同性婚の憲法的保護の可能性（二）

——Obergefell v. Hodges 事件判決における「対等な尊厳」と「婚姻」概念をめぐって——

中岡淳

目次

序章
第一節　本稿の主題と射程
第二節　比較対象国の選定理由と分析の視座
第三節　検討の順序
第一章　Obergefell 判決における「婚姻」概念の対立
第一節　夫婦間の「生殖」を前提とした「婚姻」概念
第二節　「婚姻」概念を規定する「四つの原理と伝統」
第三節　「婚姻家族」という結節点と「対等な尊厳」
第二章　「対等な尊厳」の射程について——「反従属原理」と「構造的解釈」
第一節　Obergefell 判決における自由の定式
第二節　「対等な尊厳」の射程①——Kenji Yoshino の「反従属原理」（以上、一八三巻一号）
第三節　「対等な尊厳」の射程②——Laurence H. Tribe の「構造的解釈」
第四節　本稿の解釈の提示
第一款　婚姻制度特権化論に対する応答
第二款　同性婚保護と複婚禁止の公共的正当化
第三款　中間総括（以上、本号）
第三章　日本国憲法における同性間の「婚姻の自由」
第一節　条文上の根拠

第三節　「対等な尊厳」の射程②——Laurence H. Tribe の「構造的解釈」

前節において、我々は、権利主張者の「対等性」「反従属性」を「自由」権解釈に読み込むことで、「対等な尊厳」の射程を二人組の婚姻関係に限定する、Yoshino の学説を確認した。ここで簡単に彼の学説を要約しておこう。この「反従属的自由」という権利解釈は、「婚姻」が完全に否定されている同性間の関係に「対等な尊厳」の援用を認めるのに対して、必ずしも二者間の「婚姻」が否定されているとは言えない複婚志向の個人に対しては「対等な尊厳」の援用を否認するものであった。また、Yoshino にとって、「婚姻の自由」とは、すべての人民ないし市民に認められるべき「普遍的な人権」であり、「対等な尊厳」の射程は、このような「普遍的な人権」の保障が認められないことで、従属的な地位に置かれてきた個人または集団の権利保障にのみ及ぶものとして理解されていた。

それに対して、本節で採り上げる Laurence H. Tribe は、「対等な尊厳」が問題となり得る範囲を Yoshino のように過去に従属的な地位に置かれてきた個人または集団の権利保障の問題に留めない。Tribe 曰く、「対等な尊厳」とは、「確固とした目的を持ってなされた過去の服従を単に追想する」ものではなく、むしろ、「基本的権利と平等の意味に関する将来に続く憲法的対話の基礎を築く」ものであるという。(90) 加えて、Tribe の理解において、この「対等な尊厳」は、「すべての個人が強制的画一化という恐怖から保護されることを確保するために、同性カップルを超えて広がる」。(91) 言うなれば、Yoshino の理解とは異なり、「対等な尊厳」の射程が、「婚姻家族」だけでなく、未婚のままでいる個人や婚姻外の親密な関係にも及ぶものとして理解されるのである。本節では、この個人の権利保障一般に「尊厳」の観念を基礎付ける Tribe の学説を検討することで、前節で疑念が提示されていた Yoshino の理解とは異なる、「婚姻の自由」

と「尊厳」の観念の関係性について考察を進める。

1 「構造的解釈」による「対等な尊厳」の正当化

Obergefell 判決における「対等な尊厳」の射程を「反従属原理」を導入することで限定的に理解する Yoshino に対して、その射程を憲法の「構造的解釈（structural interpretation）」を用いて全方位的に理解するのが、Laurence H. Tribe である[92]。Tribe の主張の骨子は、この「構造的解釈」、すなわち、合衆国憲法典という「テクスト内の構造」（＝憲法典それ自体の文言とその諸条項における様式と相互作用）と「テクスト外の構造（または、アーキテクチャ）」（＝憲法典が規定し創設する統治の組織と、それが推進する諸々の制度と実践における、様式と相互作用）に焦点を当てることで、合衆国憲法典に存在しない「尊厳」の観念を憲法規範として正当化する点にある[93]。憲法典という「テクスト」のみならず、その「テクスト」に含意されている「構造」「アーキテクチャ」にも着目する、かかる解釈手法からすれば、「高貴と尊厳（Nobility and Dignity）」条項の不在を論難する Roberts 長官の批判[94]は、「テクスト」にのみ目を向ける視野の狭い解釈を行っているに過ぎないとの反論が可能であろう。それでは、「対等な尊厳」という不文の法理は、如何なる憲法典の「構造」または「アーキテクチャ」から導かれるというのであろうか。

Obergefell 判決の評釈に際して、Tribe が言及する「構造」および「アーキテクチャ」の構成要素は、以下の二つである。すなわち、第一に、六二万人に及ぶ血の犠牲の上に成立した修正一三・一四・一五条の、いわゆる「南北戦争修正（Civil War Amendments）」制定の歴史的経緯から浮かび上がる「憲法の約束[95]」、第二に、合衆国の統治の基礎を成す「連邦制（federal systems）」という統治構造、または、「連邦主義という構造原理（the structural principle of federalism）[96]」である。後者に関しては、次々項で詳細に述べるとして、まずは、前者の「南北戦争修正」の歴史的経緯と、その歴史的経緯の参照によって導かれるとする「尊厳」の観念について触れておく。

2　「南北戦争修正」と「人間の尊厳」

Tribe は、「ドイツや南アフリカが、破壊的な人種差別主義的イデオロギーを拒絶した後の国家の法体系の指導原理として、普遍的な人間の尊厳を採用したのと全く同様に、アメリカも、南北戦争の直後に、我が国自身の原罪（our nation's own sin）を贖い、われわれの憲法の約束（our Constitution's promises）をすべての市民に拡張するために、修正一四条を採択したのである」[97]と述べ、合衆国憲法においても、南北戦争を背景とする各修正条項の歴史的経緯から、普遍的な法原理としての「尊厳」の観念を析出することが可能であるとする。ここで、合衆国が贖うべき「原罪」とは、本来、「すべての人（all Men）」の自由と平等を謳う独立宣言の理念とは相容れないものであるはずの奴隷制度が、建国期から南北戦争修正の制定に至るまで、憲法上黙認されていたという過去の事実を指す[98]。この意味で、修正一四条は、独立宣言において約束されていたはずの「すべての人」の自由と平等を黒人にも確保することによって、合衆国自身の「原罪」を贖おうとするものであった。なるほど、ボン基本法における「人間の尊厳」が、「ユダヤ人」の人格を真っ向から否定したナチの人種差別主義的な所業に対する反省であるのと同様に、合衆国憲法の修正一四条が、奴隷制度という人種差別主義的な措置に対する反省のもとで制定されていたのであれば、同条項の「自由」と「平等」という理念の背景にも、「人間の尊厳」の観念を見出すことができるのかもしれない。

もっとも、元来、「尊厳」の観念は、ヨーロッパ大陸の法文化のなかで育まれてきたものである。確かに、現代の法の理解において、「尊厳」の観念は、しばしば、ドイツやイタリアの全体主義的権力に対する反動の産物として理解される傾向にある。しかし、James Q. Whitman が指摘するように、「現代のドイツ法で保護されている『尊厳』は、単純にナチズムに対する反動の産物ではない。適切な社会学のパースペクティブから見ると、今日保護されている『尊厳』とは、ファシストの時代の最中に部分的に生じた変革の産物なのである」[99]。つまり、「人間の尊厳」は、単純に「人種差別主義的イデオロギー」を拒絶するものとしてドイツやイタリアなどの全体主義的権力が支配していた「ファシス

トの時代」から明確に断絶し得るものではなく、むしろ、それは、「ナチスが定義するところのすべての『ドイツ人』の尊厳に関する法の創出」[100]と連続するものとして理解されるべきだというのである。Tribe の指摘において反全体主義的・反人種差別主義的な理念として捉えられるべき「尊厳」の観念が、それ自体、その発展の一部を「ファシストの時代」に負っているとは、どういうことなのであろうか。

Whitman 曰く、「尊厳」の観念とは、近世前期からヨーロッパ大陸に存在していた「名誉（honour）」という古い価値に由来するものであり、元々は貴族や高い身分に属する人々にのみ適用されていた規範であった。この「名誉」という規範が、一部の特権階級から低い身分にある者も含めた人口の全部門へと拡張されていく重要な転機となるのが、「ファシストの時代」であるという。すなわち、「ファシストの時代」を経て初めて、我々は、「尊厳」を「すべての人」に適用可能な規範として理解するようになったというのである。こうして、現代の「尊厳」の法理を「ファシストの時代」の連続線上にあるものとして捉え直すとき、ヨーロッパ大陸の法文化という文脈に限って言えば、その法理は、ナチスが「名誉を求める権利」を低い身分の「アーリア人」を含めた「すべての『ドイツ人』」に拡張したように、あくまで、「ナチスが人間以下だと見なしていた人々」、すなわち、「かつて全人口の最も軽蔑されていた部門」に「尊厳を求める権利」を拡張しただけのものに過ぎないのだ、と理解することさえ可能となる。[101]

ここに、法制史の観点からは、「人間の尊厳」に象徴される現代の「尊厳」の法理が持つ、二つの側面が明らかとなる。ひとつが、ヨーロッパ大陸の法文化に根差した「名誉」の規範に由来する側面、もうひとつが、「ファシストの時代」に遂行され、戦後更に拡張されることになる「尊厳」の脱階級的・超身分的な側面である。Tribe が「破壊的な人種差別主義的イデオロギーを拒絶した後の国家の法体系の指導原理」として「人間の尊厳」を捉えるとき、そこでの「尊厳」の理解は、先に挙げた後者の側面に系譜する。他方で、「アンシャン・レジームと呼称すべき歴史段階を自国史の裡に持たないアメリカ」において、「名誉」の規範、すなわち、「人口の全ての部門に拡張」されるべき「高い地位

の者に対する処遇」の範型はそもそも存在しないことから、アメリカの法体系の中に、「名誉」の規範に由来する「尊厳」の観念をその戦後における展開のみを見て導入することは、「歴史学的誤謬を犯す」ものである、との誹りを免れない恐れすらある。[102]

もっとも、Tribe の強調する「尊厳」の後者の側面（脱階級的・超身分的な尊厳）が前者の側面（ヨーロッパ大陸の法文化に根差した「名誉」の規範）に直接結び付くものでなかったとしても、アメリカ社会は、前者の側面が後者の側面へと移行する重大な転機に深く関与していたことが、近時、Whitman の新しい著作のなかで指摘されている。その著作が、二〇一七年に刊行された『ヒトラーのモデルはアメリカだった Hitler's American Model』である。[103] 先に指摘したように、かつて高い身分の者にのみ適用されていた「名誉」の規範を人口の全部門に拡張するにあたって大きな役割を果たしたのが、ナチ・ドイツであった。重要なのは、ここで、ナチ・ドイツが、「すべての『ドイツ人』の尊厳に関する法」、すなわち、身分の低いドイツ人の社会的地位を「一律に引き上げる（leveling up）」ための諸々の立法を策定するにあたって、アメリカの人種法にこれらの立法の着想を求めていたという事実である。[104]「移民、二級市民、そして異人種間婚姻に関して、一九三〇年代前半のアメリカは、高度に発達した、しかも厳格な人種法をもつ国のまさしく『典型例』であり、ナチスの法律家たちは、ニュルンベルク法の起草段階や、その後の解釈や適用の段階においても、アメリカのモデルや先例を繰り返し参照していた」。[105]

まさに、かの悪名高きニュルンベルク法が目指す「健全な人種秩序（a healthy racist order）」[106]のモデルは、「自由」と「平等」を謳っていたはずのアメリカにあった、というのが上記の著作における Whitman の主張の骨子である。言わずもがな、「南北戦争修正」制定後も、黒人など有色人種に対する差別は、アメリカ社会に根強く残っていた。「〔連邦軍が南部から撤退した〕一八七七年から数十年間のアメリカの法制史は、再建期修正〔＝南北戦争修正〕が謳ったはずの平等の原則を恥知らずにもはぐらかしてきた、あいもかわらぬ記録といえる」。[107] この記録の中に、ナチスが平等主義

と人種主義の両立可能性を見出していたと言っても過言ではない。ナチズムのような「破壊的な人種差別主義的なイデオロギー」の所業を前にして、襟を正さなければならないのは、「人間の尊厳」を憲法典に記すに至ったドイツや南アフリカだけではなく、「自由」と「平等」の理念のもとで人種差別主義的な秩序を保持し続けたアメリカもまた、同様である。ナチ・ドイツが低い身分の「アーリア人」の地位を「一律に引き上げる」ために、アメリカの人種法を参照し、人種差別主義的な立法を作り上げることで、「尊厳」を「すべての『ドイツ人』」に拡張するという「平等主義的な社会革命」[108]を成し遂げていたのであれば、本来、その人種法を作り上げていたアメリカにおいてこそ、人種主義と平等主義が条文上は両立不可能であるにもかかわらず、現実には両立し得るものとして「ヒトラーのモデル」になってしまったことの責を負わなければならない。この限りで、本項冒頭で引用した、ドイツや南アフリカの「人間の尊厳」条項と修正一四条の採択の経緯に関する Tribe のアナロジーは、必ずしも「歴史学的誤謬を犯す」ものとは言えないのである。

3 「連邦主義という構造原理」の目的としての「尊厳」

前項では、ヨーロッパ大陸の法文化に由来する「名誉」の規範を自国史の裡に持たないアメリカ合衆国においても、普遍的な法原理としての「尊厳」の観念を導出するのに十分な歴史的要因があることが示された。本項では更に、前項にて、ドイツ法制史との比較の観点から捉えられていた「尊厳」の観念が、「連邦主義」という自国の統治構造の基本原理との関係で基礎付けられる。その際に主として援用されるのが、Kennedy 判事が意見を執筆した以下の二つの判決である。ひとつが、連邦議会の立法権限に基づく制定法によって、州に同意を得ることなく、州を自州の裁判所で訴訟に服させることを州の主権免責を剥奪するものとして違憲と判断した Alden v. Maine 事件判決[109]であり、もうひとつが、連邦法上の「婚姻」を異性間に限定する婚姻防衛法を、修正五条のデュープロセス条項に照らして違憲と判断した United States v. Windsor 事件判決[110]である。いずれの事件も、連邦議会の制定法による州の主権、または、州に固有の

権限に対する介入が問題となった事案であるという点で共通する。[111]

Tribe の分析によると、この種の州の主権や権限に関する判例において、「尊厳」に関する Kennedy 判事の初期の関心が現れているという。例えば、先の Alden 判決において、州の主権免責の剥奪は、連邦制のもとで各州が保持する州の「尊厳」を毀損するものだと理解されていた。[112] すなわち、ここでの「尊厳」とは、「人間の尊厳」のような個人の人権保障との関係で語られるものではなく、連邦制という権限分配の関係において、如何なる州も連邦議会の権限に屈服するかたちで主権を剥奪されないという意味での「尊厳」である。[113] ここで重要なのは、Tribe の理解において、Kennedy 判事の初期の判例に現われた、州という「権力的制度体」に備わる特質としての「尊厳」観と、[114] Obergefell 判決で語られるような、個人の自由と平等の保護に基礎を置く新しい「尊厳」観とが、Kennedy 判事の一連の判決のなかで整合的に解釈される点である。[115]

少々長くなるが、Tribe の主張の根幹を成す部分であるので、以下に引用してその趣旨を確認しておこう。

> 「Windsor 判決において、Kennedy 判事は、婚姻、すなわち、諸州の伝統的領域への連邦政府による異常な介入を厳格に審査する際に、連邦主義という構造原理に深く、かつ、意識的に依拠していた。〔中略〕この連邦主義に対する信頼は、諸州の尊厳のようなものに対する Kennedy 判事の初期の関心を部分的に反映している。しかし、連邦主義は、権力分立のように、単に我々の統治のアーキテクチャを構成する個々の部分を保護するためではなく、そのアーキテクチャが仕えるところの個人を保護するという、より根本的な理由のためにある、という彼の度重なる忠告をも反映している。Kennedy 判事にとって、このような構造は、権力を垂直に割り当てる方法によってアカウンタビリティが維持される、ひとつのシステムの中にある集団的自己統治の積極的自由と、人々の対等な尊厳を侵害する政府による服従から人々を保護するという消極的自由の双方を確保するものなのである。それゆえ、〔中略〕、合衆国憲法が含意する国家政府と諸州の間の権力分立が、個人の自由と平等を特に保護するためにある、という命題は、如何なるレベルの政府も、その権利が伝統に根差したものであるか否かに関係なく、最終的に権利それ自

体を個人から剥奪するような方法で、その権限を行使してはならない、というヨリ根本的な要請と完全に一致する」[116]。

Tribe のかかる引用から確認できるのは、「連邦主義という構造原理」のもとで確保されるべき州に固有の権限が、個人の自由や平等を保護するためにあるという考え方である。加えて、ここでの個人の自由や平等を保護するという目的は、連邦政府か諸州の政府かに関係なく、すべての「権力的制度体」が実現すべき指導原理として位置付けられている。それはつまり、「人々の対等な尊厳」が、すべての「権力的制度体」の「尊厳」に優位することを意味する。このような考え方に立てば、連邦主義のもとで一般的な統治権が確保されている州でさえ、「個人の自由と平等の保護」という憲法によって割り当てられた「権力的制度体」の目的に反する権限の行使は、憲法上許容されないということになる。仮に州がこの意味での違法な権限の行使を行う場合には、連邦の介入を甘んじて受けなければならない。Obergefell 判決における、連邦最高裁判所による州への同性婚の承認の義務付けも、この文脈で正当化されるものである[117]。

もっとも、このような連邦主義の理解が、連邦主義を理由に、公民権法をはじめとする連邦議会の立法を悉く制限してきた過去の最高裁の保守的な判決と一致しないことは言うまでもない。このような連邦議会の立法権限抑制的な連邦主義の理解は、いまだなお、最高裁の保守派判事らによって採用されているところである[118]。しかし、一八六一年に勃発した南北戦争とその結果として採択された修正一四条が、合衆国憲法の構造それ自体を根本から変容させるものであったことを思い起こすと、確かに、州の主権に基づく如何なる論拠も、本来的には、「南北戦争修正」に基づく連邦議会の立法権限を抑制するものとして理解する余地はほとんど存在しなかったはずである[119]。ここでもまた、「南北戦争修正」の制定という歴史的な一時点に、合衆国憲法の解釈を根本的に変化させる重要な転機を見出すことができる[120]。事実、連邦と州の権限分配に構造的な変化をもたらした「南北戦争修正」の各条項は、連邦議会に、それぞれ「適切な立法により」「南北戦争修正」の理念を実現する権限を与えている[121]。ここで実現されるべき理念こそ、先の Tribe の引用におけ

る「個人の自由と平等」であり、前項で確認したところの普遍的な法原理としての「尊厳」に他ならない。このようにして、「南北戦争修正」の歴史的経緯から導き出された「尊厳」の観念は、「連邦主義という構造原理」が規定する連邦と州の権限分配に結び付けられ、これらの各「権力的制度体」が奉仕すべき目的としての地位を与えられる。

4 「強制的画一化」に対する抵抗の原理としての「尊厳」——Barnette 判決の引用

上述のような、Tribe の「構造的解釈」による「個人の自由と平等」と「連邦主義という構造原理」との接合は、州による同性婚の不承認に同性愛者とその家族に対する「尊厳」の毀損を見て取る Kennedy 判事の法廷意見を理論的な観点からほぼ全面的に擁護するものだと言えるだろう。ただし、それは、婚姻制度を高尚なものとして扱う Kennedy 判事の以下の美辞麗句に関する部分を除いてである。「婚姻以上により深い結合は存在しない。というのも、婚姻が、愛、貞節、忠誠、犠牲、そして家族といった最も崇高な理想を体現するからである[122]」。かかる行論は、あたかも婚姻以外の生活様式が、「尊厳付けられず、重要ではなく、価値のない[123]」ものとの印象を与える。はたして、「対等な尊厳」の観念は、「婚姻」がこのような「崇高な理想」を体現するものであるが故に、同性間の「婚姻の自由」の不承認という文脈で援用されたのであろうか。

そうではない、というのが Tribe の主張であり、前節で確認した Yoshino の「対等な尊厳」の理解と最も見解を異にする部分である。Tribe からすれば、婚姻制度を「人間的幸福にとって本質的なものとして、それも、孤独で恋焦がれる人生に対する唯一の実行可能な解決方法として描写した」Kennedy 判事の法廷意見は、「婚姻を特権化する」ものとして大きな落胆の感情を抱かせるものだという[124]。同性婚の不承認の問題において「対等な尊厳」の観念を援用することができたのは、「婚姻の自由」が、先の Kennedy 判事の美辞麗句に見られたような「婚姻」の「崇高な理想」を実現することに資するからなどではない。むしろ、より一般的な問題として、「対等な尊厳」の観念は、「すべての個人が強

制的画一化という恐怖から保護されることを確保するため」[125]にあるという。

ここでの「すべての個人」とは、Obergefell 判決の上訴人らが同性愛者であるという、権利主張者の主体に関する実体的な要素を捨象した、普遍的な意味での個人である。その者が同性愛者であるか否か、あるいは、その者にとって婚姻が切実なものであるか否かは、その者の主張する権利と「対等な尊厳」の観念の結び付きに直接関係しない。如何なる個人であろうとも、「強制的画一化という恐怖から保護される」という点で、自由である。Tribe は、この意味での個人の一般的な自由の契機が、Kennedy 判事が援用する一連の判決のなかに存在することを指摘する。なかでも、Obergefell 判決における West Varginia State Board of Education v. Barnette 事件判決の引用[126]が、「強制的画一化という暴力に抵抗する個人の尊厳と自律」に基づく「権利一般」の存在を証左するものとして重視されている[127]。

ここで、Barnette 判決と聞いて、日本において、蟻川恒正の『憲法的思惟』[128]という著作を思い浮かべる者は、少なくないだろう。かかる著作でも紹介されていたように、Barnette 判決とは、エホヴァの証人の信者が、公立学校における国旗敬礼と忠誠の誓いの唱和の強制を定めた州法を憲法違反であるとして、同法の執行差止めを求めた事件である。上述の蟻川の著作の業績は、Barnette 判決法廷意見を執筆した Robert H. Jackson 判事の思考世界に着目することで、この判決を、単なる宗教的少数派の「信教の自由」の事案でもなければ、象徴的言論に関わる「表現の自由」や宗派の流儀に基づく「教育の自由」の事案でもなく、「近代立憲主義」の前提となる「個人」の「自由」一般が問題となる事案として描き直してみせた点にある[129]。これに加えて、この蟻川の業績はまた、合衆国憲法における言説として、Barnette 判決が上記の諸権利に関する先例として言及されることはあっても、個人の権利一般が問題となった判例として読まれてはこなかったという点で、「アメリカ」において「近代立憲主義」が前提とする概念としての「個人」が如何に「自然」ではないかを事実として示すものでもあった[130]。裏を返せば、ある最高裁判所の判決文のなかで Barnette 判決が引用されているということは、それが引用先で正しく理解されている限りで、その判決もまた「個人」

の「自由」一般を問題としている事案であるということが分かる。Tribe にとって、まさに Obergefell 判決は、Barnette 判決と同様に、「個人」の「自由」一般が問題となっていた事案なのである。

「対等な尊厳」の射程を「すべての個人」を含むものとして把握した Tribe の解釈は、この点で、上述の Barnette 判決における Jackson 判事の真意に忠実なものである。Barnette 判決における Jackson 判事が、「エホヴァの証人」という宗教的少数派の自由を、その「minority 性の要素を徹底的に消去」した「『個人』概念」のもとで保護したように[131]、Tribe もまた、Kennedy 判事が、同性愛者の婚姻の自由を、その主体の属性を捨象した普遍的な「個人」概念のもとで保護していたと理解するのである。Obergefell 判決で引用された「Barnette 判決が、権利章典の単一の条項にではなく、我々の憲法秩序の広範な基礎条件に依拠しているのは偶然ではない」[132]。そして、この「我々の憲法秩序の広範な基礎条件」に位置する不文の法原理こそ、先述の「強制的画一化という暴力に抵抗する個人の尊厳と自律」に他ならない。いかにも、Obergefell 判決が「対等な尊厳」という不文の法理に基づいて州に同性婚の保護を義務付けたことは、まさに単一の条項ではなく、「個人」の「自由」一般を志向していた Jackson 判事の Barnette 判決に、その先例を求めることができる。

翻って、Obergefell 判決を普遍的な「個人」を前提とする Jackson 判事の思考に近付けて読めば読むほど、多種多様な人的結合のなかで「婚姻」のみを重視するかのような Kennedy 判事の立論は、ますます、「個人」の「自由」一般を志向していた先の Jackson 判事の思考とは相容れないものとなる。Barnette 判決における Jackson 判事の真意に忠実に従い、「対等な尊厳」を訴訟主体の属性に拘束されない普遍的な「個人」概念のもとで把握する Tribe にとって、「婚姻」を「崇高な理想」を実現するものとして理解する Kennedy 判事の美辞麗句や、過去に従属的な地位に置かれてきた個人や集団に「対等な尊厳」の射程を限定する Yoshino の解釈は、決して満足のいくものではなかった。「Barnette 判決で確認された権利のように、すべての個人が強制的画一化という恐怖から保護されることを確保する

ために、Obergefell 判決の約束は、同性カップルを超えて広がる[133]」のであって、「異性カップルにのみ婚姻を限定することも法が尊重する自律的な存在の輪から未婚の者を排除することも、Obergefell 判決の核心に位置する対等な尊厳へのコミットメントと一致しない[134]」のである。かかる Tribe の引用からすれば、「対等な尊厳」の観念のもとでは、婚姻関係を結ぶ者も、婚姻外で親密な関係を築く者も、更には、孤独で生きることを選択した者でさえ、等しく尊厳に値する「個人」として保護されなければならない。こうして、「対等な尊厳」の射程は、Obergefell 判決の「婚姻の自由」が想定していた家族関係、すなわち、二人組のカップルとその子から成る「婚姻家族」から、事実婚や複婚重婚関係など、これまで法律婚の外部で営まれてきた多種多様な関係性にも拡張されていく。

しかし、ここで、我々は一度立ち止まらなければならない。そもそも、Yoshino が「対等な尊厳」の射程を限定的に解釈したのは、複婚の承認要求に対して「対等な尊厳」の援用を否定するためであった。確かに、Obergefell 判決における Barnette 判決の引用が、「強制的画一化の暴力に抵抗する個人の尊厳と自律」に基づく「権利一般」の存在を基礎付けるものであったとしても、このことが直ちに、複婚の承認を求める個人に対して憲法上の保護を与えなければならない、という帰結を導くのだろうか。あるいは、考えられ得る全ての人的関係を対等に尊重するために、立法者は「婚姻を特権化する」婚姻制度そのものを廃止しなければならないのだろうか[135]。このことは、婚姻制度へアクセスする権利という意味での、「婚姻の自由」という権利概念それ自体が、もはや憲法上の権利としては維持し得ないものであることを意味する。このような帰結は、「個人の尊重（尊厳）」を国政の基本原理であると考えてきた日本国憲法の学説にとっても、些か衝撃的なものであろう[136]。いずれにせよ、個人の「尊厳と自律」を基本原理とする法体系において、婚姻制度を廃止することなく、「婚姻の自由」を追求する、その方向性を確認することなしには、そもそも、同性間の「婚姻の自由」は語り得ないはずである[137]。以下次節では、「対等な尊厳」の射程に関する筆者自身の解釈を再び取り上げ、その擁護を試みることで、上記の種々の疑問に応答する。

第四節　本稿の解釈の提示

「対等な尊厳」の射程に関して、本稿が示した解釈は、以下の通りである。

> Obergefell 判決の「対等な尊厳」の狙いは、同性カップルが、不当な理由で「婚姻」という「地位ないし身分を取得する権利」を否定されないことにあり、その射程は、「婚姻家族」という「家族モデル」から逸脱するものではない。(138)

以下本節では、Yoshino と Tribe の学説にそれぞれ応答するかたちで、本稿の解釈が批判に耐え得るものであるかを確認する。

まず、Obergefell 判決法廷意見の立論が「婚姻家族」を特権視しているとする Tribe の批判への応答を試みる。そこでは、政府による婚姻制度を通じた公共的な価値の追求が、リベラリズムが重視する「個人の自律」の観念と必ずしも相矛盾するわけではないことが示される（第一款）。次に、この婚姻制度を支える公共的価値が、同性間に「婚姻の自由」を承認すべき理由となると同時に、複婚を禁止する正当化根拠としても機能することを論証する。これらの理由に基づく主張の正当化のプロセスを経ることで、「対等な尊厳」の射程が「婚姻家族」の枠内に留まるとする、筆者の解釈の有効性が示されるだろう（第二款）。このような解釈の有効性が示された後に、筆者が取り組むべき課題は、改めて、Obergefell 判決における「対等な尊厳」の観念と「婚姻の自由」が如何なる連関のもとで結びついているのかを示すことである。この課題に応えることは、翻って、「婚姻」の特権化を回避するために「個人」の「自由」一般に「尊厳」を結び付けた Tribe や、「婚姻の自由」の内実を問わずに「平等（権）」のみを問題にして同性婚の解釈論を組み立てるべきだとする、日本の一部の学説に見られるアプローチとは異なる(139)、「尊厳」と「婚姻の自由」を結び付けた別の解釈

が成立する余地があることを示すことにもなるだろう。最後に、第一章および本章の分析の総括も兼ねて、この点に関する筆者の見解を示しておく（第三款）。

第一款　婚姻制度特権化論に対する応答

1　承　前

第二節から第三節にかけて考察してきたYoshinoとTribeの学説は、いずれも合衆国憲法の不文の法理として、「対等な尊厳」の観念が憲法解釈における重要な指針となり得ることを否定しないものの、その射程を限定的に解するか、全方位的に解するかで意見の不一致が見られた。「対等な尊厳」の射程が「婚姻関係」と「親子関係」の連続性を重視する「婚姻家族」の枠内に留まるとする、本稿筆者の解釈からすれば、TribeよりもYoshinoの見解の方が、筆者の立場により親和的であると言えよう。もっとも、本稿筆者が「反従属的自由」論を採用するか否かに関係なく、「婚姻の自由」を重視するYoshinoや筆者の立場に対しては、ある特定の家族形態のみを特権化しており、婚姻外の生活共同体や婚姻しない個人の選択を貶下していると批判する向きがあるかもしれない。「自律的な存在」としての個人の尊重を重視するTribeからすれば、婚姻関係に入るか否かに関係なく、各人の多様な生のあり方それ自体が「対等な尊厳」の保護に値する。いわば、ある特定の善き生の構想（conception of the good life）にコミットするかたちで、同性婚の憲法的保護の必要性を理由付けるべきではない、というのである(140)。

2　Stephen Macedoの婚姻制度擁護論

このようなTribeの主張に対しては、以下の二つの応答が可能であろう。第一の応答が、リベラリズムは、政府による婚姻制度を通じた道徳的な善や公共的な価値の追求を必ずしも排除しないとする、Stephen Macedoによる婚姻制

度擁護論である。[141] Macedo の議論を要約すると、大要次のようになる。John Rawls の『正義論』に記されているように、確かに、リベラリズムは、自己の善き生に関する構想と正義の感覚を有する「道徳的人格（moral person）」を前提にしている。[142] しかし、「正義と対等な基本的権利の尊重」というリベラリズムの基本理念は、「道徳的人格」の能力の発展と行使を促すために、立法者に対して、婚姻制度のような公的制度を設営する広範な裁量の余地を認めている。[143] また、婚姻法がある特定の関係を特別視していることを理由に、婚姻制度を廃止すべきだと批判する向きがあるかもしれないが、[144] 法に関する限りで、婚姻が、問題があるほど「特別（special）」なものとして見なされる必要はない。むしろ、「民事婚を承認し支持する広く公共的な理由（broadly public reason）」を提示することで、婚姻制度を正当化することが可能であるという。[145]

ここで、Macedo が婚姻制度を正当化する際に用いるのが、John Rawls の「公共的理性の観念（the idea of public reason）」[146] に示唆を受けた「公共的正当化（public justification）」[147] というリベラリズムの議論枠組である。まずもって、Rawls の「公共的理性」とは、市民が、民主的な政治的共同体の構成員として、「憲法的必須事項（constitutional essentials）」や「基本的正義の問題（questions of basic justice）」に関して意思決定を下す際に依拠すべき理由や推論、または、これらの事柄を可能にする市民の能力を指す。[148] 多種多様な宗教的・哲学的諸教説を持つ人々から構成された民主主義的な社会において、市民間の公共的討議を可能にするためには、すべての市民が、自己とは異なる価値観を有する他者にとっても理解可能なかたちで、自らが擁護する諸々の原理や政策を説明し、根拠づけることが求められる。それ故、リベラルな政治的構想は、異なる価値観を抱く人々の間での公共的討議を可能にするために、自由や平等といった正義の実体的な原理のほかに、「政治的問題にとって重要な関連性を有する一連の情報に関する推論や規準のあり方を具体的に示す探求のガイドライン（guidelines of inquiry）」を必ず含んでいなければならない。[149]

このような「推論や規準のあり方を具体的に示す探求のガイドライン」は、婚姻や家族に関する公共的討議を可能に

するためにも必要となる。確かに、婚姻や家族に関して多様な価値観を抱く人々が生活する社会において、単婚（monogamy）を基礎とする婚姻制度が、今後も人々の最も親密な関係を規律する制度として機能し続けるかは自明ではない。婚姻制度が単婚に基づくものであったとしても、それが同性間へと拡張されることで、耐え難いほどの精神的苦痛を感じる者たちもいる。現にアメリカ社会で同性婚反対運動を強力に主導してきたのが、キリスト教右派の福音主義派であった[150]。しかし、「婚姻」や「家族」という主題が、各人の宗教的・哲学的世界観と密接に結びつくものであるからこそ、公的制度としての婚姻制度を維持していくためには、ある特定の包括的諸教説に依存することなく、すべての市民が受容可能な「公共的な理由」によって、婚姻制度が支持され得るものであることを証明しなければならない。裏を返せば、既存の婚姻制度がキリスト教的な色彩を強く帯びたものであったとしても、自己とは異なる価値観を有する他者にとっても理解可能なかたちで婚姻制度を支持する「理由」が提示されるのであれば、それを維持することは正当化される[151]。「リベラルな公共的正当化の狙いは、誰もが理解し、受け入れ、そして互いに公に肯定する、共通の道徳原理の枠組みを形成しながら多様性を尊重することにある[152]」。

それでは、婚姻制度を維持する「公共的な理由」とは何であろうか。この点に関して、Macedo は、婚姻制度を支持する「理由」として、以下の二点を挙げている。第一点が、婚姻法のもとで配偶者間の「誓約（commitment）」に承認を与えることの社会的意義である[153]。まずもって、「婚姻という法的状態の存在は、婚姻すること、そして、社会一般の公的な認識の問題として婚姻した状態にあることへの人々の切実な望みの実現を容易にする[154]」。換言すれば、法のもとで「婚姻」というラベルを付与するからこそ、誓いを交わし合った者たちの関係は、それを身近で承認する教会や仲間内を超えて、社会全体で広く認識可能なものとなる。この社会における認識可能性が、婚姻の誓約に伴う様々な社会的期待や道徳的評価の基礎を提供することから、配偶者間の人格的関係がヨリ安定的なものとなる。第二に、より重要な点であるが、婚姻法は、配偶者間の権利義務関係を法律上の「デフォルトルール」として予め設定しておくことで、婚

姻カップルが家庭生活を営んでいくうえで引き受ける特別な相互の負担を均衡のとれたものにし、配偶者間の相互誓約と婚姻関係を健全かつ安定的なものにしているという。すなわち、婚姻制度を支持する第二の「理由」は、婚姻法が、配偶者間の相互誓約という象徴的次元を支援し保護するために必要な権利義務関係を定めているという点にある。Macedo は、この婚姻に伴う種々の「法的効果（legal consequences）」を「婚姻の法的『付随事項』（legal "incidents" of marriage）」と呼び、婚姻の利益と義務の全体的なパッケージが「理に適っていて公正（reasonably appropriate and fair）」であると考えられる限り、婚姻法が、婚姻カップルのみを特別視しているという批判は正鵠を射たものではないという。[155] したがって、婚姻法が定める権利義務内容が「理に適っていて公正な」ものである限り、婚姻制度を廃止する必要性はないということになる。

もっとも、Macedo 自身、婚姻法の内容が「理に適っていて公正」であるかは、家族に関して変化し続ける需要（needs）と、婚姻内にいる者と婚姻外にいる者との公正さに照らした将来の再検討を前提とすべきであることにも留意している。しかし、それでもなお、婚姻法の不正それ自体が、直ちに、婚姻制度の廃止を要請するわけではないという。というのも、「婚姻」というラベルそれ自体に重要な公共的価値があり、いまだに多くの国民が婚姻制度へのアクセスを望んでいる以上、結局のところ、「婚姻」という言葉を法律から削除したところで、婚姻制度廃止論者が指摘するような問題の解決に何ら資するところがないからである。[156] また、「婚姻外のケア関係（nonmarital caring and caregiving relationships）」[157] のような婚姻外の家族形態の保護は、婚姻制度を廃止することによって図られるべきではなく、むしろ、婚姻制度を維持しつつ、婚姻制度にそのような関係を保護する制度を補完するかたちで考えられるべきなのである。[158]

以上のように、政府による婚姻制度を通じた道徳的な善や公共的な価値の追求には十分な「公共的理由」が存在することから、単婚に基づく婚姻制度は正当化される。このことを Obergefell 判決に敷衍するならば、「婚姻」の重要性を理由に同性婚の憲法的保護の必要性を説くことは正当であるし、Tribe が批判するほど、婚姻制度の維持と個人の自律

とが相矛盾するわけではない。むしろ、婚姻制度特権化論は、婚姻制度を支える「公共的理由」が存在することを見落としていると言えるだろう。以上が、婚姻制度廃止論に対する第一の応答である。

3 Joseph Raz の卓越主義的リベラリズム

第二の応答は、道徳的に価値ある生き方や善の構想が複数存在するということと、政府が婚姻制度の設営を通じて、個人が自律するために必要な条件整備を行うことは矛盾しないとするものである[159]。この立場を代表するのが、Joseph Raz の卓越主義的リベラリズムである[160]。Tribe が「自律的な存在」としての個人の尊重を強調していたように、この立場においても、「自律的な個人（the autonomous person）」という人間像は、その政治・道徳理論における重要な位置を占めている[161]。しかし、卓越主義的リベラリズムの特筆すべき点は、この自律の理想が、政府に対して、個人の自律の実現のために必要な選択肢の範囲を提供することを要請しており、その不作為が、危害原理（harm principle）が禁ずるところの「危害（harm）」を構成すると説く点にある[162]。言い換えれば、Raz の危害原理は、他者危害の防止を強制的な介入の正当化根拠とする John Stuart Mill の理解を超えて、「自律基底的な義務（autonomy-based duties）」[163]、すなわち、市民の自律の条件に配慮する義務を負う政府の不作為にまで及ぶものである。そして、この義務に対応するかたちで、政府は、資源の再分配や公共財の提供、その他サービスの供給を強制的な仕方で行う権限を有することになる[164]。この点で、政府が婚制制度を通じて社会に提供する「婚姻するという選択肢（the options…of getting married）」は、個人の自律的な生の実現に資する限りで、上述の公共財のひとつに数えられる[165]。

この公共財との文脈で、Raz は、同性愛者間の婚姻（homosexual marriages）に関して、以下のような興味深い見解を示している。

「確かに、〔中略〕他の人と同棲するために、社会の中で生きる必要は全くない。しかし、〔中略〕他の人と同棲することは、〔中略〕婚姻していることと同じではない。〔中略〕婚姻しているということは、社会的（かつ法的）に承認され規制された種類の関係をともにすることであるから、多くの国では、同性愛者は同性の相手と同棲することはできるが、婚姻することはできない」。「同性愛者間の婚姻が承認されている社会の存在は、集合財（a collective good）である。というのも、そのような社会の存在から得られる便益の分配は、潜在的受益者以外の誰によっても随意に制御されないからである。〔同性愛者間で婚姻する〕機会が存在し、その機会の故に個人が自律的な生を送ることが可能であるような社会では、そのような機会の存在は本源的に価値がある」[166]。

言うなれば、Raz にとって、婚姻は、個人に自律的な生の実現を可能にする機会を提供するからこそ、本源的に価値あるものとなる。また、政府が社会に対して提供する「婚姻するという選択肢」の存在はひとつの「公共財」でもある。そして、上記の引用からもわかるように、同性愛者間の婚姻が承認されている社会は、それ自体「集合財」であり、同性愛者の自律的な生の実現に資することから、政府による不当な強制力の行使とはならない。むしろ、政府による婚姻関係の法的承認は、個人を「自律的な存在」として尊重することにもなると言えるだろう[167]。婚姻制度を廃止して人々を耐えがたいほどの数の選択肢の前に直面させるよりも、人々が消極的・間接的に選択し得る環境を整備することもまた、市民の自律的な生に対して義務を負う政府の役割なのである。

4 小　括

以上、婚姻制度特権化論に対する二つの応答を要約すると以下のようになる。第一に、人々が様々な善き生の構想を抱くとしても、婚姻制度を支持する十分な「公共的理由」が存在するのであれば、政府が単婚に基づく婚姻制度を維持することは正当化可能である。第二に、政府による婚姻制度の設営は、それが市民の自律的な生の実現に資する限りで、

多くのリベラリズムが重視する「個人の自律」の観念と何ら矛盾するものではない。これら二つの応答を踏まえるならば、「婚姻」の重要性に着目して、同性婚の憲法的保護の必要性を理由付けることは、婚姻制度特権化論が危惧するほど不当なものではないと言えるだろう。「対等な尊厳」の射程が「婚姻家族」の枠内に留まるとする本稿の解釈は、婚姻制度特権化論が唱えられる現在においてもなお、その批判に耐え得るものであると思われる。

第二款　同性婚保護と複婚禁止の公共的正当化

1　同性婚の言説とその公共性——「共感性」から「理性」へ

雑駁ではあるが、前款における婚姻制度特権化論に対する応答によって、ある程度、「婚姻の自由」の重要性に依拠した同性婚保護の立論の有効性が示されたように思われる。しかし、なお問題は残されている。Yoshino は、「自由基底的な尊厳」の主張に基づく同性婚の承認の方が、「平等基底的な尊厳」の主張に基づく立論よりも、最高裁判事を含め、多くの者の共感的理解が得られ易いことを指摘していた[168]。つまり、「自由基底的な尊厳」の主張は、その主張が獲得しようとする価値が、多数派が支持する既存の価値との偏差が小さいが故に、多数派にとって受け入れやすい主張なのである。例えば、以下の二つの同性婚擁護の主張をその例として挙げている[169]。

(一)異性愛者が婚姻する権利を有し、同性愛者が異性愛者と対等であるが故に、同性愛者は婚姻する権利を有しているはずだ。
(二)すべての大人は愛する人と婚姻する権利を有しているはずだ。

Yoshino は、同性婚擁護の著名な運動家たちが、(一)の「平等の主張」ではなく、(二)の「自由の主張」に依拠してきたことを指摘する。すなわち、彼らは、(一)の「婚姻平等の権利（the right to "marriage equality"）」や「同性婚の権利（"right

to gay marriage”）」ではなく、むしろ、「婚姻する権利（the "right to marry”）」を主張してきたという。Yosino によれば、このような同性婚擁護派の戦略的主張こそ、同性婚の承認要求が獲得しようとする事柄を多くの者に適切に理解させることに資するという。

しかし、同性婚の憲法的保護の立論は、多くの者からの共感が得られ易いというプラグマティックな考慮にのみ基づく判断なのであろうか。このような判断は、「自由基底的な尊厳」という Yoshino 自身が依拠する「自由」権解釈の理論的基層を根底から掘り崩しかねない危険性があるように思われる[170]。確かに、同性婚に関するプラグマティックな言説は、「共同体間に共有された背景的な価値を利用」しつつ、「共同体内の争いの場合と同様に、道徳的な対話によって対立の解消を図ることを可能にする」点で、同性婚の承認が特定の家族形態の特権化を招くとする「リベラルな言説」や、共同体的価値観にのみ依拠して同性婚を否定的に評価する「保守の言説」よりも実践的に優れていると言えるだろう[171]。しかし、価値観が異なる者の間での「対話」を可能にするために、既存の価値を出発点にすることが訴訟戦略として有効であったとしても、その出発点に置く既存の価値それ自体が理に適っている（reasonable）ことを保証するわけではない。重要なのは、その対話によって、「現在価値が認められている異性婚やその他のプラクティスにそもそも価値が認められている理由を探求し、それらの理由が同性婚にもあてはまることを示す」[172]ことである。婚姻関係が異性間か同性間かに関係なく、婚姻制度それ自体が重要であることの「公共的理由（public *reason*）」を探求することを通じて婚姻制度を正当化するという作業は、婚姻制度特権化論への第一の応答で紹介した「公共的正当化」というリベラリズムの議論枠組に他ならない。

それでは、婚姻制度を維持する「公共的理由」とは何であろうか。この点に関して、Macedo は、同性愛者間にも「婚姻」が認められるべき「理由」として、以下の二点を挙げていた。第一に、二人の人が交わす婚姻の誓約（marital commitment）に公的承認を与えることが、配偶者間の人格的関係の安定化に資するということ、第二に、婚姻法による

均衡のとれた権利義務関係の設定が、当該誓約と婚姻関係を安定化させ、結果的に、婚姻カップルやその子供たち、延いては、社会にとっての利益にもなるということであった[173]。仮に同性婚の擁護派がこれら二つの「理由」に依拠して自らの主張を構成し、裁判所もこれらの「理由」に基づく主張を正当な事実に基づくものとして認定し得るのであれば、裁判所は、同性間の婚姻を認めない州法を違憲と判断する前提条件を満たしているということになるだろう。

もっとも、Macedo が挙げる上述の二つの「理由」は、異性間の婚姻に固有のものであって、同性間に婚姻制度を拡張する理由にはならない、との反論があることは容易に想定できる。例えば、自然生殖の可能性のある異性カップルであるからこそ、彼らの婚姻の誓約に公的承認を与えることに公的な意義があるのだとの主張が、同性婚反対派からしばしばなされてきた[174]。つまり、夫婦と子からなる家族形態（「婚姻家族」）を支援し安定化させることが、結果的に、社会の担い手たる将来世代を持続的に形成することに貢献し、社会全体の利益に繋がるからこそ、国家は婚姻制度を通じて異性間の関係に公的な承認を与えてきたのだと説かれる[175]。Roberts 長官をはじめとする Obergefell 判決反対意見が同性婚を「婚姻」として認めないことの「理由」は、婚姻制度の公共的な価値が「将来世代の持続的な形成」にあると考えていたからであろう。ここに、婚姻制度が重要であることのもう一つの「理由」として、「将来世代の持続的な形成」という公共的な価値が浮かび上がってくる。

以上を整理するならば、「同性婚の言説」が出発点に置くべき「公共的理由」は、以下の三つである。第一に、同性同士の婚姻の誓約に公的承認を与えることが、彼らの人格的関係の安定化に資するということ、第二に、婚姻法のもとでの公的承認が、婚姻カップルやその子供たち、延いては、社会にとっての利益にもなるということ、第三に、同性カップルも、将来世代の持続的な形成の担い手になり得るということである。もっとも、第二点は、第一点（「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」）と第三点（「将来世代の持続的な形成」）に重複する部分が多く、これらの二つの公共的な価値を保護することで結果的に確保される利益に他ならないから、以下では議論の見通しを良くするために、同性

間に婚姻制度が拡張されるべき「理由」を第一点と第三点に限定して検討を進めていくことにしたい。[176]「婚姻の自由」の重要性に依拠した同性婚保護の立論は、これらの二つの「理由」が「同性婚にもあてはまることを示す」ことに成功した場合にのみ、裁判所による同性間への婚姻制度の拡張を正当化することが可能となる。

2　同性婚保護の公共的正当化

同性間への婚姻制度の拡張を正当化するためには、異性間の婚姻制度を支持する「公共的理由」が、同性間の親密な関係にも同様にあてはまることを示す必要がある。この点、Obergefell 判決法廷意見は、婚姻が合衆国憲法のもとで基本的重要性を有することの「諸理由（the reasons）」として、以下の考慮すべき「四つの原理と伝統」を挙げていた。[177]すなわち、その四つの「理由」とは、婚姻に関する人格的選択の権利が個人の自律の概念に固有のものであること（①）、婚姻が二人組の結合の間でなされる相互誓約を支えるものであること（②）、婚姻が子どもや家族を保護する重要な手段であり、特に、子の最善の利益に対して永続的で持続的な重要性を有していること（③）、そして、相互に助け合うことを誓い合ったカップルに婚姻に伴う象徴的承認と諸利益を与えることで、政府が、婚姻を様々な社会秩序や法秩序の基礎としてきたということ（④）である。[178]これらを先述の「公共的理由」にあてはめるならば、①と②は、「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」という価値に、③は、「将来世代の持続的な形成」という価値に、それぞれ分類することができる。④は、政府が婚姻制度を様々な社会秩序や法秩序の中心に置くことで、婚姻に伴う上述の二つの公共的価値（「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」及び「将来世代の持続的な形成」）の促進に貢献してきたという経験的事実に依存する事柄であるから、同性婚の承認を正当化する「公共的理由」としては、上述の二点が同性間にあてはまることを指摘するので十分であろう。

それでは、実際に、これらの二つの「公共的理由」は、同性間に婚姻制度を拡張することの正当化根拠となり得るの

だろうか。まず、婚姻の誓約の重みが、その関係が異性間か同性間かで異なるとは一概には言えないだろう。したがって、「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」という価値は、同性間の関係にも同様に重要なものであると言える。やはり、同性間に婚姻制度を拡張することを認めるべきか否かの判断の分水嶺は、同性カップルが、異性カップルと同様に「将来世代の持続的な形成」の担い手たり得るか否かという点にあると思われる。

Obergefell 判決法廷意見は、この論点の重要性を明確に認識していた。第一章でも指摘したように、法廷意見は、婚姻する権利の核心的前提にあるのは、婚姻した親のもとで子どもを産むことではなく、婚姻した親によって子どもが育てられることであると述べていた。このような事実を前提に、法廷意見は、現に同性カップルの多くが子どもの養教育の担い手となっているにもかかわらず、同性カップルを婚姻制度から排除することは、婚姻する権利の核心的前提に反するどころか、結果的に、同性カップルの子どもの尊厳を毀損することにもなると判断していたのである[179]。ここに、同性カップルを「将来世代の持続的な形成」の担い手たり得ることを証明しようとする法廷意見の意図が垣間見える。

ここで重要なのは、同性カップルによる子の養教育という事実が、単なる社会的事実としてではなく、同性婚の承認を州政府に義務付ける、ある種の立法事実として認識されていることである。

> 「大部分の州が、個人としてもカップルとしても、ゲイやレズビアンに養子縁組を結ぶことを認めてきたのであり、多くの養子及び里子が同性の親を有している。このことは、〔同性愛者に養子縁組や里子制度の利用を認める〕法それ自体から、ゲイやレズビアンが愛情にあふれ、支え合う家族を創り出すことができることの強力な確証を与える[180]」。

つまり、法廷意見は、現に妥当する家族法秩序の「法それ自体」から、同性カップルも異性カップルと同様に「将来世代の持続的な形成」の担い手になり得るという確証を導き出し、この確証に基づいて、憲法上の「婚姻」概念を同性カ

ップルに拡張したのであった。

実際、Obergefell 判決が下されるまでに、多くの州が、同性カップルに養子縁組制度や生殖補助医療制度の利用を認めていたのは事実である。これによって、本来自然生殖があり得ない同性カップルも子を持つことが可能となり、その結果、法的親子関係の承認の基準が、親子間の「血縁関係」や「分娩の事実」といった要素から、子を持ち育てたいという親の「意思（intent）」や「機能（function）」という要素を重視するものへと徐々に変化していったことが指摘されている[181]。同性間に婚姻の自由を承認すべきだとする法廷意見の判断の背景に、このような家族法上の「親子」概念の変化に対する認識があったことは無視すべきではないだろう。つまり、同性カップルが築く家族形態は、「性的指向性」の違いを除けば、異性カップルが築くそれと限りなく類似するものなのである。

こうして、異性間と同性間の関係の間に残された差異は、両者の「性的指向性」の違いのみである。裏を返せば、異性間と同性間の家族関係の類似性は、同性カップルが婚姻制度の前提となる二つの公共的価値（「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」と「将来世代の持続的な形成」）の担い手となり得ることの証左となる。それにもかかわらず、「性的指向性」の違いという対照性のみを強調して、同性間に婚姻制度へのアクセスを認めないことは、理に適っていて公正な判断とは言い難い。つまるところ、同性婚の承認要求が既存の婚姻制度へのアクセスの要求に留まる限り、同性間に婚姻制度を拡張する「公共的理由」は十分に存するのである。

3　複婚禁止の公共的正当化

単婚に基づく婚姻制度を支持する「公共的理由」は、複婚の法的禁止を正当化する「公共的理由」としてもまた機能する。Roberts 長官は、その反対意見のなかで、法廷意見の理由付けでは、「対等な尊厳」の効力が複婚の承認要求にも同等に及び得る可能性を否定できないと述べていたが[182]、本稿が支持する公共的正当化の議論枠組は、この批判にもま

た応えるものである。「公共的理由」に基づく複婚禁止の正当化は、「対等な尊厳」の射程が「婚姻家族」の枠内に留まるとする本稿の解釈のより強力な裏付けとなるだろう。

以下の引用が示すように、法廷意見の理由付けに対する Roberts 長官の批判は、その多くが、法廷意見が「自律」「尊厳」「スティグマ」といった憲法典に存在しない抽象的な概念を用いて同性間の婚姻の自由を承認すべきだという理由付けを行った点に向けられていた。

> 「『婚姻することを望む二人の男性または二人の女性の間の絆と、そのような重大な選択をなす彼らの自律に尊厳が宿る』というのであれば、なぜ、自律的であろうとするなかで、婚姻するという重大な選択をなすことを求める三人の人々の間の絆に宿る尊厳は、それに少しでも劣るものといえるのだろうか。同性カップルが婚姻する憲法上の権利を持つことができなければ、彼らの子どもが『彼らの家族が幾分か劣った家族であることを知るというスティグマに苛まれる』ことになるという理由で、同性カップルが婚姻する憲法上の権利を有するというのであれば、なぜ、同様の理由付けが、子どもを養っている三人またはそれ以上の人々に適用されないというのだろうか。婚姻する機会を有していないことが、ゲイやレズビアンのカップルを『軽蔑し服従させることに加担する』というのであれば、なぜ、同じく『このような障害を課すこと』が、複婚関係を実現したいと思う人々を軽蔑し服従させることに加担することにならないというのだろうか」[183]。

この執拗なまでに徹底した批判から確認できることは、「自律」「尊厳」「スティグマ」といった言葉それ自体が、憲法が保護すべき「婚姻」や「家族」の範囲を指定するわけではないということである。この限りで、法廷意見の理由付けが不明確であるとする Roberts 長官の批判は、至極真っ当なものであろう。法廷意見は、これらの概念に照らして、なぜ「婚姻」の定義の構成要素として、「男女という要素（the man-woman element）」が維持され得ないにもかかわらず、「二人組という要素（the two-person element）」が維持され得るのか、その「理由（reason）」を具体的に示しているわけ

ではない[184]。この「婚姻の自由」を如何なる理由で二人組のカップルに限定することができるかは、本章第二節のYoshino の学説を考察した際にも問題になっていた点である[185]。

ここで法廷意見を敢えて擁護するならば、法廷意見の論理に依拠したとしても、「対等な尊厳」の射程を「二人組」の婚姻関係に限定することが理に適っていると言えなければならない。法廷意見の理由付けの不明確さを指摘して、Obergefell 判決の先例としての有用性に疑問を投げ掛けることは容易い。しかし、法廷意見の論理過程を追体験するかたちで、法廷意見がその判断を下すに至った「理由」を探求することもまた学説の役割であろう。《同性間の婚姻を認めない州法は、同性カップルの尊厳を毀損するが故に違憲である》との判断が、《婚姻が合衆国憲法のもとで基本的重要性を有することの「四つの原理と伝統」》という「理由」によって支えられていたように、複婚禁止の正当化根拠もまた、これと同じ「理由」によって説明することができる。そして、この「理由」こそ、本稿が繰り返し指摘してきた婚姻制度を支持する二つの「公共的理由」に他ならない。すなわち、①「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」と②「将来世代の持続的な形成」の二つである。これらの「理由」が複婚関係に当てはまらないのであれば、「対等な尊厳」の射程を「二人組」の婚姻関係の保護に限定することもまた正当化されよう。

端的に言って、複婚の承認要求は、上述の二つの「公共的理由」のいずれも満たさない。それどころか、一部の宗教団体のポリガミーの実践に見られるように、複婚という家族形態の多くは、婚姻関係において中心的な地位を占める夫とその周縁に位置する複数の妻や子どもたちの間の非対称的な関係を前提としている。例えば、Macedo は、アメリカのモルモンのポリガミーに関する研究において、夫は追加的に新たな妻を娶（めと）る権利を有しているのに対して、妻にはそのような権利は認められていないという[186]。また、妻には実質的に離婚の自由が抑圧されているという報告[187]や、夫を他の妻たちと共有するという経験が複婚関係にある女性たちの「感情崩壊（emotional devastation）」を引き起こすという報告もなされている[188]。結果的に、このような配偶者間の非対等性が、子どもの福祉や健康に対して悪影響を及ぼすことに

なる。[189] 複婚関係のなかで育つ子どもにとって、父が生みの親である母以外の女性と親密な関係を持つことは、彼らの養教育にとって必ずしも望ましい状態とは言えないのである。複婚に関する以上の事実を考慮に入れるならば、複婚関係に公的承認を与えることは、公的制度として「婚姻」を維持するうえで踏まえなければならない上述の二つの「公共的理由」と相容れないように思われる。複婚の承認要求が如何に自己の宗教的な信念に関わるものであったとしても、その関係が一部の家族構成員に対する不平等を前提にする以上、複婚の実現という宗教的行為の重要性は、複婚関係に婚姻制度を拡張する正当な「理由」となり得ない。

このように、複婚の承認要求が本来的に不平等な家族形態の公認を求める権利だとするならば、「対等な尊厳」の観念は、単婚と複婚の家族形態の対等性というよりも、むしろ、複婚関係内における配偶者間の不平等を是正する規範として機能するものと理解すべきであろう。事実、Obergefell 判決法廷意見は、アメリカ社会における婚姻の性に基づく差別の歴史に関する叙述のなかで「男女間の対等な尊厳」という言葉に言及していた。[190] この法廷意見の論理からすれば、配偶者間の関係の非対等性を前提とする複婚関係の容認は、男女間の婚姻関係の対等性を要請する「対等な尊厳」の理念と相容れない。これとは反対に、単婚に基づく婚姻制度は、二人のパートナーの相互誓約に基づく互恵的な関係を「婚姻」として保護することを目的とすることから、複婚に比して、より平等主義的な家族形態であると言える。以上を踏まえれば、Obergefell 判決法廷意見の「対等な尊厳」の射程は、単婚型の「婚姻家族」に限定して理解すべきであるし、その概念の規範的内実は、㈠異性間と同性間の間で類似性を有する家族形態の対等な保護と、㈡婚姻関係における配偶者間の対等性の維持にあると結論付けることができるだろう。

第三款　中間総括

1　議論の総括

これまでの議論を整理すると、以下のようになる。第一に、本章第三節の Tribe の学説に関する考察で示したように、Obergefell 判決の「対等な尊厳」の観念が、憲法の構造的解釈や同判決における Barnette 判決の引用の事実から「個人」の「自由」一般や「自律」を基礎とした「尊厳」の観念であると言えたとしても、この「尊厳」の観念が、ある特定の人的結合を保護する婚姻制度の存続を直ちに否定するわけではないということである。我が国や欧米諸国の多くで採用されている単婚型の婚姻制度は、それが公共的に正当化可能な「理由」に依拠して組み立てられている限りで、「個人の尊厳」を毀損するものとは言えない。むしろ、政府が人々の協働生活の基盤となる一つの選択肢として婚姻制度を設営することは、個人の自律的な生のあり方を支援・促進するものなのである。

第二に、第一の点と関連するが、各人の共同生活の基盤として設営される婚姻制度が単婚型の婚姻であることは、複婚型の婚姻に比して、「対等な尊厳」の観念の理念的性質にヨリ適したものと言える。まずもって、配偶者間の非対等性を前提にする複婚関係を容認することは、婚姻関係における男女間の性差別の是正に起源を有する「対等な尊厳」の観念の歴史的淵源と相容れない。婚姻が崇高なものであるかはさておき、Obergefell 判決法廷意見が「婚姻の自由」を「二人組」の婚姻関係を保護するものとして語っていたことは、「対等な尊厳」の射程が「婚姻家族」の枠内に限定されることを暗に示唆しているように思われる。つまるところ、法廷意見が「対等な尊厳」という観念を引き合いに出して保護しようとしたのは、人々が自らの「性的指向性」を理由に重要な社会的制度である「婚姻」という「地位ないし身分」から排除されない権利である。合衆国憲法はこのような権利をすべての個人に認めている。

2 「尊厳」の観念と「婚姻の自由」の連関

以上が「対等な尊厳」に関する本稿の分析の到達点である。しかし、問題はまだ残されている。すなわち、《ある個人を「尊厳」ある主体として扱わなければならない》という上位命題から、《ある個人に「婚姻の自由」を保障するべきである》という下位命題が論理必然的に導き出されるのか、という問題である。長谷部恭男が指摘するように、「すべての個人に平等に尊厳が認められることは、憲法上の権利に対する制約が、すべての個人にとって同等の影響（impact）を与えるものでなければならないことを意味するわけではない」[191]。婚姻の自由を例にとると、婚姻の自由が持つ意味は、人によって異なる。ある特定の個人との親密な関係を維持していくために、国が定める完全な意味で自由な状態とは言えない婚姻関係に入る必要性は必ずしもない。また、婚姻せずとも老後まで独身で楽しく暮らし人生を全うする大人も世にはたくさんいるだろう[192]。各人にとって婚姻が持つ意味は、各人が婚姻に対して抱く感情や婚姻への固執の程度によって変化するはずである。そうである以上、すべての個人に「対等な尊厳」が認められるべきであったとしても、そのことから言えるのは、その自由に対する規制の平等な適用であって、各人の望むようなかたちでの、その自由の実現でもなければ、その自由の国家による絶対的な保障でもない。少なくとも、平等の審査を行わずに「婚姻の自由」の制約を「尊厳毀損」と評価するためには、その社会において、「婚姻の自由」が「尊厳」と分ち難く結び付いた権利であることを別途論証する必要がある。

このような「尊厳」と「権利」の区別可能性を視野に入れて、再び、Obergefell 判決の「対等な尊厳」という言葉に目を向けるならば、そこでの「尊厳」とは、「婚姻の自由」という特定の権利が保障されることで確保される、合衆国市民としての「尊厳」に他ならない。しかし、近代立憲主義のパラダイムを支えるはずの「尊厳」という観念から、特定の人間関係の社会的承認を内実とする「婚姻の自由」が論理必然的に導かれるのであろうか。「性的指向性」の相違という正当化不可能な理由に基づく同性婚の否定を問題にするのであれば、憲法典上の根拠を有する平等保護原則に言

及するだけで十分であったはずである。[193] それでもなお、法廷意見が「尊厳」という言葉に拘ったのは、そこに平等保護原則の単なる援用では埋められない何かがあったからではないだろうか。

この何かを考えるうえでの手がかりを提供しているように思われるのが、「尊厳」の観念の普遍化仮説を提唱したことで著名なJeremy Waldronである。[194] Waldronの所説によると、現代の普遍的な人権の基底にあるとされる「尊厳」の観念は、元来、「高位（noble rank）」や「顕職（high office）」など、他者と比較して高い位階にある一部の人間と結び付けられて考えられてきたものであり、現代立憲主義諸国の憲法典や世界人権宣言に見られる「人間の尊厳」の観念は、このような高い地位・身分をすべての者に拡張したものとして理解される。[195] それゆえ、現代的な意味での「尊厳」とは、「普通の人（the common man）」を「高貴なもの（noble）」としてみなすことを指す。[196] この意味で、すべての者が「尊厳」を持つ社会とは、まさに単一の種類の人間しか基本的に存在しない単一の地位・身分に基づく社会なのである。[197]

したがって、単一の地位・身分に基づく社会において「権利」保障の基底に「尊厳」を観念するということは、その社会の構成員のすべてに、その地位・身分に相応の「権利」が普く保障されなければならないことを意味する。いわゆる、「普遍的な権利」の保障である。[198] このようにして、Waldronによって「地位」として言い換えられるところの「尊厳」とは、単なる「権利」の媒介項ではなく、定められた一連の「権利」を構成するものである。[199] もっとも、具体的に「尊厳」によって構成される「権利」が何であるかは、法域や法文化によって異なるだろう。Waldronは、「尊厳」の観念から如何なる特定の権利が導き出されるのかについて、上記の所説で具体的に述べているわけではない。

むしろ、Waldronの関心は、「権利」を保障する法のシステムそれ自体にある。「尊厳と結び付いた特定の権利を進んで認めるか否かについては法域による違いがあるとしても、およそ権利というものの形式と構造それ自体は、権利保持者の尊厳という観念を表現する」。[200] 「権利が法の中にあまねく存在する限り、その権利を主張する者が引き出す資格のある承認と尊重は、尊厳に対する法のコミットメントというよく知られている局面へと至るであろう」。[201] このような

「尊厳」と「権利」の関係に関する Waldron の見立てが正しいと言えるのであれば、個人に「権利」を保障する法システム存在それ自体が、既に、その法システムの中で生きる者の「尊厳」を保障しているということになる。このような見立ては、「尊厳」と「婚姻の自由」を論理必然的に結びつける Obergefell 判決の法廷意見の立論とそれほど距離のあるものとも思われない[202]。

これより更に一歩踏み込んで、「尊厳」概念の理解として、法廷意見の尊厳観と Waldron の尊厳観のいずれがヨリ適切であるかを筆者はここで安易に答えることができない。もっとも、「対等な尊厳」という観念を援用して同性婚を保護した法廷意見の狙いが、一部の州による同性婚の否認を要保護性の高い被差別者集団に対する差別の問題として構成するより、彼らに否定されている「婚姻の自由」が、すべての合衆国市民に認められるべき「普遍的な権利」であることを強調することでこそ、彼らの市民としての対等な地位が確保されると考えたのは確かであろう[203]。つまり、平等保護条項の単なる援用では埋められない何かとは、すべての合衆国市民に認められるべき「普遍的な権利」を享受する対等な地位に他ならない。《婚姻制度を異性間のみならず同性間にも拡張して設定する義務が立法者にある》という命題を導くためには、《「婚姻の自由」は、「対等な尊厳」、すなわち、「合衆国市民としての対等な地位」に付随する権利である》という命題を展開しなければならなかったのである。Obergefell 判決のアナロジーで、日本国憲法解釈における同性婚保護の問題を考える際には、「婚姻の自由」と「尊厳」を密接不可分なものとして捉える法廷意見のこのようなロジックに自覚的でなければならないであろう。

以上、本章では、Obergefell 判決が同性間の「婚姻の自由」を保護するにあたって援用した「対等な尊厳」という観念の意味と射程に関して考察を加えてきた。次章では、本稿を閉じるにあたって、この「対等な尊厳」の射程をめぐる議論の分析から得られた知見が日本国憲法下で同性婚の問題を考えるうえで如何ほどの意義を有するのかについて考察する。もっとも、本稿に残された紙幅の都合上、日本国憲法の解釈論において同性婚の保護の実現のために必要な議論

のすべてをここで展開することはできない。そこで、以下では、その検討の中心を、まずもって、日本国憲法典というテクストにおいて、同性間の「婚姻の自由」は如何に位置づけられるべきなのか（第三章：第一節）、また、同性婚に関する法制度が存在しない日本の現状において、そのような状況は、同性愛者や彼らの家族に対する「尊厳毀損」を意味するのか（第三章：第二節）、この二つの論点に焦点を絞って検討を進めていくことにしたい。

（90）Laurence H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking its Name*, 129 HARV. L. REV. F. 16, 17 (2015) [hereinafter Tribe, *Equal Dignity*].

（91）Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 90, at 30 (emphasis in original).

（92）Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 90, at 17. *See also*, Laurence H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflection on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 HARV. L. REV. 1221 (1995) [hereinafter Tribe, *Taking Text and Structure Seriously*]; Laurence H. Tribe, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW*, (3d ed. 2000) [hereinafter Tribe, *American Constitutional Law 3d*]; Laurence H. Tribe, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, 117 HARV. L. REV. 1894 (2004) [hereinafter Tribe, *Lawrence v. Texas*]; Laurence H. Tribe, *The Invisible Constitution* (2008) [hereinafter Tribe, *Invisible Constitution*]. また、Tribe の憲法解釈方法論、とりわけ、彼が提唱する「憲法の構造的解釈」について、Kermit Roosevelt, *Book Review: The Individual Constitution*, Faculty Scholarship. Paper 286 (2009). 平地秀哉「ローレンス・H・トライブ」『アメリカ憲法の群像 理論家編』（尚学社、二〇一〇年）七七頁以下を参照。

（93）Tribe, *Taking Text and Structure Seriously*, *supra* note 92, at 1236. また、Tribe は、別の著作で、「見えない憲法（the invisible Constitution）」の「一定不変のアーキテクチャ」を「合衆国憲法の全体的な形状と構造を決定する枠組・様式・支え・アーチ・要石・その他基礎単位」であると定義している（Tribe, *Invisible Constitution*, *supra* note 92, at 54）。平地・前掲注（92）、八七頁も参照。

（94）Obergefell, 135 S. Ct. at 2616 (Roberts, C.J., dissenting).

（95）Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 90, at 21. 同論文では、このような憲法修正の背景となる歴史的経緯の参照を「構造的解釈」の一手法として明言しているわけではないが、それ以前の Tribe 自身による論考のなかで、条文制定時の歴史的背景を前提に、テクストの意味内容を理解することが、「最も納得のいく法的テクストとしての合衆国憲法典の読み方」であることが指摘されていた（Tribe, *Taking Text and Structure Seriously*, *supra* note 90, at 1244）。したがって、Equal Dignity 論文の時点においても、憲法修正の歴史的経緯の参照は、それが条文が前提とする憲法の「構造」や「アーキテクチャ」の性格を理解するのに資するという点で、Tribe の「構造的解釈」の一手法であると言えるだろう。See, also, Tribe, *American Constitutional Law 3d*, *supra* note 92, at 47-70.

また、本文で筆者は、「対等な尊厳」の射程を「反従属原理」を用いて説明する Yoshino の見解と「構造的解釈」を用いて説明する Tribe の見

解とを対比させるかたちで論じているが、前者の「反従属的原理」も、歴史的に従属的な地位に置かれてきた黒人に対する差別の撤廃という修正一四条の歴史的経緯から導かれる一種の「構造的解釈」であると言えるし、後者の Tribe も、かつて自説として「反従属原理」に基づく修正一四条の解釈論を展開していた（Laurence Tribe, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1515-1520 (2d ed. 1998)）。もっとも、Obergefell 判決評釈の時点において、Tribe は、「対等な尊厳」の規範的要請は、「反従属原理」が指示するところの、過去に従属的な地位に置かれてきた集団への差別の撤廃にのみあるのではなく、現在もなお継続中の基本的権利と平等の意味に関する憲法的な対話の基礎を提供するものであることを強調している。つまり、Tribe の考える「対等な尊厳」は、Yoshino 以上にヨリ広範な意義と射程を有するものなのである。このような理由で、筆者は両者の見解を異なるものとして位置付けている。

（96） Id. at 28.

（97） Id. at 21.

（98） アメリカ独立宣言の起草者である Thomas Jefferson やアメリカ合衆国初代大統領 George Washington ら、いわゆる「建国の父祖たち」が、黒人奴隷の所有者でもあったことはよく知られている。*See, e. g.*, Annette Gordon-Reed, *America's Original Sin : Slavery and the Legacy of White Supremacy*, Foreign Aff., Jan. 1, 2018, at 2. 独立宣言が想定する「平等に創られ、創造主によって一定の譲り渡すことのできない権利を賦与された」「すべての人」のなかには、黒人奴隷が含まれていないかのようである。もっとも、「建国の父祖たち」のなかには、将来的に奴隷制度を廃止する意向を示していた者もおり、それ故、合衆国憲法における奴隷制度の黙認は、合衆国憲法の起草に際して、奴隷制度の維持に固執する南部諸州からの憲法草案への支持を取り付けるための妥協の産物でもあったとされる。合衆国憲法制定時における奴隷制度をめぐる議論について、阿川尚之『憲法で読むアメリカ史（全）』（ちくま学芸文庫、二〇一三年）一一一頁以下を参照。また、「独立宣言は贖罪（redemption）の予言である」とする Jack M. Balkin も、修正一四条制定の背景に合衆国の「原罪」を看取する論者の一人であろう（江藤祥平「書評」国家学会雑誌一二四巻一一号・一一七号（二〇一一年）九七〇頁を参照）。

（99） James Q. Whitman, *On Nazi 'Honour' and the New European 'Dignity'*, IN DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE 244 (Christian Joerges & Navraj Singh Ghaleigh eds., 2003) [hereinafter Whitman, *On Nazi 'Honour'*] (emphasis in original). Whitman の「尊厳」に関する研究については、蟻川恒正『尊厳と身分』（岩波書店、二〇一六年）三頁以下も参照。

（100） Id. at 265 (emphasis added).

（101） Id. at 243-245, 265-266.

（102） 蟻川・前掲注（99）、九頁、一五頁。同一五頁において、蟻川は、Whitman の「尊厳」に関する分析の「自然な帰結」として、「『尊厳』が『高い身分』ないし『公職』と不可分に結びついた歴史を有するのは排他的にヨーロッパ大陸においてであって、この歴史段階を自国史に持たないアメリカには普遍化（『人口の全ての部門に拡張』）されるべき『尊厳』の観念がそもそも存せず、したがって、『尊厳』の観念の普遍化という命題

を一般命題化（ヨーロッパ大陸を離れて適用）することは歴史学的誤謬を犯すものである」との見解が導かれるとする。しかし、本稿筆者は、本文でも後述のとおり、「尊厳」の観念を「人口の全ての部門」、すなわち、「すべての『ドイツ人』」に拡張するためにナチ・ドイツが行った人種差別主義的な諸立法の多くが、部分的に、アメリカ合衆国の人種法に負うものであったとの近時の Whitman 自身の指摘を踏まえると、必ずしも、Whitman 自身が、「『尊厳』の観念の普遍化という命題を一般命題化」することを「歴史学的誤謬」とまで強く非難するものとは思わない。Whitman は、あくまで、「尊厳」の「人口の全ての部門」に対する拡張を「ナチズムに対する反動」としてのみ理解することに注意を促しているのであって、「現代の尊厳の法理のパースペクティブから接近していくと、尊厳が反ナチの尊厳（anti-Nazi dignity）を意味するのは真である」とも述べている（Whitman, *On Nazi 'Honour'*, *supra* note 99, at 266）。「尊厳」を「ナチズムに対する反動」としてのみ理解してはならないとの指摘は、まずもって、「名誉」の規範、または、「尊厳」の観念が「人口の全ての部門」に拡張されるにあたって、ナチ・ドイツが果たした歴史的な業績があることを見落としてならないということに注意を促すことにあったように思われる。

（103）James Q. Whitman, *HITLER'S AMERICAN MODEL: THE UNITED STATES AND THE MAKING OF NAZI RACE LAW* (2017)（西川美樹訳『ヒトラーのモデルはアメリカだった――法システムによる「純潔の追求」』（みすず書房、二〇一八年））[hereinafter Whitman, *Hitler's American Model*].

（104）Whitman, *Hitler's American Model*, *supra* note 103, at 2, 140-142（『ヒトラーのモデルはアメリカだった』一〇頁、一五三－一五五頁）. *See, also*., Whitman, *On Nazi 'Honour'*, *supra* note 99, at 265-266（「ナチズムの最悪の恐怖は、ナチスが定義するところのすべての『ドイツ人』の尊厳に関する法の創出とまったく矛盾しない。『ドイツ人』が余すところなく高い身分の人であるとするには、低い身分の者、それどころか実際には、極めて低い身分の者から成る新たな階級を定義するという犠牲を払わなければならなかった」）.

（105）Whitman, *Hitler's American Model*, *supra* note 103, at 12-13（『ヒトラーのモデルはアメリカだった』二一頁（訳は一部変更））.

（106）Id. at 2（『ヒトラーのモデルはアメリカだった』一〇頁）.

（107）Id. at 142（『ヒトラーのモデルはアメリカだった』一五六頁）.

（108）Id. at 140-141（『ヒトラーのモデルはアメリカだった』一五三－一五四頁）.

（109）527 U.S. 706 (1999).

（110）133 S. Ct. 2675 (2013).

（111）もっとも、Windsor 判決で、法廷意見は「このような州の権限に対する連邦政府の介入が、連邦制における連邦と州の均衡を乱すという理由で、その介入が憲法違反であるか否かを判断する必要はない。連邦主義の原理とは異なる理由で、婚姻関係を定義する州の権限が本件の議論の中心になる」とも述べている（Id. at 2692）。連邦主義という統治の構造原理を前提とせずに、なぜ州の権限に対する連邦政府の介入が問題となり得るのか、法廷意見の記述からは容易に理解し難い。この法廷意見の立論を理解するためには、それに続く以下の印象的な行論も併せて読まなけ

ればならない。

「本件において、このような人的集団〔＝州が婚姻関係にあると定義した類型に属する人々〕に婚姻する権利を与えるという州の決定は、その集団に属する人々に、計り知れないほどの重要性を持つ尊厳と身分（dignity and status）を付与する。州が、このようなかたちで、婚姻関係を定義するという歴史的かつ本質的な権限を用いるとき、その決定をなす際の州の役割と権限は、その人々が属する共同体において、その集団の承認、尊厳、保護を高めるものであった」（Id.）。

「婚姻防衛法制定の経緯とその制定法自体のテクストは、同性間の婚姻が有する対等な尊厳、州がその主権を行使することで与えられた尊厳に対する侵害が、連邦法が有する付随的な効果以上のものであったことを示している」（Id. at 2693）〔以上、引用文中の傍点はすべて筆者〕。

以上の行論からは、《州の権限に対する連邦政府の介入》が、《州が婚姻関係にあると認定した人々の尊厳に対する侵害》へと巧みに言い換えられていることが分かる。最終的に、法廷意見が本件を修正五条のデュープロセス条項によって保護された「自由」または「法の平等な保護」の問題だと構成し得たのも、このような《連邦と州の間の権限分配の問題》から《個人の尊厳の問題》へと論点を移行することができると考えたからだと思われる。この限りで、Windsor 判決は、単刀直入に個人の自由と平等を問題とすべきだったとも言えなくもないが、その点に関しては、学説の中でも意見が分かれているようである。*See, e. g.*, Heather K. Gerken, Lecture, *Windsor's Mad Genius : The Interlocking Gears of Rights and Structure*, 95 B.U.L. Rev. 587, especially 592, note 26 (2015).

(112) *Alden*, 527 U.S. 715.

(113) この州の「尊厳」という観念は、一九九〇年代以降の William Rehnquist を長官とする the Rehnquist Court で、通商条項や再建権限（the Reconstruction Power）に基づく連邦議会の立法に制約を課すための論拠として頻繁に援用されてきたものである。それゆえ、学説においては、このような文脈で州の「尊厳」が語られる際、そこでの「尊厳」は、しばしば、進歩的な連邦議会の立法を抑制する保守的な観念として理解されている。また、ここでの「尊厳」が、すべての州の対等な処遇を連邦議会に求め、また、諸州を別異に取扱う場合に、その強力な正当化根拠を有していることを連邦議会に義務付けることから、諸州の「対等な尊厳」とも称される。*See*, Joseph Fishkin, *The Dignity of the South*, 123 Yale L.J. Online 176, 187 (2013).

(114) Tribe, *Equal Dignity, supra* note 90, at 22.「権力的制度体（powerful institution）」の訳語は、山本・前掲注(64)、一三四頁を参考にした。

(115) Id. at 21–22.

(116) Id. at 28–29 (emphasis in original).

（117） Id. at 29（「連邦や州の裁判官を含めた国中の人々は、〔Windsor 判決の後〕急速に、Kennedy 判事が対等な尊厳を最初にその中に位置づけたところの連邦主義の枠組みによっては、対等な尊厳が永久的に抑制され得ないということを認識するようになった」）.

（118） Obergefell 判決において反対意見を執筆した Roberts 長官や Scalia 判事などの保守派判事らの見解のなかには、このような連邦主義理解が色濃く表れている。

（119） *See*, Fishkin, *supra* note 113, at 185.

（120） 修正一四条の成立が、アメリカ合衆国憲法を「統治の法、客観法としての憲法」から、「権利の法としての憲法」へと変化させる転機となったことを、アメリカ憲法史の観点から的確に指摘するものとして、清水潤「コモン・ロー、憲法、自由——一九世紀後期アメリカ法理論と Lochner 判決——(2)」中央ロー・ジャーナル第一四巻第二号（二〇一七年）一〇三頁以下を参照。

（121） 修正一三条第二節、修正一四条第五節、修正一五条第二節をそれぞれ参照（「合衆国議会は、適切な立法により、本条を執行する権限を有する」（高橋和之編『新版 世界憲法集 第二版』（岩波文庫、二〇一二年）八一－八四頁〔土井真一訳〕））。

（122） *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2608.

（123） Murray, *supra* note 89, at 1210.

（124） Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 90, at 30.

（125） Id. at 30 (emphasis in original).

（126） 319 U.S. 624 (1943).

（127） Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 90, at 26.

（128） 蟻川恒正『憲法的思惟——アメリカ憲法における「自然」と「知識」』（岩波書店、二〇一六年）。

（129） 蟻川・前掲注（128）、特に「第二章 差異と非区別」七三頁以下を参照。Barnette 判決が普遍的な「個人」を折出するために訴訟当事者の属性である「エホヴアの証人」という実体性を削ぎ落としていたことに関しては、近代立憲主義を化石化するものであるとの江藤祥平による批判がある（江藤祥平『近代立憲主義と他者』（岩波書店、二〇一八年）四〇頁）。江藤によると、近代立憲主義を駆動させるための活力の源泉が宗教をはじめとする「象徴的世界」にあるにもかかわらず、それを捨象してしまった点に Barnette 判決の限界があるという（六〇－六七頁）。このことが、同判決における「他者の不在」を意味するという。本文でも後述するように、仮に Obergefell 判決が Barnette 判決と同様に普遍的な「個人」の「自由」一般を思考していたと解するならば、「他者の不在」を論難する江藤の批判に正面から向き合わなければならないだろう。

（130） 蟻川・前掲注（128）、三一五－三一六頁を参照。

（131） 蟻川・前掲注（128）、九一－九二頁を参照。

（132） Tribe, *Equal Dignity*, *supra* note 90, at 26.

(133) Id. at 30.

(134) Id. at 31–32.

(135) 法律婚制度に対しては、しばしば政治哲学・法哲学の立場から婚姻を特権化するものであるとの批判が加えられてきた。英米の政治哲学・法哲学におけるその代表的なものとして、Martha A. Fineman, *The Autonomy Myth: A Theory Of Dependency* (2004)（穐田信子・速水葉子訳『ケアの絆――自律神話を超えて』（岩波書店、二〇〇九年））; Tamara Metz, *Untying The Knot: Marriage, The State, And The Case For Their Divorce* (2010) [hereinafter: Metz, *Untying the Knot*]; Elizabeth Brake, *Minimizing Marriage: Marriage, Morality, And The Law* (2012) [hereinafter: Brake, *Minimizing Marriage*] がある。日本において、正義論の観点から婚姻制度の廃止を主張するものとして、野崎綾子『正義・家族・法の構造転換――リベラル・フェミニズムの再定位』（勁草書房、二〇〇三年）、森悠一郎「関係の対等性と正義――平等主義的リベラリズムの再定位（四）」法学協会雑誌一三三巻第一一号（二〇一六年）八二－八六頁、松田和樹「同性婚か？あるいは婚姻制度廃止か？――正義と承認をめぐるアポリア―」国家学会雑誌一三一巻五・六号（二〇一八年）一頁以下を参照。とりわけ、松田と筆者は、以下本文で採り上げる Stephen Macedo の見解に対して、対照的な評価を下している。

(136) もっとも、樋口陽一は、「個人の尊厳」を明記した日本国憲法二四条に関して、「家族の問題について『個人』を徹底的につらぬこうとすれば」、それが「家族解体の論理をも含意したもの」であることを指摘していた（樋口陽一『憲法〔第三版〕』（創文社、二〇〇七年）二七八頁）。また、この「個人の尊厳」原理が持つ家族解体の論理を解釈論として突き詰めた学説として、安念潤司「家族形成と自己決定」岩村正彦ほか編『岩波講座　現代の法14　自己決定権と法』（岩波書店、一九九八年）一三五頁以下、同「『人間の尊厳』と家族のあり方――『契約的家族観』再論」ジュリスト一二二二号（二〇〇二年）二一頁以下がある。

(137) Yoshino の「反従属的自由」論は、この立場にコミットするものであろう。その他、婚姻制度を John Rawls の政治的リベラリズムの観点から擁護するものとして、Carlos A. Ball, *The Morality Of Gay Rights: An Exploration In Political Philosophy* (2003); Macedo, *Just Married*, *supra* note 63; 金野美奈子『ロールズと自由な社会のジェンダー――共生への対話』（勁草書房、二〇一六年）一七八頁以下、同「オルタナティブな婚姻の制度的包摂――別氏婚・同性婚をめぐる公共的理性」東京女子大学社会学年報第四号（二〇一六年）一三頁以下がある。

(138) 拙稿「同性婚の憲法的保護の可能性（一）」法学論叢一八三巻一号（二〇一八年）一〇八頁。

(139) 筆者の立場が、このような「平等（権）」に基づくアプローチと異なることは、拙稿・前掲注(138)、九六－九七頁で指摘したところであり、この点に関しては、Yoshino も筆者と同様の立場に立つと思われる（同上、一一八－一二一頁）。

(140) 善き生の構想に関する各人の自律的な判断の尊重を重視する思想伝統こそ、リベラリズムである。このようなリベラリズムが前提とする「善に対する正の優先性（the primary of justice over the good）」というテーゼは、「善き生の追求よりも正義の実現の方が重要であるという思想ではなく、人々にとって善き生の追求があまりに重要な問題であるがゆえに、国家は善き生を志向する人々の自律的探究を、従ってまた善き生の解釈

の多元的分化を尊重し、多様な善き生の探求を可能にする基盤的条件としての正義の実現を自己の任務とすべきであるという理念に立脚する」ものと解釈されなければならないという。井上達夫『他者への自由』（創文社、一九九九年）一二頁を参照。

(141) Macedo, *Just Married*, *supra* note 63, at 8-12,210-211. *See, also,* Stephen Macedo, *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism* (1990)（小川仁志訳『リベラルな徳——公共哲学としてのリベラリズム』（風行社、二〇一四年））[hereinafter: Macedo, *Liberal Virtues*].

(142) *See,* John Rawls, *A Theory Of Justice*, *supra* note 84, at 505（川本隆史他訳『正義論 改訂版』六六一頁）.

(143) Macedo, *Just Married*, *supra* note 63, at 34, 84; James E. Fleming & Linda C. McClain, *Ordered Liberty: Rights, Responsibilities, And Virtues* 46, 190 (2013). この立場からすれば、そもそも、リベラリズムが、倫理的に中立的な国家像を前提にしていると考えることは誤解であるという。「リベラルは、その党派性を擁護すべきであって、回避してはならない。リベラリズムが正当化される場合、それは少なくとも一部は、広く受け入れられた道理および公共的討議に基づく正当化の優越性の故であり、理性的な人々（reasonable people）は、リベラルな尊重に値する人々だからである」(Macedo, *Liberal Virtues*, *supra* note 141, at 75（『リベラルな徳』七五‐七六頁（訳は一部変更））。

(144) Metz, *Untying the Knot*, *supra* note 135, at 43; Brake, *Minimizing Marriage*, *supra* note 135, at 143; Sonu Bedi, *Beyond Race, Sex, And Sexual Orientation: Legal Equality Without Identity* ch. 6 (2013).

(145) Macedo, *Just Married*, *supra* note 63, at 83 (emphasis in original).

(146) Rawls, *PL*, *supra* note 84, Lecture. VI.

(147) *See, e. g.,* Macedo, *Liberal Virtues*, *supra* note 141, ch. 2.

(148) Rawls, *PL*, *supra* note 84, at 213-215. *See, also,* John Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, in *PL*, *supra* note 84, at 441-490（中山竜一訳「公共的理性の観念・再考」ジョン・ロールズ〔中山竜一訳〕『万民の法』（岩波書店、二〇〇六年）一九一頁以下）.

(149) Rawls, *PL*, *supra* note 84, at 223-224. むしろ、政治的構想の「探求のガイドライン」なしでは、「「基礎構造に対する」正義の実体的原理は適用できず、それによって、その政治的構想は不完全で脆弱なものとなる」(Id)。

(150) 一連の同性愛・同性婚訴訟の背景には、「家族の価値（family values）」をめぐるＬＧＢＴ解放運動と宗教右派の反対運動の熾烈な政治的対立が存在する。この点に関しては、小泉明子「家族の価値（family values）とはなにか㈠㈡」法学論叢一七〇巻一号（二〇一一年）六二頁以下、二号（二〇一一年）六五頁以下、同「婚姻のポリティクス㈠㈡」民商法雑誌一三七巻二号（二〇〇七年）二七頁以下、三号（二〇〇七年）三四頁以下が詳しい。

(151) 「公共的正当化」というリベラルな議論枠組は、公共的討議から各人の包括的な諸教説に基づく主張を完全に排除するわけではない。そうではなく、その主張を自己とは異なる世界観を抱く他者にも理解可能なかたちで理由付けることを求めているのである。「公共的正当化とは、公共的

視点からだけでなく、われわれの包括的な見解の内部から、すべての手が、われわれが理に適った主張および妥協とであるとみなすものによって部分的に決定される建設的交渉のプロセスである」(Macedo, *Liberal Virtues*, *supra* note 141, at 63(『リベラルな徳』七四頁(訳は一部変更))。

もっとも、Rawls が自ら指摘するように、公共的討議に制約を課す「公共的理性」の解釈には二通りの考え方がある。ひとつが、包括的諸教説によって支えられた理性を決して公共的理性として提示してはならないとする「排除的見解(exclusive view)」であり、もうひとつが、一定の状況下で、市民が、公共的理性の理想を強化するようなかたちで、包括的諸教説に由来する政治的価値の基礎とみなすものを提示することを許容する「包摂的見解(inclusive view)」である(Rawls, *PL*, *supra* note 84, at 247)。上述の Macedo の「公共的理性」は、後者の包括的見解に依拠するものであると思われる。

(152) Macedo, *Liberal Virtues*, *supra* note 141, at 69(『リベラルな徳』七〇頁(訳は一部変更))。

(153) Macedo, *Just Married*, *supra* note 63, at 91–92.

(154) Id. at 91.

(155) Id. at 91–92, 105–108, 136–138.

(156) Id. at 136–138.

(157) 婚姻制度を廃止してヨリ包括的な「ケア関係」のもとで制度設計を行うべきだと主張する論者として、前掲注(135)で触れた Martha A. Fineman や Tamara Metz などが挙げられている。*See*, Id. at 7-8, 131–138.

(158) Id. at 8-9, 135, 138. Macedo は、単婚型の婚姻制度(monogamous marriage)が、リベラルな民主政の核心的価値を促進することを強調する。すなわち、単婚制(monogamy)は、性的役割の対等性(gender equality)やすべての市民が婚姻や家庭生活に伴う重大な善を追求する公正な機会を含む、リベラルな民主的市民に関係する基本的な諸利益を確保するが故に、その他の社会的形態と比較して優れた形態であるという(Id. at 9, 84)。また、Macedo に言わせれば、単婚制は、二人の配偶者間の関係の対等性を前提にすることから、「構造的に平等主義的な(structurally egalitarian)」制度でもある(Id. at 187)。このように、単婚制が、一応は、リベラルな民主政の理念に合致する制度であると言える以上、婚姻外の生活共同体を保護するために、婚姻制度を廃止してより包括的な制度設計を行うべきだとする政策が、婚姻制度を維持しつつ、追加的に婚姻外の生活共同体の保護を図る政策よりも、リベラルな民主政の理念からして必ずしも望ましい政策であるとは言えないのである。

(159) Joseph Raz, *The Morality Of Freedom* (1986) [hereinafter Raz, *MF*]; Joseph Raz, *Ethics In The Public Domain: Essays In The Morality Of Law And Politics* (rev. ed. 1995). *See, also*, Carlos A. Ball, *Moral Foundations for a Discourse on Same-Sex Marriage: Looking Beyond Political Liberalism*, 85 Geo. L.J. 1871 [hereinafter Ball, *Moral Foundations*].

(160) Raz の卓越主義的リベラリズムに関する整理として、Ball, *Moral Foundation*, *supra* note 159, at 1920–1930;小泉良幸『リベラルな共同体――ドゥオーキンの政治・道徳理論』(勁草書房、二〇〇二年)一六一頁以下、同『個人としての尊重――『われら国民のゆくえ』(勁草書房、二〇一

六年）七六－八四頁、濱真一郎「自律への権利は存在するのか」法律時報七五巻八号（二〇〇三年）六頁以下、同『バーリンの自由論——多元論的リベラリズムの系譜』（勁草書房、二〇〇八年）一〇八－一三〇頁を参照。

（161） Raz, *MF*, *supra* note 159, at 369（「自律的な個人は、自らの人生の（部分的な）作者である。個人の自律の理想は、ある程度、自らの運命を統制し、その生の過程を通じた一連の決定によって、自らの運命を形作る人間像にある」）. Raz にとって、「自らの人生の（部分的な）作者である」という観点は、「自律」の意味の一部を構成するに過ぎない。「自律」は、この第一の意味に加えて、「自律の第二の意味によれば、自律的な生の諸条件が確立しているのであれば、人は自律的である」（Id. at 204）。政府は、市民に対して、彼らが自律的な生を送るために利用できる十分な数の選択肢を提供する義務を負っている。

（162） Id. at 415-418.「政府には、個人に、選択肢の適度な範囲とその選択を選ぶ諸々の機会を提供する環境を創造する義務がある。その義務は、価値ある人格的な生を送る人々の利益に由来する。その義務の不履行は、その義務が利益を付与しようとする者に危害を与える。それ故に、その義務の履行は、危害原理と矛盾しない」（Id. at 417-418）。

（163） Id. at 408.

（164） Id. at 417.

（165） Id. at 205-206.

（166） Id. 訳出にあたっては、Joseph Raz, *Right-based Morality*, *in* THEORIES OF RIGHTS 192-193 (Jeremy Waldron ed, 1984)（宇佐美誠訳「権利を基底におく道徳」森際康友編『自由と権利——政治哲学論集』二〇－二二頁）も参照。

（167） Carlos A. Ball は、Raz の同性婚に関する肯定的な評価を受けて、同性婚承認のためのヨリ積極的な主張を展開している。「もし同性婚が自律的な生の実現のために必要な受容可能な選択肢の範囲内にあるのであれば、州は、ある特定の道徳的な善（moral good）、すなわち、自律的な生の送り方（the living of an autonomous life）を奨励し促進する一手段として、同性婚を承認すべきである」（Ball, *Moral Foundations*, *supra* note 159, at 1930）。確かに、Raz は、市民の自律的な生の条件を確保するために、政府は、市民に対する「自律基底的な義務」を負っていると述べていた。しかし、著作の別の箇所では、近年の婚姻をめぐる変化および傾向や、同性愛者の家族が社会に定着しているという事実は、「よく知られた異性間の単婚家族に新たな選択肢を付け加えることの裏付けとはならないであろう」とも述べている（Raz, *MF*, *supra* note 159, at 393）。卓越主義的リベラリズムの観点から同性婚の承認要求を基礎づけようとする Ball の主張は魅力的ではあるものの、Raz 自身は、政府が負う「自律基底的な義務」から同性間への婚姻制度の拡張要請が導き得るかに関して、アンビバレントな態度をとっているように思われる。

（168） Yoshino, *New Equal Protection*, *supra* note 76, at 793-794.

（169） Id (quoting: FREEDOM TO MARRY, http://www.freedomtomarry.org (website of Freedom to Marry Action Center, a flagship organization committed to securing the freedom to marry for same-sex couples)（最終閲覧日：二〇一八年三月二一日）.

(170) ここで Yoshino が指摘する「自由」の共感的理解（共感性）は、Richard Rorty が政治的レトリックとして用いる「連帯」の概念と同じ響きを有しているように思われる。Rorty は以下のように主張する。例えば、私たちがアメリカ人であれば、同じアメリカ人が被っている「苦痛や辱め（pain and humiliation）」の方に、「マニラやダカールのスラム」におけるそれよりも、より大きな関心をいだく。というのも、「私たちの連帯の感覚が最も強くなるのは、連帯がその人たちに向けて表明される人々が『我々の一員（"one of us"）』と考えられるとき」であり、「この場合の『われわれ（"us"）』は、人類よりも小さく、それよりもローカルなものを意味する」からである。See, Richard Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity* 191–192 (1989)（齋藤純一・山岡龍一・大川正彦訳『偶然性・アイロニー・連帯』（岩波書店、二〇〇〇年）三九九－四〇〇頁）. 以上の Rorty の連帯に関する記述は、森川輝一「政治と連帯の間」『政治の発見　第三巻　支える――連帯と再分配の政治学』（風行社、二〇一一年）八九－九二頁の指摘を再構成したものである。

(171) 佐藤憲一「憲法の言説分析――Bowers v. Hardwick を素材として」棚瀬孝雄編著『法の言説分析』（ミネルヴァ書房、二〇〇一年）一九四、二〇一（注九三）、大河内美紀「性と制度」法学教室四四〇号（二〇一七年）四七－四八頁。

(172) 佐藤・前掲注(171)、一九四頁〔傍点は筆者〕。

(173) Macedo, *Just Married*, *supra* note 63, at 91–92.

(174) *See, e. g.*, Sherif Girgis, Ryan T. Anderson, & Robert P. George, *What Is Marriage? Man And Woman: A Defense* (2012).

(175) *See*, Lynn D. Wardle, *Intergenerational Justice, Extended Families, Redefined Families, and the Challenge of the Statist Paradigm*, 3 Int'l J. Jurisprudence Fam. 167 (2012).

(176) 金野・前掲注(137)・『ロールズと自由な社会のジェンダー』一七八頁以下、同「オルタナティブな婚姻の制度的包摂」十三頁以下も、政治社会が婚姻を制度化する公共的理由として、㈠「他者との間に一個の人格どうしとして相互に物心両面でケアしあう関係」を意味する「人格的ケア関係」の価値と、㈡「私たちの政治社会を世代を超えてつないでいくために質・量面で十分な次世代が育成されること」を意味する「次世代の適切な育成」という価値の二つの政治的価値を挙げており、本稿における「公共的理由」の第一点（「婚姻の誓約の公的承認による人格的関係の安定化」）と第二点（「将来世代の持続的な形成」）にそれぞれ対応するものと思われる。

(177) *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2599 (opinion of the court).

(178) Id. at 2599–2601.

(179) Id. at 2600–2601.

(180) Id. at 2600 (emphasis added).

(181) Douglas NeJaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, 129 Harv. L. Rev. 1185, 1230–1240 (2016) [hereinafter NeJaime, *New Parenthood*]. 近年のアメリカにおける養子縁組制度の発展につき、中村恵「アメリカにおけるセカンド・ペアレント・アダプション」東洋法学五

六巻三号（二〇一二年）八五頁以下も参照。

(182) *Obergefell*, at 135 S. Ct. at 2621–2622 (Roberts, C.J., dissenting).

(183) Id. at 2621–2622.

(184) Id. at 2621.

(185) 拙稿・前掲注(138)、一一五－一一七頁。

(186) Greg Strauss, *Is Polygamy Inherently Unequal?*, Ethics 122 (2012), at 527–529.

(187) Thom Brooks, *The Problem with Polygamy*, Philosophical Topics 37, 2 (2009), at 109–122.

(188) Kathleen Tracy, *The Secret Story Of Polygamy* (2001), at 124.

(189) Macedo, *Just Married*, *supra* note 63, at 171–172. そのほか、Stephen Macedo は、複婚の禁止を正当化する根拠として、ポリガミーに禁固刑を科すカナダ刑法典二九三条の合憲性が問われた British Columbia 州最高裁判所の照会事件（Reference Case）で参照された複婚禁止のエビデンスを引き合いに出している（Id. at 166–173 (quoting: *Reference re : Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588)）。この照会事件の法廷意見を執筆した Robert J. Bauman 長官は、ポリガミーに関する歴史学、社会学、進化心理学および人類学等の専門家らの証言を手掛かりに、ポリガミーの容認が、その他の家族構成員である女性や子ども、延いては、社会全体に対して重大な「危害（harm）」をもたらすが故に、ポリガミーの刑事処罰は正当化されると述べている（BC Ref pars. 7–15, 779–793）。Bauman 長官が示した理由付けは、複婚を禁止する民法及び刑法上の規定と信教の自由および平等原則との関係性を考えるうえでも一考に値するものと思われる。

(190) *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2603 (opinion of the court). また、拙稿・前掲注(138)、一一三－一一四頁も参照。

(191) 長谷部恭男「個人の尊厳」『憲法の論理』（有斐閣、二〇一七年）六七頁。

(192) 婚姻制度が持続的で安定的な関係の形成を支援・促進するためのものであったとしても、ある時点で、人はみな、配偶者との離別または死別を通じて、最終的にひとりになる。結婚していてもしていなくても老後をどのように生きるかということは、すべての人に等しく重要な問題であり、この限りで、長い人生の過程で結婚をするかしないかの選択は些末な事柄なのかもしれない。結婚生活の経験の有無に限らず、ひとりで老後をどう生きるかという問題が、みなに等しく重要な問題であることを指摘するものとして、上野千鶴子『おひとりさまの老後』（法研、二〇〇七年）を参照。

(193) この点を明確に指摘するものとして、山崎友也「現代における『自己決定権』の存在意義」公法研究七八号（二〇一六年）一一三頁を参照。

(194) Jeremy Waldron, *Dignity, Rank And Rights* (2012), Waldron の「尊厳」概念の普遍化仮説については、蟻川・前掲注(99)、一四－二六頁を参照。もっとも、この普遍化仮説自体は、本章第三節の**2**で取り上げた Whitman の業績に依るものだと思われる（*See*, Id. at 45, note. 74）。蟻川・前掲注(99)、八頁も参照。

(195) Waldron, Id. at 14, 30-33, 47.

(196) Id. at 22.

(197) Id. at 57-59.

(198) Id. at 33.

(199) Id. at 21.

(200) Id. at 49.

(201) Id. at 50-51 (emphasis added).

(202) ただし、Waldron 自身は、二〇一六年四月一六日に、Yale Law School で開催された"What Obergefell v. Hodges Should Have Said"と題する研究会 (https://balkin.blogspot.com/2016/04/what-obergefell-v-hodges-should-have.html)（最終閲覧日：二〇一八年三月一二日）に際して書かれた論文で、反対意見の立場に与しつつも、一切「対等な尊厳」の観念に触れていない。*See,* Jeremy Waldron, *What a Dissenting Opinion Should Have Said in Obergefell v. Hodges* (2016), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 16-44. 同論文で、Waldron が主張しているのは、連邦の裁判所が、人民とその代表者によってもたらされるべき「婚姻」概念の重大な変化に関与すべきではないという、Waldron 自身が従来から一貫して主張してきた最高裁の違憲立法審査権に対する批判の類である。Waldron の違憲立法審査権批判に関しては、愛敬浩二「ジェレミー・ウォルドロンの違憲審査制批判について」名古屋大学法政論集二五五号（二〇一四年）七五七頁以下を参照。

後掲注(203)で指摘するように、Waldron 自身、ヘイト・スピーチ規制法の法的根拠として「個人の尊厳」を挙げているにもかかわらず、同性婚の不承認の文脈で「個人の尊厳」の観念が問題にならないのは、些か主張に一貫性が欠けるように思われる。

(203) Waldron は、ヘイト・スピーチ規制の必要性を論じた著作で、「個人の尊厳」が当該規制法の法的根拠となり得ることを指摘していた。See, Jeremy Waldron, THE HARM IN HATE SPEECH 93-94, 105-111 (2012)（谷澤正嗣・川岸令和訳『ヘイト・スピーチという危害』（みすず書房、二〇一五年）一一〇－一一一頁、一二四－一三二頁）[hereinafter Waldron, HATE SPEECH]. Waldron が言うここでの「尊厳」とは、人々の「基本的な社会的立場、社会的平等者として、そして人権と憲法上の権利の担い手としての彼らの承認の基盤」、あるいは、「地位、すなわちしっかりとした立場をもつ社会の成員としての人の地位」を指す（Id. at 59-60 (七〇頁)）。また、別の箇所では、「尊厳」が、すべての市民が社会のしっかりした立場をもつ成員であるという意味で、「基本的なシティズンシップの尊厳」とも言い換えられている（Id. at 108（一二八頁））。以上の指摘を踏まると、Waldron もまた、「尊厳」を「市民としての対等な地位」を意味するものだと考えていることは明らかであろう。

〈附記〉

本論文の脱稿後に、Gregg Strauss, What's Wrong with Obergefell, 40 Cardozo L. Rev. 101 (2018) に接した。同論文は、婚姻を崇高なものと見なす Obergefell 判決法廷意見のレトリックと John Rawls の「公共的理性の理想」とが相容れないものであることを指摘する。本稿も、第二章第四節で「公共的理性」の観点から単婚型の婚姻制度の正当化を試みたが、これは「婚姻家族」がそれ以外の家族形態に比して崇高なものであることを意図するものではない。この点に関する弁明は、婚姻制度廃止論が憲法解釈として成立する余地があるのかも含めて、他日を期すことにしたい。

〈訂正〉

本連載第一回の以下について、お詫びして訂正いたします。

第一八三巻第一号　九五頁一三行目（誤）「同性愛者関の」

（正）「同性愛者間の」

一〇五頁九行目　（誤）「『子どもを育てることが婚姻の権利に唯一のものであること』」

（正）「『子どもを産むことは婚姻の権利の一側面でしかない』こと」

一〇七頁一一行目（誤）「Kennedy 判決の法廷意見」

（正）「Kennedy 判事の法廷意見」