

〈論 説〉

Obergefell 判決における同性婚と婚姻の権利

上 田 宏 和

目 次

はじめに

I. *Obergefell* 判決までの道程II. *Obergefell v. Hodges*III. *Obergefell* 判決の論理構造と評価IV. *Obergefell* 判決における婚姻の権利論

結 語

はじめに

おそらく、2015年6月26日は、アメリカにとって後世に語り継がれる歴史的な日となったであろう。この日、アメリカ合衆国最高裁判所（以下、合衆国最高裁という。）は、*Obergefell v. Hodges*（以下、*Obergefell* 判決という。）によって全ての州で同性婚を容認する判断を下した。これを受けて、同性婚支持を表明していたオバマ大統領は「今日は平等へのマーチの偉大な一歩である（Today is a big step in our march toward equality）」と Twitter 上でコメントし、Facebook や Google 等のソーシャルネットワークサービスは同性愛者の

1) 135 S. Ct. 2584 (2015). なお、本判決における主要な邦文献として、駒村圭吾「同性婚と家族のこれから」世界873号（2015年）23-26頁、大林啓吾「同性婚問題にピリオド？——アメリカの同性婚禁止違憲判決をよむ」法教423号（2015年）38-43頁、井樋三枝子「同性婚に関する連邦最高裁判決」外国の立法（2015年）、小竹聡「アメリカ合衆国憲法と同性婚——*Obergefell* 判決をめぐって——」拓殖大学論集第18巻第2号56-87頁（2016年）、前澤貴子「アメリカ連邦最高裁による同性婚容認判決——*Obergefell v. Hodges*」論究ジュリスト15号230頁（2016年）などが挙げられる。

「LOVE WINS」を象徴するレインボカラーで彩られ、同性カップルの勝利を祝福した。²⁾

アメリカにおいて同性婚問題は、長年にわたって、政治・文化・宗教問題とも絡みあって国論を二分するようなテーマであった。³⁾ これまで婚姻とは、男性と女性の異性婚であると考えられてきた。しかし、21世紀に入ると、アメリカ国内から同性婚を望む声が出始め、州によっては同性婚を容認するところも現れた。そして、2013年の *United v. Windsor* ⁴⁾ (以下、*Windsor* 判決という。) において合衆国最高裁は、婚姻を異性婚に限定していた連邦法に違憲判断を下した。

ただし、*Windsor* 判決では、同性婚を容認する州の方針を尊重するために連邦法による同性婚禁止を違憲としたのであって、同性婚自体を全面的に憲法上保護したわけではなかった。むしろ、*Windsor* 判決の論理からみれば、同性婚を認めるか否かは、個人の権利問題というよりも州の立法裁量の問題とする結論が導かれるものであった。⁵⁾

しかし、2年後の *Obergefell* 判決では、同性カップルの婚姻の権利侵害という観点から、同性婚を州法によって禁止すること自体をも違憲とされた。本稿では、合衆国最高裁はいかなる論理で同性婚を容認したのかについて、

2) Adan Liptak, *Supreme Court Ruling Makes Same-Sex Marriage a Right Nationwide*, *New York Times*, June 27, 2015. http://www.nytimes.com/2015/06/27/us/supreme-court-same-sex-marriage.html?_r=0 (2016.5.22閲覧).

3) See MICHAEL J. KLARMAN, *FROM THE CLOSET TO THE ALTAR* (2014).

4) 133 S. Ct. 2675 (2013). 判例研究として、秋葉丈志『『婚姻防衛法』違憲判決：州の主権と人権拡張の新展開 — *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013) —』比較法学48巻2号(2014年)85-95頁、井樋三枝子「同性婚に関する2つの合衆国最高裁判決」外国の立法256-2号4頁(2013年)有澤知子「同性婚と婚姻防衛法 — *United States v. Windsor* 判決を中心に —」大阪学院法学研究40巻1・2号(2014年)49-88頁、池谷和子「同性婚に関するアメリカ連邦最高裁判決」東洋哲学第57巻第3号(2014年)353-360頁、尾島明「同性婚の相手方を配偶者と認めない連邦法の規定と合衆国憲法：*United States v. Windsor*, 570 U.S., 133 S. Ct. 2675 (2013) 合衆国最高裁2013年6月26日判決」法律のひろば第67巻2号(2014年)64-72頁、白水隆「同性婚をめぐる合衆国最高裁の2つの判例」アメリカ法2014-1(2014年)161-167頁、根本猛「同性婚をめぐる合衆国最高裁判所の2判決」法政研究18巻3・4号(2014年)171-194頁。その他、*Windsor* 判決を扱っている邦文献として、穴戸常寿「合衆国最高裁の同性婚判決に

Windsor 判決までの同性婚の考え方との整合性を検討することで、*Obergefell* 判決の論理の特徴を浮かび上がらせてみたい。

I. *Obergefell* 判決までの道程

これまで合衆国最高裁は、同性愛問題と婚姻問題は別個に扱っており、近時の同性婚容認の論議が熱を帯びるにつれ、各々の問題を接近させはじめ、*Obergefell* 判決で融合させる結果をもたらしている。そこで、*Obergefell* 判決の論理を理解する上で、はじめに同性愛と婚姻（同性婚）に関わる判例の展開をそれぞれ概観し、整理しておく。

(1) 同性愛

合衆国最高裁が同性愛問題を初めて取り上げたのは、1986年の *Bowers v. Hardwick* ⁶⁾（以下、*Bowers* 判決という。）である。本件では、性別を問わず、全ての者に対してソドミー行為を禁止していたジョージア（Georgia）州のソドミー禁止法 ⁷⁾の合憲性が争われ、同性間のソドミー行為を基本的権利として認めるか否かが争点とされた。*Bowers* 判決では、ソドミー行為の基本的権利性について、①過去の判例で基本的権利として認められてきた個々の内容と類似性がないこと、②ソドミー行為の禁止には歴史的正当性があり、基本的権利としての承認要件を満たしていないこと、⁸⁾③判決当時の州民の多くがソドミー行為

ついて」法学教室369号（2013年）156-162頁、中曾久雄「Defense of Marriage の合憲性」愛媛法学雑誌第40巻第1・2合併号（2014年）87-111頁、横大道聡『『違憲』な法律の執行義務と擁護義務 — DOMA をめぐる政治と憲法 —』法学研究第87巻第2号（2014年）505-560頁、阿部純子「立法裁量に対する善の価値 — 同性婚をめぐるアメリカ憲法の議論を題材にして —」法哲学年報2014(2015年)206-218頁などが挙げられる。

5) 拙稿「*Windsor* 判決からみる憲法理論の新展開」創価法学第44巻3号（2015年）34頁。

6) 478 U.S. 186 (1986). 判例評釈として、津村政孝「同性愛者のソドミー行為とプライバシーの権利」芦部信喜／憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』（有斐閣、1998年）295頁以下。

7) GA. CODE ANN. § 16-6-2 (1984).

8) 478 U.S. at 190-91.

9) *Id.* at 191-94.

を不道徳 (immoral) と思っていること¹⁰⁾、との三つの理由から認められなかった。その結果、ジョージア州のソドミー禁止法は合憲とされたのである。

しかし、1996年、*Romer v. Evans*¹¹⁾（以下、*Romer* 判決という。）において合衆国最高裁は、初めて同性愛者の立場を保護する判決を下した。本件では、同性愛者差別是正のための公的措置や法律の制定を禁止していたコロラド (Colorado) 州憲法第2修正¹²⁾の合憲性が争われた。*Romer* 判決では、第2修正について「同性愛者たちに特別な障害 (special disability) を課す」¹³⁾ものであり、同性愛者に対する「敵意から生じたもの」¹⁴⁾とされた。その理由として、「政治的に不人気な集団に対して害を加えようとするむき出しの敵意を正当な政府利益に数えてはならない」¹⁵⁾との先例による「法の下での平等」¹⁶⁾の意味を挙げていた。それゆえ、第2修正は、地位に基づく差別立法であり、正当な目的との合理的関連性を有していないため、第14修正の平等保護条項違反とされたのである。¹⁷⁾

この *Romer* 判決では、同性愛問題の先例に位置づけられる *Bowers* 判決に関して全く言及されなかった。この点を反対意見の中でスカリア裁判官は非難していた。すなわち、第2修正の目的は伝統的な性道徳の保護であり、*Bowers* 判決がソドミー禁止法を合憲とした以上、同性愛に対して嫌悪を表すことを許すべきだ¹⁸⁾というのである。

しかし、*Bowers* 判決のソドミー禁止法は、性別を問わずソドミー行為を行った全ての者に対して刑事罰を課していたため、文面上、同性愛者に対する差

10) *Id.* at 196.

11) 527 U.S. 620 (1996). 判例評釈として、紙谷雅子「性的性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の修正二と第14修正の平等保護条項 — *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996)」ジュリスト1148号 (1999年) 333-336頁。

12) COLO. CONST. ART. II, § 30b.

13) 527 U.S. at 631.

14) *Id.* at 634.

15) 527 U.S. at 634-35.

16) *Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534 (1973).

17) *Id.* at 635.

18) 527 U.S. at 636-41 (Scalia, J., dissenting).

別立法とは言い難いものであった。つまり、*Bowers* 判決によるソドミー禁止法合憲判断と合衆国最高裁による同性愛者差別容認とは直結しないのだ。それゆえ、*Romer* 判決では、*Bowers* 判決を肯定も否定もできなかったがゆえに、結局のところ無視せざるをえなかったとする見解もある¹⁹⁾。いずれにしても、*Romer* 判決時点では、同性愛者としての地位は憲法上保障されたが、その象徴ともいえる同性愛行為は依然として刑罰の対象とされたままであった。こうした同性愛の自由をめぐる矛盾に対して、合衆国最高裁は *Lawrence v. Texas* ²⁰⁾ (以下、*Lawrence* 判決という。) で一定の結論を導き出す。

Lawrence 判決では、*Bowers* 判決と同様、ソドミー禁止法が再び問題となった。ただし、*Lawrence* 判決で合憲性が争われたテキサス州のソドミー禁止法²¹⁾は、*Bowers* 判決と異なり、同性間のソドミー行為のみを禁止していた。*Romer* 判決に引き続き、法廷意見を執筆したケネディ裁判官は、ソドミー禁止法が第14修正のデュー・プロセス条項によって各人に保障される人格的關係性 (personal relationship) の選択の自由を規制しているため、*Bowers* 判決の再考を宣言し、ソドミー行為の歴史的正当性と同性愛者に対する不道徳意識について再検討した。²²⁾

ソドミー行為の歴史的正当性については、同性愛行為とソドミー行為が同一視されて扱われるようになったのは歴史的にみても日が浅いと指摘する²³⁾。また同性愛行為の不道徳性についても、「我々の義務は、我々に取り巻く全ての自由を定義することであり、道徳的規則に権限を与えることではない」²⁴⁾として、

19) Cass Sunstein, *Foreword: Leaving Things Undecided*, 110 HARV. L. REV. 4, 65 (1996).

20) 539 U.S. 558 (2003). 判例研究として、藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲とされた事例」ジュリスト1255号 (2003年) 142-145頁、根本猛「実体的適正手続きの新たな射程 — いわゆるソドミー法をめぐって — *Lawrence v. Texas*, 539 U.S., 123 S.Ct. 2472 (2003) —」法政研究第9巻4号 (2005年) 164-184頁、大野友也「同性愛行為に対する憲法上の保護」樋口範雄／柿嶋美子／浅香吉幹／岩田太編『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012年) 102-103頁。

21) TEX. PENAL CODE ANN. § 21.06 (a) (Vernon 2003).

22) 539 U.S. at 567.

23) *Id.* at 567-70.

24) *Id.* at 571.

法は他者の社会的道徳観に左右されないとされた。さらに、*Bowers* 判決時に比べ、ソドミー禁止法を規定する州の減少や同性愛者容認の社会的風潮の事実を補完した。²⁵⁾ この結果、ソドミー禁止法は第14修正のデュー・プロセス条項を根拠に違憲とされ、先例である *Bowers* 判決も覆されたのである。

(2) 婚姻（同性婚）

アメリカ合衆国憲法は婚姻に関する規定を置いていない。婚姻の権利は合衆国最高裁の判例によって導出された権利である。しかし、合衆国最高裁は、当初から同性婚と婚姻の権利を関連して扱ってきたのではなく、むしろ別問題として扱ってきた。

合衆国最高裁が、婚姻を初めて憲法上保護したのは、*Loving v. Virginia* ²⁶⁾（以下、*Loving* 判決とする）においてである。本判決では、異なる人種間の婚姻を禁止したバージニア（Virginia）州法を第14修正のデュー・プロセス条項および平等保護条項違反として違憲とした。*Loving* 判決では、人種による区別には「最も厳格な審査（most rigid scrutiny）²⁷⁾」が適用されるとした上で、当該法律の正当化には人種差別以外に許容されうる州の目的が必要であるが、州の利益はこれを満たしていないとされた。その上で、「第14修正は婚姻の選択の自由が不当な人種差別によって制限されないことを要求する」²⁸⁾ことを明らかにした。

その後、*Zablocki v. Redhail* ²⁹⁾（以下、*Zablocki* 判決という。）では、「婚姻する権利は第14修正のデュー・プロセス条項に内在される基本的な『プライバシー権』の一部である」³⁰⁾ことが明らかにされた。本件では、扶養義務を有している未成年者は裁判所の承認を得なければ婚姻することはできないとするウィスコンシン（Wisconsin）州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁は「*Griswold v. Connecticut* ³¹⁾ および *Loving* 判決以降の判例は、常に、婚姻の決定をプライバ

25) *Id.* at 573-75.

26) 388 U.S. 1 (1967).

27) *Id.* at 11.

28) *Id.* at 12.

29) 434 U.S. 374 (1978).

30) *Id.*

シー権によって保護される個人間の決定の一つとして分類してきた³²⁾と述べ、当該法律は厳格審査基準を満たしていないため第14修正の平等保護条項違反として違憲とされた。

しかし、アメリカ社会では、婚姻の権利を基本的権利として認めたものの、あくまで婚姻とは男女間の結合であるとの理解に立っており、婚姻の権利の中に同性婚を含めようとする意識は希薄であった。それどころか、1996年、連邦議会は、婚姻を異性間に限定する婚姻防衛法³³⁾（Defence of Marriage Act, 以下、DOMA という。）を制定し、婚姻を異性婚に限定しようとする動きを示した。だが、このことが、かえって同性婚容認を求める運動を活発化させた。

2003年、マサチューセッツ（Massachusetts）州最高裁によって州は同性婚を否定してはならないとの判断が下されると、同性婚容認の動きは加速度を増すようになる。加えて、前述した *Lawrence* 判決の結果も追い風となった。そして、2013年、合衆国最高裁は、*Windsor* 判決において DOMA を第5修正違反として違憲とするのである。

Windsor 判決の論理を概括すると次のようなものであった。はじめに、従来は異性婚に限定されていた婚姻が州によっては同性婚も容認されているアメリカ社会の現状を把握した上で、婚姻の定義と規制は、建国以来、州の独占的な権限であったとの理解に立つ。そして、本件の問題とは、州法で認める婚姻を連邦法では認めないことは差別となるか否か、といった婚姻の定義と規制に関する州の権限の問題であることを強調する。これを前提として、通常でない差別に対しては慎重な検討を要するとの *Romer* 判決を引用し、DOMA による規制の正当性を検討に入る。

DOMA の正当性を判断するにあたり、まず州が婚姻を定義する意義について言及する。法廷意見は、州によっても干渉が許されない同性間の私的で合意に基づく性的親密性は人格的な絆（personal bond）を形成すると判示した *Lawrence* 判決を引用し、婚姻とはそうした人格的な絆に尊厳性と法的地位と

31) 381 U.S. 479 (1965).

32) *Id.* at 384.

33) Defense of Marriage Act, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).

いった一層の保護を与えるものと捉える。この理解により、DOMA は、州が保護する人々に対してデュー・プロセス条項の自由と平等の双方で侵害するものであると判断される。これをより根拠づけるため、法廷意見は、DOMA が政治的に不人気な集団に対する敵意に基づく法律であるかどうかを DOMA の目的と効果から検討を行う。DOMA の目的は同性婚を認める州の権限と同性婚を望むカップルの自由を制限するものであり、その効果は同性婚を認める州内で第二級の婚姻として同性婚を扱い、同性婚をしたカップルに対して差別を生み出すものと捉える。そして、その差別の余波は、同性カップルに養育される子どもたちにまでも波及すると付記している。それゆえ、DOMA は第5修正のデュー・プロセス条項違反として違憲とされたのである。

このように、*Windsor* 判決によって同性婚は一定の憲法上の保護を獲得することになる。ただし、*Windsor* 判決では、あくまで同性婚の許容範囲は同性婚を容認する州内に限定されており、同性婚を禁止している州において同性婚は容認されるのかについては判断を回避していた。しかし、*Windsor* 判決から2年後の2015年、*Obergefell* 判決において合衆国最高裁は、州が同性婚を容認しているか否かに関わらず、すべての州において同性婚を容認する判断を下すことになる。

II. Obergefell v. Hodges

(1) *Obergefell* 判決

①背 景

本件は、一人の男性と一人の女性の結合として婚姻を定義するミシガン (Michigan)、ケンタッキー (Kentucky)、オハイオ (Ohio)、テネシー (Tennessee) の各州の規定に関わる。³⁴⁾ 上訴人は、14組の同性カップルと同性のパートナーを失った二人の男性である。被上訴人は、問題となる州法を行使する州の公式責任者である。被上訴人たちは、被上訴人は他州で合法化され、承

34) See, e.g., MICH. CONST., ART. I, § 25; KY. CONST. § 233A; OHIO REV. CODE ANN. § 3101.011 (Lexis2008); TENN. CONST., ART. XI, § 18.

認されている彼ら（同性愛者）の婚姻する権利を否定しており、第14修正に違反していると主張した。

上訴人たちは、在住するそれぞれの州（the home states）の州地方裁判所に訴訟を提起した。各州の地裁は、上訴人側を勝訴とする判決を下した。³⁵⁾ 被上訴人は第6巡回区控訴裁判所に控訴した。第6巡回区控訴裁は、事件を併合し、州は同性婚に権限を与えるあるいは州外での同性婚を認める憲法上の義務を有しないと判示した。³⁶⁾

合衆国最高裁は、事件を併合し、次の二つの争点に絞って、上訴人の裁量上訴を認めた。第一に、ミシガン州とケンタッキー州の事件から提起されたように、第14修正は州に同性間の婚姻を認める権限を付与するよう要求しているのか。第二に、オハイオ州やテネシー州、そしてケンタッキー州で再提起されているように、第14修正はすでに同性婚に権利性を付与し、行使している州の同性婚を他州にも認めるよう要求しているのか。

結論を先に言えば、合衆国最高裁は5対4で同性婚を禁止している4つの州の州法を第14修正のデュー・プロセス条項違反とした。法廷意見はケネディ裁判官が述べ、これにギンズバーグ（Ginsburg, J.）、ブライヤー（Breyer, J.）、ソトマイヨール（Sotomayor, J.）及びケイガン（Kegan, J.）裁判官が同調した。反対意見は、ロバーツ（Roberts, C.J.）首席裁判官、スカリア（Scalia, J.）、アリト（Alito, J.）、トーマス（Thomas, J.）裁判官がそれぞれ述べた。

②法廷意見

人間の歴史において婚姻は非常に重要であることは明らかである。孔子（Confucius）は、婚姻とは統治の基盤（the foundation of government）であると教えた。この教えは、キケロの次の言葉によって後年、世界中に広まった。³⁷⁾ 「社会の第一の絆は婚姻である。次に、子どもであり、そして家族である。」。

35) See DeBoer v. Snyder, 973 F. Supp. 2d 757 (E.D. Mich. 2014); Henry v. Himes, 14 F. Supp. 3d 1036 (S.D. Ohio 2014); Obergefell v. Wymyslo, 962 F. Supp. 2d 968 (S.D. Ohio 2013); Bourke v. Beshear, 996 F. Supp. 2d 542 (W.D. Ky. 2014); Love v. Beshear, 989 F. Supp. 2d 536 (W.D. Ky. 2014); Tanco v. Haslam, 7 F. Supp. 3d 759 (M.D. Tenn. 2014).

36) See DeBoer v. Snyder, 973 F. 3d 388 (2014).

被上訴人たちにとって、婚姻の概念や合法的な法的地位を同性の二人にまで広げるならば、婚姻制度を貶めることになるだろう。彼らは、婚姻を男性と女性の結合と考えている。この見解は長きにわたって維持されてきた。これに対して、上訴人たちの主張の根底にあるのは婚姻の恒久的な重要性 (the enduring importance of marriage) である。上訴人たちは、婚姻の価値を下げようというのではなく、婚姻に敬意を払うがゆえに、婚姻の特権と責任を欲しているのである。³⁸⁾

婚姻の起源は、法と社会の発展から切り離されるものではない。婚姻制度は時代の変化と共に進化してきた。かつて婚姻は、政治、宗教、財政的な事情に基づいて両親によって決められていた。しかし、国家成立時では、婚姻とは一人の男性と一人の女性が自発的な契約であると理解された。女性の役割と地位が変化するにつれて、婚姻制度もさらに進化した。女性が法的にも、政治的にも、財産的にも権利を獲得し、女性は法の下における平等の尊厳性を有すると社会が理解し始めるにつれて、見せ掛けの法律 (the law of coverture) は放棄された。婚姻制度の発展は単なる表面上の変化ではなかった。実際、婚姻に対する理解の変化は、自由の新たな側面を新たな世代に示すこの国の特徴を表している。³⁹⁾

この動態には、ゲイとレズビアン³⁷⁾の権利をめぐるこの国の経験を見ることができる。同性愛は、多くの西洋諸国で長きにわたって不道徳なものと非難されてきた。第二次世界大戦後も、多くの州で同性愛は犯罪とされたままであった。同性愛者たちは、政府の役人となることを禁止され、兵役から締め出され、移民法の適用対象外となり、警察の捜査対象となり、交際する権利に負担が課せられた。20世紀後半になると、文化的および政治的な発展により、同性カップルはよりオープンに公的な生活を送り、家族を築くようになり始めた。この発展は、政府・民間の双方で議論を巻き起こし、同性愛容認へと世論を傾けさせた。Bowers 判決では同性愛行為を犯罪とするジョージア州法が合憲と

37) 135 S.Ct. at 2593–94.

38) *Id.* at 2594–95.

39) *Id.* at 2595–96.

されたが、*Romer* 判決では性的指向に基づく差別を容認していたコロラド州法が違憲とされた。2003年、*Lawrence* 判決では、*Bowers* 判決を覆し、同性愛の親密性を犯罪としていた法律を「同性愛者の生き方を貶める」ものとされた。⁴⁰⁾

1993年、*Baehr v. Lewin*⁴¹⁾においてハワイ州の最高裁は、婚姻を異性間に限定していたハワイ州法を厳格審査基準の下、ハワイ州憲法違反とした。しかし、1996年、連邦議会は、「夫と妻として一人の男性と一人の女性との間の法的結合」のみを婚姻と定義した婚姻防衛法 (DOMA) を制定した。2003年、*Goodridge v. Department of Public Health*⁴²⁾でマサチューセッツ州の最高裁判所は、州憲法は同性カップルの婚姻の権利を保護していると判示した。2年前の *Windsor* 判決において当裁判所は、州で認められた同性婚を連邦政府が法的に有効と取り扱うことを禁止する限りで、DOMA⁴³⁾を無効とした。

第14修正のデュー・プロセス条項には、州は「適正な手続なくして、何人からも生命、自由あるいは財産を奪ってはならない」とある。基本的な諸自由 (fundamental liberties) は、権利章典に列挙されていない権利も含めて、当該条項によって保護されてきた。加えて、これらの諸自由は、人格的なアイデンティティ (personal identity) と信念を定義する親密な選択をも含んでおり、個人の尊厳や自律の中心に据えられる人格的な選択 (personal choice) にまで拡大している。基本的権利の特定し、保護することは、憲法を解釈する司法の義務である。しかしながら、司法の責務は、州が尊重する個人の基本的な利益を特定するにおいて、合理的な判断をすることである。⁴⁴⁾

当裁判所は、長きにわたって、婚姻の権利は憲法で保障されていると判示してきた。異人種間婚姻法を違憲とした *Loving* 判決では、婚姻とは「自由人による秩序ある幸福の追求に必要な不可欠な人格的な権利の一つ」とされた。この原則は、*Zablocki* 判決や *Turner v. Safley*⁴⁵⁾でも確認されている。⁴⁶⁾

40) *Id.* at 2596.

41) 74 Haw. 530 (1993).

42) 798 N.E.2d 941 (2003).

43) 135 S.Ct. at 2596–97.

44) *Id.* at 2597–98.

45) 482 U.S. 78 (1987).

婚姻の権利に関する当裁判所の判例が、異性間の関係を前提としていたことは否定できない。しかし、他方で、これらの先例は、婚姻の権利を定義する中で、婚姻の歴史と伝統、親密な絆に内在する他の憲法上の自由に基づいて婚姻の権利の本質的な性質を見出した。当裁判所は、婚姻の権利が古くから保護されてきた根本的な理由を尊重しなければならない。以下の四つの原則と伝統 (principles and traditions) は、婚姻の権利が同性カップルにも等しく適用されることを論証している。⁴⁷⁾

第一に、婚姻に関する人格的な選択をする権利 (the right to personal choice) は、個人の自律の概念 (the concept of individual autonomy) に由来することである。憲法によって保障される避妊、家族関係、生殖、子どもの養育のように、婚姻に関する決定は、個人ができる最も親密な間柄での決定であり、個人の運命を形成するものである。婚姻の本質は、その永続的な絆 (enduring bond) を通して、二人の人間が共に、表現の自由や親密な自由、精神的自由のような他の自由を理解できることにある。このことは、その者の性的指向にかかわらず、すべての人間にあてはまる。婚姻を求める二人の男性あるいは二人の女性の絆やそうした深奥な選択をする彼らの自律には尊厳性がある。⁴⁸⁾

第二に、婚姻の権利は、二人の結合 (union) をサポートするゆえに基本的であるということである。婚姻の権利は「互いにコミットメントによって彼ら自身を定義することを望む」カップルに尊厳性を付与するものである。Lawrence 判決では、同性カップルは異性カップルと同様、親密な結合 (intimate association) を享受するための権利を有しているとされた。そして、「親密性とは他者との親密な行為における明白な表現であると理解する場合、その行為はより永続的な人格的な絆 (personal bond) の一要素となることができる」と認識された。⁴⁹⁾

第三に、婚姻の権利は、子どもと家族の保護を通して、子どもを養育する権利、生殖の権利、教育の権利を引き出した。『家庭を育み、子どもを育てる婚

46) 135 S.Ct. at 2598.

47) *Id.* at 2599.

48) *Id.*

49) *Id.* at 2599–2600.

姻』の権利とは、デュー・プロセス条項によって保護される自由の中心的な部分である。」。婚姻は、子どもに「自身の家族の一体性と親密さ、そして地域と日常生活における他の家族との協調を理解させる」ことを可能にし、子どもにとって最善の利益のために重要な永続性と安定性を提供する⁵⁰⁾。

多くの同性カップルは、養子であるか否かに関係なく、子どもに愛情を注ぎ、育児をしている。多くの州で、個人としてカップルとして、同性愛者が養子を取ることを許容している。これは、同性愛者であっても愛情を育み、家族を作ることができるという証拠となる。それゆえ、婚姻から同性カップルを排除することは、婚姻の権利の主要な前提に抵触する。婚姻が与える承認、安定性および予見可能性がないことで、子どもは、自分の家族がいかなる理由で劣位にあるのかを知り、そのスティグマに苦しむ。本件で問題となる婚姻法は、同性カップルの子どもたちを傷つけ、貶めている。婚姻の権利は、子どもを産めるカップルであるか否かを意味するものではない。生殖の能力、欲望、コミットメントは、州による正当な婚姻の必要条件ではないし、必要条件ではなかった⁵¹⁾。

第四に、当裁判所の判例と国家の伝統は、婚姻の権利とは社会秩序の要(keystone)⁵²⁾であることを明らかにしている。Maynard v. Hill では、婚姻とは「我々の市民政策全体を特徴づける偉大な公的制度 (public institution)」とされた。実際、州は政府の権利や利益、責任を拡大するための根拠に婚姻を据えてきた。夫婦の地位には、税金、相続権や財産権、遺言、配偶者特権、医療、養子縁組、生命保険、子どもの養育権などが含まれている。また、州法の下、正当な婚姻は1000 を越える連邦法の規定に重要な地位を持たせる。州は、法秩序や社会秩序の中心に婚姻制度を位置づけることで、婚姻の権利の基本的な特徴に貢献してきた⁵³⁾。

これらの原則を尊重することに関して、同性カップルと異性カップルとの違いはない。だが、同性カップルには州による婚姻に付随する利益が否定されて

50) *Id.* at 2600.

51) *Id.* at 2600-01.

52) 125 U.S. 190 (1888).

53) *Id.* at 2601.

きた。この損害 (harm) は、身体的な負担以上の結果を招くことになる。州が同性愛者たちを社会の主要制度から締め出すというならば、彼らの尊厳性を賤しめること以外の何ものでもない。⁵⁴⁾

長きにわたり婚姻を異性カップルに限定することは当然であり正当であると考えられてきたが、今や、その考えが婚姻する基本的権利の核心的意味と合致しないことは明らかである。同性カップルの婚姻を禁止する法律はスティグマを課している。被上訴人は、基本的権利に「注意深い記述 (careful description)」⁵⁵⁾ を要求する *Washington v. Glucksberg* に言及する。被上訴人は、上訴人たちは婚姻の権利ではなく「同性婚の権利 (right to same-sex marriage)」を要求しているのだと主張する。しかし、*Loving* 判決は、「異人種間婚姻の権利」を問わなかった。同様に、*Turner* 判決でも「婚姻するための囚人の権利」を問わず、*Zablocki* 判決でも「婚姻する未成年者に扶養義務を有している父親の権利」を問わなかった。個々の判例では、包括的な意味における婚姻の権利について問うたのである。⁵⁶⁾

その原則を本件でも適用する。憲法の下、同性カップルは、婚姻において異性カップルと同様の法的扱いを求めており、これを否定することは彼らの人格性 (personhood) とその選択を否定することを意味する。第14修正における自由の一部分である同性カップルの婚姻の権利 (right of same-sex couples to marry) は、当該条項で保障される平等保護を導出する。デュー・プロセス条項と平等保護条項は、それぞれ独立した理論ではあるが関連している。この二つの原則の相互関係は、自由とは何か、どうあるべきかの理解を促進させる。⁵⁷⁾

Loving 判決では、平等保護条項およびデュー・プロセス条項の下、異人種間婚姻を禁止していた州法を違憲とした。本判決では、「これらの法律を包含する人種的区別、すなわち14修正の核心部分である平等保護原則を直接的に破壊する区別を基礎に、この基本的な自由を否定することは、間違いなく法の適正な手続きによらずして、すべての合衆国人民の自由を剥奪するものである」⁵⁸⁾と

54) *Id.* at 2601-02.

55) *Id.* at 2602.

56) *Id.*

57) *Id.* at 2602.

された。異人種間の結合を禁止する法律から生じる侵害を十分に認識し、理解することで、何故、婚姻が基本的権利であるかの理由が明確となる。さらに、この相乗効果（synergy）は *Zeblocki* 判決で詳細に説明される。本判決では問題となった法律を無効とする根拠に平等保護条項を用いた。自由の概念と平等の概念それぞれは、もう一方の概念のより深い理解をもたらす。*Loving* 判決や *Zeblocki* 判決のような先例は、憲法上の自由および平等の命令を立証することで、平等保護条項が婚姻制度の不平等さを明確にし、これを修正することに役立つことを示している。⁵⁸⁾

Lawrence 判決では、ゲイとレズビアンの法的な取り扱いの文脈で、これらの憲法上の保護条項の相互関連的性質（interlocking nature）を認めた。*Lawrence* 判決は、デュー・プロセス条項を根拠としたが、同性愛者が生活をする上での親密な関係を州が法律で罰することによって不平等が存在し続ていたことを認め、その是正を求めた。それゆえ、*Lawrence* 判決は、同性愛者の権利を定義および保護するために自由と平等の双方の原則に依拠し、州は「同性愛者の私的な性行為を犯罪とすることで、彼らの存在を貶め、もしくは彼らの運命をコントロールすることはできない」とした。⁶⁰⁾

この動態は同性婚にも適用される。今や問題となる州法が、同性カップルの自由に負担を課していることは明白であり、さらに不平等であることは疑いない。すなわち、同性カップルには、異性カップルに認められている利益すべてが否定されており、基本的権利の行使が禁じられている。以上の検討により、婚姻の権利は人の自由固有の基本的権利であり、第14修正のデュー・プロセス条項と平等保護条項の下、同性カップルは婚姻に関する権利と自由を剥奪されないと結論に至る。問題となる州法は、異性婚と同じ条件の同性カップルを民事婚（civil marriage）から排除する限りにおいて無効である。⁶¹⁾

アメリカの生活の主要な制度—連邦政府と州政府、軍隊、ビジネス、労働組合、宗教団体、市民グループ—は、同性婚問題に実体的な配慮をしてきた。

58) 388 U.S. at 12.

59) 135 S.Ct. at 2602–03.

60) *Id.* at 2604.

61) *Id.* at 2604–05.

これは、いまや同性婚は憲法問題として解決することを示している。⁽⁶²⁾「憲法によって保障される自由は、その最も重要な範囲の中で、政府権力の違法行使によっても侵害されない個人の権利を構成している」。⁽⁶³⁾したがって、個人の権利が侵害された場合、「憲法は裁判所による是正を要求する」。これは、保護されるべき個人の権利が重要な問題に影響している場合であっても例外でない。⁽⁶⁴⁾

憲法システムの動態では、個人は基本的権利を主張するのに立法措置を待つ必要はない。たとえ世論 (the broader public) が支持しなくとも、たとえ立法府が法の制定を拒否したとしても、個人は憲法で保護される権利を行使することができる。これは「基本的権利が投票に依拠するものではない。すなわち、基本的権利は選挙に左右されるものではない」ということである。本件の問題は、憲法が同性カップルの婚姻の権利を保護するか否かという法的問題である。⁽⁶⁵⁾

被上訴人は、同性カップルの婚姻を認めることは異性婚の減退を招き、これによって制度としての婚姻を貶めることになることを主張する。しかしながら、婚姻するか否か、あるいは子どもをもうけるか否かの決定は、個人的で、情熱的で (romantic)、そして実質的な考慮 (consideration) に基づくものである。被上訴人は、同性婚の容認が害をもたらすことになることの結論の根拠を示していない。⁽⁶⁶⁾

最後に、宗教、とりわけ宗教的教義を信仰する人々が同性婚を認めるべきではないと主張し続けていることに注目しなければならない。第1修正は、宗教団体と人民には自らの生活と人生を全うし、その中心に据えられる教えを求め、そして、長年にわたって維持されてきた家族構造の継続を求めることに關して適切な保護が与えられることを保障している。他の理由で同性婚を反対する人々についても同じことがいえる。しかしながら、憲法は、州が婚姻から同性カップルを排除する事を許すものではない。⁽⁶⁷⁾

62) *Id.* at 2605.

63) *Schuetz v. BAMN*, 134 S.Ct. 1623, 1636–37 (2014).

64) 135 S.Ct. at 2605.

65) *Id.* at 2605–06.

66) *Id.* at 2606–07.

67) *Id.* at 2607.

また、本件は、憲法が州に同性婚容認を求めているか否かという問題も提示している。同性婚の禁止が同性カップルに実質的かつ継続的な害悪を与えているのは明らかである。ある州で婚姻するが他州ではその婚姻が無効とされることは、家族関係の法律において「最も複雑で悩ましい事態」の一つである。多くの州が同性婚を許可している事実を考慮すると、同性婚禁止によって起こった混乱 (disruption) は重要な意義があるし、今後ますます重要になってくる。当裁判所は、すべての州において同性カップルは婚姻に関する基本的権利を行使できることを認める。また、州は同性愛を理由に他州で行った同性婚の法的正当性を拒否できないことを支持する。⁶⁸⁾

婚姻ほど深奥な人と人との結びつきはない。それは婚姻が愛情、貞操、献身、自己犠牲、そして家族のもっとも崇高な精神を体現するからである。そして、上訴人の何名かが身をもって示しているように、婚姻は死を超えてもなお続きうる愛情を孕むものでもある。同性婚を訴える彼らは婚姻に対して敬愛の念を持っている。彼らは、法の下における平等の尊厳 (equality dignity) を求めている。憲法は、彼らにその権利を保障している。第六巡回区控訴裁判所の判決を破棄する。⁶⁹⁾

(2) 各反対意見

① ロバーツ首席裁判官の反対意見 (スカリア裁判官、トーマス裁判官同調)

真の争点とは、「婚姻」を構成するものは何か、もしくは誰が「婚姻」を選択するかである。法廷意見は、主として、この問題を無視した。憲法典自体は、婚姻について何ら定めておらず、そのため憲法起草者たちは「夫と妻の家庭関係の問題全体」を州に委ねていた。建国当初、すべての州は、伝統的に婚姻を生物学的方法で定義してきた。本件の4つの州が典型である。これらの州法は、一人の男性と一人の女性の結合として婚姻を定義していた。⁷⁰⁾

当裁判所の先例は首尾一貫して伝統的な意味で婚姻を捉えてきた。初期の判

68) *Id.* at 2607–08.

69) *Id.* at 2608.

70) *Id.* at 2612–14 (Roberts, C.J., dissenting).

例では、婚姻とは「一人の男性と一人の女性の人生の結合⁷¹⁾」であり、「家族と社会の基礎⁷²⁾」を形成するものと言及していた。その後、生殖の構成要素を意味するという理解で、「我々の存在と生存のための基本的なもの⁷³⁾」として婚姻を説明した。近年の判例⁷⁴⁾では、婚姻の権利と「生殖の権利」を直接関連付けていた。⁷⁵⁾

法廷意見は、同性カップルの婚姻の権利を支持するために、当裁判所のデュー・プロセスの先例の中に4つの「原則と伝統」が確認できると主張する。しかし、実際には、法廷意見のアプローチには根拠がない。もし私が立法者であるならば、同性婚を社会政策の問題として考えたい。しかし、裁判官ならば、憲法問題として法廷意見の立ち位置に弁解の余地はないと理解する。⁷⁶⁾

法廷意見は、婚姻の「並はずれた重要性 (transcendent importance)」と婚姻制度の軽視を繰り返し主張している。法廷意見が当該規制立法を覆す際、主として、「婚姻の権利」に関する諸判例に依拠している。「婚姻の権利」に関する諸判例は、婚姻の権利の重要性を支持しているが、伝統的に定義される婚姻に特定の規制をしているがゆえに支持されてきた。これらの諸判例は、本件で上訴人が求める州による婚姻の定義を変える権利について述べていない。⁷⁷⁾

法廷意見は婚姻に関する人格的な選択の権利は個人の自律に由来すると説明するが、公平にみれば、それは個人の自律権は完全に拘束されないという提案ではない。本日の判断は同性カップルにも婚姻を認めるべきだとする法廷意見の信念に基づくものにすぎない。その信念は道徳的哲学の問題であり、憲法典に何ら根拠をもたない。⁷⁸⁾

法廷意見は、婚姻の核心的定義の二人の人間という要素が、男女の要素とし

71) *Murphy v. Ramsey*, 114 U.S. 15, 45 (1885).

72) *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 211 (1888).

73) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

74) *Zeblocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 386 (1978).

75) 135 S.Ct. at 2314 (Roberts, C.J., dissenting).

76) *Id.* at 2615–16 (Roberts, C.J., dissenting).

77) *Id.* at 2619 (Roberts, C.J., dissenting).

78) *Id.* at 2621 (Roberts, C.J., dissenting).

て保護されないのかという理由を何も提示していない。実際、歴史と伝統という出発点から、異性婚から同性婚も含むとなるのは、二人の人間の結合から複数の結合となるよりも重要である。⁷⁹⁾

法廷意見の根拠は重婚の権利にどれほど適用されうるのか。もし、2人の男性もしくは2人の女性間の絆やそうした深奥な選択をする彼らの自律の尊厳性であるならば、なぜ、婚姻を求める3人の絆の尊厳性はないのか。同性カップルに婚姻の権利があるのは、彼らの子どもたちがスティグマに悩まされないためであるとするならば、何故、3人以上の人々の子どもたちには適用されないのか。⁸⁰⁾

明示されていない基本的権利が我々の歴史と伝統に根付いているとされる所以は、人民から選出されていない裁判官たちが民主的に制定された法律を覆す場合、裁判官たちに特別な道徳的、哲学的、社会的知見を与えないことにある。合衆国最高裁は国家全体の歴史と伝統だけでなく、その関与も否定した。⁸¹⁾

上訴人は、平等保護条項が州に同性婚の許可を認めることを要求していると主張する。しかし、本件の州法は平等保護条項に違反していない。何故なら、異性カップルと同性カップルの区別は、伝統的な婚姻制度を維持するための州の正当な利益と関係して合理的であるからである。⁸²⁾

憲法起草者たちは、司法の役割に関する法廷意見の概念を認めることをしないだろう。憲法上、連邦の裁判所は、具体的な事件あるいは争訟を解決する権限を有しているにすぎない。法廷意見に対して最も失望する側面は、同性婚に反対する人々を攻撃対象にしかねない点にある。憲法が同性婚の権利を保護していると結論づけることと、同性婚に反対する人々を頑迷であるかのように表現することとは別問題である。もし、同性婚を喜ぶ多くのアメリカ人であれば、本日の判決を歓迎するであろう。しかし、憲法では歓迎しない。敬意をもって反対する。⁸³⁾

79) *Id.* (Roberts, C.J., dissenting).

80) *Id.* at 2621-2622 (Roberts, C.J., dissenting).

81) *Id.* at 2622-23 (Roberts, C.J., dissenting).

82) *Id.* at 2623 (Roberts, C.J., dissenting).

83) *Id.* at 2625-26 (Roberts, C.J., dissenting).

②スカリア裁判官の反対意見（トーマス裁判官同調）

1868年に第14修正が批准された時、すべての州が一人の男性と一人の女性に婚姻を制限しており、そのことを誰も疑わなかった。我々は、第14修正によって明確に禁止されていない行為を違憲にすることはできない。法廷意見が4つの「伝統と原理」に焦点をあてたことは、超立法権（super-legislative power）である。法廷意見の内容は、エゴスティックであり、合衆国最高裁の信用を貶めるものである。⁸⁴⁾

③トーマス裁判官の反対意見（スカリア裁判官同調）

本日の決定は、憲法だけでなく我々の国家が築き上げてきた諸原理とも調和しなかった。1787年以来、自由とは政府行為からの自由として理解されてきた。憲法起草者たちは、そうした自由の理解を保護するために、憲法を制定した。しかし、法廷意見は、自分たちが保護を求める自由の損失のために、憲法起草者たちが認識していなかった「自由」の名において憲法を用いた。これまでに、人間の尊厳は生来備わっているという考えは否定されており、代わりにそれは政府に由来にすると提示されてきた。憲法を歪めることは、そのテキストを無視するだけでなく、共和制における個人と国家との関係性をも展開させることになる。⁸⁵⁾賛同できない。

④アリトー裁判官の反対意見（スカリア裁判官、トーマス裁判官同調）

合衆国最高裁が介在するまで、アメリカ人民は州が同性婚を認めるか否かを議論してきた。しかしながら、本件の問題は、州が同性婚についてすべきことではなく、憲法が同性婚問題に応答するか否かである。憲法は応答しない。各州の人民に決定させるために、憲法は同性婚問題に関与すべきでない。⁸⁶⁾

84) *Id.* at 2627–30 (Scalia, J., dissenting).

85) *Id.* at 2631–40 (Thomas, J., dissenting).

86) *Id.* at 2640–43 (Alito, J., dissenting).

Ⅲ. *Obergefell* 判決の論理構造と評価

(1) *Obergefell* 判決の構造と特徴

端的に言えば、*Obergefell* 判決の結論とは、異性カップルと同様、同性カップルであっても婚姻の権利を有しており、それゆえに同性婚も憲法上許容されるというものである。しかし、この結論は、*Windsor* 判決までの従来の婚姻の権利論とは、即座に整合的とはいえないように思える。そこで、改めて *Obergefell* 判決の論理展開を整理したのち、従来の考えといかなる点で異なるのかを同判決の特徴から指摘したい。

Obergefell 判決の法廷意見は、はじめに上訴人と被上訴人双方の婚姻に関する主張を整理する。被上訴人の主張は異性婚という伝統的な婚姻制度の維持であるのに対して、上訴人の主張は同性婚も異性婚と同様に扱われることを求めていると理解する。そこで、これまでの婚姻をめぐる議論から、婚姻が基本的権利として扱われる四つの原則と伝統を指摘する。すなわち、①婚姻の選択が個人の自律にかかわること、②2人の結合 (union) に婚姻 (marriage) という尊厳性を付与すること、③子どもと家族にとっての利益を保護すること、④社会秩序の安定の要であることである。これらを鑑みると、同性カップルと異性カップルとの違いはないとして、同性カップルにも婚姻の権利があるとする。

続いて、法廷意見は、同性カップルにも婚姻の権利を認めるならば、これを禁止することは彼らの人格性を否定することを意味するという。そこで、同性婚を禁止する州法が同性カップルにスティグマを課しているとして、平等保護の観点からも検討を加える。そして、合衆国最高裁の先例を参照することで、婚姻制度の不平等を特定し、平等保護の観点からも当該規制立法の正当性を認められないとする。

最後に、民主主義プロセスとの関連性について付言している。法廷意見によれば、個人の権利が侵害された場合、憲法は裁判所による是正を要求しており、基本的権利は選挙に左右されるものではないという。本件は、婚姻制度の問題ではなく、同性カップルの婚姻の権利の是非の問題である。そう捉えなければ、同性愛者の婚姻に付随する多くの権利と責任が否定されたままとなる。

このことから、同性婚の禁止が同性カップルに実質的害悪をもたらしていることは明らかである。したがって、同性カップルは全ての州において婚姻の権利を行使することができ、同性愛という理由で他州の同性婚を拒否することはできないというのである。

以上のように *Obergefell* 判決には、同性婚禁止の州法の合憲性を第14修正のデュー・プロセス条項による婚姻の権利の保護、平等保護条項による婚姻の平等性、そして民主的プロセスとの関連性の三つの視点から多角的に検討を行われていたことが特徴として挙げられよう。しかし、その一方で、*Obergefell* 判決の論理には、次のような疑問が指摘できよう。

第一に、同性婚を同性カップルの婚姻の権利として保護したことである。*Obergefell* 判決は結果的に *Windsor* 判決の論理を修正して同性婚を憲法上保護したのであるが、法廷意見の記述を注意深く読むと、「同性婚の権利 (right to same-sex marriage)」という表現を用いず、「同性カップルの婚姻の権利 (right of same-sex couples to marry)」との表現を用いている。何故、「同性婚の権利」との表現を控えたのか。この理由について、法廷意見の中では明確に言及されていない。

第二に、*Obergefell* 判決では、同性婚を禁止する州法について、第14修正のデュー・プロセス条項に違反するのみならず、同修正の平等保護条項にも違反するとの違憲判断を下したことである。*Obergefell* 判決では、はじめに婚姻が基本的権利として保護される四つの原則と伝統に言及し、これが同性カップルにも適用されると論じていた。この時点で、同性婚を禁止する州法に対して違憲判断を下すことも可能だったように思える。にもかかわらず、何故、平等保護の観点からも当該規制立法を平等保護の観点からも検討を行ったのか。

第三に、当該規制立法の合憲性を判断するにあたって、いかなる審査基準を適用したのかについて言及されていないことである。ただし、この点については、*Obergefell* 判決の各反対意見においても言及がなされておらず、先に紹介した *Lawrence* 判決や *Windsor* 判決においても特定の審査基準が提示されていなかった。おそらく、アメリカにおいて同性愛もしくは同性婚問題は政治、宗教、文化など多岐にわたって繰り返し議論が重ねられてきたデリケートな問題であることから、合衆国最高裁は、特定の審査基準を措定し、それに当該事案

をあてはめて検討するという手法で安直に結論を出すことを控えたのではないと思われる。

第四に、かつては合憲であった法律が、現在では違憲となったとの社会状況の変化を合憲性判断の理由の一つに据えていることである。*Lawrence* 判決でも同性愛者を取り巻く社会状況の変化という観点が、ソドミー禁止法の合憲性を判断する理由の一つに挙げていた。しかし、*Lawrence* 判決では先例の *Bowers* 判決が判決当初から誤りであったとの前提があったのに対して、*Obergefell* 判決では先例の判例変更についての明確な言及はない。それどころか、婚姻とは伝統的に異性婚を指していたことを認めているのである。

Obergefell 判決で法廷意見を執筆したケネディ裁判官は、12年前の *Lawrence* 判決でも法廷意見を執筆した。その際、ケネディ裁判官は、*Lawrence* 判決の判断が同性婚容認の問題にまで射程に含めるものではないとの見解を示していた。⁸⁷⁾しかし、*Lawrence* 判決で反対意見を述べたスカリア裁判官は、同判決を契機にいつか同性婚を認められる時がきてしまうだろうと予想していた。⁸⁸⁾このスカリア裁判官の予想が、*Obergefell* 判決にて現実となったことは否定できない。

(2) *Obergefell* 判決に対する批判

また、先例や従来の理論との整合性という観点からみても、*Obergefell* 判決の論理の不明確性が指摘できる。*Obergefell* 判決の法廷意見に対して4人の裁判官が反対意見を付しているが、その批判の矛先は詰まるところ裁判所の判断によって同性婚を憲法上容認したことにある。

ロバーツ首席裁判官は、法廷意見の論理に対して包括的な批判を展開する。ロバーツ首席裁判官によれば、建国当初より、婚姻とは一人の男性と一人の女性の結合として定義されており、法廷意見が同性カップルの婚姻の権利を保護するために先例から導出した四つの原則と伝統は何の根拠もないという。⁸⁹⁾婚姻

87) 539 U.S. at 525.

88) *Id.* at 533 (Scalia, J., dissenting).

89) *Id.* at 2613-16 (Roberts, C.J., dissenting).

の権利に関する先例は、異性婚を前提にした婚姻形態に特定の規制を課されたがゆえに問題とされたのであり、同性婚のような従来の婚姻の定義を変える権利について言及していないというのである。また、選挙によって選出されていない裁判官たちが民主的に制定された法律を覆す時は慎重な配慮を必要であるにもかかわらず、従来の婚姻の見解と異なって同性婚を婚姻の権利として保護することは *Lochner* 判決の誤りの繰り返しだと批判する。さらに、異性カップルと同性カップルとの区別についても、伝統的な婚姻制度を維持するための州の正当な利益と合理的関連性があるとして、平等保護の観点でも同性婚を認められないとしている。⁹¹⁾

同様に、スカリア裁判官も自身の反対意見の中で、法廷意見の論理は「超立法権」⁹²⁾であり、本判決は「アメリカの民主主義に対する脅迫」⁹³⁾であり、「司法のクーデター (judicial putsch)」⁹⁴⁾と痛烈に批判している。また、トーマス裁判官は、憲法典に規定する自由とは政府行為からの自由であり、これを歪めることは憲法の文言を無視するだけでなく、国家と個人との関係性にも影響を及ぼすものであると述べている。⁹⁵⁾そして、アリトー裁判官は、同性婚問題は憲法問題として扱うのではなく、各州の人民に決定させるべきとの立場に立っている。⁹⁶⁾このように法廷意見と各反対意見の根本的な違いとは、同性婚を認めるか否かの最終的な判断を裁判所に委ねるか、それとも議会に委ねるのか、といった対立軸であるように思える。

他方、アメリカ憲法学の学説においても、*Lawrence* 判決や先例の *Windsor* 判決に比べると、*Obergefell* 判決の論理に対して否定的な評価をする者が多いように見受けられる。⁹⁷⁾その中には、同性婚を憲法上認めたとの *Obergefell* 判決の

90) *Id.* at 2619 (Roberts, C.J., dissenting).

91) *Id.* at 2623 (Roberts, C.J., dissenting).

92) *Id.* at 2629 (Scalia, J., dissenting).

93) *Id.* at 2626 (Scalia, J., dissenting).

94) *Id.* at 2629 (Scalia, J., dissenting).

95) *Id.* at 2631 (Thomas, J., dissenting).

96) *Id.* at 2640 (Alito, J., dissenting).

97) See, e.g., Jeffery Rosen, *The Dangers of a Constitutional "Right to Dignity"*, THE ATLANTIC (Apr. 29, 015),

結論に対して賛同する者であっても、その論理に疑問を呈している。その主たる理由とは、同性婚容認するための法的根拠が乏しいというものである。

クレア・ハンチングトン (Clare Huntington) は、同性婚が憲法上認められたという結果は喜ばしいが、第14修正のデュー・プロセス条項を根拠に基本的権利の問題とするのではなく、平等保護条項を根拠に婚姻の平等性を理由に違憲判断を下すべきだったと述べている。ハンチングトンによれば、デュー・プロセス条項に依拠した場合、裁判所は婚姻を定義し、婚姻に関する社会の重要性を説明する必要が生じてしまうという。しかし、平等保護条項を根拠とした場合、裁判所は、婚姻とは伝統的であるべきか否か、純粋なものであるべきか否かの判断をする必要がなくなるというのである。ただし、その代わり、州による特段の理由がない限り、裁判所は婚姻を許可しなくてはならないという。⁹⁸⁾

同様に、アダム・ランパレロ (Adam Lamparello) も法廷意見の論理に疑問を投げかけることで、本判決は平等保護条項を根拠に判断すべきであったとの見解を示している。ランパレロは、確かに同性婚を基本的権利に含まれる根拠が自由と自律の概念に基づくとする法廷意見の主張は正しいが、憲法典に意義を有していないと批判している。もし法廷意見の論理が正当化されるのであれば、重婚でさえも憲法上保護される危険性が生じると論じている。⁹⁹⁾

以上のような *Obergefell* 判決に対する批判は、大別すると次の二点に整理できる。第一に、従来、異性婚を前提としてきた婚姻の権利の中に何故同性婚を

<http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/04/the-dangerous-doctrine-of-dignity/391796/> (2016.2.18閲覧), Ilya Somin, *A Great Decision on Same-Sex Marriage – But Based on Dubious Reasoning*, WASH. POST. VOLOKH CONSPIRACY (June 26, 2015), <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/> (2016.2.18閲覧), Mark Joseph Stern, *Kennedy's Marriage Equality Decision Is Gorgeous, heartfelt, and a little mystifying*, SLATE: BREAKFAST TABLE (June 26, 2015), http://www.slate.com/articles/news_and_politics/the_breakfast_table/features/2015/scotus_roundup/supreme_court_2015_decoding_anthony_kennedy_s_gay_marriage_decision.html (2016.2.18閲覧)

98) Clare Huntington, *Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts*, 84 FORDHAM L. REV. 23, 23 (2015).

99) Adam Lamparello, *Justice Kennedy's Decision in Obergefell: A Sad Day For The Judiciary*, 6 HLRE OFF REC. 45, (2015).

含めて保護したのかである。第二に、第14修正のデュー・プロセス条項と平等保護条項の双方のアプローチによって同性婚を保護した法廷意見の意図の不明確性である。このような批判があるにもかかわらず、*Obergefell* 判決は、何故、同性婚を憲法上の個人の権利として保護したのか。そこに如何なる意図があったのか。これを明らかにするために、次節において先例である *Windsor* 判決の論理と相対化することで検討を加えたい。

IV. *Obergefell* 判決における婚姻の権利論

(1) 同性カップルの婚姻の権利 ≠ 同性婚の権利

Obergefell 判決において同性婚は、事実として憲法上保護されたが、「同性婚の権利」という個別具体的な基本的権利として保護されたわけではない。*Obergefell* 判決では、婚姻の意味を明確化することで、「同性カップルの婚姻の権利」として同性婚を保護したことに注意する必要がある。とはいえ、何故、*Obergefell* 判決では、同性婚の権利ではなく同性カップルの婚姻の権利として保護したのか。これについて、次の三つの理由が考えられる。

第一に、従来の基本的権利の考え方によって同性婚を保護することが困難であったことである。これまでアメリカ憲法学において憲法に明示されていない自由が基本的権利として実体的に承認されるためには、①「アメリカの歴史と伝統に古くから深く根付いている (deeply rooted in this Nation's history and tradition)」こと、②「それを犠牲にしての自由や正義がありえないような、秩序ある自由の観念に暗に含まれる (implicit in the concept of ordered liberty, such that neither liberty nor justice would exist if [they] were sacrificed)」こと、¹⁰⁰⁾といった2つの要件を満たさねばならなかった。

前述したように、アメリカにおいて婚姻とは、伝統的に異性婚であると考えられてきた。この意味で、同性婚を「同性婚の権利」という個別的な基本的権利として認められることは困難であった。このことは、*Obergefell* 判決の各反対意見で同性婚を基本的権利として承認することはできないとの批判が付され

100) 478 U.S. at 191-92.

ていたことから窺える。

それゆえ、*Obergefell* 判決の法廷意見では、婚姻の意味を明確にすることで、異性カップルだけでなく同性カップルにも婚姻の権利を行使できる根拠を提示した。さらに、これまでの婚姻の権利に関する合衆国最高裁判例が、異人種間婚姻など特定の婚姻形態を個別的な婚姻形態の権利ではなく婚姻の権利として包括的に保護していたことに注目し、同性婚問題も同性カップルによる婚姻の権利問題として扱ったのだと思われる。

第二に、婚姻の定義に関する州の権限との衝突を回避するためである。*Windsor* 判決では、DOMA を違憲とするにあたり、婚姻の定義は州の独占的な権限と明言されていた¹⁰¹⁾。この論理に依拠すれば、同性婚是非は州の立法裁量に委ねられ、州によっては同性婚を禁止する法律が合憲となる場合もありうる。しかし、それでは、*Windsor* 判決で指摘されたように同性婚を第二級の婚姻として扱うことを意味しており、同性カップルに対するスティグマが解消できない。おそらく、*Obergefell* 判決では、こうした問題を鑑みて、州の政治的決定に左右されない基本的権利の問題として同性婚を扱ったのだと思われる。

第三に、同性婚を憲法上容認した際に生じうる問題を回避するためである。*Windsor* 判決における DOMA 違憲の主たる理由とは、州で同性婚を認めているにもかかわらず、連邦法によって同性婚を禁止できないというものであった。この論理によると、極端なところ、連邦法によって特殊な婚姻形態（例えば重婚）の禁止がなされていたとしても、州がその形態を婚姻として許容した場合、当該形態は州内において有効な婚姻形態となるという結論になろう。この点について、*Windsor* 判決が州内で容認する同性婚を保護したことは、将来的には重婚も憲法上容認される可能性を惹起するものであると指摘されていた¹⁰²⁾。

この問題に対して、*Obergefell* 判決では、婚姻が基本的権利とされる四つの原則を対応することで応答した。すなわち、四つの原則のうちの一つに、婚姻

101) 133 S. Ct. at 2691.

102) See., Casey E. Faucon, *Polygamy After Windsor: What's Religion Got to Do with It?*, 9 HARV. L. & POL'Y REV. 471 (2015).

は二人の結合をサポートするとの原則を提示することで、一夫多妻あるいは一妻多夫のような特定の個人が複数の人間と婚姻関係を結ぶといった重婚を憲法上容認される可能性を暗に否定しようとしたのではないだろうか。つまり、四つの原則と伝統を提示することは、同性婚を婚姻の権利の一部として憲法上保護する素地を整えるだけでなく、将来的に重婚のような「二人の結合」の意に反する特異な婚姻形態への予防であったとも考えられうるのである。

このように、*Obergefell* 判決において「同性婚の権利」ではなく「同性カップルの婚姻の権利」として同性婚を保護したのは、一つに社会変化と従来の判例理論や憲法理論との調整を図るためであり、二つに同性婚を認めることによって生じる可能性がある新たな婚姻問題への事前回避が意図されていたように思える。

(2) 「自由」と「平等」の相乗効果

Obergefell 判決のもう一つの特徴として、自由と平等の双方のアプローチによって当該規制立法の合憲性を検討したことが指摘できる。これは、*Windsor* 判決にも同様に見られる特徴である。*Windsor* 判決で自由と平等を重疊的に扱った背景には、問題となる自由の利益を基本的権利として保護する従来の実体的デュー・プロセスと平等保護原則では DOMA を違憲とすることができなかったという事情があった。

前述したようにアメリカにおいて婚姻とは異性婚であったため、過去志向的に黙示の基本的権利を導出する特徴を有する従来の実体的デュー・プロセスでは、同性婚を保護することはできない。つまり、従来の実体的デュー・プロセスでは、DOMA は合憲となり、州が認めた婚姻カップルの尊厳性が侵害される結果を招く可能性が生じてしまうのである。他方、平等保護原則のみを根拠とした場合、DOMA は同性カップルに対する敵意ある法律として違憲となろう。しかし、婚姻の定義は州の権限であるのだから、もし DOMA を婚姻の平等性という観点から平等保護違反としてしまえば、同性婚を未だ禁止している州の権限が侵害される結果を招いてしまうのである。それゆえ、*Windsor* 判決では、自由と平等を重疊的に解釈することで、DOMA の合憲性の射程を同性婚容認の州に限定することで、同性婚を容認する州の権限とその中で同性婚を

したカップルの婚姻の自由と平等を保護し、他方で同性婚を禁止する州の権限を認めたのである。¹⁰³⁾

それでは、*Obergefell* 判決では、自由と平等の双方の観点から検討した理由は何であったのか。従来の実体的デュー・プロセスに関しては、*Windsor* 判決と同様の理由が *Obergefell* 判決でも指摘できる。すなわち、従来の実体的デュー・プロセスによって同性婚の保護を試みたとしても、「同性婚の権利」に歴史的正当性がない以上、同性婚を規制する法律は合憲となり、この結果、同性婚をしたカップルの権利が侵害されたままとなってしまうのである。また、従来の実体的デュー・プロセスの典型的な批判として、民主的過程を経ない裁判官が憲法に明示されていない自由を実体的な基本的権利として承認することを民主主義に対する冒涇ではないかという批判が挙げられる。仮に同性婚を同性婚の権利という婚姻の権利とは別個の権利として承認しようと試みれば、批判は免れないであろう。

他方、平等保護原則のみを根拠とした場合はどうであるか。*Obergefell* 判決では、*Windsor* 判決と異なり、同性婚を禁止している州法の合憲性が問題となっていたため、婚姻の平等性を理由に、第14修正の平等保護条項によって違憲判断を下せるようにも思える。しかし、これについては、*Windsor* 判決の論理が逆に障壁となってしまったといえる。すなわち、*Windsor* 判決において婚姻の定義は州の権限と明言されたがゆえに、たとえ第14修正の平等保護条項を根拠に婚姻の平等性を主張したとしても、婚姻に関する州の権限を尊重すべきという *Windsor* 判決の論理との衝突が生じる。換言すれば、州の民主的決定よりも優先される基本的権利の問題として扱わなければ、同性婚に対するスティグマが解消されない可能性が残り、婚姻に関する同性愛者の実質的平等が確保されないのである。

それゆえ、*Obergefell* 判決では、同性婚を既に先例によって認められている婚姻の権利に含めて基本的権利の問題として扱うことで、一方で *Windsor* 判決において提示された州の権限や従来の実体的デュー・プロセスのような裁判官の主観的権利創造との批判を回避し、他方で同性愛者の婚姻の自由だけでな

103) 上田・前掲論文注 (5) 31頁。

く、同性カップルやその家族の実質的平等を保護し、同性愛者である個人の尊厳性を保護したのだと思われる。このことは、*Obergefell* 判決における法廷意見の最終部分で「法の下における平等の尊厳性 (equality dignity)¹⁰⁴⁾」と述べている点とも整合的であるように思える。

結 語

本稿では、これまで婚姻を異性婚の意味で考えられてきたアメリカにおいて、*Obergefell* 判決がどのような論理によって同性婚を憲法上保護したのか。これを同性婚に対する従来の見解と比較検討することで、*Obergefell* 判決の論理の特徴を浮き彫りにしようと試みた。*Obergefell* 判決の論理の特徴とは、大別して三つあった。

第一に、婚姻が基本的権利たりうる四つの原則と伝統を提示し、同性婚を「同性婚の権利」ではなく「同性カップルの婚姻の権利」として包括的に保護したことである。第二に、*Obergefell* 判決では第14修正のデュー・プロセス条項と平等保護条項の双方の観点から同性婚禁止の州法を違憲としたことである。第三に、具体的な司法審査基準は示されなかったが、同性婚容認へと移行するアメリカ社会の変化を当該規制立法の合憲性判断の理由の一つにしていたことである。

これら特徴の背景には、実体的デュー・プロセスあるいは平等保護原則による同性婚保護の限界が指摘できた。婚姻を異性婚と考えてきたアメリカにおいて、歴史と伝統から憲法上の権利の導出を求める実体的デュー・プロセスでは、「同性婚の権利」として同性婚を保護することは叶わない。また、平等保護原則に依っても、婚姻の定義は州の権限と明言する *Windsor* 判決の論理と衝突が生じてしまう。それゆえ、*Obergefell* 判決においてデュー・プロセス条項と平等保護条項を相互補完的に扱う意図には、一方で「同性婚の権利」としての歴史的正当性や *Windsor* 判決で保護された州の権限との衝突を回避し、他方で同性カップルの婚姻の自由だけでなく、その家族を含めた彼らの実質的平等

104) 135 S.Ct. at 2608.

を保護する狙いがあったように思われる。

もつとも、これにより同性婚の重要性よりも婚姻自体の重要性に力点が置かれる結果となった。そのため、*Obergefell* 判決の論理は伝統的な婚姻の価値に依拠した点で保守的と捉える見解もある¹⁰⁵⁾。しかし、*Obergefell* 判決では、婚姻が基本的権利たりうるアメリカの「歴史と伝統」に着目しつつも、その用い方が従来とは異なっていたことに注目したい。

これまで「歴史と伝統」の要件は、アメリカにおいて当該自由が基本的権利たりうる価値として古来より存在していたかを確認する過去志向的な意味で用いられていた。しかし、*Obergefell* 判決では、過去志向的に同性婚自体の「歴史と伝統」を検討するのではなく、未来志向的に同性婚を容認するために婚姻の権利の「歴史と伝統」に注目した。こう捉えれば *Obergefell* 判決には、同性婚容認との結果だけでなく、その論理自体にも革新的な面が見出せそうである。

ところで、わが国では、近時の世田谷区や渋谷区のパートナーシップ条例に代表されるように、同性カップルへの法的承認のあり方について議論が出始めてきた。現時点では、こうした議論の流れがどのような展開を遂げていくのか見極めることは難しいが、本稿で扱った *Obergefell* 判決がわが国の議論の発展に影響を与えることは否定できないであろう。

脱稿後、根本猛「同性婚とアメリカ合衆国憲法」静岡法務雑誌第8号（2016年）、中曾久雄「同性婚の権利と連邦憲法（1）」愛媛法学雑誌第42巻第2号（2016年）、「同性婚の権利と連邦憲法（2）」愛媛法学雑誌第42巻第3・4合併号（2016年）にふれた。

（本学法学部助教）

105) 駒村・前掲論文注（1）26頁。

