

同性婚と平等保護

大野友也

- 一 はじめに一問題の所在
- 二 アメリカにおける同性婚訴訟
- 三 判決および学説の検討
- 四 おわりに

一 はじめに一問題の所在

日本において、同性同士の婚姻（以下、同性婚とする）は認められていない。だが、日本において、法律上、同性婚を明示的に禁止する条項は見当たらない¹。実際、民法731条以下の婚姻の要件に、「同性でないこと」は含まれておらず、同742条以下の婚姻の無効・取消理由にも「同性であること」は含まれてはいない²。このように、同性婚が認められない法的根拠は明確ではないにもかかわらず、現在の日本では同性婚が認められていない。そして同性カップルは、婚姻できないことにより、婚姻に伴う様々な利益を受けることができない状況におかれている³。

¹ ただし婚姻届には、当事者の両親の氏名及び本人との続柄を記入する欄があり、そこには夫の個所に「男」、妻の個所に「女」とあり、夫は男性、妻は女性であることが当然のこととされている。

また、同性婚そのものが争われた事例ではないが、同性婚については、「婚姻意思を欠く無効なもの」とする裁判所の判断がある。佐賀家裁1999年1月7日審判、家庭裁判月報51巻6号71頁。ただし本件では、相手方が男性であるにも関わらず女性を装っていた事件であり、そのために「婚姻意思を欠く」と判断されたものと思われる。それゆえ、この判断を一般化することはできないだろう。

² ただ、民法上は「夫婦」という文言が使用されており、このことは、婚姻が男女間でなされることを前提としているように見える。

なお、同性カップルが婚姻届を提出した場合どうなるか、という問題があるが、これについては受理されないだろうという指摘がある。星野茂「わが国における同性愛者をめぐる家族法上の諸問題」法律論叢69巻3・4・5合併号（1997年）242頁。

³ 遺産相続のような法的なものだけでなく、公営住宅に入居できないなど事実上の不利益も受けている。同性カップルが公営住宅に入居できない実態をレポートするものとして、にじ編集部「公営住宅は同性二人で申し込めるか？」にじ創刊号（2002年、にじ書房）16頁以下。また、社会における差別については、関口千恵「インタビュー・ヒューマンライツ 風間孝氏に聞く」法セ465号（1993年）1頁以下、稲場雅紀「同性愛者の人権侵害」法セ565号（2002年）52頁以下などを参照。

では、同性婚は憲法上の権利として認められないのだろうか。この点につき、学説は否定的なものが散見される。たとえば樋口陽一は、「(憲法第24条の規定は)『両性』の本質的平等とのべているかぎり、同性の結合による『家族』を憲法上想定するほどには徹底していない」と述べる⁴。また、君塚正臣も「日本では憲法24条に『両性の』『夫婦』とあるため、同性婚禁止は憲法問題にならないとするのが定説であろう」とする⁵。他方、憲法第24条2項の「個人の尊厳」や第13条の幸福追求権によって同性婚を認めようとする見解もある⁶。

このように、同性婚に関する憲法論は、憲法第24条もしくは13条を中心になされている。本稿では、こうした議論を取り上げない⁷。本稿における筆者の関心は、憲法第14条である。すなわち、憲法第14条1項後段が列挙する差別禁止事由、とりわけ性別、あるいは社会的身分に基づく差別の禁止によって、同性婚の禁止、さらにはそれ以外の同性愛者に対する差別が違憲とされる可能性があるのではないか、という点である⁸。憲法第14条に手がかりを求めるメリットは、その射程範囲の広さと、審査基準の厳格化にある。前者について言えば、憲法第24条の場合、家族という問題に限定されてしまうし、憲法第13条の場合は、自己決定権の問題に議論が限定される。もちろん、自己決定権の射程は広

なお、同性カップルが法的な関係に入るための同性婚以外の手段として、養子縁組のほか、一定の関係について公正証書を作成しておくという手段もあり、それを実行しているカップルもいる。同性カップルの養子縁組について、「インタビュー パートナーと養子縁組をして」赤杉康伸・土屋ゆき・筒井真樹子編著『同性パートナー 同性婚・DP法を知るために』(社会評論社、2004年)36頁以下;公正証書について、「インタビュー 公正証書作成」同書18頁以下。同性カップルが養子縁組をすることについては、「便法に過ぎない」ゆえに「望ましくない」という指摘もある。星野・前掲注(2)258頁。

⁴ 樋口陽一『憲法(第3版)』(創文社、2007年)278頁。

⁵ 君塚正臣「最近の判例 Baehr v. Miike」アメリカ法[1998-1]98頁。ただし、君塚は14条違反の可能性を否定しない。

⁶ 憲法第24条2項により同性婚を支持するものとして、羽瀨雅裕「同性婚に関する憲法学的考察」帝塚山法学10号(2003年)56頁、憲法第13条によるものとして、角田由紀子『性の法律学』(有斐閣、1991年)211-12頁。

⁷ 筆者は同性婚を認めるべきだと考えているので、憲法第24条2項や第13条による同性婚容認(ないし要請)論については肯定的に捉えている。

⁸ 君塚正臣は、同性愛者を憲法第14条にいう「社会的身分」に分類できるのではないかとする。君塚正臣「同性愛者に対する公共施設宿泊拒否」憲法判例百選I(第5版)69頁。また、赤坂正浩も同性愛者を「社会的身分」とみなすことに肯定的である。参照、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]』(有斐閣、2002年)31頁。だが、羽瀨・前掲注(6)55頁は、アメリカにおいて性的志向が「疑わしい区分」とされていないことに鑑み、「一四条を根拠とすることは困難である」と消極的な態度を示す。

いが、たとえば、いわゆる「府中青年の家訴訟」⁹のような事件を自己決定権の問題としては扱いにくい¹⁰。しかし、同性愛者への差別が性にに基づく差別ないし社会的身分に基づく差別であるとするならば、こうした事例でも違憲の主張が可能となるのではないか¹¹。

また後者について言えば、憲法第14条1項後段列举事由に基づく差別については、合憲性の審査基準が厳格化されるというのが通説的見解である¹²。それゆえ、同性愛者に対する差別を14条後段列举事由に基づく差別だと構成できれば、その違憲性を主張・立証しやすくなるだろう。

そこで本稿では、同性愛者に対する差別は性にに基づく差別に該当するという構成の可能性を検討する。その手がかりとして、同性婚を認めないことを、憲法が定める平等保護に違反するとの判決が出されているアメリカにおける議論を紹介・検討してみたい¹³。

⁹ 東京高裁1997年9月16日判決（判タ986号206頁）。これは、同性愛者団体が、府中青年の家の宿泊利用を拒否されたことを争った事件である。裁判所は、宿泊利用の拒否を同性愛者の利用権を不当に制限する取り扱いであるなどとして賠償請求を認めた。本件の判例評釈につき、君塚・前掲注（8）百選Ⅰ、赤坂・前掲注（8）など。

¹⁰ 「府中青年の家訴訟」は、憲法判例百選に掲載されている事件ではあるが、本件において憲法問題が正面から争われたわけではない。

¹¹ 赤坂・前掲注（8）29頁は、「同性愛者であることをカミング・アウト（表明）した人にとっていちばん切実なのは、同性愛者であることを理由として、さまざまな偏見や差別を受けることであろう」と指摘する。その意味でも14条に手がかりを求めるメリットがあろう。

¹² 樋口・前掲注（4）213-14頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第4版〕』（岩波書店、2007年）129頁、辻村みよ子『憲法〔第3版〕』（日本評論社、2008年）186-87頁など。ただし、審査の厳格度については、「厳格審査」とするもの（辻村）と、「厳格な合理性の基準」とするもの（芦部）に分かれる。本稿では、性にに基づく差別に対する審査基準の厳格度については検討しない。ただし筆者は、憲法第14条後段列举事由に基づく差別については、審査基準が厳格化されるという立場に同調する。

アメリカの状況であるが、合州国最高裁は、差別の指標となるものを「疑わしい区分」、「準・疑わしい区分」、「それ以外の区分」に三分し、それぞれ「厳格審査」、「中間段階審査（厳格な合理性の基準）」、「合理性の審査」に付している（この点については、安部圭介「差別の禁止の基礎にあるもの——アメリカ法における『平等』からの示唆」法時79巻3号（2007年）39頁掲載の一覧表が有用である）。そして、性にに基づく差別に対しては、「中間段階審査」が適用される。参照、君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996年）第2章、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第6版〕』（有斐閣、2008年）318頁。

¹³ なお、アメリカにおける同性婚に関する判例を紹介・検討したものとして、羽瀧・前掲注（6）のほか、棚村政行「同性愛者間の婚姻は法的に可能か」法セ476号16頁以下（1994年）、小泉明子「婚姻のポリティクス（一）——アメリカの同性婚訴訟を中心に——」民商法雑誌137巻2号（2007年）151頁以下などがある。

二 アメリカにおける同性婚訴訟

本章では、アメリカにおける同性婚訴訟を見ていく。すでに日本でも紹介されている判例もいくつかあるが、筆者の問題関心との関係で、平等保護違反につき判断がなされている判例を中心に見ていきたい¹⁴。なお、婚姻については、連邦ではなく州の権限とされていることから、同性婚の問題も主として州の問題として取り扱われている¹⁵。そのため、本稿で取り上げる訴訟は、州憲法で定める平等保護条項との整合性が問われたものを中心とする¹⁶。

1 *Baehr v. Lewin*¹⁷

この判決は、同性婚を容認しないことと州憲法の平等保護条項との関係が問われた事件の先駆けとも呼べるものである¹⁸。日本でもすでに紹介があり¹⁹、また判決から16年が経過している事件ではあるが、本件をきっかけとして、同性婚と平等保護条項の関係に関する議論が活発になされるようになったという点に鑑み、本稿でも取り上げることにしたい。

¹⁴ アメリカで同性婚を認めないことを連邦憲法違反として争う場合、論点は主に3つある。第一はデュー=プロセス条項違反である。すなわち、婚姻をプライバシーに基づく決定と構成することで、同性婚禁止をプライバシー権侵害と構成する主張である。第二が平等保護条項違反である。この点は本文において取り上げる。第三は、連邦憲法第4条1節の「十分な信頼と信用条項」違反である（この訳語は、鈴木康彦『注釈アメリカ合衆国憲法』（国際書院、2000年）139頁による）。これは、他州での裁判手続の効力等を州間相互で尊重するという規定である。つまり、ある州で認められた同性婚を、別の州でも承認すべきだという構成をとり、それを承認しない州の行為を違憲とする主張である。これら3つの論点につき、See Ellen Stern, *Family Law Chapter: Federal Regulation of Same-Sex Marriage*, 7 GEO. J. GENDER & L. 1055, 1064-70 (2006)。なお、現在、第三の主張については、連邦の「婚姻保護法 (Defense of Marriage Act; DOMA)」により、容易に斥けることができる。後掲注(16)を参照のこと。

¹⁵ Stern, *supra* note 14, at 1057.

¹⁶ なお、連邦レベルにおいて、1996年に婚姻保護法 (DOMA) が制定され、ある州が同性婚を認めたとしても、それを別の州が認めなくてもよいとする条項などが盛り込まれた。前掲注(14)も参照のこと。本稿では主に州憲法の平等保護条項を取り上げるため、本法については取り上げない。DOMAを紹介・検討するものとして、小泉明子「婚姻のポリティクス (二・完) — アメリカの同性婚訴訟を中心に —」民商法雑誌137巻3号 (2007年) 279頁以下。

¹⁷ 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

¹⁸ 1970年代にも同性婚禁止の違憲性を問う訴訟が提起されているが（たとえば *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971)）、「婚姻は男女間でなされるもの」との定義から訴えを斥けられており、平等保護条項について実体的な判断がなされていないので、本稿では取り上げない。なお、1970年代の訴訟につき、参照、羽瀧・前掲注(6) 34頁以下。

¹⁹ 羽瀧・前掲注(6) 40頁以下。

本件は、Baehrら3組の同性カップルが、ハワイ州保健省に対し婚姻許可状 (marriage license) を申請したところ、同性カップルであることのみを理由にそれが拒否されたため、そうした処分が違憲であるとの宣言的判決およびその処分の差止めを求めて提訴した事件である。違憲とする根拠は、プライバシー権 (ハワイ州憲法第1条6節) 侵害及び平等保護 (同5節) 違反である²⁰。なお、判決文からは判然とはしないが、ここで原告らが主張した平等保護違反はゲイ・レズビアンに対する差別だというものであり、性に基づく差別だという主張ではなかったようである²¹。

これに対し、ハワイ州最高裁は次のように判示した。まずプライバシー権侵害についてであるが、ハワイ州憲法のプライバシー権条項の解釈については、連邦最高裁によるプライバシー解釈と歩調を合わせると宣言した²²。そして連邦最高裁の判例を参照した上で、連邦最高裁はプライバシー権に含まれる婚姻の権利を男女間の結合に限定してきたと解されること、こうした権利がアメリカの歴史と伝統に根付いているとは言えないこと、秩序だった自由に含まれるとはいえないことを指摘し、婚姻の権利につき同性カップルへの拡大を拒否した²³。

平等保護違反について、裁判所は、ハワイ州憲法の平等保護条項が性に基づく差別を明文で禁止していることを指摘する²⁴。そしてハワイ州婚姻法が、文言上、婚姻を男女間に限っていることが明らかであり、このことは、婚姻申請者の性に基づいて差別していることとなるとして、平等保護条項との整合性が問われるとした²⁵。その上で、ハワイ州憲法が明文で性差別を禁止していることから、性に基づく差別には厳格審査が適用されるとし²⁶、厳格審査に基づいて州の利益および規制手段の是非を審査することを命じた上で、事件を差し戻した²⁷。

²⁰ 852 P.2d at 50, 52.

²¹ EVAN GERSTMANN, SAME-SEX MARRIAGE AND THE CONSTITUTION 50 (2nd ed., 2008).

²² 852 P.2d at 55.

²³ *Id.* at 55-57.

²⁴ *Id.* at 60.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.* at 67.

²⁷ *Id.* at 67-68.

差戻し審では、ハワイ州政府がやむにやまれざる政府利益の立証に成功していないとして、同性婚の否定を違憲と判断した²⁸。ところが、この判決に対して、ハワイ州議会は憲法修正によって対抗した。すなわち、ハワイ州憲法第1条に第23節として、「議会は、婚姻を異性間に限定する権限を持つものとする」との文言を追加したのである²⁹。この憲法修正によって、ハワイ州最高裁も同性婚禁止を違憲とは言えなくなり、ついに原告らに敗訴判決を言い渡した³⁰。

すでに述べたように、本件はこの分野における先駆けの判決である。同性婚を認めないことと平等保護条項の整合性が問われたという点もそうであるが、特に同性カップルに婚姻を認めないことが性に基づく差別だとされ、本件をきっかけとして、同性婚と平等保護条項という問題が強く意識されるようになった³¹。

2 *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*³²

本件は、マサチューセッツ州において、Goodridgeら7組の同性カップルが原告となって提起した訴訟である。原告らは2001年3月から4月にかけて、マサチューセッツ州公衆衛生局に対して婚姻許可状を請求した。しかし当局は、州法が同性婚を容認していないとして、婚姻許可状の発給を拒否した。そこで原告らは、平等保護条項等を定めたマサチューセッツ州憲法に違反すると主張して、同性婚を認めないことを違憲と宣言する判決を求めて提訴した。

原審³³は、歴史と伝統に照らして、同性婚をする権利はデュー=プロセスの権利として認められないなどとして、原告らの請求を斥けた。平等保護条

²⁸ 筆者はLexis等で本判決を検索したが入手できなかった。そのため、本判決については、君塚・前掲注(5)「最近の判例」による。

²⁹ Haw. Const. art. I, § 23.

³⁰ Baehr v. Miike, 1999 Haw. LEXIS 391.

³¹ その代表例がAndrew Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination*, 69 N.Y.U.L. REV. 197 (1994)である。

³² 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

³³ Goodridge v. Dep't of Pub. Health, 14 Mass. L. Rep. 591 (Mass. Super. Ct., 2002).

項については、本文ではなく注において取り上げられており、当該条項は性的志向に基づく差別には適用されないとして、あっさりとは斥けられている³⁴。

これに対して、州最高裁は、原審を破棄し、同性婚を認めないことを州憲法違反とした。その理由は次のとおりである。

まず州最高裁は、婚姻が個人の人生や社会の安定にとって、極めて重要なものであることを確認する³⁵。さらに、婚姻には種々の利益付与³⁶があることを指摘する³⁷。

その上で、同性婚が禁止されることで、同性カップルがこうした個人の人生や社会の安定に基づく利益、婚姻に伴う様々な利益を享受できないことを指摘して、それらの利益を享受できないことが、「性的志向」にのみ基づくものであるとする³⁸。

そして、州最高裁は、こうした「性的志向」に基づく差別的取扱いが合憲かどうかについて、合理性の審査を行い³⁹違憲との判断を導いた。州が主張した3つの利益とは、(1) 生殖に適した環境の提供、(2) 両性の親の下、という子育てに適した環境の促進、(3) 州・私人の限りある資源の保護、である⁴⁰。これに対し、州最高裁は、(1) 州法は異性カップルに対し、生殖能力の有無を婚姻要件としておらず、不妊を離婚自由ともしていない。また婚姻の目的は生殖だけにあるのではない、(2) 異性カップルの両親の下というのが子育てに適した環境であるとは必ずしも言えない。「子の最善の利益」は親が婚姻しているかどうか、親の性的志向はどうか、といったことだけで判断されるわけではない。同性婚を禁止すれば、異性婚が促され、子育てに最適な環境が促進されるという関連性は見いだせない、(3) 経済政策の目的と、同性婚の禁止には合理的関連性が見いだせないとして、州側の主張をすべて

³⁴ *Id.* at n. 6.

³⁵ Goodridge, 798 N.E. 2d. at 954-55.

³⁶ 社会保険、税金、子に対する権利などにおける優遇など。

³⁷ *Id.* at 955-57.

³⁸ *Id.* at 958. 州最高裁は、このような取扱いが、「肌の色」にのみ基づく差別であった異人種婚禁止と類似していると指摘している。

³⁹ ただし、州最高裁は、合理性審査を行うべきとしたのではなく、合理性の審査でも違憲との結論が導き出せるため、厳格審査をするかどうかの判断は不要としている。*Id.* at 961.

⁴⁰ *Id.* at 961.

斥けた⁴¹。その上で、同性婚禁止と異性婚の促進の間には合理的関連性がないという事実は、同性婚禁止が同性愛者に対する偏見に基づくものであることを示唆するとして、平等保護条項違反と判示した⁴²。

最後に判決は、婚姻を「2人の配偶者同士の間で自由意思に基づいて成立する結合体」とした上で、適切な手段を取るための期間として立法府に対し180日間の猶予を与え、その間、判決の効力を停止するとした⁴³。

本判決を受け、州議会は、シヴィル＝ユニオン制度⁴⁴の導入を提案⁴⁵し、州最高裁に意見を求めた⁴⁶。これに対し州最高裁は、法案が同性カップルに「婚姻」を認めていないことを問題視し、異性カップルに婚姻を認めつつ、同性カップルには婚姻を認めないとするのが同性カップルを低い立場に追いやるものと指摘する⁴⁷。そして、そうした取扱いが二級市民を作り出すものであるとして⁴⁸、平等保護条項違反・デュー＝プロセス違反であると宣言した⁴⁹。

ところが、同州議会は、2004年3月29日、同性結婚を禁止し、代わりにシヴィル＝ユニオン制度を導入する憲法修正案を可決した⁵⁰。だが、州憲法の修正は、州民投票で可決されるまで効力を持たないため、その間、州最高裁の判決に基づき、希望者には婚姻が認められているという⁵¹。その後、2005

⁴¹ *Id.* at 961-964.

⁴² *Id.* at 968.

⁴³ *Id.* at 969-70.

⁴⁴ 同性同士の婚姻を異性婚と区別しない制度（文字通りの同性婚）以外にも、同性同士の関係について、婚姻に準じた保護を認めるシヴィル＝ユニオン制度やドメスティック＝パートナー制度といったものがある。制度の具体的な内容につき、どのような差異があるのかについては、本稿では扱わない。

⁴⁵ この法案は、異性婚という婚姻制度の維持を宣言し、同性カップルの婚姻は否定しつつ、同性カップルに異性婚夫婦と同じレベルの利益・義務等を付与するものである。See *In re Opinions of the Justices*, 802 N.E. 2d 565, 568 (Mass. 2004).

⁴⁶ *In re Opinions of the Justices*, 802 N.E. 2d 565 (Mass. 2004). マサチューセッツ州は、憲法において、州議会等が重要な法律問題について、州最高裁に意見を求める制度を採用している。M.A. CONST. pt. 2, ch. 3, art. II. 本件もこの条項に基づいて意見聴取されたものである。

⁴⁷ *In re Opinions of the Justices*, 802 N.E. 2d at 569.

⁴⁸ *Id.* at 570.

⁴⁹ *Id.* at 572.

⁵⁰ Rick Klein, *Vote Ties Civil Unions to Gay-Marriage Ban Romney to Seek Stay of SJC Order*, BOSTON GLOBE, March 30, 2004, at A1. 朝日新聞2004年3月31日付朝刊7頁。

⁵¹ 朝日新聞2004年5月19日付朝刊6頁。

年9月14日、州議会が同性婚を禁止する州憲法の修正を否決したこともあり⁵²、同州では現在もなお、同性婚を認めている⁵³。

3 *Conaway v. Deane*⁵⁴

本件は、メリーランド州において、州法に基づき婚姻許可状発給を求めた Deane ら9組の同性カップルらが、同性であることを理由に許可状発給を拒否されたため、その取消を求めた事件である。

メリーランド州の最高裁に該当する州控訴裁判所は、性的志向に基づく差別には厳格審査ないし中間段階審査は適用されないとして、合理性審査を適用し、同性婚を認めない州法を合憲と判示した。その論理は、次のようなものである。

まず、平等保護条項の下で、厳格審査ないし中間段階審査をもたらす「疑わしい区分」ないし「疑わしい区分に準ずる区分」の判断基準について、合州国最高裁の判例を参考に、(1) 法によって不利益に扱われている人々の集団が、一見して明白かつ変更できないような特徴によって、切り離され孤立したマイノリティとなっているか、(2) 影響を受けるグループが、そのハンデによって負担を課されているか、あるいは長期にわたる不平等取扱いにさらされているか、あるいは多数者支配主義的政治過程によって政治的に無力な立場に置かれているか、(3) 彼らの能力とは本来関係のない偏見に基づいて、そのような選別がなされているかどうか、という3つの基準を定立する⁵⁵。

そして、この基準に照らし、裁判所は大要次のように判断した。同性愛者たちは、社会的偏見の的となってきており、1910年代～20年代には同性愛者の権利擁護を叫ぶ者が共産主義者とみなされたり、1950年代には同性愛者が職場から排斥されたりしてきた。また、*Bowers v. Hardwick* 判決⁵⁶では、同性愛行為の処罰が憲法に反しないとされた。しかし、それでもなお、彼らは「政

⁵² Steve LeBlanc, *Massachusetts Legislature Rejects Proposed Amendment Banning Gay Marriage*, THE ASSOCIATED PRESS, September 14, 2005.

⁵³ GERSTMANN, *supra* note 21, at 6.

⁵⁴ 932 A.2d 571 (2007).

⁵⁵ *Id.* at 606.

⁵⁶ 478 U.S. 186 (1986).

治的に無力」だとはいえない。メリーランド州においては、同性愛者に対する差別の撤廃を主張する声は大きく、実際に、公共施設の使用、雇用、住宅、教育などの分野において、性的志向に基づく差別を法で禁止している。それ以外にも、行政規則や判例などで、性的志向に基づく差別は禁止される方向にある。そうしたことを考慮すれば、性的志向に基づく区分が、厳格審査ないし中間段階審査をもたらすような「疑わしい区分」ないし「疑わしい区分に準ずる区分」とはいえない⁵⁷。

また、デュー=プロセスに基づく主張についても、連邦憲法のデュー=プロセスに関する議論を基本として、同性婚の権利は、歴史と伝統に基づくものとはいえないとして、その主張を斥けた⁵⁸。

裁判所は、同性愛者らが「疑わしい区分」とはいえず、デュー=プロセスの権利への侵害もないため、合理性審査をすることとして、州側の主張する利益である (1) 伝統的制度である婚姻、およびそれが両性間でなされることを維持・促進すること、(2) 婚姻が両性間でなされることにより、出産がなされうること、の2点につき、生殖の促進が正当な政府利益であると認めた⁵⁹。

続いて、その政府利益と、それを促進する手段との関連性について、生殖は異性カップルしかできないとして、婚姻を男女間に限ることには合理的関連性があるとした⁶⁰。原告らが、生殖は代理母を用いるなどすれば同性カップルもできるため、規制は過度広汎であること、また夫婦が常に生殖をするわけではないため過小包摂であること、同性婚を認めても異性カップルの生殖に何ら影響を与えないことを主張したことについて、その主張には一定の合理性があることを認めつつ、合理性審査は数学的正確さを要求するものではないとして、異性婚は生殖の可能性があること、生殖の能力の有無を問うことはプライバシーの侵害となることなどを挙げ、婚姻を異性間に限定することは合理的であるとして、同性婚を認めない州法の違憲性を否定した⁶¹。

⁵⁷ 932 A.2d at 609-16.

⁵⁸ *Id.* at 616-29.

⁵⁹ *Id.* at 630. 州の主張した利益 (1) についての判断はなされていないが、合理性の審査をしているため、(2) が認定できればよいということだと思われる。

⁶⁰ *Id.* at 630-31.

⁶¹ *Id.* at 631-34.

4 *Lewis v. Harris*⁶²

本件は、ニュージャージー州において、Lewisら7組の同性カップルが婚姻許可状の発給を申請し、同性カップルであることを理由にそれを拒否されたため、同性婚を認めない州法⁶³に対する違憲の宣言と、原告らに対する婚姻許可状の発給を求めて出訴した事件である。本件を審理したニュージャージー州最高裁は、デュー=プロセス条項に違反しないかどうかという論点と、平等保護条項に違反しないかどうかという論点について判断をした。

まず、デュー=プロセス違反の主張については、ニュージャージー州において、性的志向に基づく差別を撤廃する法律が数多く制定されてきたことや、連邦レベルで同性愛者らに有利な判決⁶⁴が出されてきていることに言及する。しかし、そのことによって、デュー=プロセス条項で保護される自由の要件である「歴史と伝統に深く根付いていること」が満たされるわけではないと判断した⁶⁵。

続いて、平等保護条項違反の主張についてであるが、「疑わしい区分」などの判断基準は採用せず、区別を行うことにつき、政府利益との実質的関連性の有無を審査するとした⁶⁶。

この点を審査するにあたり、裁判所は、(1) 異性婚カップルが享受する利益を、同性カップルも享受する法律上の権利を持つか、(2) もし(1)が肯定される場合、同性カップルは婚姻という名称で彼らの関係を定義づける、憲法上の権利を有するか、という2点を検討するとした⁶⁷。

(1) について、裁判所は、まず、ニュージャージー州における同性愛者の権利拡大の歴史を振り返り、ニュージャージー州では議会・裁判所を通じて、

⁶² 908 A.2d 196 (2006).

⁶³ ニュージャージー州はドメスティック=パートナー制度を採用していたが、それによる保護は、婚姻による保護に比べ、様々な点で劣るものであった。See *id.* at 214-17.

⁶⁴ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (政府機関に対し、同性愛者を差別から保護することを禁止したコロラド州の憲法修正を違憲とした)；*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (同性愛行為を処罰するテキサス州法を違憲とした)。

⁶⁵ 908 A.2d. at 206-11.

⁶⁶ *Id.* at 212. 差別の指標を問わない理由は明らかではないが、ニュージャージー州憲法が平等保護条項を持たず、自由についての総則的規定が平等保護を保障するものと解釈されていることに由来するものなのかもしれない。この審査は、権利の性質により、正当化事由を厳しく問うことになるかとされている。See *id.*

⁶⁷ *Id.*

性的志向に基づく差別の撤廃がなされてきていることを確認した⁶⁸。

続いて、裁判所はニュージャージー州におけるドメスティック＝パートナー制度の検討をした。州のドメスティック＝パートナー制度は、同性カップルに対し、婚姻に準じた権利・利益を付与するものであるが、様々な点で婚姻に劣る点⁶⁹があることを裁判所は指摘する。さらにこうしたことが、同性カップルの子どもにも影響を与えていると指摘する⁷⁰。そうした点から、同性カップルは婚姻した夫婦と同等の保護を受けているとは言えないと結論した⁷¹。

では、このような不平等な取扱いについて、州に正当化事由が存するか。この点につき、州は、婚姻を男女間に限ることが生殖を促進するとか、子育てにふさわしい環境を創出するといった主張は行わなかった。この点につき、裁判所は、州がドメスティック＝パートナー法を制定するなど、性的志向に基づく差別を撤廃してきたことが背景にあるのだらうと推測している⁷²。

州の利益として主張されたのは、他の州との統一性を維持することである⁷³。しかし裁判所は、ニュージャージー州が性的志向に基づく差別を禁止してきた歴史に鑑み、ニュージャージー州はむしろシヴィル＝ユニオン制を採用するコネティカット州やヴァーモント州、あるいは同性婚制度を採用するマサチューセッツ州と歩調を合わせるものだと指摘する⁷⁴。そして、州憲法の保障する権利・自由の範囲は連邦憲法のそれよりも範囲が広く、少数者の保護をも射程におくものであり、そうした観点からみた場合、州は原告らを不利に取り扱うにつき正当化事由を示すことができおらず、是正が図られなけ

⁶⁸ *Id.* at 212-14. 立法による差別撤廃措置の一つとして、ドメスティック＝パートナー制度の確立にも言及されている。

⁶⁹ 減税措置、姓の変更など。

⁷⁰ 子どもの嫡出推定の問題や、授業料の減免措置など。

⁷¹ *Id.* at 215-17.

⁷² *Id.* at 217.

⁷³ *Id.* at 218. この主張につき、詳細は触れられていないが、おそらく連邦憲法第4条1節の「十分な信頼と信用」条項に基づく主張であろう。この条項により、ある州で同性カップルが婚姻をし、その後他州に移住した場合、元の州において認められた婚姻を尊重せよとの主張が可能になる。See Stern, *supra* note 14, at 1068-69. つまり、州の主張は、そうした問題が他州で生じないようにするための配慮というものだと思う。

⁷⁴ *Id.* at 219-20.

⁷⁵ *Id.* at 220-21.

ればならないと判示した⁷⁵。

なお、救済手段について、原告らは「婚姻」という名にこだわったが、裁判所は、名称よりも実体が重要であるとして、同性カップルを婚姻制度に取り込むか、それとも婚姻制度とは別にシヴィル＝ユニオン制度を確立するかは立法裁量だとした⁷⁶。そして本判決を受け、ニュージャージー州議会は、2006年12月、シヴィル＝ユニオン制度を確立する州法を可決している⁷⁷。

三 判決および学説の検討

同性婚の権利が争われた判例をいくつか見てきたが、これらの判決に共通するのは、まず、裁判所が同性婚の権利をデュー＝プロセスの権利として認めていない点である。これは、デュー＝プロセスが保障する権利として認められるためには、第一に、合州国の歴史と伝統に深く根付いていること、第二に、それが、秩序ある自由に黙示的に含まれることという2つの要件を満たす必要があるとする連邦最高裁の判例に依拠しているからと思われる⁷⁸。すなわち、合州国の歴史に照らして、同性と婚姻をするという歴史と伝統が存在しているとはいえないとされ、第一の要件を満たさないと判断されるのである⁷⁹。

このデュー＝プロセスに基づくアプローチは、問題となっている権利・自由をどのレベルで捉えるかによって、結論が左右される面がある。このことは、同性愛行為の自由が争われた事例である *Bowers* 判決⁸⁰と、*Lawrence* 判決⁸¹を比較すれば明らかであろう。*Bowers* 判決において、合州国最高裁は、争点を「同性愛行為をする自由」の有無と構成し、同性愛行為をする自由は合州国の歴史

⁷⁵ *Id.* at 221-23. ただしシヴィル＝ユニオン制度を採用する場合も、実体として婚姻と等しいものでなければならぬとしている。

⁷⁷ Sarah Eaton, *Lewis v. Harris: Same-Sex Marriage Is a Question for the Legislature, Not the Courts*, 16 LAW & SEX. 157, 167 (2007); 朝日新聞2006年12月22日付夕刊2頁。シヴィル＝ユニオン制度は「分離すれども平等」であるとして、婚姻そのものを求める見解もある。See Matthew K. Yan, "What's In a Name?": Why the New Jersey Equal Protection Guarantee Requires Full Recognition of Same-Sex Marriage, 17 B.U. PUB. INT. L. J. 179 (2007).

⁷⁸ See, e.g., Baehr, 852 P.2d at 55.

⁷⁹ See, e.g., Conaway, 932 A.2d at 616-29.

⁸⁰ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁸¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

と伝統に根付くものではなく、プライバシー権に含まれないと判示した⁸²。これに対し、*Lawrence* 判決では、同性愛行為の自由ではなく、自宅において同意ある成人同士の性的行為に対し政府の介入を受けない権利と構成し、これは合州国の歴史と伝統に根付くものであって、デュー=プロセスにより保護されるものと構成した⁸³。このように、争われている権利を極めて具体的に構成する (*Bowers* 判決) か、それともより一般的な形で構成するか (*Lawrence* 判決) によって、結論が異なり得る。

こうしたことを考えると、同性婚の権利についても、婚姻を「2人の男女の間における合意に基づく結合」と構成するか、「2人の当事者の間における合意に基づく結合」と構成するかによって、結論が異なりうるだろう⁸⁴。この論点については、本稿の問題意識から外れるため、これ以上は追究しない。

次に、平等保護条項との関係についてだが、この論点については、裁判所によって判断が異なっている。

まず、*Lewis* 判決は、何が差別の指標になっているかという点についての判断を回避した⁸⁵。そのため、審査の厳格度については触れられていない⁸⁶。ただ、政府目的と手段の実質的関連性を問うと明言されている⁸⁷ことから、合理性の審査よりも厳格度の高い審査であることをうかがわせる。この目的と手段の実質的関連性を問う審査については、権利の重要性などによって厳格度が変わり得るとされているが⁸⁸、本件では権利がどの程度重要か、どの程度の立証があれば差別を正当化できるのかといった点について具体的な記述はない。だが、現行の州法の下で、婚姻に対して与えられる利益が様々にあることを重視しているようであり⁸⁹、この部分は、裁判所が審査に際して重視する権利の重

⁸² *Bowers*, 478 U.S. at 192-94.

⁸³ *Lawrence*, 539 U.S. at 578. なお、本判決においては、デュー=プロセスの権利について、歴史と伝統がすべてではないとの言及もされている。 *Id.* at 572.

⁸⁴ 婚姻を「男女間でなされるもの」と定義するアプローチにより、同性婚を否定する判例も存在する。参照、羽瀧・前掲注(6) 34頁以下。他方、*Goodridge* 判決は、婚姻を「2人の配偶者同士の間で成立する結合体」と定義している。 *Goodridge*, 798 N.E. 2d at 969.

⁸⁵ *Lewis*, 908 A.2d at 212.

⁸⁶ *See id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *See id.* at 215-17.

要性を言っているようである。この点からも、合理性の審査よりも厳格度の高い審査をしていると考えることができるだろう。だが結局、差別の指標が何かということをも明らかにせねば、審査基準があいまいになってしまう。それゆえ、Lewis 判決のような方法は支持しがたい。

次に、差別の指標を問題とするアプローチを見てみたい。これには二つのアプローチがある。性的志向に基づく差別と構成するアプローチと、性に基づく差別と構成するアプローチである。

性的志向に基づく差別としたのが、Goodridge 判決と Conaway 判決である。両判決いずれも、性的志向に基づく差別につき合理性の審査を適用したのであるが、合理性の審査を用いた理由は同じではない。

まず、Goodridge 判決では、合理性の審査を用いても違憲との結論を導き出せるということから、審査基準にこだわらなかった⁹⁰。それゆえ、本件が、性的志向に基づく差別についての審査基準は合理性の審査を行うということを確認したとは言えないだろう。

ところで、Goodridge 判決が採用した「合理性の審査」について、単なる合理性の審査ではないという指摘がなされている。「合理性の審査」と言いつつ、実は厳格度の高い審査を行なった、というのである⁹¹。Sosman 裁判官は、法廷意見が合理性審査を適用すると言いつつ、「婚姻は基本的権利」という言い回しや異人種婚禁止の事例との類比をするなどして、審査の厳格度を上げるための準備をし、それらをもって、本来ならば合理性審査で合憲となるべきところを乗り越えた、と批判している⁹²。こうした批判は学説からもなされている⁹³。

他方、法廷意見の手法を擁護する見解もある⁹⁴。Freedman 准教授によれば、

⁹⁰ 798 N.E. 2d at 961.

⁹¹ Goodridge, 798 N.E. 2d at 980-82 (Sosman, J., dissenting); William C. Duncan, *Goodridge and the Rule of Law Same-Sex Marriage in Massachusetts: The Meaning and Implications of Goodridge v. Department of Public Health*, 14 B.U. PUB. INT. L.J. 42, 47-48 (2004). また本判決において、Cordy 裁判官は、合理性審査をすれば、同性婚を認めない州婚姻法は合憲であるとの反対意見を執筆している。798 N.E. 2d at 993-1004 (Cordy, J., dissenting).

⁹² 798 N.E. 2d at 980-81 (Sosman, J., dissenting).

⁹³ See Duncan, *supra* note 91, at 47-48.

⁹⁴ Lawrence Friedman, *Ordinary and Enhanced Rational Basis Review in the Massachusetts Supreme Judicial Court: A Preliminary Investigation*, 69 ALB. L. REV. 415 (2006).

マサチューセッツ州最高裁は、合理性審査につき、「通常の合理性審査」と「高められた合理性審査」という2つの合理性審査の手法を取ってきたという⁹⁵。彼は、こうした「高められた合理性審査」の事例が多くないことから、どのような事例において「高められた合理性審査」がなされるかは明確ではないにせよ、過去にも例のある手法であるが故に、Goodridge 判決のとった手法に対し、これまでの合理性審査とは異なるとする批判は妥当しないと反論している⁹⁶。

また、Goodridge 判決では、人種差別との類比がなされていることから⁹⁷、裁判所は、性的志向に基づく区別が、人種差別と同じく、歴史的に差別されてきたものであり、かつ生来的な特徴に基づく差別であるという認識を持っているようにも見える。この差別の歴史や生来的特徴に基づく分類は、「疑わしい区分」の一つの指標とされることがある⁹⁸。こうしたことから、性的志向に基づく差別は「疑わしい区分」に該当するという指摘もある⁹⁹。

しかし、Conaway 判決では「疑わしい区分」かどうかについて、メリーランド州においてはすでに数多くの同性愛者保護立法がなされているとして、同性愛者は「切り離され、孤立した少数者」ではないとされ、「疑わしい区分」であることが否定された¹⁰⁰。つまり、Goodridge 判決とは異なり、性的志向に基づく差別については、合理性の審査を適用することが明言され、その下で同性婚を認めないことにつき、違憲性を否定したのである。

だが Conaway 判決の論理は必ずしも盤石のものではないように思われる。裁

⁹⁵ *Id.* at 416.

⁹⁶ *Id.* at 442.

⁹⁷ *Id.* at 958. Loving 判決との類比は、Baehr 判決にも見られる。See Baehr, 852 P.2d at 68.

⁹⁸ *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 684, 686 (1973). 本件は女性に対する差別を「疑わしい区分」として厳格審査に付した事例である。性に基づく分類を「疑わしい区分」とする指標として、「性差別の長く不幸な歴史」や、性の「変更できない性質」が挙げられている。また参照、君塚・前掲注(12) 審査基準論64頁以下。

⁹⁹ GERSTMANN, *supra* note 21, at 68. またジョン・H・イリイ(佐藤幸治・松井茂記訳)『民主主義と司法審査』(成文堂、1990年)260-61頁、内野正幸「同性愛をめぐる憲法問題」法セ388号(1987年)21頁も同旨。

¹⁰⁰ *Conaway*, 932 A.2d at 609-16. See GERSTMANN, *supra* note 21, at 68-69. ただし、Gerstmann が「疑わしい区分」を否定するのは、「疑わしい区分」の判断基準である「差別の歴史」や「不可変更性」、あるいは「政治的弱者」という基準があいまいであり、連邦最高裁自身、明確な基準を立てられていないこと、また、このような主張は、同性愛者らが平等な取扱いではなく特別な権利を求めていると誤解される可能性がある、という理由からである。See *id.*

判所は、メリーランド州では性的志向に基づく差別を禁止する法・規則等が多いことを指摘して、同性愛者らは政治的影響力を持たないマイノリティとはいえないとしたわけだが、婚姻以外の領域において性的志向に基づく差別が撤廃されつつあることが、同性婚を将来認める可能性につながるわけではない。実際、2008年11月4日の大統領選挙に合わせて、アリゾナ州・フロリダ州・カリフォルニア州で行われた住民投票では、婚姻を異性間に限定するとする憲法修正案が可決された¹⁰¹。他州の出来事とはいえ、このことは、同性愛者が政治的に力を持っているとは言い難いことを示唆する¹⁰²。

また、手段の合理性についても、「数学的な正確さは必要ではない」として、異性婚における生殖の可能性をもって、「合理的と言える」としつつも、同性カップルも代理母による生殖が可能であるなどとする原告らの主張に一定の理解さえ示しており¹⁰³、それに対する直接の反論はなされていない。この点につき、Raker 裁判官の一部同意意見は、生殖や子育てを行なっている同性カップルに利益を与えないことに合理的理由はないと批判している¹⁰⁴。こうした点を踏まえれば、メリーランド州控訴裁判所は、同性カップルに婚姻を認めないことの合理性についての判断は、根拠の脆弱なものと評価できるのではないか。

さて、性的志向に基づく差別という構成は一見分かりやすいが、そのままの主張では、Conaway 判決のように、合理性審査が適用され規制が正当化される可能性がある¹⁰⁵。そこで少し視点を変えてみたい。同性愛者に対する差別は、性的志向が女性に向かう男性や、性的志向が男性に向かう女性と比べて、性的志向が男性に向かう男性もしくは、性的志向が女性に向かう女性が差別されている、と構成できるのではないだろうか。このように理解すれば、これはまさに性にに基づく差別と構成できる。

¹⁰¹ Jesse McKinley and Laurie Goodstein, *Bans in 3 States On Gay Marriage*, N.Y. TIMES, November 6, 2008, at A1. 朝日新聞2008年11月6日付朝刊8頁、及び同紙同日付夕刊2頁。

¹⁰² 紙谷雅子「性的志向に基づく差別から同性愛者を保護することを禁止するコロラド州憲法修正二と第一四修正の平等保護条項——Romer v. Evans, 116 S.Ct. 1620 (1996)」ジュリ1148号(1999年)335頁も DOMA や州レベルでの同性婚禁止を支持する州民投票を根拠に、同様の認識を示す。

¹⁰³ 932 A.2d at 632.

¹⁰⁴ *Id.* at 649-50 (Raker, J., concurring in part).

¹⁰⁵ もちろん、Goodridge 判決のように、合理性の審査でもって違憲とした例もある。

実は、このような構成は、同性婚禁止を性に基づく差別だと認定した *Baehr* 判決の発想と共通する。というのも、同性婚を認めないことは性差別だという主張は、次のような構成をとるからである。まず、性別をのぞき、すべての条件が同じ Ricky (男性) と Lucy (女性) を想定する。そして両者が Fred (男性) との婚姻を望み、Fred 自身は両者のいずれかと婚姻をしてもいいと考えているとする。そして、同性婚が禁止されていると、Ricky は Fred と結婚したくてもできないが、Lucy は Fred と結婚できる。このとき、Ricky は男性であるが故に Fred と結婚できないのであって、それはまさに性に基づいて差別されている、というのである¹⁰⁶。これはまさに問題となっている当事者の「性」に焦点を合わせるものであり、先の構成と一致している。

さて、この性に基づく差別と構成するアプローチであるが、こうした主張をする論者は *Loving* 判決¹⁰⁷との類比を用いることがある¹⁰⁸。*Loving* 判決は、異人種間での婚姻を禁止したヴァージニア州法の合憲性が問題となった事件である。本件において州は、有色人種が白人と婚姻できないように、白人は有色人種と婚姻できず、また違反に対しては人種に関わらず等しい処罰がされているのであって、平等な取扱いをしていると主張した¹⁰⁹。同性婚禁止規定に関して、「同性婚禁止規定は、男性にも女性にも等しく適用されるのであって、性差別ではない」という主張によって、同性婚禁止が正当化されることがある¹¹⁰。しかし *Loving* 判決において、連邦最高裁は、異人種間の婚姻を禁止する当該州法は人種に基づく差別であるとして、違憲と判断した¹¹¹。白人同士・有色人種同士の行為であれば罰せられないにもかかわらず、白人と有色人種との間での行為であれば罰せられるのは、人種に基づく差別を構成するものである、という理由からである¹¹²。同性婚禁止と異人種婚禁止を類比する見解は、これ

¹⁰⁶ Koppelman, *supra* note 31, at 208.

¹⁰⁷ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁰⁸ See *Baehr*, 852 P.2d at 62; Goodridge, 798 N.E.2d at 971 (Greaney, J., concurring); Adele M. Morrison, *Same-Sex Loving: Subverting White Supremacy Through Same-Sex Marriage*, 13 MICH. J. RACE & L. 177 (2007).

¹⁰⁹ *Loving*, 388 U.S. at 7-8.

¹¹⁰ See *Conaway*, 932 A.2d at 598.

¹¹¹ *Loving*, 388 U.S. at 11.

¹¹² *Id.* at 11-12.

と同じ論理で、男性と女性が行う場合は認められるのに、男性同士もしくは女性同士が行う場合に認められないのは、まさに性に基づく差別である、と主張するのである¹¹³。

他方、*Loving* 判決との類比に対する批判もある。たとえば *Goodridge* 判決において、Cordy 裁判官は、次のように述べている。「性差別という議論は一見魅力的だが、よく検討すれば、議論に堪えうるものではない。ヴァージニア州法と違い、法は目的も効果も、他方のジェンダーを一方のジェンダーに比して不利に扱うものではない。この点は *Loving* 判決の中核である」¹¹⁴、と。つまり、異人種婚禁止は、黒人に対する差別であるのに対し、同性婚禁止は男性差別もしくは女性差別を構成するものではない、という反論である。このような反論がなされるのは、*Loving* 判決で異人種婚の禁止が違憲とされた理由に、異人種婚の禁止が白人支配体制 (White Supremacy) を強化するという目的があったとされたこと¹¹⁵とも関係する。つまり、*Loving* 判決との類比を用いるためには、同性婚の禁止が男性優位の社会構造を強化することになるとされねばならないが、そのようなことはないという批判である。

これに対しては、同性婚の禁止が男性支配体制ないし男性に対する女性の従属を強化するが故に性差別を構成する、という再反論がなされる¹¹⁶。この主張は、次のような論理による。すなわち、婚姻を男女間に限るのは、夫に対しては男性としての役割を、妻に対しては女性としての役割を期待するからである。ところが、同性婚を認めることにより、夫に対して男性としての、妻に対して女性としての役割を期待することができなくなる。そこで同性婚を禁止して、男性に女性に従属するという従来の男女の性役割を固定する、と¹¹⁷。

また、このようなアプローチとは違い、平等保護違反があったかどうかは、グループとしての差別の有無ではなく、個人レベルで判断すべきだという主張

¹¹³ See Baehr, 852 P.2d at 62-63; Conaway, 932 A.2d at 681 (Battaglia, J., dissenting).

¹¹⁴ Goodridge, 798 N.E. 2d at 992 n.13 (Cordy, J., dissenting).

¹¹⁵ *Loving*, 388 U.S. at 11.

¹¹⁶ Koppelman, *supra* note 31, at 216; Deborah A. Widiss, Elizabeth L. Rosenblatt, Douglas NeJaime, *Exposing Sex Stereotypes in Recent Same-Sex Marriage Jurisprudence*, 30 HARV. J.L. & GENDER 461, 469 (2007).

¹¹⁷ See Widiss, Rosenblatt & NeJaime, *supra* note 116, at 469.

もある。この主張は、平等保護を個人の権利だと考え、ある個人が性に基づいて不利な取扱いを受けた場合、平等保護条項違反があるとする¹¹⁸。このような構成を取れば、グループとしての女性がグループとしての男性に比して不利な扱いを受けているかどうかといった点を問題にする必要はなく、あくまで当事者が他者と比して不利な扱いを受けているかどうかを検討すれば足りることになる。

さて、同性婚と異人種婚の類比であるが、これはかなり説得力があるように思われる。同様の行為であっても、当事者の人種によって評価が異なる行為が人種差別と評価されるのであれば、当事者の性別によって、その行為に対する評価が異なる場合、それは性に基づく差別となるはずである。これは、強姦罪が男性にのみ妥当することを違憲ではないかとする主張¹¹⁹とも共通する論理である。従って、婚姻という行為につき、当事者の性別によって評価が異なる、すなわち異性同士の行為のみ法的に有効で、同性同士の行為は法的に無効であるとするならば、これは性に基づいて差別を行っているとは評価できると思われる¹²⁰。

男性支配という体制の強化につながるという主張についてであるが、これについては、はっきりした結論を筆者は持ち得ていない。だが、婚姻を異性パートナーに限定するという事は、それぞれ男性／女性としての何らかの役割が期待されているということを示唆させる。男性のパートナーが男性であってはいけないということは、男性には期待できず、女性には期待できる何かがあるからであり、また、女性のパートナーが男性でなければならぬという点について、女性には期待できず男性には期待できる何かがあるということである。このことは、性に基づく役割が期待されるという主張を一定程度支持するのではないだろうか。そのことが直ちに男性に対する女性の従属をもたらすといえるわけではないと思われるので、はっきりとした結論をここでは控える

¹¹⁸ Conaway, 932 A.2d at 682 (Battaglia, J., dissenting).

¹¹⁹ 君塚・前掲注(12) 審査基準論第7章。

¹²⁰ なお、文面上平等な法であるとしても、「中立的法規の差別的効果」という構成が可能かもしれない。この点につき、参照、君塚・前掲注(8) 百選 I 68-69頁。

¹²¹ このあたりの議論は、おそらくフェミニズムに関する議論でかなり詳細に論じられていると思われるが、そうした文献にあたる余裕がなかった。今後の課題としたい。

が¹²¹、性にに基づく役割が期待されているという主張に筆者が魅かれるものを感じることも事実である¹²²。

なお、性役割論とも関連するが、婚姻を異性間に限定する理由として、婚姻関係においては生殖活動が期待されるという主張がありうる¹²³。確かに、生殖活動は異性間でしか行えないし、婚姻が生殖を期待させるということは事実であろう。しかし、日本においてもアメリカにおいても、婚姻をした夫婦に生殖が義務づけられるわけではないし（実際に行わない夫婦も少なくない）、生殖の意思やその能力が婚姻の条件になっているわけでもない。それ故、生殖能力ということ、婚姻を男女間に限定する根拠とすることはできないのではないか¹²⁴。これに対しては、生殖能力の有無の調査等はプライバシー侵害になるという反論がある¹²⁵。しかし、生殖を促進することが婚姻を保護する目的であるならば、婚姻に伴う各種利益は出産後に付与するという手段も考えられる。これならば、プライバシーを侵害することもないだろう¹²⁶。これに対し、出産していない夫婦にも婚姻の利益を与えるべきだということであれば、同様に、同性カップルにも利益を与えるべきだということになるだろう。生殖をしないカップルに対し、異性カップルの場合は利益を付与しつつ、同性カップルには利益を付与しないということであれば、同性婚を認めない理由は、カップルの生殖能力の有無以外のところにあるということになるはずである。

四 おわりに

本稿で検討したように、同性婚の禁止は、性にに基づく差別と構成することが

¹²² なお、「性的志向に基づく差別」が許されないという立場に立つならば、同性愛者に対する差別は、「男性支配」ではなく、いわば「異性愛支配」という体制の維持に資するという構成もあり得る。このような見解を示唆するものとして、風間孝「同性愛／異性愛、その関係性の再構築—府中青年の家裁判を事例に」慶応義塾大学経済学部編『家族へのまなざし』（弘文堂、2001年）123頁以下。

¹²³ See Conaway, 932 A.2d at 630-31; Goodridge, 798 N.E. 2d at 961

¹²⁴ See Goodridge, 798 N.E. 2d at 96; GERSTMANN, *supra* note 21, at 92. 上村貞美『性的自由と法』（成文堂、2004年）216-17頁も同旨。

¹²⁵ See Conaway, 932 A.2d at 633.

¹²⁶ 日本においては、戸籍法第49条により、出生の届出が義務付けられており、違反には罰則もある（同135条）。これらの規定がプライバシー権の侵害になるという主張もありうるかもしれないが、本稿ではそうした主張の是非を検討する余裕はない。

できる。それゆえ、同性婚の禁止は、性に基づく差別との構成が可能であり、正当化には合理性の審査より厳格な審査が要求されることになる¹²⁷。また、同性愛者に対する差別を性に基づく差別とする構成は、「府中青年の家訴訟」のような場合においても主張が可能であると思われる¹²⁸。このように構成した場合、同性婚を認めない日本の法体制が、合理性の審査よりも厳格度の高い審査に耐えられるかどうか、いま一度検討する必要があるのではないだろうか。

¹²⁷ 審査基準については、前掲注(12)及びその本文を参照のこと。

¹²⁸ 東京高裁は、「府中青年の家訴訟」判決において、同性愛者への差別を認めているが(判タ986号214頁)、憲法レベルでの議論ではない。しかし、本稿で論じたような構成であれば、憲法レベルでの主張が可能となるだろう。