

合衆国連邦最高裁判所の同性婚に関する判決について

東北大学大学院法学研究科助教 木村 元

- I はじめに——問題の所在
- II Obergefell v. Hodges 判決の概要
- III 同性婚における価値判断：「平等」と「自由」
- IV おわりに

I はじめに——問題の所在

社会あるところ法あり。法は社会の函数であり、社会が動けば法も動く。それは、立法のみならず司法においても当てはまる。

2015年6月26日、合衆国連邦最高裁判所は5対4で、憲法14修正の下、すべての州は、同性の2人の婚姻を承認することを要求されとする判決を下した¹⁾。法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官が判決文を読み上げ、「同性カップルは婚姻する基本的権利を行使することができる」と宣言した。この日、街、そして、インターネット上にはレインボーの旗が翻り、ホワイトハウスはレインボーの光に染まった。オバマ大統領は判決を受けて声明を発表し、「アメリカにとっての勝利」を祝福した²⁾。ここ数十年の間に、(たとえ表向きであったとしても、) 同性愛に対する合衆国の社会の姿勢は、きわめて急速に変化している。

遡ること46年前の1969年6月28日、ニュー・ヨーク市マンハッタンのストーンウォール・インというゲイ・バーに警察官が踏み込み、居合わせた同性愛者らがそれに抵抗したことに端を発する事件は、合衆国の社会における同性愛者のカム・アウトであった。そして、38年前の1977年、サンフランシスコ市のカストロ・ストリートから選挙活動をスタートした Harvey Milk は、ついに同性愛者であることを公表しながら公職（市政執行委員）に当選した。その Milk が市庁舎で凶弾に倒れたのが翌1978年であり、それから8年後の1986年、連邦最高裁は、*Bowers v. Hardwick* 判決において、いわゆるソドミー（sodomy）行為を処罰する州法を合憲とした³⁾。ジョージア州法は、「一人の性器ともう一人の口または肛門を必要とするすべての性行為」をソドミー犯罪として規定し、このような行為を実行した者に1年以上20年以下の拘禁刑を科していた。*Hardwick* は、警察の別件での合法的な家宅捜索によって、寝室でソドミー行為を行っていたところを逮捕された。州法の文言上は、同性愛者によるソドミー行為と異性愛者によるソドミー行為とは区別されていなかったが、判決は、「憲法は、ソドミー行為を行う基本的権利（fundamental right）を同性愛者に与えているか否か」という問題を設定した⁴⁾。5対4の僅差ではあったが、裁判所は次のような立場を示す。Burger 首席裁判官は同意意見において、Blackstone の記述を引用し、『『自然に反する忌まわしい犯罪』であるソドミー行為は、『レイプよりも悪しき』犯罪であり、『口にするのも憚られる』、『名付けるのにふさわしくない犯罪』』であると述べ⁵⁾、White 裁判官による法廷意見は、『[ソドミー] 行為を行う権利が、『合衆国の歴史と伝統に深く根差すものである』、あるいは、『秩序ある自由の

1) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. __, 135 S. Ct. 2584 (2015).

2) 毎日新聞2015年6月27日朝刊。

3) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). 同判決について、駒村圭吾「道徳立法と文化闘争——アメリカ最高裁におけるソドミー処罰法関連判例を素材に」法学研究78巻5号（2005年）89-99頁。

4) 実は、本件の原告らには、法の存在と *Hardwick* の逮捕は「萎縮効果（chilled and deterred）」をもたらすと主張する男女が含まれていたが、下級審において当事者適格を否定された。*Bowers*, 478 U.S. at 188 n.2.

5) *Id.* at 197 (Burger, J., concurring).

概念に内在するものである』と主張することは、戯言にほかならない」と判示したのである⁶⁾。同性愛をめぐる、社会と司法との間にはかなりの温度差があったと言ってよいだろう⁷⁾。

この判決は *Lawrence v. Texas* 判決によって覆されるが、それは、今からわずか12年前の2003年6月26日のことである⁸⁾。*Bowers* 事件のジョージア州法と同様、テキサス州法も、同性の者同士が逸脱した (deviate) 性交渉を行うことを犯罪として規定していた。発砲事件の通報を受けた警察が *Lawrence* の居住するアパートに立ち入ったところ、*Lawrence* は男性と性行為を行っていた。*Lawrence* らは、その行為につき逮捕され、起訴された。裁判官の意見は6対3に分かれ、Kennedy 裁判官による法廷意見 (O'Connor 裁判官は結果には同意したが、法廷意見には同調しなかった) は、ソドミー行為を処罰するテキサス州法を違憲とした。曰く、「同性愛行為が州法によって犯罪とされたならば、その宣言は、公的領域および私的領域の両方において同性愛者に対する差別を招く。本件は、*Bowers* 判決の判示の核心に疑問を投げ、そして、それに向き合うべきである。*Bowers* 判決を先例として存続させることは、同性愛者の人生を貶める。さらに、この刑事制定法が課すスティグマは、些細なものではない」⁹⁾。

Lawrence 判決から5ヶ月後、11月18日のマサチューセッツ州最高司法裁の *Goodridge v. Department of Public Health* 判決¹⁰⁾ により、同性愛者と司

6) *Id.* at 194.

7) Kennedy 裁判官によれば、*Bowers* 判決は、「判決の当時も誤っていた」。*Obergefell*, 576 U.S. at ___, 135 S. Ct. at 2606 (quoting *Lawrence*, 539 U.S. at 578).

8) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). また、公立学校における人種別学制度を違憲とした *Brown v. Board of Education* 判決 (347 U.S. 483 (1954)) からちょうど半世紀になる前年のことであった。*Lawrence* 判決について、駒村・前掲注3) 105-117頁；羽瀨雅裕「同性婚に関する憲法学的考察——*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) を契機として」帝塚山法学10号 (2005年) 31頁；尾島明「同性間の性的行為の処罰とプライバシーの権利」藤倉皓一郎、小杉丈夫編『衆議のかたち』(東京大学出版会、2007年) 83頁以下；大野友也「同性愛行為に対する憲法上の保護」樋口範雄ほか編『アメリカ判例百選 (別冊ジュリスト)』(有斐閣、2012年) 102-103頁；松尾陽「文化戦争と反ソドミー法違憲判決」大沢秀介、大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』(成文堂、2014年) 197頁以下。

9) *Lawrence*, 539 U.S. at 575.

法の函数はその形を変える。同判決は、合衆国で初めて同性カップルの婚姻を法的に認めたのである。同性愛と司法のメイン・ステージは、ソドミー行為に対する刑事罰の問題から、同性婚の問題へと移行した。

しかしながら、社会の動きは、同性婚を後押しするどころか、それに大きく反発するものであった¹¹⁾。1996年、連邦議会は、下院において賛成342対反対67、上院において賛成85対反対14で婚姻防衛法 (Defense of Marriage Act: DOMA) を可決した¹²⁾。DOMA の第3条は、次のように規定する。

「連邦議会のすべての制定法、または、合衆国の行政局および行政機関のすべての裁定、規則もしくは解釈の意味を決定するにあたり、『婚姻』という語は、夫たる一の男性と妻たる一の女性の結合のみを意味し、『配偶者』という語は、夫または妻たる異性の者のみを指す。」

今日の判決からちょうど2年前の2013年6月26日、United States v. Windsor 判決において、連邦最高裁は5対4で、DOMA を違憲とした¹³⁾。再び Kennedy 裁判官の手になる法廷意見は、「DOMA の主要な効果は、[同性婚を認める州において] 州が認可した婚姻の一部を特定し、それらを同等ではないものとするところである。主要な目的は不平等を課すことであって、政府の効率というような他の理由のためではない。……同じ州のなかに、二項対立する婚姻レジームを創り出すことによって、DOMA は、同性カップルに、

10) Goodridge v. Department of Public Health, 798 N. E. 2d 941 (Mass. 2003). 同判決について、大野友也「同性婚と平等保護」法学論集(鹿児島大学) 43巻2号(2009年) 22-25頁。

11) 小泉明子「婚姻のポリティクス (2・完)」民商137巻3号(2007年) 278頁以下。

12) Defense of Marriage Act, 110 Stat. 2419. 石田若菜「同性婚と異性婚における法的保護の平等——近時の婚姻防衛法 (Defense of Marriage Act) 違憲判決を素材として」比較法雑誌46巻3号(2012年) 318頁; 有澤知子「同性婚と婚姻防衛法——United States v. Windsor 判決を中心に」大阪学院大学法学研究40巻1・2号(2014年) 68頁。

13) United States v. Windsor, 570 U.S. __, 133 S. Ct. 2472 (2013). 同判決について、宍戸常寿「合衆国最高裁の同性婚判決について」法学教室396号(2013年) 156頁以下; 有澤・前掲注12) 67-34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」法律のひろば67巻2号(2014年) 64頁以下; 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頁以下; 中曾久雄「Defense of Marriage Act の合憲性」愛媛法学会雑誌40巻1・2号(2014年) 102-109頁; 根本猛「同性婚をめぐる合衆国最高裁判所の2判決」静岡大学法政研究18巻3・4号(2014年) 172-189頁。

州法上では婚姻しているが、連邦法上では婚姻していないという「状況を」強いる。かくして、……同性カップルは、2級の婚姻という不安定な地位におかれる」と述べ¹⁴⁾、DOMAの根底には同性愛者に対する偏見があることを喝破する。

以上のように、Lawrence判決、Windsor判決、そして、今日のObergefell v. Hodges判決という「Kennedy裁判官の三部作」¹⁵⁾は、社会の動きのなかで同性愛者にとってそれぞれの局面において画期的な判決であろう。しかしながら、同性婚を承認することにより、一見、新しい婚姻のあり方を認めているようで、Obergefell判決は、その実、伝統的な婚姻の価値（家族のあり方）を再確認し、そこに同性愛者を取り込む。Kennedy裁判官は、法廷意見のなかで婚姻について次のように述べる。

「個人が「選択する」ことのできるもっとも親密「な関係」こそが、婚姻に関する決定である。」¹⁶⁾

「婚姻は、二人の交際に希望を与え、二人がともに生きている間は、一方が他方の世話をするという理解と保証を提供する。」¹⁷⁾

「婚姻による「家族関係の」永続性および安定性は、子どもの最善の利益のために重要である。」¹⁸⁾

「婚姻は、我々の社会秩序の要である。」¹⁹⁾

同性カップルの婚姻を認める理由づけにおいて、Kennedy裁判官は、言葉を尽くして婚姻の重要性を説く。今日においてこれほど婚姻が賞賛されるのは、結婚式のスピーチくらいかもしれない。本判決において、法廷意見は、なぜ婚姻の重要性を説く必要があったのであろうか。この疑問を検討するためには、法廷意見が、どのような道筋をたどって同性婚を承認するに至った

1 4) Windsor, 133 S. Ct. at 2694.

1 5) Laurence H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, 129 HARV. L. REV. 16, 22 (2015).

1 6) Obergefell, 135 S. Ct. at 2599.

1 7) *Id.* at 2600.

1 8) *Id.*

1 9) *Id.* at 2601.

のか、その法的構成を慎重に分析する必要がある。

本稿では、Ⅱにおいて、Obergefell 判決の法廷意見と反対意見の概要を紹介し、Ⅲにおいて、本判決の論理構成を簡単に整理し、若干のコメントを付けたいと思う。

Ⅱ Obergefell v. Hodges 判決の概要²⁰⁾

法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官がとりわけ法学の徒だけでなく、一般の読者に向けて書いたと思われる同性婚の問題の背景・主題と原告のストーリー（事実関係）の部分の「情緒」をあえて残すため、見出しは適宜補うが、順番を入れ換えて整理することはせず、あえて法廷意見の叙述の流れに従って要約する。

1 法廷意見の概要

Kennedy 裁判官が法廷意見を執筆し、これに Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官、Sotomayor 裁判官および Kagan 裁判官が同調した。

憲法は、憲法の〔保護の〕及ぶすべての者に自由を約束している。人が合法的な範囲で己自身を定義し、表現すること、それは自由に含まれる個別の諸権利（certain specific rights）である。本件における上訴人らは、その自由の下、同性の者と婚姻し、その婚姻を異性間の婚姻と同じ条件とする決定を〔裁判所に〕求めている。

これらの事件は、婚姻とは一男性と一女性の結合であると定義している州、ミシガン、ケンタッキー、オハイオおよびテネシー州からもたらされたものである。上訴人らは、14の同性カップルおよび同性のパートナーと死別した2名の男性である。被上訴人らは州の公務員であり、当該法を執行す

〔 20〕 本判決の該当頁は、脚注ではなく本文中の〈 〉内に記す。

る責任を負っている。上訴人らは、婚姻する権利を否定すること、あるいは、他の州で合法的に行われた婚姻につき完全な承認を与えられる権利を否定することにより、被上訴人らは第14修正に違反していると主張する。

上訴人らは、それぞれの州において合衆国連邦地方裁判所に訴えを提起し、いずれの連邦地裁も、上訴人らの訴えを認める判決を下した。被上訴人らは、第6巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。連邦控訴裁は、これらの事件を統合し、連邦地裁の判決を破棄した (DeBoer v. Snyder, 772 F.3d 388 (2014).)。連邦控訴裁は、州に、同性婚を許可する、あるいは、州外で行われた同性婚を承認する憲法上の義務はないと判示した。<slip op. at 1-2, 135 S. Ct. at 2593.>

(1) 争点

連邦最高裁は、問題を2点に限定し、審査を認めた。1点目の問題(ミシガン州およびケンタッキー州)は、第14修正の下、州は、同性の2人に対して婚姻許可証を発行することを要求されるか否か。2点目の問題(オハイオ州、テネシー州およびケンタッキー州)は、州は、同性婚の権利を認めている他の州において許可され、行われた同性婚を承認することを要求されるか否か。

(2) 本件の主題

(a) 婚姻の枢要性

人の歴史の年代記を繙いたならば、その篇首から今日の頁に至るまで、婚姻は人にとり、抜きんでて枢要な地位にある。古より長らく一の男性と一の女性の結合は、すべての者に、その社会的地位によらず、気高さと尊さを約束してきた。婚姻は、宗教に従って生きる者にとっては神聖なものであり、世俗の生活に意味を見出す者にとっては又とない充足を与えるものである。婚姻は、ただの二人をより大きな存在に[押し上げる]。ゆえに、二人の者が結ばれる、そこには一人では見つけることのできない人生がある。婚姻とは、我々の心の奥底の希望と熱望の結晶であり、人のもっとも根源的な欲求から

生ずるものである。

婚姻という制度 (institution) が幾千の時を経て、文明を越えて存在してきたことからすれば、人の条件にとって婚姻が核心であることは意外でも何でもない。歴史開闢以来、見知らぬ他人は、婚姻によって家族と社会において結びつき、親族となった。孔子は、婚姻は統治の根本であると教える²¹⁾。時と場所を隔てて、この智慧を、Cicero (キケロ) は、「*De Officiis* (義務について)」のなかで「社会の絆は、婚姻に始まり、子ども、家族へと連なる」と記す。あらゆる形の芸術および文学が、婚姻の美しさを語るのと同じように、時、文化、信仰を越えて、宗教的および哲学的文章においても、幾度となく婚姻の美しさが述べられてきた。もっとも、これらの言及は、婚姻は性の異なる二人の結合であるという理解に基づいていることを指摘しておく必要があろう。

本件は、この歴史に始まる。そして、被上訴人らは、本件はこの歴史に尽きるという。被上訴人らにとって、婚姻の概念および合法的な地位を同性の二人に拡張することは、悠久の制度を貶めることにほかならない。被上訴人らによれば、婚姻とは、その性質においてジェンダーによって区分される男性と女性の結びつきである。ここ合衆国だけでなく世界中において、合理的で誠実な人々が、善意をもってこの考えを懐抱している (懐抱し続けている)。

上訴人らはこの歴史を認めながらも、本件はこれに尽きるものではないと主張する。もし、上訴人らが、敬愛されてきた婚姻の理念と現実を貶めることを意図しているならば、その主張は違ったものとなるだろう。むしろ、上訴人らの主張の根底にあるのは、婚姻の恒久の枢要性である。上訴人らによれば、核心はここにある。婚姻の価値を下げるどころか、上訴人らは、婚姻を賛美するがゆえに婚姻を求め、婚姻の特権と責任を欲している。そして、上訴人らの同性愛という性質は不変であり (immutable nature)²²⁾、上訴人らにとって、同性婚こそがこの深奥なる誓約 (profound commitment) への唯一

21) 2 Li Chi: Book of Rites 266 (C. Chai & W. Chai eds., J. Legge transl. 1967). 『礼記』の当該箇所の原文は、「愛与敬、其政之本与 (愛情と尊敬は政の根本である)」となっている。

の現実の道である。<slip op. at 3-4, 135 S. Ct. at 2593-2594.>

(b) 上诉人らのストーリー（事実関係）

上诉人たる James Obergefell は、オハイオ州の事件の原告である。彼は、20年以上前に John Arthur に出会った。彼らは恋に落ち、持続的な交際関係 (committed relation) を築き、生活をともにすることになった。しかしながら、2011年、Arthur は、筋萎縮性側索硬化症 (ALS) と診断された。この消耗性疾患は進行性で、治療法はない。Obergefell と Arthur は、2年前、Arthur が死ぬ前に婚姻することを決意し、誓いを交わした。彼らは約束を果たすために、オハイオ州から同性婚を法的に認めているメリーランド州へと旅行した。Arthur にとってその移動は困難なものであったため、2人は、ボルチモアの空港のエプロンに停留中であった医療搬送航空機内で婚姻した。3ヶ月後、Arthur は死去した。オハイオ州法上、Arthur の死亡証明書に生存配偶者として Obergefell を記載することは認められていない。オハイオ州の制定法によって、彼らは死して後も他人のままであり、Obergefell は Arthur と分かたれ、「残されたときを傷を負って」過ごさなければならないことになる。彼は、Arthur の死亡証明書に生存配偶者として明示されることを求めて訴えを提起した。

April DeBoer と Jayne Rowse は、ミシガン州の事件の共同原告である。彼女らは、2007年に、永遠の関係を祝して誓約式を執り行った。彼女らはいずれも看護師の職に就いており、DeBoer は新生児医療部で、Rowse は救急センターで勤務している。2009年、男児を一時的に養育し、間もなく養子として迎えた。同年、彼女らはもう一人の男児を養子として家族に迎えた。その男児は、未熟児で生まれ、生物学上の母に捨てられ、24時間看護が必要であった。翌年、援助が必要な障害を抱える女兒が家族に加わった。しかしながら、ミシガン州では、養子をとることを認められているのは異性婚カップ

22) Kennedy 裁判官は同性愛という性質は不変であるとするが、1995年のコロンビア特別区控訴裁は、「法的問題として、同性愛は不変のもの (immutable) とはいえない」と述べている。See *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307, 349 (D.C.App. 1995).

ルまたは一個人のみであり、したがって、子どもらはそれぞれ DeBoer か Rowse のいずれか一方を法的な親とするしかない。もし急を要する事態が生じた場合、学校および病院は、彼女らの3名の子どもを一人親の子どもとして扱うことになるだろう。そして、もし DeBoer か Rowse のいずれかに不幸があったならば、残された者は、相手の養子となっていた子どもについて何の法的権利も有さないことになる。DeBoer と Rowse のカップルは、彼女らが婚姻していないことにより生ずる先行きへの不安の除去を求めている。

陸軍予備役一等軍曹 Ijpe DeKoe は彼のパートナーである Thomas Kostura と恋に落ちた。彼らは、テネシー州の事件の共同原告である。2011年、DeKoe は、アフガニスタンへの派遣命令を受けた。アフガニスタンへ発つ前に、彼らはニュー・ヨーク州で婚姻した。1週間後、DeKoe は派遣任務に就き、その任務はほぼ1年間に及んだ。彼の帰還後、2人はテネシー州に移り住み、そこで DeKoe は常勤の陸軍予備役として働くことになった。[しかしながら、テネシー州は同性婚を認めておらず、] テネシー州に居住するならば、彼らの合法的な婚姻は奪われ、州境をまたいで旅行する度に復活し、また消滅する。DeKoe は、憲法が保護する自由を守るためにこの国に奉仕しているにもかかわらず、実質的な負担に耐えなければならないのである。

本件の他の上訴人もまた、それぞれに体験を有している。彼／彼女らのストーリーから明らかなこと、それは、彼／彼女らが求めているのは、婚姻を否定することではなく、むしろ、婚姻という絆で結ばれて人生を送ること、あるいは、婚姻という絆で結ばれた配偶者を偲ぶことである。<slip op. at 4-6, 135 S. Ct. at 2594-2595.>

(c) 婚姻の歴史と同性愛

婚姻の古の起源は、婚姻がいかに重要であったかを裏付けるものではあるが、婚姻は、法および社会の発展と隔絶したところに存在しているわけではない。婚姻の歴史は、連綿と続きかつ変化するものの一つである。婚姻という制度は、(異性間に限定されとしても)時代の流れとともに進化している。

[時とともに変化してきた婚姻についての]新しい見解は、婚姻の制度を強

めこそすれ、弱めるものではない。婚姻に対する理解の変化は、実際、まさにこの国に特有の姿を表している。この国では、[ある問題についての] 嘆願や抗議に始まり、続いて[その問題が] 政治の領分と司法手続において検討されることを通じて、自由の新たな側面が新たな世代に示されるのである。

この動態 (dynamic) は、ゲイとレズビアンの権利をめぐるこの国の経験に見ることができる。20世紀の中葉まで、多くの西洋諸国では、国自体が、同性愛行為を不道德なものとして非難してきた。往往にして、この信念は刑事法に具現化された。まさに何よりもこのことが原因で、多くの人は、同性愛者が自らのアイデンティティに尊厳を有しているとはみなさなかった。[そのため、] 同性カップルの心の内なる宣言 (a truthful declaration) が語られることはなかった。第2次世界大戦後には、同性愛者の人間性と品位が認識されたが、それでもなお、ゲイとレズビアンの尊厳は正当な主張であるかという議論は、法および遍く行き渡った社会慣習の両方において、対立を生んだ。多くの州において、依然、同性愛行為は犯罪とされた。ゲイとレズビアンは公職に就くことを禁じられ、兵役から締め出され、移民法の適用から排除され、警察の捜査の対象とされ、交際する権利に負担を課せられた。

さらに、20世紀の大部分を通じて、同性愛は病気として扱われた。[しかし、] 20世紀の末には、著しい文化的小よび政治的發展に伴い、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った。この發展を受けて、政府および民間の両方において[同性愛が] 幅広い議論の的となり、[同性愛に対する] 人々の姿勢はより寛容なものへと变化した。結果として、程なくゲイとレズビアンの権利についての問題が裁判所にもたらされ、[同性愛が] 公式に法のディスコースにおいて議論されることになったのである。

本法廷は、*Bowers v. Hardwick* 判決において初めて同性愛者の法的地位について詳細に検討を行い、同性愛行為を犯罪とするジョージア州の法を合憲とした。[しかし、] それから10年後、*Romer v. Evans* 判決 (517 U.S. 620 (1996)) において本法廷は、同性愛者に対する保護を妨げるコロラド州の憲

法の修正を無効とした。その後の2003年には *Lawrence v. Texas* 判決において本法廷は、同性愛行為を犯罪とする法は、「同性愛者の人生を貶める」ものであると判示して、*Bowers* 判決を覆した。

こうした背景の下、同性婚の法的問題が生じたのである。1993年、ハワイ州最高裁は *Baehr v. Lewin* 判決 (852 P.2d 44 (Haw. 1993)) において、婚姻を異性カップルに限定するハワイ州の法は、性に基づく区分であり、ハワイ州の憲法上、厳格審査に服すると判示した。この判決は同性婚を認容することを命ずるものではなかったが、いくつかの州は、その影響を懸念し、それぞれの州法において、婚姻は異性のパートナーの間における結合であるとする定義を再確認した。そして、1996年、連邦議会もまた、婚姻防衛法 (DOMA) を制定し、すべての連邦法の目的において、婚姻とは、「夫たる一の男性と妻たる一の女性との間の法的結合のみ」を意味すると規定した。

[同性婚をめぐる] この広がりを見せる新しい議論は、他の州では異なる結論を導いた。2003年、マサチューセッツ州最高司法裁判所は、州憲法は同性カップルに婚姻する権利を保障していると判示した (*See Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003).)。この判決の後、他のいくつかの州でも司法ないし立法手続を通じて同性カップルに婚姻する権利が認められた。2013年、本法廷は、*United States v. Windsor* 判決において、州において認められた同性婚を連邦政府が法的に有効なものと扱うことを禁ずる限りにおいて、DOMA を無効とした。本法廷は、同性カップルが「欲しているのは、彼／彼女らが交わした誓約を、子の前で、家族の前で、友人の前で、コミュニティの前で肯定されることである」が、DOMA は、彼／彼女らを誹謗するものであり、認容することはできないと判示した。

近年、きわめて多くの事件が合衆国の連邦控訴裁に届いている。本件の控訴審のほか1件 (*See Citizens for Equal Protection v. Bruning*, 455 F.3d 859, 864-868 (8th Cir. 2006)) を除き、連邦控訴裁は、婚姻から同性カップルを排除することは憲法に違反すると判示している。同性婚に向き合う連邦地裁判決の多くは、同性カップルの婚姻は認められなければならないと判示している。

何年にもわたる訴訟、州民投票および一般議会制定法に伴う議論を経て、今や同性婚を認める州と認めない州とに二分されている。<slip op. at 6-10, 135 S. Ct. at 2595-2597.>

(3) デュー・プロセス条項

第14修正のデュー・プロセス条項の下、州は、「法の適正な手続によらずして、人の生命、自由または財産を奪ってはならない」。本条項が保護する基本的自由には、権利章典²³⁾に定められる権利の多くが含まれる (See *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 147-149 (1968).)。加えて、それらの自由は、個人の尊厳と自律 (autonomy) の中核をなす一定の私的な選択 (personal choices) にまで及び、個人のアイデンティティと信念を定義する親密な [関係の] 選択もこれらの自由に含まれるのである (See, e.g., *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484-486 (1965).)。

基本的権利を明らかにし、保護することは、司法が憲法を解釈するにおいて不朽の義務である。しかしながら、この責務は、「何らかの定式を導出することではない」 (*Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 542 (1961) (Harlan, J., dissenting).)。むしろ、裁判所は、州によって尊重される、個人の基本的な利益を認定するにおいて合理的な判決を下さなければならない。See *id.* この過程において指針となるのは、憲法の規定のなかでも、特定の内容を要求するのではなく、より広い原則を示すものについての分析に関連してなされた多くの同様の検討である。歴史と伝統は、この審査に指針を与え、この審査を規律するものではあるが、その限界を画するものではない (See *Lawrence*, 539 U.S. at 572)。この方法により、過去のみに支配されることなく、我々の歴史を尊重し、歴史から学ぶことで現在 [を考えることができる]。

不正義はえてして、その時代に生きる者の目には見えないものである。権利章典および第14修正を書き、批准した人々は、自由の範囲を知悉している

23) 合衆国憲法第1修正から第10修正までの規定のこと。

とは考えていなかったからこそ、将来の世代に、自由の意味を学びながら、自由を享有する権利を保護する憲章を委ねた。新たな知見によって、憲法の核心的保護と一般に容認されている法的制限との間の不一致が明らかとなった場合には、自由を求める主張に向き合わなければならない。

これらの確立した原理 (tenets) を適用し、本法廷は、長きにわたり婚姻する権利は憲法によって保護されると判示してきた。Loving v. Virginia 判決 (388 U.S. 1 (1967)) において連邦最高裁は全員一致で、異人種間の結合の禁止を無効とし、婚姻は、「自由人が平穩に幸福を追求するために欠くことのできない至要たる人的権利の一つである」と判示した。本法廷は、Zablocki v. Redhail 判決 (434 U.S. 374 (1978)) においてこの判決を再確認し、養育費を滞納している父親の婚姻を禁止することは婚姻する権利に負担を課するものであると判示した。本法廷は、Turner v. Safley 判決 (482 U.S. 78 (1987)) において再びこの原則を適用し、在監者に婚姻を許可することを制限する規則は、婚姻する権利を減じるものであると判示した。多年にわたりその他の文脈においても、本法廷は、デュー・プロセス条項の下、婚姻する権利は基本的 [権利] であると繰り返し述べている。

[ただし、] 本法廷が婚姻する権利を謳った判例は、異性のパートナー間の関係を前提としていた。多くの制度がそうであるように、本法廷もまた、その時代およびその世界の定義に依って立つ。同性カップルを婚姻から排除することは実質的な連邦問題ではないと判示した、1972年の Baker v. Nelson 判決 (409 U.S. 810 (1972)) の一行の略式決定 (summary decision) は、このことを如実に示している。

しかし、他方、より示唆に富む先例が存在する。本法廷の判例は、憲法の原則をより広い範囲で表明している。婚姻する権利を定義するにおいて、これらの判例は、[婚姻の] 歴史、伝統、そして、この [婚姻という] 親密な絆に固有の他の憲法上の自由 に依拠して、この権利の本質的な性質を見出す (See, e.g., Lawrence, 539 U.S. at 574; Turner, 482 U.S. at 95; Zablocki, 434 U.S. at 384; Loving, 388 U.S. at 12; Griswold, 381 U.S. at 486.)。そして、本法廷は、その

判例の効力および理論的根拠が同性カップルに適用されるか否かを判断するにおいて、なぜ婚姻する権利が長きにわたり保護されてきたのか、その根本的な理由を尊重しなければならない (See, e.g., *Zablocki*, 434 U.S. at 453-454; *Poe*, 367 U.S. at 542-553 (Harlan, J., dissenting).)。

この分析によれば、同性カップルは婚姻する権利を行使することができるという結論に帰着せざるをえない。[以下で] 議論する4つの原則と伝統 (principles and traditions) は、婚姻する権利が憲法上の基本的権利であることの理由につき、同性カップルにも同等の効力が適用されることを証明するものである。 <slip op. at 10-12, 135 S. Ct. at 2597-2599.>

① 個人の自律

第1に、本法廷の関連する先例は、婚姻についての私的な選択の権利は、個人の自律の概念に固有のものであることを前提 (premise) としている。婚姻と自由の分ちがたい連関ゆえに、*Loving* 判決は、デュー・プロセス条項の下、異人種間の婚姻の禁止を無効としたのである (See *Loving*, 388 U.S. at 12; see also *Zablocki*, 434 U.S. at 384.)。避妊、家族関係、出産および育児に関する選択は、いずれも憲法によって保護される。そして、個人が「選択する」ことのできるもっとも親密「な関係」こそが、婚姻に関する決定である。

婚姻の本質は、不朽の絆によって結ばれることにより、二人の者がともに、表現、親密性および精神性といった他の自由を発見できることにある。このことは、その者の性的指向にかかわらず、すべての者にとって真実である (See *Windsor*, 570 U.S. at ___, 133 S. Ct. at 2693-2695.)。二人の男性または二人の女性が婚姻しようとするとき、[二人の] 絆には尊厳が存し、彼／彼女らが「婚姻という」深奥なる選択をするとき、[二人の] 自律には尊厳が存する (Cf. *Loving*, 388 U.S. at 12.)。 <slip op. at 12-13, 135 S. Ct. at 2599.>

② 親密な結びつき

第2に、本法廷の判例法は、婚姻する権利が基本的「権利」であること「を明らかにしている」。揺るぎない交際関係にある個人にとって婚姻はもっと

も重要であり、いかなるものにもまして二人の結合を支持する。このことは、既婚のカップルが避妊具を使用することを憲法上の権利として認めた *Griswold v. Connecticut* 判決の核心をなす (*Griswold*, 381 U.S. at 485.)。Griswold 判決が示唆するところ、婚姻は、「権利章典よりも古い」権利である。Griswold 判決は、婚姻を次のように説明する。

「婚姻によって、二人は良いときも悪いときも一つになり、願わくは永遠に、神聖なほどに親密になる。では、婚姻とは、いかなる結びつきであろうか。人の生きる道を前へ促すものであって、大義ではない。生きる上での調和であって、政治的信条ではない。双務的忠誠であって、商業的または社会的事業ではない。しかし、婚姻による結びつきは、我々の先のいずれの判決における「人の結びつき」にも劣らぬ、崇高な目的を有している。」(*Id.* at 486.)

そして、Turner 判決において本法廷は再び、在監者であっても婚姻する権利を否定されることはないと判示し、親密な結びつきは、この権利によって保護されることを確認した (*See Turner*, 482 U.S. at 95-96.)。かくして、婚姻する権利は、「互いの誓いによって己自身を定義することを願う」カップルに尊厳を授ける (*Windsor*, 570 U.S. at ___, 133 S. Ct. at 2689.)。呼びかけてもそこに誰もいない孤独。人は、婚姻によってこの普遍的な恐怖に対処する。婚姻は、二人の交際に希望を与え、二人がともに生きている間は、一方が他方の世話をする (care) という理解と保証を提供する。本法廷が *Lawrence* 判決において判示したように、同性カップルは、異性カップルと同じく、親密な結びつきを享受する権利を有する。(<slip op. at 13-14, 135 S. Ct. at 2599-2600.>

③ 子どもと家族

第3に、婚姻する権利を保護することの根拠は、婚姻によって、子どもと家族を守り、そのために、育児、出産および教育という婚姻に関係する権利から意味を引き出すことにある。本法廷は、多様な権利を一体のものとして説明することで、これらの連関を認識している。すなわち、「『婚姻し、家庭を築き、子どもを育てる』権利は、デュー・プロセス条項によって保護され

る自由の核心部分である」(Zablocki, 434 U.S. at 384.)。いくつかの州法の下では、婚姻により子どもおよび家族のために与えられる保護の一部は、具体的な[意味を有する]。しかし、婚姻は、より深奥な利益を与えるものでもある。子どもの両親の関係性に承認と法的構成を与えることによって、婚姻は、「子どもが自身の家族の一体性と親密さ、および、子どものコミュニティーや日々の生活における他の家族との調和を理解すること」を可能にする(Windsor, 570 U.S. at ___, 133 S. Ct. at 2694-2695.)。さらに、婚姻による[家族関係の]永続性および安定性は、子どもの最善の利益のために重要である。

婚姻から同性カップルを排除することは、婚姻する権利の核心をなす前提に抵触する。婚姻が与える承認、安定性および予測可能性がないことで、子どもは、自分の家族がどういう訳か劣位にあることを知り、そのスティグマに苦しむ。子どもは、また、未婚の両親に育てられることによって、重大な具体的損害にも苦しめられ、全く自分の落ち度ではないにもかかわらず、より困難で不確かな家族生活を送ることを余儀無くされる。したがって、本件において問題となる婚姻法は、同性カップルの子どもを傷つけ、辱めるものである(See Windsor, 570 U.S. at ___, 133 S. Ct. at 2694-2695.)。[ただし、このことによって、]子どものいない、あるいは、子どもを持っていない者にとって、婚姻する権利の意味が失われるわけではない。<slip op. at 14-16, 135 S. Ct. at 2600-2601.>

④ 法的・社会的秩序

第4に、本法廷の判例および合衆国の伝統から明らかなように、婚姻は、我々の社会秩序の要(keystone)である。Maynard v. Hill 判決(125 U.S. 190 (1888))において本法廷は、婚姻は「家族および社会の基礎であり、婚姻なくして文明化も進歩もあり得ない」と述べた。Maynard 判決曰く、婚姻は長らく、我々の国家組織全体を性格づける主要な公的制度であった。この考えは、婚姻の制度が時とともに実質的に発展し、親の同意、ジェンダー、人種のように、かつては多くの人が本質的であると考えていた規則が廃止されても、繰り返し述べられてきた。婚姻は、なおも我々の国家共同体の礎石の一

つである。

カップルが互いに支え合うことを誓うように、社会もまたカップルを支えることを約定し、〔婚姻という〕結合を保護し、育成するために、象徴的承認と具体的利益を与える。州は、法的小および社会的秩序の多くの面において婚姻の制度をその核心に据えることにより、婚姻する権利の基本的性格に寄与している。この原則に関して、同性カップルと異性カップルとの間に違いはない。しかし、制度から排除されることで、同性カップルは、州が婚姻と関連づける一連の給付を否定される。この損害は、ただ単に具体的負担を生じさせるだけではない。同性カップルは、多くの異性カップルが生きていく上で耐えられないと考えるような不安定な状態にさらされる。何よりも州自身が婚姻に重要性を与えることで、婚姻を価値あるものとして扱うがゆえに、同性カップルを〔婚姻という〕地位から排除することは、ゲイとレズビアンは重要な点において同等ではないと教える効果を有する。州が、ゲイとレズビアンを合衆国の社会の核心的制度から締め出すとするならば、それは、彼／彼女らを貶めること以外の何ものでもない。同性カップルもまた、婚姻の何にも勝る目的を熱望し、もっとも高い意味においてそれを達成することを求めることができる。<slip op. at 16-17, 135 S. Ct. at 2601-2602.>

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、今日、このような考えが、婚姻する基本的権利の核心的意味に一致しないことは明白である。そうであるならば、同性カップルを婚姻する権利から排除する法は、我々の憲章（basic charter）において禁じられる類のステイグマを課し、権利を侵害するものであると認識しなければならない。

これに対して、被上訴人らは、基本的権利については「『注意深い説明（careful description）』」を要求する *Washington v. Glucksberg* 判決（521 U.S. 702 (1997)）を参照し、上訴人らが求めているのは、婚姻する権利を行使することではなく、「同性婚の権利」という新しい、存在しない権利であると主張する。たしかに、*Glucksberg* 判決は、デュー・プロセス条項の下における自

由は、特定の歴史的な実行を基準として、もっとも限定的な方法で定義されなければならないと主張する。しかし、[Glucksberg 判決]のアプローチは、当該事件（医師の補助による自殺）のような場合には適切であったかもしれないが、本件における婚姻および親密性を含む、その他の基本的権利について議論するにあたり本法廷が用いるアプローチとは整合しない。Loving 判決、Turner 判決および Zablocki 判決は、いずれも包括的な意味において婚姻する権利について審査し、ある関連するクラスをその権利から排除することに十分な正当化事由が存在するかを問うている。本件にはこの原則が適用される。もし、権利が過去にそれを行使した者によって定義されるならば、容認された実行はそれ自身を正当化し続け、新たな集団は、かつて否定された権利を援用できないことになる。本法廷は、婚姻する権利およびゲイとレズビアンの権利の両方について、そのようなアプローチを否定している（*See Loving*, 388 U.S. at 12; *Lawrence*, 539 U.S. at 566-567.）。

歴史と伝統に照らし、婚姻する権利は基本的権利であるが、権利というのは古来の源にのみ由来するのではない。憲法の命ずるところ、権利は、我々自身の時代においてもなお現下の急務である自由をいかに定義するかについて熟慮することからも生ずる。同性婚を間違いであるとする人の多くは、品位ある、尊敬すべき立派な宗教的または哲学的前提に基づいてそのように考えているのであり、そのように考える人あるいはその信念を誹謗するわけではない。しかし、その真摯で、個人的な反対が、ひとたび制定法および公けの政策となることで、結果として自身の自由を否定された者は程なく貶められ、スティグマを課される。必然的な帰結として、州が、このような排除にお墨付きを与えることになる。憲法の下、同性カップルは、婚姻において同性カップルと同じ法的扱いを求めており、彼／彼女らのこの権利を否定することは、彼／彼女らの選択を誹謗し、彼／彼女らの人間性を傷つけるものである。<slip op. at 17-19, 135 S. Ct. at 2602.>

(4) 平等保護条項

同性カップルの婚姻する権利は、第14修正が約束する自由の一部であると同時に、修正条項における法の平等な保護に由来するものである。デュー・プロセス条項と平等保護条項は深くつながり合っているが、それぞれ独自の原則を定めている。自由に内在する権利と平等保護条項によって保障される権利は異なる命令（precepts）に基礎をおいており、常に同一というわけではない。しかし、それぞれの原則が、一方の意味および射程を知るのに有益な場合もある。この2つの原則の相互関係は、我々が、自由とは何であって、どのようなにならなくてはならないのかを理解することを促進する。<slip op. at 19, 135 S. Ct. at 2602-2603.>

婚姻する権利に関連する本法廷の判例は、この動態を反映している。Loving 判決において本法廷は、平等保護条項およびデュー・プロセス条項の下、異人種間の婚姻を禁ずることは無効であると判断し、「人種による区分のみを理由として婚姻する自由を制限することは、疑いなく、平等保護条項の核心的意味に違反する」と述べた（*Loving*, 388 U.S. at 12.）。そして、平等保護条項との関連性ゆえに、異人種間の婚姻の禁止は自由の核心的命令に反すると判示した。曰く、「制定法のなかに人種による区分を定めるならば、第14修正の中心である平等の原則が直接的に覆される。そのような支持することのできない根拠に基づいて、この基本的自由を否定することは、州の市民のすべてから法のデュー・プロセスによらずして、自由を奪うものにほかならない」。異人種間の結合を禁ずる法に起因する侵害を完全に認識し、理解することにより、なぜ婚姻が基本的権利なのか、その理由が明白で説得的になる。<slip op. at 19-20, 135 S. Ct. at 2603.>

さらに、Zablocki 判決は、2つの保護の間の相乗効果（synergy）を説明する。Zablocki 判決において本法廷は、養育費を滞納している父親が法的承認なしに婚姻することを妨げる法を無効とする根拠として、平等保護条項を援用した。平等保護の分析の核心部は、婚姻を禁ずる当該法を「基本的に重要な」権利に負担を課すものであるとする Zablocki 判決の判示によって決定

づけられる (*Zablocki*, 434 U.S. at 383.)。<slip op. at 20, 135 S. Ct. at 2603.>

事実、本法廷は、平等保護条項を解釈するにあたり、我々のもっとも基本的な制度のうちにおいて、かつては気づかれず、疑問を抱かれることもなかったような正当な理由のない不平等が、新たな知見および社会的理解によって明らかとなることを認識している。一例を挙げると、婚姻に関しては1970年代および1980年代にこのことが起こった。婚姻中の妻の身分についての法理 (doctrine) が徐々に力を失っていたにもかかわらず、婚姻における性に基づく不公平な区分は、20世紀を通じてありふれていた。これらの区分は、男性と女性の尊厳の平等を否定するものであった。新たな認識に依拠して、本法廷は、婚姻に性に基づく不平等を課す法を無効とした。これらの先例は、*Loving* 判決および *Zablocki* 判決のように、平等保護条項は、憲法上の自由および平等の命令を立証することで婚姻の制度における不平等を見出し、それを正すのに役立つことを証明している。

Lawrence 判決において本法廷は、ゲイとレズビアンの法的扱いの文脈において、憲法上の「デュー・プロセス条項と平等保護条項」による保護は、重なり合う性質のものであることを認めた (*See Lawrence*, 539 U.S. at 575.)。いかにも *Lawrence* 判決はデュー・プロセス条項の観点から検討を行ったが、ゲイおよびレズビアンが生活する上での親密な関係を州が法により処罰することに起因する不平等が引き続き存在することを認め、その是正を求めた。*See id.* それゆえに、*Lawrence* 判決は、ゲイとレズビアンの権利を定義および保護するために、自由の原則とともに平等の原則に依拠し、州は、「彼・彼女らの私的な性行為を犯罪とすることによって、彼／彼女らの存在を貶める、あるいは、彼／彼女らの運命を支配することはできない」と判示した (*Id.* at 578.)。<slip op. at 20-22, 135 S. Ct. at 2603-2604.>

この動態は、同性婚にも適用される。今日、本件における「同性カップルを婚姻から排除する」法が同性カップルの自由に負担を課すものであることは明白であり、さらに、「そのような法は」平等の核心的命令を弱めるものであることを認めなければならない。被上訴人らが執行せんとする婚姻法は、

その本質において平等なものではない。すなわち、同性カップルは、異性カップルが与えられるすべての給付を否定され、基本的権利を行使することを妨げられる。

以上の検討より、婚姻する権利は、人の自由に固有の基本的権利であり、第14修正のデュー・プロセス条項および平等保護条項の下、同性カップルは、その権利および自由を奪われることはないとの結論に至る。ここに本法廷は、同性カップルは婚姻する基本的権利を行使することができると判示する。もはや同性カップルがこの自由を否定されることはない。今や *Baker v. Nelson* 判決は覆されなければならない。そして、上诉人らによって争われている州法は、異性カップル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。(<slip op. at 22-23, 135 S. Ct. at 2604-2605.>

(5) 民主的過程における同性婚

これらの判例においては、慎重に、さらなる立法、訴訟および討議を待つて進めた方がよいとする見方も強いかもしれない。被上诉人らは、婚姻の定義という根本的な争点について決定するには、まだ民主的なディスコースが十分ではないと警告する。本件の原審たる連邦控訴裁によれば、被上诉人の州は、同性婚を許可する前に、さらなる公的な議論および政治的施策を待つことが適切であるという (*See DeBoer*, 772 F.3d at 409.)。

しかし、この問題についての議論は十分に熟している。数えきれないほど多くの研究、論文や書籍、そのほか一般向けおよび学術的著作が存在している。それだけでなく、州民投票が行われ、立法において審議され、草の根運動が展開されている。州および連邦の裁判所には、豊富な訴訟の蓄積がある。本件において両当事者およびその訴訟代理人がそれぞれ主張した意見は、同性婚およびその意味についてのここ数十年にわたる、より一般のおよび社会的な議論を反映している。本件に100を超えるアミカス・キュリイの意見が提出されたことから明らかなように、アメリカでの生活の基盤をなす制度の

多く（州および地方公共団体、軍隊、大小の企業、労働組合、宗教団体、法執行機関、市民グループ、専門的団体および大学）が、この問題を注視している。[同性婚の]問題に対する理解の深まりは、ここに至り、憲法上の問題として解決を提示する議論に反映されている。

我々の憲法システムの動態のなかで、個人は、その基本的権利を主張するのに立法措置を待つ必要はない。権利を侵害された個人に対して、国の裁判所は開かれている。裁判所は、権利を侵害された個人が、我々の憲章において保護されるところの、自身の直接の私的な利害関係を立証するための場である。たとえ幅広い公衆の同意が得られなくとも、たとえ立法府が法の制定を拒もうとも、彼または彼女が損害を受けたとき、その個人は、憲法が保護する権利を援用することができる。同性婚の擁護者が、現在、民主的過程においてモメンタムを有しているか、または、欠いているかは重要ではない。本件において争われているのは、憲法が同性カップルの婚姻する権利を保護するか否かという法的問題である。

基本的権利を認め、保護するために、本法廷が慎重なアプローチを採用することを求められたのは、本件が初めてではない。Bowers 判決においては、5対4の僅差で同性愛行為を犯罪とする法を是認した（*See Bowers*, 478 U.S. at 186, 190-195.）。民主的過程（democratic process）のなかで、ゲイとレズビアンの権利が検討の俎上に載って幾ばくもない段階では、そのようなアプローチも慎重な支持であると考えられたかもしれない。しかし、事実上、Bowers 判決は、ゲイとレズビアンの基本的権利を否定する州の行為を是認し、彼／彼女らに痛みと辱めを与えた。Bowers 判決の反対意見から明らかなように、正しい判示に必要な事実および原則は、Bowers 事件当時の法廷の知るところのものであった（*See id.* at 199 (Blackmun, J., jointed by Brennan, Marshall, and Stevens, JJ., dissenting); *id.* at 214 (Stevens, J., jointed by Brennan and Marshall, JJ., dissenting)）。Lawrence 判決が、Bowers 判決は「判決の当ても誤って」たと判示した理由はまさにここにある（*Lawrence*, 539 U.S. at 578.）。畢竟 Bowers 判決は Lawrence 判決において退けられたが、その間、彼／彼女

らは損害を受け、その権利侵害は、Bowers 判決が覆された後も消えることはない。ペンの一撃をもってしても、尊厳の傷を必ずしも治癒できるわけではないのである。ここで同性カップルに反対する決定を下したならば、またしても手遅れになる。Bowers 判決と同様、そのような決定は、第14修正の下で正当化できるものではない。上訴人らのストーリーは、本法廷に提示された問題の緊急性を明らかにしている。<slip op. at 23-25, 135 S. Ct. at 2605-2606.>

また、被上訴人らは、同性カップルの婚姻を認めることは、制度としての婚姻を毀損し、ひいては、異性婚の減退を招くと主張する。その理由は、被上訴人らの論ずるところ、同性婚を許可することで自然懐胎と婚姻との間の連関が切断されることにある。しかしながら、この議論は、婚姻と養育に関する異性カップルの意思決定過程と直観的に相いれない見解に基礎をおいている。婚姻するか否か、あるいは、子どもを養育するか否かについての決定は、個人的な、ロマンティックで、現実の多くの考慮に基づいており、同性カップルが婚姻できるからといって、異性カップルが婚姻を選択しないと結論づけることは非現実的である (See *Kitchen v. Herbert*, 755 F.3d 1193, 1223 (10th Cir. 2014).)。被上訴人らは、同性婚を認めることにより有害な結果が引き起こされるとする結論の根拠を証明していない。本件について適切に述べるならば、本件は、[婚姻に] 同意している二人の大人の権利に関するものであり、二人が婚姻することによって、彼／彼女ら自身、または、第三者が損害を受ける危険は全くない。<slip op. at 26-27, 135 S. Ct. at 2606-2607.>

最後に、ここで強調しなければならないことは、宗教、そして、宗教上の教義を信奉する者は、そのきわめて真摯な信念の下に、神聖な教えに従って、同性婚を宥恕すべきではないとの主張を続けてもよいということである。宗教団体や個人が、[宗教上の] 原則を教えようとするとき、第1修正は、これに保護を与えることを保障する。[宗教とともにある者にとって、] それらの原則は、まさに生活と信仰の充足であり核心である。そして、長らく敬愛してきた家族構成を続けることこそ、自身の深い熱望のまさに体现であり心髄

である。[宗教以外の] 他の理由で同性婚に反対する者についても同じことができる。その代わりに、宗教的信念の問題としてであれ、世俗的信念の問題としてであれ、同性婚を認めることが適切である、または、同性婚は実に不可欠であると信ずる者は、そうは思わない者と公開の場で討議することができる。しかしながら、憲法は、州が、異性カップルと同じ条件において同性カップルの婚姻を禁ずることを許すものではない。<slip op. at 27, 135 S. Ct. at 2607.>

(6) 結語

また、本件においては、憲法は、州に、州外で合法的に行われた同性婚を承認することを要求するか否かという問題も提示されている。Obergefell と Arthur の事件および DeKoe と Kostura の事件が示すように、[同性婚の] 承認の禁止は、同性カップルに実質的で継続的な損害を与える。

ある州においては婚姻しているにもかかわらず、他の州ではその合法的な婚姻を否定されるということは、「もっとも厄介で悩ましい問題」の一つである (Williams v. North Carolina, 317 U.S. at 287, S. Ct. at 299 (1942).)。現在の状況を放置したならば、不安定で不確かな [状態が] 持続し、さらに進行することになる。あるカップルが家族や友人を訪ねて隣の州にいつも通りドライブしただけで、州境をまたいでいる間に、万が一、配偶者が入院でもしようものなら、そのカップルは忽ち深刻な困難に見舞われる危険を覚悟しなければならない。多くの州が既に同性婚を認めているという事実、そして、何十万もの同性婚が既に行われているという事実と照らせば、[同性婚の] 承認の禁止によって引き起こされる混乱は、重大であり、ますます甚大になる。

被上訴人の訴訟代理人が口頭弁論において認めたように、憲法上、州は、同性カップルの婚姻を許可することを要求されるならば、他の州で行われた婚姻の承認を拒否する正当化の根拠は崩れる。本判決において本法廷は、いずれの州においても、同性カップルは婚姻する基本的権利を行使することができる」と判示する。したがって、本法廷はまた、州が、同性という性格を理

由として、他の州において合法的に行われた同性婚の承認を拒否することに、何ら合法的な根拠は存在しないと判示しなければならず、ここに判示する。<slip op. at 27-28, 135 S. Ct. at 2607-2608.>

* * *

婚姻ほどに深奥な人と人との結合はない。なぜか。婚姻が具現するのは、愛情、貞操、献身、犠牲、そして、家族の至高の精神だからである。婚姻という結合を形成することによって、二人は、かつての二人よりもはるかに大きな存在となる。本件の上訴人らのなかのある者が身をもって証明しているように、婚姻は、死でさえも分かつことのできない〔二人の間の〕愛情を具現する。〔上訴人ら〕が婚姻の意義を軽んじているのではないか、と言うことは、彼／彼女らに対する誤解である。上訴人らの訴えは、まさしく〔婚姻〕を尊重するものにほかならず、深く尊重するがゆえに、彼／彼女らは、自らも〔婚姻〕を実現することを求めている。彼／彼女らは、孤独のうちに生きることを強いられず、文明のもっとも古い制度の一つである〔婚姻〕から排除されないことを希望している。彼／彼女らが希求しているのは、法の下の平等な尊厳である。憲法は、彼／彼女らにその権利を与えている。

よって、第6巡回区連邦控訴裁判決を破棄する。<slip op. at 28, 135 S. Ct. at 2608.>

2 Roberts 首席裁判官の反対意見

Roberts 首席裁判官の反対意見には、Scalia 裁判官および Thomas 裁判官が同調した。

上訴人は、社会政策と公平の考慮に根差した強い主張を展開している。同性カップルは、その愛と誓約にも、異性カップルと全く同じように承認が与えられるべきであると主張する。この主張は、否定しがたい力を有している。ここ6年間、11の州およびコロンビア特別区の有権者と立法者は、同性の二人の婚姻を認めるように法を改正してきた。

しかし、本法廷は、立法府ではない。同性婚が善い考えであろうがなかろうが、そんなことは我々のあずかり知るところではない。憲法の下、裁判官は法が何であるかを述べる権限を有しているが、法の何たるべきかを述べる権限を有してはいない。憲法を批准した人々が裁判所に授与したのは、「権力でも意思でもなく、ただ判断」する権限にすぎない (THE FEDERALIST No. 78, p. 465 (C. Rossiter ed. 1961) (A. Hamilton).)。

婚姻を同性カップルにまで広げる政策の議論は、どうしても必要になるかもしれないが、そのような法的議論が必要かということそんなことはない。婚姻する基本的権利は、州に婚姻の定義を変更させる権利を含むものではない。我々の憲法は、婚姻の原理を何一つ規定していない。同性婚を婚姻に含めるように婚姻を広げることも、婚姻の歴史的な定義を保持することも、それは州の人民の自由である。しかしながら、本日、本法廷は、異例の一步を踏み出し、同性婚を許可および承認することをあらゆる州に命じた。この判決を喜ぶ人は多いであろうし、私は、彼／彼女らの祝福を妬むつもりは毛頭ない。しかし、人の統治ではなく、法の統治 (government of laws) を信ずる者にとって、多数意見のアプローチは深い失望を禁じ得ないものである。同性婚の支持者は、[これまで、] 民主的な手続を通じて、市民を説得することに相当な成功を取ってきた。しかし、それも本日までである。5名の裁判官は、討議を打ち切り、憲法上の問題として自身の婚姻観を制定した。人民の手からこの問題を掠め取ることは、いっそう受容しがたい劇的な社会の変化を招き、同性婚に暗い影を落とすであろう。多数意見は、意思の決定 (act of will) であって、法的判断ではない。多数意見が表明した権利は、憲法にも本法廷の先例にも根拠を有していない。

裁判官は、自身の選好 (preference) と法の要求 (requirement) とを混同する誘惑に駆られることがある。しかし、本法廷が、我々の歴史を通じて論じてきたように、憲法は、「基本的に異なる考えを持つ人々のために存在する」 (Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 76 (1905) (Holmes, J., dissenting).)。したがって、「裁判所は、立法の知恵や政策には関与しない」 (Id. at 69 (Harlan, J.,

dissenting).)。今日の多数意見は、この司法の役割の抑制的概念を蔑ろにした。憲法は、[同性婚の] 問題 [の判断を] を人民に委ねている。[にもかかわらず、同性婚の] 問題について人民が丁々発止の議論をしているまさにその最中に、多数意見は、その問題を横取りしたのである。そして、多数意見は、憲法学の中立的な原則 (neutral principles) に基づくのではなく、自身が理解するところの、「自由とは何であって、どのようにならなくてはならないのか」に基づいて、この問題に答えた。

私がこの反対意見において述べるのは、婚姻の制度を、同性婚を含むように変更すべきか否かについてではない。我々の民主共和国において、[同性婚の問題の] 決定は、選ばれし代表を通じて行動する人民に委ねられるべきか、あるいは、偶偶、法に従って法的紛争を解決する権限を授与される地位にある5名の法律家に委ねられるべきかについてである。<slip op. at 1-3, 135 S. Ct. at 2611-2612.>

(1) 婚姻の定義

我々の先例の下、婚姻する権利は憲法によって保護され、州は、婚姻法を平等に適用することを要求される。本件における真の問題は、「婚姻」を構成するものは何か、より正確に言うならば、「婚姻」を構成するものは何かを決めるのかは誰かである。

多数意見が認めるように、婚姻は、「幾千の時を経て、文明を越えて存在してきた」。幾千の時を経て、文明を越えて、常にいずこにあっても、「婚姻」の意味する関係はただ一つ、すなわち、「婚姻」とは、一の男性と一の女性の結合である。一の男性と一の女性の結合という、この普遍的な婚姻の定義は、歴史的偶然ではない。婚姻は、政治運動、発見、災害、戦争、宗教上の教義またはその他の原動力によって生じたものではない。有史以前にゲイとレズビアンを排除することを決定したことに起因するものではないことも確かである。婚姻は、元来、[人の] 生命にとっての必要を満たすために生じたのである。すなわち、一生をともにする二人が、父として母として、安定した状

態で子どもを育てることを約束する。そこに子どもが生まれる。婚姻は、[この子どもと父および母の関係]を保障するのである。かかる婚姻の概念を支持する前提は、きわめて基本的なものであり、[あえて]明確に表現する必要もない。人類は、生存するために子孫を残さなければならない。子孫を残すには、男性と女性との間に性交渉がなければならない。性交渉によって妊娠したならば、その子どもにとって、一般的に、父と母は別の道を歩むよりも、ともに歩む方がよい。したがって、子どもと社会の利益のために、子どもを授かることにつながる性交渉は、持続的な絆を約束した男女の間でのみ行われるべきである。社会は、この絆を婚姻として承認している。我々の歴史を通じて、合衆国に定着している婚姻の理解は、ただこの一つのみである。

憲法それ自体は、婚姻について何も言うておらず、憲法起草者らは、「夫と妻の家庭関係についての事項はすべて」州に委ねていた (*Windsor*, 570 U.S. ___, 133 S. Ct. at 2691 (quoting *In re Burrus*, 136 U.S. 586, 593-594 (1890))). 建国当初は、そして、我々の歴史においてほんの数十年前までは、すべての州が、伝統的な、生物学に根差した考え方によって婚姻を定義していたことに争いはない。本件の4つの州に典型的なように、それらの州法は、州になる前も州になった後も、婚姻を一の男性と一の女性の結合として扱っている (*See DeBor*, 772 F.3d at 396-399.). 州法が明確に定義していなかったとしても、誰もその意味するところを疑いはしなかった (*See Jones v. Hallahan*, 510 S.W.2d 588, 589 (Ky. App. 1973)). 「婚姻」の意味するところは、言うまでもなかったのである。もちろん、それを言う人も多い。Noah Webster は、その最初の辞典において、婚姻を「一の男性と一の女性の生涯にわたる法的な結合」であり、「両性のふしだらな肉体関係を防ぎ」、家庭の貞操を促進し、子どもの扶養と教育を保障する目的にかなうものと定義した (1 AN AMERICAN DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE (1828)). 19世紀の重要な著作では、婚姻は「市民的地位 (civil status) であり、異なる性に基づいて、市民のおよび社会的目的のために、一の男性と一の女性が生涯にわたって法的に結合することに存するもの」と定義された (J. BISHOP, COMMENTARIES ON THE LAW OF MARRIAGE AND

DIVORCE 25 (1852).)。Black's Law Dictionary の初版は、婚姻を「生涯にわたって法的に結合した一の男性と一の女性の市民的地位」と定義した (BLACK'S LAW DICTIONARY 756 (1891).)。

多数意見が記すように、見合い、夫・妻の法的一体性、あるいは、人種といったいくつかの側面において婚姻は時とともに変化している。しかしながら、一の男性と一の女性の結合という、婚姻の構造の中心は些かも変化していない。

たしかに11の州およびコロンビア特別区は、同性カップルを含むように婚姻の定義を変更し、5つの州の最上級裁判所はそれぞれの州憲法の下で同様の結果を命じている。それ以外の州は「なおも」婚姻の伝統的な定義を保持している。[原審たる] 連邦控訴裁判決は、「ゲイのカップルを含めるために婚姻の定義を広げる」ことに賛成する民主的な「モメンタム」を認めながらも、上訴人らは、「婚姻の定義を憲法問題にすることも、建国以来、州の有権者の手にある問題を取り去ることも」説明できてはいないと結論付けた (*De-Boer*, 772 F.3d at 396, 403.)。この判決は憲法を正しく解釈するものであり、私は「この連邦控訴裁判決」を支持する。<slip op. at 4-9, 135 S. Ct. at 2612-2615.>

(2) デュー・プロセス条項

多数意見は、ほぼ全面的にデュー・プロセス条項に依拠するが、多数意見のアプローチは、実のところ、原則および伝統に根拠づけられてはおらず、言うなれば、*Lochner v. New York* 判決 (198 U.S. 45 (1905)) のように評判の悪い判決を性格づける、裁判所による政策決定 (judicial policymaking) という節操の無い (unprincipled) 伝統に根拠づけられている。煌めくレトリックの上辺をふき取ったならば、多数意見の議論は、すなわち、デュー・プロセス条項は、同性カップルに婚姻する基本的権利を与える、なぜなら、それが彼／彼女らおよび社会にとって善いことであるから、というものである。私が立法者であるなら、社会政策の問題として、この問題を検討するだろう。しかし、私は裁判官であり、憲法学の問題として多数意見の主張を擁護する

ことはできない。<slip op. at 9-10, 135 S. Ct. at 2615-2616.>

(a) 実体的デュー・プロセス

上訴人らが主張する「基本的権利」は、憲法の司法判断のもっともセンシティブな範疇に入る。上訴人らは、州の婚姻法が、修正第1条によって保護される表現の自由のように、憲法に列挙される権利を侵害すると主張しているのではない。そうではなく、上訴人らは、第14修正によって保護される黙示の権利の侵害について議論している。列挙されていない権利のうち、どれが基本的権利であるかを、選挙によらない連邦裁判官が選び出すこと（そして、その決定に基づいて州法を無効にすること）を認めることは、司法の役割に明白な懸念を生じさせる。したがって、我々の先例は、裁判官が、黙示の基本的権利を見出すにあたっては、「デュー・プロセス条項によって保護される自由が、本法廷の裁判官の政策的な選好に変質してしまうことのないよう」、最大限の注意を払うことを要求している（*Glucksberg*, 521 U.S. at 720.）。

本法廷が苦難の道の末に得た教訓は、実体的デュー・プロセスという強力な薬の投与には抑制的である必要があるということである。本法廷は、*Dred Scott v. Sandford* 判決（19 How. 393 (1857)）において初めて実体的デュー・プロセスを適用し、奴隷制度を制限する立法は奴隷所有者の黙示の権利を侵害するとして、ミズーリ協定は無効とした。[*Dred Scott* 判決において] 本法廷は、「合衆国の特定の領域に入った、または、持ち込んだというだけで、合衆国の市民からその自由と財産を奪う制定法は、法のデュー・プロセスの名に値しない」と主張した。それに対し、多数意見より長生きすることになる *Curtis* 裁判官の反対意見は、法の解釈を規律する規則を捨て去り、憲法の意味を個人の意見が支配することを許すならば、我々は、人の統治に服し、ある者に自身の考えるあるべき憲法を宣言する権限を与えることになる」と説明した。

Dred Scott 判決は、南北戦争の後の憲法修正によって覆されたが、デュー・プロセス条項へのこのようなアプローチは、20世紀初頭の一連の判決において再び姿を表す。もっとも名高い *Lochner* 判決において本法廷は、

製パン業の従業員の労働時間に上限を設定するニュー・ヨーク州法は、「我々の判断において、保健衛生法として必要または適切であるとする合理的な根拠はなく」、「個人の自由に対するお節介な干渉」であり、「人の自由と契約の自由に対する過度の干渉」であるとして、これを無効とした。Harlan 裁判官の反対意見は、製パン業の従業員の健康についての立法の関心からすれば、ニュー・ヨーク州法は合理的な反応と考えることができ、少なくとも討議および率直な意見の相違の余地があると説明した。〔また、〕Holmes 裁判官は、多数意見の結論は、国民の多数に受け入れられていない経済理論を採用することを要求するものであるが、「第14修正は Herbert Spencer 氏の社会静学 (Social Statics) を制定したものではない」と述べた。Lochner 判決以降の数十年間、本法廷は200近い法を個人の自由を侵害するものとして無効にしたが、それに対して、たびたび強力な反対意見は、「合憲性の基準は、当該法が公共善のためのものであると我々が信ずるか否かにあるのではない」と主張した (Adkins v. Children's Hospital of D.C., 261 U.S. 525, 570 (1923) (Holmes, J., dissenting).)。権限ある裁判官が、自身の政策判断を憲法上保護される「自由」の地位にまで高めたために、Lochner 判決と同一線上にある判例においては、「もはや裁判所を一立法機関とみなすよりほかない」〔状況に陥った〕(L. HAND, THE BILL OF RIGHTS 42 (1958).)。結局、本法廷は自らの誤りを認め、もう繰り返さないことを誓った。Lochner 判決の誤りを繰り返すことを避けるために、我々の現代の実体的デュー・プロセスの判例は、「司法の自己抑制 (judicial self-restraint)」の必要性を強調している (Collins v. Harker Heights, 503 U.S. 115, 125 (1992).)。我々の先例において、黙示の基本的権利となるには、「客観的にみて、合衆国の歴史と伝統に深く根差すものであり」、そして、「それが犠牲となったならば、自由も正義も存在しないような、秩序ある自由の概念に内在するもの」であることが要求される (Glucksberg, 521 U.S. at 720-721.). <slip op. at 10-15, 135 S. Ct. at 2616-2618.>

(b) Lochner 判決への回帰

多数意見は、この法理上の背景を全く認めていない。なぜか。その理由は

簡単である。すなわち、[多数意見の] 実体的デュー・プロセスの積極的な適用は、数十年にわたる先例と完全に決別し、本法廷を *Lochner* 判決の節操の無いアプローチに回帰させるものだからである。

多数意見は、主として婚姻する基本的権利について議論する先例に依拠する (*Turner*, 482 U.S. at 95; *Zablocki*, 434 U.S. at 383; *see Loving*, 388 U.S. at 12.)。[しかし、] それらの判決において問題となった法は、いずれも一の男性と一の女性の結合という婚姻の定義の中心を変更することを意図するものではなかった。「婚姻する権利」の判例は、重要ではあるが、伝統的に定義された婚姻の利用を特定の場合に制限することが法のデュー・プロセスに違反するという限定的な命題を支持するにすぎない。これらの先例は、州の婚姻の定義を変更させるような権利については、何も言っていない (*See Windsor*, 570 U.S. at ___, 133 S. Ct. at 2715 (Alito, J., dissenting).)。<slip op. at 15-17, 135 S. Ct. at 2618-2619.>

多数意見は、婚姻する権利を特徴づける「より示唆に富む先例が存在する」と提案する。完全に明らかなわけではないが、この言及は、黙示の基本的権利たる「プライバシーの権利」を議論する一続きの判例を指していると思われる。しかし、*Lawrence* 判決および他のいずれの判決も、本件において上訴人が主張する権利を支持しない。なぜなら、上訴人らは、プライバシーを求めているわけではないからである。全く逆に、上訴人らは、彼／彼女らの関係性の公的な承認と、それに伴う対応する政府の給付を求めている。<slip op. at 17-18, 135 S. Ct. at 2619-2620.>

結局のところ、多数意見の方法論を支持する先例は、*Lochner* 判決においてほかにない。個人の自律についての多数意見の無責任な概念は、*Lochner* 判決が述べるところの、「個人が彼自身の労働に関して、私的に、彼の権限において契約を締結する自由の一般的権利」に重なる。本日の判決は、同性カップルは婚姻することを欲しており、彼／彼女らの婚姻する権利を否定することは、彼／彼女らの選択を誹謗し、彼／彼女らの人間性を傷つけるものであるのだから、同性カップルが婚姻することを認めるべきであるとする多

数意見の信念にのみ立脚している。その信念に道徳哲学の問題としていかなる力があるとも、それは、Lochner 判決において採用された裸の政策的な選好にすぎず、憲法に根拠を有するものではない。<slip op. at 19-21, 135 S. Ct. at 2621-2622.>

多数意見は、同性カップルを含めるように婚姻を広げたとしても、二人が婚姻することによって、彼／彼女ら自身、または、第三者が損害を受ける危険は全くないと主張する。この主張もまた、Lochner 判決が、「[当該] 法は、公共の安全、道徳および福祉に関係するものではなく、[当該] 法によって公共の利益は少しも影響を受けない」という評価に依拠したことに重なる (Lochner, 198 U.S. at 57.)。かつて今も、この「損害原則 (harm principle)」の主張は、法よりはむしろ哲学に関連する。しかし、裁判官の任務は、見せかけ (pretense) の「デュー・プロセス」の下に、[本件および Lochner 判決が主張するような] 考えを市民に押し付けることを正当化する、特別の道徳的、哲学的または社会的知見を与えない。

多数意見のようにデュー・プロセスを理解することは、本法廷の裁判官に、もどかしい将来像を提示する。すなわち、もし、有史以来の不変の社会制度をもってしても、裁判所による政策決定を抑制することができないのならば、一体、何が [抑制] できるのであろうか。このアプローチは、法の支配にとって危険である。<slip op. at 21-23, 135 S. Ct. at 2622-2623.>

(3) 平等保護条項

多数意見は、平等保護条項に基づく請求を真剣に検討していない。率直に言って、多数意見の議論の道筋は理解しがたい。どうやら多数意見の [理由づけ] の核心は、平等保護条項とデュー・プロセス条項との間には相乗効果があること、および、いくつかの先例が、片方の条項に依拠するとともにもう片方の条項にも依拠していることにあるようである。しかし、多数意見は、平等保護条項が別個の重要性を提供するものであることを説明する一文さえ提示できていない。そればかりか、解決する必要のない憲法問題に口をはさ

むことを正当化しようともしていない (See *Northwest Austin Municipal Util. Dist. No. One v. Holder*, 557 U.S. 193, 197 (2009)). いずれにせよ、本件における婚姻法は、平等保護条項に違反するものではない。なぜなら、異性カップルと同性カップルの区分は、「伝統的な婚姻制度を維持する」という「正当な州の利益 (legitimate state interest)」と合理的関連性を有するからである (*Lawrence*, 539 U.S. at 585 (O'Connor, J., concurring in judgment)). <slip op. at 23-24, 135 S. Ct. at 2623-2624.>

(4) 司法の役割

多数意見は繰り返し、社会の変化を伝える (deliver) 司法の役割を称揚する。多数意見の言によれば、「自由の新たな側面を新たな世代に示す」責任を負うのは、人民ではなく裁判所である。同性婚についての公的な討議を放棄する記述にこそ、多数意見の極端な司法権の優越の概念がもっとも顕著に示されている。

我々の国の建国者は、司法の役割についての多数意見の概念を認めることにはないであろう。我々の民主主義において、法の内容についての討議は、裁判所がその意思を押し付けることができるようになる前に尽くしていなければならない要件ではない。「テレビのクイズ・ショーのように、立法部と行政部を座らせて、制限時間内に問題が解決されなかったら、次は、連邦の司法部がブザーを押して、解決策を考案する。憲法がそのようなものでないことは確かである」(Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEXAS L. REV. 693, 700 (1976)). 権利を創り出すには、連邦の裁判所は、切れ味の悪い道具である。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。

おそらく、本日の判決のもっとも残念な側面は、多数意見の義務感が翻って、多数意見の側に与しない者を傷つけることである。多数意見が繰り返し述べるように、婚姻の伝統的な定義を成文化する法が、同性カップルを「貶め、スティグマを課す」というのであれば、我々の歴史的な婚姻の理解に従

うアメリカ人は、ゲイとレズビアンに隣人に「尊厳の傷」を負わせているというのだろうか。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、多数意見の「熟慮」を共有しない者は頑迷であるかのように表現することは別物である。<slip op. at 24-29, 135 S. Ct. at 2624-2626.>

もし、あなたの性的指向がどうであれ、あなたが、同性婚を広げること賛成する多くのアメリカ人の一人であるならば、諸手を挙げて今日の判決を祝福すればよい。宿願を果たしたことを祝福すればよい。パートナーとの誓約を新たに表現できる機会を祝福すればよい。新しい利益を手にしたことを祝福すればよい。しかし、憲法を祝福してはならない。憲法は、同性婚と全く関係ないのだから。<slip op. at 29, 135 S. Ct. at 2626.>

3 Scalia 裁判官の反対意見

Scalia 裁判官の反対意見には、Thomas 裁判官が同調した。

本法廷 [が本日下した判決] は、アメリカの民主主義に対する脅迫である。

本日の判決の決定 (decree) は、私にとってさしたる私的な重要性はない。法は、いかなる性的関係や生活形態であれ、望みのままにそれを婚姻として認めることができ、そして、税の扱いから相続の権利に至るまで、好ましい民事上の結果 (civil consequences) を与えることができる。そのような民事上の結果 (および婚姻証明という名の公的な承認) は、ひょっとすると社会的に悪影響を与えることもあるかもしれないが、多くの他の論争的な法ほどに悪影響を与えることはない。従って、法が婚姻について何と言おうが、私にとって特別に重要ではない。しかしながら、私を支配するのは一体誰か、ということきはきわめて重要である。本日の判決の決定は、私の支配者 (Ruler)、そして、東海岸から西海岸までの 3 億 2000 万人のアメリカ人の支配者は、連邦最高裁の 9 名の法律家の多数派であると言うのである。法廷意見は、本法廷の主張するところの、憲法およびその修正条項が言及していない「自由」を

創り出す権限を際限なく、想像し得る限り拡大する。選挙によって選ばれたわけではない9名の合議による憲法の改正には、(本日のように)常に、自由に対する大げさな賞賛が付きものである。[しかしながら、]こうした実行は、人民のもっとも重要な自由を奪う。それは、1776年の独立宣言において主張し、革命によって勝ち取った自由、すなわち、自ら統治する自由 (the freedom to govern themselves) である。<slip op. at 1-2, 135 S. Ct. at 2626-2627.>

本法廷がこれに終止符を打つまで、同性婚をめぐる公的な討議は、アメリカの民主主義を最良の形で表していた。双方は、熱烈に、しかし、敬意を持ってそれぞれの考えが受け入れられるよう、市民を説得しようとしていた。11の州の有権者は婚姻の伝統的な定義を広げることを選択し、他の多くはそうしないことを決めた。これこそまさに、我々の統治制度の本来の姿である (Schuette v. BAMN, 572 U.S. at __, ___, 134 S. Ct. 1623, 1636-1637 (2014) (plurality opinion).)。

1868年に第14修正が批准されたとき、すべての州は婚姻を一の男性と一の女性に限定しており、そうすることの合憲性を疑う者はいなかった。本件への解答はこれに尽きる。「法の適正な手続」や「法の平等な保護」といった、憲法のあいまいな規定の意味を決定するにあたり、その規定を批准した人々は、批准の後に、その規定が、普遍的に受け入れられており、かつ論争の対象にもなっていない実行をも禁ずるものになるとは理解していなかったことは明らかである。我々は、第14修正の文言 (text) によって明白に禁止されておらず、修正条項の批准以来、長きにわたる伝統に支持されてきた実行を無効とすることはできない。<slip op. at 2-6, 135 S. Ct. at 2627-2629.>

なんとも驚くべきは、本日の司法のクーデター (judicial Putsch) に見受けられる甚だしい思い上がり (hubris) である。多数意見を構成する5名の裁判官は、修正14条が批准されてから2003年にマサチューセッツ州が同性婚を許可するまでの135年間、すべての州が憲法に違反していたと結論づけてさぞ心地良いことだろう。[多数意見の5名]は、第14修正のなかに、その批准時に生きていたすべての人が、その後今日に至るまでのほとんどの人が見落と

していた「基本的権利」を発見したのである。

多数意見は、その内容が尊大だけでなく、その文体も自惚れている。同意意見や反対意見に多少の行き過ぎた思想と表現 (thought and expression) が含まれることと、本法廷の公式な意見にそのような思想と表現が含まれることとは全く別物である。<slip op. at 6-9, 135 S. Ct. at 2629-2630.>

時に、思い上がり (hubris) は、過ぎたる慢心 (o'erweening pride) と定義される。知つての通り、滅亡の前には慢心がある (pride goeth before a fall)。司法部は、連邦の三つの部門のなかで「もっとも危険ではない」。なぜなら、[連邦の司法部] は、「権力も意思も持たず、ただ判断するだけであり、そして、最終的には、その判決の有効性までも行政部門 (executive arm)」および州の「助けに依存する」からである。一つ一つの判決が、適切に人民の手に委ねられている問題を奪い、一つ一つの判決が、あからさまに法ではなく、本法廷のぎりぎりの過半数が言うところの「道理をわきまえた判断」を根拠とするそのたびに、我々は己の無力さを噛みしめる。<slip op. at 9, 135 S. Ct. at 2631.>

4 Thomas 裁判官の反対意見

Thomas 裁判官の反対意見には、Scalia 裁判官が同調した。

本法廷の本日の判決は、憲法と一致しないばかりか、我々の国を成り立たせる原則に反するものである。1787年よりずっと前から、自由 (liberty) は、政府の給付を受ける権利ではなく、政府の行為からの自由 (freedom) であると理解されてきた。我々の国の建国者らは、そのような自由の理解を守るために憲法を作り上げたのである。しかし、多数意見は、多数意見が保護しようとする自由を決定するために、建国者らが認識してはいなかった「自由」の名において憲法を援用した。そのなかで、多数意見は、独立宣言にこめられた、人間の尊厳は生得のものであるという考えを拒否し、代わりに、人間

の尊厳は政府に由来するものであると提案する。このように我々の憲法を歪めることは、その文言を無視するものであるだけでなく、我々の共和国における個人と州との間の関係をも反転させるものである。

私は、他の「機会に」、デュー・プロセス条項を実体的権利の前線として扱うことが、いかに危険な機能を有するかを説明してきた（*McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742, 811-812 (2010) (Thomas, J., concurring in part and concurring in judgment).）。憲法の文言は、人の生命、自由または財産を奪う前にいかなる「手続」が「適正であるか」を保障しているにすぎず、「デュー・プロセス条項から実体的権利を導くことは、」この憲法の文言を歪めるものである。裁判官は、まさに本件の多数意見のように、「『基本的権利』についての個人的な見解だけを手がかりに、憲法の大原則の其処彼処を徘徊する」に至る（*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 953, 965 (1992) (Rehnquist, J., concurring in part and dissenting in part).）。

上訴人らの主張によれば、有権者の投票による修正を通じて伝統的な婚姻の定義を州憲法に刻印することによって、州は、同性婚の問題を「通常の民主的な手続の手の届かないところ」に退けているという。しかし、上訴人らが求める結果の方がはるかに非民主的である。上訴人らが本法院の9名の裁判官に求めているのは、彼／彼女らの婚姻の定義を連邦憲法に刻印し、そうして通常の民主的な手続の手の届かないものとするものである。<slip op. at 1-3, 135 S. Ct. at 2631-2632.>

あくまで仮に、実体的デュー・プロセスの法理が正当と認められたとしても、上訴人は権利を主張できない。デュー・プロセス条項の保護を援用するためには、「実体的」または「手続的」デュー・プロセスのいずれの理論の下においても、当事者は、まず、「生命、自由または財産」を奪われていることを明らかにしなければならない。多数意見は、本件において問題となる州法は上訴人らの「自由」を奪うものであると主張するが、多数意見が呼び出した「自由」の概念は、デュー・プロセス条項において用いられる「自由」という語の妥当な意味と似ても似つかない。

「自由」のもっとも妥当な定義の下、上訴人は、同性愛を理由として、州によって収監されている、または、身体的に拘束されていると主張することはできない。それどころか、上訴人らは、無事に共同生活を送り、子どもを育てることができる。同性婚を認めている州において民事婚の式を行うことができるし、すべての州において私的に聖職者の前で挙式することもできる。国中を自由に旅行することができるし、好きな場所に居を構えることができる。拘禁されているわけでも、身体的に拘束されているわけでもなく、上訴人らは、彼／彼女らが適当と思うように人生を送ることに誰も干渉しない。上訴人らが求めているのは、同性愛関係を結び、肉体関係を持ち、公的な儀式においてパートナーと誓いを交わし、宗教的な結婚式を執り行い、婚姻していると公示し、または、子どもを育てることを制限しないよう州に命ずることではない。州は、そのような制限を課してはいない。

そうではなく、州は、上訴人らに対する政府の給付を拒否しているのである。上訴人らは、「自由 (liberty)」の問題として、政府のみが与え得る特権と給付を利用する権利を有すると主張する。しかし、政府からの承認および給付を受けることと、建国者らが認識していた「自由」をいかに理解するかは全く関係ない。哲学の問題として、自由は、政府の行為からの自由 (freedom) のみであり、政府の給付を受ける権利ではない。そして、憲法上の問題として、それよりもさらに狭く、自由は身体的拘束および収監からの自由のみを包含する。<slip op. at 4-13, 135 S. Ct. at 2632-2637.>

多数意見の決定は、我々の国が長きにわたり守らんとしてきた信教の自由を脅かすものである。我々の社会において、婚姻は単なる統治上の制度であるだけでなく、宗教上の制度でもある。本日の判決は、前者に変更を迫るものであるかもしれないが、後者を変えることはできない。とりわけ、個人と教会が同性カップルの民事婚に関与し、それを支持することを要求されるような状況においては、二つの意思が衝突することは避けがたいであろう。<slip op. at 13-17, 135 S. Ct. at 2637-2639.>

我々の憲法は、その前の独立宣言と同様、純然たる事実に基づいている。すなわち、自由、そして言うまでもなく尊厳は、国〔の手〕から守られるものであり、国〔の手〕により与えられるものではない。本日の判決は、その真実を放棄している。望ましい結果を性急に得ようとするあまり、多数意見は、「適正な手続」に重点を置く条項を、実体的権利を与えるものとして誤って適用し、その条項が保護する「自由」のもっとも妥当な理解を無視し、合衆国の建国の礎たる原則を歪める。本判決は、憲法と我々の社会に計り知れない影響を及ぼすであろう。<slip op. at 17-18, 135 S. Ct. at 2639-2640.>

5 Alito 裁判官の反対意見

Alito 裁判官の反対意見には、Scalia 裁判官および Thomas 裁判官が同調した。

本件における問題は、同性婚について州がいかにすべきかではなく、憲法が同性婚の問題に答えるか否かである。そして、憲法がその問題に答えることはない。憲法は、その問題についての決定をそれぞれの州の人民に委ねている。

憲法は同性婚の権利について何ら述べていないにもかかわらず、本法廷は、第14修正のデュー・プロセス条項の「自由」という語はその権利を包含すると判示した。我々の国は、すべての人は自由に対する不可譲の権利を有しているという原則の上に成り立っているが、自由という語は多義的である。自由は、古典的リベラルにとっては、現在は政府の規制によって制限される経済的権利を含むかもしれない。社会民主主義者にとっては、政府によるさまざまな給付を含むかもしれない。そして、本日の多数意見にとっては、際立ってポストモダンな意味を有する。

5名の選挙によって選ばれたわけではない裁判官が、個人的な自由観をアメリカの人民に押し付けることを妨げるために、本法廷は、デュー・プロセス条項の下における自由は、「合衆国の歴史と伝統に深く根差す」権利のみを

保護するものと理解されるべきであると判示してきた (*Glucksberg*, 521 U.S. at 720-721.)。そして、同性婚の権利がそのような権利でないことは論を俟たない (*See Windsor*, 570 U.S. at ___, 133 S. Ct. at 2714-2715 (Alito, J., dissenting)). 本日の多数意見は、同性婚の権利が、深く根差すものではなく、長きにわたり築き上げられた伝統に反することは問わず、それが基本的権利であると「多数意見が」信ずるというただそれのみを理由として、憲法上の保護を与える権限を主張する。<slip op. at 1-3, 135 S. Ct. at 2640-2641.>

多数意見のように、婚姻することを選択するという個人の幸福に重点を置いて婚姻を理解することは、今日多くの人に共有されているところではあるが、伝統的な理解ではない。何千年もの間、婚姻は、異性カップルのみがなし得る行為、すなわち、出産と密接に関連している。この婚姻の伝統的な理解が、今日の人々の耳に響かないとすれば、それは、婚姻と出産をつなぐ紐が切れかかっているからである。例えば、今日、この国の40%の子どもが未婚女性を母として生まれている。我々の社会における婚姻の理解が変化していることの原因と結果は、疑いなく、このような「社会状況の」推移にある。21世紀のアメリカにおいて、多くの人にとって婚姻の属性は変化している。その一方、同性婚を認めたくない州は、婚姻の伝統的な理解を未だ断念してはいない。それらの州は、古き理解を公式に放棄することによって、婚姻のさらなる衰退を招くのではないかという危惧を抱いている。州が、この国および文化的背景の似ている国々においてだけでなく、世界中のありとあらゆる国々や文化において長きにわたり定着している理解を堅持することを否定するような権限は、本法院にはない。<slip op. at 3-6, 135 S. Ct. at 2641-2642.>

当然のことながら、ほとんどのアメリカ人が、同性婚についてどのような考えを持っているかによって、本日の判決に歓声を上げ、あるいは、失望するであろう。しかし、同性婚についてどのような考えを持っているかにかかわらず、全アメリカ人が心配すべきことは、多数意見が主張するような権限「を裁判所に与えた」、その先にある。<slip op. 6-8, 135 S. Ct. at 2642-2643.>

Ⅲ 同性婚における価値判断：「平等」と「自由」

Windsor 判決の法廷意見が最後に記しているように、同判決は、「州の婚姻法によって人間性および尊厳を保護されている人々を誹謗し、その権利を侵害するという目的および効果に勝る正当な目的を有するものではないことから、[DOMA] は無効である。このような保護を取り払うことを求め、これらの人々の婚姻生活を尊重されないものとして扱うことによって、[DOMA] は、第5修正に違反する」と判示したのであって²⁴⁾、同性婚を認めない州法を違憲としたわけではない²⁵⁾。したがって、同性婚を認めない州法についての法的判断は持ち越されたままだった。

1 Obergefell 判決の法的構成

(1) 法廷意見

大要、本判決の論理構成を整理すると次のようになる。

本判決がその冒頭に「憲法は、……すべての者に自由 (liberty) を約束している」という一文を掲げていることから明らかなように、本判決は、「自由」をいかに理解するかに重点をおいている。

第14修正の、いわゆるデュー・プロセス条項は、「州は、法の適正な手続によらずして、人の生命、自由または財産を奪ってはならない」と規定する。

24) Windsor, 133 S. Ct. at 2696.

25) Windsor 判決と同じ日に、連邦最高裁は、同性婚を禁ずるカリフォルニア州の憲法改正 (Prop. 8) に関する Hollingsworth v. Perry 判決 (570 U.S. __, 133 S. Ct. 2652 (2013)) を下している。同事件では、原告が Prop. 8は違憲であるとして連邦地裁に訴えを提起したところ、州の当局が Prop. 8を擁護しなかったために、同性婚に反対して州民投票を発案した者らが訴訟参加していた。連邦地裁は Prop. 8を違憲と判断し、第9巡回区連邦控訴裁も原判決を維持した。しかしながら、連邦最高裁は、控訴審における州民投票を発案した者らの当事者資格を否定した。穴戸・前掲注13) 158-159頁；根本・前掲注13) 189-194頁；中曾久雄「アメリカにおける同性愛、同性婚に関わる憲法上の問題の考察」愛媛法学会雑誌41巻3・4合併号(2015年) 117-118頁。

本条項が保護する基本的自由には権利章典に定められる権利に加えて、個人の尊厳と自律の中核をなす一定の基本的権利も含まれる。この基本的権利を明らかにし、保護することは、裁判所の「不朽の義務」である。連邦最高裁はこれまで、「婚姻の自由」は、デュー・プロセス条項によって保護される基本的権利の一つであると判示してきた。これらの「婚姻の自由」に関する先例を分析することにより、同性カップルも婚姻する権利を行使することができる理由を示す4つの原則と伝統が導かれる。①婚姻を私的に選択する権利は、一個人の自律の概念に固有のものであること。②二人が「親密な結びつき」を形成するために、婚姻はもっとも重要であること。③婚姻は、育児、出産および教育に関係するものであり、子どもと家族を守るために必要であること。④婚姻は、社会秩序の要であること。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、今日、このような考えは、婚姻する権利の核心的意味に一致しない。

次に、第14修正の、いわゆる平等保護条項は、「州は、その権限内にある者から法の平等な保護を奪ってはならない」と規定する。デュー・プロセス条項と平等保護条項は深くつながり合っており、常に同一というわけではないが、2つの保護の相乗効果によって、かつては気づかれず、疑問を抱かれることもなかったような正当な理由のない不平等を発見することができる。平等保護条項は、婚姻の制度における不平等を見出し、それを正すのに役立つ。同性カップルを婚姻から排除する州法は、その本質において平等ではない。

以上より、第14修正のデュー・プロセス条項および平等保護条項の下、同性カップルから婚姻する基本的権利を奪う州法は無効である。

(2) 反対意見

Roberts 首席裁判官は、法廷意見の法的構成を包括的に批判する。まず、婚姻の定義はただ一つ、すなわち、一の男性と一の女性の結合であると述べる。そして、婚姻は、元来、一生をともにする二人が、父として母として、安定した状態で子どもを育てるためのものとして理解されてきたとする。

Roberts 首席裁判官によれば、時代を経てもなお、一の男性と一の女性の結合という、婚姻の構造の中心は些かも変化していないという。法廷意見は第14修正のデュー・プロセス条項に全面的に依拠するが、憲法に列挙されない黙示の権利を見出すにあたっては、最大限の注意を払わなければならない。Roberts 裁判官は、この実体的デュー・プロセスのアプローチは抑制的である必要があるとして、法廷意見は、初めて実体的デュー・プロセスを適用した Dred Scott 判決およびその後の Lochner 判決の誤りを繰り返すものであると述べる。法廷意見が依拠する先例は、特定の場合に婚姻を制限することが法のデュー・プロセスに違反すると判示したものであり、いずれも婚姻の定義の中心を変更するものではない。Roberts 首席裁判官の考えるところ、同性カップルが婚姻することを認めるべきであることの理由づけは、裸の政策的な選考にすぎず、憲法に根拠を有するものではないという。また、同性婚を禁止する州法は、伝統的な婚姻制度を維持するという正当な州の利益に関連するものであり、平等保護条項に違反するものではないとする。次に、Roberts 首席裁判官は、法廷意見は極端な司法権の優越を示しているとして、司法の役割を限定的に理解する。

Scalia 裁判官にとって、本判決は「アメリカの民主主義に対する脅迫」であり、「司法のクーデター」であるという。Scalia 裁判官も司法の役割を限定的に理解し、法廷意見が主張するように憲法およびその修正条項が言及していない「自由」を裁判官が創り出すことは、人民のもっとも重要な自由を奪うものであり、合衆国の統治制度において、本件は州の政治部門に委ねられるべきであるとする。Scalia 裁判官曰く、第14修正が批准されたとき、すべての州は婚姻を一の男性と一の女性に限定しており、そうすることの合憲性を疑う者はいなかったという事実が本件への解答である。

Thomas 裁判官の考える「自由」は、法廷意見の「自由」とは異なる。Thomas 裁判官によれば、合衆国の建国者は、政府の行為からの自由を守るために憲法を作り上げたのである。そもそもデュー・プロセス条項から実体的権利を導くことは、憲法の文言を歪めるものである。さらに、婚姻は単な

る統治上の制度であるだけでなく、宗教上の制度でもあり、本判決は、合衆国が長きにわたり守らんとしてきた信教の自由を脅かすものであるとする。

Alito 裁判官は、デュー・プロセス条項の下における自由は、「合衆国の歴史と伝統に深く根差す」権利のみを保護するものであり、同性婚の権利はそのような権利ではないと述べる。

2 同性婚の法的構成における「平等」と「自由」

本稿では、本判決の法的構成を読み解くために、同性婚を法的に承認するに至る道筋を考えてみよう。さしあたり、次の2本の道筋について検討する。①婚姻の承認において同性カップルに対する差別があってはならない。②婚姻の承認において同性カップルは異性カップルと同じ権利を有する。①は婚姻の「平等 (equality)」の問題であり、②は婚姻の「自由 (liberty)」の問題である²⁶⁾。

①の道筋の手がかりは、異人種間の婚姻を禁ずる州法を違憲とした1967年の *Loving v. Virginia* 判決において示されている。この事件では、ヴァージニア州に居住する黒人女性と白人男性の Loving が、コロンビア特別区において法的に婚姻し、婚姻の直後に Loving が一人でヴァージニア州に戻ったところ、異人種間の婚姻を禁ずるヴァージニア州法に違反したとして起訴された²⁷⁾。Loving 判決は、当該州法は、我々が否定するところの「白人至上主義 (White Supremacy)」を維持するためのものであり、人種差別のほかにそれを覆すような正当な目的はないとして、「人種による区分のみを理由として婚姻する自由 (freedom) を制限することは、疑いなく、平等保護条項の核心的意味に違反する」と判示した²⁸⁾。その上で、同判決は、「婚姻の自由 (freedom) は、自由人が平穩に幸福を追求するために欠くことのできない至

26) See Kenji Yoshino, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, 129 HARV. L. REV. 147, 148 (2015).

27) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 2-3 (1967). 当時、ヴァージニア州は、異人種間の婚姻を禁じ、刑事罰を課す州法を定める16の州の一つであった。Id. at 6.

要たる人的権利の一つである」として、当該州法はデュー・プロセス条項にも違反すると述べた。

Lawrence v. Texas 判決において、O'Connor 裁判官の結果同意意見は、第14修正の平等保護条項は、本質的に、等しき者はそのように扱われるべきであることを命じているとする。O'Connor 裁判官によれば、当該テキサス州法は、同性間のソドミー行為のみを刑事罰の対象とし、異性間の行為については対象としておらず、法の下に不平等 (unequal) であり、当該州法の効果として、すべての同性愛者に犯罪者の烙印を押す。テキサス州は、当該州法の目的は道徳の普及という正当な政府の利益であると主張するが、当該法は同性間のソドミー行為を犯罪とするテキサス州の願望にほかならない。道徳的な否認のみを根拠としてある集団の人々に犯罪者の烙印を押す州法は、憲法および平等保護条項の価値に反するものである²⁹⁾。

この O'Connor 裁判官の結果同意意見に対して、Kennedy 裁判官による法廷意見は、㊸の道筋につながる手がかりを示す。Kennedy 裁判官は、「本件の問題は、第14修正のデュー・プロセス条項 [が保障する] 自由 (liberty) の下、[同性愛者らは、] 成人として自由に私的行為を行うことができるか否かにある」と位置づける。そして、成人は、ある者の権利を侵害する、または制度を濫用するような関係でなければ、自宅や私生活という制限のなかで関係を選択することができ、自由人として尊厳を保持することができる³⁰⁾。憲法が保護する自由は、このような選択の権利を同性愛者に認めている。続けて、平等保護条項については、異性間の行為も刑事罰の対象とすることで当該州法が延命される可能性を回避するため、デュー・プロセス条項についてのみ審査するとする。ただし、Kennedy 裁判官は、平等な扱いとデュー・プロセスの権利は重要な点において関連していると述べる³¹⁾。

Loving 判決 (および Lawrence 判決の O'Connor 裁判官の結果同意意見) が、

28) *Id.* at 11-12.

29) *Lawrence*, 539 U.S. at 579-585 (O'Connor, J., concurring in the judgment).

30) *Id.* at 567.

31) *Id.* at 575.

「平等」をいかに理解するかに重きを置いていたのに対し、Kennedy 裁判官による Lawrence 判決の法廷意見は、「自由」をいかに理解するかに重きを置いている³²⁾。

Obergefell 判決の法廷意見のなかで Kennedy 裁判官も言及するハワイ州最高裁の Baehr v. Lewin 判決において、婚姻許可証の発行を否定された原告は、ハワイ州憲法 1 条 6 節に規定されるプライバシーの権利の侵害および同条 5 節に規定される平等保護とデュー・プロセスの違反を主張した。ハワイ州最高裁は、ハワイ州憲法の起草者はプライバシーの権利が基本的権利に含まれるものであると宣言しているが、同性婚の権利は基本的権利ではないとして原告の主張を否定した³³⁾。しかし、ハワイ州最高裁は、同性であることを理由として婚姻を認めないことは性に基づく差別であり、平等保護条項の下、厳格審査が要求されるとして事件を下級審に差し戻した。ここで、ハワイ州最高裁は、同性婚へ通ずる道筋としては、③を否定し、①を選択している。そして、Lawrence 判決の O'Connor 裁判官は、①に進んだとしても、伝統的な婚姻制度を維持することは、州の正当な利益であるとする³⁴⁾。先例に照らせば、同性婚の問題は①の「平等」の問題として位置づけられるように思われる³⁵⁾。しかし、Obergefell 判決の Kennedy 裁判官は、③を選択し、その上で③の道筋は①の道筋と深くつながり合っているとする³⁶⁾。

Roberts 首席裁判官は、③を選択することは、憲法に列挙される権利では

32) Windsor 判決の法廷意見は、「第 5 修正のデュー・プロセス条項によって保護される自由には、すべての者に対する法の平等保護の否定の禁止が含まれる」(Windsor, 133 S. Ct. at 2695.) と述べるが、デュー・プロセス条項についていかなる審査によって結論を導いたのか、その論理構成はきわめて不明瞭である。

33) See Baehr, 852 P.2d at 55-57.

34) See Lawrence, 539 U.S. at 585 (O'Connor, J., concurring in the judgment).

35) 同性婚の問題は、デュー・プロセスにおいてではなく、平等保護において議論することが適切であるものとして、See, e.g., Cass R. Sunstein, *The Right to Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081, 2111 (2005).

36) たしかに Loving 判決は、異人種間の婚姻を禁ずる州法はデュー・プロセス条項にも違反すると述べているが、Obergefell 判決のように、両者は深くつながり合っているとは理解しておらず、両者を並列して検討している (デュー・プロセスについて検討する部分は、わずかに 2 パラグラフのみである)。Yoshino, *supra* note 26, at 172. Tribe は、これを「二重らせん」と表現する。Tribe, *supra* note 15, at 20.

なく、第14修正によって保護される黙示の権利について議論するものであり、この「実体的デュー・プロセス」³⁷⁾というアプローチによって、「列挙されていない権利のうち、どれが基本的権利であるかを、選挙によらない連邦裁判官が選び出すこと」は、「司法の役割に明白な懸念を生じさせる」と批判する。しかし、Kennedy 裁判官は、法廷意見のなかで一度も「実体的デュー・プロセス」という語は用いていない（さらに言えば、Roberts 首席裁判官の強力な批判にもかかわらず、Dred Scott 判決および Lochner 判決には一切言及していない）。では、㊸を選択した Kennedy 裁判官の法廷意見は、どのような議論を展開しているのであろうか。

法廷意見は、「婚姻する自由」は、デュー・プロセス条項によって保護される基本的権利の一つであると判示する先例を分析することで、「婚姻する権利の本質的な性質」を見出し、それが同性カップルにも適用されるとする。婚姻する権利が憲法上の基本的権利であることを証明する理由として、Kennedy 裁判官は先述の㊶から㊴の要素を提示する。この4つの要素に目を奪われ、これらの要素がすべて満たされることで同性カップルの婚姻が認められると読んでしまうかもしれないが、㊶から㊴はそのような性質の要素ではない。

㊶の要素は、婚姻における二人の自律を示す。ただし、ここで Kennedy 裁判官が、「婚姻と自由の分かれがたい連関」を表現する先例として依拠する Loving 判決は、平等保護条項について検討するものであることに注意が必要である。

㊶の要素が、「個人」が誰と親密な関係を構築するかという選択に関するものであったのに対し、㊷の要素は、交際関係にある「カップル」を単位とし、二人の親密な結びつきの頂点に婚姻を位置づける。ここで Kennedy 裁判官は、「婚姻とは、いかなる結びつきか」についての Griswold 判決の一節を引用する。しかし、実は、Kennedy 裁判官が引用する Griswold 判決の文章の

37) 樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011年）270-298頁；松井茂記『アメリカ憲法入門（第7版）』（有斐閣、2012年）362-385頁。

前には重要な一文が存在するのである。

「我々は、プライバシーの権利を、政党よりも古く、学校制度よりも古く、そして、権利章典よりも古いものとして論じてきた。」³⁸⁾

続けて、Kennedy 裁判官は、異性カップルの親密な結びつきと同性カップルの親密な結びつきとは同じものであるとして、Lawrence 判決を参照する。しかし、Lawrence 判決もまた、判決の冒頭において次のように述べている。

「自由は、住居またはその他の私的な場所に政府が不当に侵入する (intrusion) ことから人を保護する。」³⁹⁾

結局のところ、プライバシーの権利に関する判示を除けば、②の要素を説明するのは、Windsor 判決しかなく、Windsor 判決から婚姻の奈辺にプライバシーの権利が位置づけられるのかを知ることはできない。

③の要素は、子どもにとって両親の関係性が安定していることの重要性を示している。ここで Kennedy 裁判官は、Zablocki 判決の『「婚姻し、家庭を築き、子どもを育てる」権利は、デュー・プロセス条項によって保護される自由の核心部分である」という一文を引用する。しかし、Zablocki 判決の重心は、子どもの利益にあるのではなく、②の要素である二人の親密な結びつきについてのプライバシーの権利にある。

プライバシーの権利に関する判示を除いた③の要素は、子どもあるいは両親の権利を明らかにするものではなく、社会における婚姻制度に関係する。すなわち、Kennedy 裁判官によれば、子どもは、両親の婚姻に法的承認が与えられることで、コミュニティや日々の生活における「他の家族との調和」を理解できるというのである。さらに、この法的承認がないことで、子どもは自分の家族が劣位にあることを知り、スティグマに苦しむというのである。

38) *Griswold*, 381 U.S. at 486.

39) *Lawrence*, 539 U.S. at 562.

④の要素は、婚姻制度が社会の核心に据えられていることを示す⁴⁰⁾。婚姻制度は、象徴的承認であると同時に、カップルに具体的利益を与えるものであり、この制度から排除されたカップルは、州が婚姻と関連づける一連の給付を否定されることになる。

①と②の要素を、先例に従ってプライバシーの権利、すなわち、「もっとも包括的な権利であり、文明人にとってもっとも価値のある権利」であるところの「独りで放っておいてもらう権利 (the right to be let alone)」⁴¹⁾であるとして理解するならば、③と④は社会における価値の見本としての婚姻を個人あるいはカップルに押し付けるものにほかならない。時として、①と②の要素は、私的領域と公的領域の境において③と④の要素と反発する場合がある。

婚姻する権利をプライバシーの権利のなかに位置づけないのであれば、婚姻する権利が憲法上の基本的権利であることを証明する理由は、つまるところ、婚姻という「制度」が社会の核心に据えられているからという一点に求められることになる⁴²⁾。

したがって、「婚姻する権利」は、「制度」に先立って存在するものではなく、「制度」の内に存するものである⁴³⁾。このことは、「投票する権利」と対比することでよりよく把握できる⁴⁴⁾。原初的には、親密な関係を構築する権

40) Kennedy 裁判官は、アメリカ社会において婚姻が尊重されてきた証左として、Tocqueville の『アメリカの民主主義』の次の一節を引用する。

「たしかに、世界を見渡してもアメリカほどに婚姻が尊重されてきた国はない。……アメリカ人は[外の] 公的な生活の喧騒から家庭の内に帰ると、彼はそこに秩序と平和のイメージを見出す。……その後、彼は、このイメージを公的な場面に持ち込むのである。」(なお、当該箇所日本語訳として、トクヴィル・松本礼二訳『アメリカのデモクラシー第1巻(下)』(岩波書店、2005年) 219頁)

しかし、Tocqueville は、同書の別の箇所では次のようにも述べている。

「アメリカ人は民主的諸原理の帰結が夫権を覆し、権威の動揺を家庭の中にもち込むと考えたことは決してない。彼らは……婚姻の結合の自然の長は男であると考えた。……アメリカ女性が夫権を妻の権利を巧みに篡奪したものとみなしたり、これに服するのは屈辱であると考えたのを見たことがない。それどころか、彼女らは自分の意志を自発的に放棄することにある種の誇りを感じ、束縛を逃れるのではなく進んで従属することによって偉大さを発揮しているように思われる。」(同『アメリカのデモクラシー第2巻(下)』(岩波書店、2008年) 92頁)

41) Bowers, 478 U.S. at 199 (Blackmun, J., dissenting) (quoting Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting)).

利あるいは政治に参加する権利が存在するとしても、婚姻あるいは投票は、政府によって決定され、運用される制度である。しかしながら、憲法は、あるクラスの人々について、その制度が保障する基本的権利を政府が否定することを禁ずる。本判決によれば、婚姻する権利は、権利章典の「半影部分」⁴⁵⁾に含まれるというより、Kennedy 裁判官が述べるように、「古来の源にのみ由来するのではなく」、「我々自身の時代においてもなお現下の急務である自由」を、制度が、「いかに定義するかについて熟慮すること」で明らかになる。婚姻する権利は、「互いの誓いによって己自身を定義することを願う」カップルに尊厳を授ける⁴⁶⁾。この本判決のアプローチは、先例における実体的デュー・プロセスの審査のように、過去志向的に黙示の基本的権利を見出すものではない⁴⁷⁾。Kennedy 裁判官は、このデュー・プロセス条項の審査は平等保護条項によって補完されるとするが、実際のところ、審査の内容は平等保護条項のそれに近似する。

そして、このアプローチによって制度上保護される婚姻する権利は、実体

42) Turner 判決の O'Connor 裁判官の法廷意見は、「婚姻の重要な性質」について次のように述べている。

「第1に、在監者の婚姻は、他の者の婚姻と同様に、感情に基づく支持と公的な誓約の表現である。これらの要素は、婚姻関係の重要な意義深い側面である。加えて、多くの宗教は、婚姻を精神的な意義を有するものとして認識している。それゆえに、在監者やその配偶者にとって、婚姻の誓約が、私的な献身の表明であるだけでなく、宗教的信条の実行である場合もありうる。第3に、ほとんどの在監者は最終的には仮釈放または減刑によって出所することから、ほとんどの在監者の婚姻は成就することを期待して行われる。最後に、婚姻の地位は、政府の給付（例えば、社会保障）、所有権（例えば、夫婦全部保有不動産権や相続権）およびその他の具体的な給付（例えば、両親の婚姻前に生まれた子の嫡出化）を受領する前提条件となっている。」（Turner, 482 U.S. at 95-96.）

個人の感情と宗教的な背景を別とすれば、Turner 判決においても婚姻の重要性は、それが社会の核心に据えられた制度であるからという一点に求められることになる。

43) 口頭弁論においても、裁判官および代理人はともに、婚姻の「制度」という語をたびたび用いている。See Tr. of Oral Arg. on Question 1.

44) Sunstein, *supra* note 35, at 2096.

45) *Griswold*, 381 U.S. at 484.

46) See *Windsor*, 133 S. Ct. at 2689. ただし、歴史的に、婚姻は黒人にとって必ずしも尊厳を授けるものではなかったことを指摘するものとして、R.A. Lenhardt, *Race, Dignity, and the Right to Marry*, 84 *FORDHAM L. REV.* 53, 58 (2015).

47) See Case R. Sunstein, *Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship between Due Process and Equal protection*, 55 *U. CHI. REV.* 1161, 1163 (1988).

的デュー・プロセスによって保護されるプライバシーの権利を排除するものではない（①と②の要素）。本判決を受けて、隣の同性愛者に「結婚できるようになってよかったね」、あるいは、「結婚しないの?」と「祝福」の言葉を贈ることは、正しくない。多くの「我々」は、婚姻できるから婚姻するのではない。人は、制度上、婚姻することを選択できるのである。人は永遠の愛を誓うこともあれば、永遠の夢から醒めることもある。人と人がどのような関係を構築するか、それは、プライバシーの権利の領分であり、個人の尊重の問題である。

IV おわりに

法は社会の函数であり、社会が動けば法も動く。では、同性婚をめぐる、法が社会を動かすこともあるのであろうか。本稿では検討しなかったが、本件の多数意見と反対意見は、社会における司法の役割について真っ向から対立している。Brown. Board of Education 判決⁴⁸⁾が根強い抵抗にあったように、本判決によって、ただちに同性婚の問題が解決するわけではない。

(きむら はじめ)

48) Brown 判決は、裁判所が社会を動かした一例であり、判決文が新聞の1面を飾ることに意味があった。