

同性婚とアメリカ合衆国憲法
(中村和夫先生・古口章先生退職記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2016-06-27 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 根本, 猛 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00009667

■ 論 説 ■

同性婚とアメリカ合衆国憲法

根 本 猛

はじめに

同性婚を認めない州法は合衆国憲法に違反するかが争われたオーバーゲフェル判決⁽¹⁾が2015年6月末、世界を駆け巡った。

ミシガン、ケンタッキー、オハイオ、テネシーの各州は、結婚をひとりの男性とひとりの女性の結合と定義している。原告(上訴人)ら一14組の同性カップルと同性パートナーを亡くした2人の男性は、原告らに結婚の権利を否定し、また他州で合法的に行われた同性婚に完全な承認を受ける権利を否定することで、被告(被上訴人)各州は第14修正に違反していると主張して、それぞれの州の連邦地方裁判所に提訴した。各連邦地裁は原告勝訴の判決を下したが、第6巡回区連邦控訴裁判所は、原判決を破棄し原告を敗訴させたので、事件は連邦最高裁判所に来た。

2年前の結婚防衛法(DOMA)違憲判決⁽²⁾と同じ予想どおりのラインナップの1票差で、最高裁は、原告の主張どおり、第14修正は、州に対して、同性の2人の結婚を認め、州外で合法的に行われた同性婚を承認するよう要求していると判断した。これに対して、首席裁判官ら4裁判官が、反対意見を述べている。

本稿では、このオーバーゲフェル判決を詳細に紹介するとともに、その意味を検討してみたい。

(1) Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584(2015). 本判決についての簡潔な紹介として、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」法学教室423号38頁(2015年)が有意義である。

(2) United States v. Windsor, 133 S.Ct. 2675(2013).

一 判決

1 ケネディー裁判官の法廷意見(リベラル派4裁判官同調)

憲法はすべての人に自由を約束している。その自由は、人々が法に違反しない限り、自身のアイデンティティーを決め表現するある種の権利を包含している。本件において上訴人らは、同性の誰かと結婚し、その結婚を異性婚と同一の条件で合法とみなしてもらふことによって、その自由をみつけようとしている。

I (事実の概要)

II

憲法原理や先例を検討する前に、当裁判所の前にある問題の歴史を振り返るのが適当である。

A 異性の2人の結合であるという結婚の歴史が、本件の出発点になっている。被上訴人にとっては、結婚を同性カップルにも拡張することは時を超えた制度を台無しにすることだろう。しかし、原告らは、結婚を貶めるどころか、原告ら自身の経験が示すように、結婚の権利と責任に対する彼らの尊重と必要性から、結婚を求めているのである。

B 結婚の歴史は、継続と変化の歴史である。許嫁婚の衰退や妻の無能力制度の撤廃といった変化は、結婚の枠組みの深い変容をもたらし、かつて本質とみられた結婚の諸側面に影響を与えている。こうした新たな洞察は、結婚という制度を弱めるのではなく強めてきた。変化する結婚の理解は、新しい段階の自由が新しい世代に顕著になっているこの国の特徴である。

このダイナミズムは、同性愛の権利に関する全米の経験にもみられる。20世紀に入っても、多くの州は、同性間の親密な関係を不道徳と非難し、同性愛は病気と扱われていた。世紀の後半、文化的・政治的变化が、同性カップルによりオープンでパブリックな生活を許容するようになった。国民の考え方の変化とともに公私両面で広範な議論が続いた。

同性愛者の法的取り扱いの問題がまもなく裁判所にやってきて、法に関する公式な対話において議論された。2003年、当裁判所は、同性愛行為を処罰するジョージア州法を支持したパウワーズ判決を判例変更して、同性愛行為を犯罪とする州法は、同性愛者の生活を貶めるものであると結論した。2013年、結婚防衛法がやはり違憲と判断された。

Ⅲ(本章の番号は、判決のシラバスに従って、筆者が付したものである)

(1) 第14修正の適正手続条項によれば、州は「法の適正手続なしに何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない」。同条項が保護する基本的自由には、権利章典に列挙された権利の大部分が含まれている。それに加えて、この自由には、個人の尊厳と自律の中心にある個人の選択も含まれる。この選択とは、個人のアイデンティティや信念を画す親密な選択である。

基本的権利を見つけ出し保護することは憲法を解釈する司法の仕事の長年の一部である。しかし、その責任は「何らかの公式には還元されてこなかった」。歴史と伝統は、この検討のガイドとなり統率するものであるが、その外縁を画していない。この手法は、我々の歴史を尊重し歴史から学ぶが、過去によってのみ現在が支配されることを許してはいない。

不正義は、現代においてそのすべてを見通せるものではない。権利章典や第14修正を起草し批准した世代は、自由のすべてを知っているとは考えなかった。彼らはすべての人が自由—その意味を我々は知っている—を享受する権利を保護する憲章を将来の世代に託したのである。新たな洞察によって、憲法の中核的な保護と受け入れたれた法体系との衝突が明らかになれば、自由の主張が検討されなければならない。

こうした考え方によって、当裁判所は長い間、結婚の権利が憲法によって保護されると判断してきた。たとえばラビング判決は異人種婚の禁止を違憲と判断し、ターナー判決は囚人も結婚の権利を否定されないと判断した。たしかにこれらの先例は異性間の関係にかかわるものだったし、1972年には、同性カップルに結婚を認めないことは実質的な連邦問題を提起していないという1行だけのベーカー対ネルソン判決がある。しかしローレンス判決などは、より広範な憲法原理を表明している。これらの先例は、歴史、伝統、そして他の憲法上の自由由来する結婚の権利の本質的な属性をつきとめた。これらの先例の拘束力と理由づけが同性カップルにも適用されるか判断するには、結婚の権利が長い間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。

(2) こうした分析によれば、同性カップルにも結婚の権利はあるという結論は必然である。検討されるべき4つの原則と伝統は、憲法上結婚は基本的権利であるという理由が同性カップルにも同様に当てはまることを示している。

第1に、結婚に関する個人の選択の権利は、個人の自律に内在する概念である。結婚と自由のこうした永続的な関係ゆえに、ラビング判決は異人種婚の禁止を適正手続条項に反するとした。結婚に関する決定は、個人がする最も親密な決定であり、その選択は、人々の人生を形づくる。結婚の本質は、永続的な絆を通じて、ともに2人が、表情、親密さ、高尚さといった別の自由をみつけるものであり、このことは性的嗜好にかかわらずすべての人にあてはまる。

第2に、結婚が基本的権利とされるのは、結婚によって、各人への重要性において、他の結合とは異なる2人の結合をサポートするからである。結婚の権利が保護する親密な関係が、結婚したカップルの避妊の権利が憲法上保護されると判断したグリズウォルド判決の肝だった。囚人だからといって結婚の権利を否定されないと判断したターナー判決でも確認されている。

ローレンス判決が示すように、同性カップルも、親密な関係を享受するという異性カップルと同様の権利がある。そしてこの権利は、刑事罰を免れるにとどまるものではない。処罰しないことはひとつの前進だが、完全な自由の達成には不十分である。

第3に、結婚は子どもと家族を守り、育児、生殖、教育という関連する権利からも有意義なものであり、子どもと家族に、物質的な利益だけでなくもっと深遠な利益ももたらす。すべての当事者が認めているように、多くの同性カップルは彼らの子どもに愛情と家庭を提供している。現在、何十万人もの子どもが同性カップルによって養育されている。

すなわち同性カップルを結婚から排除することは、結婚の権利の中核的前提と衝突する。結婚がもたらす承認、安定、予測可能性がないと、子どもは、彼らの家族がいくらか劣っていると思うスティグマを被る。彼らは、結婚していない両親に育てられ、困難で不安定な家庭生活を送るという実質的な損害をも被る。本件で争点となっている婚姻法は、このように同性カップルの子どもを害するのである。

このことは、結婚の権利が子どものいない人たちにとって意味が小さいということではない。先例によれば、生殖の能力や意思は結婚の条件ではなく、結婚の権利にはさまざまな側面があり、育児はそのひとつにすぎない。

最後に、結婚はわが国の社会秩序の要石である。2世紀前、トックビルは「アメリカほど結婚の絆が尊重されている国は世界中にひとつもない」と、この真理を認めた。当裁判所も、結婚は「家族と社会の礎であり、それなくしては文明も進歩もなかった」と同調している。

こうした理由から、各州は、法や社会秩序の中心に結婚を据えることで、結婚の大事な性質に貢献してきた。すなわち、歴史を通して、税制、相続、財産権などに関する権利、利益、そして責任を拡張するか否か、結婚を根拠にしてきたのである。

このことに同性カップルか異性カップルかの違いはない。同性カップルは、各州が結婚にリンクさせた利益を否定され、多くの異性カップルなら耐えられない不安定な状態に置かれている。同性カップルも結婚の崇高な目的を熱望しているのだから、彼らをこの社会の中核的的制度から締め出すことは彼らを卑しめるものである。

結婚を異性カップルに限定することは、長い間、自然で正しいことと思われてきたが、現在、結婚という基本的権利の中核的意義に反することは明らかである。

被上訴人らは、上訴人らが求めているのは、結婚の権利ではなく同性婚という新し

い権利だと反論している。しかし、これは当裁判所のアプローチと矛盾する。ラビング判決やターナー判決などは、異人種婚の権利や囚人の結婚の権利が求められたのではない。いずれの事件でも、広い意味での結婚の権利が求められたのである。

この原則は本件にも妥当する。もし権利が過去において行使できた者に限定されるなら、制限の現状それ自体が制限の正当化理由となり、新しいグループは否定された権利を援用できないことになる。

結婚は歴史と伝統から基本的権利であるが、現代においても重要な自由である。宗教的・哲学的見地から同性婚は誤っていると考える人がおり、その信念は本件で否定されない。しかし、その信念が法になると、結婚の自由を否定された人々を貶め傷つけることになる。憲法の下で、同性カップルは結婚において、異性カップルと同じ法的取り扱いを求めている。彼らに結婚の権利を否定することは、彼らの選択を軽んじ彼らの人格を傷つけることになる。

(3) 同性婚の権利は、第14修正の平等保護の保障にも由来する。自由と平等は別個の概念であり常に共存しているわけではない。しかし一方が他方の意味と適用範囲を理解するのに有益となる場合もある。

結婚の権利にかかわる先例は、こうしたダイナミズムを示している。異人種婚の禁止を違憲としたラビング判決で当裁判所は、まず異人種カップルの不平等な取り扱いを理由とした。続いて判決は、この禁止が自由の中核的概念をも侵害すると判断した。結婚が基本的権利である理由は、異人種婚を禁ずる法律から生ずる害悪を完全に認識することで、より明確で説得的なものになる。このことは、子の養育費の支払いを怠る父親の再婚を禁じた法律を違憲としたザブロッキ判決においても同様である。結婚の権利の本質が、この法律は平等の要求と相容れないことを明らかにした。

実際、当裁判所は、平等保護条項の解釈にあたって、新たな洞察と社会的理解が、かつては意識されず批判も受けなかった基本的制度における不平等を明らかにできると認識してきた。1970年代から1980年代に、20世紀には普通だった結婚における性差別に対応すべく、当裁判所は平等保護原則を援用して、結婚に関して男女の不平等を課す法律を違憲と判断してきたし、自由と平等の関係を再確認した。

ローレンス判決も、同性愛者の法的取り扱いにおける、こうした憲法上の保障の連動的性質を承認した。判決は適正手続条項に基づく判断だったが、同性愛者の親密さを犯罪とする法律から生ずる継続的不平等を認め是正しようとした。すなわち、州は「彼らの私的な性行為を犯罪とすることによって彼らの存在を卑しめ彼らの運命を支配することはできない」と判断したローレンス判決は、同性愛者の権利を定義し保護する自由と平等の原理のうえに成り立っている。

このダイナミズムが同性婚にもあてはまる。問題の法律が、同性カップルの自由にも重荷を負わせていることは今や明白で、さらに平等の中核的概念をも侵害している。

各州の婚姻法は本質的に不平等である。同性カップルは、異性カップルに与えられるすべての利益を否定され基本的権利の行使を妨げられているのだから。特に、同性愛関係の不承認という長い歴史に照らすとき、同性カップルに結婚の権利を認めないことは、重大かつ継続的な害悪をもたらし、同性愛者を軽蔑し劣位に置くことにつかえる。適正手続条項と同様、平等保護条項も結婚の権利の不正な侵害を禁止するものである。

(4) 結婚の権利は、人々の自由に内在する基本的権利であり、第14修正の適正手続条項と平等保護条項に基づき同性カップルは、その権利と自由を奪われない。同性カップルは、結婚の基本的権利を行使できる。同性婚の排除が連邦問題を提起していないとした1972年のベーカー対ネルソン判決は判例変更される。本件で争われている各州法は、同性カップルに異性カップルと同一の条件で結婚を認めていない範囲で違憲・無効である。

IV

本件において、もう少し立法、訴訟、そして論争を待つてはどうかという考え方はありうる。各州や原判決の多数意見も同様の議論をしている。しかし、議論はもう十分に行われてきた。住民投票、州議会での議論、草の根の運動、学術研究や他の文献、そして州裁判所や連邦裁判所でのおびただしい訴訟によって、この争点の理解は高まってきた。

もちろん憲法は、基本的権利が侵害されない限り、変化の適切なプロセスとして民主主義を想定している。しかし、人権が侵害されたときは、民主的な意思決定には普遍的な価値があるにもかかわらず、憲法は裁判所による救済を要求している。このことは、人権の保護の結果、最大級の重要さと微妙さに影響を与えるときでも同じである。

害を被った個人は、基本的権利を主張するのに、立法府の活動を待つ必要はない。害を被ったときは憲法上の権利を援用できるのであり、たとえ、国民の多くが反対でも立法府が拒否しても同じである。憲法の考え方は、「一定の事柄を政治的論争の変転から遠ざけ、多数者と公務員の決定の彼方に置き、そうした事柄を裁判所が適用する法原則として確立することである」。本件で当裁判所にある争点は、憲法が同性カップルの結婚の権利を保護しているのかという法的問題である。

パウワーズ判決はぎりぎりの多数決で、同性愛行為を処罰する法律を支持した。そのアプローチは、民主主義のプロセスを慎重に支持したと評価されうるものだった。にもかかわらずパウワーズ判決は、同性愛者に基本的権利を否定する州の活動を支持する効果があった。同判決はその後判例変更されたが、それまでに痛みと困惑が降りかかり、判例変更の後もずっとこうした損害の影響が続いていることは疑いない。

同性カップルを敗訴させる判決は同様の効果をもち、第14修正の下で許されない。上訴人らの人生は、当裁判所に提起されている争点の緊急性を示しており、当裁判所にはこの問題に回答する義務がある。

また各州は、同性カップルに結婚を許すと、異性婚が減少することになって、結婚制度に害をもたらすと主張している。しかしこの主張は、異性カップルが結婚したり子をもうけたりするときどのように決めるかに関する直感的におかしな見方に基づいている。そうした決定は、個人的でロマンティックな実際の考慮に基づくものであり、同性カップルが結婚可能だから異性カップルは結婚を選択しないという結論は非現実的であり、各州は、その主張の根拠も示していない。この主張に関しては、本件は2人の同意した成人の権利のみにかかわるもので、その結婚は彼ら自身や第三者へのリスクを及ぼすものでないことに注目することが適切である。

最後に、第1修正（表現の自由や宗教の自由を保障する）は、宗教団体や信者が、神の教えにより同性婚は許されないという真摯な信念を説き続けることを保障している。このことは他の理由から同性婚に反対する人々についても同じである。しかし憲法は、州が同性婚を禁ずることを許していない。

V

第14修正は、州外で合法的に行われた同性婚を各州が承認することを求めている。今や同性カップルは、すべての州で結婚の権利を行使できるのだから、州が州外で行われた合法的な同性婚を、同性間であるという理由で州が拒否できる法的根拠は存在しない。

結婚ほど深遠な結合はない。というのは、愛、忠誠、献身、犠牲、家族といった崇高な理想を結婚は具体化しているからである。結婚という結合によって、2人は以前より偉大なものになる。本件の被上訴人らの何人かのように、結婚は死後も続く愛を具体化する。彼らが結婚の考え方を尊重していないと言うことは、こうした男女を誤解している。彼らの願いは、彼らがかくも深く結婚を尊重するがゆえに彼ら自身についても結婚の成就を望むというのである。彼らの希望は、文明最古の制度のひとつから排除されて孤独に生きよと宣告されないことであり、法の観点においても平等な尊厳を求めている。憲法は、彼らにその権利を与えている。

2 反対意見

(1) ロバーツ首席裁判官の反対意見（スカリア、トーマス各裁判官同調）

上訴人らは、社会政策と公正の考慮に基づく強力な主張をしている。異性カップルと同様、同性カップルは結婚を通じて、愛とコミットメントを確認することを許され

るべきだと主張している。この立場がアピールするものであることは否定できない。過去6年間にわたって、11州とDCの有権者と州議会は、同性の2人の結婚を許すように州法を改正してきた。

しかし、当裁判所は州議会ではない。同性婚が良い考えか否かは当裁判所には何の関係もないはずである。憲法の下で、裁判官は何が法であるかを言う権限を与えられているが、法がどうあるべきかを言う権限ではない。憲法を批准した人々が裁判所に授権したのは、「力や意見の押しつけではなく法的判断だけである」

結婚を同性カップルにも広げるという政策的主張は強力かもしれないが、それを要求する法的主張は強力ではない。結婚という基本的権利は、州に結婚の定義を変えさせる権利を含んでいない。そして、人類の歴史を通じてあらゆる文化において一貫してきた結婚の意味を維持するという州の決定は、不合理であるとはとても呼べない。要するに、我々の憲法は、結婚について、特定の理論を規定していない。州民は、同性カップルにも結婚を広げるか、歴史的定義を維持するか自由である。

しかし、本日、当裁判所は、すべての州に同性婚を認めるよう命ずるという途方もない一步を歩んでいる。多くの人々はこの判決を祝福するだろうし、私は彼らの祝福をいとうものではない。しかし、人の支配ではなく法の支配を確信する者は深い落胆にある。同性婚の支持者は、彼らの見解を採用させるために、民主的プロセスを通じて同輩の市民を説得し相当な成果を収めてきたが、本日終わった。5人の裁判官が論争を終わらせ、彼ら自身の結婚観を憲法解釈として制定したのである。人民の意志からこの争点を奪うことは、より受け入れがたい劇的な社会的変化を作り出すことで、同性婚に暗雲を投げかけるものである。

法廷意見は、法的判断ではなく意見の表明(an act of will)である。宣言された権利は、憲法にも先例にも何の根拠もない。法廷意見には謙虚さの装いさえなく、社会を自らの「不正義の本質についての新たな洞察」に合わせて作り変えたいという欲求にあからさまに基づくものである。結果として、当裁判所は、半数以上の州の婚姻法を違憲として、何千年もの間、ブッシュマンや漢民族など人類社会の基礎を形作ってきた社会制度の変革を命じたのである。いったい我々は何人(なにじん)なんだろうか？

自身の好みと法の要求とを混同することは裁判官にとって魅力的なことである。しかし、憲法は「根本的に異なる見解を持つ人々のために作られている」ことを、当裁判所は歴史を通じて認識してきた。したがって、「裁判所は、政策や立法が賢明かに関与しない」。法廷意見は、本日、司法の役割についてのこうした抑制的な考え方を無視している。憲法が人民に委ねた問題を横取りして、憲法の中立的な原理ではなく、「どんな自由があるべきか」についての自身の理解に基づいて答えを出している。

この反対意見の本意は次のとおりである。同性カップルも含むように結婚制度を変

更すべきかが問題ではない。我々の民主政治において、この決定が、代表者を通じて行動する人民に委ねられているのか、法的紛争を法に従って解決する仕事にたまたま就いている5人の裁判官に委ねられているのかが問題である。憲法がその答えを残していることは疑いない。

I

上訴人らは、結婚の権利とその平等が重要であることに依拠している。憲法が双方を保護していることに争いはない。本件における真の問題は、「結婚」とは何かを誰が決めるかである。

A 法廷意見や上訴人も認めているように、すべての文明において何千年もの間、結婚は、ひとりの男性とひとりの女性の結合だった。結婚の定義は、何かの運動の結果生まれたのではなく、ましてや同性愛者を除外する決定の結果でもなかった。生涯にわたる安定的な環境において育児にコミットする父母によって子どもが生まれることを保障するという切実な必要を満たすために自然にそうなったのである。人類は生殖なしには生き延びていけないし、生殖は男女間の性行為による。それゆえ、子どもにとっても社会にとっても、生殖に結びつく性行為は、永続する絆にコミットする男女間においてのみ行われるべきであり、社会は、その絆を結婚として認めてきた。法廷意見も「建国時、結婚は男女間の自発的な契約だった」と認めている。

憲法は、結婚について何も語っていない。ウインザー判決もいうように、憲法の起草者は、各州に委ねたのである。建国時のすべての州が、結婚を伝統的に定義していたことは議論の余地がない。有名な辞書などでも同じである。

当裁判所の先例も繰り返し、結婚を伝統的な意味で叙述してきた。法廷意見がいうように、時を経て、結婚は変化した側面もある。しかし、男女間の結合という中核の意味は一貫している。

B (同性婚をめぐる最近の動きと本件の経緯)

II

法廷意見は、当裁判所の先例に、同性婚の基本的権利を支持する4つの「原理と伝統」をみつけようとしている。しかし実際には、法廷意見のアプローチは、ロクナー判決にみられる司法による政策決定という原則を欠いた伝統以外には、原理にも伝統にも根拠がないものである。まぶしいレトリックを剥ぎ取ると、法廷意見は、彼らや社会にとって善となるがゆえに、適正手続条項は同性カップルに結婚の基本的権利を与えているというのである。立法者だったら、私は社会政策の問題としてその見解を

検討したい。しかし、裁判官として私は、法廷意見の立場は憲法解釈として擁護できないと考える。

A 上訴人らは、表現の自由のような列挙された憲法上の権利が侵害されたと主張しているわけではない。彼らは、自由を「法の適正手続」なしに奪ってはならないという第14修正の要求に含まれる権利が侵害されていると主張している。

当裁判所は、適正手続条項が実体的な権利を保護するものと解釈してきた。すなわち、我々人民の伝統と良心に根つき基本的とランクされる権利は、非常に強力な正当化理由なしに奪ってはならない。選挙で選ばれていない連邦裁判官がどの権利を基本的とランクするかを決めることを許すのは司法の役割に関する懸念を生じさせることは明らかである。したがって、我々の先例は、適正手続条項が保護する自由が当裁判所の裁判官の政策的好みに変質することがないように裁判官は最大の注意を払うことを求めてきた。

実体的適正手続という劇薬の使用に対する自制の必要性は、当裁判所が困難な時代に学んだ教訓である。当裁判所が実体的適正手続を初めて適用したのはドレッド・スコット判決だった。この判決で、奴隷制度を制約する立法が奴隷主の黙示的権利を侵害するという理由でミズーリ協定を違憲とした。

ドレッド・スコット判決は、南北戦争とその後の憲法改正によって覆されたが、適正手続条項についてのこのアプローチは再び現れた。一連の判決で、当裁判所は、個人の権利に対するお節介な干渉で契約の自由に対する不当な干渉であるとして、州法を違憲とした。ロクナー判決では、労働時間の制限を、「我々の判断では、保健法として必要または適切と判断する合理的根拠がない」という理由で違憲と判断した。

反対意見は、この州法が労働者の健康に対する州議会の懸念に基づく合理的な対応とみることができ、法廷意見の結論は、憲法がひとつの経済理論—国民の大部分が信奉していない—を採用していないかぎり支持できないと述べた。ホームズ裁判官によれば、憲法は、「特定の経済理論を具体化したものではない。憲法は、根本的に異なる見解を持つ人々のために制定された。我々が、ある見解を自然でありなじみ深いものとみるか、逆に新奇でショッキングなものとするかは、それを具体化した法律が違憲か否かの結論を左右すべきではない」

ロクナー判決後しばらくの間、最高裁判所は個人の自由を侵害するとして200近くの法律を違憲と判断したが、ついに過ちを認め繰り返さないことを誓った。「適正手続条項が、裁判所に立法が賢明ではないと考えるときに違憲判決をする権限を与えているという理論は、廃棄されて久しい。我々は、法律を制定するために選挙された立法府の判断に、裁判所は自らの社会経済政策の信念を代位しないという憲法本来の立場に回帰した」。したがって、最高裁判所が「賢明ではないとか先見の明がないとか

特定の経済理論にそぐわないとか」の理由で法律を違憲と判断しないことは確立されたルールになっている。

ロクナー判決の過ちを繰り返さないために、我々の先例は、実体的適正手続条項が保護する黙示的権利は「客観的なものでなければならず、わが国の歴史と伝統に根ざし、秩序ある自由の概念に内在するものである」ことを求めてきた。

明文の憲法規定がない領域での責任ある判断形成には指針がほとんどないことに鑑みれば、歴史に根拠を置くアプローチが、司法に対して、他の抽象的な公式に基づくものより意味のある制約となる。権利を突然、劇的に拡張することは権利を元々のルーツから引き裂く可能性が強い。このデリケートな試みにおける自制を確保する唯一の方法は、「歴史の教えの尊重を絶えずこだわること、我々の社会の根底にある基本的価値をしっかりと認識すること、そして連邦制と権力分立の大きな役割を賢明に評価することである」

B 法廷意見は、こうした理論的な背景を全く認識していない。だからこそ、長年の先例と激しく対立し、最高裁判所を無原則なロクナー・アプローチに戻す実体的適正手続の積極的な適用になったのである。

1 法廷意見を駆り立てたテーマは、結婚は望ましいものであり上诉人らが結婚を望んでいるということである。法廷意見は、結婚の卓越した重要性を指摘し、上诉人らは、結婚を貶めたり、その価値を切り下げたり、傷つけたり、ばかにしたりしようとしていないと繰り返し主張している。たしかにそのとおりである。実際、上诉人らの個々の切迫した事情は、同性カップルも結婚を許されるべきではないかと多くのアメリカ人が頭を切り替えた一番の理由になりそうである。しかし、憲法の問題としては、上诉人らの希望のまじめさは無関係である。

法廷意見は、法の問題としては、主に結婚の基本的権利に関する先例に依拠している。もちろん、これらの先例は、結婚したい人は誰でも結婚する憲法上の権利があると判断したわけではない。結婚への障壁には正当化事由が必要であることを州に要求しているのである。

これらの事件で争われた法は、男女の結合という結婚の中核的定義を変更しようとはしていなかった。法廷意見も認めるように、これらすべての事件で検討された「異性パートナーの関係を前提としていた」

要約すると、結婚の権利に関する判例は、伝統的に定義された結婚へのアクセスに対する個々の制約が適正手続に違反するという、重要ではあるが限定的な立場に立つものである。これらの先例は、上诉人らが本件で求めている、州に結婚の定義を変更させる権利については何も語っていない。上诉人らも法廷意見も、そうした憲法上の権利の根拠となるひとつの判例もひとつの法的資料も引用していない。そんなものは

存在しないし、このことは上诉人らの主張を否定するのに十分である。

2 法廷意見が挙げるローレンス判決やプライバシーにかかわる他の判決は、上诉人らが本件で主張している権利を支持するものではない。避妊や同性愛行為を禁止する刑事法とは違い、本件で争われている婚姻法は、政府の介入に関するものではないし、刑罰を科すものでもない。プライバシーに関する先例が、法廷意見の根拠とならない理由は、上诉人らが求めているのがプライバシーではないからである。正反対に、彼らは彼らの関係の公的な承認を求めているのである。したがって、先例が承認したプライバシー権は、同性カップルの親密な行為を保護する役割を果たすが、結婚の定義を変えたり本件で争われている法律を違憲とする根拠とはならない。

3 結局、法廷意見の方法論を唯一支持するのはロクナー判決である。本日の判決は、彼らが結婚を望んでおり結婚を否定することは彼らの選択をさげすみ彼らの人格を貶めるから同性カップルは結婚を許されるべきという多数派裁判官自身の確信以外に根拠がない。道徳的な問題として、そうした信念にどんな力があつたとしても、憲法上の根拠がない点では、ロクナー判決で採られた裸の政策的選択と同じである。

法廷意見の立場が招く差し迫った問題のひとつが結婚を2人の結合とする定義を各州は維持できるのかである。法廷意見のあちこちに「2人の」という形容詞が挿入されているが、結婚の核心の定義として、男女の要素はそうではないのに2人の要素は維持されるのか全く説明がない。実際、歴史と伝統の観点からは、異性婚から同性婚への距離は、2人の結合から複数での結合—世界中のいくつかの文明に深いルーツがある—への距離よりはるかに大きい。法廷意見は大きな一歩を喜んでしたのでから、小さな一歩にどうしてノーと言うのだろうか。

法廷意見の理由づけは複婚の基本的権利の主張にぴったりと当てはまる。結婚を望む2人の男性や2人の女性の絆とそうした深い選択をした彼らの自律が尊いならば、同様の状況の3人の絆と自律はどうして尊くないのだろうか？ 彼らの子どもが自らの家族が劣位にあるという汚名を被るゆえに同性カップルには結婚の権利があるなら、子どもを育てる3人以上の複婚の家族に同じ理由は当てはまらないのだろうか？

結婚の機会を認めないことが同性愛カップルを貶め劣位に置くというなら、同じことはどうして複婚を望む人々を貶め劣位に置くことにならないのだろうか？

私は、同性婚と複婚がすべての点で同じだと言っているわけではない。異なる法的分析が必要となる相違はあるかもしれない。しかし、口頭弁論で複婚について質問されたとき、被上诉人らは、州には「そうした制度はない」と答えるだけだった。だが、これこそがポイントである。本件で争点となっている各州には、同性婚の制度もまたない。

4 法廷意見は終わりのほうで、自らの判断についての、たぶん最も明晰な洞察をしている。結婚を同性カップルにも認めることは「彼ら自身や第三者に害悪をもたらす

リスクがない」というのである。再びこの主張は「本件のような法律は、公衆の安全、道徳または福祉に関係するものではなく、公衆の利益はいささかも影響を受けない」という主張に依拠したロクナー判決に共鳴する。

過去にも現在においても他者危害の原則(harm principle)の主張は、法よりも哲学において聞かれる。その当否は道徳哲学においては分かれるだろう。しかし裁判官の任務は、「適正手続」の口実で善良な市民に特定の道徳的、哲学的または社会的洞察を押しつけることではない。こうした争点に適切なプロセスは、民主制のプロセスである。こうした理解を尊重するには、当裁判所が、特定の社会思想ではなく法によって導かれる必要がある。ロクナー判決のホームズ反対意見流に言うなら、第14修正は、スペンサーの社会静態論を具体化したものでないのと同様、ミルの自由論を具体化したものでもない。そして、特定の結婚概念を具体化していないこともたしかである。

III

上訴人らは、州が同性婚を承認しなければならない根拠として平等保護条項をも主張している。しかし、本件で争われている婚姻法は平等保護条項に違反するものではない。異性カップルと同性カップルの区別は、「伝統的な婚姻を維持するという正当な州の利益」に合理的に関連しているからである。

IV

当裁判所の正統性は、究極的にはその判断に与えられる敬意に左右される。その敬意は、憲法と法律に従い判決を下す際に謙虚さと自制を行っているという認識—そして現実—から生まれる。しかし本日の法廷意見が描く最高裁判所の役割は、謙虚でも自制でもない。法廷意見は繰り返し、社会的変化を実現する司法の役割を称賛している。法廷意見の言葉を借りるなら「新しい世代に顕著になっている新しい段階の自由」を作る責任があるのは、人民ではなく裁判所である。

わが国を建国した人々は、司法の役割について法廷意見の考え方を認めないだろう。彼らは、自らの生活と運命を自己統治の大事な権利に委ねた。彼らは決して、社会政策を決定するこの権利が、政治的責任を負わず選挙によらない裁判官に服従するとは考えなかった。「真に十分な議論」の後ならば政策判断を裁判官が覆すシステムに、彼らが満足しなかっただろうことは間違いない。我々の民主主義において、法の内容に関する議論が行われたからといって、裁判所が自らの意思を強制できる十分条件とはならない。「憲法は、立法部や大統領府を、一定の時間が経って問題が未解決なら連邦司法部がブザーを押して自ら答えを示すテレビのクイズ番組の立場に置いていない」。有権者が、品位ある合理的な根拠でこの微妙な争点を解決する能力がない

と推定するのは民主主義のプロセスを貶めることになる。

最高裁判所の権力の蓄積は真空の状態で起きるわけではない。それは人民の犠牲のうえにもたらされる。そして人民はそのことを知っている。わが国で、そして海外で、人民は、同性婚の争点について真剣で思慮深い論争の真ただ中にいる。有権者や政治家などがこの問題を検討し同性婚に賛成したり、反対するのを見ている。外国においても、民主主義のプロセスにおいて同様のことが行われているのを見ている。

民主的な方法で決定されると、その結論に不満な人が生まれることは避けられない。しかし、自身の見解が受け入れられなかった人々も、少なくとも自分の意見が言えたことは理解し、公正で正直な議論の結果を甘受する。さらに、彼らはその争点を後に提起し、再考させるべく勝者を説得しようとする。「これこそが、我々の統治システムが機能することを想定されている方法である」

しかし、本日、最高裁判所はそれをすべて止めた。憲法に基づきこの問題を判断することによって、民主的決定の領域から取り去ったのである。声を否定された人民は、裁判所が通常判断すべきと思われぬ争点についての裁判所の判決を受け入れないものである。本日、同性婚の支持者がどれだけ喜んだとしても、彼らが失ったものを知っておくのは意味がある。善良な市民に彼らの主張の正しさを説得することからもたらされる真の受容を得る機会を永久に。

性的嗜好にかかわらず、同性婚の拡大を好む多くのアメリカ人のひとりなら、ともかく本日の判決を祝福すれば良い。望ましいゴールの達成に、パートナーとの関係の新たな形に、そして新たな恩恵が得られることに祝福を。しかし、憲法を祝福することはできない。憲法とは全く関係がないのだから。

(2) スカリア裁判官の反対意見 (トーマス裁判官同調)

法が結婚をどう規定していようが、私にとって特別な重要性はない。しかし、私を統治しているのが誰かは途方もなく重要なことである。本日の判決は、私の統治者は、そして3億2000万人のアメリカ国民の統治者は、最高裁判所の9人の法律家の過半数だと言っている。憲法が言及していない「権利」を最高裁判所が創造する権限を極限まで拡張することは、人民から最も重要な自由—自己統治の自由を奪うものである。

I

裁判所が待ったをかけるまで、同性婚をめぐる公的な論争は、最善のアメリカの民主主義を示すものだった。双方は、熱心に、しかも敬意をもって、市民に彼らに同調するよう説得してきた。アメリカ国民は議論を検討し、問題を投票にかけた。11州は伝統的な結婚の定義を拡張することを選択し、他の多くの州は拒んだ。勝っても負け

でも双方は、自らの主張を続け、負けは将来の勝利で取り返せるかもしれないと思い安心した。これは、我々の統治システムが期待どおりに機能した結果である。

憲法は、表現の自由の制約など、自己統治にいくつかの制限を加えている。しかし、こうした人権規定を別にすれば、自己統治の権限を州や州民に留保している。本件で我々が問われているのは、第14修正が同性婚を認めるよう州に要求しているかである。

もちろんそうではない。法廷意見が、連邦憲法に結婚についての指示を見つけたしたのは驚きである。同調する裁判官も同じ組み合わせで法廷意見の裁判官は、たった2年前、我々にこう言った。

家族関係の規律は長い間、ほとんど排他的に州の領域と見なされてきた。

歴史を通じて連邦政府は、家族関係に関する州法の決定を尊重してきた。

しかし、憶測の必要はない。第14修正が批准された1868年、すべての州で結婚は男女間に限られ、誰もその合憲性を疑わなかった。本件はこれで解決される。同性婚をめぐる公的な論争を継続させれば良いのである。

しかし、当裁判所は、法の装いはわずかにさえない法廷意見で、この論争を終わらせた。第14修正を批准した人民がどう考えようとも、同修正は、司法部が「合理的な判断」において、保護されるべきと考える権利を保護していると、正直で驚くべき主張をしている。その理由は「権利章典や第14修正を起草し批准した世代は、自由のすべてを知っているとは考えなかった」から。普通は、「それゆえ、彼らは憲法改正の手段を用意した」あるいは「同性婚の自由のような付加的な権利の創造を、立法過程を通じて、人民に委ねた」と続くものだろう。しかし、「彼らはすべての人が自由—その意味を我々は知っている—を享受する権利を保護する憲章を将来の世代に託したのである」。「我々」とは言うまでもなく、我々9人の裁判官である。つまり、何が権利かについて、批准時や現在の人民の理解に焦点を当てるのではなく、法廷意見の見解において、州が結婚を男女間に限定することを禁ずる4つの「原則と伝統」に焦点を当てたのである。

これは、我々の統治形態とは根本的に異なる、司法による超立法権の裸の主張である。人民を9人の選挙されない法律家の委員会の下に置く統治形態は、民主主義と呼ぶに値しない。

II

法廷意見を構成する5人の裁判官は、すべての州は、第14修正の批准からマサチューセッツ州が同性婚を認めた2003年まで135年間憲法に違反してきたと結論して全く愉快である。彼らは、第14修正に、同修正批准時に生きていたすべての人とその後の世代の大部分が見落としていた「基本的権利」を発見したのである。ホームズ、

ブランダイスやブラックなど先達が見つけられなかった権利を。そして、彼らは、わずか15年前まですべての世代とすべての社会の全員一致の判断に執着するすべての市民は憲法に逆らっていると言いたいのである。

法廷意見は、内容が自己中心的であるばかりかスタイルも自惚れである。最高裁判所の個別意見に、放縦 (extravagances)、ときにはばかげた放縦があったとしても仕方ない。しかし、法廷意見にそうした放縦があれば別物である。法においては、論理と正確さが期待される。本日の法廷意見に含まれる戯言は、明晰な思考と賢明な判断という当裁判所の評判を減じるに違いない。

(3) トーマス裁判官の反対意見 (スカリア裁判官同調)

本日の判決は、憲法と矛盾するばかりではなく、わが国の建国の原理にも反するものである。1787年以前から、自由とは政府に給付を求める資格ではなく、政府の行為からの自由を意味すると理解されてきた。起草者は、自由のこの理解を維持するために憲法を作った。しかし、法廷意見は、起草者が認めない自由の名において憲法を持ち出し、起草者が保護しようとした自由を台無しにしている。法廷意見は、人間の尊厳は固有のものであるという独立宣言にもある考え方を否定し、人間の尊厳は政府に由来すると示唆している。この憲法の捻じ曲げは、文言を無視するだけではなく、個人と国家の関係を変更するものあり、私はこれに反対する。

I

法廷意見は、生命、自由、財産を奪う前に適正手続を保障する条文にその根拠を求めている。私は別の判決において、適正手続条項を実体的権利の源泉として扱うことの危険性を説明してきた。

憲法の条文から外れ、実体的適正手続は人民の犠牲のうえに裁判官の地位を高める。上訴人らは、当裁判所の9人の裁判官に、彼らの結婚の定義を連邦憲法に書き込み、通常の民主主義のプロセスの範囲外に置くよう求めている。

II

たとえ実体的適正手続の理論に何らかの擁護すべき点があるとしても、なお上訴人らの主張の根拠にならない。実体的にせよ手続的にせよ適正手続条項の保護を援用するには、「生命、自由または財産」が奪われたことを証明しなければならない。法廷意見は、各州法が上訴人らから「自由」を奪ったと主張しているが、その「自由」の概念は、適正手続条項で使われてきた自由のもっともらしい意味とは似ても似つかぬものである。

歴史的に、適正手続条項の「自由」は身体的な制約を受けないことを意味してきた。

この定義は我々の憲法の文言と構造に合致する。

同条項の「自由」が身体的制約からの自由に限定されないと仮定したとしても、法廷意見が主張するような権利は含まれない。アメリカ法の伝統において、自由は、政府の特定の資格を受ける権利ではなく、政府の行為からの自由と理解されてきた。

どちらの意味で定義しても、上訴人らは自由を奪われてはいない。上訴人らは、同性愛関係によって、各州から投獄されたり身体的な拘束を受けていない。反対に、平穩に同居し子どもを育てることができた。また、各州は、上訴人らが同性愛関係に入り、そのパートナーと結婚式をして誓約を交わし、家庭を築き子どもを育てることに何の制約も加えてこなかった。

各州は、上訴人らに政府が認める結婚という承認を与えなかっただけである。起草者が認めていた結婚の権利は、政府の承認や恩恵まで含むものではなかった。

上訴人らの誤解は、結婚の権利に関する先例の理解にも及んでいる。ラビング判決などは、結婚につながる私的な行為の刑罰を伴う絶対的な禁止に関するものだった。いずれの事件も、本件ような政府の承認と恩恵の拒否にかかわるものではなかった。

III

自由の本来の意味についての法廷意見の捻じ曲げは、自由を保護する我々の憲法秩序に別の副次的ダメージをもたらすだろう。

明らかに法廷意見は、自由の擁護としての統治過程を無視している。憲法の枠内で、人民は自然権を行使する権限を留保している。このプロセスは州レベルでは、主に代表民主制によっている。結婚の定義も各州の論争のテーマとなってきた。35州においては州民投票が行われ、うち32州は結婚の伝統的定義が選ばれた。上訴人らはこの結果に不満だろうが、このプロセスの正統性は変わらない。

法廷意見は長く保護されてきた宗教の自由を脅かす。我々の社会において、結婚は政府の制度であるばかりか宗教的な制度でもある。本日の判決は前者を変更するだろうが、後者を変えることはできない。個人や教会が同性カップルの結婚式に参加したり祝福する必要に直面したとき、双方に衝突が起きることはほとんど不可避である。宗教の自由には、宗教的な事項一般についての行為の自由が含まれ、宗教的活動に課される世俗の制約に直接関係する（宗教的な理由で同性婚を認めない教会や個人も同性婚を容認させられるという意味で）。

IV

おそらく本件が本当の意味での自由にかかわるものでないことが分かっているの、法廷意見は、判決が同性カップルの「尊厳」を増進するものだと主張している。この理由づけの誤りは、憲法には「尊厳」条項がないことである。かりにそうではな

いとしても、尊厳は政府が与えたり奪ったりできないものである。

このように法廷意見の誤用は根深いものだが、法廷意見が貶めた人々—各州側の訴訟当事者や違憲とされた婚姻法の定義に賛成した人々、伝統的な結婚の定義に執着し続ける人々、そして建国時の自由や尊厳の理解を信じ続ける人々の尊厳には何の影響もない。

独立宣言と同様、我々の憲法はひとつのシンプルな真実を前提としていた。自由は、尊厳には言及することなく、国家によって与えられるのではなく、国家から保護されることを意味するのである。本日の判決は、この真実を退けるものである。望んだ結論を急ぐあまり、法廷意見は、実体的な権利を生み出すために「適正な手続」に焦点をあてた条項を誤って適用し、適正手続条項が保護する「自由」の最も正しい理解を無視し、この国が拠って立つ原理を台無しにした。本判決は、我々の憲法と社会に予想できない影響を与えるだろう。

(4) アリト—裁判官の反対意見 (スカリア裁判官、トーマス裁判官同調)

連邦裁判所が介入するまで、アメリカ国民は、その州が同性婚を認めるべきか否かの論争をしてきた。しかし、本件で問われているのは、州が同性婚をどう扱うべきかではなく、憲法がその答えを用意しているかである。憲法は、自ら答えを用意せず、各州の人民の決定に委ねている。

I

憲法は同性婚の権利について何も言及していないが、法廷意見は、適正手続条項の「自由」にはこの権利が含まれると判断している。わが国は、すべての人は譲り渡すことができない権利を有するという原理のうえに作られているが、自由という言葉には多様な意味がある。本日の法廷意見にとっては、著しくポストモダンな意味を持っている。

選挙によらない5人の裁判官が自らの好みをアメリカ国民に押し付けることがないよう、当裁判所は、適正手続条項の「自由」は、「この国の歴史と伝統に深く根づいた」権利のみを保護すると判断してきた。同性婚の権利がこうした権利に当たらないことは、議論の余地がない。本日の法廷意見にとって、同性婚の権利が深いルーツを欠くことや長く確立された伝統に反していることはどうでもよいことである。法廷意見の裁判官は、自らが基本的と信ずるという理由だけで、同性婚の権利に憲法上の保護を与える権限を主張しているのである。

II

法廷意見が持ち出してきたのは、平等取り扱いの権利という争点である。結婚は基

本的権利であるとして、法廷意見は結婚の権利を同性カップルに否定する正当な理由が州にはないと主張する。この理由づけは、結婚の目的に関する特定の理解に基づいている。曰く、結婚は当事者の福祉を増進する。曰く、結婚は、感情的な実現や困ったときの助け合いの約束を提供する。

結婚した当事者の幸福にもっぱら焦点を当てるこうした結婚観は、今日多くの人々に共有されているが、伝統的な理解ではない。何千年もの間、結婚は異性カップルのみがなしうるひとつのことに結びついていた。それは生殖である。

伝統的な結婚の理解を擁護する州の基本的な主張は、人間の他の関係とは別に結婚を定式化し奨励しているのは、育児に最適と思われる環境が長続きする場所での生殖行為を促すためである。したがって、結婚を異性間に限定するのは合理的な理由があるというのである。

たしかに40%以上の子が未婚の母から生まれるなど、結婚の理解は変化している。しかし、同性婚を認めない州は、古い結婚観を公式に捨てることで、さらに結婚の衰退に寄与することを心配しているのである。そして、かつて世界中で支配的だった結婚の理解に州が固執してはならないと言うことは当裁判所の権限外である。

ウインザー判決の反対意見で述べたように、家族の変化やそのプロセスは複雑多様であり、同性婚に対する評価もさまざまである。同性婚の行く末がどうなるかは誰にも正確に言えないし、裁判官もその評価を割り当てられていない。最高裁判所裁判官の任務は、憲法の解釈・適用である。憲法は、同性婚について何も規定していない。かくも根本的な問題についての変化は、その代表者を通じて人民によってなされるべきである。

III

本日の判決には、別の重要な意味がある。法廷意見は、同性婚を否定する伝統的な婚姻法を、黒人差別や女性差別と比較している。このアナロジーの含意は、伝統的結婚観に固執する者は家庭ではそれを咬けても、公的な場で言えば、偏屈者というラベルを貼られるのではないかと懸念である。

連邦制は、異なる見解の人々がひとつの国で共存できる方法である。同性婚の争点が各州の人民に委ねられれば、各州ごとの対応ができたであろう。本日の法廷意見はそれを不可能にした。国全体に自らの見解を強制することによって、伝統的見解の多くのアメリカ人を周辺部に追いやろうとしている。

また、本日の判決は、当裁判所と法の支配の維持に根本的な悪影響を及ぼすだろう。最高裁判所の多数派裁判官が、新しい権利を発明して残りの国民に強制できるなら、将来の多数派裁判官がどこまでできるかの限界は、彼らが何を許容できるかのセンスによることになる。

本日の判決は、当裁判所がその権限を濫用しないよう抑制する長年の試みが失敗したことを示している。今日の判決から引き出せる教訓は、憲法解釈の正しい方法や司法の自制の徳の教えは、方法は何でも正しいことを達成したいという誘惑には勝てないということである。

多くのアメリカ人は、同性婚をどうみるかによって、本日の判決に拍手を送ったり嘆いたりするだろう。しかしすべてのアメリカ人は、同性婚に関する見方を問わず、法廷意見がいう権限が持つ意味を憂慮すべきである。

二 法廷意見と反対意見の要旨と両者の対立点

1 最初に双方の要旨と対立点を整理しておこう。まず、法廷意見である。

法廷意見は、初めに結婚の歴史を以下のように振り返り、さらに2003年のローレンス判決や2013年のウインザー判決を回顧している(Ⅱ)。

結婚の歴史は、継続と変化の歴史である。許嫁婚の衰退や妻の無能力制度の撤廃といった変化は、結婚の枠組みの深い変容をもたらし、かつて本質とみられた結婚の諸側面に影響を与えている。こうした新たな洞察は、結婚という制度を弱めるのではなく強めてきた。変化する結婚の理解は、新しい段階の自由が新しい世代に顕著になっているこの国の特徴である。

次に適正手続条項が保護する自由に、同性婚の権利が含まれるかという本判決の核心である。まず、適正手続条項が保護する自由の意味は歴史や伝統には限定されず、現在の我々に託されたとする。

基本的権利を見つけ出し保護することは憲法を解釈する司法の仕事の長年の一部である。しかし、その責任は「何らかの公式には還元されてこなかった」。歴史と伝統は、この検討のガイドとなり統率するものであるが、その外縁を画していない。この手法は、我々の歴史を尊重し歴史から学ぶが、過去によってのみ現在が支配されることを許してはいない。

不正義は、現代においてそのすべてを見通せるものではない。権利章典や第14修正を起草し批准した世代は、自由のすべてを知っているとは考えなかった。彼らはすべての人が自由—その意味を我々は知っている—を享受する権利を保護する憲章を将来の世代に託したのである。

そして先例は、結婚の権利がこの自由に含まれることを確立してきたが、「これらの先例の拘束力と理由づけが同性カップルにも適用されるか判断するには、結婚の権利が長い間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」(Ⅲ(1))

検討されるべき4つの原則と伝統は、憲法上結婚は基本的権利であるという理由が同性カップルにも同様に当てはまることを示しているとして、同性カップルにも結婚

の権利はあるという結論に至る。つまり結婚はなぜ大事かという4点、すなわち①結婚に関する個人の選択の権利は、個人の自律に内在する概念であり、②結婚が基本的権利とされるのは、結婚によって、各人への重要性において、他の結合とは異なる2人の結合をサポートするから、③結婚は子どもと家族を守り、物質的な利益だけでなくもっと深遠な利益ももたらす、④結婚は我々の社会秩序の要石である、のいずれにおいても同性婚は異性婚と同等であるというのである。

まとめとして、結婚という基本的権利を異性カップルに限定することは、長い間、自然で正しいことと思われてきたが、現代においては同性婚の排除が基本的権利の中核的意義に反することは明らかである(Ⅲ(2))。

さらに、本件の州法は同性カップルへの差別、同性愛者を軽蔑し劣位におくもので平等保護にも違反としている(Ⅲ(3))。

問題の法律が、同性カップルの自由に重荷を負わせていることは今や明白で、さらに平等の中核的概念をも侵害している。各州の婚姻法は本質的に不平等である。同性カップルは、異性カップルに与えられるすべての利益を否定され基本的権利の行使を妨げられているのだから。特に、同性愛関係の不承認という長い歴史に照らすとき、同性カップルに結婚の権利を認めないことは、重大かつ継続的な害悪をもたらす、同性愛者を軽蔑し劣位に置くことにつかえる。

最後に、反対意見や州側の主張に反論している(Ⅳ)。その要旨は、①人権を侵害された個人は立法を待つことなく、裁判所による救済を求められるのであり、本件の争点は法的問題である、②同性婚の許容が異性婚の減少につながるという主張は非現実的で根拠がない、③同性婚は許されないという信念を説くことは第1修正によって保護されている。

2 これに対して反対意見に共通するのは次の2点である。

第1は、裁判官の合理的判断で新しい権利を創造する司法積極主義は、ドレッド・スコット判決やロクナー判決と近似する一本判決の同性婚は許されるべきという道徳的確信とロクナー判決の労働時間の制限は不必要という政策的選択—もので、人民の自己統治の権利を侵害し民主主義への脅威である(ロバーツ首席裁判官の反対意見が特に詳しい)

ロクナー判決の過ちを繰り返さないために、我々の先例は、実体的適正手続条項が保護する黙示的権利は「客観的なものでなければならず、わが国の歴史と伝統に根ざし、秩序ある自由の概念に内在するものである」ことを求めてきた。

当裁判所の正統性は、究極的にはその判断に与えられる敬意に左右される。その敬意は、憲法と法律に従い判決を下す際に謙虚さと自制を行っているという認識—そして現実—から生まれる。しかし本日の法廷意見が描く最高裁判所の役割は、謙

虚でも自制でもない。法廷意見は繰り返し、社会的変化を実現する司法の役割を称賛している。法廷意見の言葉を借りるなら「新しい世代に顕著になっている新しい段階の自由」を作る責任があるのは、人民ではなく裁判所である。(以上、ロバーツ反対意見)

(法廷意見は)第14修正を批准した人民がどう考えようとも、同修正は、司法部が「合理的な判断」において、保護されるべきと考える権利を保護していると、正直で驚くべき主張をしている。その理由は「権利章典や第14修正を起草し批准した世代は、自由のすべてを知っているとは考えなかった」から。普通は、「それゆえ、彼らは憲法改正の手段を用意した」あるいは「同性婚の自由のような付加的な権利の創造を、立法過程を通じて、人民に委ねた」と続くものだろう。しかし、「彼らはすべての人が自由—その意味を我々は知っている—を享受する権利を保護する憲章を将来の世代に託したのである」。「我々」とは言うまでもなく、我々9人の裁判官である。つまり、何が権利かについて、憲法批准時や現在の人民の理解に焦点を当てるのではなく、法廷意見の見解において、州が結婚を男女間に限定することを禁ずる4つの「原則と伝統」に焦点を当てたのである。

これは、我々の統治形態とは根本的に異なる、司法による超立法権の裸の主張である。人民を9人の選挙されない法律家の委員会の下に置く統治形態は、民主主義と呼ぶに値しない。(スカリア反対意見)

スカリア反対意見は、さらに注で「最高裁判所は、ジョン・マーシャルとジョセフ・ストーリー(いずれも19世紀の名裁判官として名高い)の修練された法理論からおみくじクッキーという謎の金言に堕ちた」とまで酷評している。

もうひとつは結婚をどうみるかである。反対意見によれば、たしかに結婚観には変化が見られるが、異性間のものであることは一貫している。それは、結婚にとって生殖の要素がキーであることによる。そして法廷意見が引用する先例はいずれも異性婚に関するものだと批判する。

結婚の権利に関する判例は、伝統的に定義された結婚へのアクセスに対する個々の制約が適正手続に違反するという、重要ではあるが限定的な立場に立つものである。これらの先例は、上诉人らが本件で求めている、州に結婚の定義を変更させる権利については何も語っていない。上诉人らも法廷意見も、そうした憲法上の権利の根拠となるひとつの判例もひとつの法的資料も引用していない。そんなものは存在しないし、このことは上诉人らの主張を否定するのに十分である。(ロバーツ反対意見)

結婚した当事者の幸福にもっぱら焦点を当てる法廷意見の結婚観は、今日多くの人々に共有されているが、伝統的な理解ではない。何千年もの間、結婚は異性カッ

ブルのみがなしうるひとつのことに結び付いていた。それは生殖である。

伝統的な結婚の理解を擁護する州の基本的な主張は、人間の他の関係とは結婚を定式化し奨励しているのは、育児に最適と思われる環境が長続きする場所での生殖行為を促すためである。したがって、結婚を異性間に限定するのは合理的な理由があるというのである。

たしかに40%以上の子が未婚の母から生まれるなど、結婚の理解は変化している。しかし、同性婚を認めない州は、古い結婚観を公式に捨てることが、さらに結婚の衰退に寄与することを心配しているのである。そして、かつて世界中で支配的だった結婚の理解に州が固執してはならないと言うことは当裁判所の権限外である。(アリトー反対意見)

3 要約すれば、両者は、適正手続条項が保障する自由をどう解釈するかと、その解釈において歴史や伝統をどう評価するかに関連して「異性間」を結婚の本質とみるかで激しく対立していることになる。

三 マスコミの反応

まず、ニューヨークタイムズは「最高裁、同性婚を全国で権利に」という見出しで、判決の言い渡しが終わったとき笑顔で抱擁し合う人々や傍聴席で涙を拭う弁護士、2010年に引退したスティーブズ裁判官もこの判決に居合わせたこと、「愛の勝利」と叫ぶ群衆、「我々はより完全なユニオンになった」というオバマ大統領のコメントなど判決を歓迎する人々の様子を好意的に伝えている。また、ケネディー裁判官の法廷意見は、社会の変化とともに発展する生ける憲法 (a living Constitution) の考え方であると評している⁽³⁾。

次に、ワシントンポストは「最高裁、同性カップルは全国で結婚の権利ありと判断」との見出しの下に、法廷意見と反対意見との深い対立、「判決はアメリカの勝利」とのオバマ大統領の歓迎、「判決は我々の愛は平等だと確認してくれた。『同性婚』という言葉は過去のものにして今日からはただ『結婚』と呼んでほしい」という原告のコメント、伝統的結婚を支持するグループの「5人の法律家は、3億人以上のアメリカ人が結婚という最重要の社会制度についての論争を続けたいという声を奪った」という反応などを比較的冷静に伝えている⁽⁴⁾。

総じて、①判決がLGBTの人々にとって画期的なものであったこと、②最高裁判所内や国内には根強い対立があるというところか。

- (3) <http://www.nytimes.com/2015/06/27/us/supreme-court-same-sex-marriage.html>
大林啓吾も、双方の対立は、生ける憲法と原意主義の対立に根ざしているとみる。前掲注(1) 42頁。
- (4) http://www.washingtonpost.com/politics/gay-marriage-and-other-major-rulings-at-the-supreme-court/2015/06/26/ef75a120-1b6d-11e5-bd7f-4611a60dd8e5_story.html

四 力強い理由づけ

DOMA を違憲とした2年前のウインザー判決のときから、もっと具体的には、DOMA 違憲判決の後、同性婚を認めていない州法に対する下級審の違憲判決には最高裁が裁量上訴を却下し、逆に合憲判断である本件には裁量上訴を認めるときから、この違憲判決は予想されたものだった⁽⁵⁾。その意味で結論に驚きはなかるう。驚きは、その広範で明確な理由づけである。

DOMA 違憲判決は、州が認めた同性婚を、連邦法上は結婚と認めない DOMA は違憲という結論において画期的なものだったが、その理由づけは、結婚については州の判断を尊重するという連邦主義から DOMA は異例であること、同性愛者とその家族に対する害意が動機で連邦法全体に不平等を書き込むものとして、審査基準を明示せずに、そもそも目的が許されないという論理だった⁽⁶⁾。

Siegel は、ウインザー判決について、厳格審査はしなかったが合理性の審査でもない、政治的不人気グループへの敵意+結婚については州の定義を受け入れるという伝統からの著しい乖離を理由に違憲判断したものとみる⁽⁷⁾。また、Araiza も、適正手続、平等、連邦主義の3つの概念を結合した分析によって、審査基準や性的嗜好をどう評価するかの判断なしに「不当な敵意」をキーに違憲判断したと評している⁽⁸⁾。

要約すると、違憲判断の理由は連邦主義と平等、州の判断を連邦がわざわざ邪魔したというニュアンスであり⁽⁹⁾、同性婚の権利そのものには言及していなかった。

もうひとつのカリフォルニア州事件⁽¹⁰⁾も、同性婚禁止の州憲法改正は連邦憲法に違反するかの本案判断をしなかったし、この事案特有の事情、いったん認められた同性婚をわざわざ州憲法改正で同性婚を禁止したもので、かりに本案の判断になったとしても、今回のケースより違憲判断しやすかったものと思われる。

それに対して、前述のように法廷意見は、同性婚が適正手続条項が保障する自由に含まれると言い切った点で画期的である。そして、その根拠として、「自由」についての柔軟な解釈のうえに結婚の本質において同性婚は異性婚と同等であるというのである。

O'Rourke も、判決について、結論は驚きではないが、結婚は基本的権利であり基本的権利である理由は同性婚についても同じであるという明確な論理は驚きで、ウインザー判決の悩ましいレトリックと対照的な明確さ (clarlity) と指摘している⁽¹¹⁾。

賛否はともかく、非常に明確な理由づけとすることができる。以下、順に検討してみよう。

- (5) 朝日新聞デジタル2015年5月9日「同性婚訴訟の行方 制度の安定か個人の尊厳か」
- (6) 邦語文献として、上田宏和「Windsor 判決からみる憲法理論の新展開」創価法学44巻3号1頁(2015年)。結論は明快だが論理は難解だとして、上田は、結局どの理論に拠るのも限界があることから、違憲判断の射程を限定して各州で認められた同性カップルの結婚の自由と平等を保護する一方、同性婚を禁止する他州の権限も容認したものと読む。白水隆の評釈([2014] アメリカ法161頁)も、論理構成も審査基準も不明確と評する。なお拙稿「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171頁(2014年)。
- (7) Siegel, *Equality Divided*, 127 Harv.L.Rev. 1, 87-89(2013). 邦語の紹介として、勝田卓也「平等保護理論の後退」[2014] アメリカ法382頁。
- (8) Araiza, *After the Tiers: Windsor, Congressional Power to Enforce Equal Protection, and the Challenge of Pointillist Constitutionalism*, 94 B.U.L.Rev. 367(2014).
- (9) Klarman は、法廷意見は、連邦主義、実体的適正手続、平等保護のいずれによるのかははっきりしないし、結局「害意」が根拠なのは法理論として疑問だが、世論の支持が広がり、ブラウン判決のような評価になると予想していた。Klarman, *Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality*, 127 Harv.L.Rev. 127, 140-43(2013).

Bower は、ウインザー判決について、結論は妥当だが、権利にせよ平等にせよ既存の審査基準の枠組みを無視した理由づけで下級審へのガイドがはっきりしないとする。目的が害意という点が決定的な理由に見えるが、反対意見がいうように害意とまで言えるか、と疑問を呈する。そして Bower は、権利の側面からだけでなくコスト・ベネフィット(善悪ではなく社会全体への効用)からも同性婚容認すべきだと主張している。その要旨は、主張されているコストは疑問、すなわち、同性愛は不安定とか同性愛者は(性的に)「お盛ん」とかは根拠がなく、異性愛と大差なのに対して、いくつかの効用、すなわち同性愛者も多くは結婚を希望しており、シビル・ユニオンではない結婚には肯定の強いシグナル・メッセージがある。異性愛者への直接の害ははっきりしないが、同性カップルや関係者には大きな効用があると結論づけている。Bower, *Juggling Rights and Utility: A Legal and Philosophical Framework for Analyzing Same-Sex Marriage in the Wake of United States v. Windsor*, 102 Calif.L.Rev. 971(2014).

Koppelman によると、学界では「思慮がない」とほぼ無視されている反対論だが、国民のほぼ半分、5分の2は同性愛に反対だという。したがって、同性婚が本当の勝利を収めるには、反対論に向き合う必要があるとして、①同性婚の許容は異性家族に悪影響、②結婚は本質的に異性間のものという2大反対論を検討したうえで、いずれも根拠なしとして退けている。Koppelman, *Judging the Case Against Same-sex Marriage*, 2014 U.Ill.L.Rev. 431.

なお Koppelman は、現在の同性婚反対論は、南北戦争時の奴隷制擁護論のようなものと酷評している。曰く、当時、彼らは自由と自治のためと言ったが、それは他者の隷属のうえにあった。現在同じように家族観の保護と言うが、そうではない家族を周辺部に追いや法的承認の拒絶のうえにある。「結局、同性愛者をやっつける理由として『家族』を持ち出すのは、アメリカ連合国(南部のこと)を擁護するために『自由』を持ち

出すのと同じくらい奇妙に思われるだろう」(at 464-65)

(10) *Hollingsworth v. Perry*, 133 S.Ct. 2652(2015).

(11) *O'Rourke, Substantive Due Process for Noncitizens: Lessons from Obergefell*, 114 *Mich.L.Rev.First Impressions* 9(2015).

五 自由とは？

1 適正手続条項が保護する自由とは何かをどう判断するか。従来は「歴史と伝統に根づいたものか」「秩序ある自由の概念に内在するか」と言われてきた。グリュックスバーグ判決⁽¹²⁾は、この基準により自殺の権利を認めなかった。一般に、憲法に明文の規定がない自由について制限的に判断したものと理解されている。

法廷意見は、グリュックスバーグ判決の変更を明言していないが、憲法に明文の規定がない自由をどう評価するかについて、同判決の基準を大きく修正したものと言える。以下のように、「歴史と伝統」は尊重されるが、現在が過去に支配されてはならないと明言したのは画期的だった。この点で、反対意見からの激しい反発や、逆にリベラル派からの、本判決は実体的適正手続論の「ゲームチェンジャー」という評価はうなずける⁽¹³⁾。

基本的権利を見つけ出し保護することは憲法を解釈する司法の仕事の長年の一部である。しかし、その責任は「何らかの公式には還元されてこなかった」。歴史と伝統は、この検討のガイドとなり統率するものであるが、その外縁を画していない。この手法は、我々の歴史を尊重し歴史から学ぶが、過去によってのみ現在が支配されることを許してはいない。

ただ、結婚の権利(当然、異性婚を想定)自体が基本的権利であることは確立された判例だし反対意見も否定しないから、グリュックスバーグ判決を修正したこの判旨は不必要にもみえる。しかし、法廷意見としては、歴史と伝統に拘泥しては、結婚の権利が同性婚をも含むと言いくかっただろう⁽¹⁴⁾。

ドレッド・スコット判決⁽¹⁵⁾やロクナー判決⁽¹⁶⁾との近似については、法廷意見はほとんど反論していない⁽¹⁷⁾。せいぜい、以下のように一般的な言い方にとどめている。

人権が侵害されたときは、民主的な意思決定には普遍的な価値があるにもかかわらず、憲法は裁判所による救済を要求している。このことは、人権の保護の結果、最大級の重要性和微妙さに影響を与えるときでも同じである。

害を被った個人は、基本的権利を主張するのに、立法府の活動を待つ必要はない。害を被ったときは憲法上の権利を援用できるのであり、たとえ、国民の多くが反対でも立法府が拒否しても同じである。憲法の考え方は、『一定の事柄を政治的論争の変転から遠ざけ、多数者と公務員の決定の彼方に置き、そうした事柄を裁判所が適用する法原則として確立することである』

古臭いと言われそうだが、法廷意見はカロリーヌ・プロダクツ判決⁽¹⁸⁾の脚注4に近い理解に立っていると見えよう。すなわち、奴隷主の財産権やパン工場主の契約の自由について裁判所は介入する必要ないが、LGBTという社会の異端者の権利を守るためには司法が積極的に介入すべきという考え方である。

2 Yoshino, *A New Birth of freedom*によれば、同性愛行為の処罰を違憲としたローレンス判決⁽¹⁹⁾以降も法と思われていたグリュックスバーグ判決をはっきり否定し、実体的適正手続の審査方法について、公式によるのではなく発展する判例法というコモンロー方式を採ったところ、反対意見からはロクナー判決と同じという非難を浴びた。

では、2つの判決を区別する原理は何か。それは、「反従属の自由 (antisubordination liberty)」であり、保護される自由か否かの分析においては「その自由を歴史的に従属させてきたグループに与えるか否定するかのインパクト」が大きな要素だという。

そうすると、自殺の自由を認めなかった同判決の結論も、適正手続条項は弱者の平等の利益を増進するものという考え方で説明できるし、なんといっても反対意見があげた2判決はこの理論からは正当化されない。すなわち奴隷主は従属的立場でないし、契約の自由が弱いパン焼き労働者の利益になるという判断は誤り（3年後のミューラー判決で正しい理解に）だという⁽²⁰⁾。

Tribe, *Equal Dignity* は、法廷意見はグリュックスバーグ判決を否定しただけでなく基礎原理も提示したとする。Yoshino がいう「反従属の原理」に基本的に賛同しつつ、より広範な呼称「平等な尊厳の原理」(a doctrine of equal dignity)、すなわちすべての個人はその生き方や役割を（国家に命ぜられるのではなく）自ら決めることにおいて平等だとする。

具体的には、こうした尊厳の考え方は歴史的にも比較憲法においてもよくみられるし（キリスト教・カント・世界人権宣言・第2次世界大戦敗戦国の憲法・南アフリカ憲法）、何よりケネディー裁判官がいくつかの判決で繰り返しているように過去半世紀の最高裁判決に根拠があるとして、反対意見がアメリカや他国の歴史に根拠がないし合衆国憲法にも尊厳条項がないと批判することへの反論をしている⁽²¹⁾。

平等保護の審査基準に関して重要な指標とみられていた「孤立した少数者の保護」という関数を、実体的な権利の保護、より正確にいうなら、実体的な権利の保護に裁判所はどの程度かわるべきかにも応用する考え方と言えよう。その言わんとするところがどのあたりか必ずしも明確とは言えないように感ずるが、わが国の幸福追求権に関する人格的利益説と一脈通ずるのかもしれない。

反従属とは平等に関する論点であって、実体的な権利の保護までも左右するものな

のか、そして適正手続条項が保護する自由を画定する基準として機能するのか、疑問はなくはないが、本判決の論評としては珍しくない⁽²²⁾。今後の議論の展開を注視したいと考える。

- (12) *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702(1997). 佐藤雄一郎「医師の助けを受けて死ぬ権利 (PAS)」アメリカ法判例百選100頁 (2012年)。
- (13) Yoshino によれば、同性愛に関する先例は狭い理由づけだったのに対して、今回は広い *statement* であり、平等の土台に自由の像を築いたとみる。さらに、画期的な人権判決を超えた、実体的適正手続判例理論のゲームチェンジャーに、大論争の新たなグラウンドを開いたと評価している。Yoshino, *The Supreme Court 2014 Term: Comment: A New Birth of freedom?: Obergefell v. Hodges*, 129 *Harv.L.Rev.* 147, 147-48(2015).
Tribe も、判決を支持する者のなかにも法廷意見は政治的に見事だが法理論としてはダメという見方が少なくないが、それは誤りだとして、グリュックスバーグ判決の窮屈な融通がきかないテスト・方法論をはっきり覆した本判決は基本的権利に関する判例の改革という4半世紀にわたるプロジェクトの集積だと高く評価する。将来の多くの事件に広がりを持つ憲法理論の大きなシフト、重要なランドマーク(終わりではなく始まり)だというのである。Tribe, *Equal Dignity: Speaking its Name*, 129 *Harv.L.Rev.F.* 16, 16-17(2015).
- (14) 上田によれば、「歴史と伝統に根づいたものか」「秩序ある自由の概念に内在するか」という要件にこだわっているのは、実体的適正手続条項で同性婚を保護できないという。前掲注(6) 30-31頁。
- (15) *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393(1857). 拙稿「奴隷制と合衆国最高裁」アメリカ法判例百選74頁 (2012年)。
- (16) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45(1905). 川岸令和「経済的自由とデュー・プロセス条項 (1)」アメリカ法判例百選90頁 (2012年)。
- (17) Tribe によれば、反対意見には直接反論せず、ロクナー判決に一度も言及しないのは、市井の人々にジェンダーの意味を考えてもらい同性婚についての議論を活性化したい、対話を促すというのが法廷意見の基本姿勢だという。Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 13, at 23-24.
- (18) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144(1938). 松井茂記「市民的権利の制限と司法審査のあり方」アメリカ法判例百選46頁 (2012年)。
- (19) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558(2003). 上田宏和は、ローレンス判決について、基本的権利の画定と厳格審査基準を一体とみなす従来の実体的適正手続の定式からの離脱傾向と審査基準が明確ではないことの2点を指摘している。卓見だろう。上田宏和「アメリカ憲法学における実体的デュー・プロセスのゆらぎ」比較憲法研究27号149頁 (2015年)。なお、拙稿「実体的適正手続の新たな射程—いわゆるソドミー法をめぐる」法政研究9巻4号47頁 (2005年)。
- (20) Yoshino, *A New Birth of freedom*, *supra* note 13, at 169-75.
- (21) Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 13, at 19-23.
- (22) O'Rourke も、法廷意見の実体的適正手続論は、伝統的に平等保護事件で行われてきた反従属原理に依拠したものという。O'Rourke, *supra* note 11.

六 結婚とは？

1 結論を左右する最大の論争点が、結婚をどうみるかである。法廷意見がいうように、結婚観が歴史的に変化してきたことはそのとおりだろう。このこと自体には、反対意見も異を唱えていないように思われる。

問題は「異性間」を結婚の本質的な要素とみるのか否かである。法廷意見は、検討されるべき4つの原則と伝統によれば、憲法上結婚は基本的権利であるという理由が同性カップルにも同様に当てはまるとして、「結婚を異性カップルに限定することは、長い間、自然で正しいことと思われてきたが、現在、結婚という基本的権利の中核的意義に反することは明らかである」と結論づけた。

一方、反対意見は、結婚がさまざまな面で法的に保護されてきたのは生殖という異性間に固有の営みがあったからだとする。

この点では、まさに「歴史と伝統」をどうみるかに大きく左右されることになる。法廷意見が、適正手続条項が保障する自由が何かに関して、「歴史と伝統」は参考にはするが縛られないとしたのは、とても意義深かったことになる。O'Rourkeは、歴史を重視するグリュクスバーグ判決に拠れば同性婚を基本的権利と認めるのは困難という理解に立って、法廷意見は、従属的グループに権利が否定されてきた歴史は否定を継続する理由になると同判決を読むことに警鐘を鳴らしたと述べている⁽²³⁾。

たしかに、反対意見が結婚と生殖を結びつけることには一理ある。特に歴史と伝統を重視すれば、その結びつきは否定できない。かつて結婚は子孫を残すためのものだったと言っても間違いなからう。しかし、どこの国においても結婚に何を求めるかは多様化しており、生殖は重要な要素ではあっても、異性間ならば生殖を欠いたから結婚ではないとは言えない。その点では、「個人の自律に内在する」「2人の結合をサポート」「子どもと家族を守る」「社会秩序の要石」という法廷意見の結婚観のほうがバランスがとれているように感ずる。

結局、同性愛者のかなりがカミングアウトして、多数派の異性愛者にも、同性愛者は同性を愛するという点さえ別にすれば「普通の人たち」なんだと認識されるようになったという現実⁽²⁴⁾が法廷意見の大きな支えになったということだろう。

2 ひとつの疑問が、憲法の保障を受ける結婚はどこまで広がるのかである。特に議論になっているのが複婚（一夫多妻またはその逆）をどうみるか、具体的には、一夫多妻を信奉する者が現在の婚姻法（どの州でも複婚は認められていない）は違憲と主張したときにどう対応するかである。

ロバーツ反対意見は、皮肉交じりに以下のとおり論難している。

法廷意見の立場が招く差し迫った問題のひとつが結婚を2人の結合とする定義を

各州は維持できるのかである。法廷意見のあちこちに「2人の」という形容詞が挿入されているが、結婚の核心の定義として、男女の要素はそうではないのに2人の要素は維持されるのか全く説明がない。実際、歴史と伝統の観点からは、異性婚から同性婚への距離は、2人の結合から複数での結合—世界中のいくつかの文明に深いルーツがある—への距離よりはるかに大きい。法廷意見は大きな一歩を喜んでいたので、小さな一歩にどうしてノーと言うのだろうか。

法廷意見の理由づけは複婚の基本的権利の主張にぴったりと当てはまる。結婚を望む2人の男性や2人の女性の絆とそうした深い選択をした彼らの自律が尊いならば、同様の状況の3人の絆と自律はどうして尊くないのだろうか？ 彼らの子どもが自らの家族が劣位にあるという汚名を被るゆえに同性カップルには結婚の権利があるなら、子どもを育てる3人以上の複婚の家族に同じ理由は当てはまらないのだろうか？ 結婚の機会を認めないことが同性愛カップルを貶め劣位に置くというなら、同じことはどうして複婚を望む人々を貶め劣位に置くことにならないのだろうか？

これに対して、法廷意見は一切反論していない。法廷意見のスタンスは、反対意見にはあまり反論せず国民への訴えかけが基本のように思われる。

推測するしかないが、争われていないことには答えないのが司法の本分と考えているのか、結婚観の変化のなかで将来の世代が判断すべきと考えているのか。ただ、判決のあちこちで「2人」と言っているので、現在のところ複婚は結婚にあらずとみているのだろう。

いずれも同性婚を擁護する立場から、2人の論者が、複婚は同性婚と区別されると述べている。ひとりはおルセンで、婚姻は2人の成人の間の絆という前提はしっかり確立されたものであって、複婚はありえないとしている⁽²⁵⁾。

また Yoshino によれば、自身がいう反従属原理は複婚を認めないことの強力な理由になるという。すなわち、孤独を避ける重要性においては、同性愛者が「誰とも (any)」(結婚できないこと)と複婚を希望する者が「2人以上と (more)」(結婚できないこと)の違いは大きい、複婚については反従属の利益は小さいと述べている⁽²⁶⁾。

3 法廷意見の最後の高揚した「結婚讃歌」はどうなんだろうか。インターネット上では、ずいぶん評判になっているようである。たしかに同様の結婚観の人々からは称賛されるだろうが、こういう言い方では、非婚家族やシングルを選択した人は第2級の存在になってしまうのではないかという懸念である。

Huntington は、法廷意見が主に適正手続条項に拠ったのは大問題で、もっぱら平等保護条項に拠るべきだったと批判する。結婚を法廷意見のように持ち上げるのは、

異なる結婚観を信奉する人々を軽んじ、家族にとって結婚がキーとすることで非婚家族をないがしろにすると懸念する。

同性愛者は結婚を変えたいのではなく自らもその制度にアクセスしたいだけであり、家族像や結婚観を裁判所が選ぶべきでないとする。そうすれば保守派に対しても、各々の結婚観は尊重するが、平等原則から同性カップルにも認めるべきと言えた、最高裁が文化まで変えるのは問題であり、意図していないかもしれないが、法廷意見は非婚家族を貶めたと結論している⁽²⁷⁾。

このような見方は、同性婚支持者の間では珍しくないようである。Leib は、判決について、人権、無偏見（オープンマインド）、愛、未来の勝利であり、生きているうちにこんな素晴らしいことがあるとは思わなかったという手放しの喜びようだが、反面、判決理由の結婚至上主義（伝統的結婚観と結婚が社会秩序の中核という見方をいっそう強める）には疑問を呈する。結局、これは保守派のケネディーが同性婚に同調することのコストだろうとみる⁽²⁸⁾。

また Powell も、誰でも望む者を愛し絆を作り家族を形成する権利があると信ずる我々にとっての途方もない勝利と判決を讃えるが、結婚の尊厳を強調しすぎて、結婚の有無にかかわらず個人の尊厳を損なう可能性がある、人は結局一人であり、孤独は尊厳に欠けるものでも恥ずべきものでもないと批判している⁽²⁹⁾。

さらに判決を熱く支持する Tribe も、法廷意見が結婚を特別視したことは不満で、一人で生きるか、誰と（異性・同性）結婚するか、その選択によって不利益を受けないことが大事と釘を刺している⁽³⁰⁾。

(23) O'Rourke, *supra* note 11.

(24) オルセンによれば、多くの人々が本気の同性カップルに気づき始めたこと、また Siegel は、職場やメディアで同性愛がよく見られるようになって、同性愛に対する世論は大きく変化したことを指摘する。オルセン「Windsor 判決と Perry 判決以降の婚姻」[2015] アメリカ法27頁、Siege, *supra* note 7, at 85.

(25) オルセン、前掲33頁。

(26) Yoshino, *A New Birth of freedom*, *supra* note 13, at 177.

(27) Huntington, *Obergefell's Conservatism: Reiflying Familial Fronts*, 84 *Fordham L.Rev.* 23(2015).

(28) Leib, *Hail Marriage and Farewell*, 84 *Fordham L.Rev.* 41(2015). 大林も同趣旨の指摘をしている。前掲注(1) 40頁。また、駒村圭吾も「判決は、同性婚を承認したという点では革新的であるが、伝統的な婚姻の価値を踏襲したという点では保守的なものであった」と評している。駒村圭吾「同性婚と家族のこれから——アメリカ最高裁判決に接して」世界2015年9月号23頁。

(29) Powell, *Up from Marriage: Freedom, Solitude, and Individual Autonomy in the Shadow of Marriage Equality*, 84 *Fordham L.Rev.* 69(2015).

(30) Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 13, at 30-32.

結びにかえて

議論は尽きないが、基本的権利が何かの解釈にあたっては「歴史と伝統」に限定されるものではなく、結婚が基本的権利であることは同性間についても同じであるとした本判決の意義はいくら強調してもしすぎることはない。リベラル派にとってもなくなることがなかった最近のアメリカ法、特に憲法判例のなかで、圧倒的な少数者で明らかな異端者の権利を、結論においても理由づけでも力強く擁護したもの⁽³¹⁾で、昨今のそうした流れの一大転換点となる可能性を秘めている。

オルセンによれば、20年前、普通の人々の多くにとって「同性カップルの婚姻は冗談」だったという。私もそう思う。2003年のローレンス判決のスカリア反対意見は、いずれ最高裁が同性婚を支持するのではという懸念一例の「信じてはいけない」(Do not believe it) で結ばれているが、当時はなんと大げさなと思っていた。現在、それが全米で憲法上の権利とされるまで来たとは驚きの一言である⁽³²⁾。

オルセンはさらに「大部分の事柄について、今、アメリカ法は一少なくとも民主主義や市民的権利、平等や法の支配を重要だと考える人にとっては一非常に悪い状況」なのに「同性カップルの婚姻とLGBTの権利一般に関する領域は……驚くべき例外」と評している。この評価はウインザー判決についてだが、本判決にはいっそうあてはまるものである。

そして、ほとんど本稿を書き終えたときに飛び込んできたのが、スカリア裁判官急逝のニュースである。共和党は牽制しているが、オバマ大統領は後任に誰を指名するのか。市民的権利や平等という観点からは不満なことが多かったこの10年間の最高裁は変わるのか、今後の動向からますます目が離せない。

(31) Cooper は、同性愛者としての自身の経験から、同性愛に冷たかったアメリカの歴史を振り返り、それと対照的な最近の最高裁の判例は、わずか30年弱でスティグマから尊厳に転じたもので、尊厳に基づく理由づけには途方もないパワー(シンボルとしても実際にも)がある。また本判決は、同性愛行為の処罰を容認したパウワーズ判決の言葉、結論、スティグマを永久に消し去ったものと手放しに称賛する。Cooper, *The Power of Dignity*, 84 *Fordham L.Rev.* 3(2015).

(32) しかし、以降3つの変化—LGBTの団結、多くの人々が本気の同性カップルに気づき始めたこと、活発な反対派の出現(かえって同性婚支持を増やすことに)が、現在の流れにつながったとしている。オルセン、前掲注(24) 28—29頁。

Siegel は、1980年代以降の最高裁における、引き裂かれた平等、すなわち少数者のためではない平等というカロリーヌ・プロダクツ判決の逆流、具体的にはアフェーマティブ・アクションに厳格審査を適用したり、差別的効果を理由にした選考のやり直しを公民権法違反としたリッチ判決などのなかで、一筋の光はウインザー判決であり、ブラウン判決を継承する正しい平等を体現したものとみる。Siegel, *Equality Divided*, supra

note 7. なお、リッチ判決については、拙稿「差別的効果と差別的取扱－差別禁止法の難問？」法政研究14巻3・4号408頁(2010年)。

Siegelの論文は勝田卓也の紹介がある(勝田卓也「平等保護理論の後退」[2014]アメリカ法382頁)。勝田はSiegelの見解について、アメリカの憲法学を代表するものであることを認めつつ、その前提に疑問の余地はないのか、と懐疑的な見方をしている。