

婚姻をめぐる自由と平等

— Obergefell 判決を契機として

植 木 淳

目次

はじめに

第 1 節 Obergefell 判決—「デュープロセス」「平等保護」「尊厳」

第 2 節 同性婚をめぐる「自由」と「平等」

第 3 節 「婚姻の権利」と「婚姻しない権利」

おわりに

はじめに

アメリカ連邦最高裁における 2015 年の Obergefell v. Hodges 判決は、同性愛者の「婚姻の権利」を認めた画期的な判決であり¹、同性婚を支持する立場からは「権利のための、偏見なき社会のための、愛のための、そして、未来のための勝利」であると評価されている²。しかし、その一方で、同判決の Kennedy 法廷意見の論理に対しては—その結論を支持する立場からも—条文や先例の根拠が薄弱であること、後の判例の指針になる審査基準が提示されていないこと、などの批判がなされている³。

1 Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015).

2 Ethan J. Leib, *Hail Marriage and Farewell*, 84 FORDHAM L. REV. 41 (2015).

3 憲法解釈理論的な問題として、Eskridge は、Kennedy 法廷意見における「コモンローアプローチ」は裁判官の選好に依拠するものであり支持しがたいとした上で、修正 14 条の「制定者意思」(original-intent)ではなく「制定時の意味」(original-meaning)に依拠することで同じ結論を導くことが妥当であったと

Obergefell 判決に関する議論は多岐にわたるものの、本稿では、第一に、同性婚の問題を、「婚姻の権利」の問題として把握するべきか、「性指向による差別禁止」の問題として把握するべきか、について検討する⁴。この点、Kennedy 法廷意見は基本的には「婚姻の権利」を重視しているように思われるが、このような立場に対しては、「婚姻の権利」は「政府からの自由」ではなく「政府による承認を求める権利」であるため、「婚姻」の内容形成は裁判所ではなく政治部門の判断に任せざるを得ないのではないかが問題になる⁵。また、同性カップルに「婚姻の権利」があるとすれば、近親婚や複数婚も認められるのではないかが問題となる⁶。その一方で、Kennedy 法廷意見が一般的には「性指向による差別」を問題にしていないのであれば—近年の学説や下級審判例には平等保護条項の下で性指向による差別には厳格度の高い審査基準が適用されるとする立場も見られるにもかかわらず—婚姻以外の場面における性指向による差別禁止という課題は先送りされることとなる。

第二に、憲法上の「婚姻の権利」の意義について検討する。Kennedy 法廷意見は「婚姻の権利」がなければ同性愛者は「孤独」を強いられると論じているが、法律上の婚姻が認められなくても愛情のある共同生活を送

指摘する (William N. Eskridge Jr., *The Marriage Equality Cases and Constitutional Theory*, 2015 CATO SUP. CT. REV. 111, 112-115 (2015))。

- 4 この点、同性婚禁止は「性指向による区分」の問題ではないとする見解 (See Russel K. Robinson, *Unequal Protection*, 68 STAN. L. REV. 151, 179-180 (2016)) に関しては検討を要するが、本稿では基本的に同性婚禁止を「性指向による区分」であるとして議論を進める。
- 5 Roberts 反対意見は、「真の論点は、何が『婚姻』であるか—より正確に言えば—何が『婚姻』であるかを決定するのは誰か、という問題」であり、「州の人々は、婚姻に同性婚を含ませるように拡張するか、歴史的定義を維持するかを決定することができる」と主張する (135 S.Ct., at 2611-2612 (Roberts, dissenting))。
- 6 Roberts 反対意見は、多数意見においては「婚姻の定義の核心的要素に男性と女性という要素は含まれないのに、2人の人間という要素が残されていることの説明はなされていない」ことを批判して、「多数意見の理由付けの多くが複数婚の基本的権利という主張にも同じように当てはまる」と論じている (*Id.* at 2621)。

る「自由」が妨げられるわけではない（その意味で、Lawrence v. Texas 判決で問題になった「親密な行為」の自由の問題とは異なる）⁷。その一方で、同法廷意見が「婚姻の権利」を賛美する議論を展開したことは「婚姻しない権利」を含む「多元的な家族形成の自由」に対して否定的な含意を有するとの批判がなされている。その意味で、Obergefell 判決は、憲法上の権利としての「婚姻の権利」の意義について—「婚姻しない権利」との関係も考慮しながら—再検討する必要があることを意識させるものとなったのである。

本稿では、上記の課題を念頭において、第 1 節で Obergefell 判決を概観し、第 2 節で同性婚をめぐる「自由」と「平等」の関係を検討し、第 3 節で同性婚問題を契機とする「婚姻の権利」と「婚姻しない権利」に関する論争を検討することとする。

Obergefell 判決に関しては既に日本でも数多くの優れた紹介があるが⁸、そのことは日本の憲法学説においても—婚外子相続差分差別違憲決定⁹、女子再婚禁止期間違憲判決¹⁰、夫婦同氏合憲判決¹¹などに見られるように—

- 7 Roberts 反対意見は、法律上の婚姻が認められなくとも「同性カップルは共に生活し、親密な行為を行うことができ、彼／彼女らが望むように家族を形成することができる」ことを指摘する (*Id.* at 2620)。
- 8 大林啓吾「同性婚問題にピリオド？」法教 423 号 38 頁以下 (2015 年)、大野友也「同性婚を禁止する州法が連邦憲法に違反するとされた事例」鹿法 50 号 75 頁以下 (2015 年)、前澤貴子「アメリカ連邦最高裁による同性婚容認判決」論ジュリ 15 号 230 頁以下 (2015 年)、駒村圭吾「同性婚と家族のこれから」世界 2015 年 9 月号 23 頁以下、同「同性婚訴訟と憲法解釈」アメリカ法 2016 年 209 頁以下、紙谷雅子「Obergefell v. Hodges について」アメリカ法 2016 年 235 頁以下、岡田高嘉「婚姻の平等」県立広島大学総合教育センター紀要 1 号 15 頁以下 (2016 年)、白水隆「オーバーゲフェル判決を振り返る」立教アメリカン・スタディーズ 38 号 123 頁以下 (2016 年)、小竹聡「アメリカ合衆国憲法と同性婚」政治・経済・法律研究 18 巻 2 号 55 頁以下 (2016 年)、中曾久雄「同性婚の権利と連邦憲法 (1) (2)」愛媛 42 巻 2 号 71 頁以下 42 巻 3・4 号 131 頁以下 (2016 年)、根本猛「同性婚とアメリカ合衆国憲法」静岡ロー 8 号 5 頁以下 (2016 年)、有澤知子「同性婚とアメリカ合衆国憲法」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開』495 頁以下 (信山社・2017 年) などがある。
- 9 最大決 2013 年 9 月 4 日民集 67 巻 6 号 1320 頁。
- 10 最大判 2015 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2427 頁。
- 11 最大判 2015 年 12 月 16 日民集 69 巻 8 号 2586 頁。

「家族」「自由」「平等」が主要テーマとして意識されていることを物語るものである。その意味で、本稿は一屋上屋を重ねるものとなることを懼れつつ一婚姻をめぐる自由と平等に関して再考することを目的とするものである。

第1節 Obergefell 判決—「デュープロセス」「平等保護」「尊厳」

(1) Obergefell 判決の概観

Obergefell 判決を検討する前提として、アメリカの連邦最高裁における同性愛者の権利に関する判例展開について簡単に紹介する。連邦最高裁は、1972年の *Baker v. Nelson* 判決で同性婚禁止を違憲であるとする主張を退けるとともに¹²、1986年の *Bowers v. Hardwick* 判決でソドミー行為を禁止する州法の合憲性を支持した¹³。

しかし、その後、1996年の *Romer v. Evans* 判決は、州の機関が同性愛者を保護することを禁止するコロラド州憲法改正を憲法違反と判断した¹⁴。次いで、2003年の *Lawrence v. Texas* 判決は、*Bowers* 判決を覆して、ソドミー行為を犯罪とする州法を憲法違反であると判断した¹⁵。さらに、2013年の *United States v. Windsor* 判決は、同性婚を認める州で結ばれた同性婚でも連邦法上は婚姻と認めない DOMA（婚姻防衛法）を違憲と判断した¹⁶。その一方で、同年の *Hollingsworth v. Perry* 判決は、州による同性婚禁止の合憲性が争われた事案に関してスタンディングの不在を理由として本案判断を回避した¹⁷。

2015年の Obergefell 判決は、上記のような経緯の後に、再び州法における同性婚禁止の合憲性が争われたものであった。Kennedy 法廷意見

12 409 U.S. 810 (1972).

13 478 U.S. 186 (1986).

14 517 U.S. 620 (1996).

15 539 U.S. 538 (2003).

16 133 S.Ct. 2675 (2013).

17 133 S.Ct. 2652 (2013).

は、修正 14 条のデュープロセス条項で保障される「基本的自由」には「個人の尊厳と自律」の中心となる「個人的な選択」が含まれていると論じた¹⁸。その上で、同法廷意見は、異人種間の婚姻の禁止を違憲とした *Loving v. Virginia* 判決¹⁹、子どもの養育義務を負っている男性に対する婚姻の制限を違憲とした *Zablocki v. Redhail* 判決²⁰、在監者に対する婚姻の禁止を違憲とした *Turner v. Safley* 判決²¹、などを引用して、「最高裁は長きにわたって婚姻の権利は憲法によって保障されると判断してきた」と指摘した²²。そして、婚姻の権利が基本的権利とされてきた根拠には、①婚姻に関する選択は「個人の自律の観念に内在するものである」こと、②「婚姻の権利」は「その重要性において他の結合とは異なる二人の結合を支援するものである」こと、③「婚姻の権利」は「子どもと家族を保護して、養育、生殖、教育という関連する権利からも有意義である」こと、④「婚姻は我々の社会秩序の礎石である」ことがあり、これらはいずれも同性カップルにも妥当するとして、「婚姻を異性カップルに限定すること」が「婚姻の基本的権利の中心的意味に反することは今や明白である」と論じたのである²³。

それに加えて、*Kennedy* 法廷意見は、「同性カップルの婚姻する権利」は、修正 14 条の「法の平等な保護の保障」からも導かれるとした。同法廷意見は「デュープロセス条項と平等保護条項は、独自の原理を有するものであるが、深いところで結び付いている」とした上で、「デュープロセス条項と同じように、平等保護条項も婚姻の基本的権利に関する不正な侵害を禁止している」と論じたのである²⁴。

そのため、*Kennedy* 法廷意見は、「婚姻の権利は個人の自由内に内在する

18 135 S.Ct.,at 2597.

19 388 U.S. 1 (1967).

20 434 U.S. 374 (1978).

21 482 U.S. 78 (1987).

22 135 S.Ct.,at 2598.

23 *Id.*at 2599-2602.

24 *Id.*at 2602-2604.

基本的権利であって、修正 14 条デュープロセス条項及び平等保護条項の下で同性カップルはそのような権利と自由を奪われてはならない」とし、同性カップルを異性カップルと同じ条件での婚姻制度から排除する州法は違憲であると判断した²⁵。最後に、同法廷意見は、「婚姻ほど深い結びつきはない」のであって「婚姻によって 2 人は以前よりも偉大になる」とした。本件当事者たちの希望は「孤独のうちに生きることを余儀なくされないこと」であって、法における「平等な尊厳」(equal dignity)を求めているのであり、「そのような権利を憲法は彼らに対して保障している」と論じたのである²⁶。

(2) 「デュープロセス」「平等保護」「尊厳」

上記のように、Obergefell 判決は、同性婚禁止がデュープロセス条項と平等保護条項の双方に違反するものであるとしているため、このように憲法上の複数の条項に依拠した解釈方法論に関する検討がなされている。

例えば、Michael Coenen は、Obergefell 判決は「憲法典における複数の条文」が「相互に結合して同一の結果を支持する」という「結合的分析」(combination analysis)²⁷に基づくものであるとした上で、「デュープロセス条項だけでは同性婚の禁止が違憲であるか否かの問題を解決できなかった」ところ、平等保護条項を加えることで「二つの条項が単独の条項では維持できない結果を相互に支持した」ものであると評価する²⁸。

また、Kerry Abrams と Brandon L. Garrett は、Obergefell 判決は「争われている行為が二つ以上の憲法上の規定に違反するものであり、そこの憲法上の規定が相互に意味を与え強化するものとして解釈される」ような「交差的権利」(intersectional rights)を問題としたものであるとす

25 *Id.* at 2604-2605.

26 *Id.* at 2608.

27 Michael Coenen, *Combining Constitutional Clauses*, 164 U.P.L.Rev. 1067, 1075-1077 (2016).

28 *Id.* at 1079.

る²⁹。Abrams & Garrettによれば、「婚姻」は政府による利益提供を保障するに過ぎないものであるため、「婚姻に対する障壁は単独では個人のデュープロセス上の自由に対する権利を否定するものとはいえない」。その意味で、最高裁は、「差別の主張と基本的権利の主張は、それぞれ単独では、強いものとはいえない」ことを意識した上で、「両方の憲法上の根拠が、デュープロセスあるいは平等保護の分析が別々に行われる以上の要求を含む憲法上の分析を可能にした」と評価するのである³⁰。

ただし、上記の各見解においても、デュープロセス条項単独では違憲にならないものが平等保護条項を追加すれば違憲になるという根拠は必ずしも明らかであるとはいえない。実際に、Abrams & Garrett自身も、Obergefell判決はデュープロセス条項と平等保護条項との「交差」が生じる場合に適用される「基準や準則を定義しなかった」として³¹、同判決が適切な審査基準を提示しなかったことは「数年にわたって提起されるLGBT訴訟を混乱させるものとなりうる」と批判している³²。

この点、Obergefell判決を理解する鍵となるのは「平等な尊厳」の概念であることを指摘する見解がある。例えば、Laurence H. Tribeは、Obergefell判決は「デュープロセスと平等保護の二重螺旋」を「平等な尊厳」として固く結び付けたものであり、「平等な尊厳」は「基本的権利と平等の意味に関する継続的な憲法的対話の基礎となるもの」であると評価する³³。Tribeによれば、「尊厳」の観念は「現代人権論の中心」であり、Kennedy法廷意見は「平等な尊厳の深い国際的な広がりを意識」した上で、「我々の数世紀前の憲法と戦後世界・脱植民地世界の基本的憲章とを調和させた」ものであったとするのである³⁴。

29 Kerry Abrams & Brandon L. Garrett, *Cumulative Constitutional Rights*, 97 B.U.L. REV. 1309, 1313 (2017).

30 *Id.* at 1335-1336.

31 *Id.* at 1337.

32 *Id.* at 1314.

33 Laurence H. Tribe, *Equal Dignity*, 129 HARV. L. REV. F. 16, 17 (2015).

34 *Id.* at 20-21. また、Luke A. Bosoは、「Obergefell判決は、尊厳に対する侵害

しかし、このような「尊厳」という概念の意義は必ずしも自明なものとはいえないように思われる³⁵。この点、Leslie Meltzer Henry は、連邦最高裁判例の中で「尊厳」が言及される例が増加しているとしながら、「尊厳が一般化していることは、その言葉の意味に関する合意があることを示すものではない」と指摘し³⁶、連邦最高裁で言及される「尊厳」には、「制度的地位としての尊厳」（州の主権免責などの事例）、「平等としての尊厳」（反差別に関する事例）、「自由としての尊厳」（中絶や同性愛行為に関する事例）、「個人の統合性としての尊厳」（名誉法理などに関する事例）、「集団的道德としての尊厳」（死刑などに関する事例）などの種類があると整理している³⁷。

この点、Kennedy 法廷意見における「平等な尊厳」の観念が、Henry が整理する「平等としての尊厳」なのか、「自由としての尊厳」なのか—あるいは、両者を統合するものであるとすればそれはどのような「尊厳」なのか—は明らかではない。実際に Kennedy 法廷意見における「尊厳」は「どのような種類の人間関係に価値があるか」に関する「共有された社会規範」に依拠するものであり「婚姻は公共善である」とする理解を前提としているという指摘があり³⁸、そのように解された場合には「尊厳」は強い保守性を帯びたものとなる。Henry が指摘するように、「尊厳」は社会的変化とともに発展する文脈指向的な概念であるとするれば³⁹、それは「尊

に焦点をあて、それを自由と平等との親和的な関係性の中心に置くことによって、最高裁の平等保護法理の理解に関する重要な指導原理を提供するものである」と論じる（Luke A. Boso, *Dignity, Inequality, and Stereotypes*, 92 WASH. L. REV. 1119, 1121 (2017)）。

35 アメリカ合衆国憲法における「尊厳」の概念について検討したものととして、中曾久雄「アメリカ憲法における尊厳概念の展開とその意義(1)(2)」愛媛 42 卷 3・4 号 153 頁以下、43 卷 1・2 号 125 頁以下 (2016 年) がある。

36 Leslie Meltzer Henry, *The Jurisprudence of Dignity*, 160 U.P. L. REV. 169, 172 (2011).

37 *Id.* at 190.

38 Kaiponanea T. Matsumura, *A Right Not to Marry*, 84 FORDHAM L. REV. 1509, 1539-1540 (2016).

39 *Id.* at 189.

厳」概念の豊饒さと発展可能性を示すものではあるものの、将来の具体的問題を解決するための道具概念としての有用性に欠けるものであることは否定しがたいように思われる⁴⁰。

小括

Obergefell 判決は、「デュープロセス」と「平等保護」の結合によって「平等な尊厳」を保障したものであると評価されているが、そこでの「結合」の意義は必ずしも明らかではない。この点、Coenen は「結合的分析」は当該事件の事例と将来の事例とを区別させることを容易にし判決の射程を限定させるのに有益であると指摘しているが⁴¹、実際に Obergefell 判決で言及された「婚姻の権利」が同性婚以外のあらゆる婚姻を保障するものであるのか、「平等」が婚姻禁止以外の性指向による差別の禁止を含んでいるのか、同判決の射程は必ずしも明らかとはいえない⁴²。

その一方で、Coenen は、結合的分析には特定の条文の意味に関する判断を回避しつつ、将来に対する「予兆」を残すという効果があることを指摘している⁴³。例えば、Windsor 判決は「個人の権利保障」と「連邦権限に対する制限」との結合的分析が行われた事案であり⁴⁴、必ずしも「権利」に言及する必要はなかったものの、それに言及したことが Obergefell 判決における州による同性婚禁止の違憲判断に結びついたとするのであ

40 例えば、Boso は、Obergefell 判決を敷衍して、(1)「集団を従属化させる」とともに (2)「アイデンティティを形成し表現する個人の自由を不平等に否定する」ような「ステレオタイプ」が「平等な尊厳」の侵害であると論じているが (Boso, *supra* note 34, at 1124-1125)、そこでは「尊厳」概念自体に独自の意義があるわけではなく、論者が憲法違反だと評価するものを「尊厳侵害」と呼んでいるだけのように思われる。

41 Coenen, *supra* note 27, at 1104.

42 この点、Kennedy 裁判官による「平等な尊厳」という概念が対話を促進することの重要性に根ざしていることを重視すれば (Tribe, *supra* note 33, at 23)、判決の射程が限定されたことも好意的に評価されるのかもしれない。

43 Coenen, *supra* note 27, at 1107.

44 *Id.* at 1084-1085.

る⁴⁵。それでは、*Obergefell* 判決で言及された「婚姻の権利」と「平等」にはどのような「予兆」が残されているのであろうか。本稿では、あらためて「自由」の問題と「平等」の問題を切り分けた上で、同性婚禁止をいわば「婚姻の自由」の問題として把握する立場と、「性指向による差別禁止」の問題として把握する立場を検討することとする。

第2節 同性婚をめぐる「自由」と「平等」

(1) 同性婚の「自由」

① 「平等」ではなく「自由」—「自由を基礎とする尊厳」(liberty-based dignity)

Obergefell 判決 Kennedy 法廷意見は、デュープロセス条項と平等保護条項の両方を根拠としたものであるとはいえ、基本的にはデュープロセス条項の下での「基本的自由」として「婚姻の権利」が同性カップルにも認められるべきことを論じ、追加的に平等保護条項違反に言及するという構造を採用している⁴⁶。このように、同性婚の問題を「性指向による差別の禁止」(平等の問題)ではなく「基本的自由」としての「婚姻の権利」(自由の問題)として捉える議論の背景に関しては、Kenji Yoshino の説明が参考になる。

Yoshino は、*Windsor* 判決及び *Obergefell* 判決以前の論稿において、*Lawrence* 判決を念頭に、近年の最高裁が「平等を基礎とする尊厳の主張」(equality-based dignity claims) から「自由を基礎とする尊厳の主張」(liberty-based dignity claims) へと重点を移していることを指摘していた⁴⁷。Yoshino によれば、現在のアメリカでは集団志向のアイデン

45 *Id.* at 1107-1108.

46 また、*Obergefell* 判決は「婚姻の権利」を「基本的権利」であるとした上で、「基本権型平等保護法理」に依拠したものであると理解されている (*Abrams & Garrett, supra* note 29, at 1335)。

47 Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 124 HARV. L. REV. 747, 748-750 (2011).

ティティによる政治が社会的結合を妨げていることに対する「多様性不安」(pluralism anxiety)が存在している。そのために、連邦最高裁は、「平等保護における伝統的な集団志向のアイデンティティ政策」から撤退して、厳格度の高い審査基準の適用対象の拡大を抑制し、差別的効果法理に否定的な姿勢を見せるようになっていとされる⁴⁸。

その一方で、「連邦最高裁は、集団志向の平等の論理を縮小させたことを補うために、自由の論理をもちいる」ようになった。例えば、Lawrence 判決は、「明らかに伝統的な平等保護の理論が適用される」事案だったにもかかわらず、連邦最高裁は「自由を基礎としてソドミー法を違憲と判断した」ものであった。連邦最高裁は「全ての人の一異性愛者も同性愛者もその他の者も含めて一親密な性的関係をコントロールする基本的権利」を保護するという「自由」の論理の優位性を認めて、「同意した成人の自宅というプライバシー領域における性的親密性に関わる権利に関する普遍的な自由の事例である」ことを強調したのである⁴⁹。

その意味で、Yoshino は、同性婚の問題に関しても、「同性愛者は異性愛者と平等」だから「同性愛者も婚姻の権利を持つべきである」という論理は「集団志向の市民権」であるために望ましいものではなく、「全ての成人が愛する人と婚姻する権利を持つべきである」として「人間の権利」を主張する論理に説得力があると論じていたのである⁵⁰。

②「反従属の自由」?

その意味では、Obergefell 判決が「性指向による差別の禁止」ではなく「基本的自由」としての「婚姻の権利」を強調するものとなったことは、Yoshino の見立てに適うものであったといえる。ただし、先述したように Obergefell 判決は、デュープロセス条項から「婚姻の権利」を導きながら、

48 *Id.* 757-768.

49 *Id.* 776-778.

50 *Id.* 793-794.

平等保護条項にも言及するものであったため、この点も含めた Yoshino の Obergefell 判決に対する評価が問題となる⁵¹。

Yoshino は、Obergefell 判決に関して、Kennedy 法廷意見がデュープロセス条項によって保障される「自由」を拡大させるために従来とは著しく異なる方法論を採用していることを指摘する⁵²。第一に、従来の判例理論においては「伝統」が重視されてきたのに対して、Kennedy 法廷意見は、制憲者世代は将来の世代に基本的権利の解釈を行うことを委ねているとして、「伝統」の役割を限定した。第二に、従来の判例理論は保護される権利に「特定性」を要求していたため⁵³、本件では先例において「婚姻の権利」ではなく「同性婚の権利」が保障されてきたか否かが問われるべきことになるところ、Kennedy 法廷意見は「特定性」の要求を緩和して「婚姻の権利」が保障されてきたことを根拠に「同性婚の権利」を認めた。第三に、従来の判例理論では「消極的自由」が保障されてきたが、Kennedy 法廷意見は「婚姻の権利」は「政府に対して承認と利益の付与を求める積極的権利」と「政府が侵入できないプライバシーの領域を形成する消極的権利」の双方を含む特有の性格を有するものとした上で、その権利性を認めるものであった⁵⁴。

それに加えて、Yoshino は、Obergefell 判決 Kennedy 法廷意見は「強く自由と平等の相互関連性を強調」したものであると論じる⁵⁵。Yoshino によれば、同法廷意見は「新しい自由」として「反従属の自由」(anti-subordination liberty) という原理を提示しており、それは自由を保障す

51 この点、Yoshino は、Lawrence 判決に関しても、自由と平等が「反対方向ではなく、連携して走る二頭の馬」であることを明らかにしたものであったと指摘していた (*Id.* 781)。

52 Kenji Yoshino, *A New Birth of Freedom?*, 129 HARV. L. REV. 147, 169 (2015).

53 例えば、Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997) では、先例において「生命維持措置の終了」を求める権利が認められているからといって、「他者の援助によって自殺を行う権利」が認められるわけではないとされた (*Id.* at 724-728)。

54 Yoshino, *supra* note 52, at 162-169.

55 *Id.* at 148.

るか否かを判断するにあたって「歴史的に従属させられてきた集団」に与える効果を重視するものである。従来から最高裁はデュープロセス条項を人種的・宗教的・性的マイノリティに対する「平等」のために援用してきたのであって、それと同じように Obergefell 判決は「従属化された集団に対する効果が問題となる」ことを明らかにしたものであるとするのである⁵⁶。その上で、Yoshino は、「反従属の自由」のアプローチは、同性婚を保障する一方で、複数婚は基本的権利でないことを説明して、「婚姻の権利」の射程を限定するものとなりうると論じるのである⁵⁷。

しかし、このような「反従属の自由」という議論は、従来の平等保護理論において「反差別原理」(anti-discrimination principle) と対置されてきた「反従属原理」(anti-subjugation principle) の再言に過ぎないもののように思われ⁵⁸—Yoshino 自身が指摘していたこととは逆に—結局は同性婚の問題を「自由」の問題から「平等」の問題に再帰させるものなのではないかという疑問が生じる⁵⁹。

この点、Yoshino は、同性婚禁止を「婚姻の権利」の問題でもあるとす

56 *Id.* at 174-175.

57 Yoshino は、「反従属の自由」から「複数婚」(polygamy) が基本的権利ではないことを正当化できる理由として、第一に、「同性婚の禁止」は同性愛者が性的に魅力を感じる者の誰とも婚姻できないことを意味するのに対して、「複数婚の禁止」は自分が性的に魅力を感じる者との婚姻を妨げるものではなく、その一人の人以外と婚姻できないことを意味するにとどまること、第二に、Kennedy 法廷意見は同性愛が「不変的特徴」であることを前提として「同性婚が認められなければ同性愛者は孤独な人生を余儀なくされると結論した」のに対して、複数婚を求める者は「必ずしも孤独を余儀なくされるわけではない」ため「反従属という利益は弱い」こと、第三に、多くの場合には複数婚は、「多夫一妻」(polyandrous) ではなく「一夫多妻」(polygynous) であって、「一夫多妻は男性が妻たちを従属させているという懸念を生じさせる」こと、などを指摘する (*Id.* at 177-178)。

58 「反差別原理」とは人種による区分に反対することを平等保護の本質であると捉える立場であるのに対して、「反従属原理」とは人種による支配—従属関係に反対することを平等保護の本質であると捉える立場である (See LAWRENCE TRIBE, CONSTITUTIONAL LAW 1515 (2ND ED. 1988))。

59 特に「反従属原理」は、Yoshino 自身が認めるように「何をもって『従属化された集団』であるかの議論を生じさせる」(Yoshino, *supra* note 52, at 176) ものであるため、「多様性不安」を増大させる危険性があるものとなる。

る理由は、同性婚禁止を平等保護条項違反とするだけでは、全ての人の関係で婚姻制度を廃止するという解決がなされる可能性があり、同性愛者に「婚姻の権利」を認めることになる保障はないからであると説明している⁶⁰。しかし、異性愛者も同性愛者も含めて「婚姻の権利」を保障すべきであると論じるのであれば—「平等」の文脈とは離れて—「婚姻の権利」自体の憲法上の価値を論証する必要がある。この点、Yoshino も—Kennedy 法廷意見と同じく—「婚姻が否定されること」と「孤独を余儀なくされること」を同一に見ているように思われるが⁶¹、法律上の「婚姻」が承認されるか否かという問題と、当事者の生活が「孤独」であるか否かという問題は、明らかに異なる問題である。その意味で、憲法上の「婚姻の権利」を正当化するためには、Lawrence 判決で認められた「親密な行為」の自由とは異なる次元での論証が必要になるように思われる（第3節で検討する）。

その一方で、同性婚禁止を「平等」の問題だと把握すれば—「婚姻の権利」の価値の問題とは別個に—異性間に認められている制度を同性間で認めないのは「差別」であると論じるべきこととなる。その場合には、Yoshino が指摘していた「平等」から「自由」へという近年の最高裁に見られる方向性に抗うこととなっても、婚姻以外の領域も含めて「性指向による差別禁止」という規範を提示する議論が必要になる。

(2) 性指向による差別の禁止

① 「自由」から「平等」へ—Brown 判決との対比

同性婚の問題を「平等」の観点から検討するにあたって参考になるのは、同性婚に関する Windsor 判決及び Obergefell 判決を、人種別学を違憲と

60 *Id.* at 173-174.

61 Yoshino は、複数婚が否定されても誰かとは結婚できるが、同性婚が否定されれば誰も結婚できなくなるという相違は、「人間の孤独を避けさせることの重要性を説くケネディ裁判官にとっては重要である」と指摘している (*Id.* at 177)。

した *Brown v. Board of Education of Topeka* 判決⁶²と対比させて検討する視角である⁶³。この点、従来から人種平等に関して、*Brown* 判決は「教育の権利」という実体的権利に依拠して人種別学を違憲とした判例であったのに対して、*Loving* 判決によって初めて人種による区分に対する違憲性の推定が認められたと整理する見解があった⁶⁴。それと同じように、同性愛の問題に関して、*Obergefell* 判決は「婚姻の権利」という実体的権利に依拠して同性婚禁止を違憲としたにとどまり、性指向による区分の禁止を実現するためには次の段階が必要とされると主張されているのである。

例えば、Katie Eyer は、*Brown* 判決は全ての人種区分に対する違憲性の推定を宣告することなく「教育」の重要性を強調した「漸進的な判断」であったとする Michael Klarman の議論を参照した上で⁶⁵、それと同じように、*Obergefell* 判決が「婚姻」に焦点をあてて判断を行ったことは、「憲法理論として形式的平等という法的枠組を構築したものとは思われない」とする⁶⁶。その意味で、「*Obergefell* 判決はレズビアン／ゲイ／バイセクシャルの形式的平等に関する理論的風景を大きく書き替えたものとは思いたい」ものであって、*Loving* 判決ではなく *Brown* 判決に近いところにとどまっていると指摘するのである⁶⁷。

Eyer によれば、性指向による差別を禁止する連邦法は存在せず、最高

62 347 U.S. 483 (1954).

63 例えば、Klarman は、*Windsor* 判決後の論稿において、*Brown* 判決と *Windsor* 判決はともに、修正 14 条の文言、制憲者意思、最高裁の先例などに依拠するものではなく—*Brown* 判決が欠陥のある社会科学的証拠を引用して批判を浴びたのと同様に—*Windsor* 判決も「理論的問題としては説得力がない」ものであったとして、両判決ともに、①社会的政治的な変化によって受容されたものであったこと、②最高裁の裁判官構成が決定的な役割を果たしたこと、を指摘している (Michael Klarman, *Windsor and Brown*, 127 HARV. L. REV. 127, 129 (2013))。

64 See Michael J. Klarman, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, 90 MICH. L. REV. 213 (1991).

65 Klarman, *supra* note 63, at 143-144.

66 Katie Eyer, *Brown, Not Loving*, 125 YALE. L.J. F. 1, 3-7 (2015).

67 *Id.* at 7.

裁判例においても性指向による差別を違憲と推定する原則は確立されていないため、「同性愛差別に対する形式的平等の制度化は不透明なまま」となっている⁶⁸。その意味で、性指向に関する形式的平等が確立されることは「平等の推進のための重要な出発点であり続けている」のである⁶⁹。

②「性指向による差別禁止」に向けて

同性愛者の権利保障のためには、「婚姻の権利」ではなく「性指向による差別禁止」が必要である—人種問題との対比でいえば *Brown* 判決ではなく *Loving* 判決が必要である—という議論からすれば、性指向による区分には厳格度の高い審査基準が適用されるとした上で、同性婚禁止を平等保護条項違反として構成するべきであったことになる⁷⁰。

例えば、Clare Huntington は、*Obergefell* 判決に関して、平等保護条項を根拠とすることによって直截的で防御可能な判断を行うことができたにもかかわらずに、デュープロセス条項を根拠として「婚姻の権利」に依拠した判断を行ったことで、婚姻に関する異なる価値観を持つ人を貶めたと批判する⁷¹。Huntington によれば、同性婚の容認は婚姻の意義に関する社会的論争に影響を与えざるをえないが、婚姻の社会的意義に関して裁判所が選択を行うことには問題がある。これに対して、平等保護条項に依拠すれば、「婚姻の社会的意義とは無関係に、合理的な政府利益、重要な政府利益、あるいは必要不可欠な政府利益がない場合には、政府は性指向

68 *Id.* at 6-7. そのため、「連邦の反差別法—私人間の雇用差別と住宅差別に関する主要な法体系—に基づいたレズビアン・ゲイ・バイセクシャルの訴訟は控えめな成功にとどまっている」(*Id.* at 7-8)。

69 *Id.* at 11.

70 従来の平等保護法理においては、人種区分は「疑わしき区分」として厳格審査基準が適用され (*McLaughlin v. Florida* 379 U.S. 184 (1964); *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967))、性区分は「準・疑わしき区分」として中間審査基準が適用されるとされてきたため (*Craig v. Boren* 429 U.S. 190 (1976); *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996))、性指向による区分が「疑わしき区分」あるいは「準・疑わしき区分」として「厳格度の高い審査」が適用されるか否かが問題となる。

71 Clare Huntington, *Obergefell's Conservatism*, 84 *FORDHAM L. REV.* 23 (2015).

を理由として婚姻へのアクセスを否定できないと論じることが可能であった」のである⁷²。

実際に、連邦控訴裁判決及び連邦地裁判決では、性指向による区分には厳格度の高い審査が適用されると判断した上で、同性愛者に対する差別を平等保護条項に反するとしたものがあつた⁷³。例えば、Windsor 判決の原審たる第 2 連邦控訴裁判決は、DOMA を憲法違反とするに際して、同性愛者であることは連邦最高裁が厳格度の高い審査の対象としてきた諸要素を全て充たしているとして⁷⁴、「同性愛者は厳格度の高い審査の対象となる集団である」と判断していた⁷⁵。また、同じく DOMA を憲法違反と判断した連邦地裁判決である *Golinski v. U.S. Office of Personnel Management* は、性指向による区分に厳格度の高い審査が適用される根拠として、性指向は「個人のアイデンティティにとって本質的なものであるため放棄することを要求することができない」ものであるとして、人種区分や性区分と同じように「不変的特徴」とであると判断している⁷⁶。

この点、従来から同性愛者の権利を主張する側は、性指向が「不変的特徴」とであると論じるために、「同性愛には、生物学的根拠があるか、あるいは、個人のコントロールの及ばない要因によって決定される」ものであると論じる傾向があつた⁷⁷。しかし、近年では、そのような議論は性指向による差別の問題を自然科学的な論争に委ねるものであるばかりか、自

72 *Id.* at 26-27.

73 また、州最高裁レベルでも、コネティカット州最高裁は、州憲法 20 条で列举されている差別禁止事由に該当しないにもかかわらず、「性指向」は「人格の本質的要素」であり「個人の性的選好が変化する可能性があるとしても、政府は何人に対しても性的選好の変更を要求することは許されない」ものであつて「準・疑わしき区分」に該当すると判断した上で、同性婚の禁止は州憲法に違反すると判断している (*Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 174-175 (2008))。

74 *Windsor v. United States*, 699 F.3d 169, 181-182 (2nd Cir. 2012).

75 *Id.* at 185.

76 824 F.Supp.2d 968, 987 (N.D. Cal. 2012).

77 Susan R. Schmeiser, *Changing the Immutable*, 41 CONN. L. REV. 1495, 1502-1503 (2009).

発的に性指向を選択した者に対する差別を許容するものであって妥当とはいえないとの指摘がなされている⁷⁸。そのため、Sharona Hoffman は、Golinski 判決の趣旨を敷衍して、保護の対象となる「不変的特徴」を(1)「出生による偶然」で決定される特徴、あるいは、(2)「アイデンティティや良心の本質であるため変更を要求できないか要求すべきではない」ような特徴と再定義した上で⁷⁹、性指向は「出生の偶然で決定される生物学的特徴であることは科学的研究によっても完全には証明されていない」ものの、「通常は個人のアイデンティティに本質的なものである」ため⁸⁰、性指向による区分には平等保護条項の下で厳格度の高い審査基準が適用されるべきであると論じている。また、Douglas NeJaime は、性指向による区分に厳格度の高い審査基準が適用されるとする議論は、同性婚禁止を違憲とするための政治的・社会的な環境形成に寄与したことを指摘する⁸¹。例えば、Obama 政権の下で Holder 司法長官が厳格度の高い審査基準の理論を DOMA を違憲とする根拠としたように、上記の議論が連邦政府の支援という政治的資源の獲得に結びつくこととなり、それが最高裁における同性婚の容認に貢献したとするのである⁸²。

小括

近年の連邦最高裁が「平等」ではなく「自由」に重心を置いてきた理由が「多様性不安」にあるという Yoshino の議論は、最高裁の動機に関する説明としては相応の説得力があるように思われる。実際に、近年の連邦最高裁は、「疑わしき区分」「準・疑わしき区分」の範囲を拡大させることに抑制的であるだけでなく、平等保護法理全体の拡大に消極的であること

78 *Id.* at 1517.

79 Sharona Hoffman, *The Importance of Immutability in Employment Discrimination Law*, 52 WM. & MARY L. REV. 1483, 1509 (2011).

80 *Id.* at 1530.

81 Douglas NeJaime, *Doctrine in Context*, 127 HARV. L. REV. F. 10, 11 (2013).

82 *Id.* at 13.

が指摘されてきた⁸³。この点、近年では人種的マイノリティ・女性・障害のある人のための平等保護が後退する一方で性的マイノリティに対する平等保護だけが拡大していると指摘する見解がある⁸⁴。しかし、連邦最高裁は「性指向による区分」が「疑わしき区分」であるか否かの判断を回避して「平等」でなく「婚姻の権利」に依拠しているものであり⁸⁵、それが同性愛者の権利拡大に依拠しているというのが Yoshino による説明なのである。

しかし、そのように考えれば、Obergefell 判決が「婚姻の権利」を重視して「性指向による差別」に向き合わないことは、むしろ同判決の過渡的な性格を物語るものであって、—「教育の権利」を強調した Brown 判決が人種区分全体に厳格審査を適用した Loving 判決に発展したように—将来的には乗り越えられるべきものであるように思われる。本節で論じたように、「性指向」は「不変的特徴」であるとして「性指向による差別」には厳格度の高い審査基準が適用されるとする議論は説得力に富むものであって、同性婚の禁止は「性指向による差別」として平等保護条項に反すると論じることが直截かつ適切であろう⁸⁶。

その一方で、同性婚の問題を「婚姻の権利」として論じるのであれば、単なる「親密な行為の自由」あるいは「親密な結合の自由」（消極的自由）を越えて、政府による婚姻の承認を求める権利（積極的自由）が必要とされる根拠が示されるべきであり、そこでは「婚姻の権利」の承認が「婚姻しない権利」を含めた多元的な家族関係に与える否定的影響に関しても考慮する必要があるため、その問題に関しては節を改めて検討することとする。

83 Jed Rubinfeld は連邦最高裁による平等保護法理の縮小を「反—反差別化計画 (Anti-Antidiscrimination Agenda)」とよんで批判していた (Jed Rubinfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 111 YALE L.J. 1141 (2002))。

84 Robinson, *supra* note 4, at 154.

85 Eskridge, *supra* note 3, at 137.

86 Obergefell 判決に関して同性婚の問題を平等保護の問題とするべきだったと指摘する日本の論稿として、大野前掲 (8) 88 頁、白水前掲 (8) 129 頁がある。

第3節 「婚姻の権利」と「婚姻しない権利」

(1) 「婚姻の権利」

従来から憲法上の権利として「婚姻の権利」は「政府からの自由」（消極的権利）ではなく「政府の承認を求める権利」（積極的権利）であることは指摘されてきた。例えば、Cass R. Sunstein は、「婚姻は政府の運営する認証制度であって、それ以上でもそれ以下でもない」とした上で⁸⁷、政府には婚姻制度を創出する義務があるわけではないが、政府が婚姻制度を創出した場合には、それに対するアクセスを否定することは憲法違反になると説明してきた。その意味で、「婚姻の権利」は「政府が婚姻制度に付与している表現的利益及び実質的利益にアクセスする権利」に過ぎないとされ⁸⁸、個人は婚姻制度の内容に対して何からの権利を有するわけではないとされたのである⁸⁹。

これに対して、Gregg Strauss は、Obergefell 判決後の論稿において Kennedy 法廷意見は「積極的な婚姻の権利に関する適切な概念化を展開できていない」と批判した上で⁹⁰、積極的な「婚姻の権利」を正当化することを試みる。Strauss によれば、「婚姻の権利」の核心は法律婚による権利・義務を発生させる「権限の権利」であり、それは法律婚制度による婚姻の入口（結婚）と出口（離婚）の規制を通じて配偶者双方の「親密な自由」と「平等な自由」を調整するための「基本的権利」であるとされる⁹¹。

87 Cass R. Sunstein, *The Right to Marry*, 26 CARDOZO L. REV. 2081, 2086 (2005).

88 *Id.* at 2083-2084.

89 *Id.* at 2094. ただし、Sunstein は、「婚姻の権利」には、私的領域における「親密な結合の権利」(right to intimate association) という要素も含まれ、政府が婚姻を違法化することは禁止され、個人相互の合意に干渉することは「親密な結合の権利」に対する侵害であるとも論じていた (*Id.* at 2095-2096)。

90 Gregg Strauss, *The Positive Right to Marry*, 102 VA. L. REV. 1691, 1713 (2016).

91 *Id.* at 1694-1695.

Strauss は、「婚姻の権利」は「政府からの自由」ではなく「最初から政府の関与に依存するもの」であるため⁹²、「親密な結合の権利」と同一視することは間違いであるが、単なる「親密な自由」だけでは婚姻カップルの権利保護には十分ではないため、政府の作為を要求する「婚姻の権利」を積極的権利として位置付ける必要があると論じる⁹³。Strauss によれば、「婚姻の権利」の内容には、「一次的な権利」としての「一方配偶者の他方配偶者に対する権利・義務」（内部的規範）及び「一方配偶者の第三者に対する権利・義務」（外部的規範）と、「二次的な権利」としての「婚姻関係における権利・義務を生じさせる権限」とがあるが⁹⁴、後者の「二次的な権利」こそが「婚姻の権利」の核心になる。そのため、「婚姻の権利」の保障は、「諸個人は婚姻するか否かの権限を行使する特権を有しており、政府は個人の特権行使に関して干渉しない義務を負う」ことを意味するとともに⁹⁵、政府は「個人に婚姻が可能にならしめるようにする義務」と「法律婚の体制を提供する義務」を負うことを意味するものとされる⁹⁶。

このような積極的な「婚姻の権利」が認められるべき根拠として、Strauss は、私法の役割は「平等な自由」を保障することにあり、それは「個人が他者を従属させることなく自由を行使することを保障するものでなければならぬ」ものであると論じる。この点、家事・財産・性などに関して「人生の共有」を行う婚姻関係には、一方が他方を従属化させ「平等な自由」を害する特有の危険性がある⁹⁷。Strauss によれば、婚姻関係において「平等な自由」が害される危険性は、婚姻中に配偶者が他方配偶者に対して負う義務が不特定・無限定であることから「配偶者が他方配偶者に対して無制限な援助を行う」ことで生じる⁹⁸。例えば、一方が稼得者となり他方が

92 *Id.* at 1702.

93 *Id.* at 1710-1711.

94 *Id.* at 1725-1729.

95 *Id.* at 1734.

96 *Id.* at 1739.

97 *Id.* at 1741-1746.

98 *Id.* at 1746.

主婦・主夫となる婚姻関係が「不平等の典型例」であり、主婦・主夫である配偶者の側は「他方配偶者が将来にわたって生活と所得を共有してくれることを期待」して「自らの職業形成を延期するか放棄して家族の子どもを養うことになる」が、「その関係が終わった場合には、主婦は彼女が選択した人生を維持できない」（また、共稼ぎの場合でも一方配偶者が他方配偶者の職業形成を有利にするために進路変更をすることによって同じ問題が生じる）⁹⁹。この点、Strauss は、このような不特定・無限定な義務を負う関係を否定するものではなく、柔軟な義務関係に基づく関係性を結ぶ自由も保障されるべきであると考えからこそ、「婚姻における不完全な義務を創出する自由」と「当事者の継続的な平等」を調整させるものとして、婚姻の地位に関する法制度が必要であると論じるのである¹⁰⁰。

そのため、Strauss は、双方配偶者の「平等な自由」を保障するために、婚姻法における入口（婚姻）・婚姻中・出口（離婚）に関する規範は次のようにあるべきであると論じる。第一に、入口に関する規範に関しては、「自発的な同意を通じた義務の創出」にあたって「個人が義務の創出を統制することを可能にする」ために「婚姻証明」などの形式性が重要となるとされる。第二に、婚姻期間中の規範に関しては、緩やかな規制にとどめて、義務の設定・遂行は当事者の自由に委ねるべきであるとされる。その一方で、第三に、離婚に関する規範に関しては、裁判官の判断によって財産分与や扶養料などによる「公平な救済」が行われる必要がある。そこでは、裁判所が「配偶者双方の『貢献と必要』を評価する」ことで片方配偶者のみが利益を得ることはできないことを保障するものでなければならないのであって、婚姻関係における義務の不特定性と「平等な自由」との調整が行われなければならないのである¹⁰¹。

99 *Id.* at 1747.

100 *Id.* at 1751.

101 *Id.* at 1751-1760.

(2) 「婚姻しない権利」

上記の議論とは正反対に、Obergefell 判決以前から、「婚姻の権利」という主張は「婚姻しない権利」—法律婚の外部で家族を形成する自由—に対して否定的な含意を有するという批判があった¹⁰²。代表的な論者として、Nancy D. Polikoff は、「婚姻は、唯一の価値ある家族形態でも関係性でもないのであって、他の関係性に対して法的及び経済的に特権化されてはならない」と論じ¹⁰³、「婚姻平等」を求める議論は「同性愛者の人々—そして、異性愛者の人々—の形成する多様な家族に対する支援から逸脱するもの」とであると批判していた¹⁰⁴。

Polikoff によれば、初期の同性愛運動は、多様な家族形態を支持するため、「婚姻の地位による差別の禁止」を推奨し、共同生活を営む人々のためのドメスティックパートナー制度を推奨してきた¹⁰⁵。その一方で、「婚姻平等」（同性婚承認）に関しては、「婚姻へのアクセスは全ての同性愛組織の最重要課題である」と主張する見解と、「同性婚の唱道は多様な家族形成の支援からの撤退である」として批判する見解が対立していた¹⁰⁶。しかし、その後、子どものために親密な二人親家族が必要であるとの議論が活発になり、「家族の多様性は『問題』であり、婚姻が『解決』である」と考える婚姻優位の家族観が優勢となる状況の中で、同性愛運動は「同性カップルに婚姻を許すことは婚姻を強化し社会に有益である」ことを主張するようになったのである¹⁰⁷。

これに対して、Polikoff は、保守主義的家族観が優勢な状況で婚姻の価

102 特にアメリカでは法律的・経済的要因あるいは個人的信条（イデオロギー・宗教）を理由として婚姻関係にない人々のための婚姻代替制度（ドメスティックパートナー制度）が広範に存在しているという事情がある（Matsumura, *supra* note 38, at 1514-1517）。

103 Nancy D. Polikoff, *Equality and Justice for Lesbian and Gay Families and Relationships*, 61 RUTGERS L. REV. 529, 558 (2009).

104 *Id.* at 530.

105 *Id.* at 530-533.

106 *Id.* at 536.

107 *Id.* at 539-544.

値を前提とした主張をすることは「婚姻していない家族や関係を貶める議論である」と批判する。Polikoff によれば、同性愛運動は「平等」のために「全ての人に関して『婚姻』を廃止して、全ての親密な結びつきに対して与えられる法的地位を『ドメスティックパートナー』と言い換える」ことを要求するべきであったのである¹⁰⁸。

このような立場からすれば、*Obergefell* 判決 Kennedy 法廷意見が「婚姻」の価値を強調したことは批判的に捉えられることとなる。例えば、Melissa Murray は、Kennedy 法廷意見は「伝統的婚姻家族が家庭生活と育児にとって理想的な形態であるという見解」を基に「非婚家族を価値の劣るもので尊重に値しないものであるとして、非婚の生活を劣等視し、広い範囲での家族形態と親族形態を容認し尊重するという取組を阻害した」ものであって¹⁰⁹、同性愛者であれ異性愛者であれ婚姻の外部で生きる人に対して否定的な影響を及ぼすものであると批判する¹¹⁰。

Murray によれば、従来 of 最高裁判例には、婚姻の価値を認める諸判例がある一方で、非婚の権利を認めた諸判例も存在してきた。例えば、*Eisenstadt v. Baird* 判決は¹¹¹、避妊の権利を未婚者に拡張することによって「性行為を婚姻から分離させた」ものであり「婚姻外の親密な生活に対する期待を保護した」ものであった¹¹²。また、*United States Department of Agriculture v. Moreno* 判決が血縁関係あるいは姻戚関係のある集団のみを「家族」とするフードスタンプ法 (Food Stamp Act) 改正を平等保護条項違反としたこと¹¹³、あるいは、*Moore v. City of East Cleveland* 判決がゾーニング条例の下で居住が認められる家族を限定して祖母と孫との同居を認めなかったことをデュープロセス条項違反としたこと

108 *Id.* at 544-546.

109 Melissa Murray, *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, 104 CAL. L. REV. 1207, 1256-1257 (2016).

110 *Id.* at 1210.

111 405 U.S. 438 (1972).

112 Murray, *supra* note 109, at 1220-1221.

113 413 U.S. 528 (1973).

は¹¹⁴、伝統的な婚姻家族の形態から乖離した関係性が憲法上の保護に値することを認めたものであった¹¹⁵。さらに、ソドミー行為を禁止する州法を違憲とした Lawrence 判決は「明らかに非婚で性行為をする権利に関係するもの」であって、「憲法は婚姻の内外にかかわらずに私的領域での同意に基づく性行為を保護している」と判断したものであった¹¹⁶。

これに対して、Obergefell 判決は、「婚姻を一婚姻のみを一親密な生活にとっての規範的理想として促進するもの」であり、「婚姻の外部での生活に憲法上の保護を与える非婚の法理の展開可能性を閉ざすもの」であった¹¹⁷。実際に、従来から多くの州で婚姻に代替する制度が認められており、それは同性愛者だけでなく異性愛者にも利用されてきたが、同判決後は婚姻代替の制度の廃止が行われる州があるなど¹¹⁸、「Obergefell 判決は、婚姻代替的地位の一そして、多元的な家族制度を承認する体制に対する期待への一晩鐘になろうとしている」のである¹¹⁹。

(3) 婚姻平等と多元的家族一意図・機能原理からの家族法再編

その一方で、「婚姻の平等」は、伝統的家族規範ではなく多元的家族規範の構築に結びつくものであり、全ての家族の保護につながると論じるものとして、NeJaime の見解がある¹²⁰。

その前提として、NeJaime は、20 世紀後半には婚姻と血縁が親子関係にとっての決定的要素でなくなるという「家族法革命」が生じたことを指

114 431 U.S. 494 (1977).

115 Murray, *supra* note 109, at 1223.

116 *Id.* at 1224-1225.

117 *Id.* at 1240.

118 複数の法域で婚姻代替制度（ドメスティックパートナー制度）に関して「制度廃止」あるいは「パートナーから婚姻への転換」が実施・検討されていることが報告されている (Matsumura, *supra* note 38, at 1518-1526)。

119 Murray, *supra* note 109, at 1240-1244.

120 Douglas NeJaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, 129 HARV. L. REV. 1185 (2016). なお、NeJaime の見解を紹介するものとして、紙谷前掲(8) 251-257 頁がある。

摘する。伝統的に親子関係の根拠とされたのは「婚姻」（特に父子関係の場合）と「血縁」であったが、最初に、母と婚姻していない血縁上の父（便宜的に「非婚・実親」という）と子どもとの親子関係が認められるようになり、その後、生殖補助医療の普及や複合家族の増加とともに、母と婚姻している血縁関係のない父（便宜的に「婚姻・非実親」という）と子どもとの親子関係が認められるようになった¹²¹。さらに、1980年代以降、同性カップルが、養子、人工授精による子ども、前婚時に生まれた子ども、などと家族を形成することが広がるとともに、先述した「非婚・実親」「婚姻・非実親」の親子関係の承認は、同性カップル双方と子どもとの親子関係—「非婚・非実親」の親子関係を含む—を承認させる理論的な基礎になった。そこでは、親子関係を決定するのは親となる「意図」(intent)と親としての「機能」(function)であると考えられるようになり、このような「意図・機能的親子関係論」は「血縁、性別、性指向、婚姻関係など親子関係の伝統的指標の重要性を最小化させる」ものとなったのである¹²²。

その上で、NeJaime は、意図・機能的親子関係論は、家族法における血縁と性別の意義を希薄化させることを通じて、異性愛者と同性愛者の婚姻平等を促進するものとなったと論じる。従来から「子どもを重視する議論は同性婚禁止を擁護する中心的な正当化論拠であった」ため、それに対して同性愛運動家たちは「異性カップルと全く同じように同性カップルも協働して子どもを持ち育てられる」と主張したが、そこで強調された共通性は「血縁でも性別でもなく意図・機能的関係から生じるもの」であった¹²³。実際に、Obergefell 判決 Kennedy 法廷意見は、同性カップルが親となりうることを根拠として「婚姻の権利」を正当化しており、「子育てを『中心的前提』とする婚姻モデルの目的からみて、最高裁は同性カップルと異性カップルを同等であるとみなしたのである」¹²⁴。

121 *Id.* at 1193-1196.

122 *Id.* at 1197-1198.

123 *Id.* at 1236-1237.

124 *Id.* at 1239-1240.

その一方で、NeJaime は、婚姻平等の実現が逆に家族法における血縁と性別の脱中心化を促進する機能をはたしうることを論じる。実際に同性愛運動は婚姻平等を通じて婚姻概念と親子概念を再編することを意図しており、Obergefell 判決の論理は「血統にも性別にも由来しない婚姻による親子関係のモデルを認めた」ものであるということが出来る¹²⁵。その意味では、婚姻平等（同性婚容認）は、「同性カップルの家族形成に平等な価値を認め、同性カップルの親権を主流化させる」ことによって「婚姻の内部だけでなく外部においても全ての家族に意図・機能的親子関係を認める重要な先例となる」のである¹²⁶。

このような NeJaime の立場からすれば、先ほどの Polikoff や Murray の議論は「婚姻の現代的含意を把握し損ねている」と評価されることとなる¹²⁷。NeJaime によれば、同性婚の承認は法律婚中心主義を促進するものではなく「婚姻を脱中心化させる法学的・人口統計学的な展開として位置づけること」が可能であり¹²⁸、血縁と性別ではなく意図と機能が重視されれば「同性カップルと異性カップルは、婚姻の内部でも外部でも、同等の地位をしめる」ことができると論じるのである¹²⁹。

小括

Obergefell 判決が伝統的な婚姻の価値を強調したことは Kennedy 裁判官の支持を獲得したことの「コスト」であったという見方もある¹³⁰。それでも、Kennedy 法廷意見が「婚姻」は「愛、貞節、献身、犠牲、そして家族という最高位の理想を体現するもの」であるとまで述べたことが¹³¹、逆に「婚姻」の価値に関する深刻な論争を生じさせたことは否定できない

125 *Id.* at 1240.

126 *Id.* at 1250.

127 *Id.* at 1233.

128 *Id.* at 1250.

129 *Id.* at 1258.

130 Leib, *supra* note 2, at 41.

131 135 S.Ct., at 2608.

ように思われる¹³²。

本節で紹介したように、「婚姻の権利」に関しては、(1)「婚姻する権利」を「平等な自由」のために必要なものとして正当化する見解、(2)「婚姻しない権利」(多元的家族観)を重視して「婚姻の権利」及び「婚姻平等」を否定的に捉える見解、(3)「婚姻しない権利」を含めた多元的家族観からも「婚姻の権利」及び「婚姻平等」は有益であると捉える見解、が対立しているため、以下に簡単に検討を行うこととする。

この点、第一に、上記の各見解は積極的権利としての「婚姻の権利」とは別に、消極的自由として人間関係を形成する自由としての「親密な結合の自由」が認められるべきことを前提としているように思われる¹³³。その意味で、少なくとも婚姻関係になくとも「親密な結合」が認められるという範囲での「婚姻しない権利」が存在することは各見解に共通していると思われる¹³⁴。

第二に、Obergefell 判決で問題となった「婚姻の権利」に関しては見解の相違があるものの、積極的な「婚姻の権利」を主張する Strauss も「婚姻」を理想的な人間関係を捉える議論とは一線を画したうえで、多くの人々が現実を選択している人間関係の中で「平等な自由」を保護する枠組として法律婚制度を正当化しているに過ぎない¹³⁵。その一方で、「婚姻しない権利」を主張する Polikoff も、「婚姻」に相応する人間関係の保護を否定してい

132 この意味での Obergefell 判決の保守性を指摘する日本の論稿として、大林前掲(8)43頁、駒村前掲(8)「同性婚と家族のこれから」25-26頁、紙谷前掲(8)257-259頁、白水前掲(8)128頁など。

133 See Sunstein, *supra* note 87, at 2095.

134 Strauss は「単身の親、同棲の親、拡大家族の存在が十分に例証しているように、法律婚は家族形成に必要なものではない」(Strauss, *supra* note 90, at 1700)とした上で、「親密な結合の自由」だけでは婚姻カップルの保護に十分ではないとして「婚姻の権利」を主張するという立場に立っている (*Id.* at 1710)。

135 Strauss は、婚姻関係にある者たちが共同で生活して家事・財産・性を共有していることを指摘した上で、自身の議論は「婚姻を特別に価値のある関係としているわけではない」としながら、「現実には人々は生活を共有しており、それが自由になされるべきであることを論じている」のであると説明している (*Id.* at 1742)。

る訳ではなく、「婚姻」に付随する歴史的・伝統的な残滓を否定することを主張するものである¹³⁶。その意味では、NeJaimeのように、婚姻制度を脱性別化（あるいは脱特権化）した上で、婚姻制度内外における多元的な家族関係を保護することを主張する議論は、理論的にも戦略的にも有効であるように思われる¹³⁷。

そこで、第三に、仮に積極的権利としての「婚姻の権利」を認める場合には、「婚姻しない権利」との関係が問題になる。この点、「婚姻しない権利」を「強い婚姻しない権利」（婚姻関係に対する全ての優遇が許されないという立場）と「弱い婚姻しない権利」（婚姻するか否かの選択に対する重大な介入のみが許されないという立場）とに整理する見解を前提にして考えれば¹³⁸、「強い婚姻しない権利」という立場を採用した場合には積極的権利としての「婚姻の権利」と両立しうかが疑わしくなる一方で¹³⁹、「弱い婚姻しない権利」という立場を採用した場合には、具体的な制度が許されうる「優遇」なのか、許されない「介入」なのかの判断が検討を要すべき課題となる¹⁴⁰。ただし、仮に積極的権利としての「婚姻の権利」が「平

136 Polikoff は、「婚姻」は「長らく憲法に違反し近代的価値と合致しない性ステレオタイプ化された過去を有してきた」こと、「長い排除の歴史を有し、奴隷、異人種カップル、同性カップルは長らく婚姻を否定されてきた」ことを指摘して、「政府が全ての人との関係で『婚姻』を廃止して、全ての親密な結びつきに対して与えられる法的地位を『ドメスティックパートナー』と言い換えれば、それは合憲である」と論じている (Polikoff, *supra* note 103, at 545-546)。

137 この点、NeJaime は、「同性カップルの婚姻への参加は、部分的には婚姻が中心を占め続けていることに由来するものではなく、婚姻の重要性が減少していることに由来するものである」と指摘している (NeJaime, *supra* note 120, at 1259)。

138 Matsumura, *supra* note 38, at 1544-1545.

139 この点、Matsumura は、既存の判例法理は、一方では「憲法が婚姻の選択を保護するということ」は「政府に対して中立性を要求するものではない」としながら、他方では「事実上婚姻の権利の行使を控えるように強いるような負担」は「選択の自由」に対する「深刻な介入」であって許されないと評価してきたと指摘する (*Id.* at 1545-1546)。

140 Matsumura は「優遇」と「介入」は相対的であることを認めつつ、「政府行為の性質」と「強制的程度」から両者を区別していくほかはないと指摘する (*Id.* at 1547)。

等な自由」のために必要だと考えた場合でも、「親密な結合の自由」に否定的な影響を与えるような「婚姻の特権化」は許されることが前提とされるべきである¹⁴¹。

おわりに

Obergefell 判決を契機とする議論から「婚姻」をめぐる「自由」と「平等」を検討した場合には、「親密な結合の自由」（消極的自由）、「婚姻の権利」（積極的権利）、「平等保護」（差別禁止）という三つの権利の交差を意識する必要があることが明らかになるように思われる。

第一に、基本的権利として「親密な結合の自由」があり、異性愛関係か同性愛関係か、あるいは、婚姻関係か非婚姻関係か、に関わりなく、私生活における人間関係に関して政府による介入・干渉を受けない権利が保障されるべきである。その意味では、例えば、婚姻関係にない者同士の同棲・性的関係を違法化する法律などは端的に「親密な結合の自由」の侵害であって、その意味で最低限度の「婚姻しない権利」の保障は「親密な結合の自由」に包含されるものといえる¹⁴²。

第二に、「平等な自由」を確保するために積極的権利としての「婚姻の権利」が保障されるとすれば、婚姻関係に付随する権利・義務が設定されることになるものの、それが「婚姻しない権利」—あるいは「親密な結合の自由」—を否定することにならないように制度設計される必要がある。その意味で、婚姻するか否かの選択に対する「介入」となるような制度は認められないことはもとより、婚姻に対する「優遇」が「婚姻の特権化」

141 Huntington が指摘するように、婚姻制度は必ずしも普遍的な制度ではなく所得水準や学歴などによって婚姻率に大きな格差があることは「婚姻の特権化」を否定するべき有力な根拠となる (Huntington, *supra* note 71, at 28)。

142 Sunstein は、「婚姻の権利」に、私的領域における「親密な結合の権利」も含まれると整理した上で、政府が婚姻を違法化することは禁止され個人相互の合意に干渉することは「親密な結合の権利」の侵害であると論じている (Sunstein, *supra* note 87, at 2095-2096)。

を促進するものでないかについて慎重に検討されるべきである¹⁴³。

その一方で、第三に、「婚姻の権利」が保障された場合には、婚姻制度の内容に関して平等保護を根拠とした差別禁止規範が適用されるべきであって¹⁴⁴、婚姻の要件・効果に関して人種・性別・性指向・障害・年齢などによる不利益取扱いがなされることは「差別」と解されるべきこととなる¹⁴⁵。

最後に、上記のような議論が、日本国憲法上の家族に関する諸問題に与える示唆について簡単に述べてみたい。この点、「婚姻の権利」に関して、アメリカ合衆国憲法と比較した場合に顕著な相違となるのは、日本国憲法24条1項が「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」することを規定し、同条2項が「婚姻及び家族に関するその他の事項」に関する「法律」が「制定されなければならない」と規定しているため¹⁴⁶、日本国憲法の下では「婚姻の権利」あるいは「婚姻制度」を根本から否定する解釈論が成立する余地は少ないことである¹⁴⁷。

しかし、日本国憲法の下でも「婚姻」と「自由」「平等」の相互関係は重要な課題となる。

143 「婚姻は、唯一の価値ある家族形態でも関係性でもないのであって、他の関係性に対して法的及び経済的に特権化されてはならない」(Polikoff,*supra* note 103,at 558)。

144 「婚姻の権利の射程の特定にあたって問題となるのは、政府による線引きの正当性」であり、「それが問題なのであれば、デュープロセス条項との関係を問うのではなく、平等保護条項の反差別原理との関係を問うのが適切である」(Sunstein,*supra* note 87,at 2111)

145 この点、NeJaimeは「オーバーゲフェル判決後の婚姻平等が受容された世界では、性指向による差別禁止はより普遍的な規範となる」と指摘している(NeJaime,*supra* note 120,at 1258)。

146 憲法24条の解釈論に関しては、君塚正臣「日本国憲法24条解釈の検証」関法52巻1号1頁以下(2002年)参照。

147 憲法24条が「男女の『婚姻』を基礎にした『家族』という一定の人的結合体を他の人的関係と区別し、それを特別に保護すべきことを定めている以上、憲法上の『家族』モデルを特定する必要性を否定する立場は、少なくとも現行の憲法24条の解釈論としては支持できない」と指摘される(篠原永明『『婚姻の自由』の内容形成』甲法57巻3・4号605頁以下(2017年)629-630頁)。

第一に、「婚姻」と「自由」の関係に関して、日本の憲法学説でも「婚姻の権利」が、「政府からの自由」ではなく「法の設定する様々な効果へのアクセスを保障する権利」であって¹⁴⁸、元々は「公序」としての家族制度に参入する権利であったことは意識されてきた¹⁴⁹。しかし、それでも、①憲法 24 条の規定する「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」から「家族」は「究極的には平等で自由な個人間の結合である」ことを強調する立場¹⁵⁰と、②憲法 24 条は「法律上の家族」を「国家が保護することを許容している」ことを強調する立場¹⁵¹との、方向性の対立は存在してきた。

この点に関しては、一方では「制度」の問題として憲法 24 条の規定する「個人の尊重」と「両性の本質的平等」が客観法原則として法律婚制度の統制指針となることに期待しながら¹⁵²、他方では憲法 13 条の保障する「自由」（自己決定権）と憲法 24 条の「家族制度」には対抗関係があると捉えた上で¹⁵³、具体的な婚姻関係に対する「保護」が家族形成の「自由」に対する「介入」になっていないかが検討される必要がある¹⁵⁴。

それに加えて、第二に、「婚姻」と「平等」の問題に関して、憲法 14 条が家族法制度の憲法的統制の根拠となりうることは、婚外子相続分差別違憲決定や女子再婚禁止期間違憲判決などで実証されている¹⁵⁵。ただし、

148 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）133頁。

149 辻村みよ子「憲法 24 条と夫婦の同権」法時 65 巻 12 号 42 頁以下（1993 年）44 頁参照。

150 安念潤司「憲法問題としての家族」ジュリ 1022 号 46 頁以下（1993 年）50 頁。

151 米沢広一「憲法と家族」ジュリ 1059 号 6 頁以下（1995 年）8 頁。

152 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社・2013 年）295 頁参照。

153 辻村みよ子『憲法と家族』（日本加除出版・2016 年）126 頁参照。

154 その意味で「一方で婚姻の現代的価値を再確認しその適用範囲を見直すとともに、他方で婚姻それ自体をも含む親密な関係の組み替え・新たな関係の承認を可能にする多元的な制度に途を開いておくことが求められる」（大河内美紀「性と制度」法教 440 号 44 頁以下（2017 年）48 頁）。

155 この点、「同性婚や夫婦同氏制などに関する訴訟において、平等アプローチに依拠することは、憲法の想定する婚姻および家族という難問を回避する戦略としてだけでなく、本質に適している」と指摘するものとして、巻美矢紀「憲法と家族」論ジュリ 18 号 86 頁以下（2016 年）95 頁がある。また、同性婚と平等の問題について検討するものとして、齊藤笑美子「家族と憲法」憲法問題 21 号 108 頁以下（2010 年）110-114 頁がある。

家族制度に関して憲法 14 条が今まで以上に機能するためには、「差別類型」の問題として「差別的効果」（間接差別）に対する統制が意識される必要があるとともに¹⁵⁶、「差別禁止事由」に関する再検討が必要になる¹⁵⁷。

ただ、本稿はアメリカの議論の検討を中心としたものであるため、憲法学説及び憲法判例を踏まえた日本の法制度に関する検討に関しては他日を期したい。

156 「差別的効果」（間接差別）に関する近年の議論状況に関しては浅倉むつ子・西原博史編著『平等権と社会的排除』（成文堂・2017年）所収の各論稿を参照のこと。

157 植木淳「平等原則における不変性（immutability）」名城法学 66 巻 1・2 号 249 頁以下（2016 年）参照。また、LGBT の問題を念頭に平等原則の下で保護されるべきなのは、「生まれつきの変更不能な要素」を負っている者だけでなく「ライフスタイルやパートナーを選択した者」も含まれるべきであると指摘するものとして、志田陽子「LGBT と自律・平等・尊厳」法セミ 753 号 60 頁以下（2017 年）61-62 頁がある。