

ソドミー規制違憲判断に見る含意の一端

青 山 豊

I. はじめに

法規制の対象としてソドミーと呼ばれる性行為範疇が存在する。その行為を実践する人々からすると、それは自らのセクシュアリティと直結したごく「自然の」性的表現行為ということになるが、社会の普遍的なセクシュアリティ規準としてヘゲモニーを獲得していることに異論の無さそうな異性愛を實踐する一定の異性愛者の目には（或いは場合によっては性的異端と呼ばれる人々から見ても）、どう見ても吐き気を催させるような性的倒錯にしか映らず、「自然な」異性愛というオーソドキシィから逸脱した忌み嫌われる「反自然的な」性行為として古来より法的ないし道徳的非難の対象とされて来た。より具体的に言うと、このソドミーという文言は、実定法上「婚姻状態にある」「異性間での」「生殖を目的とした性行為」以外の法規制の対象となり得る生産性の無い性行為を指し示す包括的な文言として用いられて来た。その意味で以下でも見るように、同性間での性行為はもとより、異性間であっても、また婚姻状態にあっても生殖に直結しない避妊具や性具等の使用を通じた性行為の實踐や猥姦は実定法上ソドミーと見做され得る余地を残していると言える。とはいえその外延を時代や地域によって変化させる指標的な概念でもある以上、現在実定法上でソドミーと見做されている行為も、当該法律の改廃や適用如何によってソドミーではなくなる可能性がある。

本稿では、特定形態のソドミーを規制対象とするアメリカの州法に対して合衆国最高裁（以下、最高裁と表記する）が示した違憲判断から看取し得る含意の一端を、実体的デュープロセス（substantive due process）¹に関する先例の概観とも絡ませながら探ることで、その行為に対する寛容へと結実したプロセスを詳らかにすることを要諦としたい。

1 合衆国憲法上明文で列挙されざる権利の承認に対して好意的ではない動機で用いられることが多いのに鑑みてこの文言の使用を意識的に回避する論者もいる。See, e.g. Rebecca L. Brown, *Liberty, the New Equality*, 77 N. Y. U. L. Rev. 1492, 1496 n. 22 (2002).

II. 同性間ソドミー規制の行方

合衆国憲法の修正5条と14条で規定されているデュープロセス条項は、法のデュープロセスに拠らずして公権力が何人からも生命、自由、或いは財産を剥奪してはならないと規定している。² 20世紀初頭の *Lochner v. New York*³ により確立された実体的デュープロセス法理 — これは、修正5条と14条にいう「自由 (liberty)」に実体的な内容を読み込み、合衆国憲法上明文で列挙されざる一定の実体的権利の保護を導出する法理であって、権力行使により市民の権利自由を制限しようとする場合には制限客体である市民に対して適正な情報を付与し、制限客体の言分を聴聞する機会を保障すべしと要請する手続的デュープロセス (procedural due process) 法理とは区分される — は、ニューディール時代である1930年代後半にその「最初の死」⁴を迎えるが、1965年の *Griswold v. Connecticut*⁵ により再生の兆しを見せることとなった。とはいえ、既婚カップルに対する避妊薬・避妊具の使用規制が合衆国憲法上許されないとの判断を示した本判決は、その源泉を修正14条のデュープロセス条項へと直に置かなかつたが為に、裁判所による厳格審査の発動が予定調和化された憲法上極めて手厚い保護を受け得る基本的権利 (fundamental rights) 導出のプロセスを不透明なものとした観は正直否めない。かかる不透明性を残しつつも合衆国憲法上明文で列挙されざるプライバシー・ゾーンの保護は、その後、*Eisenstadt v. Baird*⁶ で平等保護に依拠して未婚カップルへの避妊具配布に (1972年)、*Roe v. Wade*⁷ ではデュープロセス条項も拠り所にして妊娠状態を終了させるかどうかを決定する選択判断を包摂するほどにプライバシー権が敷衍されるとして妊婦の中絶判断に (1973年)、そして *Carey v. Population Services*⁸ では16歳未満の未成年者に対する避妊具の販売・配布にまで敷衍されるなど (1977年)、ウォーレン・コート (1953-1969) からバーガー・コート (1969-1986) にかけて「リプロダクションの自由」という側面で顕著な進展を見せることになる。

2 U.S. Const. amend. V, and XIV, § 1.

3 198 U.S. 45 (1905).

4 Daniel O. Conkle, *The Second Death of Substantive Due Process*, 62 Ind.L.J. 215, 218ff (1986-87). その「最初の死」を決定付けたのは、女性労働者に対する最低賃金を定めた法を最高裁が支持した *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) である。

5 381 U.S. 479 (1965).

6 405 U.S. 438 (1972).

7 410 U.S. 113 (1973).

8 431 U.S. 678 (1977).

次に見る二つの最高裁判決のうち、前者はバーガー・コートが終焉を迎える1985-86年開廷期に下されたものであり、後者は前者の17年後の是非を問うものである。

1. Bowers v. Hardwick⁹ — 中立的な外観に潜む背景 —

1982年8月、既婚の男性教師と自宅の寝室でソドミーを行っているのを警官に発見され、現行犯逮捕された未婚の成人男性マイケル・ハードウィックは、予備審問を経て不起訴処分となった。ここで彼は一旦自らの運命を受け入れるのだが、ジョージア州に存在する過度に旧態依然的な道德立法の廃止を訴える GOAL と称する団体が、ハードウィックらを検挙する拠り所となったジョージア州ソドミー規制法の廃止に挑戦するテスト・ケース（宣言的判決を求める訴訟）を提起する機会を偶然この時期に窺っていたため、不起訴処分となった彼らに対しその原告となるよう働きかけて来たのである（男性教師の方はこの働きかけに応じていない）。また弁護団は、その廃止を訴える更なる原告としてドゥ夫妻なる匿名の既婚カップルも探し出して来た。ドゥ夫妻はソドミーを家屋内で密やかに行うことを望んでいるものの、当該州法が現に存在していること、そしてハードウィックが現に検挙されたことで以て当該行為の実践を既婚者たる自分たちも躊躇せざるを得ないと感じていたのである。¹⁰

しかし、第一審の連邦地裁判決と第二審の連邦控訴審判決は共に、同性愛者であるハードウィックとは異なり異性間カップルであるドゥ夫妻は当該州法の執行による直接の損害を被ってもいなければそれを被るほどに差し迫って危険な状態にも置かれていないことに鑑みて、訴訟を提起するに相応しい原告適格が欠如していると判断し、その後夫妻はこの判断に対して最高裁で異議を申立てることはなかった。¹¹ 従って形式上はともかく（最高裁判決の正式タイトルは、Bowers v. Hardwick, and John and Mary Doe である）、実質的に最高裁に於ける被上訴人側訴訟当事者はハードウィックのみとなったのである。

ところで本件事案で合衆国憲法上の是非を問われることとなったジョージア州ソドミー規制法は、ソドミーを次のように定義していた。「一方の者の性器と他

9 本判決に関する邦語の評釈としては差し当たり、内野正幸「同性愛をめぐる憲法問題」法学セミナー388号（1987年）18頁、丸山英二「ソドミー禁止法の合憲性と合衆国最高裁」判例タイムズ642号（1987年）41頁、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」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』（有斐閣、1998年）、295を参照。

10 彼らが検挙されるまでの複雑数奇な事情については、ジョエル・D・ジョゼフ（永江正文訳）『ブラックマンデー：アメリカ最高裁判決ワースト21』（西村書店、1993年）、47以下に詳しい。

11 Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986), 188 n. 2.

方の者の口唇ないし肛門とを接触させる一切の性行為を遂行するとき、もしくはその行為を甘受するとき、当該人物はソドミーの罪を犯す」。¹² このように当該州法は、口腔性交と肛門性交として特定されるソドミーを「異性間と同性間との区別無く」規制対象としていた。とはいえ、ジョージア州に於けるソドミー規制の執行の歴史及び最高裁判決の上訴人である州司法長官パウーズの口頭弁論に於ける発言は、ソドミー規制の執行に対するジョージア州の本音と建前を実証しているかのようである。例えば、本件事案で問われた現行ソドミー規制法（1968年制定）に先行する旧ソドミー規制法（1933年制定）は、文面上ソドミーの成立を男性間と男女間に限定していた。またこの旧法を巡る訴訟では、男女間での口腔性交に適用される限りで規制は違憲であるともされている。¹³ そしてパウーズは、現行法が既婚の異性間カップルに適用されるのであれば当該規制が違憲になるであろうことを上述の Griswold 判決に依拠して認めてもいるのである。¹⁴ 旧法から現行法へと移行したのが Griswold 判決から三年後であったことは注目されてよい。

そもそもハードウィックが本件訴訟に於いて求めていたのは、デュープロセス条項下での「密やかに行われる性関係一般の保護」であって「密やかに行われる同性間関係の保護」ではなかった。¹⁵ Griswold 判決を始めとする過去のプライバシー事案の背後にあった一般原理として、セクシュアリティに拘らず親密な結び付き（intimate association）の自由を万人が有すること、そして、その典型たる性関係を自らの好むパートナーと自らの好むやり方で構築する権利を自らが有するとハードウィックは主張したのである。¹⁶

これに対してホワイト裁判官が代表執筆した最高裁の法廷意見（これには後述のレーンクイスト裁判官とオコナ裁判官も参加している）は、論点を次のように定式化した。「本件事案で提示されている争点は、（合意ある）ソドミーを行う基本的権利を合衆国憲法は同性愛者に対して付与するのかどうか、もし付与するの

12 Georgia Code Ann § 16-6-2(a) (1984), *citing from id.* at188 n. 1.

13 Thompson v. Aldredge, 200 S.E. 799 (1939); Riley v. Garrett, 133 S.E. 2d 367 (1963), *citing from id.* at200 n. 1.

14 *Id.* at218 n. 10.

15 この訴訟戦略は、ハードウィックらの訴訟準備書面作成と弁論に尽力したハーヴァード・ロースクールの憲法学者であるローレンス・トライブによるものである。Laurence H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 2nd ed, p1427 (Mineola, N.Y. Foundation Press, 1988).

16 Janet E. Halley, *Reasoning about Sodomy: Act and Identity in and after Bowers v. Hardwick*, 79 Va.L.Rev. 1721, 1745 (1993).

であれば、かかる行為を依然として違法としたり極めて長期に渡り違法として来た多くの州の法を合衆国憲法が無効にするのかどうかである」¹⁷。このように法廷意見は「セクシュアリティに拘らず密やかに行われる性関係一般の保護」の要求に対して「同性間ソドミー限定」で応答した。かかる定式化により、異性間ソドミーをも規制対象とするはずのジョージア州ソドミー規制法は「同性間ソドミー規制法」の観点からのみ検討されることとなる。

ここでジョージア州ソドミー規制法を実証的に俯瞰しておきたい。もし「ジョージア州ソドミー規制法では異性間であるのか同性間であるのかを問わずソドミー一般に対する州民の非難が表明されているのか」と問われればそれに対する返答は当然イエスである。少なくとも当該州法の文面を見る限りは、双方のソドミー形態に対して寄せられる非難が異なるということは読み取れない。法廷意見は同性間ソドミーの観点からのみ当該州法の検討を行うとした。もし「ジョージア州ソドミー規制法では同性間ソドミーに対する州民の非難が表明されているのか」と問われれば、それに対する返答も当然イエスということになる。勿論、当該州法の制定時と判決時とではソドミー一般に対する州民の姿勢が変化していても不思議ではない。それと同時に、異性間ソドミーに対する州民の姿勢と同性間ソドミーに対するそれとの間に今や格差が生じていることも当然に考えられ得る。上述のパワーズの発言から考えて、当該州法の文面と異性間ソドミー（パワーズの言に拠ると既婚カップルによる異性間ソドミー）に対して州民が抱く姿勢との間に乖離が生じ始めていたかも知れないことはその予想を裏付ける。これは「ジョージア州ソドミー規制法では異性間ソドミーに対する州民の非難も表明されている」という条文上から当然読み取れる実証的含意に対して、もはや素直にイエスとは返答出来ないことを表している。

被上訴人であるハードウィックもこのことを感じ取っていた。彼は当該州法の根底には「同性間ソドミーが反道徳的で受け容れ不可能である (immoral and unacceptable) と州有権者の過半数が抱いたと推定される確信以外に何も根拠は無い」¹⁸と主張したが、「相手方の性別に拘らずソドミーは反道徳的で受け容れ不可能であると州有権者の過半数が抱いていたはずの確信」は、異性間ソドミーに関する限り「反道徳的で受け容れ不可能な」対象ではなく「受け容れ可能である (acceptable)」とまでは言えなくとも「寛容を示すことは出来る (tolerable)」対象に少なくとも判決時にはなっていたかも知れない（或いは Griswold 判決か

17 *Bowers*, 478 U.S. at190.

18 *Id.* at196.

ら三年後の現行法制定時に於いて既にかかる対象として認識済みだった、或いは Eisenstadt 判決に依拠して未婚の異性間カップルが行うソドミーに対しても寛容を示すことが出来ると認識されていたかも知れない) 状況を示唆する。当該州法のテキスト内容は十分に明白であるにも拘らず、その真に意味するところは、当該州法の公平無私な執行が実質的に不可能であるほどにひどく曖昧なものであったかも知れないのである。¹⁹

結局本件訴訟で同性間ソドミーは、Griswold 判決以降の先例との関連性を遮断され (Griswold、Eisenstadt、そして Roe の各判決は、子どもを出産ないし育てるかどうかを個人が決定する基本的権利を付与した判決として判断された。かかる判断に基づくと此処でいう「個人」の中に同性愛者は包摂されない)、家族、結婚、生殖と同性間行為との間に関連性は認められないこと、それに対する道徳的非難及び法規制には古くからの歴史があること、合意ある成人間で人目に触れることなく密やかに行われるとしても判決時点 (1986年) に於いて24州とコロンビア特別区がかかる条件で行われるソドミーも含めて規制する法を尚も有していたことを所与とすれば、それを行う権利が「アメリカの歴史と伝統に深く根付いている」と主張するのは「せいぜい良く見積もっても滑稽 (at best, facetious)」²⁰ であり、当該州法が一貫して様々な道徳観に依拠しているのは何ら不

19 実際、ジョージア州ソドミー規制法は文面上異性間ソドミーにも適用されるものである以上、平等保護に基づく異議申立ては困難であったと言える。それでも平等保護に基づく訴訟戦略を採用する途を探るのであれば、州中の大規模な調査を通じて異性間と同性間とで州法が差別的に適用されている経験的証拠を収集するしかない。とはいえ、異性間と同性間で必ずしも性行為が行われる訳ではないとの前提を採らない限り、異性間ではソドミー以外の性行為の実践が留保される以上、実際には検挙に至らずとも異性間と同性間とでは行政の目の光らせ方も異なるということは十分に考えられ得る。ならば、相手方の性別に拘らずソドミーを規制対象にする州法の姿勢も、同性間ソドミーを実践する (或いは今後実践しようとしている) 同性間カップルにとっては脆弱な気休めにしかならないのかもしれない。なお、いかなるソドミー規制法であれ、heterosexual sodomy を実践するのがソドミーの相手方を絶対的に異性に限定する者同士、homosexual sodomy を実践するのがソドミーの相手方を絶対的に同性に限定する者同士であることを求めている点は留意する必要がある。従って、同性愛者であることを自称し、普段から同性愛を実践していたとしても「一夜限りの」親密な結び付きの相手方が同性であれば homosexual sodomy が成立し、同様に同性愛者であることを自称し、普段から同性愛を実践していたとしても「一夜限りの」親密な結び付きの相手方が異性であれば heterosexual sodomy が成立するということになる。heterosexual sodomy を「異性愛ソドミー」、homosexual sodomy を「同性愛ソドミー」と称すれば、それぞれ異性愛を通常実践する者同士と同性愛を通常実践する者同士で行われるソドミーであるとのニュアンスを与える恐れもあるため、それぞれのソドミー形態が必ずしもセクシュアリティを基準にして成立を予定している訳ではないことに鑑み、本稿ではそれぞれを「異性間ソドミー」と「同性間ソドミー」と記述することにしたい。

20 Bowers, 478 U.S. at 191-94.

当なことではなく「もし本質的に道徳的選択を表す全ての法がデュープロセス条項の下で無効とされるべきであるならば、実際に裁判所は多忙を極めるだろう」²¹として5対4の僅差ではあるが合衆国憲法上政府の干渉から免れ得ないと判断されたのである。

2. Lawrence v. Texas²² — 同性間ソドミー規制法の真の意図 —

1998年9月、本件事案の上訴人である白人の成人男性ジョン・ゲデス・ローレンスと黒人の成人男性タイロン・ガーナーは、ローレンス宅で銃器騒乱が生じていると告げる虚偽通報に応じてそこに駆けつけたテキサス州ヒューストンのハリス郡警察署員により、州ソドミー規制法上規制対象となっているソドミーを行っていたのを発見され、現行犯逮捕・訴追後に罰金刑を受けた。本件訴訟で合衆国憲法上の是非を問われることとなるテキサス州ソドミー規制法は「同性の人物との逸脱的な性交」の文脈で「一方の人物の性器の一部と他方の人物の口唇ないし肛門とを接触させる行為」及び「他方の人物の性器ないし肛門に物体を挿入すること」をソドミーとして規制対象にしていた。²³ 上述のジョージア州ソドミー規制法とは異なり「同性間で行われる場合に限り」当該ソドミーが規制対象とされていた点にその特徴がある。Bowers 判決から17年を経てなお最高裁に在籍していたのは、レンクィスト、スティーブンス、オコナの三名のみであり、最高裁はバーガー・コートからレンクィスト・コートへと移行している。結論を先取りして言うと、6対3でテキサス州ソドミー規制法は違憲と判示された。

ケネディ裁判官が代表執筆した法廷意見（スティーブンス裁判官も参加）は、以下の3つの論点を検討事項として列挙する。1. 同性間で行われるソドミーのみを標的とするテキサス州ソドミー規制法に基づいて下された上訴人に対する有罪判決は、修正14条の平等保護条項に反するのか。2. 家屋内で行われた成人間の合意ある性的な親密行為を理由に上訴人が受けた有罪判決は、修正14条のデュープロセス条項により保護された自由とプライバシーに見出される上訴人にとって極めて重要な利益を侵害するのか。3. Bowers 判決は覆されるべきなのか。²⁴

21 *Id.* at196.

22 本判決に関する邦語の評釈としては差し当たり、藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲と判示された事例」ジュリスト1255号（2003年）、142、篠原光児「ソドミー法と同性愛者の権利」アメリカ法 [2004-1]、69、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 —」法政研究（静岡大学）第9巻第4号（2005年）、47などがある。

23 *Tex. Penal Code Ann.* § 21.06(a) (2003), *citing from* Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 563 (2003).

24 *Id.* at564.

法廷意見を貫徹するのは「ソドミーを行う同性愛者に対して合衆国憲法が基本的権利を付与するのかどうか」という Bowers 判決の論点定式化を峻拒する姿勢である。「合衆国憲法修正14条の下、自らの自由を行使するに際して成人たる上訴人が自由に私的な行為に従事出来るのかどうかを判断することにより本件事案は解決されるべきであると我々は推断する」。²⁵ このように法廷意見は、上訴人を「同性愛者」ではなく「成人」として、そしてその求めるところを「ソドミー」ではなく「私的な行為」として性格付けている。「Bowers 判決に於ける争点が所与の性行為に従事する権利に過ぎなかったと述べることは、結婚が性交を行う権利に過ぎないと述べることで既婚カップルを貶めるのと全く同じ様に、当該個人（ハードウィック）が行う主張を貶める。Bowers 判決と本件事案で問われた州法が、或る特定形態の性行為を禁じるに過ぎない州法であることは確かである。だが…これらの州法が統制しようとしているのは、法に於いて公認（formal recognition）を受ける資格があるかどうかには拘らず、犯罪者として処罰されることなく選択を行うことの出来る個人の自由の範疇内に収まる人間関係である…。成人がその自宅という限界でこの関係に入ることを選択することができ、彼ら成人が自由人として自らの尊厳を保有していることを我々が認識するだけで十分である。他者との親密な行為を通じてセクシュアリティが表面化するとき、その行為は、人間の紐帯に於けるより持続的な一つの要素でしかない。合衆国憲法が保護する自由は、同性間カップルに対してこの選択を行う権利を付与する」。²⁶ こうして当該州法は、特定の性行為に留まらず個人の選択の自由に包摂されるはずである人間関係の構築にさえも統制を及ぼすものであると判断された。

法廷意見からすると「実体的デュープロセスの審査に於いて歴史と伝統は出発点ではあるけれども全てのケースで終着点であるという訳ではない」。²⁷ しかし法廷意見が同性間ソドミーの是認に有利となるよう論証を展開していくためには、検討対象となる歴史期間を過去半世紀に限定する必要があった。即ち、期間を限定するとはいえ法廷意見にとっても本件事案については歴史と伝統が終着点だったのである。過去半世紀に限定することにより、セクシュアリティに関わる事柄に於いて自らの私生活を如何に送るのかを決定するに際し、成人に対しては実質的な保護を自由が付与するという「発現しつつある認識（emerging awareness）」²⁸なるものが顕在化していることを法廷意見は認めた。例えば1955年、ア

25 *Id.*

26 *Id.* at567.

27 *Id.* at572.

28 *Id.*

アメリカ法律協会は模範刑法典 (Model Penal Code) を公表し、合意があって人目に触れることなく行われる性行為の脱犯罪化を各州に勧告する。²⁹ 勧告の結果、50州全てがかかるとの形態のソドミーを文面上規制対象としていたのが1961年にイリノイ州が初めてその勧告に応じたのを皮切りに、ソドミー規制法を有する州は Bowers 判決時に於いて半数にまで減少し、現在に至っては13州となっている (このうち、ジョージア州型のソドミー規制法を有するのは9州、同性間でのソドミーのみを規制対象とするのはテキサス州も含めて4州である)。また、これらの州では合意ある成人同士が人目に触れずに行う文脈ではソドミー規制法が執行されていない。³⁰

法廷意見は、Bowers 判決の不当性を際立たせるべく Bowers 判決以前に下された Griswold 判決の流れを汲むデュープロセス事案と共に、Bowers 判決以降の二つの事案を引証した。1992年の中絶規制を巡る事案である Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey³¹ は、Roe 判決の広汎な含意を狭めるものであったが、中絶という異性間での行為を前提とする事柄を超えて、個人の尊厳と自律に不可欠な選択の重要性を認めたことにその要諦があり、法廷意見はかかる自律の保護が同性愛者にも及ぶことを Casey 判決に依拠して認めている。一方、同性愛者を始めとする性的異端者を反差別法下での保護対象から除外するコロラド州憲法修正を無効とした1996年の Romer v. Evans³² では、修正14条の平等保護条項に依拠して判断が下されている。実際、本件事案の上訴人側弁護士団と幾つかのアミカス・ブリーフ (ローレンス側を援護するために有識者が提出した弁論趣意書) は、同性間ソドミーのみを規制対象とするテキサス州ソドミー規制法を Romer 判決に依拠して平等保護の観点からその違憲性を訴えるという訴訟戦略を採っていた。とはいえ、平等保護の観点から当該州法に違憲の判断を下せば、ジョージア州型のソドミー規制法は少なくとも平等保護の観点からは違

29 ALI, Model Penal Code § 213.2, *citing from id.* アメリカ法律協会がその勧告を正当化するに際して依拠した3つの根拠は、1. 多くの人々が従事している行為を処罰することにより、かかる行為を規制する法に対する尊重が崩されるから、2. 第三者に危害を及ぼさない私的な行為が規制されるから、そして3. かかる行為を規制する法は恣意的に執行されているため、その行為を実践する人々に心理的脅威の危険が齎されるから、というものである。ALI, Model Penal Code, Commentary 277-280 (Tent. Draft No. 4, 1955), *citing from id.*

30 *Id.* at 572-73.

31 505 U.S. 833 (1992). なお Casey 判決は、明文で列挙されざる自由を導出するに際してその根拠を初めて修正14条のデュープロセス条項に直接位置付け、当該条項により保障される射程を、手続的権利、修正14条が批准された当時 (1868年) に於いて保護されていた特定の慣行、或いは権利章典上で列挙された権利のみに制限することを明確に斥けた事案としても重要である。

32 517 U.S. 620 (1996).

憲の異議申立てをかわすこととなる。Bowers 判決を覆していかなる形態のソドミー規制法も合衆国憲法上違憲であるとの結論を導き出すためには、平等保護事案である Romer 判決で得られた帰結とデュープロセスとの相互的連結性を意識する必要があった。法廷意見は次のように推断する。「処遇の平等と、自由の実体的保障により保護される行為への尊重を求めるデュープロセスの権利とは、肝腎な点で関連し合っており、後者の見地に基づく判断は双方の利益（平等とデュープロセス）を共に促進させる」。³³ Romer 判決で保護されたのはあくまでも性的異端者の地位（status）の平等保護であり、その地位に特有とされる慣行（practice）の平等保護ではない。従って、彼らの地位に特有な慣行として見做されるソドミーを犯罪として尚も規制対象とする州法と Bowers 判決の継続的有効性をデュープロセスの側面で新たに検討し直す必要がある。³⁴

法廷意見は（Bowers 判決を除く）実体的デュープロセスを巡る先例を通じて認められる次の二つの命題を強調した。1. 州の支配的な多数派が、或る特定の慣行を伝統的に反道徳的であると見做して来たという事実だけでは、その慣行を禁じる法を支持する理由付けとして不十分である。2. 自らの肉体関係の親密性に関して既婚カップルが行う個人的判断は、たとえその判断が子孫を創り出すことを意図した判断ではなかったとしても修正14条のデュープロセス条項により保護される自由であり（Griswold 判決）、更にこの保護は未婚カップルによる親密な選択にも敷衍される（Eisenstadt 判決及び Carey 判決）。³⁵ 実はこの二つの命題は、スティーブンス裁判官の Bowers 判決反対意見からの引用であり、法廷意見はこのアプローチこそが Bowers 判決法廷意見に於いて支配的たるべきであったし、本件事案に於いても支配的たるべきと考えるのである。「Bowers 判決はそれが下されたときに於いて正しくなかったのであり、今日に於いても正しくない。それは先例として拘束的であり続けるべきではない。Bowers 判決は覆されるべきであり、今此処に覆される」。³⁶

もちろん法廷意見は本件事案の結果と含意が本件事案の文脈を超越して拡大解釈されることに懸念を抱いていた。「本件事案では、未成年者や傷付けられたり強制されたり容易には合意を拒絶出来そうにもない関係に置かれた人々、公然での性行為や売春が関わっていない。本件事案は、同性愛者が入ろうとする関係に統治機関が公認を付与するべきかどうかとは関わらない。本件事案に関わってい

33 *Lawrence*, 539 U.S. at575.

34 *Id.* at573-75.

35 *Id.* at577-78, *citing from Bowers*, 478 U.S. at216.

36 *Id.* at578.

るのは、相互に十分かつ相互的な合意を得て同性愛者のライフスタイルに共通する性行為に従事した二人の成人である」。³⁷ 性行為が人目に触れることなく密やかに行われているという空間的側面での条件をクリアするだけでは足りず、成人間であること、相互に合意があること、そしてその行為に至るまでの関係構築に金銭が介していないことという関係的側面での条件のクリアも要請されるのである。

これに対してオコナ裁判官の結果同意意見は、彼女が Bowers 判決の法廷意見に参加していた以上、それを覆す限りで本件事案の法廷意見には参加出来ないが、デュープロセスに依拠した法廷意見とは異なり平等保護の観点から、テキサス州ソドミー規制法が違憲であるとの結果についてのみ同調する。³⁸ この論法は、上訴人側の弁護士らが採った上述の訴訟戦略に忠実なものであった。彼女から見ると、本件事案では Bowers 判決とは異なる争点が提示されていたことになる。「平等保護条項の下、道徳的非難は、ただそれだけで、同性間ソドミーは禁じるが異性間ソドミーは禁じない法を正当化する正当な州の利益と言えるのか。答えはノーである。或る集団を害したいという剥き出しの願望と同様、この集団に対して寄せられる道徳的非難は、平等保護条項の下で合理性審査を充足するには不十分な利益である」。³⁹ ソドミーであればそれが異性間であれ同性間であれ道徳的に非難されるべきであるという点では同じであるため、同性間ソドミーに限って文面上規制対象とするのは平等に反する以上、かかるソドミーに対する道徳的非難の存在が州の正当な利益とはなり得ないとする論法である。「人目に触れない合意ある行為に関する限りテキサス州は極めて稀にしかソドミー規制法を執行しないため、当該州法は、犯罪行為を抑止する手段というよりも、寧ろ同性愛者に対する嫌悪や非難を表明する手段として資する」。⁴⁰

オコナ裁判官は Bowers 判決で個別意見を執筆していなかったこともあり、当時に於けるその真意は法廷意見を代表執筆したホワイト裁判官の言明から推し測るしかない。異性間ソドミー規制の是非は、Bowers 判決に於いて少なくとも文面を見る限り定かではなかった。しかし本件事案に於けるオコナ裁判官の発言から考える限り、異性間ソドミーと同性間ソドミーが共に規制対象とされている文脈であれば異性間ソドミーの実践も合衆国憲法上公権力の干渉から免れ得ない、と彼女は当時に於いて考えていたし、現在もそのように考えているということになる。

37 *Id.*

38 *Id.* at579.

39 *Id.* at582.

40 *Id.* at583.

しかし彼女の目は、文面と現実の適用実態とが対応していないジョージア州型のソドミー規制法にも向けられていた。「効果と適用双方の側面で中立的なソドミー規制法がデュープロセス条項の実体的要素に反するのかどうかという論点は本日判断を下す必要の無い論点である。だが私は、人目に触れない合意ある同性間行為と異性間行為双方に対してソドミー規制法が等しく適用されるべきと平等保護条項が要請する限り、我々の民主社会ではかかる形態のソドミー規制法が長く持ち応えられないだろうと確信している」。⁴¹ 自らが Bowers 判決の法廷意見に参加したとはいえ、テキサス州ソドミー規制法の検討を通じて如何なる形態のソドミー規制法であっても時代的要請に応えられなくなっているであろうことをオコナ裁判官は平等保護に根差した結果同意意見という外観で以て示し、密やかにではあるが自らの見解を実質的に変更したと言える。

一方、反対意見を執筆したスカリア裁判官は、Bowers 判決直後に最高裁がバーガー・コートからレーンクィスト・コートへと移行した際に陪席裁判官として最高裁に新しく着任した人物である。当時から現在に至るまで在籍するレーンクィスト首席裁判官は、Bowers 判決時に個別意見を執筆することなく法廷意見に参加し、本件事案に於いても個別意見を執筆することなくスカリア裁判官の反対意見に参加したに留まる。⁴² 以下、反対意見の概要を見ておこう。

法廷意見には、同性間ソドミーに従事する権利がデュープロセス条項下で手厚く保護を受け得る「基本的権利」であるとの記述は見られない。また「基本的権利」であるとするならば当然適用されて然るべき厳格審査基準を当該州法に適用してもいない。何よりも法廷意見には審査基準に関する記述が明示的に行われた形跡が無いのである。基本的権利として見做され得るためには「アメリカの歴史と伝統に深く根付いた」ものでなければならない、という Bowers 判決法廷意見の方針がここでも重視される。⁴³

上述の Roe 判決は、中絶の自由を基本的権利であると認めるに際して、その自由が「アメリカの歴史と伝統に深く根付いた」ものであることの立証すら行わずに中絶規制に対して厳格審査基準を適用した。⁴⁴ その後、アメリカでの長期に渡る歴史性と伝統性が認められないにも拘らず問題となる自由の規制に厳格審査基準を適用するというこのアプローチは、1997年の最高裁判決である Washington v. Glucksberg（末期患者が医師による自殺補助を受ける自由を基

41 *Id.* at584-85.

42 *Id.* at586-605. スカリア裁判官の反対意見には他にもトマス裁判官が同調している。

43 *Id.* at593.

44 *Id.* at588, 595.

本的権利ではないとして斥けた事案)⁴⁵により掘り崩されたはずである。なお、反対意見の中では触れられていないが、請求されている権利の実体的有効性を審査するに際してはその権利を「個々具体的・慎重に記述化すること (careful description)」を Glucksberg 判決が要請していた点を指摘しておきたい。⁴⁶ 即ちこの要請に鑑みるならば、本件事案で請求されている権利は法廷意見がいう「成人が私的な行為に従事する権利」などではなく、「同性愛者が同性間ソドミーに従事する権利」と記述されなければならないはずである。不可解にも法廷意見はこの Glucksberg 判決を引証すらしていなかった。一方、ソドミー一般の是認を引き出すためにそれを援護する歴史を過去半世紀に限定するに際して法廷意見が引証した Griswold 判決は、合衆国憲法上保護され得るプライバシー権導出の根拠を修正14条のデュープロセス条項にではなく、権利章典に於ける「様々な憲法規定の半影 (penumbras)」という俄かには理解し難い法理に置いており、Eisenstadt 判決は Griswold 判決の趣旨を未婚カップルにも敷衍した平等保護事案であって Griswold 判決の趣旨を敷衍したものである以上、同じく修正14条のデュープロセス条項に直接根差したものではないということになる。⁴⁷

法廷意見が検討対象を過去半世紀に限定して導き出した「発現しつつある認識」なるものは、成人により行われる様々な性行為がソドミー規制法以外の性道徳立法によっても依然として規制対象となっていることに鑑みるならば本来導き出し得ないものではないのか。所与の規制対象行為の脱犯罪化に文面上・適用上で着手している州があるからといって、「発現しつつある認識」程度では当の行為に対して合衆国憲法上手厚い保護を受け得る資格が与えられることにはならない。⁴⁸

Ⅲ. Lawrence 判決の含意

Lawrence 判決の結果を俯瞰的に観察すれば次のようになるだろう。法廷意見は Bowers 判決の論点定式化が1986年当時においてすら不適切であったと考えたからこそそれに修正を施した。論点は「ソドミーを行う同性愛者に合衆国憲法は基本的権利を付与するのか」ではなく、「成人として自由に私的な行為に従事出来るのか」だったのである。「同性間ソドミー規制法」により危機に瀕するのは、「同性愛者が同性間ソドミーに従事すること」というよりも、寧ろ「一人の成人

45 *Id.* 588, *citing from* Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 721 (1997).

46 *Glucksberg*, 521 U.S. at 721.

47 *Lawrence*, 539 U.S. at 594-95.

48 *Id.* at 597-98.

が誰と関係を構築するのかについて自ら自由に選択すること」だったのである。では修正を施されたこの権利は、合衆国憲法上極めて手厚い保護を受け得る「基本的権利」であるのか。法廷意見はこの疑問に正面から答えてくれない。本件事案で請求される権利を個々具体的・慎重に記述して審査することは Glucksberg 判決の要請に応えることになってしまうため、それに応じることは結局 Bowers 判決の論点定式化に修正を施したことを無に帰する。Bowers 判決を覆すためには Glucksberg 判決の要請を参酌する訳にはいかなかったのである。異性間カップルの結婚が性交を行う権利を認めるものとしか受け取られないのであれば、親密な肉体関係以外に存在しても決しておかしくはないその他の親密な関係が等閑視されるのと同じ様に、同性間カップルが求めているものも肉体関係だけであると受け取られかねない。異性間であるのか同性間であるのかを問わず、そもそもカップルの成立は肉体関係が成立する必然性を帰結しないはずである。いわばテキサス州ソドミー規制法（或いはジョージア州ソドミー規制法）は、「同性間ソドミー規制法」から「成人が自らの私的関係を自由に構築することを牽制する法」へと読み替えられている。Romer 判決で断罪されたのは性的異端者という地位への差別であり、地位への差別が許されないにも拘らずその地位に特有とされる慣行は処罰可能であるとの二分論を貫徹するのであれば、即ち Bowers 判決の先例としての意義を維持し続けるのであれば、彼らは犯罪者たるレットテルから逃れられなくなる。更に、過去半世紀を振り返ってみると、成人間での合意ある人目に触れない性行為に対する規制はそれが行き過ぎであるとの認識が発現しつつあり、全州レベルで見てもソドミー規制法に執行実態が殆ど認められないことは、自らが州法に服しているとの意識を抱けないほどに州民をソドミー規制法の脅威から遠ざけるに等しい。この状況は、州法の背後にある道徳的根拠の退廃を意味するかも知れない。このように、州法により脅威へと晒される自由の利益をより抽象的に記述することにかかるコストを弁済するために、Lawrence 判決は密やかに平等保護と手続的デュープロセスにその拠り所を求めたと言える。

では Lawrence 判決の含意の射程は同性間ソドミー規制法のみに限定されるのだろうか。異性間ソドミーをも規制対象とするはずのジョージア州ソドミー規制法がドゥ夫妻の原告適格欠如を理由とした論点定式化により「同性間ソドミー規制法」としてのみ検討された Bowers 判決を、同性間ソドミーのみを規制対象とするテキサス州ソドミー規制法の検討を通じて Lawrence 判決が覆したことに鑑みれば、双方事案で問われたのは一貫して「同性間ソドミー規制法」のみの実体的有効性だったということになる。異性間ソドミーのみを文面上規制対象とする州法の存在が常識的には考えられない以上、残るはジョージア州型のソドミー規制法の（異性間ソドミーに対する規制も含めた）包括的な実体的有効性の是非で

ある。少なくとも形式論的に言うと、かかる州法はオコナ裁判官にとって違憲ではない。道徳的に非難されるべきソドミーが相手方の性別に拘らず等しく文面上規制対象とされているからである。かかる州法の憲法的是非について Lawrence 判決は明示的に触れていないかに見えるが、ジョージア州型のソドミー規制法が平等保護の要請を通過してしまうことに懸念を示し、また平等保護とデュープロセスとの相互的な連関性を意識している以上、本件事案に於けるデュープロセスの要請はジョージア州型のソドミー規制法にも及ぶと考えて差し支えないだろう。また何れのソドミー規制法も執行実態については共通していると言えるから（この認識はオコナ裁判官も共有している）、「法の停廃（desuetude）」⁴⁹を引き合いに出すことも不可能ではない。

しかし、Lawrence 判決以降に下された連邦第10巡回区控訴裁判所の判決である *D. L. S. v. Utah*⁵⁰ では、ジョージア州型のソドミー規制法の検討を通じて Lawrence 判決に潜む陥穽の存在が浮き彫りになった。この事案の原告は、Bowers 判決に於ける被上訴人側の一方当事者であったドゥ夫妻の如く、ユタ州ソドミー規制法で以て未だ検挙・訴追に至っていないにも拘らず、今後自らに迫り来るかも知れないかかる脅威を振り払うために当該州法を違憲と判示するよう宣言的判決を求めた、一人の未婚成人女性との間でソドミーを常習的に行っていると自己申告する一人の未婚成人男性である。本件事案の被告であるユタ州の検察官らは Bowers 判決の上訴人であったジョージア州司法長官パワーズと同様に、「自分の任期中にこれまで当該州法で検挙に至った例はない」とか「人目に触れずに行われる合意あるソドミーで原告が過去検挙されたこともないし、将来原告がその行為で検挙されるかどうかも疑わしい」、或いは「原告が常習していると申告する性行為を理由に自分が彼を訴追することはないだろう」⁵¹と証言してい

49 Desuetude を「法の停廃」と訳出するに際しては、駒村圭吾「道徳立法と文化闘争」法学研究（慶應義塾大学）78巻5号（2005年）、83以下、142注（151）を参照した。この概念はイギリス由来のコモンロー概念であり、執行されざる州法に道徳的退廃の可能性を認めて予測し得ない恣意的な方法でそれを州民に適用してはならないとの理論的要請である。かかる文脈でこの概念の適用可能性を検討するものとして Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New Haven: Yale University Press, 1962), 155ff. この概念を意識したと思われる言及を、Bowers 判決で多数意見の形成を左右する一票を投じたときされるパウエル裁判官も自らの同意意見の脚注で行っている。*Bowers*, 478 U.S. at 198 n. 2. もちろん法が執行されていないことはその法の時代錯誤性を必ずしも帰結する訳ではない。狐疑逡巡の果てにパウエル裁判官が多数意見に与するに至ったプロセスについては、John C. Jeffries, Jr., *Justice Lewis F. Powell, Jr.* (New York: C. Scribner's Sons, 1994), 511ff. に詳しい。

50 374 F. 3d 971 (2004).

51 *Id.* at 974.

る。本判決の中で Lawrence 判決は次のように触れられたに留まる。「…残存する訴追の脅威は、成人間での人目に触れない合意ある性行為に適用される限りでテキサス州ソドミー規制法を無効とした最近の最高裁判決により今や払拭されている」。⁵² 本判決で原告はドゥ夫妻の如く原告適格なしと判断された。

では、Lawrence 判決に依拠して「成人間で」「人目に触れることなく」「合意ある」性行為が行われる限りで訴追の対象とはならないとしているにも拘らず、公然と行われるのか密やかに行われるのか、強制的に行われるのか合意があって行われるのか、そして性行為に至るまでの関係構築に金銭が介しているのかどうかを特定せずに相手方の性別に拘らずソドミーが包括的に文面上規制対象とされ続けることに潜む含意とは何であろうか。このことは、Lawrence 判決以降、ジョージア州型のソドミー規制法のみならずテキサス州型のソドミー規制法であっても、文面違憲の異議申立てをかわしてしまいかねない可能性を示している。文面上は規制対象となっていることの間違いない「合意ある成人間で人目に触れることなく非営利的に行われるソドミー」が適用の場面ではソドミーではなくなるという振れ現象が生じる。この問題は、適用上ソドミーを脱犯罪化するだけではソドミー規制法により降り掛かるスティグマが適切に根本救済されないことを示している。D. L. S 判決の原告や Bowers 判決のドゥ夫妻の如く検挙・訴追の脅威に晒されていないとして原告適格の有無で事案が処理されてしまうことは、スティグマの大元である州法の文面上の実体的有効性に対する注目を疎かにさせる。Lawrence 判決を受けて該当する州での法改正が進まず、文面違憲ではなく適用違憲の観点で処理されるのであれば、ジョージア州型のソドミー規制法とテキサス州型のソドミー規制法のどちらからも同性間ソドミーは文面上の規制対象から免れられないことになり、「合意ある」「成人間で」「人目に触れずに行われる」「非営利的な」という条件を満たすソドミーが適用から除外されるとしても、適用を限定しない「ソドミー」という文言を文面上に留め置くことでスティグマが齎され続ける恐れがある以上、同性間ソドミーを行い得る可能性が想定された同性愛者とバイセクシュアルに対して与えられるのは脆弱な気休めでしかないのかも知れない。適用から除外され得るための条件を満たさないソドミーを行う人物を、通常の強制猥褻、未成年者淫行、公然猥褻、そして売春等の罪で検挙・訴追するのではなくあくまでも此処でいうソドミーの罪で取り締り続ける可能性を留保することの含意を看過してはならないだろう。性行為の相手方を異性に限定する異性愛者とそれを限定しないバイセクシュアルには異性との間で行われるソド

52 *Id.* at975.

ミー以外の通常の合意ある人目に触れない非営利的な性行為が当然に留保されている以上、いかなる形態のソドミー規制法であっても適用違憲で処理するのであれば、文面に示されたスティグマの源泉により齎される損害から、ソドミーの相手方を同性のみに限定する同性愛者は逃れられないことにも留意すべきである。⁵³

IV. 結 語

憲法学者であるキャス・サンステインは、Glucksberg 判決が実体的デュープロセス法理に対して示した姿勢を次のようであったと評している。「これで終わり、これ以上何もない！（Thus far, but no further!）」。⁵⁴ Griswold 判決以降活発となった実体的デュープロセス法理は Bowers 判決により「二度目の死」を迎え、その後 Glucksberg 判決により恰も念を押されるかのようにその進展に終止符が打たれるはずであった。即ち、実体的デュープロセスに根差して導出されたとされるプライバシー事案の論理に依拠して合衆国憲法上明文で列挙されざる自由を今後新たに承認して行くことを牽制すると同時に、かかる先例を明示的に覆すことなく有名無実化を押し進めることで先例としての法理的意義を自然消滅させることが目論まれたはずだったのである。

Lawrence 判決は審査基準を明言せず Glucksberg 判決の要請を取り込まないことで、基本的権利性の有無という論点に取組むプロセスの設定を端から排除したかに見える。この点はスカリア裁判官が非難する最たる部分であったが、彼自身が指摘していたように、⁵⁵ 実体的デュープロセス法理復活の要因ともなった当の Griswold 判決が修正14条のデュープロセス条項に直接根差して導出された事案ではなかった以上、この判決の流れを汲むとされるそれ以降のプライバシー事案は法理上統一的な実体的デュープロセス事案として見做され得るだけの首尾一貫性が欠けている。その意味で、Griswold、Eisenstadt、そして Roe の各判決で承認された権利と同性間ソドミーとの関連性を遮断した Bowers 判決法廷意

53 この点「人が表現による害 (expressive harm) を被るのは、自らに対する消極的ないし不適切な姿勢を表現する原理に則って処遇されるときである」と指摘する Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U.Pa.L.Rev. 1503 (2000) は有用である。

54 Cass R. Sunstein, *What did Lawrence Hold? Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage*, 2003 Sup.Ct.Rev. 27, 38. サンステインは、Bowers 判決を覆すことなく平等保護の観点から処理したオコナ裁判官のアプローチこそが Lawrence 判決では支配的たるべきとの姿勢を採る。Id. at 31-32.

55 *Lawrence*, 539 U.S. at 595-596.

見のみならず、Bowers 判決に於いて支配的たるべきであったとして Lawrence 判決法廷意見が引証していた Bowers 判決反対意見に於けるスティーブンス裁判官のアプローチもこの陥穽からは逃れられない。かかる陥穽を指摘しておきながらスカリア裁判官が、Bowers 判決の先例としての意義を留め置くとの姿勢を示すことで実体的デュープロセス法理の混迷化に加担したかの如く見えるのは皮肉である。以上のことに鑑みると、Lawrence 判決法廷意見は、問題となった州法が規制対象とする自由の利益の実体的有効性に直接着目したアプローチに潜む法理的欠陥の意識を、当該州法の運用面に鑑みて州民自らが規制下に置かれているとの自覚を抱けないほどにその発動が時代錯誤となっていることに着目する手続的有効性（法の停廃）の観点に基づいた州法の是非への注目を喚起して遠ざけることにより、辛うじてデュープロセス事案としての外観を保とうとしたとも考えられ得る。

筆者は Lawrence 判決の結果については賛同するが、翻ってみるとデュープロセス事案としての不首尾や先例変更について誹りを受けることが大方予想されたにも拘らず、デュープロセスに根差したアプローチに拘らざるを得なかったのも、平等保護をサブテキストに追い遣ることで、恐らくは同性間ソドミーとパラレルに注目されることになるであろう同性婚というディレンマとの対峙を回避する意図があったからであると考えられる。⁵⁶ 実際、Glucksberg 判決の要請へと実体的デュープロセス法理の流れを引き戻さんとして性道徳立法を巡る下級審レベルの事案が少なからず現れ始めているのと同時に、⁵⁷ Lawrence 判決以前からあった同性婚の憲法的是非に対する注目がアメリカでは加速度的に高まっている。⁵⁸ 本稿では主に口腔性交と肛門性交として定義されたソドミーの規制に注目を寄せ

56 この点、同性間ソドミー限定での文面規制は平等保護条項に基づき合理性審査の下で不当だが、そのことが異性愛者と同性愛者とを区別する結婚制度も同様に合理性審査の下で不当であることを帰結しないとの姿勢を採るオコナ裁判官の見解（Lawrence, 539 U.S. at 585）と、同性間ソドミーに対する道徳的非難と伝統的な結婚制度の維持とを決して切り離さないスカリア裁判官の見解（Id. at 601-02）は、同性愛アジェンダの焦点が本判決の結果を受けて安易な同性婚は認へと移行しかねないことに警戒を示すものである。

57 See, e.g., Williams v. Attorney General, 378 F. 3d 1232 (2004)（性器の刺激を主目的とする器具の販売を禁じるアラバマ州法が問われた事案で、原告が Lawrence 判決に依拠して求めた「性的プライバシーの権利」は、Glucksberg 判決に基づいて「性具を使用する権利」として捉えられた結果、基本的権利ではないとして斥けられた）、Loften v. Secretary of Dept. of Children & Family, 358 F. 3d 804 (2004)（同性愛行為を実際に常習する同性間カップルを養子縁組の育ての親の資格から除外するフロリダ州法の是非が問われた事案で、原告は Lawrence 判決に依拠して「私的な性的親密性の基本的権利」を自らが行使しているに過ぎないと訴えたものの、そもそも Lawrence 判決は Glucksberg 判決の要請に従っていない以上、原告が求める権利を基本的権利と見做すことは出来ないとされた）。

たが、Lawrence 判決の含意がその他のソドミー形態を規制対象とする性道徳立法の憲法的是非の検討に如何なる影響を及ぼし得るのか、また、あくまでも同性愛者の関係構築に公認を示す訳ではない Lawrence 判決の同性間ソドミーに対する寛容の姿勢が、人々に祝福されて聖性を認められる規範的判断の伴った法律婚の門戸を異性間カップルと同様に同性間カップルにも開くことを求める受容の姿勢へと今後転化していくのかも含めて、⁵⁹ 本稿で取上げられなかった論点については今後稿を改めて検討を加えることにしたい。

初期にはデュープロセスの側面で進展を見せながら Bowers 判決を世に問うた 1985-86年開廷期を最後にバーガー・コートは終焉を迎えた。奇しくも本稿執筆中の 2005年 7月にオコナ裁判官の引退が伝えられ、続く 9月のレーンクィスト首席裁判官死去を契機として 2004-05年開廷期を最後にレーンクィスト・コートも終焉を迎える。ともするとその負の遺産であると形容されるかも知れない Lawrence 判決は、様々な法理上の不首尾を抱えながら新しいロバーツ・コートに於いて如何なる評価を与えられて行くのだろうか。

58 Lawrence 判決以前の同性婚を巡る議論状況については、南野佳代「結婚する権利」棚瀬孝雄編著『法の言説分析』（ミネルヴァ書房、2001年）、202以下に詳しい。Lawrence 判決が下された 2003年にマサチューセッツ州最高裁が同性婚成立の余地を認めたものの、その判断を契機に州議会、果ては合衆国最高裁をも巻き込んで繰り広げられた議論の混迷ぶりを簡潔に辿ったものとして、紙谷雅子「同性婚と州憲法」アメリカ法 [2004-2]、278以下がある。

59 表面上寛容を施すだけでは同性愛嫌悪の裏返しに過ぎず、私的空間での同性愛を認めればそれで足りるとする一見リベラルな姿勢が「他者による承認（受容）」の要請と馴染まないことを指摘し、承認を巡る闘争として同性婚是認の可能性を探るものとして、前田剛志「同性愛と法理論——「承認」概念を手がかりに——」阪大法学54巻1号（2004年）、219以下を参照。これに対して寛容や受容ではなくラディカルなりバタリアニズムの観点から婚姻の私事化を唱えるものとして、橋本祐子「リバタリアニズムと同性婚に向けての試論——私事化の戦略——」仲正昌樹編『法の他者』（御茶の水書房、2004年）、97以下がある。筆者は橋本の論証に与しないが、理論上は同性婚拒絶の貫徹が困難となりつつある現状が認められるとはいえ、Lawrence 判決のいう「発現しつつある認識」は少なくとも現時点で同性婚の是認には該当しないと考えられる。

