

# アメリカ憲法における「自己決定権」

—Bowers v. HardwickとLawrence v. Texasの比較検討—

## “Constitutional right to personal autonomy” in the Constitution of the United States

法学研究科法律学専攻博士後期課程在学

上 田 宏 和

Hirokazu Ueda

はじめに

### I. 「同性愛行為の自由」としての「自己決定権」

—Bowers v. Hardwick—

1. 事実の概要
2. 法廷意見
3. その他の意見

### II. Bowers判決の射程

1. 「自己決定権」としてのプライバシー権の性格
2. 憲法に明示されない「自由」の保護範囲
3. Georgia州ソドミー法の合憲性判断の根拠

### III. 「同性愛関係の自由」としての「自己決定権」

—Lawrence v. Texas—

1. 事実の概要

### 2. 法廷意見

### 3. その他の意見

### IV. Lawrence判決の射程

1. 法と道徳 (moral) の関連性
2. 先例拘束性の原理
3. 同性愛者の「自己決定権」の保護理論
4. Lawrence判決の限界

### V. Bowers判決とLawrence判決の比較

1. 同性愛者の「自由」と「基本的権利」
2. ソドミー法と同性愛行為の歴史的認識
3. 法と道徳 (moral) の捉え方
4. 実体的デュー・プロセスに対する考え方

結語

はじめに

日本国憲法制定以来、日本の憲法学では公権力に対して個人は自らの自由をどこまで主張できるのかといった問題が議論されてきた。筆者は、この問題を考える際、「個人の一定の私的事項について、公権力の干渉を受けずに自ら決定すること」と定義される自己決定権を検討することが、有意義であると考えている。何故なら自己決定権とは、個人の価値の多元性を尊重し、憲法に明示されていない個別的自由をも保護するからである。

とはいえ、日本の最高裁判所は自己決定権の存在を直接的に容認しているわけではない。また学説

は、一般的に自己決定権を憲法13条の「生命、自由及び幸福追求に対する権利」から導き出される憲法上の実体的権利の一つと捉えるが、未だその性格・内容について見解の一致はみられない。本稿では、こうした日本国憲法における自己決定権の問題の所在をより明確にする一助として、アメリカ憲法における「自己決定権」の問題を取り上げる。

アメリカ憲法を素材とする理由として、次の三点が挙げられる。一つに、両国の憲法は18世紀の自然権思想を人権体系の根底に置いている<sup>2</sup>。二つに、日本の自己決定権はアメリカのプライバシー権の考えを沿革に持つとされる<sup>3</sup>。三つに、アメリカ合衆国最高裁判所は、日本の最高裁と比べて、司法積極主義の立場をとり、憲法に明示されていない個別的自由をも憲法上の権利として承認している。これは司法消極主義の立場をとる日本の最高裁とは異なる立場だが、だからこそ、より広範囲にわたって個人の自己決定権を保障するための手掛かりが合衆国最高裁判例から得られるのではないかと考える。

では、実際に、アメリカ憲法において「自己決定権」は存在するのか。合衆国最高裁は、憲法典による人権規定の少なさを考慮し、第5修正、第14修正の「生命、自由または財産」を根拠に憲法に明示されていない個人の自由の保護を試みてきた。その一つにプライバシー権、つまり日本で言うところの広義のプライバシー権がある。日本の憲法学では、アメリカ憲法において「自己決定権」はプライバシー権に含まれると捉えられている<sup>4</sup>。

確かに、合衆国最高裁は、*Griswold v. Connecticut*<sup>5</sup>においてプライバシー権を初めて憲法上の権利として認めた。そして、*Eisenstadt v. Baird*<sup>6</sup>において、プライバシー権を政府の不当な干渉を受けない個人の権利と定義した。その後、プライバシー権には「ある種の重要な決定を独立して行う利益」、すなわち「自律 (autonomy)」が含まれていることも明らかにしている<sup>7</sup>。

もっとも、こうした判例の動向を見ても、合衆国最高裁は「自己決定権」という用語を直接的に用いているわけではない。何故なら、プライバシー権は「自律」の利益を含意するというだけに留められており、その利益が権利性を帯びているかを明らかにされていないからである<sup>8</sup>。それゆえ、日本の自己決定権とアメリカの「自律」を同質と捉えて比較検討をしてよいのかという疑問が生じる<sup>9</sup>。

この疑問に対しては、次の二つの観点から解答を導き出せると考える。第一に、自己決定権と「自律」は表現の違いがあるにせよ、その目的は公権力からの干渉を受けない「個人の選択」を保護することである。そのため「個人の選択」の保護という概念上の性格では共通性を有すると思われる。第二に、アメリカにおいて「自律」の射程範囲は、主に、①断種、避妊、中絶などリプロダクション（生殖活動）、②医療拒否、特に尊厳死など生命の処分、③職業の選択、旅行、外見・服装などライフスタイルに関する決定に類型化される<sup>10</sup>。この類型は、日本の憲法学において人格的利益説から自己決定権を捉える場合の保護内容と共通性を有している<sup>11</sup>。

したがって、日本における自己決定権とアメリカにおける「自律」は、「個人の選択」という概念とその保護内容で共通性を有していることから、比較検討する余地があると考えられる。そのため、便宜

上、アメリカ憲法における「自律」を「自己決定権」と換言して本稿を進めていきたい。

ところで、アメリカ憲法において「自己決定権」の問題は、実体的デュー・プロセスと司法審査基準の問題と密接に関連する。これらの問題の検討を抜きにして「自己決定権」を議論することはできない。何故なら、*Roe v. Wade*<sup>12</sup>において「自己決定権」として認められる自由は、実体的デュー・プロセスによって厳格審査基準（strict scrutiny）を受けるとされたからである。

実体的デュー・プロセスとは、第14修正のデュー・プロセス条項で保障される「自由」の中に「個人の自由」を読み込み、州の不合理な規制から憲法に明示されていない自由をも保護するアメリカ憲法独特の理論である。主に、実体的デュー・プロセスは精神的自由を審査する際に用いられ、これを連邦や州が制限するには「やむにやまれぬ利益」を必要とする厳格審査基準が適用される。それゆえ、これまで合衆国最高裁は、実体的デュー・プロセスによって憲法に明示されていない個別的自由を承認した場合、その個別的自由を基本的権利の一つとしてみなしてきた。

だが、近年、こうしたアメリカ憲法における「自己決定権」の性格に変化が現れた。それは、2003年に「同性愛の自由」が問題となった*Lawrence v. Texas*<sup>13</sup>においてであった。*Lawrence*判決は、「性的に逸脱した行為」と定義されるソドミー（sodomy）行為<sup>14</sup>として、これまでアメリカ国内において不道徳（immoral）とされてきた同性愛行為に対して刑事罰を科していたTexas州法のソドミー条項、いわゆるソドミー法を違憲とした判決であった。

また、*Lawrence*判決は、1986年に同性愛行為の是非が問われ、Georgia州のソドミー法を合憲とした*Bowers v. Hardwick*<sup>15</sup>を覆す判決でもあった。もっとも、*Bowers*判決におけるGeorgia州ソドミー法は性別を問わず全ての者にソドミー行為を禁止していたのに対して、*Lawrence*判決におけるTexas州ソドミー法は同性間のみのソドミー行為を禁止しており、両判決ではソドミー法の射程に相違があった。それにもかかわらず、*Lawrence*判決は、実体的デュー・プロセスによってTexas州ソドミー法を違憲とし、*Bowers*判決を覆したのである。

ただし、*Lawrence*判決は実体的デュー・プロセスによって同性愛者の「自己決定権」を保護したにもかかわらず、厳格審査基準が適用されなかった。また、従来は「自己決定権」を「私的行為」をする選択の自由と捉えていたのに対して、*Lawrence*判決は同性愛関係という「関係性」を選択する自由と捉えた。それゆえ、この*Lawrence*判決の論理は、従来の「自己決定権」理論に必ずしもあてはまるものではなかった。

本稿では、このように従来とは異なる*Lawrence*判決の「自己決定権」理論が、何故、「関係性」を重視するのか、そしてアメリカ憲法における「自己決定権」に対してどのような影響を及ぼしているのかについて、*Lawrence*判決と*Bowers*判決の比較検討をすることで考察していく。

## I. 「同性愛行為の自由」としての「自己決定権」－*Bowers v. Hardwick*－

### 1. 事実の概要

1986年、被告人の*Hardwick*は、自宅寝室内で他の成人男性とソドミー行為を行ったとしてGeorgia州法のソドミー条項<sup>16</sup>、いわゆるソドミー法違反で告発された。被告人は当該法律の合憲性を争って合衆国地裁に訴えを提起した。合衆国地裁は、被告人に権利主張がないことを理由に、当該法律を合憲とした<sup>17</sup>。第11巡回区控訴裁判所は、第9修正と第14修正のデュー・プロセス条項を根拠に、当該法律は被告人の基本的権利を侵害するとして原判決を破棄した<sup>18</sup>。しかし、他の巡回区控訴裁判所は第11巡回区控訴裁判所と対立する判決を示しており、合衆国最高裁は判例統一のために州の裁量上訴を許可した。

合衆国最高裁は5対4で当該法律を合憲とした。法廷意見はホワイト裁判官が述べ、これにバーガー首席裁判官、パウエル、レンキスト、スチュアート裁判官が同調した。同意意見はバーガー首席裁判官とパウエル裁判官が述べた。反対意見はブラックマン裁判官とスティーブンス裁判官が述べ、これにマーシャル、ブレナン裁判官が同調した。

### 2. 法廷意見

本件の争点は、同性愛者のソドミーを行う権利が基本的権利に含まれるか否かであり、もし含まれるとするならば、現在、そのような行為を不道德な行為として刑事罰を科している多くの州法を無効とするか否かである。さらに、憲法上の委託を受ける（*constitutional mandate*）当裁判所の役割の限界について判断することである。

まず、同性愛者のソドミーを行う権利は基本的権利ではないことを明言する。確かに、*Meyer v. Nebraska*<sup>19</sup>と*Pierce v. Society of sisters*<sup>20</sup>では子供の育児と教育の権利を基本的権利であるとされた。そして、*Loving v. Virginia*<sup>21</sup>では婚姻の自由、*Griswold*判決と*Eisenstadt*判決では避妊の自由、*Roe*判決では墮胎の自由が基本的権利として認められている。また、*Griswold*判決、*Eisenstadt*判決、*Roe*判決によってデュー・プロセス条項は子供を生むか否かを決定するための基本的で個人的な権利を構成すると理解されている。

しかし、ソドミーを行う権利は、過去の判例で認められた家族、婚姻、生殖に対する権利とも類似性を有しておらず、これらとの関係性も立証されていない。さらに、*Carey v. Population Service International*<sup>22</sup>において、プライバシー権はデュー・プロセス条項によって保障される権利の一つであるが、成人間の合意に基づくいかなる私的な性行為をも容認するものではないとされている。確かにデュー・プロセス条項は、生命・自由・財産にかかわる実体的内容をも保護し、連邦や州による規制・禁止を免れる権利をも包含するとした判例は多数存在する。しかし、そうした判例の中には憲法上の明確な根拠を持たずに承認された権利も存在する。

憲法で容易に特定できない権利を認めることは、裁判官の主観的価値選択を裁判官自身及び国民に容認させてしまう恐れがある。そのため、当裁判所では高度な司法上の保護に相応しい権利の性質を特定しようとしてきた。すなわち、「秩序ある自由の観念に含まれる（“implicit in the concept of ordered liberty”）、あるいは「わが国の歴史と伝統に深く根付いた（“deeply rooted in this Nation’s history and tradition.”）」と基本的自由（fundamental liberty）を定義してきた。これらの定義をみても合意に基づく同性間のソドミー行為を基本的権利とみなすことはできない。

そもそもわが国においてソドミー行為禁止の歴史は古い。ソドミー行為はコモンローで犯罪とされ、権利章典が批准された当時の13州でも禁止されていた。また、第14修正が批准された1868年には、37州中5州を除く全ての州でソドミー行為を犯罪行為としていた。そして、1961年までには、50州全てがソドミー行為を違法としている。今日でも25州とコロンビア特別区では、合意ある成人間の私的なソドミー行為に対して刑事罰の制裁を科している。こうした背景からも、ソドミーを行う権利が「わが国の歴史と伝統に深く根付いた」もしくは「秩序ある自由の観念に含まれる」とはいえない。

また、憲法の文言や目的（design）に根拠がない憲法上の規範を司法による立法で扱うことは、当裁判所がもっとも非難を受けやすく、違法を行うに等しい。それゆえ、デュー・プロセス条項に含まれる基本的権利の実体的範囲を司法の権威によって拡張することは大いに控えるべきである。さもないければ、司法が憲法上の明文根拠なく国家を統治する権限を必然的に引き受けることになる。

たとえ本件行為が基本的権利でなくとも、法は合理的根拠を必要とする。被告人は、州の有権者の過半数が同性愛者のソドミー行為は不道徳で受け入れがたいとされる以外に合理的根拠がなく、当該法律を合憲とする根拠として不適切であると主張する。しかし、法は常に道徳的観念（moral）を基礎としており、道徳的選択を迫る全ての法律がデュー・プロセス条項によって無効とされるべきでない。それゆえ被告人の主張には同意できない。したがって原判決を破棄する。

### 3. その他の意見

#### (1) 同意意見

バーガー首席裁判官は、同性愛行為を行う個人の決定は西洋文明の歴史を通じて国家によって干渉されてきたと述べる。すなわち、同性愛行為に対する非難の根拠は、ユダヤ・キリスト教の道徳基準と倫理基準に基づいている。ローマ法の下では「死刑に値する犯罪（a capital crime）」とされ、強姦よりも悪意に満ちた犯罪として憎むべき行為とされてきた。したがって、同性愛行為を基本的権利とすることは、数千年に及ぶ道徳教育を破棄することになる。

また、パウエル裁判官は、当該法律は一回の私的で合意に基づくソドミー行為を行った者に対して最高20年の拘禁刑を科しているため、第8修正に関する深刻な問題を生み出すかもしれないと危惧している。しかし、このことは本件の争点とされていないため、パウエル裁判官は詳細な説明をしなかった。

## (2) ブラックマン裁判官の反対意見

本件は、基本的権利に関する問題ではなく、憲法上のプライバシー権の価値の観点から分析をしなければならない。何故なら、もし私生活内の性行為を選択する市民を起訴するならば、州は同性愛行為を行う選択がChristiansで憎むべき犯罪とされる以外の根拠を提示しなければならないからである。それゆえ、法廷意見は本件で提起される問題を歪曲化させている。

当該法律は行為者の性や地位を問いていない。それゆえ、法廷意見からは、同性間のソドミー行為に対する当該法律の合憲性の根拠を見出せない。また、第8修正、第9修正、あるいは第14修正の平等保護条項違反の有無も検討していない。しかし、個人的には、当該法律が被告人の憲法上のプライバシーの利益等を侵害しているので検討する必要はないと考える。

これまで当裁判所は、プライバシー権の解釈に関して、個人の決定である「決定の側面 (the decisional aspect)」と行為が行われる一定の場所である「空間の側面 (the spatial aspect)」という二つの利益を認めてきた。本件は、これら双方の利益に関係している。また、先例によってプライバシー権は家族のつながり (a connection) を保護することに特徴があるといえるが、これは個人の生活の中心部分をなすからである。婚姻の決定を保護するのは、婚姻契約や夫婦生活を促進するためである。また、子どもを持つかの決定を保護するのは、親になることで個人の自己定義を劇的に変更することになるからである。さらに、家族を保護するのは、個人の幸福に貢献するからである。したがって、性的親密さは「人間という存在の敏感で重要な関係性に関する事柄であり、家庭生活、社会の繁栄、人間の人格の発展の中心」であるといえる。

他人との親密な性的関係を通して、個人に意味あるかたちで自己を定義することは、わが国のような多種多様な人間が共存する国家では幾つもの「正しい」方法が存在する。こうした関係性の豊かさは、親密な個人的絆の形や性質を選択する自由を示唆している。個人に対して自己の人生の選択の自由をどのように与えるかは、自分と異なる個人が異なる選択をするという事実を受け入れることだと、我々は様々な事例を通して示してきた。法廷意見は同性間のソドミー行為を基本的権利としないだけだと主張するが、法廷意見が認めなかったことは全ての個人が有する基本的利益に抵触するものである。

## (3) スティーブンス裁判官の反対意見

本件において、当該法律の合憲性を検討するにあたり、次の二つの問題を検討する必要がある。第一に、州の管轄に服する全ての者に対して、州は当該法律によって同性愛行為を完全に禁止できうるのか。第二に、もし完全に禁止できないのであれば、同性愛者に対してのみ執行されることで、当該法律は違憲判断を避けることができうるのかである。

第一の問題について、過去の判例は次の二つのことを明らかにする。一つに、州の大多数の人々が同性愛行為を不道徳な行為としていることが、当該法律を合憲とする理由にはならない。二つに、個

人の決定はデュー・プロセス条項によって保護される「自由」として確立している。したがって、州がソドミー行為を全面的に禁止することはできず、当該法律に該当する者が該当しない者と同じ自由の利益を有していないとする第一の可能性は受け入れられない。

次に、第二の問題について、当該法律の規定を執行できないとするならば、州は当該法律の差別的な執行を正当化する責任を負わなければならない。すなわち何故、州は一部の者にだけ当該法律を適用するのかの根拠を挙げなければならない。「すべての人は平等である」という原則の意味は必ずしも明確ではないが、すべての市民は「自由」の利益を有するという意味で解さなければならない。そのため、同性愛者でも異性愛者でもどのように自己の人生をおくるか、さらに言えば、相手との私的で合意ある結合をどのように行うかの決定について同じ利益を有していることになる。したがって第二の可能性も受け入れることができない。

## II. *Bowers*判決の射程

*Bowers*判決では、同性間のソドミーを行う権利、いわゆる同性愛行為の権利はプライバシー権の側面とされる「自己決定権」の射程範囲に含まれず、それゆえ基本的権利ではないとされた。だが、*Bowers*判決は5対4という極めてきわどい判決であった。これは「同性愛の自由」に対する法廷意見および同意意見と反対意見との認識の違いに原因があると思われる。そこで、ここでは①「自己決定権」としてのプライバシー権の性格、②憲法に明示されない「自由」の保護範囲、③Georgia州ソドミー法の合憲性判断の根拠の三点から*Bowers*判決の射程について検討する。

### 1. 「自己決定権」としてのプライバシー権の性格

法廷意見は、プライバシー権が人間の合意に基づく全ての私的行為の選択、すなわち個人の「自己決定権」全てを容認するものではないとの見解を示した。その上で、同性愛行為の権利はプライバシー権に含まれる家族、婚姻、生殖に関する権利との類似性や関連性がないため、「自己決定権」としてのプライバシー権の射程範囲に含まれないと結論付けた<sup>23</sup>。

一方、ブラックマン裁判官の反対意見は、プライバシー権は人の「つながり」を保護するものであると述べる。そして、その中でも親密な性的関係は家庭生活、社会の繁栄、人間の人格の発展として個人の生活の中心部分にあたり、アメリカのような多種多様な人間が共存する国家では、そうした他人との親密な性的関係を通して自己を定義づける方法は幾つも存在するとされる。それゆえ、同性愛行為も自己の人生の選択の自由、すなわち「自己決定権」によって保護されると反論する<sup>24</sup>。

この法廷意見と反対意見の違いは、同性愛者の「自己決定権」をどのように捉えるかの違いであったといえる。法廷意見は、先例によってプライバシー権（この場合、その中の「自己決定権」）によ

って保護された私的行為と比較することで、同性愛行為を基本的権利の問題として捉えた。これに対して反対意見は、プライバシー権が人の「つながり」を保護する特徴を持つことを前提に、同性愛行為を親密な性的「関係」の一つとして扱った。つまり、同性愛者の「自己決定権」を「行為」の選択と捉えるか、「性的関係」の選択と捉えるかが法廷意見と反対意見の違いであったといえる。

## 2. 憲法に明示されない「自由」の保護範囲

憲法に明示されていない自由の保護範囲の特定について、法廷意見は、アメリカの歴史と伝統による歴史主義的アプローチに基づいて検討した。これによって、法廷意見は、同性愛者のソドミーを行う権利を基本的権利の問題として扱い、これを認めなかった<sup>25</sup>。ここから法廷意見では、憲法によって保護される自由の保護範囲を厳格に捉えていたことが窺える。

一方、スティーブンス裁判官の反対意見は、個人の選択、すなわち「自己決定権」自体は判例によって第14修正で保護される「自由」として確立しており、同性愛者にも保障されると述べる<sup>26</sup>。また、ブラックマン裁判官の反対意見は、どのように自己の人生の選択の自由を与えるかは自分とは異なる個人が異なる選択をするという事実を受け入れることで十分であると反論している<sup>27</sup>。この両裁判官の反対意見は、個人の自由が既に憲法上の保護を有していることを前提としており、改めて司法によって判断する必要はないとの見解を示している。ここから、反対意見は個人の自由を柔軟かつ広く捉えていることが窺える。

このように憲法に明示されていない自由を「基本的権利」として厳格に扱うか、個人の「自由」として緩やかに扱うかの違いが、憲法上の問題として同性愛行為をどのように扱うかの法廷意見と反対意見の見解の違いにつながったのだと思われる。

## 3. Georgia州ソドミー法の合憲性判断の根拠

*Bowers*判決は、当該法律を検討するにあたって、上で述べた歴史主義的アプローチに加え、同性愛行為に対する判決当時の州民の考えも検討項目の一つとした。法廷意見は、当時の州民が同性愛行為を不道徳な行為と考えている以上、当該法律は合憲であるとした<sup>28</sup>。ここから法廷意見は、法と道徳を密接に関連付けていることが窺える。しかし、州民の道徳意識が変わったならば、ソドミー行為禁止の歴史と伝統が古くからあったとしても、当該法律は違憲となるのだろうか。この疑問に関して、法廷意見は明確な解答を示していないようにみえる。

一方、スティーブンス裁判官の反対意見は、こうした法廷意見に対して次の二点を指摘する。第一に、過去の判例によって、「自己決定権」がデュー・プロセス条項の自由の一つとされている。それゆえ、たとえ州民が同性愛行為を不道徳な行為と考えていても、州はソドミー行為を全面的に禁止することはできない。第二に、そうであるならば、法廷意見は、何故、同性愛者に対してのみ当該法律の執行が許されるのかという説明責任を負わなければならないが、それを果たしていない<sup>29</sup>。



この反対意見の見解は、先に述べた個人の「自由」は憲法上の保護を有していることを前提としている。それゆえ、州民の道徳意識だけでは当該法律の合憲根拠にはなりえないと示したのだと考えられる。ここから反対意見では、必ずしも法は道徳的な基礎付けによって規定されるものではないと捉えていることが窺える。このように法と道徳の関連性をどのように捉えるかが、当該法律の合憲性を判断する法廷意見と反対意見の違いの一つであったといえる。

### Ⅲ. 「同性愛関係の自由」としての「自己決定権」－Lawrence v. Texas－

#### 1. 事実の概要

被告人LawrenceとGarnerは、アパート内でソドミー行為をしているところをTexas州の警察官に偶然発見され、Texas州のソドミー法違反<sup>30</sup>として罰金刑の有罪判決を受けた。被告人らは、当該法律は第14修正とTexas州憲法で規定される平等保護条項違反だとして、事実審たる刑事裁判所に異議申し立てをした。しかし、訴えは却下され、不抗争の答弁（*nolo contendere*）の異議申し立てをしたとして各々に罰金200ドルと141.25ドルの訴訟費用が科せられた<sup>31</sup>。原審たるTexas州第14巡回区控訴裁判所は、第14修正の平等保護条項とデュー・プロセス条項の双方の下で被告人の訴えを検討したが、*Bowers*判決に依拠し、事実審の判決を支持した<sup>32</sup>。

合衆国最高裁は、以下の三点の疑問を検討するために、被告人の上告を受け入れた。第一に、同性愛者の性行為のみを犯罪とする当該法律は第14修正の平等保護条項違反となるか。第二に、成人間の家庭内における合意ある性行為を罰することは、第14修正のデュー・プロセス条項の自由とプライバシーの利益侵害にあたるか。第三に、*Bowers*判決は覆されるべきかである。なお、被告人たちは成人であり、彼らの行為は私的で合意に基づくものであった。

法廷意見は、ケネディ裁判官が述べ、これにスティーブンス、スーター、ギングスバーグ、ブレヤー裁判官らが同調した。また、オコナー裁判官が同意意見を述べた。そして、反対意見にはスカリア裁判官とトーマス裁判官が述べ、スカリア裁判官の反対意見にはレンキスト首席裁判官とトーマス裁判官が同調した。

#### 2. 法廷意見

本件の争点は、同性愛者である上告人が第14修正のデュー・プロセス条項の保障する「自由」を享受できるか否かである。それゆえ*Bowers*判決を再考する。*Griswold*判決は婚姻関係と夫婦の寝室内という空間的自由を保障することでプライバシー権を見出し、その後の*Eisenstadt*判決では婚姻関係を越えて一定の決定を行う権利にまでプライバシー権の射程範囲が拡大された。さらに*Carey*判決では、*Griswold*判決の根拠が成人の既婚者のみに限定されないことが確認された。これらは、当裁判所が

*Bowers*判決を考える際の関連判例である。

本件では、*Bowers*判決が誤りであったことを明らかにする。何故なら、*Bowers*判決をある「性行為」を行う権利の問題として捉えてしまうならば、先例によって保障される個人の品位（*demean*）が落とされるからである。確かに、ソドミー法は特定の性行為を禁止するに過ぎない法律である。だが、その罰則規定と目的は、人間の最も私的行為である性行為や最も私的な場所である家庭内において、広範囲にわたって影響を及ぼしている。それゆえ、ソドミー法は各人の自由の範囲内にある個人的関係（*a personal relationship*）の選択を規制している。何故なら、成人者は個人的関係性を構築することで自由人としての尊厳を保つのであり、この選択をする権利は同性愛者にも憲法で認められているからである。

また、*Bowers*判決では「ソドミー行為は古来に淵源を持ち、禁止されている」とされたが、イギリスの植民地時代や独立初期時代のソドミー法は同性愛者のみを対象とせず、未成年者に対する暴行や強姦、猥褻などの利己的な行為に行使されていた。多くの州で同性愛行為が処罰の対象とされたのは1970年代以降である<sup>33</sup>。したがって、同性愛行為を禁止するソドミー法の歴史はわが国で「古くから根付いている」ものではない。

*Bowers*判決は、宗教的信念や人権の概念、良心ある行動、そして伝統的な「家族」制度に対する深い畏敬の念に依拠し、同性愛行為を不道德な行為とみなした。しかし、我々の義務は、我々を取り巻く全ての自由を定義することであり、道徳規範に権限を与えることではない。*Bowers*判決のパーガー首席裁判官は「同性愛行為に対する非難の根拠はユダヤ・キリスト教の道徳基準と倫理基準に基づいている」との見解を示したが、歴史と伝統への認識は出発点であり、実体的デュー・プロセスの審理への終着点ではない。

イギリス議会は1957年に同性愛行為を罰する法律を廃止し、その10年後には同性愛処罰法を削除した。さらに、ヨーロッパ人権裁判所は、*Bowers*判決の約5年前に同性愛行為を禁止する北アイルランド法をヨーロッパ人権条約違反とした<sup>34</sup>。わが国でも*Bowers*判決時に25州で存在したソドミー法が、現在では13州にまで減少し、そのうち同性間のみを規定するのはわずか4州だけになっている。

また、*Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*<sup>35</sup>では、「個人が一生の中で行う最も親密でかつ個人的な諸選択（*personal choices*）は、個人の尊厳と自律にとって核心部分であり、第14修正によって保護される自由の核心的部分である。自由の核心的部分とは、自身の存在、価値、普遍性、そして生命の神秘さを定義する権利である。これは州の強制力によっても侵害できない」として、個人の自律が保護された。このことは異性愛者と同様に、同性愛者にも個人の自律を追求できることを示唆している。

さらに、*Romer v. Evans*<sup>36</sup>では、同性愛者に対して差別的な扱いをしたColorado州法を正当な目的との合理的関連性を欠くとして、第14条修正の平等保護条項違反とされた。この*Romer*判決に依拠し、平等保護条項の下で当該法律を無効すべきだとする意見もあるが、それは*Bowers*判決自体の正当性を

検討することで結論付ける。何故なら、もし当該法律を平等保護条項によって無効とするならば、同性・異性間双方でソドミー行為を禁止するソドミー法は有効となるのかという疑問が生じるからである。

自由の実体的保護を要求するものとして、平等保護条項とデュー・プロセス条項は重要な点で結びついている。そして後者による判断は双方の利益を促進する。もし平等保護を理由に当該法律を執行できなかったとしても、同性愛者には犯罪者として汚名が残り、公的事柄と私的事柄の双方で差別を受けることになる。それゆえ、*Bowers*判決を先例として継続することは、同性愛者の生き方の品位を落とすことになる。*Bowers*判決は、*Casey*判決と*Romer*判決によって衰退し、批判も伴っている。5州の裁判所は第14修正のデュー・プロセス条項で*Bowers*判決を否定した。他の国々も、合意ある同性愛行為を容認する傾向にある。

先例拘束性 (*stare decisis*) の原理は、判例尊重と法の安定のために重要だが、絶対ではない。*Bowers*判決は個人的あるいは社会的信頼を得ていない。*Bowers*判決でスティーブンス裁判官の反対意見は次のように述べている。第一に、州の多数者が同性愛行為を不道徳な行為とすることが、その行為を禁止する理由にはならない。第二に、成人者の決定は、第14修正のデュー・プロセス条項によって保護される自由である。*Bowers*判決は当時も今日においても適切ではなく、先例として拘束し続けるべきでない。したがって、*Bowers* 判決を変更する。

本件は、合意した大人が同性愛者のライフスタイルに則り性行為をした事例である。州は、同性愛者の私的な性行為を犯罪行為として、彼らの存在あるいは尊厳を制限できない。デュー・プロセス条項の自由に対する権利は、政府の干渉を受けずに行う完全な権利を与える。当該法律は正当な目的を持たず、それゆえ個人の私生活への干渉を正当化することはできない。

### 3. その他の意見

#### (1) 同意意見

本件は第14修正の平等保護条項によって違憲とされるべきである。これまで先例は、政治的に不人気なグループを害する法律に対して、より厳格な合理性審査基準を適用し、平等保護条項違反としてきた。当該法律は異性間のソドミー行為を犯罪とせず、同性間のみを処罰の対象としているため、同性愛者に対して差別的な扱いをしている。当該法律の効果は、刑は軽くとも帰結は重大である。当該法律によって同性愛者は犯罪者という烙印が押され、雇用・家族・住居問題などで差別を受ける。

州は、道徳的利益を理由に、当該法律は合理的審査基準を満たしていると主張する。しかし、本件は*Bowers*判決とは異なる問題である。すなわち、当該法律の道徳的非難が平等保護条項の下でも正当な州の利益とみなされるか否かの問題である。しかし、同性愛者のソドミー行為は同性愛者であることと密接に関連するため、道徳的非難という理由だけでは当該法律を合憲とすることはできない。なお、同性・異性間を問わないソドミー法がデュー・プロセス条項の実体的要素を侵害しているか否か

は、本件で判断する必要がない問題である。しかしながら、そのような法律は長くは規定されないと考える。

## (2) スカリア裁判官の反対意見

法廷意見は、同性間のソドミー行為に対して基本的権利だとも厳格審査基準を適用するとも述べず、性行為の自由であるとして前例のない合理性審査基準で保障した。まず、先例拘束法理を都合よく使い分けるべきでない。その理由として、第一に、*Roe*判決と*Casey*判決はわが国の歴史と伝統に根ざした基本的権利だけを承認した*Washington v. Glucksberg*<sup>37</sup>によって崩されている。第二に、*Roe*判決にも批判がある。第三に、実際に*Bowers*判決に対する社会の信頼も存在するため、*Bowers*判決を変更するならば*Roe*判決も変更しなければならなくなる。

また、先例によれば歴史と伝統に根ざした基本的権利だけが厳格審査基準で審査される。しかしソドミー処罰には長い歴史があり、そのため同性愛者のソドミー行為はわが国の歴史と伝統に根ざした基本的権利とはいえない。さらに、外国の事例への言及も無意味な傍論に過ぎない。ある種の性行為を不道徳とする根拠が正当な利益とされないならば、未婚者淫行・重婚・姦通・近親相姦・獣姦・わいせつ行為などの処罰も違憲となってしまう。

当該法律は、すべての人に等しく適用されるため、平等保護条項に反しない。さらに、同意意見のいう「厳格な合理性審査」の意味も不明である。したがって、民主主義手続によって同性愛者の地位向上を図るのは良いが、当裁判所が新たな憲法上の権利を創造すべきではない。

## (3) トーマス裁判官の反対意見

当該法律は非常に馬鹿げた法律であるため、私がTexas州の州議会議員であれば当該法律の削除に投票するであろう。しかし、憲法・連邦法に従って事件を解決するのが、合衆国最高裁の一員としての義務である。プライバシーの権利や空間的で超越的な次元の自由などは憲法の文言から見つけられない。それゆえ、被告人らを助けることはできない。

## IV. *Lawrence*判決の射程

*Lawrence*判決では、*Bowers*判決の論理を否定することで、同性愛者の「自己決定権」を保護した。*Lawrence*判決では、反対意見ですら*Bowers*判決の論理に依拠せずに同性愛者の「自己決定権」を保護しようとしたが、その方法論をめぐって法廷意見・同意意見・反対意見の間で差異が生じている。そこで、ここでは①法と道徳（moral）の関連性、②先例拘束性の原理、③同性愛の自由の保護理論、④*Lawrence*判決の限界の四点から*Lawrence*判決の射程について検討する。

## 1. 法と道徳 (moral) の関連性

法廷意見は、同性愛者に対する国内的あるいは国際的变化を基に、同性愛行為をソドミー行為として禁止する歴史はアメリカ社会において古くから根付いていないとした。何故なら、本判決時になると大多数の人々は、同性愛行為を同性愛者としての生き方を決定する倫理的かつ道徳的な原理と捉え、同性愛行為を容認していたからである。さらに、司法の義務は「我々を取り巻く全ての自由を定義することであり、道徳規範に権限を与えることではない」として、必ずしも法と道徳を関連付けるべきではないとの考えも示していた<sup>38</sup>。

一方、同意意見は、同性愛者がソドミー行為を行うことは自らを「同性愛者」であると宣言することと密接に関連するため、同性愛行為が不道徳という理由だけで当該法律を合憲とすることは出来ないとの見解を示した<sup>39</sup>。

しかし、スカリア裁判官の反対意見は、歴史と伝統に根ざした自由だけを基本的権利とした *Glucksberg* 判決の考えに依拠する。それゆえ、実際に性的に逸脱した行為をソドミー行為として処罰する歴史は存在することから、同性間のソドミー行為は基本的権利とはいえない。さらに、ある種の性行為が不道徳だとする根拠が正当な利益でされないならば、淫行・重婚・姦通・近親相姦・獣姦・わいせつ行為など対する処罰をも違憲となってしまうと反論する<sup>40</sup>。

このように法と道徳の関連性について、法廷意見と同意意見は法と道徳を関連付けずに考えているのに対して、反対意見は、ソドミー法自体を違憲とすれば淫行・重婚・姦通・近親相姦・獣姦・わいせつ行為などその他のソドミー行為をも違憲となる可能性を危惧し、明確に法と道徳を区別して考えるべきでないとの見解を示している。これは当該法律を検討するにあたって、法廷意見と同意意見は同性愛者差別を問題としたのに対して、反対意見はソドミー法を違憲とした場合の危険性を問題としたことに、その原因があると思われる。

## 2. 先例拘束性の原理

法廷意見は、先例拘束性の原理は判例尊重と法的安定性のために重要だが、絶対的な原理ではないとの立場を示した。何故なら、*Bowers* 判決は変更を許さないほど個人的あるいは社会的信頼を得ていなく、批判も伴っていたからである<sup>41</sup>。

一方、スカリア裁判官の反対意見は、先例拘束性の原理を都合よく使い分けるべきでないと批判する。その理由として、第一に *Bowers* 判決に対する社会的信頼も未だに存在していること、第二に *Roe* 判決が先例によって崩されているにもかかわらず、先例拘束性の原理を尊重して、未だに維持されていることを挙げている。それゆえ、もし *Bowers* 判決を変更するならば *Roe* 判決も変更しなければならないと反論する<sup>42</sup>。

確かに、法的安定性を重視し、先例拘束性の原理を遵守する反対意見は尤な見解であるように思える。しかし、*Roe* 判決が墮胎の自由を認めた判決だったことに、反対意見は注意すべきである<sup>43</sup>。これ

まで合衆国最高裁は、*Lochner*判決の反省から方法論は違えども、個人の自由を出来る限り保護しようと努めており、本判決においても同性愛者の自由を保護する目的で当該法律を違憲としている。したがって、*Roe*判決を例に挙げる反対意見の主張は要を得ていないように思われる。

### 3. 同性愛者の「自己決定権」の保護理論

法廷意見は、第14修正の「自由」の問題として同性愛者の「自己決定権」を扱った。何故なら、ソドミー法の罰則規定と目的は、同性愛者にも認められる個人的関係性（a personal relationship）に関する選択を制限していたからである。もし、*Bowers*判決のように、同性愛者の「自己決定権」を単にある性行為を行う権利の問題とするならば、先例によって保障される個人の品位を落とすことになってしまう<sup>44</sup>。それゆえ、法廷意見は、同性愛者であるか否かにかかわらず、成人間の合意ある「関係性」の選択の自由を侵害すべきではないとの見解を示したのである<sup>45</sup>。

その際、同性間のソドミー行為のみを罰する当該法律を違憲とするにあたって、平等保護条項を適用しなかったことについて、法廷意見は次のように述べる。すなわち、仮に平等保護を根拠に当該法律を違憲としても、性別に関係なくソドミー行為を禁止した*Bowers*判決自体が存続することには変わりはなく、それでは同性愛者に対する本質的な差別を是正することにならない。

それゆえ法廷意見は、同性愛者の尊厳を保障するため、「関係性」の選択という観点から実体的デュー・プロセスによって同性愛者の「自己決定権」を保護し、ソドミー法自体を違憲とした。その方が、同性愛者の「自由」だけでなく同性愛者に対する社会的差別の是正という同性愛者の「平等」をも結果として保護できるからである<sup>46</sup>。

一方、同意意見は、当該法律が存在することで、同性愛者は犯罪者という烙印が押され、雇用・家族・住居問題などで差別を受けていると述べる。したがって、当該法律は第14修正の平等保護条項によって違憲とされるべきだと判断した<sup>47</sup>。もっとも、同意意見では、当該法律がデュー・プロセス条項の実体的要素を侵害しているかどうかは本件で判断する必要がないとして、そのことに関する見解を述べることを保留されていた。

しかし、スカリア裁判官の反対意見は、民主主義手続によって同性愛者の地位向上を図るのは良いが、当裁判所が新たな憲法上の権利を創造すべきではないと反論する<sup>48</sup>。また、トーマス裁判官の反対意見は、憲法や連邦法に従って事件を解決することが合衆国最高裁の一員としての義務だとして、ブラックマン裁判官と同様の立場をとった<sup>49</sup>。

このように*Lawrence*判決では、同性愛者の「自己決定権」に関して法廷意見では実体的デュー・プロセス、同意意見では平等保護条項、反対意見では議会の判断によって保護すべきだと主張されている。しかし、議회를尊重する反対意見の見解はともかく、法廷意見と同意意見の見解の対立は興味深いものがある。何故なら、双方とも同性愛者の「自己決定権」を保護する上で、同性愛者の社会的平等の保護も考慮していたからである。

同意意見は、当該法律が社会のあらゆる状況において同性愛者への差別を容認する原因になっているとして、平等保護条項によって同性愛者の「自己決定権」を保護すべきであると主張する。確かに、当該法律は同性間のソドミー行為をのみを処罰の対象としていたため、同意意見の論理は一見すると本判決において妥当であるかのように思える。しかし、平等保護によって当該法律を違憲とすることは同性愛者に対する真の平等保護となるだろうか。

本判決時においてもソドミー法は、いくら *Bowers* 判決時と比べてその数は減少したとはいえ、Texas 州以外にも存在していた。その中には同性・異性間に関係なくソドミー行為を禁止する州も存在する。そのため、性別を問わないソドミー法に対しては、同意意見の論理は通用しない。

一方、法廷意見の論理では、実体的デュー・プロセスを用いてソドミー法自体の存在を否定することで、同性愛者の「自由」だけでなく実質的な「社会的平等」をも保護でき、同性愛者の尊厳性を保障することができる。それゆえ、同性愛者の社会的地位向上をも考慮するのであれば、平等保護条項ではなく実体的デュー・プロセスによって「同性愛の自由」を保護することが妥当であると思われる。

#### 4. *Lawrence* 判決の限界

本判決は、先例によって全ての者に保障される「個人的関係」を選択する自由として、同性愛者の「自己決定権」を保障した。しかし、本判決の理由付けとしては、いくつか不明確な点が残っている。

第一に、同性愛行為に関する権利性の問題である。本判決は、同性愛者保護という理由から同性愛行為を自身のライフスタイルに則った性行為とみなした。これは、同性愛行為が同性愛者であるための象徴的な性表現であるゆえにであった。しかし、そのことによって、法廷意見は同性愛行為が基本的権利であるか否かについて明言を避けることになり、結果として同性愛行為の権利性について不明確さを残してしまっている。

第二に、司法審査基準の不明確性である。これは上で述べた問題に付随することである。スカリア裁判官の反対意見が指摘するように、「同性愛の自由」を基本的権利の問題として扱うならば、厳格審査基準が適用されるはずである。しかし法廷意見では、第14修正の自由の侵害として当該法律を違憲としたため、「同性愛の自由」に対してどのような司法審査基準が適用されたのか、説明がなされていないようにみえる。このように基本的権利でない「自由」の扱い方に関して明確な態度を示めなかったことが、*Lawrence* 判決の限界であったといえる。

## V. *Bowers* 判決と *Lawrence* 判決の比較

*Bowers* 判決と *Lawrence* 判決は共に同性愛行為を禁止するソドミー法の合憲性が争われたが、両判決は真逆の結果となった。これは、両判決の「同性愛の自由」に対する見方の違いに原因があると思わ

れる。そこで、ここでは両判決を①同性愛者の「自由」と「基本的権利」、②ソドミー法と同性愛行為の歴史認識、③法と道徳（moral）の捉え方、④実体的デュー・プロセスに対する考え方の四つの観点から比較することで、「同性愛の自由」をめぐる両判決の相違点を検討する。

## 1. 同性愛者の「自由」と「基本的権利」

*Bowers*判決は、同性愛者の「自己決定権」を同性愛行為の権利として捉え、基本的権利の問題として扱った。それゆえ、同性愛者の「自己決定権」は、先例によって基本的権利に含まれる婚姻、生殖、家族関係に関する権利と類似性も関連性もなく、基本的権利の射程範囲に含まれないとされた。その結果、Georgia州ソドミー法は合憲とされた<sup>50</sup>。

一方、*Lawrence*判決は、同性愛者の「自己決定権」を第14修正で保障される自由の問題として扱った。それゆえ、*Lawrence*判決では同性愛者の「自己決定権」を各人に保障される「関係性」の選択の自由として捉えられた。その結果、同性愛行為は個人に保障される性行為の自由とされ、Texas州のソドミー法は違憲とされた。ただし、*Lawrence*判決は、同性愛者の「自己決定権」は「同性愛関係を選択する自由」として同性愛行為を選択できるというところで留め、それが基本的権利であるか否かについては言及をしなかったことには留意が必要である<sup>51</sup>。

このように同性愛者の「自己決定権」について、*Bowers*判決は従来通り憲法上の権利の問題として厳格かつ限定的に捉えたのに対して、*Lawrence*判決では第14修正のデュー・プロセス条項の個人の自由の問題として*Bowers*判決より広範かつ柔軟に捉えていたといえる。この対立構図は、同性愛行為を個人の「基本的権利」と見るか、「自由」と見るかで対立した*Bowers*判決の法廷意見と反対意見に相似する。したがって*Lawrence*判決では、*Bowers*判決の反対意見の論理を法廷意見として採用されたといえる。

## 2. ソドミー法と同性愛行為の歴史認識

*Bowers*判決におけるGeorgia州ソドミー法の罰則規定は、性別や地位に関係なく、全ての者に対してソドミー行為を禁止していた<sup>52</sup>。一方、*Lawrence*判決におけるTexas州ソドミー法の罰則規定では、同性間によるソドミー行為のみを禁止していた<sup>53</sup>。この両州におけるソドミー法の射程の違いが、そのまま両判決によるソドミー法の歴史認識の違いに通じたと考えられる。

つまり、*Bowers*判決では同性愛者を特別な存在として扱わず、ソドミー行為自体の合憲性を問題にしたゆえに、「ソドミー法自体」の歴史認識によって同性愛行為の是非が判断された。しかし、*Lawrence*判決では、同性間によるソドミー行為のみを犯罪としたがために同性愛者への差別という点に焦点があてられ、「同性愛行為を禁止するソドミー法」の歴史認識によって同性愛行為の是非が判断されたのである。

また、*Lawrence*判決が、アメリカ国内と国際社会の双方の視点から同性愛者に対する認識の変化を



指摘し、ソドミー法の歴史認識を否定したことは特筆すべきである。何故なら、国際的視点を含む比較憲法学的視点から同性愛行為の歴史認識の否定したことは、合衆国最高裁にとって稀有なことであったからである。それゆえ、このことは今後の合衆国最高裁の国際化の可能性を示唆するものとして注目に値する点であるといえる。

### 3. 法と道徳 (moral) の捉え方

法秩序とは、一般的にその土地に住む人々の社会通念で形成されるものといえよう。それゆえ、本来であれば、法は社会的道徳によって基礎付けられるものであるといえる。しかし、時に、法と道徳とは相入れない場合が生じる。同性愛者の「自己決定権」をめぐる *Bowers* 判決と *Lawrence* 判決は、まさに法と道徳が衝突した事例であった。

*Bowers* 判決では、法は常に道徳の観念を基礎としており、道徳性を有する全ての法律がデュー・プロセス条項によって無効とされるべきではないとされた。何故なら、*Bowers* 判決においてソドミー行為の禁止は、宗教的信念や人権の概念と良心ある行動、伝統的な家族制度などに対する深い畏敬の念に依拠するものと考えられていたからである。そのため、*Bowers* 判決では、州の過半数が同性愛行為に対して悪感情を抱いている以上、同性愛行為の権利は認められないとされたのである<sup>54</sup>。ここから、*Bowers* 判決の見解では法と道徳を密接に関連付けていたことが窺える。

一方、*Lawrence* 判決は、「我々の義務は、我々に取り巻く全ての自由を定義することであり、道徳的規則に権限を与えることではない<sup>55</sup>」として、法は他者の社会的道徳観に左右されないとの考えを示した。ただし、*Lawrence* 判決は、必ずしも法と道徳の関連性を完全に否定しているというのではなく、また同性愛行為を道徳的行為とみなしていないことに注意すべきである。つまり、単に、*Lawrence* 判決は、必ずしも道徳的根拠のみで法律の合憲性を判断すべきではなく、アメリカ社会において同性愛行為が不道徳であるか否かを司法が判断する内容ではないと言っているのに過ぎないのである。この点に留意する必要があると思われる。

### 4. 実体的デュー・プロセスに対する考え方

*Bowers* 判決では、司法が憲法上の根拠を持たない規範を創造することは違法を行うに等しいと指摘し、実体的デュー・プロセスによる実体的範囲の拡張に対して消極的な姿勢を示した<sup>56</sup>。一方、*Lawrence* 判決は、同性愛者に対する社会的差別を是正するために同性愛者の尊厳性や存在を保護しようとした。そのため *Lawrence* 判決は、実体的デュー・プロセスに関しても積極的な姿勢を示し、Texas州ソドミー法を違憲としたのである<sup>57</sup>。

両判決でこのような実体的デュー・プロセスに対する姿勢に差異が誘発したのは、同性愛者の「自己決定権」の捉え方に原因があると思われる。すなわち、*Bowers* 判決では同性愛行為という「行為」の是非に焦点をあてたがために、同性愛者の「自己決定権」は「同性愛行為の自由」として捉えられ

た。その結果、同性愛行為を不道徳とする州民の社会的意識を考慮し、これを受け入れたために、実体的デュー・プロセスによる自由の射程範囲の拡大に関して消極的になったのだと思われる。

一方、*Lawrence*判決は、「自己決定権」の本質とは人と人とのつながりの保護であると促えた。これを前提としたために、*Lawrence*判決は、同性愛者の「自己決定権」を同性愛関係という「関係性を選択する自由」と捉えることで、同性愛者の「私的行為の自由」だけでなく、同性愛者という「生き方」をも保護しようとしたのである。それゆえに*Lawrence*判決は、実体的デュー・プロセスを適用することに関しても積極的な姿勢を示したのだと思われる。

## 結語

本稿では、アメリカ憲法における「自己決定権」を考えるにあたって、「同性愛の自由」が問題となった*Bowers*判決と*Lawrence*判決の比較を中心に検討した。何故なら、この問題は、アメリカにおいて「同性愛の自由」が「自己決定権」の一つとして憲法上の保護に値するかの問題につながるものであったからである。

両判決では共に同性愛行為を禁止するソドミー法の罰則規定が問題とされた。ただし、*Bowers*判決におけるGeorgia州ソドミー法の罰則規定は性別を問わず全ての者にソドミー行為を禁止していたのに対して、*Lawrence*判決におけるTexas州ソドミー法の罰則規定は同性間のみソドミー行為を禁止していたという相違があった。

*Bowers*判決は、Georgia州ソドミー法の射程を理由に同性愛者を特別扱いせず、ソドミー行為自体の存在に焦点をあて、同性愛行為を基本的権利の問題として検討した。そのため、ソドミー法の歴史と当時の州民の意識を考慮し、Georgia州ソドミー法は合憲とされた。*Bowers*判決がこのような結論に至ったのは、これまで先例によって認められた「基本的権利」の問題として「同性愛行為」を検討したからである。すなわち*Bowers*判決の論理では、同性愛者の「自己決定権」は同性愛行為という「私的行為」を行うか否かの決定として捉えられたのである。

ところが*Lawrence*判決では、この*Bowers*判決の論理が覆されてしまった。何故なら、*Lawrence*判決では、Texas州ソドミー法の射程から同性愛者に対する差別を問題視し、第14修正の「自由」の問題として同性愛者の「自己決定権」を扱ったからである。そして、*Bowers*判決時に比べてソドミー法の数が減少し、国際社会においても同性愛者容認の風潮が高まっていることを理由に、*Bowers*判決におけるソドミー法の歴史認識を否定した。

また、法と道徳の関連性についても「我々の義務は、我々を取り巻く全ての自由を定義することであり、道徳規範に権限を与えることではない<sup>58</sup>」として、州民の道徳的観念がソドミー法を合憲とする直接的な根拠にならないことを示した。こうした分析を基に、同性愛行為を同性愛者のライフスタ

イルに則った性行為と捉えることで、*Lawrence*判決はソドミー法を違憲としたのである。

*Lawrence*判決がこのような結論に至ったのは、「*Bowers*判決のように『同性愛の自由』を『同性愛行為の自由』として扱ってしまうのならば、同性愛者個人の人格の品位を落とすことにつながる<sup>59</sup>」からだとしている。すなわち、ソドミー法の罰則規定と目的は「人間の最も私的な行為である性行為、また最も私的な場所である家庭内など広範囲にわたって影響を及ぼして<sup>60</sup>」おり、同性愛者の尊厳性を否定しているというのである。

この同性愛者の尊厳を保障するため、*Lawrence*判決は、Texas州ソドミー法に対して、平等保護条項ではなく実体的デュー・プロセスを用いた。平等保護条項を適用しなかった理由として次の二点が挙げられる。第一に、平等保護条項でソドミー法を無効としても、同性・異性間双方のソドミー行為を禁止しているソドミー法は有効となる可能性がある。第二に、同性愛者は、ソドミー法が存在する限り犯罪者としての汚名が残り、同性愛行為という私的事柄だけでなく雇用・養子縁組などの公的事柄に関しても差別を受ける。つまり、平等保護条項によってTexas州ソドミー法を違憲としても、同性愛者差別を暗に認めるソドミー法が存在することで同性愛者差別の根本的解決にはならないというのである。

それゆえ、*Lawrence*判決は、実体的デュー・プロセスによってソドミー法自体の存在を否定すれば、同性愛者を差別的存在とすることが法律上許されなくなるため、同性愛者にも等しく保障される「個人的関係性」の選択という観点から、同性愛者の尊厳性は保障しようと考えた。これによって*Lawrence*判決は同性愛者の「自由」だけでなく「社会的平等」をも保護したのである。

この*Lawrence*判決の論理は、従来の「自己決定権」理論とは様相を異にしているものと考えられる。というのも、従来の「自己決定権」理論は、公権力の干渉を受けずに、ある私的事柄を選択する自由がプライバシー権の一つとして承認されるか否かという、あくまで私的領域内における個人間の「私的行為」の選択を問題にしてきたからである。それゆえ、従来の「自己決定権」理論の特徴は「私事の秘匿」の保護という内向性を重視していたといえる。これは、*Bowers*判決が私的領域内の同性愛行為を公権力の干渉を受けない基本的権利の問題として扱ったことから窺える。

しかし、*Lawrence*判決は、同性愛者の「自己決定権」を「私的行為」の選択の自由として捉えてしまえば、同性愛者に対する社会的差別の是正につながらないと考えた。もともと*Lawrence*判決で問題となった同性愛行為は当事者間の合意に基づくものであった。また判例によって、自己の人生を謳歌するための「関係性」を選択する自由は全ての者に保障されていた。それゆえ*Lawrence*判決は、同性愛者の「自己決定権」を「同性愛行為の自由」というよりも同性愛者個人が自身の幸福を追求するためにどのような関係を築くかという「関係性」の選択、すなわち「同性愛関係を選択する自由」と捉え、同性愛者という「生き方」を保護したのだと思われる。

とはいえ、*Lawrence*判決が、何故、これほどまでに「関係性」を重視するのだろうか。それは、人間の全ての営為が社会という共同体の中で行われることを前提とするからだと思われる。確かに、「私

的行為」の選択の自由を保護するのは、行為によって初めて当人の内心の意思が表現されるからである。しかし、我々が社会という共同体の中で生活を営む以上、その私的行為の選択した結果には直接的あるいは間接的に必ず他者が関わってくる。また、成人間の合意に基づく同性愛行為は、行為者同士が同性愛者であるという個人の「生き方」と密接に関連する。

だからこそ、*Lawrence*判決は「自己決定権」を公権力の干渉を受けずに個々人がより良い「関係性」を築く「人のつながり」を選択することだと捉え、これを前提とするがゆえに、私的事柄を行う個人の選択を保護したのだと考えられる。とするのなら、*Lawrence*判決の「自己決定権」は、社会に対して同性愛者という「存在」や「生き方」の承認を要求することに重きをおいていたとみなすこともできるだろう。

以上から、*Lawrence*判決の論理は、アメリカ憲法において「自己決定権」が私的領域内における「私事の秘匿」の保護という従来の内向きの観点のみに留まらず、個人がより善い「生き方」を追求するという外向きの観点からも個人の選択を保護する、新たな「自己決定権」理論の創出を示唆するものであると考えられる。その意味で*Lawrence*判決は、これまでのアメリカ憲法における「自己決定権」理論の再考を促す画期的な判決であったといえる<sup>61</sup>。

(2010年7月16日脱稿)

---

## 注

- <sup>1</sup> 野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利『憲法Ⅰ』（有斐閣、第4版、2006年）266頁。
- <sup>2</sup> 種谷春洋「幸福追求の権利の一史的考察—酒井吉栄教授『日本国憲法十三条の思想的背景』の検討を中心として—」ジュリスト 277号（1963年）70-72頁。種谷春洋「生命・自由および幸福追求権」芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権（1）』（有斐閣、1978年）130頁。
- <sup>3</sup> 芦部信喜『憲法』（岩波書店、第4版、2007年）122頁。
- <sup>4</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）391-409頁。
- <sup>5</sup> 381 U.S. 479 (1965). 本件では夫婦の避妊の自由の是非が問題とされた。合衆国最高裁は、第1修正、第3修正、第4修正、第5修正、第9修正の各規定から放射によって見出される「半影」の中にプライバシー権を見出し、その一つとして夫婦の避妊の自由を認めた。
- <sup>6</sup> 405 U.S. 438 (1972). 本件では、既婚者以外の者に対して避妊具と避妊薬の販売・配布を禁止する Massachusetts 州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁は、「プライバシー権は、個人が既婚者であるか未婚者であるかにかかわらず、子供を産むか否かを決定する個人に対して根本的な影響を与える事柄について、政府の不当な干渉を受けない自由の権利」であり、当該法律を第14修正の平等保護条項に違反するとして、未婚者に対しても避妊の自由を認めた。
- <sup>7</sup> *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977). 本判決において合衆国最高裁は、「過去に『プライバシー』を保護するものと特徴づけられた判決は、実際には、少なくとも二つの異なる種類の利益に関わるものであった。個人的事項の開示を回避する個人の利益 (the individual interest in avoiding disclosure of personal matters) と、ある種の重要な決定を独立して行う利益 (the interest in independence in making certain kinds of important decisions) である」として、プライバシー権の中に二つの異なる利益が存在することを明らかにした。
- <sup>8</sup> ただし竹中勲教授によれば、「アメリカでは、『憲法上の自己決定権』にほぼ相当する概念として、constitutional right to self-determination (憲法上の自己決定権) や、constitutional right to personal autonomy (憲法上の個人的自律権ないし人格的自律権) という用語がしばしば用いられている」とされる。本稿の英語表記は、これ

に依拠したものである。竹中勲「性的結合の自由（一） - 憲法上の自己決定権の日米比較研究 I -」産大法学 27 巻 1 号（1993 年）32 頁。

- <sup>9</sup> とはいえ、芦部信喜は、日本の自己決定権とアメリカのプライバシー権内の「ある種の重要な決定を独立して行う利益」の淵源、性格、内容を検討し、「ある種の重要な決定を独立して行う利益」を「自己決定権」と同義と捉えている。芦部・前掲書（注）4・391-409 頁。
- <sup>10</sup> LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 1337-89 (2d ed. 1988) .
- <sup>11</sup> 人格的利益説を主張する一人に分類される佐藤幸治教授の整理によれば、①「自己の生命、身体の処分にかかわる事柄」、②「家族の形成・維持にかかわる事柄」、③「リプロダクションにかかわる事柄」、④「その他の事柄」に類型化される。佐藤幸治『憲法』（青林書院、第 3 版、1995 年）448 頁。
- <sup>12</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). 邦語訳として、高橋一修「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利（1）」藤倉皓一郎/木下毅/高橋一修/樋口範雄編『英米判例百選[第三版]』別冊ジュリスト 139 号（1996 年）82-83 頁を参照。なお *Roe* 判決の概要に関しては、後述の脚注 43 を参照。
- <sup>13</sup> 539 U.S. 558 (2003). また、*Lawrence* 判決を取り上げた邦論文としては、藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲とされた事例 - Lawrence v. Texas, U.S., 123 S.Ct. 2742(2003).」ジュリスト 1255 号（2003 年）142-145 頁、根本猛「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) -」法政研究 9 巻 4 号（2005 年）、羽瀨雅裕「同性婚に関する憲法学的考察 - Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) を契機として -」帝塚山法学（2005 年）、高井裕之「レーンキスト・コートにおける実体的デュー・プロセス論の展開」宮川成雄編『アメリカ最高裁とレーンキスト・コート』（成分堂、2009 年）257-261 頁がある。
- <sup>14</sup> ソドミー (sodomy: 反自然的性交) とは、聖書のソドムとゴモラの挿話に由来し、同性愛者の性行為のほか、異性者間の異常とされる性行為、人間と動物との性行為が含まれる。巻美矢記「自己決定権の論点」レファレンス（2006 年）142 頁。
- <sup>15</sup> 478 U.S. 186 (1986). また、*Bowers* 判決を取り上げた邦論文としては、松平光央「西欧文明、同性愛、パーガークート - アメリカ連邦最高裁判所の同性愛処罰法合憲判決を中心に -」法律論叢 60 巻 2・3 合併号（1987 年）、竹中勲「性的結合の自由（二） - 憲法上の自己決定権の日米比較研究 I -」産大法学 27 巻 4 号（1994 年）、津村政孝「同性愛者のソドミー行為とプライバシーの権利」芦部信喜/憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』（有斐閣、1998 年）295 - 301 頁がある。
- <sup>16</sup> GA. CODE ANN. §16-6-2 (1984).
- (a) “A person commits the offense of sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and mouth or anus of another ...”  
「一人の者の性器と他者の口もしくは肛門をもって性行為を行ったときは、ソドミーの罪を犯したものとす  
る」（筆者訳）。
- (b) “A person convicted of the offense of sodomy shall be punished by imprisonment for not less than one nor  
more than 20 years ...”  
「ソドミーの罪を犯した者は、1 年以上 20 年以下の拘禁刑に処する」（筆者訳）。
- <sup>17</sup> 本判決は未公開となっている。
- <sup>18</sup> *Hardwick v. Bowers*, 760 F.2d 1202(1985).
- <sup>19</sup> 262 U.S. 510 (1923). 本件では、児童に外国語を教えることを禁止していた州法を、デュー・プロセス条項で保護される教師の職業の自由と親の教育権を不合理に侵害するとして違憲判決が下された。
- <sup>20</sup> 268 U.S. 510 (1925). 本件では、公立学校の通学を義務付けた法律が親の教育権を侵害するとして違憲とされた。
- <sup>21</sup> 388 U.S. 1(1967). 本件では、異なる人種間の婚姻を禁止した Virginia 州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁は、当該法律を正当化するためには人種差別以外の許容される圧倒的目的の達成のための根拠を必要とするとして、厳格審査基準の下、当該法律を違憲とした。
- <sup>22</sup> 431 U.S. 678 (1977).
- <sup>23</sup> *Bowers*, 478 U.S. at 190-91.
- <sup>24</sup> *Id.* at 205-206 (Blackman, J., dissenting).
- <sup>25</sup> *Id.* at 191-94.
- <sup>26</sup> *Id.* at 216 (Stevens, J., dissenting).
- <sup>27</sup> *Id.* at 206 (Blackman, J., dissenting).

---

<sup>28</sup> *Id.* at 196.

<sup>29</sup> *Id.* at 216-19 (Stevens, J., dissenting).

<sup>30</sup> TEX. PENAL CODE ANN. §21.06(a) (Vernon 2003).

“A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex.”

「他の同性者と性的に逸脱した行為を行った者は罰する」（筆者訳）。

なお、「性的に逸脱した行為」については、次のように規定されている。

TEX. PENAL CODE ANN. §21.01(1) (Vernon 2003).

(A) “Any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person.”

「一人の男の性器が、もう一人の男の口または肛門に接触すること」（筆者訳）。

(B) “The penetration of the genitals or the anus of another person with an object.”

「その目的が、性器あるいは肛門に挿入すること」（筆者訳）。

<sup>31</sup> 本判決は未公開となっている。

<sup>32</sup> *Lawrence v. State*, 41 S.W.3d 349 (2001).

<sup>33</sup> 1970年代以前に同性愛行為をソドミー法の対象としていた州は、Arkansas, Kansas, Kentucky, Missouri, Montana, Nevada, Oklahoma, Tennessee, Texas 州のわずか9州しかなかった。*Lawrence*, 539 U.S. at 570.

<sup>34</sup> *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H.R. (1981).

<sup>35</sup> 505 U.S. 833 (1992). 本件では Pennsylvania 州の妊娠中絶禁止法の合憲性が争われた。本判決では先例拘束性の原則を理由に *Roe* 判決を確認しつつも、妊娠期間を三分割した *Roe* 判決の考えを斥け、「不当な負担 (undue burden)」基準を用いた。さらに問題となった配偶者告知要件だけは違憲とし、インフォームド・コンセント要件や24時間の待機要件は合憲とした。詳しくは、高井裕之「Planned Parenthood v. Casey 妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利 (2)」藤倉/木下/高橋/樋口・前掲書注 (12) 83-85 頁。

<sup>36</sup> 527 U.S. 620 (1994).

<sup>37</sup> 521 U.S. 702 (1997). 本件では、死期を迎えた末期患者やその担当医師が自殺幫助を禁止した Washington 州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁は、自殺禁止の歴史に言及し、医師の助けによる自殺の権利はデュー・プロセス条項によって保護される基本的権利に含まれないと判示した。詳しくは、松本哲治「憲法上の『死ぬ権利』の行方 - Glucksberg 判決以降 -」奈良法学会雑誌第11巻2号 (1998年)、藤井樹也「自殺幫助を禁止する州法の合憲性 - Washington v. Glucksberg, 117 S.Ct. 2258, 2302 (1997), Vacco v. Quill, 117 S.Ct. 229 (1997).」ジュリスト 1150号 (1999年) 109-112 頁参照。

<sup>38</sup> *Lawrence*, 539 U.S. at 567-71.

<sup>39</sup> *Id.* at 582 (O'Connor, J., concurring).

<sup>40</sup> *Id.* at 589 (Scalia, J., dissenting).

<sup>41</sup> *Id.* at 577.

<sup>42</sup> *Id.* at 595-98 (Scalia, J., dissenting).

<sup>43</sup> *Roe* 判決では、母体の生命を保護するための必要な場合を除き、妊娠中絶手術を禁止した Texas 州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁は、プライバシー権は基本的権利であり、これを侵害する場合には州に「やむにやまれぬ利益」がなければならず、第14修正で保護される自由の一つとして「墮胎の自由」を承認した。本判決は、女性の墮胎をするか否かの決定に重きを置いた判決であったことに特徴がある。

<sup>44</sup> *Lawrence*, 539 U.S. at 564-67.

<sup>45</sup> *Id.* at 567-74.

<sup>46</sup> *Id.* at 575.

<sup>47</sup> *Id.* at 582-85 (O'Connor, J., concurring).

<sup>48</sup> *Id.* at 603-604 (Scalia, J., dissenting).

<sup>49</sup> *Id.* at 605 (Thomas, J., dissenting).

<sup>50</sup> *Bowers*, 478 U.S. at 190.

<sup>51</sup> *Lawrence*, 539 U.S. at 564.

<sup>52</sup> *Bowers*, 478 U.S. at 188.

<sup>53</sup> *Lawrence*, 539 U.S. at 563.

<sup>54</sup> *Bowers*, 478 U.S. at 196.

---

<sup>55</sup> *Lawrence*, 539 U.S. at 571.

<sup>56</sup> *Bowers*, 478 U.S. at 191-92.

<sup>57</sup> *Lawrence*, 539 U.S. at 578.

<sup>58</sup> *Id.* at 571.

<sup>59</sup> *Id.* at 567.

<sup>60</sup> *Id.* at 566.

<sup>61</sup> トライブは、実体的デュー・プロセスによって同性愛者の自由だけでなく平等を保護した *Lawrence* 判決について、「学説上の革新」と称賛している。Laurence H. Tribe, *The “Fundamental Right” That Dare Not Speak Its Name*, 117 HARV. L. REV 1893, 1934 (2004).