慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 道徳立法と文化闘争：<br>アメリカ最高裁におけるソドミー処罰法関連判例を素材に |
| Sub Title | Moral legislation and the cultural war : liberty, deliberative democracy, and the gay rights cases in the United States supreme court |
| Author | 駒村, 圭吾(Komamura, Keigo) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 2005 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.78, No.5 (2005. 5) ,p.83- 143 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20050528-0083 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 道徳立法と文化闘争

## ――アメリカ最高裁におけるソドミー処罰法関連判例を素材に――

駒村圭吾

第一章　文化闘争
第二章　アメリカ立憲主義と道徳立法
　第一節　Bowers v. Hardwick 事件判決
　第二節　Romer v. Evans 事件判決
　第三節　Lawrence v. Texas 事件判決
第三章　道徳と自由
　第一節　道徳立法をめぐる討議の条件
　第二節　〝民主主義者〟スカリア裁判官を解剖する
　第三節　自由の抽象的普遍定式と寛容の論法
結　語　スカリア裁判官の呪詛

# 第一章　文化闘争

一九九六年に下されたRomer v. Evans事件合衆国最高裁判決においてスカリア裁判官は次のようなやや感情的とも思える導入部から始まる反対意見を述べた。

法廷意見は、文化闘争（a Kulturkampf）を発作的悪意と誤解している。本件で問題となっている州憲法修正は、同性愛者に対する「剝き出しの害意」などではない。それは、同性愛者という「政治的に有力な少数派」から伝統的な性道徳を守ろうとする寛容なコロラド州民の穏当な試みにすぎない。(1)

この事件は、同性愛者に対する構造的差別を解消する目的でデンヴァーなどの都市部で制定された優先処遇条例に危機感をいだいたコロラド州民が、性的指向性に基づくあらゆる優先処遇政策を禁ずるために行なった州憲法修正の（合衆国憲法に照らしての）合憲性が問題となった。

ところで、本判決に先立つこと一〇年前、一九八六年に下されたBowers v. Hardwick事件判決(2)において合衆国最高裁は、合衆国憲法修正第一四条（デュー・プロセス条項）を歴史主義的に解釈することにより「同性愛の自由」のごとき実体的権利の承認を否定し、いわゆるソドミー処罰法を合憲として擁護していた。この先例に従えば、Romer v. Evans事件においてもコロラド州民の憲法修正は合憲となる公算が高く、そうすれば冒頭にあげたスカリア裁判官の怒りに満ちた反対意見も存在しなかったかもしれない。そして、この怒りに満ちた反対意見からさらに七年後、二〇〇三年に下されたLawrence v. Texas事件判決(3)において最高裁は、同性愛者のソドミー行為を処罰するテキサス州法を修正第一四条（デュー・プロセス条項）上の自由を侵害するとして、違憲と宣言したのである。Bowers判決は、Romer判決を経て、Lawrence判決で否定されるに至ったわけである。

これらの諸判決の詳細は後述するが、アメリカの同性愛規制は、この二〇年間弱の間、世紀転換期を経て、大

きく変わったことは間違いないだろう。そして、それはスカリア裁判官が喧伝する「文化闘争」が同裁判官とそれを擁護する一派の敗北に終わりつつあるということも意味する。スカリア裁判官と同様、「保守派」で鳴らす法学者・元裁判官に、ロバート・H・ボーク（Robert H. Bork）がいる。憲法制定者の原意を重視し、共同体の価値選択を尊重する一方、司法の政治的中立性を堅持しようとする、そのスタンスは、スカリア裁判官の資質と共通するところが多い。大きく異なるのは、同じ共和党政権に最高裁判事に指名されながら、スカリア裁判官は最高裁判事に任命され、ボークは最高裁判事への道を断たれた点である。以来、司法の外で、彼は、『ゴモラへの道（Slouching Towards Gomorrah）』[4]との呪いに満ちた題名を冠する書物を公刊するなど、アメリカ社会、特に法律家の退廃を一貫して批判してきた。つまり、「文化闘争」を在野で担ってきた古老である。その彼も、ソドミー処罰法を違憲と断じたLawrence判決の出現に直面し、最高裁判事の跳梁に抗し、同性愛文化の侵食からアメリカを守るには憲法修正に打って出るしかないと説いている。[5]「文化闘争」の老兵が見せたある種悲壮な挑戦の狼煙である。

Romer判決によって保守派の期待が裏切られる前年、一九九五年に、ボークは、「文化闘争の厳しい現実」[6]と題した小稿を書き、保守層が一時的に政界で勢力を伸張させても、保守復興の改革運動はなかなか広がらず、短時日のうちに沈静化してしまうことを慨嘆していた。ネオコンの大物アーヴィング・クリストル（Irving Kristol）が「退廃は、もはやリベラリズムの帰結などではなく、今日のリベラリズムの現実的アジェンダとなった」と嘆き、自身を「朗らかな悲観主義者（a cheerful pessimist）」と自嘲したことを引用した上で、ボークは、保守の改革運動が短命なものに終るにせよ、その「朗らか」なところから始めようではないか、と一縷の望みをつないでいる。しかし、保守派がうすうす敗北の予感を感じつつも、それなりの展開を見せていた「文化闘争」も、Lawrence判決によって最終局面を迎えつつあるのである。自分の席を確保することができなかった最高裁がつ

いにゴモラへの先導者となりつつある姿を見て、ボークは、クリストルのように「朗らかな悲観主義者」として自嘲的な笑いを浮かべざるを得ないのではないか。

しかし、果たして、「文化闘争」は、保守派の敗北、リベラルの勝利に終ったと結論付けていいのか。Lawrence 判決がもたらしたリベラル派の勝利の余韻の中で、Bowers 判決において同性愛者側の訴訟代理人を勤めたローレンス・H・トライブ（Laurence H. Tribe）は、次のように冷静な観測を示している。

> 我々の時代の歴史が後にしたためられる際、おそらく Lawrence 判決はゲイやレズビアンにとっての Brown 判決[7]として記録されるであろう。しかし、Brown 判決がもたらした教訓のひとつは、かかる画期的な判決――強固な社会秩序に発生した革命を収拾した判決――を社会が受容するに至る道は、一直線で予測可能なものにはなり得ないということである[8]。

確かに、一九五四年の Brown 判決によって、ながきにわたって効力を保持した「分離すれども平等（separate but equal）」という先例法理は否定され、人種別学制も動揺することになった。しかし、人種別学制が廃止され統合教育が実現するまでにはさらに曲折があり、差別問題自体も決して沈静化せず、むしろ陰惨な暴力として拡大していく。もっとも、中絶の自由を承認し、Brown 判決に匹敵する画期的判決であると目されている Row v. Wade 事件判決[9]においては、その後の最高裁判決によって中絶の自由が拡張され、女性の解放が促進された経緯があるので、Brown 判決の帰趨のみを「文化闘争」の顚末として理解するのは妥当でないかもしれない[10]。が、後続判例による軌道修正、中絶医に対するテロリズムの横行、中絶クリニック前で繰り広げられるキリスト教原理主義者の非難行動の激化を目の当りにすると、やはり、「文化闘争」にコミットした画期的判決の社会的受容への道は平坦ではないと言えよう[11]。

そもそも、スカリア裁判官が、わざわざドイツ語まで引いて用いた文化闘争（Kulturkampf）とは、言うまで

もなく、一八七〇年代、宰相ビスマルクが、ドイツ帝国の統合の維持のために、国内の抵抗勢力であるカトリックを弾圧した諸政策・諸運動を総称する言葉である。もうひとつの「帝国の敵」である社会主義者の弾圧政策とならんで展開された闘争も、失策の色が濃くなる中、ビスマルクとカトリックの指導政党であった中央党の間で協調路線が選択されるに至った。激しい「文化闘争」もやがては、妥協の中で収拾を見た。しかし、被弾圧勢力であった中央党もやがて左傾化したり右傾化したりと動揺を繰り返し、最終的には、一九三三年にヒトラーへの授権法を承認することになる。その後は、ビスマルクとは比べ物にならないほどの激烈な「文化闘争」が繰り広げられることは言うまでもないだろう。

＊

結局、「文化闘争」の名の下に繰り広げられる道徳秩序への挑戦には終りがない。画期的な判決の登場は、そのような闘争の分水嶺にはなるが、それを集結させるものではない。権利自由の司法的保障は、立憲主義における重要な仕組みではあるが、同時に、民主主義的な政治空間における「文化闘争」を規律する憲法原理を考案することも不可避であるように思われる。

そして、「文化闘争」が単に性的マイノリティーと旧来の性道徳の間の性文化をめぐる局地戦ではないことも明らかであろう。それは、個々人の価値世界が依存している共同幻想をめぐる闘いである。そのような共同幻想は、無数に想定できるが故に、あらゆる道徳課題について「文化闘争」は勃発しうる。さらに、そして最も、重要なのは、「文化闘争」は、政治哲学の闘争でもある点である。

ボークの指摘を待つまでもなく、「文化闘争」は保守と革新の利害対立などではなく、リベラリズムとそれに対抗する政治哲学の闘争なのである。アメリカのみならず日本の憲法研究者や人権理論家の多くが依拠してきたリベラリズムという政治哲学に対する挑戦であり、どのような立憲主義体制を我々が選択するのかという原理的

選択の問題なのである。

以上の問題意識に立って、本稿では次のような考察を行ないたい。

「文化闘争」が共同体の道徳秩序の維持・改変をめぐる闘争であるとすると、その主戦場は「道徳立法（morality legislation, moral legislation, ,moral laws）」の合憲性をめぐる論争となる。[12] 道徳立法とは、特定の「善き生き方（good life）」を公共化しようとする立法の総称である（冒頭で触れたソドミー法は、一定の性行為類型を犯罪として処罰する意味を持つが、それ以上に、共同体の道徳秩序一般をゲイ・カルチャーから防衛する機能をはたすことが企図されており、典型的な道徳立法のひとつである。）。このように特定の善き生き方のみを特権的に扱おうとする道徳立法に対して、各個人が構想する「善き生き方」の多元的な共存を目指すリベラリズムは強く反発してきた。しかし、近時、民主主義的議論の諸条件を整備し、広く討議の力に訴えることで、道徳立法に途を開こうとする新しい民主政論が台頭している。「討議民主政論（deliberative democracy theory）」である。

この点、筆者は、「討議民主政の再構築」と題する別稿で、[13] この討議民主政の基本主張を批判的に検討し、当該主張がリベラリズムを克服しえていないこと、当該主張に有効性があるとするならば、それは民主制の伝統的正当化モデルである「合意モデル」から脱却し、新たな「挑戦モデル」としてそれを刷新する限りにおいてであること、そのような方向性でこそリベラリズムと補完的な社会構成原理としての地位が確保できるであろうこと、を指摘してきたところである。

道徳的問題を公共的討議にかけるとなると、その討議条件はどのようなものになるのだろうか。異なった価値観を抱懐する者同士が闘争ではなく、議論の席について、利を尽くして社会秩序の形成に当たるには、やはり双方ともに、一定の道徳的制約を自らに課し、普遍的な善の様式をめぐる探求を共同で行なう必要がある。そのような可能性を探るために、筆者はまた、「寛容の論法」と題する別稿で、[14] アングロサクソンの寛容論の伝統をた

ずね、道徳的争点を論議する際の指導理念として寛容を位置づけ、「善の解釈的開放性」を条件とした「寛容の論法」というアイディアを提示してきたところである。

このような筆者の私見については第三章にて改めて一瞥するが、本稿では、近い将来、これら討議民主政論や寛容論の検討から得た筆者のアイディアをテストする作業を行なう際に、対象とする基本的素材を得るために、アメリカの判例法理の整理と論点の確認を行なってみたい。扱うのは、冒頭に掲げた同性愛規制に関する近時の諸判例である。

## 第二章　アメリカ立憲主義と道徳立法

### 第一節　Bowers v. Hardwick 事件判決[15]

#### 1　法廷意見

ジョージア州法は、「一方の性器と他方の口あるいは肛門を使った性行為」をソドミー行為（sodomy）と規定し、かかる性行為を行なった者は一年以上二〇年以下の禁固刑に処するとしていた。[16] アトランタ警察は、合法的にハードウィックの家宅を捜索し、寝室においてソドミー行為に従事していたハードウィックを現行犯逮捕した。が、ジョージア州司法長官バウワーズは同人を逮捕したものの、従前からのソドミー犯罪の起訴慣行に従って起訴は見合わせた。これに対して、ハードウィックと彼の逮捕に接し（ソドミー行為を行なうことに）萎縮効果を感じた数名の原告が、当該ジョージア州ソドミー処罰法が合衆国憲法修正第一四条（デュー・プロセス条項）等に違反することの宣言的判決を求めて出訴した。ジョージア州北部地区管轄の合衆国地区裁判所は原告の訴えを却下し、それに対し原告が控訴した。第一一巡回区合衆国控訴裁判所[17]は、合衆国最高裁の先例を根拠に、本件の同

性愛行為が私的でかつ親密な結合に該当するとして、当該州法は原告の「基本的権利（fundamental rights）」を侵害するもので、合衆国憲法修正第一四条に違反すると判断した。同控訴裁判所は、当該州法が、「やむにやまれぬ利益（compelling interests）」を規制目的とし、それを達成するための厳格に仕立てられた手段を採用していることの立証を州側にさせるため、原審を破棄し、差し戻した。これに対し、バウワーズ長官が合衆国最高裁判所に上告し、裁量上告が認められ、本件は同最高裁に係属した。同最高裁は、五対四の僅差でジョージア州法を合憲と判断し、原判決を破棄した。

＊

ホワイト裁判官の筆になる法廷意見は以下の通りである（バーガー長官、パウエル裁判官、レンキスト裁判官、オコナー裁判官同調）。

（1）本件の争点は、成人同士の同意の上でのソドミー行為、とりわけ同性愛者間での当該行為に刑事罰を科すことが「賢明で望ましいか」否かではない。本法廷が判断すべき争点は、合衆国憲法は、ソドミー行為に従事する基本的権利（a fundamental right）を同性愛者に付与しているか否かであり、また、憲法の要請を実現するに際して、最高裁がいかなる役割を担っているか、である。[18]

（2）本法廷は、多くの判決[19]でプライヴァシーの権利を承認してきた。それらが承認してきたプライヴァシーの類型（例えば、家族、婚姻、生殖など）と本件で主張されている同性愛者がソドミー行為に従事する権利との間には、関連性が全くみられない。[20]

（3）先例との整合は措くとして、被上告人の言うように、本法廷は修正第一四条のデュー・プロセスの要請を手続のみならず実体的適正をも要求するものと解し、同条の「生命、自由、財産」の文言の中に、テキスト上の明文根拠が皆無ないし希薄な新しい権利を承認してきたのも事実で、前記引用の先例の中にもそのような判例

が散見できる。被上告人は、「基本的権利」と言い得る法益は、このような修正第一四条上の権利として承認されるべきであるとするのである。確かに、そのような権利承認の途を認めてはきたが、それと同時に、本法廷は、実体的デュー・プロセスの法理が裁判官の選別した価値の押し付けにならないように、その承認を限定してきた。[21] 例えば、一九三七年の Palko v. Connecticut 事件判決では、基本的権利は「それが認められなければ、自由も正義も存在し得ない」と言えるほどに「秩序だった自由の観念の中に内含される（implicit in the concept of ordered liberty）」ものでなければならないとしている。[22] また、一九七七年の Moore v. City of East Cleveland 事件判決では、基本的権利は「我が国の歴史と伝統の中に深く根ざしたもの（deeply rooted in this Nation's history and tradition）」と言えなければならないとしているところである。[23] 本件で主張されている権利は、以上の二つのいずれの定式にも当てはまらない。[24]

ソドミー行為の禁止は、古代に淵源があり、アメリカでも、ソドミー処罰はコモン・ロー上認められており、権利章典[25]が批准された時点で一三州全てがこれを禁ずる法律を有していた。修正第一四条が批准された一八六八年時点では、三七州のうち五州を除く全州がソドミー処罰法を有し、一九六一年までに五〇州全州がソドミー行為を違法化し、今日では、二四州とコロンビア特別区において、成人同士が同意の上で私的に行なったソドミーを処罰対象としている。[26] ソドミーを行なう権利が「我が国の歴史と伝統の中に深く根ざしたもの」であり、「秩序ある自由」の一部を構成しているなどという主張は、「せいぜい冗談のたぐい」としか言いようがない。[27]

（4） 以上を超えて、新しい権利の創出に踏み込むかというと、本法廷は躊躇せざるを得ない。憲法の文言や構造の中にほとんど、あるいは、全く根拠をもたない「裁判官メイドの憲法」を作るとなると、本法廷はそのような正統性に欠けると言わざるを得ないだろう。基本的権利の範疇を再検討することを要求された場合、本法廷は、修正第一四条をはじめとする憲法条文の実体的射程を拡大することには大いなる抵抗感（great resistance）

を抱く。被上告人によって主張されている権利は、このような「大いなる抵抗感」を克服するにはほど遠いものがある。[28]

（5）この点、被上告人は、たとえ修正第一四条が含意する基本的権利に該当しないとしても、本件の性行為が自宅というプライヴァシー領域で行なわれた場合、先例である一九六九年の Stanley v. Georgia 事件判決[29]に照らして、本件性行為は保護されるはずである、と主張する。この判決は、自宅内でわいせつ表現物を保有し、それを読むことは、修正第一条（言論の自由）によって保障され、刑事罰を科すのは違憲であるとしたものである。[30] しかし、同判決の法理は、修正第一条という確固たる憲法テキストを根拠とするものであり、他方、本件性行為には類似の憲法テキストは見当たらない。[31] また、本来違法とされるべき行為の全てが、それが自宅内で行なわれたというだけの理由で免責されるものではない。[32] Stanley 判決自体も明らかにしているように、自宅内でドラッグや銃器、あるいは盗品を保有している場合は、同判決の保護は及ばないのである。被上告人の主張する権利が、ソドミー行為を超えて、成人間の任意の性行為に限定して私的領域の解放を求めるものであっても、そうなると、自宅で行なわれる姦通、近親相姦、および、性犯罪は起訴対象にしたままで、本件のような性行為だけを保護することになり、本法廷としてはそのような方向に出ることはできない。[33]

（6）また、被上告人は、本件行為が基本的権利でないとしても、法令には合理的根拠（a rational basis）が必要であるところ、本件州法には同性愛的ソドミーを背徳行為として受容を拒絶する多数派の信念以外にかかる合理的根拠が提示されていない、と主張する。しかし、「法が道徳観念に依拠していることはよくあることであり、本質的に道徳的選択を具現した法の全てをデュー・プロセス条項の下で違憲としなければならないとしたら、裁判所はとてつもなく忙しくなるだろう。[34]」また、道徳的信念の表明自体は可能であっても、本件州法で表明された同性愛に対する特定の道徳的信念が不適切であるという指摘だとしても、ソドミー処罰法を有する二四州一

特別区の判断がそれを理由に無効化されるとは思わない。[35]

＊

以上が法廷意見の概要である。なお、バーガー長官、パウエル裁判官それぞれの補足意見が付されている。[36]

2　反対意見

本判決には、ブラックマン裁判官の筆になる反対意見（ブレナン裁判官、マーシャル裁判官、スティーヴンス裁判官同調）と、スティーヴンス裁判官の筆になる反対意見（ブレナン裁判官、マーシャル裁判官同調）が付されている。

ブラックマン裁判官の筆になる反対意見は、以下の通りである。

（1）本件の争点は、同性愛者のソドミー行為を行なう権利が「基本的権利」に含まれるか否かではない。真の争点は、法廷意見が設定した上記の争点ではなく、「最も包括的な権利で、文明化された人間であれば最も価値があると評価する権利」[37]、つまりプライヴァシーの権利に関するものである。[38] 法廷意見は、強迫観念的に同性愛に焦点を絞りすぎている。実際、問題のジョージア州法は、ソドミー行為に従事する人間の性別や地位を問題にしていない。ハードウィックが提起した争点も、本件州法の規定は同人のプライヴァシーの権利や親密な結合の権利（right of intimate association）への侵害であるというもので、性的指向性とは無関係なものであった。[39]

（2）本法廷の先例によれば、プライヴァシーの権利は、二つの相互補完的な基準によって保障の有無が判定されてきた。ひとつは、個人が行なうのにふさわしい一定の「決定（decisions）」との関係で当該権利を承認する方向と、もうひとつは、（そこで行なわれる行為とは無関係に）一定の「空間（places）」との関係で当該権利を承認する方向である。[40]

（2A）法廷意見は、本件で主張された権利は、先例が権利的保護を与えてきた私的「決定」の類型のいずれとも関連性がないとしたが、それは間違いである。本法廷がプライヴァシーの権利を承認してきたのは、それが一般的な公共の福祉に資するところがあるからではなく、それが個人の生の核心的部分を構成しているからである。[41] 先例を見てもそのことは明白である。先例が婚姻関係を聖域視したのも、「婚姻関係が、大義ではなく生き方を、政治的信条ではなく生きる上での協調性を、打算や社会的協働ではなく双務的忠誠を、それぞれ促す結合体」であるとみなしたからである。[42] また、先例が出産を個人的な決断であるとしたのも、親になることが個人の自己決定のあり方を劇的に変え得るからであり、それが人口動態学的な考察や聖書の教えに資するからではない。[43] さらに、先例が家族構成の決定を保護するのも、それが個人の幸福の動力源であるからで、家政のステレオタイプを好ましいと思うからではない。[44] そして、特に性的親密さは、「人間存在にとってセンシティヴで核心的な関係性であり、それは家族生活、共同体の福利、人格の発展にとって中心的役割を果たす」ことは先例の認めるところである。[45]

要するに、「個人は、他者との親密な性的関係を通じて、かなりの部分、自らを規定するという事実は、……、かかる関係を執り行なう多くの〝正しい（right）〟方法があり得るということを示唆し、また、関係の豊かさの多くは、かかる高度に私的な紐帯の形態と性質を個人が選択できる自由に依存しているということも示唆する」のである。[46] 本日の法廷意見は、同性愛的ソドミー行為を基本的権利として承認することを単に拒絶したものではなく、他者との親密な関係を自分で規律できる基本的な利益を全ての個人に対して拒絶したのである。[47]

（2B）プライヴァシーの権利が、特定の行為類型の集積以上のものであるのと同じように、自宅という空間の物理的完結性（the physical integrity of the home）を保護することは、そこで通常行なわれる特定の行為類型を保護する手段以上の意味を持つ。[48] 法廷意見は、自宅でわいせつ表現物を保有することを修正第一条（言論の自

由）の観点から保障することを認めたStanley判決[49]を本件には妥当しないとしたが、同判決の読み方は全面的に誤っている。

まず、第一に、法廷意見は、Stanley判決は修正第一条を論拠に権利を擁護したので、ハードウィックの主張する権利とは無関係であるとして、同判決の自宅空間の保護を本件に及ぼすことを拒否したが、それは誤りである。Stanley判決の核心は、「自宅というプライヴァシー領域で、自己の知的・情動的必要を充足する権利（the right to satisfy his intellectual and emotional needs in the privacy of his own home）」というOlmstead判決のブランダイス裁判官反対意見[50]を引用した部分[51]にあるのであって、そうであればこれは修正第一条の問題ではない[52]。

第二に、法廷意見は、Stanley判決で保護された権利は、修正第一条という憲法上のテキストに支えられているが、他方、ハードウィックの主張する権利はそのような憲法テキストによる支持が存在しないとするが、「住居における安全の保障」は修正第四条で明文で保障されている[53]。条文上の根拠は存在するのである。

（3）ジョージア州は、問題となっているソドミー処罰規定の一般的な正当化に成功していない。

ジョージア州があげる立法目的のまず第一は、ソドミー行為を規制することにより、感染症の伝播や犯罪行為の促進が阻止され、「一般的な公衆衛生と福利」の維持向上を図ることが可能になるというものである。しかし、単純な合理性の審査基準（simple rational-basis scrutiny）を本件に適用したとしても、ジョージア州は禁止される行為と感染症や犯罪行為との具体的な関連性を立証し得ていない[54]。また、Stanley判決が、本来公共の場では犯罪に該当するわいせつ表現物の保有を自宅内に限って許容しつつも、ドラッグや銃器の保有についてはそれを認めなかったことを引用して、法廷意見は、自宅内で行なわれた場合、全ての犯罪行為が免責されるわけではないとして、ソドミー行為もドラッグや銃器保有と同様、自宅内と言えども免責されないとした。しかし、銃器、ドラッグあるいは盗品の保有はそれ自体が危険であり、あるいは、他者の権利の否定であるが、成人間の同意の

上でのソドミー行為は「被害者なき犯罪」なのである。[55]

もうひとつのより重要な立法目的は「品位のある社会（a decent society）」の建設である。[56] 数百年にわたって維持されてきた道徳秩序を維持するため、ソドミー行為に対して反道徳的行為と非難を向けることが州法の目的なのである。しかし、多数派が長期間にわたってある種の信念や感情を抱いてきたことが、違憲審査権を退かせる理由にはならない。[57]

また、ジョージア州はキリスト教的価値観の維持もあげている。しかし、世俗の法律を正当化するには宗教教義に依拠してはならない。[58] この点、我々の先例は次のように言う。「憲法は偏見をコントロールすることはできないが、それに対して寛容であることもまだできない。私的な偏見は、法の射程外のことであろうが、しかし、法はそれらに直接であろうと間接であろうと、有効性を与えてはならない。[59]」また、他の先例は次のように言う。「大衆の単なる不寛容や敵意は個人の身体的自由を剝奪することを憲法的に正当化することはできない。[60]」

（4） 本件では、他者の権利を侵害する要素は存在しない。なぜなら、ある個人の価値体系を他者が認めがたいという単なる事実は、法的に認められる利益ではないからである。他者と異なった生き方を選択した人間の自宅や心の中に侵入することを正当化しようとする利益など放っておこう。[61] 私はここに法廷意見に対して再考を希望したい。親密な関係を取り結ぶことを自己決定できる権利を剝奪することは、「我が国の歴史に最も深く根ざした価値」に対する大いなる脅威になるだろう。[62]

＊

これに加えさらに、スティーヴンス裁判官の筆になる反対意見が付されている。本反対意見は、ジョージア州法の規定が、同性愛者だけではなく一般的にソドミー行為を処罰対象にしている点を捉えて、最高裁の先例によれば、既婚者の寝室での行為、[63] さらに未婚者の異性同士の寝室での行為[64]を禁ずることはできないと判示されてい

る以上、同法は支持できない、とするものである。(65)

### 3　小　括

本件ジョージア州法の規定は、同性間・異性間を問わずソドミー行為を処罰対象にしていた。しかし、ホワイト法廷意見の設定した基本争点は、成人同性愛者がソドミー行為を行なう「基本的な権利」を有するか否かというものであった。これに関して、ホワイト法廷意見は、修正第一四条のデュー・プロセス条項における「自由」の拡張解釈の可能性について、先例が示してきた「秩序だった自由の観念」（いわゆるカードーゾの定式）や「我が国の歴史と伝統の中に深く根ざしたもの」という判例基準を踏襲した上で、ソドミー行為違法化の歴史伝統や法制上の実績を回顧して、ソドミー行為を行なう自由が「基本的な権利」であるなどという主張は「冗談のたぐい」と一蹴した（判旨(1)(2)(3)）。

また、たとえ基本的な権利がないとしても、本件州法はプライヴァシー領域への不当な侵襲というべきであり、それは先例たるStanley判決によって保障されているとの被上告人の主張について、ホワイト法廷意見は、先例は、単にプライヴァシー領域であることを理由に保護空間としたのではなく、他の憲法条文（その先例の場合は言論の自由を保障した修正第一条）を援用して保護を与えたのであって、しかも、本来的に違法行為がプライヴァシー領域で行なわれたと言うだけで保護の対象になるとは考えにくいとした（判旨(5)）。

さらに、道徳立法を通じての文化闘争を関心対象とおく本論文にとって重要な点であるが、たとえ本件行為が基本的な権利でもなく、プライヴァシーによる保護がないとしても、ジョージア州法には「正当な根拠」そのものがないという主張に対して、ホワイト法廷意見は、道徳的信念に依拠した立法を行なうことを当然視し、道徳立法を一般的に許容し、かつ、本件で表明された道徳的信念も不合理ではないとしたのである。

これに対して、ブラックマン反対意見は、大要、二つの視角から法廷意見を批判している。第一の視点は、「基本的な権利」の有無という法廷意見の争点設定についてである。ブラックマン反対意見は、本件州法は性的傾向性とは無関係に特定の性行為類型を禁止しているのであり、法廷意見は、同性愛者の性文化を過剰に意識しすぎている。したがって、真の争点は、同性愛者のソドミー行為の自由の基本的権利性の有無ではなく、被上告人のプライヴァシーの権利や親密な結合の権利への侵害の有無にある。この点、先例は、ある種の決定が私的な決定に委ねられるかという「決定類型のアプローチ」と、ある種の場所が私的領域に当たるかという「空間類型のアプローチ」から、プライヴァシーの権利を構築してきたのであって、それらのアプローチから被上告人の行為も充分保護されるはずであるとして、「本日の法廷意見は、同性愛的ソドミー行為を基本的権利として承認することを単に拒絶したものではなく、他者との親密な関係を自分で規律できる基本的な利益を全ての個人に対して拒絶したのである」とした（ブラックマン反対意見(1)(2)）。

第二の視点は、被上告人の権利の有無とは別に、立法の正当目的自体を争う方向である。本件州法は、「品位ある社会」の建設を目論む道徳立法であり、それは多数派が長年抱いてきた道徳的信念を根拠にそれから逸脱する者へ敵意に満ちた非難を向ける試みである。それに対して、ブラックマン反対意見は、「憲法は偏見をコントロールすることはできないが、それに対して寛容であることもまだできない。私的な偏見は、法の射程外のことであろうが、しかし、法はそれらに直接であろうと間接であろうと、有効性を与えてはならない」であるとか、また、「大衆の単なる不寛容や敵意は個人の身体的自由を剝奪することを憲法的に正当化することはできない」とした先例を引用し反論を試みている。本件行為は他者の権利を侵害するものではないし、また、ある個人の価値体系を認めたくないという衝動は法的に承認できる利益ではない。「他者と異なった生き方を選択した人間の自宅や心の中に侵入することを正当化しようとする利益」は放っておくべきものであって、親密な関係を取り結

ぶことを自己決定できる権利を剝奪することの方が、「我が国の歴史に最も深く根ざした価値」に対する大いなる脅威になるだろう、と結んでいる（ブラックマン反対意見(3)(4)）。

本件は、同性愛論争を超えて、文化闘争と裁判所ないし憲法をめぐる大きな争点に関し、最高裁が人権条項の歴史的解釈に立脚し、人権的救済を拒んだ画期的な事例で、当然、保守派は歓迎し、進歩派は非難した。いわゆる実体的デュー・プロセス論との関係で興味深い論点を多く含んでいるが、道徳立法と文化闘争を整序する憲法原理の発見を目的とする本論文の関心からすると、それらを超えて、多数派の道徳信念を法的に実定化することに関する是否を論じた箇所に着目する必要がある。

法廷意見は、道徳立法を当然視し、一般的にかかる試みが許されると説くだけではなく、本件で表明されたような同性愛的ソドミーへの嫌悪の法制化についても、ほとんど詳細な論証なく合理的であるとしている。それに対して、反対意見はその第二の視点で、大衆の単なる敵意は立法を正当化するものではないとした。

次に見るRomer判決は、本件における法廷意見と反対意見の立場が逆転する。そこで多数意見となったのは、Bowers判決のブラックマン反対意見の第二の視点（敵意に基づく道徳立法の不当性）である。なお、同反対意見の第一の視点は、一七年あとのLawrence判決で法廷意見の立場に登りつめる（が、後述（次節4および後注136）するように、それは似て非なるものになる）。

## 第二節　Romer v. Evans事件判決[66]

### 1　法廷意見

Bowers判決の衝撃から一〇年後、同性愛規制はソドミー処罰とは異なった観点から再度問題になった。一九七〇年後半から九〇年代初頭にかけて、コロラド州のデンヴァー、アスペン、ボールダーの各市で同性愛

者に対する差別を解消するための条例が制定され続けた。これらの市条例は、各市の一般的な反差別条例が禁止する差別事由の中に「性的傾向性」を盛り込むだけではなく、同性愛者に対するいわゆる優先処遇（affirmative actions）を推進するものであった。それは、公的領域における差別の排除はもちろんのこと、特に、不動産取引、保険契約、私学教育、雇用などの私的領域についても同性愛者に対する差別解消を積極的に促進するものであった。これに対し、危機感を抱いたコロラド州民は、一九九二年に州民投票を実施して同州憲法を改正し、新たに「修正2（Amendment2）」といわれる条項を付加した。修正2は、大要、コロラド州の（自治体や学区を含む）あらゆる機関に対し、ホモ、レズ、バイセクシュアルの性向・行為・実践・関係を、少数者としての地位（minority status）、割当制における優遇（quota preferrences）、保護されるべき地位（protected status）、あるいは差別への異議申立（claim of discrimination）の根拠とするような、あらゆる法律・規制・条例・政策を定立したり施行することを禁ずるもので、同性愛者への優遇措置を徹底的に排除するものであった。[67]

これに対して、同性愛者団体（うち数名の州政府職員を含む）が性的傾向に基づく差別の危険性を理由に修正2の無効宣言と差止めをコロラド州知事ローマーに求め出訴した。デンヴァー地区裁判所は修正2の執行を予備的に差し止めた。州側が上訴し、コロラド州最高裁判所は、修正2は同性愛者が政治に参画する基本的権利を侵害するもので、厳格審査基準（strict scrutiny）が妥当するとして、事件を差し戻した。[68] 州政府は修正2が高度の公益に資するもので、その規制手段も厳格に仕立てられていると主張したが、容れられず、地区裁判所は再び差止めを命じ、コロラド州最高裁もそれを認容した。[69]

州知事からの裁量上告が認められ、事件は合衆国最高裁に係属した。これが、Romer v. Evans 事件である。本件は、ドラスティックな事例なので、同性愛者らの勝訴の可能性が高いと見られていたが、それでも敗訴の観測も強かった。というのは、最高裁は、前節で紹介した Bowers v. Hardwick 事件判決において、合衆国憲法

修正第一四条（デュー・プロセス条項）を歴史主義的に解釈することにより「同性愛の自由」の如き実体的権利の承認を否定し、ソドミー処罰立法を擁護していたからである。ソドミー処罰法も修正2も同性愛的生き方の道徳的評価に関わり得る道徳立法であるが、この八六年の最高裁先例は、権利・自由の歴史性の観点から伝統・先例の中に同性愛的善が存在しないことを強調するのみで、政府が共同体の多数派が抱懐する道徳信念を立法に反映することを当然視し、道徳立法が国民の「善き生き方」に投げかける意味に言及するところがほとんどなかった。したがって、コロラド州の事例も道徳立法の道徳的問題性にメスが入らないまま合憲性が認められるのではないか、と推測されたとしても無理はなかった。ところが、六対三で、修正2は違憲とされ、同性愛者側が勝訴した。

＊

ケネディ裁判官の筆になる法廷意見（スティーヴンス裁判官、オコナー裁判官、スーター裁判官、ギンズバーグ裁判官、ブライヤー裁判官同調）は、同性愛の自由の実体的権利性や優先処遇の正当性については言及しなかったものの、以下の理由により、本件コロラド州憲法改正を合衆国憲法修正第一四条の平等保護規定に違反すると判示した。

（1）コロラド州政府は、修正2は同性愛者への「特別扱い」を否定したに過ぎない、と主張するが、それには説得力がない。修正2の第一次的効果は、性的傾向性を理由とする差別を解消する優先処遇措置を否定することであるが、それだけに留まらない。修正2の包括的な文言からすると、単に同性愛者への「特別扱い」を否定するだけではなく、一般の法令運用において、同性愛に配慮することそのものが忌避されると推測される。したがって、修正2は、「特別扱い」のみならず、一般的な法令や政策の保護自体も同性愛者に否定する可能性がある。[70] さらに、修正2の終局的効果は、同性愛者に対してのみ、憲法改正を経なければ差別からの特別な保護を

受けられなくすることに及ぶ。したがって、本件憲法修正は、同性愛者に「特別な障害」を課すものである。[71]

（2）本法廷は、合衆国憲法修正第一四条の平等保護規定の審査にあたり、問題となる法が、基本的権利に負担をかけたり、特定類型のみを狙い撃ちにする場合を除いて、正当な立法目的の存在とかかる目的と規制手段の合理的関連性を吟味してきた。[72] しかし、上に見たように、修正2は、同性愛者という特定類型に対してのみ法による救済の機会を包括的に奪うだけではなく、特別な障害を課すものである。さらに、このような包括的な負担を同性愛者に課す本修正は、特定類型に対する「敵意（animosity）」から生まれたものと推断せざるを得ない。[73] 本法廷の先例は、「〝法の平等な保護〟に憲法上の意味があるとすれば、少なくともそれは、政治的に不人気な集団に対する剝き出しの害意を〝正当な〟政府利益に数えてはならない」としてきた。[74] 本件のコロラド憲法修正は、地位に基づく階級立法（a status-based enactment, class legislation）であり、合衆国憲法修正第一四条の平等保護規定が明白に忌避するタイプの立法である。[75]

＊

こうして、ケネディ法廷意見は、「改憲」という過大な負担を特定少数者に課することの不当性（判旨(1)）と、「敵意」に由来する立法の不当性（判旨(2)）などを理由に、修正2は平等保護の理念に明白に反するとし、平等権侵害についての最も軽い違憲審査基準である合理的関連性の基準すらも経ずに（「文面審査」のみで）違憲とする、というものであった。[76] そして、先に指摘したように、先例であるBowers判決に配慮してか、同性愛の自由の実体的権利性や優先処遇政策の正当性には言及しなかった。しかし、ケネディ法廷意見は、一般化できない政治的負担を特定類型の人々に課すことは「特別の障害」を構成し、平等権侵害をもたらすとのアプローチを採る中で、かかる「特別の障害」の賦課が「敵意」に由来するものであると推断できる場合、そのような「敵意」に由来する立法そのものの不当性を指摘することによって、道徳立法のもつ問題性の一端を明確に摘出した。

Bowers判決におけるブラックマン反対意見が問題にした第二の視点（敵意に基づく道徳立法の不当性）がこうして最高裁法廷意見の一角を占めることになったのである。だが、「敵意」の表明を封じ込めるだけでは、文化闘争は暫定協定的な寛容にとどまる可能性がある。もっとも、事件の司法的解決としてはそれで十分であったのかもしれない。

## 2　反対意見

これに対して、スカリア裁判官は反対意見（レンキスト長官、トーマス裁判官同調）を述べ、以下の理由により、修正2の道徳立法的性格を認めた上で、その正当性を主張した。

（1）法廷意見は、文化闘争（Kulturkampf）を「敵意」や「剝き出しの害意」に彩られた発作的悪意と誤解している。修正2は、同性愛者という「政治的に有力な少数派（a politically powerful minority）」から伝統的な性道徳を守ろうとする寛容なコロラド州民の穏当な試みに過ぎない。文化闘争の帰趨は、法服エリートが決するのではなく、州の民主過程に委ねられるべきである。(77)

（2）修正2は同性愛者に対し特別扱いを否定したに過ぎない。特別扱いを否定することが平等保護条項違反を構成するというのは余りにも奇異である。もっとも、法廷意見の主張の核心は、ある集団が利益を獲得しようとする場合、他の集団が訴え得るものよりも広範でそれ故に困難な政治的決定に訴えることを当該集団に強いる場合は、平等保護違反になるというものであった。しかし、この主張を認めれば、位階的な規範構造を持つ民主制は直ちに機能不全に陥るだろう。法廷意見はこのような批判を回避するため、政治的決定における負担の非対等性は、かかる別異な取扱いに実体的合理性がある場合は許容されるのだ、と応答するであろう。が、本件で争われている修正2も、疑いなく、実体的合理性を備えているのである。Bowers判決で同性愛的行為を犯罪とす

るソドミー処罰法が合憲とされた以上、同性愛に対し嫌悪を表明することは許されるはずであり、ましてや、単に特別扱いを否定するだけの本件修正2はなおさら問題はないはずである。[78]

（3）同性愛者たちは、「いやいやながらの社会的寛容（grudging social toleration）」を超えて「完全な社会的受容（full social acceptance）」を獲得するために、その政治力を用いて、同性愛者人口の比較的多い自治体において、社会的偏見を排する制度的措置つまり優先処遇を勝ち取った。私は、このような立法的成功を否定するつもりはない。しかし、同時に、反攻にさらされることも覚悟すべきである。州憲法改正の州民投票によって、同性愛者の地理的偏在とそれ故の政治力は緩和され、本件修正2が誕生したのである。こうして、多数派は同性愛者の政治力に打ち克ち、自らの性道徳を守ったに過ぎない。[79]

### 3　小　括

こうして、スカリア裁判官は、急進的な変化から伝統的道徳観念を防衛するための立法措置を、つまり、道徳立法を承認し、かかる立法活動を市民社会における自生的道徳秩序形成に随伴する「文化闘争」として評価する。そして、このような道徳立法とその形成過程における文化闘争は共同体の民主的自治に委ねられるべきであるとし、司法ないし連邦憲法の介入を排除したのである。もちろん、道徳立法をめぐる文化闘争は、闘争である以上、優先処遇条例を勝ち取った同性愛者たちの勝利を一旦は承認するが、州憲法による優先処遇の否定という多数派の反攻を、民主的法形成の位階構造上、当然あり得べき帰結であるとするのである。

このようなスカリア反対意見は、文化闘争としての道徳立法の承認を求めて、ケネディ法廷意見と鋭く対立するものであるが、しかし、同性愛的生き方の実体的道徳性に関する争点に踏み込まなかった点では、実は共通している。スカリア反対意見は、道徳立法を、「敵意」や「剝き出しの害意」と区別し、善き生を支える文化の形

成にとって有用・必然なものと捉えてはいるが、そこで闘わされる個別的道徳的論争の帰趨を全面的に民主過程に委ねてしまっている。この点に関し、伝統的な性道徳を維持しようとする彼の保守性に着眼し、伝統解釈の中に道徳秩序を発見する一種の歴史主義的内実を伴った実体論であるとして、スカリアの主張を実体的道徳論争にコミットするものであると評価する向きもいるかもしれない。しかし、反対意見を見る限り、先例や既成事実に安易に依拠するのみで伝統や歴史に関する解釈から性道徳を規範的に導出する過程は示されていないし、そもそも歴史・伝統を解釈素材として選択するか否か自体が民主過程に委ねられてしまっている。解釈対象として歴史的実体を措定するわけでもなく、討議の手続的制約さえ伴わないような、民主過程への全面的依拠は、やはり、道徳的論争を回避しているといわざるを得ないのではないだろうか。

平等権侵害に主に依拠し、法制度を通じての「敵意」の表明を禁ずるにとどまるケネディ法廷意見も、道徳立法を道徳的秩序形成にとって不可欠と見つつも、その内容と過程を多数派の気紛れに解放してしまうスカリア反対意見も、共に、道徳立法という不安定な暗雲の下での暫定的寛容しかもたらさないのではないか。

## 第三節　Lawrence v. Texas 事件判決[80]

### 1　法廷意見

Bowers 判決から一七年、Romer 判決から七年を経て、二〇〇三年、Lawrence v. Texas 事件判決が下された。本判決は、Bowers 判決を覆し、同性愛規制に関する判例の流れを質的に大きく変えただけでなく、実体的デュー・プロセスの法理に大きな転換をもたらすもので、折りしも、人種別学制を違憲としそれまでの黒人差別闘争に革命的な転換をもたらした一九五四年の Brown v. Board of Education 事件判決[81]の五〇周年の前年に下されたとあって、その画期的性格をめぐりアメリカでは議論が沸騰している。

テキサス州刑法は、「同性の他者と逸脱した性行為を行なうこと」を犯罪とし、「逸脱した性行為」を「(A)ある人の生殖器のいずれかの部位と他者の口あるいは肛門との接触を伴う性行為、もしくは、(B)生殖器あるいは肛門に物体を挿入する行為」と規定していた。[82] いわゆるソドミー行為を犯罪化するものである。刃傷沙汰の通報を受けたヒューストンのハリス郡警察は、ローレンスの自宅を捜索したところ、同人が寝室で同性と州刑法が禁じているソドミー行為に従事していたので逮捕し、起訴した。ハリス郡刑事裁判所は有罪判決を下し、控訴審であるテキサス州刑事控訴裁判所は原審を認容した。[83] これに対して、ローレンスが合衆国最高裁に上告し、裁量上告が認められた。最高裁は、六対三で原判決を破棄した。

*

ケネディ裁判官の筆になる法廷意見（スティーヴンス裁判官、スーター裁判官、ギンズバーグ裁判官、ブライヤー裁判官同調）は、次の通りである。

（1）「自由は、自宅その他の私的空間への正当な理由のない政府介入を禁ずる。我々の伝統では、州は家の中に居てはならないのである。そして、我々の人生や生存に関わる他の空間、つまり家の外、においても州は、支配的な存在であるべきではない。自由は空間的領域を超える。自由は、信念、表現、および一定の親密な行為を行なう自由を包含した自己の自律（an autonomy of self）を前提とする。本件は、空間的次元、およびより超越的な次元双方での個人の自由が問題となる。[84]」

（2）本件の争点は、上告人が、合衆国憲法修正第一四条のデュー・プロセス条項の保障する「自由」を享受するか否かである。この争点を検討するには、Bowers 判決を再考する必要がある。本法廷は、Griswold v. Connecticut 事件判決[85]において既婚者の寝室を聖域視し、また、Eisenstadt v. Baird 事件判決[86]において、子供をもつ決定を未婚・既婚を問わず「個人」に認めた。これらの先例が中絶の自由をプライヴァシーの一環として

承認したRoe v. Wade事件判決[87]の背景になっている。このように、Griswold判決で承認されたプライヴァシーの権利は成人既婚者の寝室から拡大されてきたのであって、Bowers判決はこのような先例の動向こそを考慮すべきであった[88]。

（3） 今回の事件とBowers判決の事件はほぼ類似しているが、異なるのは、本件のテキサス州法が同性愛者のソドミーのみを処罰対象とするのに対し、Bowers判決のジョージア州法では同性愛者・異性愛者双方のソドミーを対象とする点である。にもかかわらず、Bowers判決の法廷意見は、その主要争点を、同性愛者が特定の性行為を行なう権利が修正第一四条の保障する「基本的権利」と言えるか否か、という点に設定した。しかし、これは誤りである[89]。ソドミー処罰法が及ぼす影響は、最も私的な空間において行なわれる最も私的な人間的営為である性行為に及ぶ、もっと射程の深いものである。つまり、ソドミー処罰法は、個人の関係形成を州がコントロールせんとするものなのである[90]。

本法廷は、他者を害するわけでも法制度を悪用するわけでもない私的関係について、そのような関係形成のもつ意味や限界の画定を州や裁判所が行なっていいとは思わない。成人は、自宅や私的生活の中で関係形成を選択することができ、自由な人格としての尊厳をそのような空間で保持できなければならない。他者と取り交わす親密な行為においてセクシュアリティが明白に現われてくる場合、そのような親密な行為は、より永続的な人格的紐帯の一部を構成すると言える。憲法の保障する自由は、そのような選択を行なう権利を同性愛者に認めている[91]。

（4） にもかかわらず、Bowers判決では権利の歴史性を問題にしてしまった。同判決は、同性愛の権利の歴史性を否定したが、しかし、同性愛規制の歴史はさして長いものではない。同性愛が独自の性類型として現れたのは一九世紀になってからであって、初期アメリカが否定していたのは生殖を目的としない性行為一般であったのである[92]。しかも、ソドミー処罰法の下で起訴される案件のほとんどは、未成年者を対象としたり、強制力を用

いたりした事件なのであり、成人同士の任意の行為については不起訴とする慣行が普及していた。二〇世紀に入って、成人同士の任意の行為についても起訴されることが増えてきたが、それは公の場で行なわれたソドミー行為が主なのである。[93] このように、Bowers 判決は歴史アプローチとしても誤りを犯している。

（5） 歴史の流れを言うのなら、近時の趨勢はむしろ同性愛規制を後退させる方向で推移している。[94] 例えば、一九五五年のアメリカ法律協会のモデル刑法典では、私的空間における同意の上での性行為に刑罰を科すべきではないとし、それに同調する州も出てきている。[95] また、ヨーロッパ人権裁判所も同意の上での同性愛行為を処罰することはヨーロッパ人権条約に違反するとの判断を下している。[96] さらに、Bowers 判決が依拠していた我が国のソドミー処罰法保有州の数も、同判決当時の二四州一特別区から一三州に減少し、同性愛者のソドミー行為のみを対象とするのは内四州に留まる。[97]

（6） また、Bowers 判決以降の当裁判所の判例動向も示唆的である。例えば、一九九二年の Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey 事件判決[98] では、「人が生涯に行なう最も親密で私的な選択、つまり、人格の尊厳や自律にとって中心的な意味を持つ選択は、修正第一四条が保障する自由の核心である。かかる自由の深奥にあるのは、自己存在の意味、宇宙や人間生命の神秘の意味を確定する権利である」と判示したところである。[99] また、一九九六年の Romer 判決では、敵意から生まれた階級立法は修正第一四条の平等保護規定に反するとも判示したところである。

（7） さて、Romer 判決にならって、本件も平等保護条項の観点から処理すべきであるとの声もあるが、しかし、① Bowers 判決の法理の有効性を否定しておく必要がある点、②平等の観点からソドミー処罰法を違憲にすると、区別の基準を変動させること（例えば、同性愛者のみならず異性愛者の行為も処罰対象にすること）により、同法が延命される可能性がある点から、デュー・プロセス条項の観点からの審査を行なうことにした。[100] また、平

等保護の観点からの審査と、実体的デュー・プロセスからの審査は重要な局面でリンクしているし、後者に依拠して判断することは双方の利益になる。[101] 憲法によって保障された行為が処罰対象になっていることが、（上の②のように）平等保護の観点をクリアしたとしても、実体における有効性（substantive validity）を不問にふせば、スティグマが残ることになる。[102] しかも、ソドミー行為処罰を法で宣言することは、私的領域だけでなく公的領域においても同性愛者に差別をもたらすであろう。[103] テキサス州法の法定刑は微罪扱いだが、処罰が派生させる同性愛者へのスティグマには多大なものがある。[104]

（8） なお、この法廷意見の射程は、未成年、強制的に性交を強いられた者、公的領域で行なわれるもの、売春行為などには及ばない。また、本法廷意見は、同性愛者が欲するあらゆる関係形成に対して政府が公式的な認知を与えなければならないことを意味するものではない。[105]

（9） 結局、Bowers判決は、判決の当時も、そして現在も、誤っている。本法廷は同判決を覆す。[106] 原判決は破棄され、本法廷意見と整合するようにさらなる審理を要求する。[107]

## 2 補足意見

法廷意見に対して、オコナー裁判官の筆になる補足意見が付された。本意見は、法廷意見と結論は同じくするもの、理由付けが大きく異なる。その概要は次の通りである。

（1） 私は、Bowers判決の法廷意見に加わり、同判決を変更した本件法廷意見には加わらなかった。しかし、同性同士のソドミーを処罰するテキサス州法を違憲とした部分に関しては同調したい。が、その理由付けは、修正第一四条のデュー・プロセス条項ではなく、平等保護条項に求める。[108]

（2） 本法廷は、平等保護の審査基準として「合理的な根拠の基準（rational basis standard of review）」を採

用していた。それは、法律が定めた区別が正当な州の利益と合理的関連性を持つか否かを問うものであった。が、他面、「政治的に人気のない集団に対する剝き出しの害意」を正当な州の利益と見てはならないとも判示してきた。[109] したがって、本件ではより厳格な合理的根拠の基準が採用されなければならない。

（3） 本件のソドミー処罰法は、①同性愛者のソドミーのみを対象とし、異性愛間でのそれは対象としていないので、主体に着目した差別である、②科刑がもたらす帰結は決して小さくない、③同性愛者全般を犯罪者視する効果を有し、ソドミー処罰とは無関係に同性愛者全般を差別してしまう、というものである。[110]

（4） これに対して、テキサス州は、本法律の目的は、道徳の維持という正当な公益であるとする。が、同性愛者のソドミーのみを処罰対象にしている以上、それは特定集団への害意が背景にあるといわざるを得ない。本法廷は、道徳秩序の維持という目的だけでは差別立法を正当化できないとしてきた。[111] これは、区別のための区別に他ならない。特に、州が同性愛者のソドミー行為であっても成人間の合意の上での私的な行為であれば、起訴を控えてきたことに照らすと、本法は「犯罪行為を抑止する手段である以上に、同性愛に対する嫌悪と不承認を表明する手段として」用いられてきたといってよく、だとすれば、これは Romer 判決で否定された、敵意や害意に基づく差別立法であるといえる。[112]

（5） 本件の処罰法が平等保護条項に違反するといっても、それは、他の法律において同性愛と異性愛を区別することが一律に合理的根拠の審査基準の下で違憲とされることを意味するものではない。本件の処罰法に関しては、テキサス州が、正当な政府利益を立証できなかったに留まる。[113] 伝統的な婚姻制度の維持保全を理由とする「同性婚」の不承認と異なり、本件では、単なる道徳的反発を超えた正当理由が提示されていないのである。

### 3　反対意見

七年前、Romer判決に強烈な反対意見を付したスカリア裁判官は、本件においても長文の反対意見（レンキスト長官、トーマス裁判官同調）を提示した。それは、以下に見るように、本件法廷意見を批判するだけではなく、最高裁の近時の判例動向とさらに将来における方向性を憂いたものになっている。その概要は次の通りである。

（1）法廷意見は、ローレンスの行為を単純に「自由の行使」として保護したのであって、同性愛者のソドミー行為をデュー・プロセス条項の保障する「基本的な権利」として承認したわけではない。その意味では、Bowers判決の「結論」は否定したものの、その中心的判断には触れなかったのである。[114]

（2）しかし、先例拘束性に固執する必要はないが、わずか一七年前の先例であるBowers判決を覆すのはいかがなものか。先例への批判が増大したということなら、Bowers判決と少なくとも同程度に評判の悪いRoe判決（中絶の自由を初めて承認した判決）も同様に覆されなければならなくなろう。[115]

（3）法廷意見が承認したソドミー行為は、決してデュー・プロセス条項の保障する「自由」に含まれない。修正第一四条は、市民から「自由」を奪ってはならないと規定するが、それはあくまでも「法の適正な手続（due process of law）を経ずに奪ってはならない」という条件付きなのである。[116] もちろん、この「適正」の中には、基本的な権利自由を侵害してはならないという要請があり、そのような権利自由に該当する利益は手続を踏んだとしても剝奪できないとする「実体的デュー・プロセス」の理論を我々は展開してきた。そして、本法廷は、そのような基本的権利としてある利益が承認されるには、その利益が「我が国の歴史と伝統に深く根ざしていること」を要求してきたのである[117]（Bowers判決法廷意見判旨(3)参照）。Bowers判決は、この歴史・伝統基準を用いて、ソドミー行為の基本的権利性を否定したのである。今回の法廷意見はこの点を覆すものではない。法廷意見は、ただ単に、本件で問題となった行為に対してソドミー処罰法を「適用」することが合理的根拠のテストを充足しないとしたに留まる。[118]

（4）法廷意見が判旨(2)で引用している諸判決の読み方にも問題がある。Griswold 判決は実体的デュー・プロセスを採用した判決ではなく、むしろ逆で、修正第一四条以外の憲法諸規定を総合的に解釈した結果、具体的根拠条文から構成される権利の複合の「半陰（penumbral）」として、プライヴァシーの権利を承認したにすぎない。[119] また、Eisenstadt 判決も、平等権問題を扱った判決であって、実体的デュー・プロセスとは無関係である。同判決は、Griswold 判決に依拠してプライヴァシーの権利に言及したにすぎない。[120] Roe 判決に至っては、その後、判例の射程を制限する方向に本法廷は出ているのである。[121]

法廷意見の判旨(5)に言う「近時の趨勢」は近時の趨勢にすぎない。ソドミーが長い間処罰の対象で「あった」ことが重要なのである。憲法上の権利は、いくつかの州が解禁方向に出たというだけで生まれるものではない。まして、外国の動向がそれを左右するものではない（先例は、「我が国の歴史と伝統」と言っている）。[122]

（5）テキサス州のソドミー処罰法は、一定の性行為を「不道徳かつ受容不可能なもの」とみなす市民の信条を具体化したものである。もしこれが違憲であるなら、私通（fornication）、重婚（bigamy）、不貞（adultery）、近親相姦（adult incest）、獣姦（bestiality）、わいせつ物（obscenity）を禁ずる現行の道徳立法（morals legislation）は全て違憲になるだろう。[123] 今回の法廷意見が言うように、多数派の性道徳を促進することが正当な政府利益でないとしたら、これらの立法はひとつも合理的根拠の審査を生き残ることはできないだろう。[124]

（6）平等保護条項からのアプローチについてはどうか。ソドミー処罰法が階級類型として同性愛者から平等保護を奪うものであっても、かかる剝奪は、合理的根拠の審査基準を充足する以上の正当化を要求されない。そして、伝統的性道徳を促進することはこの審査基準を充たす。[125] Romer 判決は階級立法を差別立法だとしたが、オコナー裁判官補足意見（意見(5)）も指摘するように、同性愛者を婚姻制度から排除している現行法については「婚姻という伝統的制度を維持すること」は正当な政府利益だとされているのである。婚姻制度に関して区別

が認められるのに、ソドミー処罰法がなぜ差別立法とされるのか。[126]

（7）今回の法廷意見で最も突出した部分は、「ソドミー行為処罰を法で宣言することは、私的領域だけでなく公的領域においても同性愛者に差別をもたらすであろう」という部分であろう（判旨(7)）。これは、最高裁がその中立的観察者の役割を逸脱して、文化闘争（the culture war）の一翼を担い始めたことを意味する。[127] 多くのアメリカ人は、同性愛的行為を行なっている人を仕事上のパートナーに持ちたくないと思っているし、子供たちの面倒を任せられないと考えている。同性愛的文化は明らかにメインカルチャーではない。現に、連邦議会は、雇用差別禁止法や公民権法において同性愛者差別を禁ずる規定を盛り込むことを何度となく拒絶している。[128] また、法律で軍から同性愛者を除外することが要請されているように、同性愛者差別はある場合にはむしろ必須なのである。[129] さらに、ボーイ・スカウトから同性愛者を排除することを近時の判例が認めたように、同性愛者差別はある場合には権利でさえある。[130] 私は、同性愛者やそれを支持する人々が、通常の民主的手段（normal democratic means）を用いて自分たちのアジェンダを促進することに何等反対する者ではない。性道徳やその他の道徳規範に対する社会の見方は変化するものであり、全ての集団は市民同胞を説得する権利をもつ。[131] しかし、説得することと、それを押し付けることは別問題である。将来世代が、本件で問題となった法律を後に抑圧的でしかないと判断することもあるだろう。しかし、その判断は人民（people）が行なうというのが我々の体系の前提である。最善を知る支配的階級によって押し付けられるものではない。[132]

（8）カナダでは、同性婚を裁判所が強行したという。[133] 人民に判断を委ねることの利点にひとつは、その判断が論理的なものでなくても構わない点である。しかし、裁判官の判断はそうはいかない。法廷意見は、「本意見は、同性愛者が欲するあらゆる関係形成に対して政府が公式的な認知を与えなければならないことを意味するものではない」と言う（判旨(8)）。しかし、信用してはいけない。法廷意見の論理を貫徹すれば、同性愛者を婚

姻制度から排除している現行法制も維持できなくなるであろう。今回の法廷意見が婚姻制度に及ばないと言えるのは、法廷意見が原理や論理といったものと全く無関係であると言える場合だけである。(134)

（本件にはさらにトーマス裁判官の独自の反対意見が付されている。それは、自分自身は、本件の州法を愚かな法律だと考えるが、憲法の論理と裁判官の役割から考えるとき、スカリア裁判官に同調せざるを得ない、というものである。(135)）

## 4　小　括

本判決は、一七年前の Bowers 判決を覆した、明確な判例変更事例である。しかも、その変更は、最高裁が依拠すべき実体的デュー・プロセス理論の原理的変更をともなうものであった。

Bowers 判決の法理論の動揺の兆しは、既に Romer 判決においても見られたが、それは、Bowers 判決に付されたブラックマン反対意見の二つの視点のうち、第二の視点つまり、敵意に基づく道徳的非難は、道徳立法を支える正当な立法目的にはならないという文脈であった（敵意に基づく階級的差別立法の法理。この方向性は、Romer 判決を本件に援用して事件を解決しようとするオコナー補足意見に踏襲された）。他方、Lawrence 判決で結実したのは、Bowers 判決のブラックマン反対意見の第一の視点、すなわち、プライヴァシーの権利や親密な結合の権利など実体的権利の援用によって事件を解決しようとする方向性である。

さて、Lawrence 判決におけるケネディ法廷意見は、次の二点で、従来の実体的デュー・プロセス理論を原理的に再定式化するものである。

ひとつは、従来の、そして Bowers 判決が依拠した、実体的デュー・プロセス理論の方法論、つまり「基本的な権利」の法理を採用せず、より抽象度の高い権利の普遍定式から修正第一四条の「自由」の射程を確定する方向に出た点である（判旨(1)(2)(3)）。従来の「基本的な権利」の法理は、主張されている利益が「我が国の歴

史と伝統に深く根ざしていること」を要求し、歴史や伝統、州や連邦の法実践の中に、当該利益の実体的様相の断片を充分に拾い出せるかどうかを問うものであった。しかし、ケネディ法廷意見は、「自由は、信念、表現、および一定の親密な行為を行なう自由を包含した自己の自律（an autonomy of self）を前提とする」という「自由」の抽象的な普遍定式を定立し（判旨(1)）、そこから当該事件の対象となっている法制度がその普遍定式を否定するものかどうかを問題にしている。この観点から、ケネディ法廷意見は、同性愛者のソドミー行為を行なう利益そのものを議論の対象とせず、本件処罰法が、個人の関係形成一般を州がコントロールせんとしていることを問題にし[136]（判旨(3)）、上述の普遍定式に抵触することを次のように述べている。「成人は、自宅や私的生活の中で関係形成を選択することができ、自由な人格としての尊厳をそのような空間で保持できなければならない。他者と取り交わす親密な行為においてセクシュアリティが明白に現われてくる場合、そのような親密な行為は、より永続的な人格的紐帯の一部を構成すると言える。憲法の保障する自由は、そのような選択を行なう権利を同性愛者に認めている」（判旨(3)・傍点筆者）。

もうひとつの再定式化の試みは、デュー・プロセス条項からのアプローチと平等保護条項からのアプローチを統合的に理解した点である（判旨(7)）。本件は、同性・異性を問わずソドミー行為を処罰対象としたBowers判決で争われたジョージア州法と異なり、同性愛者のソドミーのみを処罰対象としている。その点からすると、平等権保護条項違反で充分に違憲判断を出せたはずである。実際、オコナー裁判官の補足意見は、この論理を採用している。が、ケネディ法廷意見は、当該処罰法の有する差別的区別を仕切り直して平等保護条項からのテストをクリアしたとしても（異性愛者のソドミー行為を同性愛者間のそれと同じように処罰対象としたとしても）、同法の規制は残存し、したがって、同法にこめられた特定性行為とその主体に対する「スティグマ」がなおも惹き起こす「自由」に対する脅威を取り除く必要があるとする。[137] 法廷意見が何をもってデュー・プロセスと平等保護の

「統合」と理解するのかは定かではないが、このように、「スティグマ」が有する自由への脅威を問題にする局面で、両アプローチはリンクしていると考えているものと思われる。こうして、ケネディ法廷意見は、平等保護条項の要請を超えて、当該州法が及ぼす自由への脅威を根こそぎ否定しておくことこそが、スティグマ排除につながり、それは平等保護条項の「利益にも資する」としたのであった。(138)

なお、ケネディ法廷意見はその終結部分で、Lawrence 判決の射程を限定している。つまり、法廷意見の射程から、未成年、強制的に性交を強いられた者、公的領域で行なわれるもの、売春行為などを除外し、さらに、法廷意見は、同性愛者が欲するあらゆる関係形成に対して政府が公式的な認知を与えなければならないことを本判決は意味するものではない、と断ったのである（判旨(8)）。これは、これらの性道徳規制がスティグマによる自由への脅威には当たらないとするものなのか、それとも、今後の議論に開かれているという意味なのか。いずれにせよ、法廷意見の示した抽象的定式がどれほどまで普遍的なのかについて、一定の謎を残した形になった。

そして、この点を最も強く批判するのがスカリア裁判官の反対意見である。同反対意見は、ケネディ法廷意見に対して、先例拘束性への尊重の欠如、先例解釈の誤り、歴史解釈の誤り、外国法援用の誤りなどを指摘しているが、最も強く批判を展開したのは、法廷意見が最後に残した謎についてである。スカリア裁判官によれば、ケネディ法廷意見が修正第一四条の「自由」の射程を絞るための「基本的な権利」の限定を捨てた以上、その勢いのおもむくところ、性道徳規制の全てが違憲にならざるを得ないとする（スカリア反対意見(5)(3)）。また、ケネディ法廷意見が冒頭、「自由は空間的領域を超える」（判旨(1)）と述べ、そして、「ソドミー行為処罰を法で宣言することは、私的領域だけでなく公的領域においても同性愛者に差別をもたらすであろう」（判旨(7)）とも述べていたように、スティグマの脅威の排除は、道徳立法だけではなく、私人の具体的な生活や価値選択にも及び得ることをスカリアは危惧する（スカリア反対意見(8)）。この点、前述のように、ケネディ法廷意見は、判

例法理の射程を限定している。しかし、スカリア裁判官は、「信じてはいけない」と言う。そして、Romer 判決における自己の反対意見と同様に、道徳をめぐる文化闘争を法服エリートから人民の手に、民主過程に取り戻すことを強調している。

# 第三章　道徳と自由

## 第一節　道徳立法をめぐる討議の条件

### 1　民主政の「挑戦モデル」としての討議民主政論

さて、本章では、以上のアメリカ最高裁の憲法判決で展開された諸言説を再度整理するとともに、それが道徳的討議にもたらしうる意味を、将来的検討を留保しつつ、一瞥しておきたい。そこで、まず、第一章で若干触れた討議民主政や寛容に関する筆者の私見を簡単に提示しておく。

特定の善き生き方のみを特権的に扱おうとする道徳立法に対して、各個人が構想する「善き生き方」の多元的な共存を目指すリベラリズムは強く反発してきたが、近時、民主主義的議論の諸条件を整備し、広く討議の力に訴えることで、道徳立法に途を開こうとする新しい民主政論、すなわち「討議民主政論（deliberative democracy theory）」が台頭しつつあることは既に触れたところである。

筆者は、『討議民主政の再構築』と題する別稿[139]において、大要、次のような私見を展開した。

討議民主政論は、選好を所与と考え、その集計最大化をめざす功利主義的民主政論に対して、討議のダイナミズムによる選好の可塑性を強調することによって、民主政論に新たな地平をもたらした。しかし、功利主義的民主政論も従来の討議民主政論も、民主的決定を目指し正当化する「決定の民主政」としての論理構造をもつ点で

は変わりはない。討議民主政は、民主的決定の正当性を合意の調達の上になされた決定に求める、古典的な「合意モデル」に立ち、それを討議条件の再定式化とそのダイナミズムの発揮によって洗練・強化するものであり、かかる討議の帰趨は、リベラルな価値を凌駕することを想定している。この点、討議民主政の論者は、討議条件の中にリベラルな諸価値を含めることによって、リベラリズムとの暫定的な整合をはかっている。

しかし、討議民主政の意義は、決定のための合意を調達する点にではなく、決定そのものを相対化する点にあるのではないか。討議は、決定を支え正当化するだけではなく、むしろそれ以上に、決定に対置し得る価値を持ち得るのではないか。「決定の民主政」に対して「不決定の民主政」と呼ぶべき事態を招来させるような勢いで討議の可能性を強調してこそ、はじめて democracy に deliberative の形容を冠する意義が顕現するのではないか。理性の拘束は議論の整理・収斂にではなく議論の継続と決定の不安定化にこそ重要な働きをすることを強調すべきではないか。リベラルな価値を不十分に密輸入した民主的決定を振りかざすのではなく、民主的決定自体を相対化し、さらなる討議へと開く方向にこそ、リベラリズムとの調停があり得るのではないか。

かかる問題意識から、筆者は、民主的決定の正当性を、議題が多様な挑戦をかいくぐり、生き延び得た点に求め、多様なチャンネルを通じての挑戦が活発に展開されていることそれ自体に見出す民主政論を「挑戦モデル」と名づけた。「挑戦モデル」においても、もちろん、決定はなされる。しかし、「挑戦モデル」では、そのような決定も、新たな再挑戦を受け、再審議にかけられる可能性に開かれたものでなければならない。[140] 挑戦モデルに出た討議民主政における討議のダイナミズムは、国民の選好を「計画的再開発」においてではなく、決定を相対化するチャンネルを確保することと、不決定に対しても一定の民主主義的意義を見出すことにおいて発揮されることになる。このような観点から、筆者は近時の討議民主政論を再評価することを強調してきたところである。

## 2　寛容の論法と善の解釈的開放性

道徳的立法をめぐる討議においてどのような道徳的条件が求められるべきか。このような観点から、筆者は、『寛容の論法』と題する別稿[14]において、大要、以下のような提案を行なった。

ライフ・スタイルや文化の「善さ」を議題にすることを避け、かかるライフ・スタイルや文化をめぐり対立する各派の価値評価を相互不干渉の下で延命させる「暫定協定としての寛容」には限界がある。それは、各派を他者との交流を排した価値世界に自閉させ、ますますその信念を硬化させてしまい、協定の解除とともに、より激越な対立を導いてしまうかもしれない。もっとも、激烈な対立状況では、とりあえずの平穏こそが最善であることは確かである。しかし、塹壕的立籠もりが激烈な対立に転化しない条件や潜在的対立状況の緩和の模索がやはり必要となる。筆者は、異なった善の共存のためには道徳的許容性に関する何らかの枠組が必要であり、また、相互尊重の実現には他者の抱懐する「善の質」に関する何らかのコミットメントが求められるとの諸点から、寛容な社会の実現には、各人の「善き生き方」を何らかの公共的討議に乗せる必要を認めてきた。

そのための道徳的条件として、筆者は、「善の解釈的開放性」の要請を提示した。「善の解釈的開放性」の受容とは、自己が同一化している「善き生き方」を解釈的吟味による再編成を通じて他者と自己自身に対して開くことを意味する。「善き生き方」とされる価値は、各人の人格的生存の完成に関わる価値であるために、本来、他者が代行すべき事柄ではない（というより代行できる事柄ではない）。ここから、善に関わる判断が個人の主権的自己決定の下におかれることが要請され、個人権の基礎である自己決定権論や中立国家論などが導出される。しかし、それが妥当するのは、各人が同一化している善が「本人にとって本当に善いもの」であると言える限りにおいてである。自己の「善き生き方」が善きものであるためには、その「善き生き方」の内実と担い手を反省的に検証しなければならない。かかる反省的検証は、自分が抱懐する善の構想に解釈を許す余地がなければ可能に

ならない。これはある種の「自己超越要求」であるが、生き方の反省的検証による自己超越は善が善であるための条件なのである。

さて、自己超越は他者受容を経ずにはあり得ない。自己の「善き生き方」に開放性を持たせるには、他者の「善き生き方」を反省の契機にするしかない。善の探求を自分自身に対して開くことは同時に、他者受容を通じて他者に対してもそれを開くことを意味する。そして、「善の解釈的開放性」が要求する自己超越とは、自分の「善き生き方」の構想を、より高次の善に関する一解釈例として捉えてみせ、解釈的刷新によって善が自己にとって善であることを不断に問い続けて見せることである。こうして、善の解釈的開放性が要求するある種の自己超越とそれが随伴する他者受容の中に「寛容の精神」の基礎が生まれる。そして、現在自分が抱いている「善き生き方」を高次の善の一解釈例と捉えることが、他者の善を別の解釈例として受け容れる余地を生み、解釈競合による共生を可能にする。さらに、自らの「善き生き方」を公共化する必要があるならば、その「善き生き方」が「基本善」の一解釈ヴァージョンを構成することを論証しなければならない。これは多数派にも少数派にも求められる。以上を、筆者は、寛容な社会を建設するための、道徳的条件とおき、特に討議条件の側面を強調して「寛容の論法」と呼んで擁護してきたところである。

＊

さて、以上の私見は試論の域を出ていない。以下では、本稿で概観した三つの判例の諸言説を再整理しながら、上記のアイディアとの距離を測定しておくことにする。私見の本格的テストは将来の課題であるが、本稿では、その一端を確認しておくにとどめる。まずは、本稿の問題意識の出発点となったスカリア裁判官の言説解剖からはじめる。

## 第二節　〝民主主義者〟スカリア裁判官を解剖する

### 1　民主主義者としてのスカリア裁判官

上に見た三判例に限って言えば、スカリア裁判官は近時の潮流から取り残されつつあり、反対意見における憤怒の度合いもエスカレートしているように思われる。苛立ちを見せる彼の法理論とはどのようなものか。スカリア裁判官は、憲法解釈方法論に関しいわゆる「原意主義（originalism）」に立脚し、制定者意思と憲法テキストに根拠を持たない憲法的主張は、広く社会構想の問題として各州の民主過程に委ねるという立場に一貫して立ってきた。[142] いわゆる新しい人権の主張に関しては、歴史や伝統の軌跡の中に、つまり州や連邦の民主過程の諸実践の総体の中に定着した利益しか承認しようとしない。したがって、結果的に、保守派の立場を擁護するような判決や少数意見を執筆してきた。

が、スカリア裁判官自身が道徳問題に対して保守的な価値観を実際に有しているかどうかは不明である。彼の上記三判例における法理論を改めて分析してみると次のようになる。

①性道徳を含めて道徳秩序をいかに構想するかは、民主過程の帰趨に委ねるべきであり、多数派の道徳観を公共化するいわゆる道徳立法はこのことの当然の帰結である、②マイナーな文化がメインストリームの文化に対して自らのアジェンダを主張し勝利を収めることは、通常の民主的手段を使用してそれを実現する限りは全く問題がない。

このようにスカリア裁判官自身は同性愛文化に対して積極的にも消極的にもコメントしていない。彼は、本来の道徳的保守主義者ではなく、既存の道徳秩序が保守されることにも革新されることにも中立で、民主過程の帰趨自体を保守するという立場を取る「民主主義者」なのである。彼の民主制観は、「多数決民主主義」である。自由の射程や新しい人権の承認についても「多数決民主主義」の過程によって産出されるので、彼の民主主義を

抑制する実体的要件はほとんど示されていない。あるとすれば、「全ての集団は市民同胞を説得する権利をもつ」という討議条件である（Lawrence 判決におけるスカリア反対意見(7)）。

## 2　討議民主政の観点から

スカリア裁判官が道徳に対して中立的である以上、結果的に保守道徳を擁護する点を問題にしても余り意味がない。むしろ、彼の提示する民主政構想が問題になる。上に見たように、彼の民主政観は、少数派に市民同胞を説得する権利を保障することを討議の条件とする多数決民主政論である。そこには、道徳をめぐる討議の倫理的条件は示されていない。むしろ、他者の抱懐する道徳観への嫌悪の情や敵愾心をあらわにすることも許容して、広く「文化闘争」を推奨し、それを「多数をいかに調達するか」という政治ゲームの問題とおいている。そのような討議のあり方が果たして「少数派に市民同胞を説得する権利」が活かされる環境になるかは疑わしいが、ここでは「寛容の論法」からの討議の倫理的条件の不在を批判することをしばらく措くことにして、討議民主政の「挑戦モデル」からの問題点を指摘しておきたい。

スカリア裁判官の民主政論は、限りなく形式的多数決民主主義に近い。本章第一節1で指摘したように、今日、討議民主政論の登場により、形式的多数決ではなく、討議の充実を条件に多数決的合意の正当性を強化しようとする傾向が存在する。が、それに対して、討議の意義を「挑戦モデル」として理解することが必要であるというのが筆者の見解である。この「挑戦モデル」から見ると、少数派に同胞を説得する「権利」を保障することを前提に、広く道徳問題を「文化闘争」と称し得る程度に白熱した討議の俎上にのせることを奨励し、さらに少数派と多数派の入れ替えやなど民主的勝敗をお互いに認め合うべきである……とするスカリア裁判官の民主政論は、それと適合的なようにも思える。

が、そう簡単に楽観できない。以上のような討議のダイナミズムをスカリア裁判官がどれほど認識しているかはあくまで不明なのである。この不安を例証するものとして、Romer v. Evans 判決にもどってみよう。同判決では、同性愛者たちが勝ち取った市条例などにおける優先処遇措置を、州憲法を改正し、憲法明文で性的傾向性に基づく優先処遇を全面的に禁止することが問題となり、法廷意見は、そのような州憲法修正を平等保護条項違反としたのであった。反対意見を付したスカリア裁判官は、このような憲法修正を同性愛に対して懐疑的な多数派州民の民主的勝利と理解し、法廷意見はかかる文化闘争の帰趨を裁判官に支配されるもので、適切でないと批判したのであった。

「政治的に不人気な集団に対する剝き出しの害意を〝正当な〟政府利益に数えてはならない」とする Romer 判決法廷意見に対して、「政治的に有力な少数派から伝統的な性道徳を守ろうとする寛容なコロラド州民の穏当な試み」としてそれを正当化しようとするスカリア裁判官の立場は、彼の民主政観に立ったとしても疑義がある。

例えば、各州のワシントンからの自律を強調するスカリア裁判官は、なぜ市や自治体の民主過程の州政府からの自律を否定するのだろうか。なぜこの闘争を自治体条例をめぐる「文化闘争」と見て、そこでの民主的討議に事態の推移を委ねないのだろうか。

また、州法をめぐる「文化闘争」を承認しつつ、州憲法でその闘争の帰結を固定化することには問題はないのか。州法レベルの政治ゲームも、憲法レベルの政治ゲームも彼にとっては同値であり、その背後には、法律と憲法を特に区別せず、両者に適用される民主政原理も区別しようとしない発想が見て取れる。憲法典は原理の法典であり、政治ゲームの勝敗を記録する得点ボードではない。それは勝敗を固定化するものではない。憲法レベルで「文化闘争」の勝敗が固定化されれば、下位法次元での政治ゲームは否定される可能性がある。また、そのような状況下で、「少数派の市民同胞を説得する権利」が機能することも困難になる。このような戦法が「寛容な

コロラド州民の穏当な試み」と言えるだろうか。

以上のようなスカリア裁判官の民主制理解は、討議民主政の「挑戦モデル」からすれば、決定の相対化を否定し、むしろそれを固定化し、少数派の挑戦のチャンネルを狭めるものである。また、憲法典に自らの道徳を記述せしめた多数派が、新たな挑戦を押さえこみ得たとして安心し、自らが抱懐する道徳を反省的に再吟味する機会をも喪失しかねない。それは、「オーソドクシーの寛容」[143]と同じ意味での寛容しかもたらさない。その意味では、スカリア裁判官の立場は、討議民主政の挑戦モデルからも、寛容の論法からも支持し得ない。

Romer 判決でも問題となった憲法修正は、平等保護条項違反でもあり、政治過程をゆがめるもので二重の基準論からも疑義がある。さらに、民主制のあり方からも、寛容の質からも、また、憲法の理解においても、非常に疑わしい。

### 3　憲法典・道徳・主権者

しかし、ここでひとつ問題がある。憲法典が下位法と違った原理的法典であるとしても、そこで「善き生き方」に対する一定の取り決めがなされたとしたら、それをどう理解すべきなのであろうか。正義を基底に考えるリベラリズムからすると、特定の「善き生き方」を公共化することは否定されるから、憲法に定め得るものは、特定の善の構想に依拠しない正義の原理か、どの善の構想にとっても可能条件となる基本善だけである。が、主権者の決断を通常の民主的決定とは区別し、憲法典に特定の「善き生き方」を公共化することを特権的に認めることを許容する途がないとは言えない。もちろん、スカリア裁判官の論理の中にそのような理路が示されているわけではない。が、正義と善の関係において、憲法ないし主権的決断の法的位置付けをどのように考えるべきかは、本稿の検討とは別個に検討しておく価値があるように思われる。

筆者自身の暫定的見解は、憲法典で特定の善の構想を規定することには消極的である。既に触れたように、討議民主政論において「挑戦モデル」に立つ場合、政治過程での討議の充実と、民主的決定の相対化戦略を重視すれば、憲法における特定の善の特権化は、討議の勝敗を固定化する可能性がある。また、寛容の論法からすれば、寛容をオーソドクシーの寛容に転落させるおそれがある。特定の善の憲法編入は、少数派にとって自由な議論の可能性を否定するおそれがあると同時に、多数派が自らに課すべき「善の解釈的開放性」を自己否定することに繋がりかねない。

以上のような暫定的回答を超えて、さらに、主権論にさかのぼり、憲法典の特異性を慎重に検討する必要があるが、この点に関しては、憲法制定権者による決定に果して法的限界があるのか、などの論点が問題になるだろう。それについて言えば、従来の我が国の有力説は、憲法制定権力の座になぜ国民が据えられるのかという問いに対して、憲法の核心に存在する実質的根本規範を「自然権」とおき、それを最高次の原理とする立場に立てば、かかる「自然権」の主体である個々の国民の総体が制定権者と位置づけられることになる、と説いてきたところである。[144] したがって、自然権思想からの制約を憲法制定権力も、そしてその実定法世界における別称である改正権力も、受けることになる。このように、主権者の決定を高次の法によって統制しようとする際に、そこで想定されている高次の価値世界の構造の中に、上述の「寛容の論法」等がどのようにコミットするのかは、今後の課題にしたいと思う。

## 第三節　自由の抽象的普遍定式と寛容の論法

### 1　Lawrence 判決の普遍定式と「基本的な権利」の法理

さて、次に Lawrence 判決のケネディ法廷意見の検討に移りたい。

Lawrence 判決の核心部分[145]は、「自由は、信念、表現、および一定の親密な行為を行なう自由を包含した自己の自律（an autonomy of self）を前提とする」という「自由」の抽象的な普遍定式を定立し、そこから当該事件の対象となっている事例がその普遍定式を否定するものかどうかを問題にするというものであった。

同判決の自由の定義を普遍定式と筆者が呼ぶのは、次のような理論的可能性をケネディ法廷意見は内包しているからである。

まず、第一に、法廷意見は、内心領域や親密圏内における自律の尊重という抽象的次元に自由の根拠を置いている。スカリア反対意見は、右法廷意見は「同性愛者のソドミー行為をデュー・プロセス条項の保障する『基本的な権利』として承認したわけではない。その意味では、Bowers 判決の『結論』は否定したものの、その中心的判断には触れなかったのである」と指摘して、同判決の射程と意義を努めて限定しようとしていた。このスカリア裁判官の強弁に対して、ローレンス・トライブは、法廷意見が「基本的な権利」としてソドミー行為を承認しなかったことに関して「当たり前である！　もっとはっきり言って差し上げようか？　これでどうだ、『問題なのは、ソドミーではない。その関係形成（the relationship）なのである』」と喝破している。[146]

したがって、法廷意見の自由の保障は、歴史と伝統のテストを通じて主張された利益の断片を拾い集める従来の実体的デュー・プロセス理論（「基本的な権利」のテスト）を採用しなかったし、さらに、Bowers 判決におけるブラックマン反対意見のようにプライヴァシーの権利や親密な結合の権利といった特定名称をもった権利論に関する議論すらもほとんどみられない。

トライブによれば、法廷意見の自由は、「敢えて特定名で語らない権利（Right That Dare not Speak Its Name）」なのである。[147] つまり、法廷意見は、ソドミー行為そのものを擁護したわけではなく、かかる親密な行為が生まれてくる関係形成自体を保障したのである。[148]

このように、Lawrence判決は、主張された利益の実体的断片を歴史の中に発見できるかどうかという偶然的な正当化ではなく、また、特定の行為類型の憲法上の価値を問題にするのでもなく、主張された利益や特定の行為が生まれてくる関係形成の場の自律性を政府が否定していないかどうかを問うものであった。すなわち、行為や利益の文脈や実体的断片に左右されずに、特定名称で語らない自由の普遍的な正当化を試みているのである。[149]

第二に、法廷意見は、空間的差異を超えて主張される可能性がある。ケネディ法廷意見は、その冒頭で「自由は空間的領域を超える」（判旨(1)）と述べ、そして、「ソドミー行為処罰を法で宣言することは、私的領域だけでなく公的領域においても同性愛者に差別をもたらすであろう」（判旨(7)）とも述べていた。スカリア裁判官が指摘するように、スティグマの脅威の排除は、道徳立法だけではなく、私人の具体的な生活や価値選択にも及ぶ可能性があることになる（スカリア反対意見(8)）。法廷意見の自由の承認は、空間的差異を超えて妥当する普遍定式と理解する余地がある。

第三に、法廷意見の自由の承認は、時間的差異をも超えて主張される可能性がある。トライブは、Lawrence判決が取り得た穏当なオプションには、Bowers判決を根こそぎ否定せずに「判決の当時は正しかったが、現在は妥当ではない」とする選択であったと言う。[150] しかし、法廷意見は、Bowers判決はそれが下された当時も現在も違憲であるとした。もちろん、これは一九八六年当時においても、既に同性愛規制をめぐる歴史・伝統は下降傾向にあったことによるのかもしれない。その意味では、立法の合理的根拠が喪失されていることを指摘したまでであって、新しいデュー・プロセスの法理を遡及的に適用したわけではないのかもしれない。が、法廷意見において、歴史・伝統からの考察はある意味で付加的なものであり、核心は、やはり自由の保障である。このように、過去における判例法理も、正義の基準によって裁断しようとするケネディ法廷意見は、原理の適用を時間を超えて行なう普遍主義的な発想に出ていると言える。

2　自由の普遍定式と寛容の論法

以上のような自由の普遍定式からのアプローチは、道徳立法や文化闘争にどのようなインプリケーションをもたらすのか。抽象的普遍定式で現実の道徳実践を裁断してしまい、議論の余地のない、自由の拡張主義が横行するのだろうか。スカリア裁判官はこの点を憂慮しているのである。確かに、「基本的な権利」のアプローチの方が、民主過程における既存の法実践の中に、当事者が主張する利益や行為の実体的断片を拾う作業を通じて、個々の道徳的クレームが現実の政治や共同体の営みとの相互関係で「厚みのある議論」にさらされることになる。マイケル・サンデルや討議民主政論の論者たちが、道徳的争点を公共的議論にさらすことを強く求めていたことに照らすと、彼らも道徳的議論における「基本的権利」のアプローチを支持するだろう。(151)

しかし、ケネディ法廷意見は自由の普遍定式を判断原理にするからと言って、争点への解答はそこから自動的に演繹されるわけではなく、また、民主的討議を不要とするわけでもなく、したがって、「文化闘争」を回避し得るわけでもない。

まず、第一に、普遍定式による判断の意味に関わる点を指摘しておきたい。自由の普遍定式からのアプローチは、文化や価値をめぐる公共的討議とは別の超越的次元に存在する裁断基準から裁判官によるご託宣を一方的に下げ渡すことを決して意味しない。普遍定式は、一義的解を知らしめることではなく、道徳や価値をめぐる論争を一定の論法を保ちながら継続し続けることをむしろ要求する。普遍性への標榜とはそのような文脈で理解されなければならない。

第二に、自由の普遍定式は、原理と社会を討議によって媒介することを可能にする機能をむしろ豊かに提供する。例えば、ケネディ法廷意見は、「自由は、信念、表現、および一定の親密な行為を行なう自由を包含した自己の自律（an autonomy of self）を前提とする」という普遍定式に従って本件の規範的ストーリーを、大要、次

のように表現した。「成人は、自宅や私的生活の中で関係形成を選択することができ、自由な人格としての尊厳をそのような空間で保持できなければならない。他者と取り交わす親密な行為においてセクシュアリティが明白に現われる場合、そのような親密な行為は、より永続的な人格的紐帯の一部を構成すると言える」（判旨(3)）。ここに表明された言葉や句は、多様な解釈を許す概念ばかりである。それは議論の余地があると言い得るし、また、議論を通じなければ確定できないものである。さらに、法廷意見は、スティグマが自由に対して及ぼす脅威を問題にしていた。スティグマの発生は言うまでもなく、社会意識のあり方に依存する。社会意識が可変的で、その発見と確定には議論の余地がある場合が多い。

このように、法廷意見は、抽象的原理からのご託宣による一義的解の押し付けなどではなく、自由の普遍定式に誘導されながら、その定式を具体的事例に沿って物語化した場合に、その構成要素となる抽象概念の多様な解釈を通じて原理的解決を指向するものである。このようなやり方で、文化闘争における整序された議論にコミットするこの自由の普遍定式と、スカリア裁判官が標榜する形式的多数決、つまり多数を糾合するためだけの政治ゲームとでは、どちらが道徳的争点をめぐる討議としてより豊穣な内容を提供できるかは、言うまでもないであろう。[152] 自由の普遍定式の下での多様な解釈の展開にとって、善の解釈的開放性の要求を中心とする寛容の論法が提供し得る役割は大きい。

第三に、ケネディ法廷意見は、自由に対するスティグマの脅威を問題にした。最高裁は、別の判決で「憲法は偏見をコントロールすることはできないが、それに対して寛容であることもまだできない。私的な偏見は、法の射程外のことであろうが、しかし、法はそれらに直接であろうと間接であろうと、有効性を与えてはならない」と述べていたところである。[153] このように、最高裁は、文化闘争における敵意や嫌悪、偏見やスティグマを法の射程外に完全に放逐していない。むしろ、有効性を否定するという形で何らかの規律を及ぼそうとしている。道徳

的争点の討議に当たっては、各人の善の構想に解釈的開放性を持たせる倫理的・哲学的要請を行なう必要がある。さもなければ、文化闘争は、嫌悪と偏見に満ちた文字通りの闘争と化すだろう。ここに、アメリカ判例法理と文化闘争における寛容の論法との接点を見出すことができる。

ロバート・C・ポスト（Robert C. Post）は、文化と憲法の間に弁証法的関係（dialectical relationship）を見て取る。[154] 彼によれば、憲法は、社会における文化を規律しながら、他方で、文化を養分としつつその規範内容を形成するという相互作用である。かかる弁証法的関係においてLawrence判決の提示した自由の普遍定式が果たす役割は大きい。そして、その可能性を促進するのは、「挑戦モデル」としての討議民主政と、寛容の論法である。これらを条件として再構成された「文化闘争」は、憲法と文化、原理と道徳、裁判所と社会をそれぞれ媒介するだろう。

## 結　語　スカリア裁判官の呪詛

本論文は、一九九六年に下されたRomer v. Evans判決における次のようなスカリア裁判官の苛烈な反対意見を探求の出発点においた。

法廷意見は、文化闘争（a Kulturkampf）を発作的悪意と誤解している。本件で問題となっている州憲法修正は、同性愛者に対する「剝き出しの害意」などではない。それは、同性愛者という「政治的に有力な少数派」から伝統的な性道徳を守ろうとする寛容なコロラド州民の穏当な試みにすぎない。[155]

既に見たように、この激白から七年、ソドミー処罰を違憲と断じた二〇〇三年のLawrence v. Texas判決では、スカリア裁判官の憤怒はさらに増幅されると同時に、ある種の落胆すら感じさせるものになっている。スカ

リア裁判官は、Lawrence判決の登場によって、ソドミー処罰のみならず、あらゆる性をめぐる道徳立法は総崩れになると予言する。ケネディ法廷意見が自らの射程から、未成年者や売春者などを除外し、あらゆる同性愛的行為に対して公的認知を与えるわけではないと自己限定を表明したにもかかわらず、スカリア裁判官は、「信用してはいけない」と言い放ったのである。人民の政治的選択と異なり、裁判官のそれは原理の選択である以上、表明された判例法理は、貫徹されなければならない。そのことを法廷意見に参加した裁判官は分かっているのか、法服のエリートが本来人民が行なうべき価値選択、道徳的判断に関与した結果が、道徳立法の総崩れという異常事態の招来につながるのである……、スカリア裁判官はこのように言いたいのであろう。[156]

であるならば、これは怒りや落胆を超えて、もはや「呪詛」である。

が、この呪詛に理はあるのか。スカリア裁判官は、同性愛者の優遇を憲法的に否定した州憲法修正を「寛容なコロラド州民の穏当な試みにすぎない」と言う。しかし、文化闘争における寛容や穏当さを保障するアイディアはスカリア裁判官の意見の中には何ら示されていない。ケネディ法廷意見の示した自由の普遍定式による道徳的争点の解釈において、寛容の論法と「挑戦モデル」的討議が要求されるように、スカリア裁判官の構想においてもそれらの要求が、州民の寛容と穏当さを保障する役割を果たすであろう。そのように整序された文化闘争の過程において、どちらの討議構想が有意義なものになるのか、その帰趨を見極めてから、呪詛をはくべきであろう。

さて、そのような討議の構想がテストされる日は実は近い。本稿で見た最高裁判事たちのさまざまな意見の中で関心が持たれ、留保が付された「同性婚（same-sex marriage）」の問題である。

二〇〇三年一一月一八日、マサチューセッツ州最高裁判所は、同性婚を承認しない州政府の行為は、マサチューセッツ憲法のデュー・プロセス条項と平等保護条項に違反すると判断した。[157] 本判決は、州議会に対して、一八〇日以内に、提訴した七組のカップルに同判決に適合した措置をとるように命じた。州議会は、ヴァーモント州

が試みているcivil union（異性婚カップルに制度的に与えられている便益を同性カップルにも同等に与える仕組み。ただし、「婚姻」とは認知されない。）で対応しようとして、同最高裁に勧告的意見を求めたところ、同最高裁は明確にこれを拒否した。こうして、同性婚を婚姻制度へ編入する道が開かれたのである。これに対して、同州の多数派やブッシュ大統領は、マサチューセッツ憲法の修正や合衆国憲法の修正によって同性婚の禁止を盛り込むことを画策している。

このような経緯の中で、同性婚をめぐる文化闘争はどのように展開すべきなのか。本論文の提案を簡略に述べると以下のようになろう。婚姻制度は、自律した人間の私生活・社会生活を支える基本善と理解することが可能である。その基本善の中に同性愛者の親密な結合が含まれるかどうかを基本善の解釈として提示しなければならない。そのような意味で、哲学的には、善の解釈的開放性を論争参加者全員に要請し、寛容の論法に照らした議論が求められるし、制度論的には、「挑戦モデル」としての討議民主政が展開されなければならない。最高裁が示した「自由の普遍定式」を原理的な導きの糸として、基本善たる婚姻制度を再解釈した結果、同性愛的親密さがこの基本善の一解釈バージョンとして公共化可能なのか（婚姻制度に組み入れることができるか）、異性婚のみを対象とする現行の婚姻制度は実は「ある特殊な善き生き方」だけを特権化しているのではないか、はたまたそれらの逆が言えるのか。論争は既に始まっている。

（1） Romer v. Evans, 517 U.S.620, 636 (1996).

（2） Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186 (1986).

（3） Lawrence v. Texas, 539 U.S.__, 123 S.Ct.2472 (2003). 執筆時点において合衆国最高裁公式裁判例集の登載頁数が確定していないので、Supreme Court Reporter からの引用を示す。

（4） Robert H. Bork, Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline (ReganBooks,

1997).

(5) Robert H. Bork, The Necessary Amendment, First Things 145 (August/September 2004): 17-21 (http://www.firstthings.com/ftissues/ft0408/opinion/bork.htm (visited 10, Nov.,2004)).

(6) Robert H. Bork, Hard Truths About the Culture War, First Things 54 (June/July 1995): 18-23 (http://www.firstthings.com/ftissues/ft9506/articles/bork.html (visited 10, Nov.,2004).

(7) Brown v. board of education, 347 U.S.483(1954). 言うまでもなく、本判決は、「分離すれども平等 (separate but equal)」という最高裁先例を否定し、人種別学制を排した判決で、アメリカ最高裁判決の中でも最も画期的・革命的な判決と目されている。

(8) Laurence H. Tribe, Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name, 117 Harv.L.Rev. 1893, 1895 (2004).

(9) Row v. Wade, 410 U.S.113 (1973).

(10) Tribe, *supra* note 8, at 1895.

(11) 最高裁もRow判決の射程を微妙に限定しだす。Cf. Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S.833 (1992).

(12) 「道徳立法」は、定まった術語ではなく、共同体内の多数派が抱懷する道徳を公共化しようとする立法の総称として使用している。道徳立法の概要については、さしあたり、コミュニタリアン・ネットワークの以下のシンポジュウムを参照されたい。http://www2.gwu.edu/~ccps/rcq/legislating_morality.html

(13) 拙稿「討議民主政の再構築―民主主義をめぐる『合意モデル』と『挑戦モデル』―」中村睦男・大石眞編（上田章先生喜寿記念論文集）『立法の実務と理論』（二〇〇五年、信山社）三頁以下所収。

(14) 拙稿「寛容の論法―善の解釈的開放性―」今井弘道編『新・市民社会論』（二〇〇一年、風行社）三二九頁以下所収。

(15) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186 (1986).

(16) Georgia Code Ann.§16-6-2 (1984).

(17) 760 F.2d 1202 (CA11 1985).

(18) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 190 (1986).

(19) プライヴァシーの権利を同性愛行為にも延長することを可能ならしめる法理を展開した最高裁先例として法廷意見があげるものには、例えば、子供をもうけ教育することに関して、Meyer v. Nebraska, 262 U.S.390 (1923)、Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S.510 (1925)、Carey v. Population Services International, 431 U.S.678, (1977)、家族関係に関して、Prince v. Massachusetts, 321 U.S.158 (1944)、生殖に関して、Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S.525 (1942)、婚姻に関して、Loving v. Virginia, 388 U.S.1 (1967)、避妊に関して、Griswold v. Connecticut, 381 U.S.479 (1965)、Eisenstadt v. Baird, 405 U.S.438 (1972)、中絶に関して、Roe v. Wade, 410 U.S.113 (1973) がある。

(20) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 190-91 (1986).

(21) Id. at 191.

(22) Palko v. Connecticut, 302 U.S.319, 325, 326 (1937).

(23) Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S.494, 503 (1977).

(24) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 191-92 (1986).

(25) 一七九一年に諸州の批准を受けて成立した合衆国憲法修正第一条から第一〇条までの規定を「権利章典（the Bill of Rights)」と呼ぶ。

(26) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 192-94 (1986). 統計に関しては、Survey on the Constitutional Right to Privacy in the Context of Homosexual Activity, 40 Miami L. Rev. 521, 524, 525 (1986) が典拠となっている。

(27) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 194 (1986).

(28) Id. at 194-95.

(29) Stanley v. Georgia, 394 U.S.557 (1969).

(30) Id. at 565.

(31) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 195 (1986).

(32) Ibid.
(33) Id. at 195-96.
(34) Id. at 196.
(35) Ibid.
(36) バーガー長官の補足意見は、同性愛は、ユダヤ・キリスト教はもちろんローマ法でも反道徳的行為とされ、西洋文明史の全体を通じて国家規制が及んでいたとする。さらに、ブラックストーンの注釈書にも同性愛は「反自然的大罪」とされ、このような千年にわたる道徳の教えからすると、合衆国憲法の中には本件ジョージア州法を否定する何ものも見当たらない、とした。Id. at 196-97. パウエル裁判官の補足意見は、本件行為に対する法定刑（最大二〇年間の禁固）は重すぎるとして、州法は修正第八条（残虐な刑罰の禁止）に反するおそれがあるが、本件では逮捕はなされたもの、起訴はなされていないので、その点に関する争点が提起されていないから、法廷意見の結論は変わらない、とした。Id. at 197-98.
(37) Olmstead v. United States, 277 U.S.438, 478 (1928) (Brandies, J.,dissenting).
(38) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 198-200 (1986) (Blackmun, J.,dissenting).
(39) Id. at 200-02.
(40) Id. at 203-04.
(41) Id. at 204.
(42) Griswold v. Connecticut, 381 U.S.479, 486 (1965).
(43) Thornburg v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U.S.747, 777 (1986) (Stevens, J., concurring).
(44) Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S.494, 500-06 (1977).
(45) Paris Adult Theater 1 v. Slaton, 413 U.S.49, 63 (1973).
(46) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 205 (1986) (Blackmun, J.,dissenting).
(47) Id. at 206.

(48) Ibid.
(49) Stanley v. Georgia, 394 U.S.557 (1969).
(50) Olmstead v. United States, 277 U.S.438, 478 (1928) (Brandies, J.,dissenting).
(51) Stanley v. Georgia, 394 U.S.557, 564-65 (1969).
(52) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 207-08 (1986) (Blackmun, J.,dissenting).
(53) Id. at 208.
(54) Id. at 208, 208 n.3.
(55) Id. at 208-09.
(56) Id. at 210.
(57) Id. at 210, quoting Brown v. Board of Education, 347 U.S.483 (1954); Loving v. Virginia, 388 U.S.1 (1967); Roe v. Wade, 410 U.S.113 (1973). 長年にわたって通用してきた道徳的信念や制度を否定した諸判決を引用している。
(58) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 211-12 (1986) (Blackmun, J.,dissenting).
(59) Palmore v. Sidoti, 466 U.S.429, 433 (1984).
(60) O'Connor v. Donaldson, 422 U.S.563, 575 (1975).
(61) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 213 (1986) (Blackmun, J.,dissenting).
(62) Id. at 214.
(63) Griswold v. Connecticut, 381 U.S.479, 485 (1965).
(64) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S.438, 453 (1972).
(65) Bowers v. Hardwick, 478 U.S.186, 214-20 (1986) (Stevens, J.,dissenting).
(66) Romer v. Evans, 517 U.S.620 (1996).
(67) Colo.Const.,Art.2,Sec30b.
(68) 854 P.2d 1270 (Colo. 1993).

(69) 882 P.2d 1335 (Colo. 1995).
(70) Romer v. Evans, 517 U.S.620, 626,630 (1996).
(71) Id. at 630-31.
(72) Id. at 631.
(73) Id. at 632, 634-35.
(74) Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S.528,534 (1973).
(75) Romer v. Evans, 517 U.S.620, 634-35 (1996).
(76) なお、判旨(1)は、政治過程における特定の少数者に対してのみ政策形成過程に参画する上で「改憲」という過大な負担を課すことを平等原則違反の論拠としたが、同時にそれは、政治活動の自由に対する不当な負担として、いわゆる「二重の基準」を想起させる。コロラド州最高裁判決（854 P.2d 1270 (Colo. 1993)）は二重の基準的処理をより明確にしている。
(77) Romer v. Evans, 517 U.S.620, 636 (1996) (Scalia, J.,dissenting).
(78) Id. at 637-41.
(79) Id. at 646-47.
(80) Lawrence v. Texas, 539 U.S.—, 123 S.Ct.2472 (2003). 公式判例集の登載頁が現時点では不確定なので、後者の速報版からの引用を行なう。
(81) Brown v. Board of Education, 347 U.S.483 (1954).
(82) Tex. Penal Code Ann.§21.06(a), §21.01 (1).
(83) 41 S.W.3d 349 (Tex. App. 2001).
(84) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2475 (2003).
(85) Griswold v. Connecticut, 381 U.S.479, 485 (1965).
(86) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S.438, 453 (1972).
(87) Roe v. Wade, 410 U.S.113 (1973).

(88) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2477 (2003).
(89) Id. at 2478.
(90) Ibid.
(91) Ibid.
(92) Id. at 2478-79.
(93) Id. at 2479. なお、テキサス州も、一九九四年の時点でソドミー処罰法で起訴されたものは存在していないことを認めている（Id. at 2481.）。テキサスにおいても不起訴慣行が見られることになる。
(94) Id. at 2480.
(95) Id. at 2481.
(96) Ibid. Dudgeon v. United Kingdom, 45 Eur. Ct. H.R. (1981). この事件は、北アイルランドの同性愛規制法が問題になった。
(97) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2481 (2003).
(98) Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S.833 (1992).
(99) Id. at 851.
(100) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2482 (2003).
(101) Ibid.
(102) Ibid.
(103) Ibid.
(104) Id. at 2482-83.
(105) Id. at 2484.
(106) Ibid.
(107) Ibid.
(108) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2484 (2003) (O'Connor, J.,concurring).

(109) Id. at 2484-85. See Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S.528,534 (1973); Cleburne v. Cleburne living center, 473 U.S.432, 446-47(1985); Romer v. Evans, 517 U.S.620, 632(1996).

(110) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2485-86 (2003)(O'Connor, J.,concurring).

(111) Id. at 2486.

(112) Id. at 2486-87.

(113) Id. at 2488.

(114) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2488 (2003) (Scalia, J.,dissenting).

(115) Id. at 2488-89.

(116) Id. at 2491.

(117) Id. at 2491-92. Bowers判決以降、基本的権利の承認に関して歴史・伝統基準を採用したものとしては、Reno v. Flores, 507 U.S.292, 303 (1993); Micael H. v. Gerald D., 491 U.S.110, 122 (1989); United States v. Salerno, 481 U.S.739, 751 (1987) がある。

(118) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2492 (2003) (Scalia, J.,dissenting).

(119) Griswold v. Connecticut, 381 U.S.479, 481-82 (1965).

(120) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S.438 (1972).

(121) Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S.833, 876 (1992).

(122) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2493-95(2003) (Scalia, J.,dissenting).

(123) Id. at 2495, 2490-91.

(124) Id. at 2495.

(125) Id. at 2496.

(126) Ibid.

(127) Id. at 2496-97.

(128) Id. at 2497.

(129) Ibid.

(130) Ibid. Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S.640 (2000).

(131) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2497 (2003) (Scalia, J.,dissenting).

(132) Ibid.

(133) Ibid. Halpern v. Toronto, 2003 WL 34950 (Ontario Ct.App.).

(134) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2497-98(2003) (Scalia, J.,dissenting).

(135) Lawrence v. Texas, 123 S.Ct.2472, 2497(2003) (Thomas, J.,dissenting).

(136) ケネディ法廷意見に特徴的なのは、同性愛的ソドミーという実体的利益を議論対象にしないだけではなく、同時に、プライヴァシーの権利や親密な結合の権利といった実体的権利に言及することも少ない（その意味では、Bowers 判決におけるブラックマン反対意見と異なっている（Bowers 判決ブラックマン反対意見(1)）。あくまでも、自由の抽象的普遍定式の破壊の有無を審査基準にしているように思われる。

(137) この「スティグマ」の論理の中に、実は、Lawrence 判決の法廷意見、補足意見、反対意見の全てに共通する「還元主義」が見て取れると、ローレンス・トライブは指摘する。Tribe, *supra* note 8, at 1912-16. この点については、後注(149)参照。

(138) 次のような可能性は考えられないだろうか。平等保護条項からのアプローチだと、当該州法が、規定上、同性愛者を類型的に扱ってしまっている以上、法令違憲にされざるを得ない。他方、自由の脅威を排除するという目的を当座達成すればよいと考えると、本件で法令違憲は必ずしも必要とはいえない。実際、スカリア裁判官の反対意見は、本件法廷意見を法令違憲と見ておらず、適用違憲判決の可能性を指摘している（スカリア反対意見(3)）。さらに、ケネディ法廷意見自体が本判決の射程から未成年、強制わいせつ、強姦などを除外している（判旨(8)）ことからも、法廷意見には本件の有効射程を限定したいという動機があったと推測できる。それが、平等保護条項からのアプローチを忌避させたと見るのは、うがった見方であろうか。

(139) 前注(13)に掲げた拙稿を参照されたい。

(140) したがって、リベラリズムとの整合に関しても、それは、リベラルな諸価値・諸条件をプリコミットメント論的

に詐取することによってではなく、公的決定を再挑戦・再審議を通じての「蒸し返し可能性」の下におき、それを断続的に相対化していく方向に見出されることになる。

(141) 前注(14)に掲げた拙稿を参照されたい。

(142) See, generally, Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law (Princeton University Press, 1997).

(143) 正統性を独占している者が、その余裕のあらわれとして、異端者にも存在の余地を認める態度をいう。

(144) 例えば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第三版）』（岩波書店、二〇〇四年）一〇―一一、三六五―六七頁参照。

(145) Lawrence 判決の読解の仕方には、様々なやり方があり得る。例えば、サンスティンによれば、①自律の尊重を実体的デュー・プロセス理論の「基本的な権利」の中に数えこみ、私的領域における性行為に州が刑事処罰を伴って介入することはかかる自律を否定すると判断したと読む最も単純な読解、②問題となったテキサス州法が何ら正当な政府利益を立法目的とするものではないことを捉えて、合理的根拠の審査にパスしないと判断したとする読解、③ソドミー処罰法は、事実上、立法停廃（desuetude）を来たしており、したがって違憲であるとしたとする読解、④平等保護条項に違反すると判断したと見る読解、があるとする。サンスティン自身は、③を妥当とし、④が次善と見ているようである。Cass R. Sunstein, What Did Lawrence Hold?: Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage, 2003 Sup. Ct. Rev.27,29-33.

(146) Tribe, *supra* note 8, 1904.

(147) Tribe, *supra* note 8, 1894.

(148) Id. at 1904.

(149) 同時に、トライブは、法廷意見がスティグマを自由への脅威と見る点に実体的デュー・プロセス論と平等保護の融合を見て取っている。が、ある行為を規制することがその行為の主な主体者と目される集団への差別になることを認める点では、ケネディ法廷意見、オコナー補足意見、スカリア反対意見は皆共通していると言う。このように、特定の行為類型をある特定の集団の属性として理解することをトライブは、「還元主義（reductionism）」と呼んでい

る。Tribe, *supra* note 8, at 1912-16. 自由の普遍定式を徹底し、ことさら平等保護との融合を気にしなければ、スティグマと同義かもしれないこの還元主義的理論を採用する必要はなくなるだろう。

(150) Id. at 1914, n.74.

(151) 討議民主政論者であるカス・サンスティンは「基本的な権利」のアプローチに与しない。既に前注（145）で紹介したように、サンスティンは、このアプローチにも与しないし、したがって、ケネディ法廷意見にも与しない。彼は、法廷意見よりもオコナー補足意見の平等保護的アプローチの方に与するも、自身の立場は、「立法停廃（desuetude）」であるとする。「立法停廃」とは、立法は存在するもののもはやそれをサポートする市民の道徳基盤が失われ、その意味で立法は空文化している状況をさす。Sunstein, *supra* note 145, at 54-60, 30. サンスティンによれば、社会の多数派が抱懐している道徳的信念は社会全体に影響を与えるとし、裁判官もその例外ではないとする。Id. at 53. この点、ソドミー処罰法は、合衆国全体の中でもそれを有する州は激減し、かつそれを有していても不起訴慣例が定着している州がほとんどである。テキサス州も例外ではなかった。そのような状況で本件のような起訴・有罪判決が出るのは、予測可能性に反するし、恣意的な裁量権行使に該当する。これは適正な告知を欠く事例と同列であり、その意味で手続的デュー・プロセス違反とするのが、妥当な事例であるとするのである。Id. at 54-60. サンスティンはこのように特殊な立場に立って、Lawrence 判決の意義と射程を限定しようとする。彼が、実体的デュー・プロセス論や自由の普遍定式に反発する理由は、先例との整合性がないということのようであるが、その点は曖昧であるように思われる。サンスティンは、なぜ Lawrence 判決を限定的に理解しようとするのか。この点、リベラルな討議民主政論者である彼の二面性が見て取れるように思われる。リベラルな方向を容認しつつも、討議を条件に民主的多数決の優位をどこかで確保したいと目論んでいると言えば、言いすぎであろうか。

(152) したがって、ケネディ法廷意見が、その射程から、未成年、強制的に性交を強いられた者、公的領域で行なわれるもの、売春行為などを除外し、また、同意見が、同性愛者が欲するあらゆる関係形成に対して政府が公式的な認知を与えなければならないことを要求するものではないとしたのは（判旨(8)）、スカリア反対意見が批判するような非一貫性などではなく、自由の普遍定式に誘導された多様な解釈の余地をこれらの事例にも認めるからであると解される。

(153) Palmore v. Sidoti, 466 U.S.429, 433 (1984).

(154) Robert C Post, The Supreme Court, 2002 Term—Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law, 117 Harv. L. Rev.4, 8 (2003).

(155) Romer v. Evans, 517 U.S.620, 636(1996).

(156) その意味では、スカリア反対意見に与しつつも、別個に反対意見を書いたトーマス裁判官が、自分はテキサス州のソドミー処罰法は愚かな法律だと思うが、人民が選択した以上擁護する、と述べたことも、スカリア裁判官の視点からは、裁判官が取るべきではない要らぬコミットメントであるということになろう。

(157) Goodridge v. Department of Public Health, 708 N.E.2d 941 (mass. 2003). 本件の内容と関連する経緯については、Tribe, *supra* note 8, at 1945-1949, 1945 n. 201, 1946 n. 207 を参照されたい。