

同性婚の憲法的保護の可能性(一)

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

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、本号)

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

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

第二節 同性婚制度の不在と「個人の尊厳」
結びに代えて

序章

第一節 本稿の主題と射程

本稿は、二〇一五年にアメリカ合衆国最高裁判所で下された *Obergefell v. Hodges* 事件判決⁽¹⁾の分析を通して、日本国憲法における同性婚の保護の可能性について、一つの方向性を示そうとするものである。

日本法において同性婚の問題が論じられる際、一般的に、その議論の中心に置かれるのは、日本国憲法二四条が、同性婚を、禁止、許容、または、要請しているのか、といった論点である。というのも、二四条は、その明文において、婚姻締結の際の「両性の合意」や、家族生活における「夫婦」の「同等の権利」を謳っており、まずもって、男女という異性間のカップルを保護の対象としていることから、同性婚の憲法上の位置づけが条文からは一義的に明らかでないからである。このことは、憲法二四条の制定過程において、同性婚に関する言及が一切なされなかったことから推察される⁽²⁾。この点、長谷部恭男が指摘するように、「『両性の合意』という文言からすると、憲法は同性愛者間の家庭生活を異性間のそれと同程度に配慮に値するものとは考えていない」⁽³⁾と解するのが憲法二四条の素直な読み方であろう。同性婚の承認要求が如何に切実なものであったとしても、憲法二四条が、上述の文言の「枠」を超えて、その要求に答えなければならない筋合いはない。

他方で、憲法二四条の解釈の枠を維持しつつ、憲法一三条の「幸福追求権」のもとで、同性婚の保護の可能性を考える余地はある。例えば、同性カップルの「婚姻の自由」を「幸福追求権」の具体的内容である「家族の形成・維持にか

かわる事柄」、または、「親密な交わり・人的結合の自己決定権」として保護する解釈があり得る。⁽⁴⁾ いわゆる「最狭義の人格的自律権」⁽⁵⁾である。もつとも、同性婚の承認要求で求められているのは、「婚姻する権利」であつて、ある特定の形態に捕らわれない自由な結合関係の「自己決定権」ではない。まずもつて、「婚姻の自由」が、立法者が家族法で定める「婚姻」を受け容れる自由であると解されるとき、同性間の「婚姻の自由」の条文上の根拠を憲法一三条に置くとしても、その規範内容は、既存の家族法で規定されている内容と同一のものであることが求められる。ここに、憲法一三条が同性婚の根拠規定になり得るにもかかわらず、「自己決定権」が尊重する関係形成の多様性に反して、同性婚の承認要求が既存の婚姻制度・家族制度の枠内に留まるというジレンマが存する。

本稿の狙いは、この同性婚の承認要求が孕む日本国憲法典上のジレンマを念頭に置きつつ、同性婚の憲法的保護を可能にする「婚姻の自由」の理論的基礎を彫琢することにある。『憲法と家族』⁽⁷⁾に関する理論研究の第一人者である辻村みよ子が夙に指摘するように、家族法の憲法適合性判断の際にしばしば言及がなされる憲法一三条・一四条・二四条は、これらの条文を体系的に見た場合に、個人の自律と平等の徹底という要素と集団としての家族の保護という要素とが、ある種の対抗関係にあるとも理解することができ、これらの条文を整合的に解釈しようとする場合に、如何なる整理が可能かについては、いまだ十分な研究の蓄積があるとはいえない。⁽⁸⁾ 本稿が検討対象とする同性婚の問題は、これらの条文間の関係性を直接に問うものであることから、辻村が指摘した理論的課題の進展に少なからぬ貢献をなすものと思われる。

ここで、上述の課題に対する本稿の結論を先取りするならば、その主張の骨子は以下のとおりである。第一に、本稿は、憲法一三条の「ライフスタイルの自己決定権」⁽⁹⁾から対抗関係にあると考えられる憲法二四条の「婚姻の自由」は、各人の人格的生存にとって重要な生活共同体として、異性間の「誓約 (commitment)」に基づく婚姻関係を保護しており、同性間の関係にとつても、この「誓約」の公的承認が重要な人格的利益である点で、必ずしも一三条と二四条は衝

突しないものと考ええる。また、第二に、このような人格的關係を保護する婚姻制度が単婚型の婚姻に限られるとしても、その制度が配偶者間の対等な關係を前提に組み立てられている限りで、一四条の平等原則に相反するわけではないことが示されるだろう。本稿における比較法の分析も、これらの条文の相互關係に関する理論的視座の獲得を目的に行われるものである。

以上の条文間關係の整理に加えて、本稿は、憲法一三条の「人格的自律権」の保護範圍に同性間の「婚姻の自由」が含まれるだけでなく、同性間の關係を「婚姻類似の關係」として保護すべき実質的根拠が存する場合には、一步踏み込んで、同性愛者間の親密な關係を保護するための裁判所による法形成が可能であるとさえ考えている。⁽¹⁰⁾しかし、この主張は、同性間の關係が「婚姻類似の關係」であるという具体的な事実關係が存する場合に、同性婚保護のための司法判断が可能となるという留保付きのものであり、更に、この主張それ自体が、付随的違憲審査制の範圍の問題や法形成を行う裁判所の民主的正當性の問題にも深く関わることから、慎重な論理構成が求められるところ、本稿では、この点に關する論述を詳細に展開する余裕がない。⁽¹¹⁾したがって、本稿は、同性間の「婚姻の自由」に関する憲法解釈の枠組みを、憲法一三条・二四条・一四条のテキスト間の關係に関する理論的視座を得ることを目的に検討を行うものであり、これらの各条文から導かれる憲法判断の枠組みのすべてを提示することを目的としてはいない。もともと、同性婚に関して裁判所が採り得る憲法判断の枠組みを提示するためには、そもそも同性婚が憲法典上で如何なる位置づけを与えられているのかを整理する必要がある、その意味でも、本稿は、同性婚の憲法解釈の全体像を記述するために必要な予備的考察としての意義を有していると思われる。

第二節 比較対象国の選定理由と分析の視座

1 比較対象国の選定理由

前節でその概要を示したように、本稿は、日本国憲法における同性婚の問題について、同性間の婚姻の自由を承認した画期的判決である *Obergefell v. Hodges* 事件判決を手掛かりに検討を加えるものである。ここで、本論に入る前に、本稿が同性婚に関する憲法解釈を展開するに当たって、何故、*Obergefell* 判決を検討対象とするのか、更には、*Obergefell* 判決やそれに関する学説の検討を通じて、日本法に如何なる成果が得られるのかについて言及しておきたい。同性間の親密な関係の保護に関して、その先駆けとなってきたのは、本稿が検討対象とするアメリカというよりも、ドイツやフランスをはじめとする欧州諸国である。例えば、ドイツやフランスにおいては、アメリカにおける同性婚の法制化に先行する形で、PACS や パートナシップ制度等を通じた同性愛者間の人的結合に関する法制度が整備されていた⁽¹²⁾。この点、日本の民法典が明治期に公布・施行されて以来、ドイツ法学やフランス法学の影響を強く受けてきたことから、同じく、ドイツやフランスにおける同性婚の議論状況を参照した方が、家族法との関係でも同性婚に関する立法論や解釈論を展開し易いと言えるかもしれない。しかし、それでもなお、*Obergefell* 判決を分析の対象とするのは、同判決の法廷意見が、同性愛者間の親密な関係をパートナーシップ制度のような「婚姻」ではない別枠の制度で保護するのではなく、まさに「婚姻」として保護した点に、ドイツ法やフランス法を比較対象とすることによっては得られない、「婚姻の自由」に関する独自の理論枠組みを見出すことができると考えたからである⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。

「私はただ、異性愛者と同じように生きたい、それ以上の特別なことは何一つ望んでいません。愛する人と安心して幸せな日々を過ごしたい。それだけです」⁽¹⁶⁾。このように同性愛者が語るとき、彼らは、彼らが築く親密な関係性が法律によって制度化されること以上に、まさに異性愛者と同様に彼らの関係が「婚姻関係」として扱われることを求めている

る。つまり、「法のまなづし」の中での対等な尊厳（equal dignity）を求めている⁽¹⁷⁾のである。それ故、本稿は、同性愛者間の婚姻関係を、異性間の婚姻関係を規律する憲法二四条の拡張的な解釈によって保護するという立場を採用するものでもなければ、多様な家族形態の承認を求める「ライフスタイルの自己決定権」のもとで保護するという解釈を採用するものでもなく、憲法一三条の「幸福追求権」の保護範囲に含まれるが、その自由は、あくまで、憲法二四条が指示するところの「婚姻の自由」と同一の内容に留まるとする解釈を採用する。というのも、本稿が検討素材として扱う Obergefell 判決は、包括的基本権条項に当たたる修正一四条の「自由」のもとで、まさに、同性カップルが異性間に認められているものと同じ「婚姻の自由」を享受できないことを問題としていたからである。

2 分析の視座

当然のことながら、Obergefell 判決の法廷意見が採用した解釈枠組みを、そのまま日本国憲法の解釈論に当てはめることはできない。そこで、本稿は、日本国憲法の解釈論との接続を容易にするために、以下の二つの視座を設定したうえで、Obergefell 判決の分析を進めていくことにしたい。第一に、Obergefell 判決法廷意見が、如何なる「婚姻」および「家族」に関する「制度イメージ」⁽¹⁸⁾のもとで、同性間の「婚姻の自由」を承認していたのか、という視座である。この「制度イメージ」の分析は、明文上、「婚姻の自由」の規律対象となっていない人的関係に婚姻制度を拡張すべきだとする主張に対して、その関係が「婚姻の自由」の保護範囲に含まれるか否かを判断する際の解釈指針を提供し得るという点で有用であろう。本稿第一章の記述は、このような「婚姻」や「家族」に関する「制度イメージ」の分析に基づくものである。

第二に、本稿は、Obergefell 判決の法廷意見が、同性間の「婚姻の自由」の不承認を「尊厳毀損」と判断した「自由」権に基づく立論を肯定的に評価したうえで、その理由付けに焦点を当てる。同法廷意見は、州による同性婚の不承

認を単に異性間と同性間の「平等」の問題として判断することにとどまらず、「婚姻の自由」の憲法上の重要性をも強調することで厳格な判断を行っていた。このような法廷意見の立論を受けて、本稿もまた、「平等」のみならず、「婚姻の自由」それ自体の規範内容をも問うことが重要であるという視座に立つ。したがって、本稿は、家族法の憲法適合性判断の際に、「自由」権の制約を問題とする権利構成ではなく、「平等」に基づくアプローチこそが憲法の「本質に適している」⁽¹⁹⁾とする見解に与しない。確かに、同性愛者においても個々が抱く婚姻観・家族観は多様に有り得るのであつて、「婚姻の自由」の内実を語ることは、ある特定の家族形態のみを特権視することのように思われるかもしれない。この点で、「家族観のような、ときにイデオロギーが問題となりうる場面においてこそ、裁判所は憲法が定める家族観などといった概念を持ち出すのではなく、平等権を基礎とした対応が求められるのではないか」⁽²⁰⁾との指摘は、「制度イメージ」を固定的に捉えないためにも傾聴に値するものである。

しかし、「何を、何のための条件を平等にするのか」という問いに「平等」そのものは答えない。「消極的自由の最低限の行使可能性を保障するための国家の積極的役割の正当化」には「平等だけでなく当の自由理念が必要」となる。⁽²¹⁾

「婚姻の自由」が「自由」を語る以上、そこには「平等」には語りつくされない「自由」としての理念が残されているはずである。加えて、同性愛者に既存の婚姻制度へのアクセスを承認することは、それが「平等」を通じて達成されるにせよ、必然的に、男女の婚姻関係を前提としてきた「婚姻の自由」の規範内容が変化することを意味する。いずれにせよ、日本の現行法上は、同性愛者の「婚姻の自由」が、その最低限の行使の条件すらない状態で達成されることになることから、国家に如何なる「自由」の実現を求めるのか、つまり、その「自由」が、如何なる「制度イメージ」のもとで構想されているのかを問うことは避けて通れないように思われる。この点で、本稿は、「平等」に基づく審査手法の利点を認めつつ、「婚姻の自由」の規範内容を精緻化していくためにこそ、「自由」権を基礎とした論理構成を検討していくことも重要であると考えている。

第三節 検討の順序

以上のような観点から、本稿は、*Obergefell v. Hodges* 事件判決が「対等な尊厳」という観念のもとで「婚姻の自由」を如何に規定し、また、その自由が如何なる「婚姻」概念・「家族」概念を前提としていたのかを考察する。本論の構成は、以下のとおりである。

本稿は、第一章から第二章にかけて、*Obergefell* 判決と同判決に示される「対等な尊厳」の意義と射程に関する言説を考察の対象としている。まず、*Obergefell* 判決の各意見が、如何なる「家族モデル」を前提としていたのかを問うことによって、各意見の対立軸をより明確にし、同判決における「対等な尊厳」の射程は、あくまで、「婚姻関係」と「親子関係」の連続性を重視する「婚姻家族」の枠内に留まるものである、との解釈を提示する（第一章）。そのうえで、この解釈の妥当性を問うために、*Obergefell* 判決における「自由」の論証に関して幾つかの学説を参照し、上記の解釈の裏付けを行いたい。ここでは、「反従属原理」と「構造的解釈」という二つの憲法解釈の観点から、*Obergefell* 判決にアプローチし、「尊厳」条項が存在しない合衆国憲法典において、「対等な尊厳」の観念が如何に正当化され、また、これらの学説において、その射程が如何に理解されているのかを考察する（第二章）。最後に、*Obergefell* 判決の考察から得られた知見を踏まえて、日本国憲法において同性婚の憲法的保護を図るために、どのような方向性で憲法解釈を展開していくべきかにつき、若干の私見を述べる（第三章）。以上の考察を以て、本稿は、日本国憲法における同性婚の保護に向けた予備的考察とするものである。

(1) 576 U.S. — (2015), 135 S. Ct. 2584. 本判決に関する評釈や文献に関しては、本論の注で適宜言及する。

(2) 日本国憲法二四条の制定過程に関しては、清水伸編『逐条 日本国憲法審議録 第二巻』（原書房、一九七六年）四八一―五四五頁、榎澤幸広「日本国憲法における家族像——憲法制定過程における一考察——」(1)(2)(3) 早稲田大学大学院法研論集九一号（一九九九年）五七頁以下、同九二

号(一九九九年)五七頁以下、同九三号(二〇〇〇年)一頁以下を参照。また、憲法二四条の制定時から二〇〇二年に至るまでの学説の包括的な整理を行ったものとして、君塚正臣「日本国憲法二四条解釈の検証——或いは「家族」の憲法学的研究の一部として——」関西大学法学論集五一巻一号(二〇〇二年)一頁以下を参照。

(3) 長谷部恭男『憲法(第七版)』(新世社、二〇一八年)一八七頁。また、同様の指摘として、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2) 国民の権利及び義務(1)』3810-24(有斐閣、二〇一七年)五〇九-五一〇頁(川岸令和)がある。

(4) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)一八八頁、一九一頁、竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、二〇一〇年)一八八頁以下。

(5) 佐藤・前掲注(4)、一八八頁。

(6) しばしばキリスト教的価値観のもとで語られるところの「婚姻の自由」は、歴史的に、血族や領主による婚姻強制ないし婚姻に対する干渉を排除し、婚姻をキリスト教会の支配下に置くことを目的に主張されるようになった自由であると言われている。すなわち、「キリスト教会の下での婚姻の自由は、神の定めた制度である婚姻を受け容れる自由であり、近代社会においては、国家法の定める制度である婚姻を受け容れる自由であった」上野雅和「日本民法における婚姻の自由と婚姻意思」『婚姻法の研究(下)』(高梨公之教授還暦祝賀論文集)(有斐閣、一九七六年)八五頁。これが「婚姻の自由」が法制度依存的な権利であると言われるところの歴史的な理由であろう。例えば、「婚姻は、それに関わる法制度の存在を前提としており、婚姻の自由とは、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る」とする、長谷部恭男『憲法の理性 増補新装版』(東京大学出版会、二〇一六年)一三三頁の記述は、このような「婚姻の自由」の歴史的な性格を前提にしたものだと思うれる。

以上の「婚姻の自由」の法制度依存的な権利としての理解に対しては、「婚姻そのものは前国家的な人権の問題であり、国家が法律婚という制度をもって介入するのは、社会が婚姻につき一定の秩序付けを必要とするからにすぎない。したがって、国家の定める婚姻制度は、基本的に婚姻の自由の制限と捉え、それがなぜ正当かをきちんと説明する必要がある」(高橋和之の「夫婦別姓訴訟」——同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式)「世界八七九号(二〇一六年)一四七頁」と断じて批判する向きがあるかもしれない。ここで注意しなければならないのは、「婚姻そのものは前国家的な人権」であるという指摘がなされるときに念頭に置かれている「婚姻の自由」と、先述の「国家の定める婚姻制度」を受け容れる自由としての「婚姻の自由」という二つの自由の次元が考えられることである。

前者は、「婚姻」それ自体が妨げられないという意味で「前国家的な人権」であろう。人が愛しい他者と結ばれたいと思うとき、多くの人々は、その他者との不安定な関係を「婚姻」という確固たるかたちで成就させたいと思う。ここには、ある種の他者に対する自己拘束(engagement)と、それによって得られる自己充足の感覚があり、婚姻法は、このような当事者間の婚姻の誓約(marital commitment)を強化する機能があると言われている(See, e.g., Elizabeth Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, 86 Va. L. Rev. 1901 (2000))。また、この婚姻の誓約が有する価値は、婚姻法がその価値を促進するために用意する種々の法的効果(the legal consequences of marriage)と区別することが可能であり(See, David L. Chambers, *What If? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Marriage Couples*, 95

Mich. L. Rev. 44:2, 452-461 (1996))、仮に「婚姻の自由」が人格的な利益として婚姻の誓約が有する価値を保護していると言えるのであれば、この自由は「前国家的な人権」と言えるだろう。つまり、「婚姻の自由」の「前国家的な人権」の側面として、①「婚姻の誓約および締約の自由」(婚姻するしないとの自由)と②「相手方選択の自由」(誰と婚姻するか)の自由が保障されているものと解される。

他方で、この婚姻の誓約という象徴的次元を支えるために国家が如何なる権利義務関係を設定するかは、立法者の裁量に委ねられている。つまり、③婚姻法の「内容決定の自由」と④婚姻成立手続に関する「方式の自由」は、後者の意味での法制度依存的な「婚姻の自由」であろう。前者の意味での自由が「人権の問題」であるのに対して、後者に関しては、原則、裁量統制の判断枠組が用いられる「制度の問題」と解してよいように思われる。広義の「婚姻の自由」の四類型(①～④)に関しては、先述の上野論文・八五頁の分類を参考にした。

(7) 辻村みよ子『憲法と家族』(日本加除出版、二〇一六年)。

(8) 辻村みよ子『ジェンダーと法』(第二版)(不磨書房、二〇一〇年)一七八頁、同『憲法と家族』をめぐる理論的課題『憲法の思想と発展』(浦田一郎先生古稀記念)(信山社、二〇一八年)二九六頁。辻村自身の憲法一三条・一四条・二四条の条文間の整理に関しては、辻村・前掲注(7)、八九頁以下を参照。

(9) 二宮周平『家族法』(第四版)(新世社、二〇一三年)二三九頁。憲法一三条と憲法二四条が対抗関係にあり得るという指摘それ自体は、辻村・前掲注(8)の『ジェンダーと法』(第二版)同頁の指摘である。

(10) 日本の最高裁判所が、当事者の権利救済の必要性と事案の具体的な事実関係を手掛かりに、積極的な法形成を行ってきた例として、内縁や婚姻に関する判例法の形成が挙げられる。このことを指摘するものとして、土井真一「法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポス」佐藤幸治・初宿正典・大石眞「憲法五十年の展望Ⅱ」(有斐閣、一九九八年)一四〇頁を参照。この点に関連して、同性カップルの法的承認が判例法の生成を通じて実現されたブラジル法の経験を基に、日本法においても内縁保護法理の適用を通じて同性カップルの保護が可能であることを指摘するものとして、マシヤド・ダニエル『ブラジルの同性婚法——判例による法生成と家族概念の転換——』(信山社、二〇一八年)がある。

(11) この点に関しては、『半直接民主制を定める(日本国)憲法は、有権者団たる国民を基軸として、議会・政府・裁判所の制度間関係を構築し、その動態的均衡を通じて民主主義的正統性を論じる可能性を提供している』とする土井真一の指摘が基本的には重要なものだと思われる。この立場において、日本国憲法における司法権の位置づけは、代表民主主義原理を基礎とする合衆国憲法の司法権とは異なるものであり、最高裁判所は、「政治を通じて現れた国民の声」とは異なる「法を通じて現れた国民の声」を代表し得る機関としての正統性が憲法典それ自体によって与えられていると解される(土井真一「司法審査の民主的正当性と『憲法』の観念」『現代立憲主義と司法権』(佐藤幸治先生還暦記念)(青林書房、一九九八年)一五七―一六〇頁を参照)。婚姻や家族に関する法の第一次的な判断権が「政治を通じて現れた国民の声」を代表する議会にあることは言うまでもないが、既存の婚姻や家族に関する法的保護の枠組みから同性愛者間の関係が排除されることで、同性愛者らに対して著しく不当な不利益が課されているのであれば、その不利益から彼らを救済するために必要な法形成を行うこともまた、憲法が裁判所に期待する重要な役割のひ

とつてである。このような現実が生じた不利益の是正を契機とする裁判所による法形成は、通常の政治の場では反映され難い同性愛者という少数派の「国民の声」が法を通じて現れた結果に過ぎない。裁判所による法形成や司法審査の民主的正当性という論点それ自体は、本稿が検討の対象とする *Obergefell* 判決においても問題となっていない。See, e.g., Glen Susskewitz, *Obergefell and Democracy*, 97 *BUL. REV.* 31 (2017).

- (12) ドイツのパートナーシップ制度について、渡邊泰彦「ドイツ生活パートナーシップ法の概観(1)・(2)」東北学院法学六五号(二〇〇六年)八一頁、六六号(二〇〇六年)一頁、H・デルナー(野沢紀雅/宮本ともみ訳)「ドイツ法における生活パートナー関係」同『ドイツ民法・国際私法論集』(中央大学出版部、二〇〇三年)一九頁以下を参照。また、連邦憲法裁判所においては、平等権を梯子として、パートナーシップ制度下のカップルに対しても婚姻関係と実質的に同等の保護が図られている。この点につき、井上典之「平等保障による憲法規範の変容?——ヨーロッパ統合に導かれるドイツ基本法の「家族」についての変化」松井茂記他編『自由の法理 阪本昌成先生古稀記念論文集』(成文堂、二〇一五年)六六五頁以下を参照。

フランスのバックス法(PACS, le pacte civil de solidarité)に関しては、大島梨沙「フランスにおける非婚カップルの法的保護(1)(2)——バックスとコンキュビナージュの研究——」北大法学論集五七巻六号(二〇〇七年)三七〇頁以下、五八巻一号(二〇〇七年)二二〇頁以下を参照。

- (13) 山本敬三『民法講義I 総則(第三版)』(有斐閣、二〇一一年)二四・二六頁。また、日本民法典の成立と外国法の継受につき、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」同『民法論集・第一巻』(有斐閣、一九七〇年)六五頁、同『日本民法典(1)』法学教室四号(一九八二年)二二頁以下も参照。

- (14) ドイツでは、二〇一七年六月三〇日に同性婚を認める法案が連邦議会で可決され、同年一〇月一日に施行されている。この法案に対しては、CDUとAfDの党員から同法に対する抽象的規範統制の申立てがなされる旨の報道がなされていた。http://www.faz.net/aktuell/politik/land/afd-will-gegen-ehe-fuer-alle-vor-dem-bund-des-ver-fassungs-ge-richt-klagen-13087167.html?GEP:cs9 (最終閲覧日:二〇一七年一〇月五日)。
- (15) カナダでは、アメリカに先行するかたちで、二〇〇五年に、全ての州、準州において同性婚が法制化されるに至っている。この点を含め、カナダにおける同性婚の議論状況につき、白水隆「カナダ憲法下の平等権と同性婚(1)(2)」法学論叢一六六巻三号(二〇〇九年)一四九頁以下、一六七巻二号(二〇一〇年)一二四頁以下を参照。

- (16) 同性婚人権救済弁護団編『同性婚 だれもが自由に結婚する権利』(明石書店、二〇一六年)五二頁。

- (17) *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2608.

- (18) 長谷部・前掲注(6)・一三四頁。「当該社会の制度イメージ」や「法律家集団の共通了解」は立法者の裁量を統制する際に依拠すべき「ベースライン」として機能する。この長谷部の「ベースライン論」を検討したものとして、青井美帆「ベースライン論——長谷部恭男教授の議論の検討を中心に」法律時報八三巻五号(二〇一一年)四七頁以下を参照。ベースライン論とは異なる立法裁量の統制枠組としては、例えば、問題となる立法行為が憲法上の実体的な指針に合致するか否かを問う、小山剛の「原則」「例外」思考(小山剛「基本権の内容形成論からの応答」法律時報

八一卷五号(二〇〇九年)十二・十三頁)や、「立法者の基本決定との首尾一貫性を検討する」審査手法(高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について——司法審査の民主主義的正当性という問題を中心に」『橋法学第一三卷第三号』(二〇一四年)一〇六五頁以下)がある。

- (19) 巻美矢紀「憲法と家族——家族法に関する二つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編『論究憲法——憲法の過去から未来へ』(有斐閣、二〇一七年)三四九頁。

- (20) 白水隆「性別変更をした夫とその妻との間で生まれた子の嫡出推定——憲法学の観点から」新・判例解説 Watch Vol.15 (2014.10) 一八頁。このような白水の見解に対して、田代重紀「現代『家族』の問題と憲法学」佐々木弘通・宍戸常寿編『現代社会と憲法学』(弘文堂、二〇一五年)八五頁は、「新たな形態の家族についての判断は平等権だけでなしうるのか、二四条が前提とする家族像のようなものを考慮する必要はないのか、そもそも憲法は家族について何らかのコミットをしているのか」と述べて、更に踏み込んだ検討が必要であることを指摘している。

- (21) 井上達夫「自由の秩序——リベリズムの法哲学講義」(岩波書店、二〇一七年)三六頁。本文での「自由」と「平等」に関する引用は、井上が「婚姻の自由」に関して述べたものではないが、「平等」だけでなく「自由」理念それ自体を問うことも重要であるとする指摘は、同性婚の承認の問題や、家族法の憲法適合性判断における「自由」と「平等」の関係にもあてはまるだろう。

第一章 Obergefell 判決における「婚姻」概念の対立

同性カップルを婚姻制度から排除することは、彼らの尊厳を毀損する。それゆえ、同性婚を認めない州法は違憲であると判示したのが、本稿が検討対象とする Obergefell v. Hodges 事件判決である。本件では、婚姻を一人の男性と一人の女性の間の結合と定義する Michigan 州、Kentucky 州、Ohio 州および Tennessee 州の改正州法および州憲法を理由に、婚姻に関する法律を執行する公務員が、同性カップルである上訴人らに対して、同性間の婚姻を有効なものとしてみなす婚姻許可状の発行を拒否していたことが問題となっていた。そこで、上訴人らは、これらの州の公務員に対して、同性間の婚姻する権利や他州で適法に成立した婚姻の完全な承認を受ける権利を求めて、修正一四条違反を根拠とする訴えを提起した。上訴人らの請求は、各地方裁判所において認められたものの、これらの事件を統合審理した連邦控訴裁判所においては請求が認められず、地裁判決が破棄されている。最高裁判所は、連邦控訴裁判所に対する裁量上訴の

受理にあたつて、以下の二点の争点につき検討を行っている。すなわち、(一)修正一四条が同性間の婚姻を許可することを州に義務付けているか否か、(二)修正一四条が適法に成立した婚姻を州に承認することを義務付けているか否か、の二点である。⁽²²⁾

以上のように、本件は、修正一四条を根拠に同性間の婚姻を州に義務付けることができるか否かが争点となっていた。しかし、その前提問題として、そもそも、修正一四条の「婚姻の自由」に同性間の関係が含まれるか否かが問われる必要があつた。というのも、*Obergefell* 判決以前の先例の伝統的な理解では、修正一四条の「婚姻」とは異性間の一对の関係を指すものであつたからである。それゆえ、州に対して同性婚の承認を義務付けるためには、修正一四条上の「婚姻」概念それ自体を変更する必要があつた。まさに、そのような「婚姻」概念の変更を認めたのが、Anthony Kennedy 判事執筆の法廷意見である。

当然の如く、同性間への「婚姻」概念の拡張は、保守派の最高裁判事たちからの猛烈な批判を招く要因となつた。実体的デュープロセス条項および平等保護条項の根拠となる修正一四条の解釈方法や州に同性婚を義務付ける裁判所の民主的正当性など、種々の憲法上の論点はあるものの、修正一四条が想定する憲法上の「婚姻」概念が、今も変わらず、男女間の一対の関係であるとする点で、法廷意見に対して異議を呈する各反対意見 (John Roberts, Antonin Scalia, Clarence Thomas, Samuel Alito) の見解は一致する。それゆえ、「対等な尊厳」という観念を引き合いに出して同性婚の承認を義務付けた法廷意見の立論を正確に評価するためには、まずもって、*Obergefell* 判決の各意見がどのような「婚姻」概念を前提に議論を組み立てていたのかを見定める必要があるだろう。そこで、以下本章では、*Obergefell* 判決の各意見が、修正一四条上の「婚姻」概念をどのように考え、また、そのような「婚姻」関係が如何なる「親子」関係と結び付いているのかを問うことによって、法廷意見が「対等な尊厳」という観念のもとで保護しようとした家族形態の全体像を明らかにすることにした。

法廷意見の「婚姻」概念に対して批判の急先鋒となっているのは、John Roberts 最高裁長官である。はじめに、Roberts 最高裁長官の見解を提示することで、保守派の伝統的な家族観ともいえる「家族モデル」を確認する（第一節）。次に、この伝統的な家族観から「婚姻の自由」を切り離すことで、同性婚の憲法的保護を可能にした Kennedy 判事の見解を確認する（第二節）。このような順序で検討することで、Kennedy 判事の「婚姻の自由」解釈の新奇性（あるいは、異質性？）が顕わとなるだろう。最後に、法廷意見と反対意見の「家族モデル」における共通点と相違点を整理したうえで、「対等な尊厳」の射程が、どのような家族形態の保護にまで及ぶのかに関して、筆者自身の解釈を提示したい（第三節）。

第一節 夫婦間の「生殖」を前提とした「婚姻」概念

まずは、Obergefel 判決における保守派の代表的見解ともいえる Roberts 長官の「婚姻」概念から確認しよう。「一人の男性と一人の女性の結合という婚姻の普遍的定義は、歴史的な偶然の一致ではない。〔中略〕婚姻は、事柄の性質上、人が生きていくうえで必要性を満たすために生じた。すなわち、婚姻は、生涯続く関係という安定した状態の中で子どもを育てることを誓約した一人の母と一人の父によって子どもをもうけることを確保するためにある」⁽²³⁾。また、社会が男女の関係を婚姻として保護する理由は、婚姻カップルに敬意ある地位と婚姻による給付を与えることで、婚姻外ではなく、婚姻内で、性的行為を行うことを奨励するためである。憲法それ自体は、婚姻に関して何ら言及していないが、制憲者は「夫と妻の家庭関係に関する全ての事項」を州に委ねていたし、建国当初、すべての州は「伝統的で生物学に根差した形で婚姻を定義していた」⁽²⁴⁾。最も近時の判例でも、「婚姻する権利は、『生殖する権利』に直接的に関連付けられてきた」⁽²⁶⁾。多数意見は「婚姻の一部の側面が時とともに変化してきた」ことを強調するけれども、「一人の男性と一人の女性の結合という婚姻の核心的構造に如何なる変化も生じてはいなかった」⁽²⁷⁾。

要するに、Roberts 長官の批判の矛先は、先例を引き合いに出して、同性カップルのような自然的生殖を想定し得ない結合を「婚姻」として保護し得るとする、法廷意見の解釈に向けられている。このような批判の背景には、「婚姻」と「生殖」を結びつけることで、夫婦が子を出産し育てるという一定の家族像が想定されている。このような夫婦間の「生殖」を前提とした「婚姻」概念は、*Obergefell* 判決における他の反対意見の「婚姻」概念とも共通するものであり、同性婚反対派の家族観を代表するものとも言えるだろう。それゆえ、このような「婚姻」概念を前提にする限り、自然生殖の可能性のない同性カップルが「婚姻の自由」の保護範囲から排除されるの言うまでもない。

第二節 「婚姻」概念を規定する「四つの原理と伝統」

これに対して、Anthony Kennedy 判事による法廷意見は、必ずしも夫婦間での「生殖」は「婚姻する権利」に憲法的保護が与えられるための必須条件ではないとする。むしろ、「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」を強調することで、同性カップルが構築する「親子関係」を基礎として「婚姻関係」に与えられる保護の射程を拡張する⁽²⁸⁾。この前提には、「婚姻」が「卓越した重要性」を有し、「人間が生きていくうえでその中心にあったこと」を確認しつつ⁽²⁹⁾、「婚姻の変化した理解」を強調する法廷意見の事実認識が影響している。「婚姻」に関する「新たな見識は、家族制度を強化してきたのであって、弱めてきたわけではない」⁽³¹⁾。例えば、何十万もの子どもが同性カップルによって育てられている現状において、「同性カップルを婚姻から排除することは、婚姻する権利の核心をなす前提と衝突する」⁽³²⁾。それゆえ、「子どもを産むこと」ではなく、「子どもを育てること」こそが、この制度の核心なのである。

このほか、法廷意見は、*Loving v. Virginia* 事件判決⁽³³⁾、*Zablocki v. Redhail* 事件判決⁽³⁴⁾、*Turner v. Sailey* 事件判決⁽³⁵⁾をはじめとする「婚姻の自由」の先例を引き合いに出して、「婚姻する権利」の本質、すなわち、「婚姻が憲法のもとで基本的なものであることの根拠」を示す「四つの原理と伝統」⁽³⁶⁾を列挙し、同性カップルも異性カップルと同様に「婚姻する

権利」を行使し得ると結論付けている。この「四つの原理と伝統」としては、前述の「子どもを育てること」⁽³⁾のほか、①「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ということ」⁽³⁷⁾、②「相互に誓いを交わし合った個人 (the committed individuals) によって重要であるが故に、婚姻する権利は、他ならぬ二人の結合を支援する(ということ)」⁽³⁸⁾、④「婚姻が我々の社会秩序の要石である(ということ)」⁽³⁹⁾が挙げられている(①～④の数字は判決文で言及された順序である)。

法廷意見の特徴は、これらの「四つの原理と伝統」に鑑みて、上訴人らが保護を求める同性間の「婚姻関係」が、従来の異性間の婚姻関係と、その家族形態の実質において、区別できないことを強調する点にある。あくまで、上訴人らは、「婚姻の特権と責任を尊重し、また必要とするがために自ら婚姻を求めている」のであって、「彼らの変わらぬ本性は同性婚をこのような重大な誓約 (commitment) への唯一の径路とすべきことを要求する」⁽⁴⁰⁾。つまり、彼らは、異性婚と異なる、新たな人的結合としての保護を求めているのではなく、まさに、異性婚と同じ「婚姻」制度に入る権利を求めているのである。したがって、法廷意見末尾で語られた「彼らは、法のまなざしの中での対等な尊厳 (equal dignity) を求めている。憲法は、そのような権利を彼らに与えている」⁽⁴¹⁾という印象的な行論は、異性間・同性間に関係なく、人々にとって「重大な誓約の唯一の径路」として「婚姻」が重要なものであること、そして、その限りで、異性間と同性間の婚姻関係は対等に扱われるべきものであることを意味するものとして理解すべきであろう。

そして、このような両者の対等性にもかかわらず、同性カップルを婚姻制度から排除することは、彼らに「我々の憲章によって禁じられる類のスティグマと権利侵害を課すものであることを認めざるを得ない」⁽⁴²⁾。しかも、このようなスティグマや権利侵害の実質的效果は、それを憲法違反とする判決が下されることで直ちに消え去るものではない。言い換えれば、この種のスティグマや権利侵害を通じて被った「尊厳毀損 (dignity wounds)」は、一筆をふるうだけでは必ずしも治癒され得ない⁽⁴³⁾のである。このように述べて、法廷意見は、同性婚を認めない州法を違憲とすることで、同性カ

ツプルの「尊厳毀損」に対する救済を図ったのであった。⁽⁴⁴⁾

第三節 「婚姻家族」という結節点と「対等な尊厳」

1 「婚姻家族」という結節点

以上、二つの意見を整理すると以下ようになる。まずもって、Roberts 長官の反対意見は、列挙されていない権利であるところの「婚姻の自由」の保障根拠を〈異性カップルとそのカップルの「生殖」によって生まれた子から成る家族〉の保護に置く。これが「婚姻の自由」の伝統的な理解なのであって、その結果、「婚姻の自由」は、自然生殖による子の出産が想定しえない同性カップルには認められない。つまり、Roberts 長官が想定する憲法上の「家族モデル」は、原則として、夫婦間の「生殖可能性」と親子間の「血縁関係」を前提とする家族である。それに対して、Kennedy 判事は、「婚姻の自由」の本質を、個人の自律①、二人組の結合の間でなされる相互誓約②、親による子の養育教育③、そして、社会制度としての「婚姻」の重要性④に見出すことで、同性間の関係も「婚姻」に含めることができるという。つまり、Roberts 長官の反対意見とは対照的に、Kennedy 判決の法廷意見においては、夫婦の「生殖可能性」や親子間の「血縁関係」は、「婚姻の自由」が認められるための絶対的な条件だとは考えられていない。異性愛・同性愛の性的指向性に関係なく、〈カップルとそのカップルの子からなる家族〉こそが、Kennedy 判事が想定する憲法上の「家族モデル」なのである。

もっとも、両者が「婚姻の自由」の保障根拠について見解を異にするにもかかわらず、以上の整理からは更に、両者ともに憲法が保護を予定している「家族モデル」として、「婚姻関係」と「親子関係」の連続性を重視する「婚姻家族」を念頭に置いているということが明らかとなる。言い換えれば、両者の婚姻観・家族観は、「生殖可能性」や「血縁関係」といった家族関係の生物学的な側面に対する評価の違いを別にすれば、「婚姻家族」という家族形態が、子どもを

養教育する場として機能してきたと考える点で一致する。これは、両意見の「婚姻の自由」の解釈を架橋する重要な結節点と言えるだろう。同性間への婚姻制度の拡張を義務付ける際に援用された「対等な尊厳」の観念も、その射程を正しく把握するためには、このような「婚姻家族」の保護を共通了解とする「婚姻の自由」の文脈に位置付けて理解する必要がある。

2 解釈の提示とその問題点

そこで、法廷意見が「婚姻の自由」の解釈に際して、以上のような「家族モデル」を念頭に置いていると言えるのであれば、「対等な尊厳」の射程に関して、以下のような解釈を提示することができるだろう。すなわち、法廷意見における「対等な尊厳」の眼目は、婚姻制度へのアクセスを望む者が、不当な理由で、「婚姻」という「地位ないしは身分」を取得する権利⁽⁴⁵⁾を否定されないことにあり、あくまで、その射程は、「婚姻家族」の枠内、すなわち、「婚姻関係」と「親子関係」を一体的に把握する「家族モデル」の枠組みから逸脱するものではない、という解釈である⁽⁴⁶⁾。

もともと、本稿の提示する解釈を含め、「婚姻家族」を憲法上の「家族モデル」だと想定すること、それ自体に問題がないわけではない。子どもの養教育において、「婚姻家族」の役割を強調する見解に対しては、当然、「婚姻関係」のみが、子どもに対する親の権利および責任が発生する排他的要因ではないとの批判が向けられるだろう⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾。すなわち、「婚姻の自由」の保障根拠に「夫婦間の生殖可能性」や「親子間の血縁関係」の存否を考慮し、「尊厳」の観念の援用すらも否定する Roberts 長官の見解ならまだしも、「親による子の養教育」⁽³⁾という考慮要素を、同性カップルに「婚姻の自由」を承認すべき理由のひとつに挙げる Kennedy 判事の法廷意見においては、何故、「対等な尊厳」が「婚姻家族」に類似する同性間の家族形態にのみ及び、婚姻外の事実上の家族関係には及ばないのか、その十分な説明が求められる。さもなくば、「親による子の養教育」という事実を基点に、「婚姻の自由」の保障範囲は、実際に子の養教育

に関わっている事実上の婚姻関係や複婚重婚関係にまで際限なく広がっていく。Roberts 長官が危惧するように、上述の四つの構成要素から規定される「婚姻の自由」と「対等な尊厳」の觀念の關係性を十分に説明することなしには、「対等な尊厳」が複婚の承認要求にまで及ぶ潜在的可能性を否定することは困難なのである。⁽⁴⁹⁾

そこで、この論点を更に深めるために、次章では、「対等な尊厳」の射程が、複婚の承認要求には及ばないとする学説 (Kenji Yoshino) と、その射程が、「婚姻の自由」が前提とする「婚姻家族」の枠を超えて、婚姻外の家族形態や未婚の者にまで及ぶとする学説 (Laurence H. Tribe) をそれぞれ検討する。これらの学説の検討を踏まえることで、「対等な尊厳」の射程が「婚姻家族」の枠内に留まるとする、筆者自身の解釈の妥当性が明らかになるだろう。

- (22) *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2593 (opinion of the court).
- (23) *Id.* at 2613 (Roberts, C.J., dissenting).
- (24) *Id.*
- (25) *Id.* at 2613-2614 (citations omitted).
- (26) *Id.* at 2614 (quoting: *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 386 (1978)).
- (27) *Id.* (citations omitted).
- (28) *Id.* at 2601 (opinion of the court).
- (29) *Id.* at 2594.
- (30) *Id.* at 2596.
- (31) *Id.*
- (32) *Id.* at 2600.
- (33) 388 U.S. 1 (1967).
- (34) 434 U.S. 374 (1978).
- (35) 482 U.S. 78 (1987).
- (36) *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2599 (opinion of the court).
- (37) *Id.*

- (38) Id. at 2599.
- (39) Id. at 2601.
- (40) Id. at 2594.
- (41) Id. at 2608.
- (42) Id. at 2602.
- (43) Id. at 2606.
- (44) 「対等な尊厳 (equal dignity)」 「尊厳毀損 (dignity wounds)」 の訳出にあたっては、駒村圭吾「人格的自律権構想を振り返る」公法研究七八号 (二〇一六年) 一六一—一八頁の訳語を参考にした。
- (45) 駒村・前掲(44)一七頁では、法廷意見が「尊厳毀損」を根拠に法令を違憲無効とした趣旨として、①「尊厳の権利 (right to dignity)」の本格導入の可能性と②尊厳を status (地位ないしは身分) として理解する可能性が示されている。本文の叙述は後者の可能性に依拠したものである。
- (46) 本稿と同じ方向性にあると思われる論考として、上田宏和「Obergefell 判決における同性婚と婚姻の権利」創価法学四五巻二号 (二〇一五年) 一頁以下がある。上田は、法廷意見において「四つの原則のうちの二つに、婚姻は二人の結合をサポートするとの原則」が提示されていることに着目して、重婚等の「新たな婚姻問題への事前回避が意図されていた」ことを指摘する (二八頁)。この指摘を踏まえるならば、「二人の結合」という要素を「婚姻の自由」の保障根拠として重視する限り、「対等な尊厳」の射程は、あくまで、性的指向性を問わない、二人組の婚姻関係の承認に留まると理解することができる。上記の論文を含め、同性愛・同性婚に関する一連の合衆国最高裁判例を「自己決定権」という観点から体系的に分析したものとして、上田宏和「自己決定権」の構造 (成文堂、二〇一八年) がある。ただし、日本の憲法学では馴染みのある「自己決定権」という表現自体を合衆国の最高裁判所が直接的かつ明示的に用いているわけではないことに留意されたい。
- (47) See, e.g., June Carbone, *The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity*, 65 Louisiana Law Review 1295 (2005).
- (48) 「婚姻の自由」の解釈において「婚姻家族」が子の養教育において果たす役割を強調し過ぎることは、婚姻外で子の養教育を担ってきた未婚の親に対する否定的評価に繋がりがかねない。このような帰結は、非嫡出親子関係にも憲法上の保護を与えてきた最高裁それ自体の先例とも矛盾するものである。例えば、非嫡出子と未婚の父との養子縁組に関する差別的取り扱いが問題となった Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972) では、「未婚の親と非嫡出子から成る」家族の絆は、たいてい、より規格化された家族の結合 (a more formally organized family unit) の中で生じるものと似てくらし、温かく、恒久的で、重要な結合なのである」として、非嫡出親子関係にも憲法上の保護が及び得るべきが示唆されていた。また、Stanley 判決の後続判例では、未婚の父と非嫡出子の親子関係の保護の条件として、親子間の血縁関係の存在のみならず、実質的な父子関係が形成されていたことの事実を求めている。See, e.g., Quiloin v. Walcott, 434 U.S. 246 (1978), Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1979), Lehr v. Robertson, 436 U.S. 248 (1978). 実際に子の養教育の担い手となっている未婚の親や婚姻外のカップルに対して、どのような憲法上の保護を与えて

いくべきかという問題は、憲法上の「婚姻」とは異なる憲法上の「家族」の問題として別途検討されるべき事柄である。

- (49) Roberts 長官は、法廷意見に対して、「対等な尊厳」は、複婚を求める基本的権利の主張にも同等の効力をもって適用されるのではないかと批判を向けている。「婚姻の核心的定義において、男女という要素 (the man-woman element) が維持され得ないのに、なぜ二人組という要素 (the two-person element) が維持され得るのか、法廷意見は何ら根拠を提示していない」(Obergefell, 135 S. Ct. at 2621 (Roberts, C.J., dissenting))。

第二章 「対等な尊厳」の射程について——「反從属原理」と「構造的解釈」

本章では、「対等な尊厳」の射程に関する学説の相互比較を行うことで、「対等な尊厳」の射程が「婚姻家族」に留まるとする筆者自身の解釈の妥当性を問う。まず、学説のたたき台となっている Obergefell 判決法廷意見における「自由」の定式を確認し(第一節)、それに対する学説の評価を、「対等な尊厳」の射程を限定的に解する Kenji Yoshino (第二節)、全方位的に解する Laurence H. Tribe (第三節)の順序でそれぞれ検討していく。最後に、これらの学説に対する評価と批判も兼ねて、「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る(第四節)。

第一節 Obergefell 判決における自由の定式

合衆国憲法において、「婚姻の自由」や「親の権利」などの家族の形成・維持に関わる諸権利は、修正一四条のデュープロセス条項上の「自由 (liberty)」として保護されてきた。すなわち、これらの諸権利は、憲法典に列挙されていないが、基本的重要性を有する権利であることから、合衆国憲法において保障されるべき「基本的権利 (fundamental rights)」であると理解されている。他方で、これらの諸権利は、憲法典に列挙されておらず、修正一四条上の「自由」の文言の解釈を必要とすることから、裁判所によって、主張されている権利が「基本的権利」であるのか否かを判断することが求められる。その際、裁判所による恣意的な「自由」解釈を統制するために確立された解釈方法論こそ、

Washington v. Glucksberg 事件判決における以下の定式である。すなわち、「基本的権利」として保護されるためには、「その基本的諸自由が『犠牲にされては自由や正義があり得ないほど、秩序ある自由の観念の中に含意され』、かつ、『合衆国の歴史と伝統の中に深く根付いたもの』であること」が必要であり、加えて、裁判所には「その主張された基本的な自由の利益の『慎重な記述』」が求められる。⁽⁵⁰⁾ Cass Sunstein によれば、前半の「歴史と伝統」を重視する「基本的権利」解釈は、デュープロセス条項の過去志向の性質を表しており、平等保護条項の将来志向の性質に対置される。⁽⁵¹⁾ このような理解に従えば、「自由」と「平等」の関係は、同一の条文にあつて、伝統的な権利を保護する契機とそれに対峙する批判の契機という一種の対抗関係にあることがわかる。また、後半の「自由の慎重な記述」からは、主張されている権利が可能な限り具体的に記述された権利であることが求められる。それゆえ、最高裁判所が、このような権利認定の基準を維持する限り、同性間の婚姻の自由は、伝統的に保護されてきた異性間の婚姻の自由とは異質な「新しい権利」として認識され得る。そして、この「新しい権利」としての「同性婚の権利」が従来 of 「婚姻の自由」とは異質なものである以上、Glucksberg 判決の定式における「歴史と伝統」の要件を満たさないことは言うまでもない。⁽⁵²⁾

それに対して、Obergefell 判決の自由の定式は、以下の二点で、Glucksberg 判決の自由の定式と異なる様相を呈している。第一に、本件で問題となっている「同性カップルの婚姻する自由」という権利の本質から、Glucksberg 判決で行われた「慎重な記述」を採用することは適当ではないとして、より包括的な「自由」の定式が採用されていること。⁽⁵³⁾ 第二に、「自由」と「平等」の「相互関係 (interrelation)」・「相乗効果 (synergy)」⁽⁵⁴⁾ すなわち、実体的デュープロセスと平等保護原則の二つの原理の「動態 (dynamic)」⁽⁵⁵⁾ が「婚姻する権利の本質的性質 (the essential nature of the marriage right)」⁽⁵⁶⁾ を理解させ、また、その権利制約の「本質的不平等 (in essence unequal)」⁽⁵⁸⁾ を特定し矯正するのに役立つとしていることである。Cass Sunstein の用語法に倣うならば、実体的デュープロセス条項の「自由」の認定に平等保護条項が持つ未来志向の性質が加味されている。「本法廷は、平等保護条項を解釈するにあたって、新たな見識や社会的理

解が、かつては顧みられることも異議が唱えられることもなく見過ごされてきた我々の最も基本的な制度における正当化できない不平等を明らかにし得ることを認めてきた⁽⁵⁹⁾。つまり、法廷意見は、「自由」と「平等」が相互に関連するものであることを強調することで、これまで「歴史と伝統」に強く拘束されてきた修正一四条の「基本的権利」解釈のなかに、平等保護条項が持つ未来指向の性質、すなわち、「婚姻」に関する「新たな見識や社会的理解」といった観点を持ち込むことを可能にしたのである。

ところで、法廷意見のなかでしばしば見られる「動態」という印象的な言葉は、「自由」と「平等」の「動態」とは異なる文脈でも用いられている。そのもうひとつの「動態」こそ、「婚姻」が時代を超えて重要であり続けたという意味での「動態」である⁽⁶⁰⁾。「人類の歴史を紐解くと、その最初の頁から最新の頁に至るまで、婚姻が卓越した重要性を有することがわかる。男女の生涯にわたる結合は、すべての者に、その人生における社会的地位に関係なく、常に崇高さと尊厳を約束してきた。〔中略〕その動態 (its dynamics) は、二人の人 (two people) に、一人では見出し得なかったであろう人生を見出させる。というのも、婚姻が、まさに二つの人格 (two persons) を超越するものとなるからである。

婚姻は、最も基礎的な人間の必要性に源を発して、我々の最も重要な希望と切望にとって不可欠なものとなる⁽⁶¹⁾。このような恒久的な重要性を持つ「婚姻」にアクセスすることこそ、上訴人ら同性愛者が求めていた権利に他ならない。そして、この「婚姻」という結合こそ、異性愛・同性愛の性的指向性に関係なく、すべての者の「崇高さと尊厳」を約束するものであった。ここに、本稿が、*Obergefell* 判決の「対等な尊厳」の射程を「婚姻家族」に留める所以がある。

以上のように、「動態」という言葉に焦点を当てて法廷意見を読み直すと、Kennedy 判事が、異なるが関連するふたつの文脈で「尊厳」という観念を用いていたことがわかる。ひとつが、「自由」と「平等」の「相互関係」「相乗効果」によって導き出される「尊厳」の観念であり、もうひとつが、アメリカ社会において恒久的な重要性を持つが故に、「婚姻」が人々に与える「崇高さと尊厳」であった。とりわけ、前者において、「自由」と「平等」の基底をなす「尊

厳」の觀念が、婚姻における女性差別の歴史や先例と結び付けて語られていた点は重要であろう。「このような区別は、男女間の対等な尊厳を否定するものであった」⁽⁶²⁾。そして、この「対等な尊厳」の照準は、言うまでもなく、本件における異性間と同性間の「性的指向性」に基づく区別にも向けられる。というのも、「婚姻」が人々に「崇高さと尊厳」を付与する重要な制度であることから、その「婚姻」における区別に対しては厳格な態度をもって向き合わなければならないからである。こうして、異なるふたつの文脈で語られた「尊厳」の觀念は、相互に絡み合う形で、同性間の婚姻関係の保護の必要性を高め、性的指向性の違いという理由のみでは同性婚の否定を容認できないという結論へと裁判所を至らしめた。

このように考えると、次に、「対等な尊厳」という觀念が、二人組からなる「婚姻」という関係の枠を超えて、その他の人的結合の保護にまで及ぶのか否かが問題となる。ここで主として想定される人的結合は、既存の婚姻制度の利用を自発的に拒否する「事実婚」や、アメリカの西部やカナダを中心に一部の宗教団体で行われている「家父長的な複婚関係 (polygamy as polygyny)」⁽⁶³⁾ などである。「複婚を求める対等な尊厳」を援用して、「対等な尊厳」の射程の不明確さを指摘した Roberts 長官の批判もこの点に関わる。仮に Obergefell 判決における「対等な尊厳」の理解を肯定するのであれば、如何なる理由に基づいて、「二人組のカップル (a couple)」から成る単婚と、複数のカップルから成る複婚を区別し得るのかを説明する必要があるだろう。「対等な尊厳」は、誓いを交わし合った二人組のカップル (a committed couple) とその子から成る「婚姻家族」にのみ宿るのか否か。以下では、この点を検討するために、「対等な尊厳」の射程を限定的に理解する Kenji Yoshino と、全方位的に理解する Laurence H. Tribe の見解をそれぞれ見ていくことにしたい。⁽⁶⁴⁾

第二節 「対等な尊厳」の射程①——Kenji Yoshino の「反従属原理」

1 「反従属原理」による同性婚の保護と複婚禁止の正当化

Obergefell 判決における「対等な尊厳」の射程を「反従属原理 (antisubordination principle)」を用いて説明するのが、Kenji Yoshino である。Yoshino は、同性愛者のソドミー行為を禁止する州法を違憲と判断した Lawrence v. Texas 事件判決⁽⁶⁵⁾および Obergefell 判決で顕わとなった「自由」の像を、「反従属的自由 (antisubordination liberty)」と呼ぶ。この「反従属的自由」とは、実体的デュープロセスの分析枠組に、歴史的に従属的な地位に置かれてきた集団の「自由」が承認または否定されることに伴う「効果 (impact)」を重要な考慮事項として組み込む「自由」権解釈を指す⁽⁶⁶⁾。この「反従属的自由」の要点は、経済的に恵まれない人々や、国籍・人種・宗教・性別といった属性に基づく少数派など、いわゆる「傷つきやすい集団 (vulnerable groups)」の「対等性」や「反従属性」を実体的デュープロセス条項上の「自由」権解釈の中に組み込む点にある。そして、この「反従属的自由」を展開したとされる Obergefell 判決の「自由」の定式は、「傷つきやすい集団への効果」に基づく「対等性」または「反従属性」という考慮要素 (equality concerns, antisubordination concerns) を「自由」権解釈の判断枠組に組み込んだ点で、最高裁がこれまで採用してきた伝統的な「基本的権利」解釈とは一線を画すものであると説かれる⁽⁶⁷⁾。Yoshino から言わせれば、Lawrence 判決や Obergefell 判決は、「反従属的自由」を展開したデュープロセス条項に関する諸決定として理解すべきであり、例えば、同性愛者差別が問題となる事案において、これを単に平等保護条項の問題として処理するのではなく、敢えて、デュープロセス条項に依拠して判断を下すことこそが、「平等保護条項に基づく決定がこれまでなし得た以上に、ゲイやレズビアン⁽⁶⁸⁾の真に、対等な利益を保護する」ことに資するという。

さて、このように Obergefell 判決を読み解く Yoshino の議論枠組において、同性間に婚姻制度を拡張する際に援用

された「対等な尊厳」の観念は、如何なる射程を有するものであろうか。この点につき、Yoshinoは、法廷意見の理由付けが、複婚の承認要求を否定する根拠を何ら提示できていないとする Roberts 長官の批判⁽⁶⁹⁾に応答するかたちで、その説明を試みている。Yoshinoの見立てによると、確かに、法廷意見は、対等な尊厳の観念が複婚の承認要求にも及ぶという「不測の事態」に直接答えてはいないが、Kennedy 判事の分析枠組から、この不測の事態に対する先手を読み取ることができるという⁽⁷⁰⁾。その分析枠組こそ、先述した「反従属原理」に基づく「基本的権利」解釈である。

Yoshino曰く、

「反従属原理は、基本的権利としての複婚の結合の承認に強力な制限を課すだろう。その将来の原告に対して、反従属原理は、支援の手を差し伸べない。同性婚の禁止は、ゲイである個人に性的に惹かれるかもしれない誰かと婚姻することを禁止する。対照的に、複婚の禁止は、複婚志向の個人に、性的に惹きつけられるかもしれない誰かとの婚姻を禁ずるのではなく、そのような二人以上の個人 (more than one such individual) との婚姻を禁止するのである。不朽の名作であるアリスに譬えると、なんにも持っていないかったのであれば、もったくさん持つこともできないのである (one can't have more, if one hasn't had any)」。この違い、すなわち、なんにも (any) ともったくさん (more) の間の違いは、人間の孤独を避けることを主張する Kennedy 判事にとって重要であるように思われる」⁽⁷¹⁾。

つまり、同性愛者は、婚姻制度へのアクセスが否定されることで、性的に惹かれ合う他者との親密な関係を安定的で確固たるものにすることができず、その結果、必然的に孤独な状況に追いやられるのに対して、複婚志向の個人は、既存の二人組からなる婚姻制度へのアクセスが認められている限りで、必ずしも孤独な状況に置かれていたとは言えない。このことを「反従属性の考慮」という観点から敷衍するならば、同性婚の禁止は、同性愛者を必然的に孤独に追いやるが故に「反従属性の考慮」の必要性を高めるのに対して、複婚の禁止は、複婚の承認を主張する者たちは必ずしも孤独

ではないことから、この要素が考慮されることにはならない。むしろ、複婚の承認は、夫が彼の妻たちを従属させることになるという懸念を引き起こすのであって、複婚の禁止は、間違いなく、そのような夫と妻の従属的な関係を防止することになるという理由で正当化される⁽⁷²⁾。

以上のように、Yoshinoの「反従属原理」に基づく「自由」の分析は、当該権利の主張者が「傷つきやすい集団」であるか否か、その者が何らかの理由で「従属的な」関係に置かれているか否かを考慮して、その者への「自由」の拡張の存否を判断するものである。そして、この「対等性の考慮」または「反従属性の考慮」が、Yoshinoの議論枠組において、「自由」権解釈における重大な考慮事項として考えられている以上、Obergefell判決の「対等な尊厳」の射程も、これら「対等性」「反従属性」の考慮可能性に応じて変化するものと言わざるを得ない。つまり、対等な尊厳」は、権利主張者の「対等性」「反従属性」に依存する概念なのである。

以上要するに、このYoshinoの立論に従えば、権利主張者として「対等性」「反従属性」を観念し得ない複婚志向の個人には、「対等な尊厳」を援用する資格が無いことになる。あくまで「対等な尊厳」が問題にするのは、社会の構成員のすべてに認められるべき「基本的権利」を「もつとたくさん持つてないこと (one can't have more)」ではなく、それを一部の個人や集団が「なんにも持つていないこと (one hasn't had any)」なのである。

「お茶をもっとおあがんさい (Take some more tea)。そあ、どうぞ、どうぞ」と三月兎がアリスにいました。

「あら、わたし、まだなんにもいたてないわよ (I've had nothing yet)」とアリスはすっかり気分を害されて、とげとげしくいいました。『だから、もつとなんていただけないわ (so I can't take more)』。

「あんたはまだなんにも口にいれていないのに、なんにもよりもつと少ない馳走には与れんといいたんだらう (You mean you can't take less)。もつと多く飲み食いするのはわけないじゃないか (it's very easy to take more than nothing)」と帽子屋はごうせした」。

「誰もあなたの屁理屈を聞かせてほしいなんて頼んでやしないわ」⁽⁷³⁾。

2 「自由基底的な尊厳」対「平等基底的な尊厳」

以上のように、Obergefell判決に関するYoshinoの見解が、「平等」権解釈の新たな理論枠組を示す議論としてではなく、「自由」権解釈の新たな次元を示すものとして展開されていたことは特筆に値する。『新たな自由の誕生? (A New Birth of Freedom?)』と題されたObergefell判決の評釈は、まさに、最高裁判例における「自由」の意味の変化を問うものであった。同様に、Yoshinoの「自由」権解釈のこだわりは、Obergefell判決における同性婚の問題を「自由」の問題として扱うか、「平等」の問題として扱うべきかという問題設定に対する評価の場面においても看取でき、最高裁が、平等原則に基づく判断でアプローチするのではなく、「自由」権解釈を基礎にしたアプローチを採用したことを肯定的に評価していることがわかる。⁽⁷⁴⁾「デュープロセスの反從属的な構成要素が、将来の『自由』保障の適切な理解を導き得る」との指摘があるように、彼の関心は、徹頭徹尾、Obergefell判決で示された「自由」権解釈の発展可能性に向けられていると言えるだろう。⁽⁷⁵⁾

このように、Yoshinoが、ひとつの事案で「自由」と「平等」の双方が問題となる場合には、「自由」を基礎とした主張を構成すべきだと説くことには理由がある。その理由のひとつとして挙げられるのが、「多元主義の不安 (pluralism anxiety)」を背景とする、平等保護理論に対する最高裁判所の否定的評価である。⁽⁷⁶⁾現代のアメリカ社会は、移民や社会運動などを通じて、「新たな」種類の人々 (“new” kinds of people) や「新たに可視化された」種類の人々 (“newly visible” kinds of people) の存在が認識されつつあり、このような新たな集団の存在は、最高裁判所をして「疑わしき範疇」に基づく厳格審査や差別的効果の法理などの代表的な平等保護理論を終焉させるに至らしめたという。⁽⁷⁷⁾最高裁判所にとって、ある特定の集団を「その他の多種多様な集団から区別する原理的な方法を見出すことが困難」である以上、「多元主義

の不安」を煽るような「疑わしき範疇」論などの平等保護理論を採用することはできないのである。⁽⁷⁸⁾

とはいえ、最高裁判例において、まったく少数派の権利保護が図られてこなかったわけではない。Yoshino の理解が正しければ、最高裁判所は、「多元主義の不安」をますます煽るような「集団基底的な平等の分析枠組 (group-based equality analysis)」ではなく、「自由の分析枠組 (liberty analysis)」に依拠して少数派の権利保護を図るという判断手法へと転換したというのである。⁽⁷⁹⁾ 例えば、先述の Lawrence 判決は、同性愛者の性的行為のみを処罰した点で、伝統的な平等保護の論拠を容易に取り得る事案であつたとされる。それにもかかわらず、最高裁が、デュープロセスの「自由」を論拠にソドミー法を違憲無効と判断したのは、裁判所にとって、Lawrence 判決の事案を同性愛者という「集団」に対する差別の事案として理解するよりも、同性間・異性間の性的指向性に関係なく、合衆国のすべての人民、いいしは市民に認められている普遍的な「自由」が否定されている事案であることを強調する方が、「多元主義の不安」を煽らずに済み、多くの者の共感的理解を得られ易かつたからであるという。Yoshino は、このような多数派の共感的理解の獲得を目指す「自由」の主張を、Lawrence 判決で繰り返し言及されていた「尊厳 (dignity)」という言葉に絡めて、「自由基底的な尊厳 (liberty-based dignity)」の主張と呼ぶ。⁽⁸⁰⁾ そして、この「自由基底的な尊厳」の主張の方が、「集団」の属性を基礎とする「平等基底的な尊厳 (equality-based dignity)」の主張よりも、「多元主義の不安」が増加する時代において、裁判所が「平等」を実現するためのより良い手段であり、「新しいヨリ広範な意味での『われわれ』 (‘a new broader sense of ‘we’)」を形作ることに資するといふのである。⁽⁸¹⁾

3 新しい平等保護の時代?

ここで注意しておきたいのは、Yoshino の「反従属的自由」が、集団間の「対等性」「反従属性」を憲法適合性判断の重要な考慮要素としながらも、その考慮要素を「自由」権解釈の枠組みのなかに組み込んでいる点で、同じく「反従

属原理」を支持する他の論者と立場を異にしていることである。例えば、Kenneth E. Karst や Ruth Colker の所説を援用して、市民的地位の格下げの禁止を「平等権」の問題として構成する安西文雄⁽⁸⁴⁾や、被差別者集団に与える「結果、影響、効果」を平等審査の審査密度を高める考慮事項として考える白水隆⁽⁸⁵⁾などの見解は、自由権の実体的内容から独立した意義を「平等」の理念そのものに見出す点で、上述の Yoshino の見解とは明らかに異なっている。つまり、「反従属性」という観点を重視する論者の間においても、それを「自由」権制約の問題として構成するか、「平等保護」「平等権」の問題として構成するかに関して、見解が一致しているわけではない。少なくとも、後者の立場に立つ論者が、伝統的な平等保護法理の終焉を示唆する Yoshino の見解に対して、「『古い』平等保護は、まだ息絶えていない⁽⁸⁶⁾」と答えるのは確かであろう。

「自由」権を重視する Yoshino の立場から離れて、Obergefell 判決のような事案を「平等権」の問題として構成することには、確かに、それ相応の利点がある。例えば、既存の家族法が想定しない新たな婚姻関係や家族関係の保護が訴訟で問題となる場合に、これらの家族形態の承認要求を「婚姻する権利」として構成することは、結果的に、憲法上保護されるべき家族とそうでない家族の判断を裁判所に求めることになる。それとは反対に、「平等権」を基礎とするアプローチであれば、当該権利利益の重大性に関係なく、区別それ自体を問題にすることができるため、憲法上の保護に値する婚姻や家族形態が何であるかを問わずに済む。それゆえ、「平等権」の立場からは、「婚姻する権利」の重要性を説いた Obergefell 判決の立論に対して、婚姻する権利が基本的権利に当たるか否かを問うのではなく、「平等権の問題として正面から対応すべきであった」との批判が向けられている⁽⁸⁷⁾。

しかし、繰り返しになるが、「何を、何のための条件を平等にするのか」という問いに「平等」そのものは答えない。Yoshino が、ひとつの事案で「自由」と「平等」の双方が問題となる場合には「自由」を基礎とした主張を構成すべきだと説いたのも、「平等」が問題とする「集団」間の差異や区別それ自体を超えて、合衆国憲法における「自由」の条

件を正面から問うことでこそ、これまで従属的な地位に置かれてきた少数派集団に対する不平等をより良く是正することができると考えるからである。つまるところ、このような真の意味での対等な利益の実現は、「自由」の理念を問うことなしには図られ得ない。

そして、ここで Yoshino が掲げる「自由」の理念こそ、アメリカ合衆国のすべての人民、ないしは市民が、何らかの普遍的な「自由」を享受すべき地位にあることを想定する「自由基底的な尊厳」の観念である。Yoshino にとって、「婚姻の自由」とは、このようなすべての人民、ないしは市民に認められるべき普遍的な自由なのであって、まさに、この自由の否定は、合衆国の人民ないしは市民としての対等な地位の否定に他ならない。それゆえに、Obergefell 判決は、同性愛者の「婚姻の自由」が「対等な尊厳」という観念のもとで問題となり得た事案なのである。

もちろん、そもそも「婚姻の自由」が国家の存在を所与の前提としない「普遍的な人権 (universal human rights)」⁽⁸⁸⁾とまで言えるかどうかは重大な論点である。これに加えて、如何に「婚姻の自由」の普遍性を強調したところで、普遍的な自由の観念それ自体は、「対等な尊厳」を援用して同性婚に保護を与えることが、「非婚 (nonmarriage)」のような「婚姻のオルタナティブ」を「尊厳付けられず、重要ではなく、価値のない」ものとして扱うことになるのではないかと疑念⁽⁸⁹⁾に対して、十分な説明を与えるものとはなっていない。

それでは、このような疑念を解消し得ていないからといって、「婚姻する権利」の重要性に結び付けられるかたちで援用された「対等な尊厳」という観念は、直ちに放棄されるべきなのであるか。この問いに対して、婚姻の特権化という問題意識を共有しつつ、「対等な尊厳」の観念を合衆国憲法の「構造 (structure)」に位置づけることで、その救出を試みたのが、Laurence H. Tribe である。次節では、彼の Obergefell 判決の評釈を手掛かりに、Yoshino とは異なる「対等な尊厳」の理解を検討する。

(50) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 721 (1997) (citations omitted) (quoting: Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 503 (1977) (opinion of the

- court), *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 325 (1937), *Reno v. Flores*, 507 U.S. 302 (1993).
- (15) *Cass R. Sunstein, Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection*, 53 U. CHI. L. REV. 1161, 1163 (1988).
- (16) See, e.g., *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2640 (Alito, J., dissenting) (quoting: *Glucksberg*, 521 U.S. at 721) (「本法院は、デュープロセス条項のもとある『自由』とは、『我が国の歴史と伝統に深く根付いた』権利のみを保護するものと理解されるべきであると判示してきた。」「同性婚の権利がこれらの権利の中になじくとは議論の余地がない。」)
- (17) *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2602 (opinion of the court), 法院意見は、なぜ *Glucksberg* 判決で問題となった権利（物理的自殺幫助の権利）と本件の「婚姻及び親密な関係を含む基本的権利」が区別し得るのかを明言してはいないが、この行論が含まれる節の冒頭で「婚姻する権利を定義する上で、本法院の先例は、この親密な紐帯に内在する歴史・伝統・その他の憲法的諸自由に依拠して当該権利の本質的性質を特定してきた」と述べられていること、更に、続く段落でも「婚姻する権利」「婚姻制度」の重要性に関する言及がなされていたことを踏まえると、本件で問題となる権利の本質からして、*Glucksberg* 判決における権利と同性愛者の「婚姻する権利」は同質ではないこと、すなわち、後者がより人格的に重要であることが示唆されているように思われる。
- (18) *Id.* at 2603.
- (19) *Id.*
- (20) *Id.* at 2603, 2604.
- (21) *Id.* at 2603.
- (22) *Id.* at 2604 (「被告らによつて施行された婚姻法は本質的に不平等である」).
- (23) *Id.* at 2603-2604.
- (24) *Id.* at 2594, 2596.
- (25) *Id.* at 2594.
- (26) *Id.* at 2603. 男女の不平等の典型例として、婚姻中の女性を無能力者として扱う「妻の地位 (coverture)」が挙げられている。判決文中では、このような男女間の性に基づく差別が「新たな認識」に応答する形で是正されていたことが描写されている。
- (27) 「ポリガミー (polygamy)」、通常、日本語では「複婚 (plural marriage)」と称される複数の婚姻カップルの関係を指す言葉は、複数の配偶者と婚姻している状態を意味するギリシア語の “polygamia” に由来する。このポリガミーの形態としては、男性が複数の女性と婚姻関係を結ぶ “polygyny” と女性が複数の男性と婚姻関係を結ぶ “polyandry” の二形態があると言われる。本文で指摘した一部の宗教団体で行われているような複婚関係は、正確には前者の形態を指す。See, STEPHEN MACEDO, JUST MARRIED: SAME-SEX COUPLES, MONOGAMY & THE FUTURE OF

MARRIAGE 148-149 (2015) [hereinafter MACEDO, *JUST MARRIED*].

- (64) Obergefell 判決に関し、Kenji Yoshino と Laurence H. Tribe の論考に触れて検討を加えるものとして、駒村圭吾「同性婚訴訟と憲法解釈——Obergefell v. Hodges 事件判決をめぐって——」[二〇一六]アメリカ法(二〇一七年)二〇九頁以下、白水隆「同性婚の是非——同性婚を認めないことは同性カップルの尊厳を害することになるのか?」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』(成文堂、二〇一六年)三七頁以下、根本猛「同性婚とアメリカ合衆国憲法」静岡法務雑誌第八号(二〇一六年)五頁以下、巻末矢紀「自由と平等の相乗効果——Obergefell 判決が開く憲法理論の新たな地平」樋口陽一・中島徹・長谷部恭男編『憲法の尊厳——奥平憲法学の継承と展開』(日本評論社、二〇一七年)三五九頁以下、山本龍彦「国家的『名誉棄損』と憲法二三条——私生活上の自由／個人の尊厳」判例時報二三三四号臨時増刊『法曹実務に与える近代立憲主義』(判例時報社、二〇一七年)二二七頁以下を参照。
- (65) 539 U.S. 558 (2003).
- (66) Kenji Yoshino, *The Supreme Court 2014 Term: Comment: A New Birth Of Freedom?: OBERGEFELL V. HODGES*, 129 HARV. L. REV. 147, 174 (2015) [hereinafter Yoshino, *A New Birth Of Freedom?*].
- (67) *Id.* at 174-175.
- (68) *Id.* at 174 (emphasis in original).
- (69) *Obergefell*, 135 S. Ct. at 2621-2622 (Roberts, C.J., dissenting).
- (70) Yoshino, *A New Birth Of Freedom?*, *supra* note 66 at 177.
- (71) *Id.* at 177 (emphasis added).
- (72) *Id.* at 177-178.
- (73) ルイス・キャロル著(石川澄子訳)『不思議の国のアリス』(東京図書、一九八〇年)一一一頁(本文中の英語は本稿筆者が LEWIS CARROLL, *Alice's Adventures in Wonderland* (Sunshine Series) Lee and Shepard (1869) から引用したものである。また、斜体は原文、傍点(・)は翻訳、太字は筆者)。また、mad tea-party における数や量の謎解きについては、稲木昭子・沖田知子『謎解き「アリス物語」——不思議の国と鏡の国へ』(PHP新書、二〇一〇年)五七頁以下を参照。°
- (74) Yoshino, *A New Birth Of Freedom?*, *supra* note 66, at 168-169.
- (75) *Id.* at 179.
- (76) Kenji Yoshino, *The New Equal Protection*, 124 HARV. L. REV. 747 (2011) [hereinafter Yoshino, *New Equal Protection*].
- (77) *Id.* at 747-748, 755-768. そのほか、最高裁判所が抱く「多元主義の不安」は、修正一四条第五節の議会権限に基づく公民権立法の否定的評価に与える影響を示している。 *Id.* at 768-776.

- (78) City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473, U.S. 432, 445-446 (1985).
- (79) Yoshino, *New Equal Protection*, *supra* note 76, at 776.
- (80) Id. at 776-779, 792-794, 796.
- (81) Id. at 779, 749-750.
- (82) Id. at 750, 753-754, 797, 802-803.
- (83) See, e.g., Kenneth L. Karst, *Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 Harv. L. Rev. 1 (1977); Kenneth L. Karst, *Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution* (1989); Ruth Colker, *Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection*, 61 N.Y.U. L. Rev. 1003 (1986).
- (84) 安西文雄「平等」樋口陽一編『講座・憲法学 第三卷 権利の保障』（日本評論社、一九九四年）八五-一九一頁、同「自由・平等および公正な人権保障体系」法学教室三二八号（一九九九年）八六-八七頁。安西は「人種などの区別指標に基づく差別が、被差別者に劣等の烙印（stigma）を押し付けるだけでなく、被差別者の「自尊（self-respect）」をも傷つけることを指摘する。後者の「自尊」の觀念に関しては、JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* §88 (rev. ed. 1999)（川本隆史ほか訳『正義論 改訂版』（紀伊国屋書店、二〇一〇年）五七七-五八六頁）、JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 318-320 (expanded ed. 2005) [hereinafter RAWLS, *PL*], 松尾陽「私」の居場所——自尊感情の社会的基盤」片桐直人はか編『憲法のこれから』別冊法学セミナー二四七号（二〇一七年）二六頁以下を参照。
- (85) 白水・前掲注(64)、五六-五八頁、六六-六七頁。白水は「Yoshinoが展開した「反従属的自由」を「平等・審査において目的ではなく結果を重視するアプローチ」(傍点は筆者)だと整理しているが、Yoshinoは「ニュープロセスの「自由」の主張の中に「反従属性の考慮」を組み込んでいたのであって、むしろ、平等権を基礎とする集団的利益の保護に関しては否定的であった。それにもかかわらず、Yoshinoの叙述を平等権侵害の新たな審査枠組を示すものとして理解するのは、「自由」の主張を重視する彼の意図に背くのではないだろうか。
- (86) Kate R. Eyer, *Marriage This Term: On Liberty and the "New Equal Protection"*, 60 UCLA L. Rev. Disc. 2, 5 (2012).
- (87) 白水隆「オバーゲフェル判決を振り返る」立教アメリカン・スタディーズ三八号（二〇一六年）一一八-一二九頁。
- (88) Yoshino, *New Equal Protection*, *supra* note 76, at 792-793. Yoshinoは「疑わしき範疇」論をはじめとする「古い」平等保護から「自由」の主張に基礎を置く「新しい」平等保護への転換が「集団を基礎とする公民権（group-based civil rights）」から「普遍的な人権（universal human rights）」への変化として見なされ得ることを指摘する。もっとも、普遍的な自由について語るためにYoshinoがまずもって念頭に置いているのは、合衆国におけるすべての人民、ないしは市民の間での当該自由の普遍性であって、国際法および比較法的な次元での普遍性をどこまで想定しているのかは明らかでない。
- (89) Melissa Murray, *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, 104 Calif. L. Rev. 1207, 1210 (2016).