうした非難は平等保護条項の下で正当な政府利益とはならないとして違憲とする結論同意意見を提出している。さらに、オコナー裁判官は、ローマー判決などを援用し「政治的に不人気なグループを害そうという動機で立法されている場合、最高裁は、平等保護条項の下でそうした立法を無効とするために、合理性審査のより厳格な形式を適用してきた」¹⁴と述べ、審査基準についての指摘を行っている。

3 ウィンザー判決¹⁵

本件は、連邦法上の婚姻を異性間のものに限定していた連邦婚姻法（The Defense of Marriage Act; DOMA）の合憲性が争われた事件である。原告であるウィンザーとスパイヤーはカナダで同性婚をし、ニューヨーク州もその婚姻を合法的なものみなして二人を夫婦として扱っていた。その後スパイヤーが死去し、その遺産をウィンザーが相続した。DOMAが連邦法上の婚姻を男女間に限定していたため、ウィンザーは連邦法上夫婦として扱われず、相続税の免除などを受けられなかった。そこでウィンザーがDOMAの違憲性を主張して提訴した。

ケネディ裁判官執筆の法廷意見は、大要、次のように述べ、婚姻を男女間に限定するとしていたDOMAの条項を違憲とした。

平等保護条項は、少なくとも、「政治的に不人気なグループを害したいという議会の剥き出しの願望」が立法の正当化事由とはならないことを意味する。「通常とは異なる性質」の差別はとりわけ慎重な検討を要する。DOMAは、歴史的に州の権限とされてきた家族関係のあり方に介入するものであり（ゆえに「通常とは異なる性質を有する」）、同性カップルから婚姻による連邦上の利益を剥奪する。このことは、法の保護から排除される者たちを法が非難するという目的と効果を持つことを示している。これにより、同性カップルは連邦法上「二級の婚姻」として扱われることとなり、修正第5条に違反する¹⁶。

¹⁴ Lawrence, 539 U.S. at 580 (O'Connor, J., concurring).

¹⁵ 筆者による本判決の評釈として、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63頁以下（2013年）。

¹⁶ 本件では、ウィンザーらのスタンディングの有無も大きな争点となった。この

4 同性愛者差別立法に対する合州国最高裁の違憲審査基準について

まずアメリカ合州国最高裁であるが、最高裁の平等保護に関する違憲審査基準については、すでに日本でも広く知られているように¹⁷、人種・国籍といった「疑わしい区分」や選挙権などの基本的権利に対する差別については厳格審査が適用される¹⁸。そして性別のように「準・疑わしい区分」には中間段階審査が適用される¹⁹。上記以外の差別については合理性審査が適用される²⁰。そのため、「同性愛者」という区分ないし「性的指向」に基づく区分がどの区分に該当するか、すなわち同性愛者差別立法に対して適用されるべき違憲審査基準が問題となる。実際ウィンザー判決において、スカリア裁判官反対意見は、本件の最も重要な争点は平等保護条項違反の検討に際しての違憲審査基準であると指摘している²¹。

この違憲審査基準についてであるが、合州国最高裁は、ローマー判決において、本件は基本的権利も関わるものではないし、「疑わしい区分」に対する狙い撃ちでもないとして、合理性審査を適用した²²。しかし同性愛者という区分を「疑わしい区分」としなかった理由を最高裁は述べていない。また、最高裁は「疑わしい区分」ないし「準・疑わしい区分」について新たなカテゴリを設定することに消極的との指摘もなされている²³。実際、最高裁は1970年代半ば以降、新たな「疑わしい区分」を認定しておらず、「疑わしい区分」という議

点は合州国憲法3条の司法権の解釈に関わる重要な論点であるが、本稿は同性愛者差別に関する違憲審査基準の問題をテーマにしているため、ここでは扱わない。

¹⁷ アメリカにおける平等保護の理論の概説として、松井茂記『アメリカ憲法入門 [第7版]』386頁以下（有斐閣、2012年）、樋口範雄『アメリカ憲法』440頁以下（弘文堂、2011年）。

¹⁸ See, e.g., *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

¹⁹ See, e.g., *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

²⁰ See, e.g., *Williamson v. Lee Optical Co. of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955).

²¹ *Windsor*, 133 S.Ct. at 2706 (Scalia, J., dissenting). なおスカリア自身は、審査基準の階層性に反対という理由から、合理性審査の適用を主張している。

²² *Romer*, 517 U.S. at 631.

²³ Mark Strasser, *On DOMA, Proposition 8, and the Implications of Their Potential Unconstitutionality for Equal Protection and Substantive Due Process Jurisprudence*, 60 UCLA L. Rev. Disc. 128, 130-31 (2013).

論は死文化しているとの指摘もある²⁴。それに同性愛者を「疑わしい区分」とするつもりがあったならば、ローマー判決あるいはウィンザー判決でそう認定できたはずである²⁵。それにも関わらず、そのような認定をしなかったということは、最高裁は同性愛者を「疑わしい区分」（ないし「準・疑わしい区分」）とするつもりがないと考えられる。このことは、ウィンザー判決におけるスカリア裁判官の反対意見で、本件の最も重要な争点は平等保護条項違反の検討に際しての違憲審査基準であると指摘を受けつつも、その問題提起に正面から応えなかった最高裁の姿勢にも見て取れるだろう²⁶。

では、結局、最高裁は合理性審査を適用したと言えるのだろうか。この点、上記3つの事件でいずれも違憲の結論が導かれている。ローレンス判決については、先に見たようにオコナー裁判官が平等保護違反を理由に違憲判断をしている²⁷、法廷意見も平等保護の観点からの問題がないわけではないとしているが²⁸、法廷意見の中心はもっぱらデュープロセスの問題であって平等保護の事例としての先例とは言いがたいのでここではとりあえず措くとして、ローマー・ウィンザー両事件では、平等保護条項違反の結論が出されている。もし、合理性審査が「もっとも敬讓的な基準 (the most deferential of standards) ²⁹」による審査であるならば、違憲の結論は導き出しにくいと思われ、本件は単なる合理性審査の適用とは言い難いように思われる。事実、スカリア裁判官はローマー判決及びウィンザー判決の反対意見において合理性審査を適用し、コロラド州憲法修正2及びDOMAを合憲としている³⁰。

そこで、両事件において法廷意見が適用した審査基準について、学説では「合理性審査」の厳格な適用 (rational basis with bite) だとの評価がなされてい

²⁴ Evan Gertsman, *Same-Sex Marriage and the Constitution* 69 (2nd ed., 2008).

²⁵ See *Massachusetts v. HSS*, 682 F.3d 1, 9 (1st Cir. 2012).

²⁶ スカリア裁判官は、ウィンザー判決で法廷意見が違憲審査基準に言及しなかったのは、本件が平等保護条項の下での議論と言いつつ、実体的デュー＝プロセスの論理に従って判決したからだと指摘している。Windsor, 133 S.Ct. at 2706 (Scalia, J., dissenting).

²⁷ Lawrence, 539 U.S. at 579-85 (O'Connor, J., concurring).

²⁸ *Id.* at 574-75.

²⁹ Romer, 517 U.S. at 632.

³⁰ Romer, 517 U.S. at 640 (Scalia, J., dissenting); Windsor, 133 S.Ct. at 2706 (Scalia, J., dissenting).

る³¹。すなわち、「合理性審査」と言いつつ、通常の合理性審査で見られるような、立法府の判断をそのまま尊重してほとんど検討をしないような審査³²ではなく、立法目的やその手段の合理性をやや立ち入って審査した事例であると見るのである³³。両事件の審査内容をやや詳しく見ていこう。

まずローマー判決であるが、先に見たように、本件において法廷意見を執筆したケネディ裁判官は、本件が基本的権利に不利益を課すものではないし、「疑わしい区分」を狙い撃ちしたものでないとして、合理性審査を適用すると明言した³⁴。しかし、「コロラド憲法修正2は、一つの特徴をもつ者たちを識別し、彼らに対して包括的に保護を否定する。あるクラスの者たちに対し、特別な保護を求める権利のはく奪を帰結することは、我々の先例には存在しない。…例外的性質の差別は、それが憲法条文に照らして非難すべきものかどうかの判断に際し、特に慎重さが求められる」と述べた³⁵。そして、ある特定のグループが、その他大勢に比べて、政府の支援を得られにくいということを法が宣言している場合、それ自体が法の平等保護を文字通り否定しているとし³⁶、平等保護条項違反を認定した。また、このような類の法律は、「課されている不利益が、それを課される人々が属するクラスへの敵意に基づくものだ、という推定を余儀なくさせる³⁷」と述べた上で、モレノ判決³⁸を引用し、『法の平等保護』の憲法的意味は、少なくとも、「政治的に不人気なグループを害したいという議会の剥き出しの願望は政府の正当な利益を構成することはない、ということであ

³¹ UVA Law Professors Analyze Supreme Court's Same-Sex Marriage Rulings <http://www.law.virginia.edu/html/news/2013_sum/scotus_doma.htm>; Kenji Yoshino, *Why the Court Can Strike Down Marriage Restrictions under Rational-Basis Review*, 37 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 331, 333-34 (2013); Daniel Farber & Suzanna Sherry, *The Pariah Principle*, 13 Const. Comment. 257, 260 (1996).; 大野・前掲注(15) 67-70頁。But see *Windsor v. Unites States*, 699 F.3d 169, 180 (2d Cir. 2012) (最高裁は合理性審査につき、厳格度を高めた適用を明言したことはないとする。なお第二控訴裁判所自身は、後で述べるように、中間審査を適用している)。

³² こうした事例の典型として、*Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955)。

³³ Cf. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. at 580 (O'Connor, J., concurring)。

³⁴ *Romer*, 517 U.S. at 631.

³⁵ *Id.* at 633.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.* at 634.

³⁸ *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973)。

る」として³⁹、立法目的につき立ち入った審査をした。そして州が提示した正当化事由である、他の市民の結合の自由、地主や雇用主が同性愛者に対して抱く個人的・宗教的嫌悪感の自由につき、修正2はそれを正当化するにはあまりにも広汎に過ぎ、正当な目的に出たものとは考えられないとして、この点についても平等保護条項違反を認定した⁴⁰。

法廷意見が「例外的性質の差別は、それが憲法条文に照らして非難すべきものかどうかの判断に際し、特に慎重さが求められる⁴¹」としている点からは、少なくとも合理性審査をストレートに適用したのではなく、審査に際して、ある種の慎重さがあったことが伺われ、その慎重さは、州の主張した正当化事由に対し、手段が広汎かつ過小にすぎるとされたこと、つまり、採用された手段の不合理性から不当な目的の存在を認定した点に現れている。

ウィンザー判決では、先に述べたように適用すべき審査基準については触れられていない。しかし「例外的性質の差別は、それが憲法条文に照らして非難すべきものかどうかの判断に際し、特に慎重さが求められる」というローマー判決の言い回しを引用して⁴² 違憲判決をしていることから、ローマー判決同様、合理性審査を厳格適用したものと思われる⁴³。そしてその慎重さは、DOMA制定の目的が、州による同性婚法の制定を阻害し、同性婚をしたカップルの自由と選択を抑圧し、彼らを二級の夫婦とみなすことにあるとして、立法目的の不当性を攻撃している点⁴⁴ に現れている。

以上から、最高裁は、ローマー判決及びウィンザー判決において、合理性審査を厳格適用したと評価できる。

5 同性愛者差別立法に対する他の裁判所の違憲審査基準について

合州国最高裁以外の裁判所は、同性愛者差別立法に対して適用される違憲審査基準は、裁判所や事例ごとで異なっている。以下、それぞれ見ていこう。

³⁹ Romer, 517 U.S. at 634.

⁴⁰ *Id.* at 635.

⁴¹ *Id.* at 633.

⁴² Windsor, 133 S.Ct. at 2692.

⁴³ UVA Law Professors, *supra* note 31.

⁴⁴ Windsor, 133 S.Ct. at 2693-94.

(一) 厳格審査を適用した事例

ハワイ州最高裁は、ベア判決⁴⁵において、同性婚の禁止は性にに基づく差別であるとして、厳格審査を適用するとした。その論理構造は、大雑把に言えば、男性の場合、相手が女性であれば婚姻できるが、相手が男性であれば婚姻できない、これは「性」に着目した区分である、と構成するものである⁴⁶。ただ、ハワイ州最高裁が性にに基づく差別に対し厳格審査を適用したのは、州憲法で性差別が明文で禁止されていたという事情があった⁴⁷。先に述べたように、合州国最高裁は性にに基づく区分には中間段階審査を適用していることや、ベア判決以外にこうした判例が見当たらないことなどから、同性愛者差別立法に対する厳格審査の適用がアメリカにおいて一般化する見込みは極めて低いと思われる⁴⁸。

(二) 中間審査を適用した事例

続いて中間審査を適用した事例を見ていこう。ウィンザー事件の控訴審である第二巡回区控訴裁判所は中間審査を適用し、DOMAに対し違憲の判断を導いている⁴⁹。中間審査を適用する理由は、同性愛者差別が「準・疑わしい区分」に該当するからというものであり、その際の考慮要素として、(1) その区分が歴史的に差別の対象となってきたかどうか、(2) その区分が社会への貢献に関連するような性質のものか、(3) その区分が不変性を持つか、または切り離されたグループとして定義できるか、(4) そのグループが政治的に無力かどうか、という4点を挙げた⁵⁰。そして各要素について検討し、いずれも同性愛者につ

⁴⁵ Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

⁴⁶ See *id.* at 60. この点の詳細については、大野・前掲注(7) 33頁。See also, Andrew Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination*, 69 N.Y.U.L. Rev. 197 (1994).

⁴⁷ See Baehr, 852 P.2d at 59-60.

⁴⁸ ただし、個別意見のなかでこうした主張をする例がないわけではない。See Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 798 N.E.2d 941, 970-74 (Mass. 2003) (Greaney, J., concurring) (州の同性婚禁止法は性にに基づく差別だとして厳格審査の適用を主張する); Baker v. State, 744 A.2d 864, 905 (Vt. 1999) (Johnson, J., concurring in part and dissenting in part) (州が同性婚を認めないのは性にに基づく差別だとして厳格審査の適用を主張する)。

⁴⁹ Windsor v. Unites States, 699 F.3d 169 (2d Cir. 2012).

⁵⁰ *Id.* at 181-82.

いて肯定でき、「準・疑わしい区分」であると認定して中間審査を適用した⁵¹。

同様の考え方は、州裁判所でも見られる。婚姻を男女間に限定したアイオワ州法が争われたヴァーナム判決⁵²において、州最高裁は、同性愛者差別立法に対する違憲審査基準を検討した。そして(1)過去における差別の存在、(2)区分と社会貢献能力との関係、(3)区分の根拠となる特徴の不変性、(4)政治的無力さ、の4点を挙げ、各要素につきいずれも肯定できるとして、性的指向に基づく差別に対して中間審査の適用を行い、州の同性婚禁止法を違憲としている⁵³。

さらにオバマ政権も、ウィンザー事件において、性的指向に基づく差別に対しては中間審査が妥当するとし、その適用の結果、DOMA §3は違憲であるとして、法の合憲性の擁護を断念した⁵⁴。中間審査を適用すべきとする理由は上記判例と同様、(1)過去における差別の歴史、(2)区分の指標となる特徴の不変性、(3)政治的無力さ、(4)区分の指標と社会貢献能力との関係という4つの考慮要素を、性的指向に基づく差別は全て満たすからというものである⁵⁵。

この他、州憲法上の平等保護が争われる際には、その区分となる指標と政府利益との「実質的関連性」を問うとする判決もある。ニュージャージー州最高裁のハリス判決⁵⁶がそれである。ハリス判決もまた同性婚の是非が争われた事件である。ニュージャージー州最高裁は、州憲法の平等保護が争われている場合には、区分の指標と政府利益との実質的関連性が問われるとして、中間審査のような審査基準を適用した⁵⁷。さらに、問題となっている権利の性質、法が権利に対して行っている制約の程度、制約の公益性という3つを比較衡量する旨述べ、この基準が柔軟性を持ち、権利の重要性が高いほど、制約の正当化事由

⁵¹ *Id.* at 182-85.

⁵² *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (2009).

⁵³ *Id.* at 886-904. ただし、アイオワ州最高裁は、中間審査でも違憲となるという理由から中間審査を適用したに過ぎず、より厳格な審査を否定するものではない。*Id.* at 896.

⁵⁴ *United States v. Windsor*, No. 12-307, Joint Appendix 183-194.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (N.J. 2006).

⁵⁷ *Id.* at 212.

も厳しく問われるとした⁵⁸。そしてニュージャージー州最高裁は、州において同性愛者保護立法などを通じて差別の撤廃がなされてきた事実を認めつつも、同性カップルは異性カップルと比べて税の免除など法的に様々な不利益な状態に置かれているとした⁵⁹。さらに同性婚を認めないことの利益について、婚姻を認めるかどうかではなく、婚姻に伴う利益の付与を認めるべきかどうかを問題にすべきであるとして、同性婚が婚姻の伝統的意味を変更しようとするものだとする批判をかわした⁶⁰。そして同性カップルに対し、異性カップルが認められている利益を認めないことで、当事者や子どもたちに不利益があり、それを正当化する公益は存在しないとされた⁶¹。さらに州が主張した、他の州との統一性の維持という点についても、同性婚を認める州が存在することや、ニュージャージー州自身がこれまで同性愛者差別の撤廃を目指してきたことなどを理由に、同性カップルを不利に取り扱う必要性はないとして、同性カップルに対して異性カップルと等しい取扱いをすべきだとした⁶²。実質的関連性を問ひ、州利益などを丁寧に審査していることからすれば、本件もまた中間審査を適用した事例だと言っていいだろう。

なお、合州国最高裁が性差別につき中間審査を適用していることから、ハワイ州最高裁と同じように同性愛者差別を性差別と捉えた上で中間審査を適用するという考えもありうるところである。だが管見の限り、こうした事例は見られない。

(三) 合理性審査を厳格適用した事例

最高裁がローマー判決などで合理性審査を厳格適用したとすることは先ほど触れたが、下級審判例でも合理性審査を厳格適用したと思われる事例が見られる。

DOMAの合憲性が争われたHSS事件⁶³で、第1巡回区控訴裁判所は、かつて

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.* at 212-17.

⁶⁰ *Id.* at 217.

⁶¹ *Id.* at 217-18.

⁶² *Id.* at 218-221.

⁶³ *Massachusetts v. HSS*, 682 F.3d 1 (2012).

第1巡回区控訴裁判所自身が性的嗜好 (sexual preference) に基づく区分を「疑わしい区分」とすることを否定したこと、及び最高裁が新たな「疑わしい区分」を認定することに消極的なことにより、中間審査の適用を否定した⁶⁴。また最高裁が、貧者、精神障害者、同性愛者の権利が問題となっている場合に合理性の審査を厳格適用したと評価して、通常の合理性審査の適用も否定し、合理性審査の厳格適用を行うことを示唆した⁶⁵。その際、控訴裁判所は連邦制についても触れ、連邦が州の決定に介入する場合（ここでは、州が婚姻を認めたにも関わらず連邦がそれを認めないこと）は慎重な検討が必要だとも述べている⁶⁶。そして異性婚という伝統の保護という立法目的につき、DOMAは異性婚カップルに利益付与をするわけではないため異性婚を促進しないし、同性婚を禁止しても異性婚が促進されるということもないとして、その目的と手段の関連性が全くないとした⁶⁷。伝統的道德観の保護という目的についても、最高裁のローレンス判決によって、性的嗜好に対する道徳的不承認は立法の正当化事由とすることが否定されているなどとして、これを認めなかった⁶⁸。このように、目的と手段をやや厳密に検討をし、DOMAを違憲とした本件は、合理性審査を厳格適用した典型例と言えるだろう⁶⁹。

ウィンザー事件第一審⁷⁰でも、連邦地裁は合理性審査の厳格適用をしたと思われる。地裁自身は、違憲審査基準に関して、同地裁を管轄する第二控訴審裁判所の先例がない上、合州国最高裁がローマー判決で新たな「疑わしい区分」の認定に消極的であることなどを理由に合理性審査を適用すると述べつつ⁷¹、最高裁の平等保護法理においては、政治的に不人気なグループへの敵意に基づ

⁶⁴ *Id.* at 9. 本文中で原語を表記したように、第1巡回区控訴裁判所は性的指向 (sexual orientation) ではなく性的嗜好 (sexual preference) という語を用いた。後者の場合、個人の選択の結果というニュアンスが非常に強いため、個人の選択で変更できない (不変性) という特徴を適切に捉えられない可能性がある。それが中間審査の否定に影響した可能性は否定できないように思われる (前掲注 (6) 参照)。

⁶⁵ *Id.* at 10-11.

⁶⁶ *Id.* at 11-13.

⁶⁷ *Id.* at 14-15.

⁶⁸ *Id.* at 15.

⁶⁹ See *Windsor v. Unites States*, 833 F. Supp. 2d 394, 402 (S.D.N.Y. 2012).

⁷⁰ *Windsor v. Unites States*, 833 F. Supp. 2d 394 (S.D.N.Y. 2012).

⁷¹ *Id.* at 401-02.

く立法に対しては、通常の合理性審査より厳格な審査がなされていると評価し、同性愛者という指標による区分に対してそのような形態の審査をすることがどうかはさておくとしつつも、ローマー判決を参照して区分の指標と達成される目的との関連性を審査する旨宣言しており、合理性審査の厳格適用を示唆している⁷²。そして実際に、議会側のDOMA正当化事由（伝統的婚姻制度の維持、子育てと生殖にとって理想的な環境の促進など）につき丁寧な審査を加え、目的の正当性は否定しなかったが、DOMAがそうした目的を促進するものではないとして、結論としてDOMAの原告への適用を違憲としていることから、立法府の判断を尊重する通常の合理性審査ではなく、合理性審査を厳格適用したと評価できるだろう⁷³。

州裁判所レベルにおいても、同性愛者差別に対し、合理性審査を厳格適用したと思われる事例がいくつか見られる。その代表例は、同性婚の禁止が州憲法に合致するかが問われたマサチューセッツ州最高裁のグッドリッジ判決⁷⁴である。州最高裁の法廷意見は違憲審査基準を確定する必要性に言及したが⁷⁵、州の同性婚禁止法は合理性審査さえパスしないことを理由に、審査基準の明確化を避けた⁷⁶。法廷意見のいう合理性審査とは、「正当な目的に合致した合理的な方法」の有無を審査することであり、通常の合理性審査であるかのような言い回しである⁷⁷。しかし実際には、州の提示した正当化事由について立ち入った審査を行っており、通常の合理性審査に見られるような敬謙的な姿勢とは言い難いように思われる⁷⁸。たとえば法廷意見は、州が主張した生殖の促進という正当化事由につき、妊娠能力が婚姻の要件となっていないことや、不妊が離婚

⁷² *Id.* at 402.

⁷³ *See Windsor*, 699 F.3d 169, 180. また議会側代理人は、地裁の適用した審査基準を「合理性審査プラスもしくは中間審査マイナス」と表現したという。*Id.*

⁷⁴ *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). 本件の評釈として、大野友也「同性婚禁止法の合憲性—グッドリッジ対マサチューセッツ州公衆衛生局」谷口洋幸ほか編『性的マイノリティ判例解説』181頁（信山社、2011年）。

⁷⁵ *Goodridge*, 798 N.E.2d at 960.

⁷⁶ *Id.* at 961.

⁷⁷ *Id.* at 960.

⁷⁸ *See id.* at 980-81 (Sosman, J., dissenting); Lawrence Friedman, *Ordinary and Enhanced Rational Basis Review in the Massachusetts Supreme Judicial Court: A Preliminary Investigation*, 69 Alb. L. Rev. 415, 415 (2006).

事由とならないこと、州が養子や人工補助生殖などにかかわりなく子育てを促進していることなどから、婚姻と生殖との関係が弱いことを指摘し、過小包摂であって不適切だと述べている⁷⁹。このように過小包摂を不適切だとするのは、通常の合理性審査とは言いがたく、合理性審査の厳格適用と理解すべきであろう⁸⁰。

(四) 通常の合理性審査を適用した事例

同性愛者差別に対し、通常の合理性審査を適用した事例も存する。たとえば同性婚の是非が争われたコナウェイ判決⁸¹において、メリーランド州最高裁は、性的指向に基づく差別に対する違憲審査基準につき、連邦最高裁の用いる「疑わしい区分」と厳格審査・中間審査について触れた上で、同性愛者がいわゆる「切り離され、孤立した少数者」かどうかにつき、(1) 区分の指標が明白かつ変更できないような特徴に基づくものかどうか、(2) 歴史的に不利益な扱いを受けてきたか、あるいは政治的に無力な立場にあるか、(3) 区分が能力とは無関係の偏見に基づいているかどうか、を考慮要素として挙げた⁸²。そして同性愛者に対する差別があることは認めつつもメリーランド州において同性愛者差別撤廃の法規がいくつも制定されていることから、同性愛者の政治的無力性を否定した⁸³。さらに性的指向の不変性についても、科学的・社会的に立証されているとはいえないとした⁸⁴。したがって、性的指向に基づく区分については「疑わしい区分」を構成しないとして、合理性審査を適用し、伝統的婚姻制度の維持と生殖の促進という利益は、同性婚の禁止と無関係とは言えず、過大包摂や過小包摂があったとしても違憲とはいえないとした⁸⁵。過大包摂や過小包摂があっても違憲としないとする態度は、立法府に対して極めて敬謙的なもので

⁷⁹ Goodridge, 798 N.E. 2d at 961-62.

⁸⁰ See *id.* at 980-81 (Sosman, J., dissenting). また、(四) で見るように、合理性審査を適用した事例においては、過大包摂・過小包摂があっても合憲とされている。

⁸¹ *Conaway v. Deane*, 932 A.2d 571 (Md. 2007).

⁸² *Id.* at 601-07. 判決は考慮要素を3項目に分類しているが、考慮要素(2)は2つの考慮要素が挙げられており、考慮要素は4つと見なしてよいだろう。

⁸³ *Id.* at 609-14.

⁸⁴ *Id.* at 614-15.

⁸⁵ *Id.* at 629-35.

あって、合理性審査の典型と言えるだろう。

ワシントン州DOMAの州憲法適合性が争われたアンダーセン判決⁸⁶においても、ワシントン州最高裁は合理性審査を適用し、DOMAを合憲としている。ワシントン州最高裁は、州憲法の適用に際し、連邦憲法の平等保護条項に関する連邦最高裁の判例理論を用いる旨宣言した⁸⁷。したがって、重要な争点は、同性愛者という区分の指標が疑わしい区分ないし準・疑わしい区分に該当するか否かとされた⁸⁸。その際の考慮要素として、(1) 差別されてきたという歴史を有すること、(2) 社会貢献能力と関係のない、明白かつ不変的な特徴が区分の指標とされていること、(3) 政治的に無力であること、という3つの要素が挙げられている⁸⁹。その上で、ワシントン州最高裁は、差別された歴史の存在は認めたものの、同性愛性の不変性につき原告らが立証をできていないとして、この要素を否定した⁹⁰。さらに州内で同性愛者保護立法がいくつか制定されたことから、政治的に無力ではないとした⁹¹。そのため、同性愛者という指標は疑わしい区分ではないとされた⁹²。また州最高裁は同性婚の基本的権利性も否定し、合理性審査の適用を宣言した⁹³。そしてこの合理性審査は、立法府に対して極めて敬謙的であるとして、過大包摂・過小包摂があっても違憲とはならないと述べ、婚姻を異性に限定することは、生殖や子育ての促進という州の正当な利益にかなうとして、州法を合憲とした⁹⁴。

(五) 若干の分析－審査の厳格度を高めるきっかけ

以上見てきたように、アメリカにおいては、例外はあるものの、同性愛者差

⁸⁶ *Andersen v. King County*, 138 P.3d 963 (Wash. 2006).

⁸⁷ *Id.* at 971-73.

⁸⁸ *Id.* at 973.

⁸⁹ *Id.* at 974. 本判決では区分の指標の不変性と、社会貢献能力との無関係性が1つにまとめられている。しかし考慮要素として4要素を挙げた判決と内容が共通している。従って以下では、この3つの要素を挙げた本判決の基準も、コナウェイ判決同様、考慮要素を4つ挙げたものとして扱う。

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.* at 974-75.

⁹² *Id.* at 975-76.

⁹³ *Id.* at 977-980.

⁹⁴ *Id.* at 983-990.

別立法に対して、違憲審査基準の厳格度を高めた審査が行われる傾向がある。以下では、何が審査の厳格度を高めるきっかけなのかを検討してみたい。

まず、連邦最高裁がどのようなきっかけで合理性審査の適用に際し「慎重さ」を求める場合、すなわち、合理性審査を厳格適用するのはどういう場合なのだろうか。

ローマー判決が合理性審査を厳格適用した理由と思われるのが、先例の不存在である⁹⁵。同様に、ウィンザー判決でも、歴史と伝統からの逸脱に言及されており⁹⁶、それが「慎重さ」をもたらす一つの理由になっている⁹⁷。つまり、最高裁が合理性審査の厳格適用をするのは、先例が不存在の場合、あるいは歴史と伝統から逸脱すると評価できるほどにまれな内容を持つ立法が制定された場合ということができる。もちろん、時代の変化に対応すべく、これまででない立法がなされる場合は想定される。それゆえ、先例を欠くというだけで合理性審査の厳格適用が正当化されるとまでは言い難い。そこでもう少し立ち入って見てみよう。

ローマー判決が指摘する「先例の不存在」とは、「ある一つの特徴をもつ者たちを識別し、彼らに対して包括的に保護を否定する」立法のことである⁹⁸。ウィンザー判決にいう「歴史と伝統からの逸脱」とは、伝統的には州にその権限が与えられている婚姻の定義に対し、連邦議会が介入するという事態⁹⁹である。ローマー判決は同性愛者への保護の必要性を最高裁が認識しているような言い回しであるため、同性愛者の保護の必要性がその「慎重さ」の一因と考えることも可能であろう¹⁰⁰。他方、ウィンザー判決については、むしろ連邦制、州権の尊重といった点への配慮が働いていたように見える¹⁰¹。両者の共通項と言えそうなのは、憲法原則（人権保障・権力分立）からの逸脱という意味での先例の欠如ということであろうか。とりあえず本稿においては、その点の確認

⁹⁵ Romer, 517 U.S. at 633.

⁹⁶ Windsor, 133 S.Ct. at 1692.

⁹⁷ See *id.*

⁹⁸ Romer, at 517 U.S. at 633.

⁹⁹ Windsor, 133 S.Ct. at 2692.

¹⁰⁰ Cf. Cass R. Sunstein, *The Supreme Court 1995 Term: Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 Harv. L. Rev. 6, 68 (1996)

¹⁰¹ See Windsor, 133 S.Ct. at 2689-93.

にとどめ、一般論として最高裁がどういう場合に合理性審査を厳格適用するの
かについての詳細な検討は将来の課題としたい。

下級審では具体的に、審査基準の厳格化をもたらすきっかけのヒントとなる
要素が挙げられているため、それを検討してみたい。その要素とは、中間審査
や合理性審査を適用した判決の幾つかで挙げられている、(1) 差別されてきた
歴史があること、(2) 区分の指標が社会貢献の能力と無関係であること、(3)
区分の指標が不変性を持つものであること、もしくは自身の選択によって容易
に変更し得ないものであること、(4) 政治的に無力であること、という4つの
要素である¹⁰²。この点については、ほぼ争いがないように見える¹⁰³。問題は、こ
の4要素を全て満たした場合に審査基準の厳格化をもたらすのか、それともこ
の4要素のうちいくつかを満たせばよいのか、その場合いくつ満たせばよいの
か、あるいは4要素の重要性が個別に異なるのか、という点である。

この点、ヴァーナム判決において、州側は4つの要素を全て満たさない限り
中間審査は妥当しないと主張し、不変性と政治的無力さの要素が満たされない
として中間審査ではないと主張した¹⁰⁴。この主張は、4つの要素がいずれも満た
されなければならないという立場を前提としているように見える。

これに対しアイオワ州最高裁は、前2者、すなわち差別の歴史と、区分の指
標と社会貢献能力との関係という2点を重視し、この2点が満たされれば中間
審査は正当化され、後2者、すなわち指標の不変性と、政治的無力さは、中間
審査の正当化に際して補充的なものである旨述べている¹⁰⁵。その理由は、合州
国最高裁が高められた審査を適用するに際して、前2者は常に認定されている
が、後2者は必ずしも要求されていないから、というものである¹⁰⁶。これは明
らかに4つの要素のうちに優劣を認める立場である。とはいえ、アイオワ州最
高裁は、4要素がいずれも満たされる旨判示している。このことから、アイオ

¹⁰² See, e.g., Varnum, 763 N.W. 2d at 887-88. なお、3要素にまとめる裁判所もあること
は先に述べた通りである。注(89)とその本文を参照せよ。

¹⁰³ 例えばヴァーナム判決において、州もこの4要素が満たされた場合は中間審査
が適用されることについては同意していた。Id. at 888.

¹⁰⁴ Id. at 888.

¹⁰⁵ Id. at 889.

¹⁰⁶ Id. at 888-89.

ワ州最高裁も4要素の比重の置き方にさほど差を設けていないようにも見える。もし前2者のみで正当化できるならば、後2者の検討は必ずしも必要ではないからである。

オバマ政権の見解についていえば、この点は必ずしも明らかではない。しかしオバマ政権は、差別の歴史の存在が「最も重要」であると述べており、差別の歴史の存在が重視されていることが読み取れ、4要素に優劣を認める立場であるように見える¹⁰⁷。他方、ウィンザー事件の控訴審でも、合州国最高裁の判例において、指標の不変性と政治的無力さは必須の要素とはされていないとし、4要素の間で優劣を認めるかのような姿勢を示しつつも、この2つの要素も重要な考慮要素であるとして、4つを並列的に扱っている¹⁰⁸。

合理性審査を適用した上記2つの判決は、いずれも差別の歴史を肯定しつつも、同性愛者の政治的無力さが立証されていないとし、かつ、同性愛という性的指向が不変的なものであるとの点を否定し、要素を満たさないとして、審査の厳格度を高めることを拒否しているが、それぞれの要素の重点の置き方については言及されていない。ただし、ヴァーナム判決においてアイオワ州最高裁が、4つの要素のうち補充的なものと位置づけた2つの要素を満たさないことを以て審査の厳格度を高めることが否定されているという点には留意するならば、この2つの判決は、4要素を並列的に扱っていると見ることもできるだろう。

この点についてのより詳細な検討については、今後の課題としたい。

三 おわりに

本稿で検討してきたように、アメリカの裁判所においては、同性愛者に対する差別立法に対しては、厳格度を高めた審査基準の適用が一般化しつつあるように見える。しかしその厳格度の度合いは、中間審査だったり合理性審査の厳格適用だったり、裁判所ごとにばらつきがあり、さらに合理性審査をそのまま適用した事例さえあるように、共通の理解が成立しているとは言い難い。そ

¹⁰⁷ Joint Appendix, *supra* note 54, at 185. オバマ政権も4要素がいずれも満たされると指摘している。

¹⁰⁸ Windsor, 699 F.3d at 181-82.

れ故、この点は今後のアメリカの判例理論の深化を待つ他ない。だが、審査の厳格度を高める傾向は否定できず、注目すべきであるように思われる。

日本において、同性愛者差別立法に対する違憲審査基準がどうあるべきかについて、審査基準の厳格度を高めるべきとするものが見られる。その根拠については、憲法第14条1項後段列举事由にいう社会的身分とする説¹⁰⁹、性に基づくものとする説¹¹⁰、列举事由には該当しないが、切り離され孤立した少数者として厳格審査を主張する説¹¹¹など、ばらつきがある。この点、憲法第14条1項後段列举事由の社会的身分をどう解するかにつき学説では争いはあるが¹¹²、同性愛者を社会的身分と捉える場合、アメリカの判例を参考にするならば、区別の指標となる特徴が不変性を持つ、差別された歴史がある、といった要素は参考になるようにも思われる。

¹⁰⁹ 君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」判例百選Ⅰ〔第6版〕67頁（2013年）、赤坂正浩「公共施設は同性愛者の宿泊を拒否できるか」棟居快行ほか編『基本的人権の事件簿〔第2判〕』31頁（有斐閣、2002年）、松井茂記『LAW IN CONTEXT憲法』4-5頁（有斐閣、2010年）、渋谷秀樹『憲法』207頁・注124（有斐閣、2007年）。

¹¹⁰ 大野・前掲注（7）33-35頁。また、君塚・前掲注（109）67頁も性別による差別という構成の可能性を否定しない。

¹¹¹ 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』391頁（有斐閣、2007年）。

¹¹² 辻村みよ子『憲法〔第4版〕』177-78頁（日本評論社、2012年）。