

判例研究

実体的適正手続の新たな射程 —いわゆるソドミー法をめぐって —Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558(2003)—

根本 猛

はじめに

「実体的適正手続」(Substantive Due Process)とは誠に分かりにくい自家撞着の概念である。手続についての保障規定によって、自由に対する規制の妥当性に物申そうというのだから、どうしてもうさん臭さが付きまとう。アメリカ合衆国の憲法学において、実体的適正手続は、基本的には否定的なニュアンスで語られてきた⁽¹⁾。

21世紀初頭、実体的適正手続に関する新たな展開があった。2003年のローレンス判決である。同性愛の規制をどうみるかという争点が耳目をひくものであっただけに、賛否双方からの世論の反響も凄まじかったが、憲法学への影響も大きかった。ロー判決以来30年、最高裁判所が憲法上のプライバシー権のよりどころとしてきた適正手続条項による自由の保護に新たな一章を加えたのである。

本稿では、まず簡単に実体的適正手続の前史を振り返った後、ローレンス判決における法廷意見と個別意見(結果的同意意見・反対意見)のやりとりを紹介し、判決の意味や影響などを検討してみたい。

一 実体的適正手続・前史

2世紀以上にわたる合衆国最高裁判所の歴史のなかで、消し去りたい

2つの汚点が、ドレッド・スコット判決(1857年)⁽²⁾とロクナー判決(1905年)⁽³⁾であることは衆目の一致するところだろう。第5修正や第14修正が保護する「自由」の侵害を理由に、前者は奴隷制を支持し、後者は労働保護立法を叩き潰した。いずれも、「自由」の規制内容の——手続ではなく——妥当性を問い、それを否定したのである。

1930年代後半の「憲法革命」によって、こうした考え方が乗り越えられた歴史はよく知られている⁽⁴⁾。いずれにせよ、実体的適正手続は、繰り返してはならない、あるいは触ることさえタブーの、最高裁判所にとってのトラウマみたいなものだった。

1965年のグリズウォルド判決⁽⁵⁾が実体的適正手続論議の転回点となった。夫婦間の避妊具の使用に刑事罰をもつてのぞむ州法は我々の直感に照らせば違憲だろう。最高裁判所も同様に考えたが根拠をどこに求めるか。「多数意見は、それでもこの結論を何とか憲法規定と結びつけようとして」⁽⁶⁾、「半影」理論という我々にとっては訳の分からぬ——多分合衆国民の多くにとっても——理由づけを捻り出した。最高裁判所は「悪夢」の再来を回避しようとしたのである。

同様の規制が未婚者について問題となったアイゼンシュタード判決(1972年)⁽⁷⁾では、今度は避妊具の使用について、既婚者と未婚者とを区別するのは、平等保護条項に違反するという理屈で、実体的適正手続は避けつつ違憲の結論を導いた。

そして、1973年のロー判決⁽⁸⁾である。ロー判決については語り尽くされている⁽⁹⁾が、要は、人工妊娠中絶の決定権は適正手続条項が保護する「自由」に含まれ、この権利は「基本的」であるがゆえに、その制約には厳格審査が妥当するという。実体的適正手続をひどくあっさり復活させたのである。

では、何がこの「自由」に含まれるかについて、最高裁判所は、「伝統と歴史に深く根付いているか」、「秩序ある自由の概念に内在するか」を

問う。本件のローレンス判決が変更したパウワーズ判決(1986年)⁽¹⁰⁾では、同性愛がこの概念には当てはまらないとして、司法による介入が否定された。また、1997年のグリュックスバーグ判決⁽¹¹⁾でも、自殺補助について、同様に否定された。

以上が、今世紀初頭までの実体的適正手続の状況だった。

二 ローレンス判決

1 事実と争点

本件の争点は、テキサス州のいわゆるソドミー法の合憲性である。同法は「同性の者との逸脱した性交」を犯罪と規定している。「逸脱した性交」とは「ある者の性器の一部と別の者の口または肛門との接触」または「別の者の性器または肛門への物の挿入」と定義されている。

テキサス州ヒューストンで警官が別件の通報を受け、上诉人であるローレンス(男性)のアパートに入ったところ(この立ち入り権限については争われていない)、彼と同じく上诉人であるガーナー(男性)とが性行為を行っているのを目撃した。彼らは逮捕後、起訴され、州裁判所で罰金200ドルの有罪判決を受けた。州控訴裁判所も、パウワーズ判決に従い有罪判決を支持した。

連邦最高裁判所は、次の3点を検討するため、裁量的上訴を受理した。

1. 法の平等保護の保障に違反するか?
2. 適正手続条項が保護する自由及びプライバシーの重要な利益を侵害するか?
3. パウワーズ対ハードウィック判決は判例変更されるべきか?

最高裁判所は、6対3の多数決で、原判決を破棄し事件を州裁判所に差し戻した。多数派のうち5裁判官が賛成する法廷意見をケネディー裁判官が述べ、オコナー裁判官は違憲の結論にのみ賛成し、スカリア裁判

官の反対意見には首席裁判官とトーマス裁判官が賛成している。

2 法廷意見 (ケネディー裁判官)

(一) 「自由は、住居や他の私的な場所への政府の不当な侵入から人々を保護している。我々の伝統において、州は、家庭にいつもいる訳ではなかった。また、家庭以外でも、我々の生活や存在に関して、州が支配的な立場にあるべきではない領域がある。自由は、空間的な範囲を越えて存在する。自由は、思想、信条、表現、そしてある種の親密な行為を含む己の自律を前提としている。本件は、空間的な範囲とそれを超越した次元における個人の自由にかかわるものである」

(二) 「我々は、上诉人が……適正手続条項に基づく自由の行使において私的な行為を行うことが成人として自由であったかを判断することによって、本件が解決されるべきであると結論する。このために、我々はパウワーズ判決を再検討することが必要であると考える」

『本件で提起されている争点は、連邦憲法が同性愛者にソドミーを行う基本的な権利を与えているかである』というパウワーズ判決の最初の説示は、問題となっている自由の範囲を正しく認識していないことを示している。パウワーズ判決の争点を単にある種の性的行為を行う権利と言うことは、そうした個人の主張を貶めるものである。それは、ちょうど、婚姻とは性交を行う権利にすぎないと言って結婚したカップルを貶めるのと同じである。パウワーズ判決や本件の法はある種の性的行為を禁止しようとしているだけだが、その不利益や目的は、性的な振る舞いという最も私的な人間の行為と家庭という最も私的な場所にかかわる、はるかに広範な結果を伴っている。法において公式の承認があるか否かにかかわらず、犯罪者として処罰されることなく選択することができる個人の権利に含まれる個人的な関係を規制しようとしている。憲法が保護する自由は、同性愛者に、その家庭と自身の私生活のなかで性的な関

係をもち、なお自由な個人の尊厳を保持することを選択する権利を認めている。

主張されている自由を正しく認識せずに、パウワーズ判決は、ソドミーの禁止は大昔まで溯ることができると述べた。しかし、我が国には、同性愛行為自体に向けられた法には長い歴史はないことを指摘すべきである。初期のアメリカのソドミー法は、同性愛それ自体ではなく、生殖に役立たない性的行為——男女間か男性同士かを問わず——をより一般的に禁止しようとしていた。さらに、初期のソドミー法は、私的に性的行為を行う同意ある成人には執行されなかったように思われる。反対に、ソドミーの訴追は、しばしば、同意出来ない者や同意していない者に対する略奪的な行為にかかわるものだった。すなわち、男性と未成年の少年少女、暴力を伴う成人間、地位の不均衡を含意する成人間、そして男性と動物である。「大昔まで溯る」ことができるどころか、同性のカップルを標的にしたアメリカ法は20世紀の最後の3分の1まで発展しなかった。現在でさえ、9州だけが同性関係を選び出して刑事訴追の対象としている。したがって、パウワーズ判決が依拠した歴史的な理由は、判決で法廷意見やバーガー首席裁判官の同意意見が示しているよりも錯綜しており、疑問の余地がない訳ではなく、少なくとも言い過ぎである。もちろん、パウワーズ判決は、長年にわたり同性愛行為を不道徳であると非難する強力な声があったという、より広い観点を明らかにしているが、当裁判所の職務はすべての者の自由の範囲を確定することであり、自らのモラルコードを強制することではない。前時期後半のわが国の法と伝統が本件には最も関連がある。すなわち、自由とは、性に関連する事項における私生活をどのように行うかに関して成人に実質的な保護を与えることであるという認識が現れていることを示している。

(三)パウワーズ判決の欠陥は、判決後、一層明らかにさえなっている。パウワーズ判決で言及された行為を禁止する法律をもつ25州は、現在で

は13州に減り、そのうち4州が、その法律を同性愛行為に対してのみ執行している。なおソドミーを禁止しているこうした州（テキサス州を含む）でも、同意がある成人の私的な行為については、不執行の見本(a pattern of nonenforcement)がある。

パウワーズ判決後の2つの重要な判決が、その判示にいつその疑問を投げかけている。ケイシー判決では、適正手続条項が保護する自由の実効力が再確認された。判決は、我々の法と伝統が、結婚、生殖、避妊、家族関係、育児及び教育に関する個人の選択に憲法上の保護を与えていることを改めて支持した。「こうした事項は、第14修正が保護する自由の中心である」。同性愛者も、異性愛者と同様に、こうした事柄について自律を求めることができるが、パウワーズ判決はこの権利を否定したのである。

もうひとつは、同性愛者を標的にした法律を平等保護条項違反としたロマー判決である。本件のテキサス州法が平等保護条項に違反する根拠を、ロマー判決が提供するという上訴人らの主張は支持され得るものだが、我々は、パウワーズ判決自体の正当性を問う必要があると結論する。

さらに、テキサス州刑事法が課しているスティグマは取るに足らないものではない。軽罪ではあるが、その者の尊厳に重要な意味をもつ。たとえば、性犯罪の前科や求職時の履歴書の記録に残る。

パウワーズ判決が、広範な文明が共有する価値観に基づいているという点についても、その理由づけと判断は、ヨーロッパ人権裁判所で否定され、他の国でも、同性愛の成人の性行為の権利の保護と矛盾しない行動が採られている。

「先例拘束性の原理は、最高裁判所の判断と法の安定性に与えられる尊敬にとって不可欠なものである。しかし、それは、動かすことができない命令ではない。ケイシー判決において、我々は、最高裁判所が憲法上の自由を承認した先例の判例変更を求められたとき、そうした自由の

存在に対する個人や社会の信頼が、特に強力で判例変更により不利な警告を発すると指摘した。しかし、パウワーズ判決の判示は、承認された個人の権利にかかわるいくつかの事件に比肩する、判例変更により不利な信頼を誘発しなかった。実際、判例変更の強力な理由があるのだから、パウワーズ判決には、その判示の判例変更により不利に作用する個人や社会の信頼はなかった。パウワーズ判決自体、不確実性を引き起こしている——その前後の先例とパウワーズ判決の中核的な判示とが矛盾するのだから」

(四)パウワーズ判決の理由づけは注意深い審査に耐えられない。パウワーズ判決の反対意見でスティーブンス裁判官は、(1)ある州の政治的多数派が伝統的に特定の行為を不道徳とみていることは、その行為を禁止する法律を支持する十分な理由とならない、(2)肉体関係の親密さにかかわる個人の決定は、子孫を残すことを意図しないときであっても、適正手続が保護する「自由」のひとつであると結論した。この分析に、パウワーズ判決は従うべきだったし、本件も同様である。

「パウワーズ判決は、判決時にも正しくなかったし、今日においても正しくない。拘束力をもつ先例としてとどまるべきではない。パウワーズ判決は判例変更されるべきであり、ここに判例変更される。

……本件は、互いに完全かつ相互に同意のうえで、同性愛のライフスタイルにはありふれた性行為を行う2人の成人にかかわるものである。上诉人は、その私生活を尊重される資格がある。テキサス州は、彼らの私的な性行為を犯罪とすることによって、彼らの存在を汚し彼らの運命を支配することはできない。適正手続条項に基づく彼らの自由は、彼らに、政府の干渉なしに、その行為を行う完全な権利を与えている。『政府が立ち入れない個人的自由の領域が存在するというのが憲法の約束である』。テキサス州法は、個人の私生活への侵入を正当化する州の正当な利益を促進するものではない」

3 オコナー裁判官の結果的同意意見

私が加わったパウワーズ判決を判例変更することには同意できないが、本件のテキサス州法が違憲であるという結論には同意する。私は、その理由を実体的適正手続ではなく平等保護条項に基づく。

合理的根拠の基準で審査された経済立法や税法などは通常合憲と判断されてきた。思慮に欠ける決定も民主的プロセスで是正されるというのが憲法的前提だからである。「しかし、『政治的に不人気なグループを害するあからさまな希望』のようなある種の目的は州の正当な利益とはいえないことを、我々は一貫して判断してきた。法が政治的に不人気なグループを害するという欲望を表明しているとき、我々は合理的根拠の審査基準をより厳格な形で適用し、そうした法を平等保護条項に基づき違憲と判断してきた。

本件と同様、違憲と攻撃されている法が個人的な関係を禁止するとき、合理的根拠の審査基準の適用により平等保護条項に基づき法を違憲と判断することが最も多かった。……

本件で争点になっている法律は、『同性の他の個人と逸脱した性交を行う』ときにのみ、ソドミーを犯罪とするものである。しかし、異性間のソドミーはテキサス州では犯罪ではない。すなわち、テキサス州は、同じ行為を、その行為の参加者にのみ基づいて、異なる扱いをしている。本法により処罰されるのは、同性愛の傾向を持つがゆえに禁止された行為を行う可能性が高い者である」

ソドミー法に基づく訴追は稀であり刑罰は比較的軽いものであったとしても、有罪判決の影響は大きい。有罪判決を受けた者は、医療など数多くの職業に就く資格を制限される。また、雇用、家族問題及び住宅など、刑事法とは無関係の分野で同性愛に対する差別を是認する副次的な効果を持つ。

テキサス州は、本法がモラルの増進という州の正当な利益を促進する

と主張する。たしかに、パウワーズ判決は、モラルの増進という利益を指摘して、ソドミーの処罰には合理的根拠がないという主張を退けた。しかし、これは平等保護条項に関する判断ではなかった。

「本件は、平等保護条項の下で、道徳的な非難が、同性間のソドミーのみ禁止し異性間のソドミーは禁止しない法律をそれ自体正当化する州の正当な利益にあたるかという、パウワーズ判決とは異なる争点を提起している。答えは否である。このグループに対する道徳的な非難は、そのグループを害したいというあからさまな欲望と同様、平等保護条項に基づく合理的根拠の審査を満足させるのに不十分である」

「テキサス州が正当な州の利益として道徳的な非難を持ち出していることは、テキサス州が同性間のソドミーを犯罪としたいという欲望にほかならない。しかし、平等保護条項は、州が『自らの利益のための分類』を作り出すことを禁じている。そして、テキサス州がソドミー法を私的で同意ある行為にはめったに適用していないゆえ、本法は、犯罪行為の抑止の道具ではなく同性愛に対する嫌悪と非難の表明として作用している」

「州がある種の結果を刑事法違反と出来ることはもちろんである。しかし、州は、他の誰にも適用されないのに、……道徳的な非難のために、一定のクラスの市民を選び出して処罰することは出来ない。テキサス州のソドミー法は、同性愛を『生涯にわたる不利益とスティグマ』に貶めるものである。『下層階級の創設になりかねない法律上の分類は平等保護条項と両立し得ない』」

本法が平等保護条項に違反するということは、異性愛と同性愛との区別が同様に合理的根拠の審査に耐えられないことを意味しない。排除されたグループに対する単なる道徳的な非難以上の他の理由が伝統的な婚姻制度の維持には存在する。

4 スカリア裁判官の反対意見(首席裁判官及びトーマス裁判官同調)

「自由は、不確かな法には保護を見いだせない」。これは、わずか10年少し前に、ロー対ウエード判決の判例変更を求めた者に対する最高裁判所の金言めいた回答であった。パウワーズ対ハードウィック判決を変更する17年間の聖戦に従事してきた者に対する本日の回答は全く異なるものである。安定性と確実性の必要は障害とならないというのである。

……法廷意見は、どの箇所でも、同性間のソドミーを『基本的権利』と宣言していないし、テキサス州法を、同性間のソドミーが『基本的権利』であるなら適切な審査基準(厳格審査)にかけたわけでもない。かくして、法廷意見は、パウワーズ判決の結論を判例変更したのに、その中核的な法的判断——『被上訴人は、同性間のソドミーを行うことが基本的権利であることを宣言するよう我々に求めている。これは、我々が全くしようとは思わないことである』——を、奇妙なことに放置している。かわりに、法廷意見は、上訴人の行為を『彼らの自由の行使』と呼ぶだけで、合理的根拠の審査基準の前代未聞の形の適用に進んでいる。このことは、本件を超えて遠くまで及ぶ意味合いを持つだろう。

I わずか17年前に下されたパウワーズ対ハードウィック判決を再考する驚くべき迅速さから検討を始める。私自身は、憲法訴訟においては先例拘束性に厳格に従うべきであるという信念を持っているわけではないが、この原理を援用するあたって、我々はごまかしがあってはならず一貫しているべきであると考えている。判例変更を支持する本日の判決は、ケイシー判決における3人の裁判官(いずれも本日の多数派)が共同執筆した、先例拘束性への勝利感謝の歌(the paean to stare decisis)を、困って区別するどころか言及さえしていない。ケイシー判決において、先例拘束性が、裁判所が発明した人工妊娠中絶の権利の維持を意味するとき、ロー判決への幅広い反対は、ロー判決を再確認する強力な理由だった。

しかし、本日、パウワーズ判決——ロー判決の争点と同様『強烈に分裂した』争点を解決した——に対する幅広い反対は、判例変更には有利な理由を提供するという。

II 先例拘束性に従う必要がないとしても、法廷意見は、パウワーズ判決は誤っており、テキサス州法は、上訴人に適用されるなら違憲であることを立証しなければならない。

テキサス州法が自由に制約を加えていることは疑いない。そのことは、売春や気晴らし目的のヘロイン使用、そして、……パン屋で60時間を超えて働くことを禁ずる法律も同じである。しかし、適正手続条項に基づく『自由』の権利などないのである——本日の判決は繰り返しそのように主張しているが。

『実体的適正手続』に関して、判例は、いわゆる『厳格審査』が妥当するのは、基本的権利だけで、他の自由は、州の正当な利益に合理的に関連していれば規制可能であるとしている。

パウワーズ判決は、同性間のソドミー行為の権利は、『わが国の歴史と伝統に深く根付いたもの』でないから、『基本的権利』にかかわるものではなく、その禁止には高次の審査は適用されないと判示した。本日、法廷意見は、この判示を変更することなく、上訴人へのテキサス州法の適用が、合理的根拠の基準により違憲であると結論したのである。

III 法廷意見の『法の状況』に関する記述は、反対に、パウワーズ判決当時、判決が正しかったことを示すものである。法廷意見が指摘するグリズウォルド判決は、実体的適正手続ではなく、個別の人権規定の半影にあるプライバシー権に依拠していた。人工妊娠中絶の権利を基本的権利としたロー判決も、厳格審査が適用されるという点については、ケイシー判決で変更されている。また、同性間の性行為だけを狙い撃ちにした法には長い歴史がないという法廷意見の指摘は、ソドミー一般については長い規制の歴史があるというパウワーズ判決の判断に影響するもの

ではない。『基本的権利』の地位に必要なのは、いくつかの州や外国が処罰を止めたことから発生するものではなく、『わが国の歴史と伝統に深く根付いたもの』であることである。

IV 本件で問題とされている法が合理的根拠を欠いているという法廷意見の判示は、議論の必要がないほど、我々の判例 (our jurisprudence) から逸脱している。テキサス州法は、ある形式の性行為が『不道徳であり受け入れられない』という市民の信念を増進しようとした。同じことは、淫行、重婚、姦通、近親相姦、獣姦、そして、わいせつを規制する刑事法に妥当する。パウワーズ判決はこれが州の正当な利益であるとしたが、本日法廷意見は、反対の結論に達し、パウワーズ判決のステイブンズ反対意見——「ある州の支配的な多数派が特定の行為を不道徳であるとみなしているという事実は、その行為を禁止する法を支持する十分な理由ではない」——を支持している。これは、すべてのモラル立法の廃止を意味する。国民の大多数の性道徳の増進が州の正当な利益でないなら、上述の法はひとつとして、合理的根拠の審査に合格しないだろう。

V 問題の州法は、たしかに、性行為のパートナーに関して、性別で区別しているが、これ自体は平等保護の否定ではない。それは、異性と結婚を認め同性との結婚を禁ずる州の婚姻法と同じである。

ラビング対バージニア判決で、異人種間の結婚を禁ずる州法が、通常の合理的根拠の審査ではなく高次の審査によって違憲とされたが、それは、『白人の優位性を維持することを意図したもの』だったからである。本件では、男性や女性をクラスとして差別する目的は認められないから、合理的根拠の審査が適用される。この審査基準は、パウワーズ判決におけると同様、ある形式の性行為が『不道徳であり受け入れられない』という社会の信念によって満たされる。

オコナー裁判官が適用を主張する合理的根拠の審査基準の『より厳格な形式』は、少なくとも、法を支持する想像可能な合理的根拠があつて

も、『政治的に不人気なグループを害するという欲望』を表明した法は違憲であると意味することになる。この理由づけは、結婚を異性カップルに限定する州法の根拠を危うくする。オコナー裁判官は、『伝統的な結婚制度の維持』は正当な利益であるとして、州法を支持しようとするが、『伝統的な結婚制度の維持』は、同性カップルへの州の道徳的な反感の優しい言い方にすぎない。オコナー裁判官が創作したようにみえる法学においては、裁判官は、ある法を『社会の伝統を維持するもの』（良いもの）として合憲判決を下したり、『道徳的な反感の表明』（悪いもの）として違憲判決を下すこともできるのである。

最後に、スカリア反対意見は、「中立の監視者として、民主的な契約のルールが守られるよう保障するという本来の役割を逸脱して、法廷意見は文化戦争の一方に加担した」と非難し、こうした争点は通常の民主的手段によって解決されるべきであるという従来からの主張を繰り返している。すなわち、「そうした判断（同性愛の規制がどうあるべきか）は、最善が何かを知る支配層によって強制されるのではなく、人民によってなされるべきであるというのが我々の制度の前提である」。また、法廷意見が同性婚の承認にかかわるものでないと断っていることを「信じてはいけない」（Do not believe it）と揶揄するなど、いつもにも増して刺激的である。

5 トーマス裁判官の反対意見

本件の州法は馬鹿げており、州議会議員だったら、私はその廃止に賛成するだろう。しかし、最高裁判所裁判官としての私の職務は、『合衆国の憲法と法律に従って』判決を下すことであり、権利章典や憲法の他の部分に、プライバシー権や、本日法廷意見が名付けた個人の自由なるものを見いだすことはできない。

三 いくつかの論点

——法廷意見、オコナー同意意見、そしてスカリア反対意見をめぐって

1 自由か平等か？

私的空間での同意ある成人の性行為への法的規制はどんなものであれ——異性間か同性間かわ問わず——許されないと考えるのがわが国の憲法学の主流だろう。法廷意見の論理が自然と感じられる所以である。

しかし、合衆国の憲法学においては、違憲の結論は概ね当然と評価されているものの、平等ではなく、より論争的な「自由」を根拠とする判断はやや驚きをもって受け止められているようである。Colbは、平等保護ではなくより幅広い適正手続を根拠にした「包括的な判決」(a sweeping opinion) と評する⁽¹²⁾。

そして、この理由づけをめぐっては賛否は真っ二つに分かれていると
いって良い。

Proud⁽¹³⁾は、平等保護に依拠するオコナー結果的同意意見が判決の正しい理由づけであるとして、その理由を3点挙げる。①異性間適用は争点ではないし「平等」でも違憲だから、事実関係から「平等」がより適切な理由づけである。②先例拘束性の原理から、判例変更が避けられないとしても最小限にすべきである。③数多くの州法の合憲性に懸念が生じ（パウワーズ判決のスティープンズ反対意見引用が問題で、要らざる反発を生んでいるとする）、司法の自制の観点から好ましくない。

また、Peterson⁽¹⁴⁾も、ロマー判決と同様、平等保護が違憲判断の根拠——合理性の審査基準によっても不合格となるのだから、パウワーズ判決を判例変更すべきではなかった。ローレンス判決は、パウワーズ判決の中核的判示——同性愛のソドミーは基本的権利に非ず——と矛盾することを言っていないし、審査基準——合理性の審査——からみても基本

の権利と認めたわけではないので、パウワーズ判決を覆す必要はなかった。判例変更に関するケイシー判決のスキームを正しく適用していない。政治的・社会的圧力ではなく、憲法原理に従うべきである、とする。

彼我の認識の差は、ひとつには、実体的適正手続よりも平等保護のほうが、筋が良い憲法理論ということであろう。Lazarus⁽¹⁵⁾も、判決前に、平等保護の「合理的根拠」の審査にかけて違憲判決になるだろうという予想をしていた。要するに、憲法上の明確な根拠があり、抵抗感が少ないということである。加えて、この問題は、私生活の自由ととらえるよりも同性愛者に対する差別の撤廃ととらえるほうが事の本質により近いという見方⁽¹⁶⁾も論拠となる。もっとも、そうすると異性愛の「逸脱した性交」は処罰されてもやむを得ないのか、という疑問が拭えない。

さらに、平等保護ならば、パウワーズ判決の判例変更も避けられる。判例変更は、通常の最高裁判所ならば回避したいだろう。しかし、本件では、逆のようである。平等保護でも違憲であることを認めながら、わざわざ「自由」に基づく解決を選んだのである⁽¹⁷⁾。法廷意見は、この理由を「保護される行為が犯罪とされ、それを規制する法律がその実体的有効性を審査されないままなら、平等保護の理由により執行されないとしても、そのスティグマはなお残る」と説明しているが、結局、篠原光児が指摘するように、「連邦最高裁判所は、本件において、17年前に自らが踏みはずした道を正道にもどすために、Bowers v. Hardwickをくつがえし、『歴史のごみ箱』に捨てさ」⁽¹⁸⁾りたかったとしか言いようがない。

2 審査基準をめぐる——厳格審査か合理性の審査か

Barnett⁽¹⁹⁾のコメントが注目される。それによれば、ローレンス判決はニューディール憲法学の転換を画するという。すなわち、ローレンス判決が革命的なのは、ゲイの権利を承認したからではなく、ニューディール後の憲法判例の枠組み——「合憲性の推定」対「基本的権利」——を壊

すことになるからである。繰り返し報道されているのとは反対に、ローレンス判決は、「プライバシー権」ではなく「自由」を保護したのである。その根拠として、プライバシーではなく自由が法廷意見では幅を利かせている——プライバシー権はたった 4 回でグリズウォルド判決言及時のみ——ことを挙げる。

Barnett は、しかし、(プライバシー権とちがいで) 自由は憲法に明示の言及があるとして、スカリア反対意見とは対照的に、法廷意見に好意的評価をする。さらに、最高裁判所が本気なら他への影響は深遠——自由の制約には規制の必要性和適切さが求められることになるとして、次のように結んでいる。

「ローレンス対テキサス判決が憲法上革命的なのは、最高裁判所の自由の擁護が性行為に限定されないに違いないことである。最高裁判所が多く自由を保護すれば保護するほど、最高裁判所はイデオロギー色を薄めより広い政治的支持を受けるだろう。……最高裁判所が、ニューディール以降してきたように、自由をえり好みするなら、国民の信頼を得るよりは失うことになる」

これに対して、Carpenter⁽²⁰⁾ は、もしスカリア反対意見と Barnett が正しいなら、ローレンス判決は、単なるゲイの革命にとどまらず、この 70 年間、その気配さえなかった憲法の構造的な変化である、と認めるが、引用している先例などを分析すると、法廷意見は実は厳格審査を行ったのであり、従来判例の枠組みに収まり、他領域への拡がりも限定的であるとみる。

たしかに、法廷意見は、パウワーズ判決が、現在はもちろん当時においても、いかに誤りであるかに頁を費やし、本件で争点となっている自由の性質や審査基準に関する説明はきわめて少ないように思われる。そこから様々な憶測が生まれるのだろう。

しかし、ヒントはある。法廷意見が引用する先例の多くは、避妊、人

人工妊娠中絶などの性の自律に関するものであり、これまで憲法上のプライバシー権として論じられてきたものである。法廷意見が特に重要とするのがケイシー判決とロマー判決である。ケイシー判決⁽²¹⁾は、人工妊娠中絶の自由を憲法上保護するというロー判決の中核的判示は維持しつつ厳格審査の枠組みは緩和した。これは、本件でも同じように、厳格審査基準までは求めないが、同性愛の自由にある程度の保護を与えようというメッセージではないか。その保護のレベルがどのくらいかは本件の結論を左右しないので、そこには踏み込まず、審査基準も「合理的根拠」の審査で十分ということになったと思われる。Case⁽²²⁾は、法廷意見は最小限の合理性の基準を適用して違憲判決を下したが、適切な審査基準のレベル——最小限の合理性があるとき合憲か違憲かは将来にとっておいたものと読む。

本件での法廷意見の関心は、性の自律であり、その拡がりもその周辺に限定されるという見方が自然だろう。この点で、ローレンス判決はニューディール憲法学の転換を画するというBarnettの見解は、刺激的で興味をそられるが、現時点では無理があるように感じられる。

3 判決の影響など

判決を「ゲイの市民権の大きな法的・象徴的勝利」とするColb⁽²³⁾は次のように言う。

「ある意味で、スカリア裁判官の驚きは正しい。ローレンス対テキサス判決は一大事であり、彼の反対意見の痛罵がその証拠である。ブラックマン裁判官が生きていたなら、同様に怒りに満ちた、(パウワーズ対)ハードウィック判決の自身の反対意見が、今日、ついに法となったことを知って喜ぶことは確かである。

新しい判断は、道徳の強制についての州の役割に疑問を投げかけ、被害者なきときは、通常決定を個人の手委ねるべきであると示唆す

るものである。現在のところ、最高裁判所の多数派は、この原理を論理的な結論までもっていき気はないようだが、いつか将来その日は来るかもしれない。

スカリア裁判官が誤っているのは、この道を辿ることがある種の災厄につながるという考え方であり、実際は、スカリア裁判官が歩んできたよりはるかに優しく穏やかな道である。それは、自由への道である」

伝統的なりベラル派の見方を代弁するものだろう。

さらに、Strasser⁽²⁴⁾は一步進んで、避妊や人工妊娠中絶を保護する先例に鑑みれば、従来言われてきた「歴史と伝統」、「秩序ある自由」はテストとして用いるべきでないとする。また、スカリア反対意見がいうように、ローレンス判決以降、同性婚禁止の正当化は困難になり、判決はゲイの人々への敬意(respectful tone)と同性婚承認の基礎を提供する——実現は先かもしれないが——と述べる。

こうしたなかで冷静な見方をするのがCase⁽²⁵⁾である。判決は同性愛者保護への第一歩だが、道程は平坦ではなく「2歩前進、1歩後退」の繰り返しと予想する。また、法廷意見は、同性愛者の権利に関して他領域への拡がりへの様々な憶測を避けるために、平等ではなく「自由」を選んだのではないかとみる。

いくつかのテーマのうち、ひときわクローズアップされたのが同性婚の可否である。同性婚禁止のための憲法修正提案がなされ——日の目は見なかったものの——、ひいては、リベラル派への反発から合衆国国民のなかに倫理的価値感を重視する考え方を生んだことが、イラク問題であれだけ叩かれたブッシュ大統領の再選に大きく貢献したという見方もある⁽²⁶⁾。

このように、判決の社会的・政治的影響は計り知れないものがある。しかし、それらを逐一論ずることは本稿の範囲を超えるし私の能力及ぶところでもないで、この程度にとどめひとまず本稿を閉じることと

したい。

- (1) 松井茂記『アメリカ憲法入門』（第5版）265-71頁（2004年）。
- (2) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).
- (3) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- (4) とりあえず、レーンクィスト(拙訳)『アメリカ合衆国最高裁』250頁以下（1992年）。また、『英米判例百選』80頁（1996年）。
- (5) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965). ローレンス判決の法廷意見も「……先例には、適正手続条項に基づく自由の実体的範囲についての幅広い言辞があるが、最も適切な出発点はグリズウォルド判決である」という。
- (6) 松井、前掲注1、273頁（2004年）。
- (7) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).
- (8) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- (9) 『英米判例百選』82頁（1996年）。拙稿「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所(1)」法政研究第1巻1号39頁、43頁以下（1996年）。
- (10) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).
- (11) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).
- (12) Colb, Welcoming Gay People Back Into the Fold: The Supreme Court Overrules Bowers v. Hardwick, <http://writ.news.findlaw.com/colb/20030630.html> なお、The Supreme Court, 2002 Term—Leading Cases, 117 HARV. L. REV. 226, 297 (2003)も「平等」か否かではなく、規制の本質的な正当性を問題にして、パウワーズ判決を全面変更したとみる。
- (13) Proud, Right Decision, Wrong Constitutional Law: Taking the Better Path with Equal Protection Jurisprudence—Lawrence v. Texas, 123 S. Ct. 2472 (2003), 29 DAYTON L. REV. 447 (2004).
- (14) Peterson, The United States Supreme Court and Federal Law:

Casenote : the Right Decision for the Wrong Reason : the Supreme Court Correctly Invalidates the Texas Homosexual Sodomy Statute, but Rather than Finding an Equal Protection Violation in *Lawrence v. Texas*, the Court Incorrectly and Unnecessarily Overrules *Bowers v. Hardwick*, 37 CREIGHTON L. REV. 653 (2004).

- (15) Lazarus, *The Supreme Court And Equal Protection : Why This Term's Momentous Affirmative Action and Same-Sex Sodomy Cases Have Put the Doctrine To the Test*, <http://writ.news.findlaw.com/lazarus/20030626.html>
- (16) 判決前だが、この問題をめぐる議論の状況は、志田陽子『『文化戦争』と憲法理論——アイデンティティの相克とアメリカ合衆国憲法解釈の新たな試み(1)』法律時報74巻7号73頁(2002年)が詳しい。問題を、志田の語法に従えば、性の自律モデルよりもアイデンティティ・モデル——簡単に言えば同性愛者への差別としてとらえようという議論が合衆国では有力である。
- (17) Proudは、“its zeal to overturn *Bowers*”と皮肉っている。Proud, *supra* note 13, at 456.
- (18) 篠原光児 [2004] アメリカ法69頁、74頁。
- (19) Barnett, *Kennedy's Libertarian Revolution*, <http://www.nationalreview.com/comment/comment-barnett071003.asp>
- (20) Carpenter, *Symposium : Gay Rights after Lawrence v. Texas : Article : Is Lawrence Libertarian ?*, 88 MINN. L. REV. 1140 (2004).
- (21) 『英米判例百選』84頁(1996年)。拙稿「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所(3・完)」法政研究第2巻2号41頁、55頁以下(1997年)。
- (22) Case, *Of “This” and “That” in Lawrence v. Texas*, 2003 S. CT. LEV. 75, 84-85.
- (23) Colb, *supra* note 12.

- (24) Strasser, Lawrence and Same-Sex Marriage Bans on Constitutional Interpretation and Sophistical Rhetoric, 69 BROOKLYN L. REV. 1003 (2004). The Supreme Court, 2002 Term—Leading Cases, 117 HARV. L. REV. 226, 297 (2003)も、幅広い判示は、私的な性行為の保護だけではなく、同性婚や養子・雇用にも拡がりをもつものとみる。
- (25) Case, *supra* note 22, at 79-80 & 108.
- (26) 「米国はどこへ——ブッシュ政権 2 期目の展望」朝日新聞2004年12月15日付。このなかで、宗教右派団体「家族調査評議会」の幹部トム・マクロスキーは、最大の課題は最高裁判所裁判官人事であるとして「より社会常識のある人材を最高裁判所裁判官に起用するよう求めていく」と述べている。なお、「米大統領選——何が起きたか」朝日新聞2004年11月19日付も、同性婚や人工妊娠中絶をめぐる宗教右派の大きな役割を指摘する。