

# アメリカ判例法理における 「基本的」権利の非強制性について(2)

——同性婚に対する法的プロセスでの裁判所の権限——

An Unenforceable Nature of “Fundamental” Rights in a Judicial  
Jurisprudence in the United States (2): In the Due Process of Law to Justify  
the Judicial Review for the Same-Sex Marriage Discourse in Society

阿 部 純 子\*

## 目 次

### 序 論

- 1 「権利」に関する Bhagwat の見解
    - (1) 憲法上の権利に対する構造的アプローチ
    - (2) 人民による圧制と連邦憲法修正14条の意義 (以上, 第50巻第1号)
  - 2 民主的プロセスにおける司法審査の役割の一考察
    - (1) 「プライバシー」の判例に対する見解
    - (2) 同性婚をめぐる社会的プロセスに対する連邦裁判所の法的判断
- 結 語 (以上, 本号)

## 2 民主的プロセスにおける司法審査の役割の一考察

人民の意思に基づいて付与された権限を立法府が濫用した場合, その修正もまた民主的プロセスによって実現されなければならず, そこに修正14条を導入したアメリカ連邦憲法システムにおける裁判所の役割があるとの Bhagwat の主張がある。そして裁判所の役割は, 個人の自律の保護やそ

---

\* 嘱託研究所員・宮崎産業経営大学法学部准教授

の領域の創設ではなく、どのような権限が政府に付与されているかを特定することにあるとされる。

Bhagwat のこの主張は、民主的プロセスにおける裁判所の役割を憲法の観点から主張する可能性を示すものである。ここでは Bhagwat の見解を参考に、いわゆるプライバシー<sup>1)</sup>に関する裁判所の見解がどのように正当化できるかを検討したい。

### (1) 「プライバシー」の判例に対する見解

Bhagwat の憲法上の権利に対する構造的アプローチは、裁判所の判断が個人の自律や権利ではなく政府目的やその行為について行われるべきことを主張する。その上で Bhagwat は、政府利益の正当性が個人の権利や利益に抵触する場合に裁判所が両者の衡量を行うという手法の非妥当性を主張する。

裁判所が用いる判断手法として利益衡量が用いられるべきではないことを Bhagwat が主張する際、その根拠は裁判所の制度および能力の限界である。もし裁判所が政府の行為を個人の自律領域に基づき判断するなら、裁判所は保護されるべき個人の自律領域の判断を行うことになる。しかし Bhagwat は、裁判所によるこの判断が中立ではない可能性があるために問題があるという<sup>2)</sup>。保護されるべき個人の自律領域の範囲とその保護の強さについて裁判所が判断する際、その根拠を裁判所自身が示していないため、憲法が裁判所に個人の自律に関して判断する権限を与えていると考えることは困難であるという<sup>3)</sup>。

また政策の現実的妥当性に関する判断能力は民主的正統性を有する立法府の方が裁判所より優れていると考えられるため、このような政治的判断

---

1) ここでは、修正14条をめぐる展開されてきたプライバシーの判例を取上げる。

2) ASHUTOSH BHAGWAT, THE MYTH OF RIGHTS: THE PURPOSE AND LIMITS OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 76 (Oxford University Press 2012) (2010).

3) *Id.* at 76-77.

に介入する裁判所の権限は法の支配という原則を根拠にしても正当化することができないと Bhagwat はいう<sup>4)</sup>。立法府の判断を覆すのに裁判所がプライバシーという憲法に明文規定のない権利を根拠にした場合、まさにこの観点から批判が起こる<sup>5)</sup>。

このような裁判所の理論について、改めて Bhagwat の見解を分析すれば以下ようになる。確かに裁判所には立法府の判断を覆すための正当化根拠が必要となるが、民主的正統性は使用することができない。代わりに裁判所が用いている個人の自律という根拠は、裁判所が用いた場合、憲法上保護されるべき個人の自律領域に関する判断が中立であるとは限らないため正当化根拠としては不十分になる<sup>6)</sup>。

これに対し、個人の自律ではなく政府行為の観点から判断する Bhagwat の構造的アプローチは、憲法上保護されるべき個人の自律領域について判断する必要はない。違法な政府目的や憲法によって明示的に禁止される行為を審査することで達成される。憲法を実行するためのアプローチとして最も優れたものこそ、憲法上の権利に対する構造的アプローチであると Bhagwat は述べるのである。

また、個人の自律を創設する憲法上の権利というアプローチでは、政府が個人の自律領域に介入した場合には常に憲法問題が生ずることになる。このアプローチでは、実際に政府の行為は個人の自律領域に絶えず介入するとみなすことになるが、このすべての政府行為が憲法問題として裁判所で争われているわけではないことを Bhagwat は指摘する。

さらに、個人の自律アプローチでは、個人の権利が憲法上の保護を受け

---

4) *Id.* at 76.

5) *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675, 2697 (2013) (Scalia, J., dissenting); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 586 (Scalia, J., dissenting); *Lawrence*, 539 U.S., at 605 (Thomas, J., dissenting).

6) BHAGWAT, *supra* note 2, at 76–77. ただし Bhagwat は、政府の介入が付随的に個人の自律領域に抵触する可能性があることは否定していない。政府の行為が憲法に違反するかが問われるべきで、この付随的な制約に対する憲法上の分析は不要であるとされる。

るとされた場合、その政府目的を正当化するために過度の要求をする点も懸念される。政府行為が個人の自律領域に触れる場合すべてを憲法問題として捉えるべきではなく、例えば Scalia 判事は、その政府目的が個人の自律に抵触する場合を問うべきことを主張する<sup>7)</sup>。

裁判所自身のアプローチに対する Bhagwat のこれらの批判を踏まえたところで、いわゆるプライバシーを保護したと解釈される一連の判決につき修正14条の正当な解釈としてどのように理論化できるかを Bhagwat の見解に沿って検討してみたい。

Bhagwat は、*Griswold v. Connecticut*<sup>8)</sup>以降のプライバシーの法理を正当化する理論としてまず、自然権による方法を提示する<sup>9)</sup>。その特徴として Bhagwat は、不当な立法に対して、憲法典のどの部分とも関連しない利益の保護を裁判所が実施する点を挙げる。しかし Bhagwat はその問題点として、これが憲法の構造的な性格と一致しない点、そして民主的政府の考えとも適合しない点を挙げる。自然権の理論は、憲法典とは関連しない利益を裁判所の判断により保護することになるため、人民から道徳的問題を含む議論を奪うことになり、代表民主制を採る憲法の構造と適合しないという。

もし保護されるべき実体的利益の内容に対する人民のコンセンサスが形成されていれば、裁判官独自の判断と言い切ることはできないため、民主的正統性を主張できる可能性を Bhagwat は指摘しながらも、価値観が多様化した現代アメリカ社会でプライバシーとして論争されてきた問題に対

---

7) See *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560, 576-577 (1991) (Scalia, J., Concurring). 公の場でのヌードダンスの規制に関して、問題とされた州法は修正1条の審査により判断されるべきではないことを Scalia は主張する。See also *City of Erie v. Pap's A.M.*, 529 U.S. 277, 307-308 (2000) (Scalia, J., concurring). Bhagwat は個人の憲法上の権利に対する制約として捉えるべきではないという Scalia 判事の見解に賛成しながらも、その結論の妥当性は疑わしいという。

8) 381 U.S. 479 (1965).

9) BHAGWAT, *supra* note 2, at 240.

するコンセンサスが形成されていると考えることはできないとする<sup>10)</sup>。しかも、今日の知的文化的多元性によりもはや社会の基本的価値についてすらコンセンサスが形成されていないと Bhagwat は述べるのである<sup>11)</sup>。明文規定なき権利について裁判官が自然権を根拠にする場合、保護されるべき実体的価値を区別する理由が示されていないため自然権に基づく理論を Bhagwat は否定する。

確かに、連邦最高裁判決の中には、憲法に明文規定をもたない権利を裁判所が述べる際、その価値を客観的な判断基準を示す努力がみられる。例えば、裁判所が保護することのできる「基本的」な権利について、アメリカ人の伝統や集合的意識に依拠することでアメリカの歴史と共有された理解の中に含まれている価値を見出すことでこれを「基本的」とし、これに憲法上の保護を与えるという手法である<sup>12)</sup>。これは、アメリカの歴史と伝統に依拠し、人民に共有された価値（集合的価値）と生きた憲法 living Constitution の考え方<sup>13)</sup>へと展開する。そしてこれは、*Lawrence v. Texas*<sup>14)</sup>でも採用された考え方であることを Bhagwat は指摘する。

しかし Bhagwat は、伝統や集合的価値に依拠したアプローチでは、これを確認する裁判官の制度上の問題点を説明できていないと批判する。しかも裁判官が基本的であると判断した価値は憲法上の保護を受けるとされ

---

10) また Ackerman は、私的財産と契約に中心関心を払ってきた再建期の共和主義からプライバシーの保護への転換を示す判決として *Griswold* 判決を位置づける。Bruce ACKERMAN, *WE THE PEOPLE 1: FOUNDATIONS*, 152-153 (The Belknap Press 1993) (1991).

11) BHAGWAT, *supra* note 2, at 241. また Bhagwat は、今日の法学者の多数が自然法論自体を支持していないことも指摘する。

12) E.g., *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 492-494 (Goldberg, J., concurring). また Harlan 判事は修正14条デュープロセス条項が、秩序ある自由の観念に暗に含まれている根本的な価値を保護するとの見解を示していた。 *Id.* at 500 (Harlan, J., concurring).

13) See RANDY E. BARNET, *RESTORING THE LOST CONSTITUTION: THE PRESUMPTION OF LIBERTY* (2004).

14) 539 U.S. 558 (2003).

るため、立法府の行為を違憲と判断する根拠にもなる。Bhagwatはこの点について、アメリカ人民に共有された（と裁判官が判断した）価値を、なぜ人民の代表である立法府の判断に対抗させることができるのか不明であるという。また政治的能力の面で劣る裁判官に、基本的価値を判断する権限があるか否かも正当化されていないため、根本的に民主主義に反するという<sup>15)</sup>。

特に価値が多分化した今日の社会において、憲法に明文規定のない問題について裁判官が歴史や伝統を根拠に社会の基本的価値を判断することができるとの考えは採用することができないと Bhagwat はいう。

Bhagwat は、プライバシーのような明文規定のない権利について、裁判所がこれを保障することが完全な誤りであると主張するわけではない。Bhagwat は文言のない憲法も構造的な性格を有する点で憲法典や権利条項と共通しており、そのため明文のない権利に関しても構造的アプローチから捉えるべきことを主張する。両者の違いは、明文規定をもつ憲法が構造上の目的をその文言に依拠して考察することができるのに対して、明文規定なき憲法は文言がないために裁判官がそれを特定する役割を担う点である<sup>16)</sup>。そして Bhagwat は、裁判所のプライバシー法理を支える「実体的デュープロセス理論」の、憲法の構造上の目的を促進する可能性を探る中で、この裁判官の権限の正当性の根拠を検討する。

そこで、Bhagwat が民主的プロセスにおける裁判所の権限を考えるのに特に重視するのが *Lawrence* 判決である<sup>17)</sup>。*Lawrence* 判決で法廷意見を述べた Kennedy 判事は、この判決を *Griswold* 判決以降の一連のプライバシーの判例の中に位置づけながらも、同判決は同性愛者の性的自由が「基本的権利」や「自然権」のような一般的権利として存在すると承認したわけではない点に注目する。Bhagwat はこの点から、Kennedy 判事がセクシュアリティではなく二人の男性の私的な関係を強調し、この関係性に対

---

15) BHAGWAT, *supra* note 2, at 241-242.

16) *Id.* at 244-245.

17) BHAGWAT, *supra* note 2, at 248-249.

する州の介入が否定された事例として解釈する<sup>18)</sup>。

Bhagwat のアプローチで注目すべき点は、民主主義に基づく統治という憲法システムを守りながら、民主的正統性がない裁判官の価値判断をいかに正当化できるかという点にあると思われる。Bhagwat は Kennedy 判事のこの理由づけから、一連のプライバシーの判例が憲法の構造といかに関連づけられるかを検討しているのである。その結果、権利条項も含めた憲法全体の主要目的の一つとしての、人民主権を維持するための人民と政府の権力均衡の適切な調整を図るという目的のため、親密な結合<sup>19)</sup>を核とする私的制度を政府の介入から保護することを一つの方法として指摘する。家族のような親密な結合について Bhagwat は、州の権限と均衡性を保つ場を提供する役割を有するものとして評価する。

この私的領域において、個人は国家や州から自由に自分自身の価値観を形成することができるのであり、伝統的にこの私的領域として重要なのは家族であったと Bhagwat はいう。家族の絆は個人を強くするため、個人が価値観を教え込まれてきた場としての家族領域の意義が重要視される<sup>20)</sup>。

Bhagwat は権利章典と修正14条自体から、人民が自らの価値と信念を形成する場としての私的領域が政府による介入から自由であるという目的が導かれるとし、文言をもたない憲法であっても、この目的を促進する点は共有するという<sup>21)</sup>。ここから、この私的領域を保護することで政治的議論に参加するための個人の自由を保障するための裁判所の役割を、民主主義プロセスの観点から主張できそうであるが、問題は残る。

---

18) これにより、問題となった行為が売春や公的な場所での性的行為と区別されるという。 *Id.* at 249.

19) 修正14条の自由を根拠とする親密な結合の観念が表された判決として Bhagwat は Roberts 判決を挙げる。 *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

20) BHAGWAT, *supra* note 2, at 249.

21) *Id.* at 245.

民主主義プロセスを維持するための裁判所の役割の根拠づけは、プライバシーの問題を政治プロセスから排除することにあるわけではない。Bhagwatはこの問題を以下のように指摘する。プライバシーの問題を政治領域から取り除くと考えると、プライバシーの問題は個人的であり、時に宗教的信念が関連するなどして人民の間でも見解が分かれる領域である。これを選挙による代表者で解決するとの考えは、結局は分裂する人民の意思を反映する代表者による解決であるためさらなる政治的分裂を生むことになる。だからといってプライバシーの問題の解決を、分裂するどちらかの見解を支持するという形で裁判所が行うことは望ましくはない。なぜなら、*Roe v. Wade*<sup>22)</sup>以降、中絶問題に関する政治的論争が収まったかといえばそうではないからである<sup>23)</sup>。

Bhagwatは、事実として、アメリカの州政府と人民はプライバシー問題さえも政治的プロセスによって取り扱ってきたことを指摘し、この問題に対する民主主義的議論が不可能であるとの見解には疑問があるという。Bhagwatは問われるべき点として、プライバシーの問題に対する政治プロセスを排除することではなく、民主的な政府がプライバシーの問題について論争していたとしても、この場合になぜ裁判所が政治部門より優れた判断を行うと考えることができるかに求めるのである。

Bhagwatは、もし民主的政治プロセスを犠牲にして裁判所が問題の決断をする（つまり、裁判所の答えが優先される）との考えが妥当することがあるなら、その根拠は、裁判所がその問題を憲法問題として取り扱うことに求められてきたという。しかし、Bhagwatはすでに、裁判所がプライバシーを含め、個人の自律領域に対する政府の介入があると思われる場合すべてを憲法問題として捉えること自体に疑問を呈していた。その問題を憲法問題とする根拠は、個人の自律への政府の介入という法的事実に求められるのが一般的だが、Bhagwatは憲法上の権利に関して個人の自律の観点から考察することは適切ではないとの立場を示している。

---

22) 410 U.S. 113 (1973).

23) BHAGWAT, *supra* note 2, at 247.



そうではなく Bhagwat は、裁判所の介入が許容される問題を認識するのに、政治的議論、特に州の立法府の行為を重視すべきと主張しているように思われる<sup>24)</sup>。Bhagwat が、プライバシーの問題に対する連邦最高裁の介入を容認する場合、それは政治機関による解決を排除する意図とすべきではなく、依然として人民の意思に基づく政治プロセスの意義は重視されなければならないことを主張しているように思われる。

なぜなら、プライバシーの権利を保護する裁判所の役割が民主プロセスの観点から正当化できるとの Bhagwat の根拠は、連邦最高裁のプライバシーの判例と憲法により保護される領域としての親密な結合の観念を結びつけて理解することにあったが、この観点から裁判所のその介入が容認される場合であっても、どの関係性について裁判所が判断すべきかは裁判所自身ではなく政治的議論や立法府の動向をみるべきと Bhagwat が主張するためである。

そして、このような判断をいつ裁判所が行うべきかは社会状況が関連しているという。なぜなら、1965年の *Griswold* 判決にて家族形態に関してどのような形態をとるかの判断が州ではなく、婚姻関係にあるカップルが決定できると判断されたことを指摘することで<sup>25)</sup>、この親密な結合の範囲が社会の進展とともに変化すると考えられるためである<sup>26)</sup>。

どのような社会上の変化がどの程度あれば、裁判所にはその関係性が憲

---

24) Roe 判決より前に立法府は中絶問題に関する議論を行っていた点や、Lawrence 判決以前にすでに多くの州では同性愛者の性的行為を禁止する州法が廃止されていた点などに Bhagwat は注目しているためである。Id. at 248.

25) Id. at 251.

26) Id. at 253. Bhagwat によれば、憲法が起草された当初は州が家族領域に介入すべきではないという観念は奇妙なものであったという。家族の私的領域と州が衝突する関係にあることが認識されるようになったのは20世紀に入ってからであり、象徴的な判決として Meyer 判決と Pierce 判決を挙げる。Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Soc'y of Sisters, 268 U.S. 510 (1925)。また、非伝統的な家族形態への保護の判決もある。See Moore v. East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977); Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972)。

法上の保護を受けると判断する権限が認められるのか。Bhagwat は *Lochner* 判決を例にこの点の重要性を指摘する。Bhagwat は、*Lochner* 判決に対する批判は契約の自由を実体的デュープロセス理論に基づき保護した点ではなく、契約の自由への保護が必要とされる社会状況の判断を誤った点にあるという<sup>27)</sup>。つまり、アメリカの工業化が進んだ19世紀から20世紀における社会的経済的变化においては、被用者と雇用者の交渉権限の均衡性が雇用者に有利に傾くため契約の自由を保護することで個人の経済活動の自由を保障する裁判所の正当性が認められるが、その後の時点で契約の自由を認めることは雇用者からの州による保護を奪う機能を有するためその判断は誤りであるとされる<sup>28)</sup>。

すなわち、たとえ裁判所が実体的デュープロセス理論に基づき判断する権限が正当化されるにせよ、裁判所がその判断する時期を誤るとそれを保護するとの裁判所の判決は意味をなさなくなるのである。

## （2）同性婚をめぐる社会的プロセスに対する連邦裁判所の法的判断

2015年の *Obergefell v. Hodges*<sup>29)</sup>にて、同性愛者の婚姻する権利が承認された。これは社会での同性愛者の地位に関する画期的な判決といえる。

この判決における、婚姻するという個人の選択に対する州政府の判断への連邦裁判所の介入の根拠は、連邦憲法修正14条デュープロセス条項によって認められる（と裁判所が述べる）個人の婚姻する権利への侵害である。同性カップルを婚姻から排除する州法は同性愛者という個人の自律と尊厳を奪う点でその州政府の権限は正当なものではなく、これは同性愛者の正統な政治プロセスへの参加を奪うものである。またそれは、異性カップルにのみ保護を与え、同性カップルと不当に異なる取扱いをする点で平等条項にも違反する<sup>30)</sup>。

---

27) BHAGWAT, *id.* at 255.

28) *Id.* at 255.

29) 135 S.Ct. 2584 (2015).

30) *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2602-2603.

ただし、連邦裁判所が連邦憲法に基づいて州政府への介入の権限を正当化しようと、婚姻の文言は連邦憲法に明文規定がない。基本的な権利や自由という価値をキーワードにして憲法に基づく介入を裁判所が主張したとしても、明文規定なき権利を根拠にする場合には民主主義に反するとの批判が付きまとう。Bhagwat が指摘したように、婚姻する個人の権利を根拠にした連邦裁判所による州政府への介入は、民主主義に反する裁判所の介入を正当化するための口実として使用されるに過ぎないのか。どのように捉えれば、裁判所の権限が正当化されると考えることができるか。

*Obergefell* 判決が出される前の時点で、Bhagwat は、平等保護条項の観点から同性婚を禁止する州法の問題点を指摘していた<sup>31)</sup>。Bhagwat による平等保護条項の構造的理解によれば、敵意を向けられた少数派を政治的議論から排除することを禁止することにその意義があるという。その上で、同性愛者に対する差別的な取扱いが修正14条の平等保護条項に違反するとした連邦最高裁判決の *Romer v. Evans*<sup>32)</sup> に注目する。

*Romer* 判決は、州憲法を修正14条の平等保護条項違反と判断した。Bhagwat は、問題とされた州憲法の条項が、同性愛者に対する敵意を目的とすること以外にはないと Kennedy 判事が判断した点を指摘し、そのために平等保護条項違反となったと分析する。Kennedy 判事の法廷意見と Scalia 判事の反対意見は多くの点で対立するが、中でも先鋭化したのが同性愛者に対する敵意の性質であると Bhagwat はいう<sup>33)</sup>。Scalia 判事は敵意が向けられたのは同性愛者の行為であるとし<sup>34)</sup>、反対に Kennedy 判事は、その効果に注目してグループに向けられた敵意と主張した<sup>35)</sup>。

Bhagwat によるとこの見解の相違は、州憲法が規定した同性愛者らが

---

31) 同性婚の問題について、Bhagwat が平等保護条項のみの問題であると捉える趣旨ではない。

32) 517 U.S. 620 (1996).

33) BHAGWAT, *supra* note 2, at 216.

34) *Romer*, 517 U.S. at 637–638 (Scalia, J., dissenting).

35) *Id.* at 629–631.

社会において一つのまとまりのあるグループとして認識され得るかにあるという<sup>36)</sup>。Scalia 判事にとってはそのようなグループとして認められないため、同性愛者の行為に焦点があるとされた Bhagwat は分析する。

平等保護条項がどのグループに適用されるかは、その適用されるべきグループに対する社会的認識の変化により流動する。同性愛者がこのグループに含まれるかを検討する際に注意すべきは、Bhagwat によると、このグループに対する社会的認識が重要とされるべきであるとされ、つまり同性愛者が先天的か後天的かといった、その原因ではないという。今日でも同性愛者に対する見解は社会の間で分裂するが、ただし同性愛者が一つのまとまりのあるグループであり、市民のグループとして正当であることに対してはコンセンサスが形成されている状況であると Bhagwat は評価する<sup>37)</sup>。一定のグループとして社会的な認識がある以上、Bhagwat は Scalia 判事ではなく法廷意見の Kenney 判事に妥当性があることを強調する。

また法廷意見の判断に対しては、その州憲法が同性愛者らに対する敵意に基づくルールであることから、これが社会的分裂を生み出す作用を有する点を Bhagwat は指摘する。Lawrence 判決で問題とされた同性愛者のソドミー行為を禁止する州法もまた、同性愛者に対する敵意以外に基づくものではないと Bhagwat は主張し、平等保護条項に違反するものとして捉える<sup>38)</sup>。

連邦最高裁の判例と、これを支える同性愛者に対する社会的認識を背景

---

36) BHAGWAT, *supra* note 2, at 216.

37) *Id.* at 217.

38) ただし、Lawrence 判決の法廷意見は平等保護条項のみを根拠に違憲の判断を下したわけではない。また、Lawrence 判決で問題とされた州法についてはさらに、これがほとんど実行されていなかったため死文化していたことも Bhagwat は指摘する。Lawrence 判決については、ある法律があるにもかかわらず、執行されていないことを根拠に（つまり、法の不執行 *Desetude* として）違憲と判断されるべきとの評価もある。Cass R. Sunstein, *What Did Lawrence Hold? Of Autonomy, Desetude, Sexuality, and Marriage*, 2003 SUP. CT. REV. 27 (2003).

としても、同性愛者に対するどのような取扱いが不平等であり違憲かの判断は容易なものばかりではない。同性婚をめぐる問題が一例である。*Lawrence* 判決では同性婚の承認が明確にその判決の射程から除かれていた。Bhagwat は同性婚をめぐる根本的な憲法問題について、一人の男性と一人の女性に限定する州法が同性愛者に対する差別として平等保護条項に違反するか否かにあるという<sup>39)</sup>。

確かに、1970年代の州裁判所の判断をみると、州裁判所の裁量の広範性もあり同性婚を承認しないとすする州の判断に対しては同性愛者の主張が認められない傾向があったが、しかし、1990年代には状況が変化した。婚姻する個人の憲法上の権利を重視する連邦最高裁判決の影響もあったためか<sup>40)</sup>、同性婚の排除を正当化するために州政府に対して以前よりも厳格な態度を示す州裁判所が現れ始めたのである<sup>41)</sup>。

この州裁判所の態度の変化への対応として、1990年代から州政府は憲法改正により婚姻を異性カップルに限定する規定を置くようになる。あえて同性カップルに対して利益を与えないためのこのような州政府の対応は、もはや1970年代と異なり、その目的を正当化することは妥当ではないと Bhagwat は指摘する。なぜなら、これらの州法の目的としては、同性カップルを排除することにあることは疑いようがないと評価されるためである。これらの州政府の対応は、婚姻の権利を同性カップルにまで拡張させる州裁判所の判断に対抗する意味をもっていたためである<sup>42)</sup>。

この見方については、婚姻を異性カップルに限定することは、子どもを産み育てるという社会善を促進する側面から中立的な正当性を有するとの批判が考えられる。ただし、異性カップルすべてが子どもをもつわけではないこと、その可能性がないカップルに対しても婚姻は認められること、

---

39) BHAGWAT, *supra* note 2, at 219.

40) See *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

41) *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993); *Baehr v. Miike*, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. 1996).

42) BHAGWAT, *supra* note 2, at 220.

同性カップルであっても養子を設けることは法的に可能とする州はあり、家族を形成することは可能であること等がその反対の論拠として考えられる<sup>43)</sup>。

同性愛者の婚姻に対して州裁判所が寛容になりつつある社会的状況がある中で、あえて同性カップルに婚姻を認めないと政府が措置をとることは、同性愛者に対する意図的な差別であると Bhagwat は主張し、同性愛者に対する敵意によって政府が彼らに不利益を課すことは平等保護条項により正当化され得ないと判断する<sup>44)</sup>。

婚姻に対する州の権限は広範であるが、同性カップルを婚姻から排除する目的として同性愛者に対する敵意を州政府が示すことは正当化されないため、その立法化は許容することはできないと Bhagwat は述べる。このような州法が正当化されないとの判断の正当性について、Bhagwat は社会的プロセスとそこでの立法行為の関係から以下のように説明する。まず、同性愛者に対する敵意が正当な目的として認められない状況がある。この状況から、州裁判所の判断への州政府による対応として、その敵意を目的とした立法へと変遷するこのプロセスを経ることで、このプロセス自体が同性婚を禁止する州法を排除する根拠となるように導くものであることを Bhagwat は指摘するのである<sup>45)</sup>。

そしてついに2015年6月、連邦最高裁は *Obergefell* 判決にて同性カップルを州が婚姻から排除することは連邦憲法修正14条に違反すると判断したのである。法廷意見を述べた Kennedy 判事は冒頭で自由 liberty について述べた後、この事件の具体的検討に入る。この事件での争点は、州は修正14条が同性の二人の人間に対する婚姻を許可することを要請するかという点である<sup>46)</sup>。歴史と伝統に支えられた婚姻の価値を参照し、他人との関係

---

43) *Id.*

44) *Id.*

45) *Id.* at 221.

46) 連邦最高裁での争点はもう一つあり、他州で許可された同性カップルの婚姻は修正14条により、同性婚を承認しない他州に対して承認を要求するか、であ

性を家族に変容させる意義を有するという。家族は個人が社会とつながりを有する上で基盤となるべき価値を有するものとして参照される<sup>47)</sup>。Kennedy 判事は、婚姻の社会的政治的側面を指摘したといえる。

婚姻関係を軸に形成される家族という領域での意思形成を基にして人々が社会と関係性を築いていくのであれば、婚姻制度の内容や形式が社会と法の発展と切り離すことができないとの Kennedy 判事の言葉にも理由があるといえよう。社会の変化に伴って婚姻によりその当事者らに課される法的社会的義務に変化があることはすでに経験により確認されている。また判決の中で Kennedy 判事が指摘するように、性別を理由とする婚姻関係の不平等は裁判所により違憲と判断されてきている<sup>48)</sup>。

それに加え、法と社会に発展をもたらす存在である人々がどのような意思を形成するかは、どのような相手と婚姻するか否かにより変化する可能性がある。どのような婚姻関係が法的に承認されるかは、主権者としての人民が州にコントロールされず自分自身の意思を形成するのに重要なポイントとなり得る。承認されるべき婚姻関係を承認せず、そこから排除された人々が自己の望むような意思形成を行うことができなければ、それは Bhagwat が述べる人民主権に基づく統治ではなく、州が人民の意思をコントロールする違憲の状態となり得ると思われる。

婚姻の意義は、ある特定した婚姻形態を個人に押しつけることではない。個人が自己の自律的発展を望める基盤を与えることである。確かに、伝統的に認識されてきた婚姻は異性の二人の人間である。しかし、同性愛者に対する社会的認識が十分となった社会において、同性カップルを婚姻から排除するとの州の判断が問題となり得るのは理由があるといえる。

同性愛に対する社会的認識のプロセスについては、Kennedy 判事もまた判決において述べている。20世紀中葉までは多くのヨーロッパ国家で同性愛者の親密性は道徳に反するとみなされており、刑法により処罰規定が

---

る。本稿ではこの問題は検討しない。Obergefell, 135 S.Ct. at 2593.

47) *Id.* at 2593-2594.

48) *Id.* at 2603-2604.

置かれることもあった。この状況の中、このような社会的法的状況が理由で、人々の意識として同性愛者のアイデンティティが尊厳をもつとは考えられていなかった点を Kennedy 判事は指摘する<sup>49)</sup>。これは、同性愛者の行為が違法と判断されているため、人々が同性愛者のアイデンティティがどのようなものか議論する前に、すでに異常なものとして社会的に認識されてしまっている状況といえるのではないか。

第二次世界大戦後、同性愛者に対する社会の寛容は進んだが、同性愛者の尊厳に対する態度は法と社会的慣習において分裂しており、依然として同性愛のセクシュアリティは病気としてみなされていたと Kennedy 判事は述べる。しかし続けて、20世紀後半になると、同性愛者に対する寛容はさらに進み、州裁判所や連邦裁判所の判決を参照し、同性愛者の公的立場に変化をもたらすようになることを Kennedy 判事は指摘する。

ただし、従来、婚姻に対しては州の広範な権限が認められてきたため、連邦裁判所が州政府の判断に介入するためには、この連邦裁判所の権限を支えるさらなる根拠が必要になる。州政府はまた、州の人民に支えられているという正統性をも有する機関なのである。実際、連邦最高裁判決である *Baker v. Nelson*<sup>50)</sup>では同性カップルに婚姻を承認するか否かを連邦問題としては取り扱わなかった。

しかし、*Obergefell* 判決は *Baker* 判決を変更した。その根拠としての修正14条の意味を検討するのに、奴隷権限をもつ州への権限付与の誤りを矯正すると修正14条の側面を考慮すると、連邦政府が州政府に対して介入する根拠としては、州政府の判断が共和主義の考えを軽視するものであることや、民主主義を適切に機能させなくさせるためである点が考えられ

---

49) *Id.* at 2596.

50) *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972). 連邦最高裁に訴訟が提起される前の州裁判所の段階では、著名な辞書での定義がいずれも二人の異性愛者の結合である点を指摘し州の婚姻もこのように解釈すべきことが主張されていた。1970年代の州裁判所では、この州への制約は弱いものとして捉えられる傾向が一般的だったといえる。*Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971).



る<sup>51)</sup>。

なぜ同性婚を排除することが州の共和主義的な考えや民主主義の機能を奪うことにつながるのか。それが民意に支えられる州政府の判断であるならば、同性婚の排除という結論は民主主義的正統性を有するようにも思える。しかしその人民の意思が少数者である同性愛者を政治的議論から排除した結果として得られたものであるならば、それは多数派による少数派の圧制であり民主主義が正常に機能しているとはいえない。Bhagwat が指摘したように、修正14条平等保護の意義は、多数派の名を借りて人民に不当な負担を課す州政府の判断を違憲とする、つまり人民主権に反する政治システムを違憲と判断することにある。

しかし、同性愛者を政治プロセスから排除してはいけなことを根拠として主張したとしても、これが直ちに同性愛者に対する婚姻を認めるべきとの判断に至るわけではない。また、同性愛者は選挙権を奪われているわけではなく、なぜ彼らが政治的議論から排除されている状態であると判断することができるのかという問題が残る。人民の多数派の判断が州政府による少数派の圧制ではなく、人民自身の意思であると判断できるにはどのような状態である必要があるのか。

これらの問題に答えるには、婚姻の意義を問うことが必要である。Kennedy 判事は、伝統的に認められてきた婚姻の価値に加え、判例法理を参照した上で、憲法の下で基本的である婚姻の特徴を四つ述べる。一つ

---

51) ただし、連邦最高裁は南北戦争前の時点で奴隷権力に対する要塞として考えられていたにもかかわらず、Dred Scott 判決で奴隷制度を擁護する結論を出したために、連邦議会の議員の多数は連邦裁判所に修正14条により新たに権限を付与することには懐疑的であったとされる。連邦議会と連邦裁判所の権限の配分として、連邦法でのヘビースコーパスに対する管轄権は連邦議会に残されたことなどが例として挙げられている。Garett Epps, *Interpreting the Fourteenth Amendment: Two Don'ts and Three Dos*, 16 WM. & MARY BILL RTS. J. 433, 456 (2007). 連邦議会と連邦最高裁のこのような権限配分の関係性を考慮すると、修正14条の下で連邦最高裁が州の判断にどこまで介入できるかは慎重に検討しなければならない。

目は婚姻と、修正14条デュープロセス条項による自由の繋がりである。修正14条デュープロセス条項が保障する自由は、個人の尊厳と自律の中心にある個人的な選択にまで拡張されるものである。婚姻に関する個人の選択は、最も親密な関係性を築く決定であり、これは個人の自律の観念に内在するものとして捉えられている<sup>52)</sup>。このような個人的判断は、従来の裁判所においてプライバシーの法理として認められてきた領域である。また *Windsor* 判決により、婚姻に関する個人の選択の重要性は、性的指向には関わらないものであることを *Kennedy* 判事は指摘する。

二つ目は、婚姻する権利が二人の人間の結合を支えるための基本的なものである点である。三つ目は、婚姻が家族の形成の基盤と捉えられている点である。婚姻関係に基づき子どもをもつことから、子どもの両親に法的承認を与えることは家族の統合性を子どもに理解させるのに役立つ。多くの州において同性カップルに養子を採用することが認められているのは、同性カップルが家族を支えることができることを示すものであると *Kennedy* 判事は述べる<sup>53)</sup>。

四つ目は、婚姻が社会秩序の要となっていることである。婚姻制度は、市民政治全体に性格を与えるほど基本的なものであり、その意味で公的な制度であると *Kennedy* 判事は述べる<sup>54)</sup>。婚姻がなければ、文明化も進化も望めないほど、社会にとっての基本的な価値を有するものとして捉えられている。

このように *Kennedy* 判事は、婚姻の文言が憲法に規定されていないにもかかわらず、裁判所が憲法により保障されると述べてきた婚姻の基本的な特徴を四つ指摘した。一つ目の指摘にあるように、婚姻は自由 *liberty* と密接な関係性にある。つまり、婚姻する権利を奪うことは自由を奪うこ

---

52) *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2597-2598.

53) *Id.* at 2599-2601. これは子どもを有することが婚姻する権利の一部として重要に作用することを主張するもので、子どもをもつことが婚姻の中心的意義であることを示すわけではない。

54) *Id.* at 2601.

とになり得る。確かに、異人種間の婚姻に限定する州法を違憲と判断した *Loving v. Virginia*<sup>55)</sup>での中心的な根拠は平等保護条項であった。しかし、同時にこの判決では、デュープロセス条項にも違反することが述べられていた。*Obergefell* 判決の Kennedy 判事は、異人種間の婚姻の排除が自由と婚姻の強い関係を打ち砕くものであると解釈し、ここにデュープロセス条項による保護の意義があるとしたのである。

これらを踏まえて、Kennedy 判事が婚姻する権利を自由の観点から捉えた意義を考えたい。そこには、婚姻する権利が認められないことによる個人の自律や尊厳の否定を重くみる認識があると思われる。この個人とは、多数派も少数派も含まれる、あらゆる人 any person である。修正14条の自由には、すべての人間が等しい条件で認められるべき自由があると考えべきといえる。人民の多数の意思が州政府ではなく人民自身のものであると認められるためには、少数派も含めたすべての人が自律や尊厳を損なわないための自由の領域が認められなければならない。では、個人の自律を否定するほどの個人の自由への介入とはどのようなことか。

この点について、婚姻が社会を形成する基盤をなすというその公的側面に注目したい。自分の意思を社会に反映させる、その意思形成をする基盤としての婚姻の重要性が婚姻にはあると考えられる。この基盤である婚姻が認められなければ、個人の自律に基づく選択は望めない。つまり、正統な政治プロセスへの参加も保障されない。

婚姻関係が認められないことで、同性愛者はこの選択をする機会だけでなく、意思形成をすること自体が奪われている。個人の自律の否定である。デュープロセス条項の観点から同性婚を排除する州の判断の問題点を Bhagwat が指摘するとき、彼は社会における最も共通した親密な結合と私的領域の基盤としての婚姻の意義を強調する。そのため、誰と婚姻するのかという個人の私的領域への州の介入には制約が伴う。Bhagwat は、州政府の判断に対する憲法上の制約について構造的な観点から説明する

---

55) 388 U.S. 1 (1967).

が<sup>56)</sup>、それは従来、プライバシーとして保護されてきたこの私的領域が公的制度としての側面を有するためであると思われる。

Bhagwatによると、婚姻に基づく私的関係性が州に対抗する防波堤としての意義をもち、現代の社会的状況から同性カップルが築く関係性も伝統的な婚姻と同じくらいの私的関係性を築くことができると判断される。そのため、婚姻に基づく私的関係性が州に対抗する防波堤として有するこの意義は、同性愛的関係が伝統的には保護されてこなかったという事実によって減ぜられることはなく、さらに同性婚を承認することは、伝統的な形式である婚姻によって築かれる私的関係性の意義を減ずることとは関係しないのである。

では、同性婚を否定する州の判断の合憲性は、このことを根拠にして否定できるか。Bhagwatによると、同性婚を州政府が禁止する場合、問題となるのは政府によるその制約目的である。同性婚を禁止する唯一の政府目的が、家族構造に関して政府が伝統的な見解を押しつけることにある場合、州の政府目的は正当化されないと Bhagwat はいう<sup>57)</sup>。この場合、何が親密な結合に当たる私的領域かの当人たちの判断は州から保護されなければならないという。これを保護する点にこそプライバシーの法理の意義があるとされる。州権限と人民の均衡を保つための社会的制度を州によって傷つけられることから裁判所は保護しなければならず、これはたとえ、多数派が州政府の政策に同意していたとしても裁判所の介入は正当化されると Bhagwat はいう<sup>58)</sup>。このような一時的な多数派によって、民主主義の長期的な安定性が損なわれるべきではないと考えられるためである。

Bhagwat がデュープロセス条項から同性婚排除の問題点を指摘するとき、判例のプライバシー法理により保護されてきた価値としての親密な結合の保護に注目している。プライバシーの判例自体において、プライバシーというより自由 liberty が強調されその実体的価値として個人の自律や

---

56) BHAGWAT, *supra* note 2, at 256.

57) *Id.* at 257.

58) *Id.*

尊厳の保護が指摘されてきた点を考慮すると<sup>59)</sup>、個人が、ここで保障される「自由」であるためには、親密な私的結合を保護することによる自律の保護と、個人の尊厳が保障されていなければならないと考えられる。それは、州が社会的制度を作るとき、特定の人々に対して敵意を向けることでその人々の尊厳を奪うような制度を作らないこと、それによってその個人が他者から尊厳を奪われないような社会的存在として認識されることが保障されるものでなければならないものであり、自由の保障にはこの二つの側面があるように思われる。

修正14条はこのような、社会において抑圧されてきた存在であっても個人として尊重されなければならない自由の領域を保護する意味があるのではないか。彼らに対する敵意を目的とした法律が制定されてきた状況では、たとえ少数派の政治プロセスが選挙権により保障されていても、その保障が主権者としての地位を確保してのものかは疑わしい。少数者に敵意を向ける目的をもつ法制度の前で、すでに少数者の個人の尊厳は損なわれていると考えられるためである。

州政府の判断は人民をコントロールするものではなく、人民の主体的意識に基づくものでなければならない。州による統治を認めながら個人の自由を保障するには、州がその権限を濫用したときに制約するための道具が必要である。連邦憲法は修正14条において州政府への制約を課し、連邦最高裁はその憲法上の制約を述べる役割が裁判所にあると判断してきた。

Bhagwat が述べたように、実体的デュープロセス理論に基づく個人の自由の保護は、裁判所が判断し介入する時期を誤れば達成されない。裁判所がデュープロセス条項を根拠に明文なき権利を保障する際には、Bhagwat の警告に従い、同性婚をめぐる社会的プロセスがどのような展開を経ていたかを確認する必要がある。

Kennedy 判事は、1990年代の州裁判所での判断をきっかけに、その後

---

59) E.g., *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Lawrence v. Texas*, *supra*. See also FRANK J. COLUCCI, JUSTICE KENNEDY'S JURISPRUDENCE: THE FULL AND NECESSARY MEANING OF LIBERTY 21-24 (2009).

の社会プロセスを確認していた。それは、同性愛者による家族の形成が社会的にも認識されてきたとの指摘であった。しかしこの州裁判所に対する反応として、州法では同性婚を明示的に禁止するために州法が改正されたり、また連邦法では婚姻を二人の異性カップルに限定する法律<sup>60)</sup>が制定されるようになる。

他方、同性婚を承認する州最高裁も現れるなど、司法や立法によって同性婚が承認される州の動きも Kennedy 判事は指摘する。さらに2013年の *Windsor* 判決により、連邦法において同性婚を否定する DOMA3条が州法で認められる婚姻の意義を奪う限りで修正5条に違反するとの判断が出された。

Kennedy 判事はこの社会的法的过程を確認した後、同性カップルを婚姻から排除することによって彼らに与えられる損害が憲法に抵触するとしたのである。Kennedy 判事にとってのポイントは、同性愛というアイデンティティーに対する社会的認識の変化にあるように思われる。同性愛者の存在への認識が社会的承認を得るにつれて、「プライバシー」の保護を根拠に、同性愛者同士の親密な関係性を法的問題として問う可能性も高くなる。

同性愛者が自己の存在を社会にカミングアウトすることでその社会的承認が増え、同性愛者に対して寛容な意見をもつ人々が増える。同性愛者に対する裁判所の判断は、憲法上というよりも、社会的政治的状況の変化による部分が大きいとの指摘もある<sup>61)</sup>。

ただし、婚姻が認められる親密な結合の範囲が社会の進展とともに変化するにしても、同性愛者に対するどのような社会的な変化があれば裁判所が州政府の判断に介入することが正当性を有するのか。婚姻に対する広範な州の権限を考慮すると、やはり Bhagwat が指摘したように、連邦裁判所が州政府に介入するには個人の権利に頼る方法が第一に考えられ、また

---

60) Defense of Marriage Act of 1996, Pub. L. No. 104-199, 110 Stat. 2419.

61) See Michael J. Klarman, *Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality*, 127 HARV. L. REV. 127 (2013).

実際に Kennedy 判事も婚姻する個人の基本的権利を根拠にしている。

しかし民主主義に違反する、あるいは婚姻に関してはなお政治部門に任せべきとの批判は有効である。しかしこの批判は、おそらく、連邦裁判所の介入権限自体を批判する点ではなく、その介入できる範囲に注意しなければならないことを示していると思われる。この批判を受けた上で、裁判所の介入する権限を正当化できる個人の権利の意味を考察すると、裁判所が保護すると宣言した個人の基本的権利は、州の多数派に対抗する意味での権利ではなく、少数派である個人の自律と尊厳が侵害されないための権利であるという解釈の可能性を指摘できる。

Kennedy 判事は同性愛者の婚姻する権利が憲法により保障されると判断しながら、判決の後半にて、宗教的信念やあるいは他の理由により同性婚に反対する人々も修正 1 条による適切な保護を受けるという<sup>62)</sup>。理由が宗教的であろうと世俗的であろうと、同性婚を否定する個人的な、私的な信念に裁判所が介入すればその権限は正当化されない。同性婚を否定する多数派の信念は侵害しないが、判決文にあるように、Kennedy 判事は同性カップルが婚姻する権利を有すること、そして州政府が異性カップルに付与されるのと同じ婚姻の条件を同性カップルには付与しないことは憲法に反するとした。両者はどのように両立するのか<sup>63)</sup>。

この問いは、Bhagwat のいう人民に基づく主権を保護する目的をもつ憲法の構造的観点に関連していると思われる。州による統治を認めなが

---

62) Obergefell, 135 U.S. at 2607.

63) 同性カップルにも異性カップルと同様に婚姻を認めることは、異性婚を望むカップルの選択を排除するものではないという点で多数派の信念を侵害していないと考えることができる。ただしここで Kennedy 判事が語るのは、婚姻形態として伝統的なものに限定されるとの信念を有する人々についてである。Id. at 2607. つまり、自己がどのような選択をするか否かではなく、社会制度としての婚姻制度の形態について異性カップルに限定すると信念をもつ人々である。裁判所が、婚姻の条件につき同性カップルに対して不利益を課す州政府の行為を違憲と判断することは、婚姻を異性婚のみに限定すべきとの多数派の信念を侵害することにならないのか、という問いをここでは検討している。

ら、主権者としての個人の自由をどのように保障することができるか、という問いである。修正14条により保障される自由は、少数派としての個人の自律と尊厳を保護するものでなければならない。

また少数派の個人の自律を保護することは、多数派の自由を侵害するものであってはならない<sup>64)</sup>。誰にでも等しく認められるべき自由であり、また、異なる見解や信念をもつ多様な社会における個人の価値の多元性を考えると、この自由が認められるには誰にでも等しく課せられるべき制約があると思われる。この制約は、すべての人に妥当する共通した価値に基づくもので、これは修正14条を支える共和主義に基づくと思われる。ここではその価値が民主主義プロセスとどのような関係にあるのか考察したい。

民主主義において権利を捉える Bhagwat は、その主体を人民と捉えた。彼の議論で参照すべき点は、それが極めて実践的な観点から考察されている点にあると思われる。憲法上の権利観念や裁判所の判断について実践的な観点から考察することで、判例において述べられる権利の実務と理論における齟齬を指摘していた。その上で彼は、Hohfeldの権利観念に従い<sup>65)</sup>、権利とは相手の義務を伴うものでなければならないとの前提の下、判例において述べられる個人の権利は個人の私的領域を創設するものではないとした。なぜならそのような権利は実行可能ではないためである。権利が義務に対応するには、権利の主体を個人ではなく人民として捉えるべきであること、そして、憲法が創設したのは人民の権利に対応する義務であり、その義務をもつ政府の権限こそ憲法において論じられるべきとして議論を展開した。

Bhagwat の議論は、裁判所が判決で述べる個人の権利の実効性の弱さ

64) 州を拘束するデュープロセス条項と同じ修正14条に規定される平等保護条項の意味について、少数者である個人の権利や少数グループの権利を保障するものと解釈すべきではないと Bhagwat は主張する。BHAGWAT, *supra* note 2, at 189.

65) しかし、Hohfeldの権利観念は、憲法上の権利を定義することを目的に分類されたものではなかった。つまり Hohfeldの権利観念は、憲法上の権利に他者の義務が伴わなければならないことを主張するというわけではない。



を提示する点で意義があると思われる。そのため彼は、統治システム、特に政府の権限においてのみ憲法の意義を論じている。

しかし、憲法上の権利が人民に帰属するものとして観念すべきとの Bhagwat の見解は妥当か。

南北戦争後の再建期に修正14条が制定されてもなお、個人の権利ではなく人民の視点の重要性は変わらないと Bhagwat は主張していたが、修正14条における、少数派である個人という視点は判例法理において重要な役割を担っていることは事実である。修正14条による保護として裁判所は人民ではなく個人に注目しており、同性愛という属性に注目した上で彼らの権利を認めている。少なくとも、判例における権利観念を考察するには、Bhagwat のように政府の権限のみで憲法を論じるよりも、具体的な個人が被る損害に注目し、権利主体として個人の観点からその性格を分析する方が有意義ではないか。

ただしこの権利は、Bhagwat が指摘するように、実際には個人の自律領域を創設して政府の介入を許さないものではない。つまり、裁判所により強制される観念ではない<sup>66)</sup>。政府の義務が対応していないという権利観念は、*Obergefell* 判決においても妥当していると思われる。個人の権利が裁判所の言葉によってただちに実行される観念ではなくとも、「憲法によ

---

66) Bhagwat は平等保護条項の意義を探るのに *Brown* 判決を重視する。*Brown v. Bd. of Educ. of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Wechsler は、この判決で述べられた平等の意味について、中立原則に基づく憲法判断として、自身が望む相手と結合する憲法上の権利と別の人種の人々との結合を望まない人種差別主義者の権利のうち、前者が優位すべきことを主張できるかを問題とした。*Herbert Wechsler, Toward Neutral Principle of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 34 (1959). しかし Bhagwat はこのように答えても、同判決にて認識された権利と救済の性質に関する問題が残されたままであることを指摘する。なぜなら、実際に人種統合が進むのは判決から15年以上待たなければならなかったためである。Bhagwat は平等保護条項をめぐる憲法問題が、個人の権利ではなく政府が実行する政策に対する制約として論じられるべきことを主張する。BHAGWAT, *supra* note 2, at 181-183. 平等保護条項に関するこのような構造的な理解は、異人種間の婚姻に関する問題にも妥当するという。See *Loving v. Virginia*, *supra*.

り保護される」領域としての「自由 freedom」は「個人の権利を構成」し、この「個人の権利が侵害されたとき、憲法は裁判所による救済を要請する」<sup>67)</sup>。そして、同性カップルに対して積極的に不利益を課す州政府の行為を憲法に反すると判断することにより裁判所が個人の基本的権利を保障することは、必ずしも民主主義プロセスに反することではない<sup>68)</sup>。依然として同性婚という制度を制定するか否かは民主主義プロセスの判断に委ねるべきであり、この社会的議論が行われるための前提を裁判所は基本的権利を述べることで確保したのではないか。州政府が行う個人の基本的権利を裁判所が保護することの意義は、裁判所がその権利保障を実行することとは別の点にあると思われる。

それは、個人の私的領域を一般的な意味で創設するというより、この個人の権利に対する救済を行うというその役割にあると思われる。つまり、個人の権利に対する侵害が疑われるとき、まずは裁判所が管轄権をもたなければならない。たとえこの権利が明文規定されているものでもなくとも、裁判所が事件を取り扱うことができるための根拠として「基本的な」価値を特定し、基本的な権利に関連するものであれば、それは例えば、裁判規範性あるいはスタンディングを与える意味をもつ。しかし、この基本的な権利を裁判所が述べたとしても、これは民主主義プロセスを軽視するものであってはならず、一つの具体的な権利を裁判所が創設するほどの意味をもつとは限らない。*Obergefell* 判決では婚姻する権利が問題とされたが、これは歴史と伝統に基づき州が認めてきた権利について連邦最高裁が語ったものであり、連邦裁判所が語ったこの権利は連邦憲法の下で認められる範囲にとどまると思われる。

確かに、裁判所は基本的権利が侵害されている場合には民主主義的正統性を有する立法が憲法に違反すると判断することができることとされてきた。民主主義プロセスが正常に機能するために必要なあらゆる個人に対する自

---

67) *Obergefell*, 135 S.Ct. at 2605 (quoting *Schuetz v. BAMN*, 134 S.Ct. 1623, 1636-1637 (2014)).

68) See 135 S.Ct. at 2606.

由を保護していない州政府の判断は連邦裁判所による介入を受け入れなければならない。ただし、基本的権利の非強制性を考えると、民主主義的正統性を有する政府に対して具体的な行為を憲法上義務づけるものとはいえない。個人の権利行使を実現するには、やはり立法府の判断が必要であると思われる。

同性カップルに異性カップルとは異なる不利益を積極的に付与するとの州政府の行為を違憲とする連邦最高裁の判断は、婚姻から同性愛者を排除することが誰にでも等しく認められる限りでの個人の自律に違反するため、民主主義プロセスが正常に機能するために必要な個人の自由を保障するための範囲に限定されると思われる。同性愛者が自由になるための権利が、婚姻の排除により剝奪されている。同性愛者に選挙権が与えられようと、この選挙プロセスには少数者へのスティグマが前提にあるためすでに少数者である同性愛者は社会的政治的排除の対象となっている。同性愛者に対する社会的敵意の状況は、Kennedy 判事も確認していた。

婚姻は個人の価値形成をする場として基本的なものである。同性愛者が婚姻によりさらに自己の信念を形成し、それを政治に反映させるのと同じように、同性愛者に対してもそのプロセスを裁判所は保護した。同性婚が排除されないとの判断は、同性愛者を社会的な個人として認めることにとどまるもので、これ以上の意味はないのではないか。政治的プロセスに参加する個人の権利、そして個人の自律を侵害されないための個人の自由は政府によって奪われることがなく、連邦最高裁はこの意味で同性愛者の基本的権利を保障したに過ぎないと思われる。

個人の自律を保護する自由に基づき、連邦最高裁が同性愛者である少数派の個人の権利を保障するとの判断は、多数派の自由を侵害するものではない。多数派である、同性婚に反対する人々にとっても、同性愛者を社会的な存在から排除した認識の下で下す判断は真に民主的な議論とはいえない。保護されるべき存在を排除した上でなされた個人の判断は、政府から保護されるべき自由 freedom ともいえないのではないか。

同性愛者を社会的な存在として認めること、彼らが排除される対象では

ないという前提を裁判所が与えることで、多数派も含めた人民の意見や信念、選択形成が促進されるのではないか。裁判所が違憲と判断することの意義は、多数派の信念に少数派の信念を押しつけることではない。Bhagwat は憲法の名宛人が政府であることから、憲法が政府の行為に対してのみ行為規範を要請するものである点に注意を促していた。つまり憲法は、個人の私的信念や宗教制度に關与する役割を担うものではなく、この私的領域には憲法も政府も介入してはならないことを Bhagwat は注意深く指摘するのである<sup>69)</sup>。

州政府の判断に介入する連邦裁判所の権限は連邦憲法に基づくものである。憲法が個人の私的信念に介入するものでないならば、連邦最高裁も個人の私的信念に介入する権限はない。Kennedy 判事は、連邦最高裁は同性カップルを、異性カップルには認められているにもかかわらず、婚姻から排除するとの州の判断が憲法により許容されないと述べた。この前提はありながらも Kennedy 判事は、同性婚を許容する人々の存在が、同性婚を排除する信念をもつ人々を開かれた、そして真実を追求する議論に参加させることができると述べている<sup>70)</sup>。

連邦最高裁は、民主主義的議論が行われるための前提としての個人の自由を保護したにとどまり、多数派の信念に介入する意図はなく、民主主義プロセスを正常に機能させるための役割として述べたのではない。Bhagwat が指摘するように、修正14条に基づいて連邦裁判所が述べることのできる憲法の実体的意味は、政府がその正当な権限の範囲を超えているかを述べるにとどまると考えられるためである。

## 結 語

本稿は、憲法上の権利観念を含めた憲法の捉え方に対する Bhagwat の構造的アプローチを参考に裁判所の用いる基本的権利の観念について考察

69) BHAGWAT, *supra* note 2, at 221.

70) Obergefell, 135 S.Ct. at 2607.

した。Bhagwat の見解は、権利保障のもつ実践的な意味を探るアプローチとして意義をもつといえる。さらに、憲法を構造的観点から探ることにより裁判所が扱う個人の権利を常に憲法問題として捉えることの妥当性を提示する点で有意義である。

ただし本稿は、Bhagwat と異なり権利の主体を個人と捉えるべきとし、この個人の権利が常に憲法上のものとして捉えられるわけではない可能性を指摘した。そこで、判例法理で使用される基本的権利の非強制性を提示した。

個人を救済する裁判所の役割として、裁判所は憲法の下でのある特定の権利について語る。そして、侵害されている個人の利益が基本的な fundamental 価値を有するかを裁判所が判断するには、具体的個人の侵害について判断することが不可欠である。

Bhagwat は、憲法問題はすべて政府の権限の観点で考察されるべきことを主張する。そして彼は、憲法における人民と政府の相互の関係性から、「権利」は政府の義務に対応する人民に帰属すると理解する。政府と人民の関係性、およびこれに基づく権利観念は南北戦争を経て制定された修正14条ですら、維持されているとした。

この前提を維持すれば、憲法問題として裁判所が事件を取り扱うとき、政府の権限への制約のみを裁判所は判断することになるが、Bhagwat が考えるように権利と義務が完全に対応すると考えるならば、その憲法上の義務はこれに対応する権利の内容を考慮しなければならない。そして、Bhagwat がいうように、その権利が人民としての利益のみを指すならば裁判所は人民に帰属されるべき権利や利益を判断しなければならないことになる。しかし、民主的正統性のない裁判所には人民の意思を特定する能力は期待できず、またふさわしいとも思われないため、人民が有すべき権利利益についても判断すべき機関であるかは疑わしい。

あるいは人民の意味について、多数派だけではなく、少数派も含めるべきという観念的な意味で捉えたとする。この場合には人民の権利は少数派の価値観も反映した内容が考えられるが、しかし、多数派や少数派でそれ

それぞれ異なる価値観や見解を含む実体的内容を一つの用語で「人民の権利」と称することは妥当ではないと思われる。この場合であっても、諸個人の価値として主体は個人とすべきではないか。

裁判所が語る権利の主体は特定の個人と捉えるべきで<sup>71)</sup>、基本的な権利が侵害されると判断すれば裁判所はその憲法の意味を立法府に対して述べるができる。

そこで本稿は、修正14条デュープロセス条項に基づく裁判所の権限は、少数者を含む個人の自由を否定されないための法的プロセスを政府が奪うことから個人を保護するとした上で、そのプロセスは裁判所が憲法の意味を特定することで個人を救済すると考える。しかしその権利は、他の機関に裁判所が強制できることを保障するわけではないので、実定化されるべき内容を立法府に憲法上の義務として課すまでの力はないと思われる。

正統な政治プロセスが保障されない状況において、それが個人の自律や尊厳を奪っている状況であるならば、開かれた公の場の議論が正当に行われるために裁判所が、従来は政治的議論に任せておくと考えられてきた問題を、法的問題として取り扱う権限が認められる。これは政治プロセスの結果ではなく、社会的存在として個人が認められること、つまりそのプロセスへのアクセスを保障するといえる。それが、民主主義を支える適正な法的プロセスを保障する裁判所の役割ではないか。

---

71) ただしこれは、他の人に適用されることが排除されることを意味するわけではない。特定個人というのは、裁判所が判断するのはその事件における具体的な状況を指すという意味である。同性婚を支持する見解の個人もいれば支持しない個人もいる。裁判所が同性愛者の婚姻する権利を保護すると述べても、すべての個人が自分に対してこの権利の実施を望むとは限らないため、裁判所が判断した実体的価値は具体的な個人と考えるべきではないかと思われる。