

# 合衆国最高裁判決における「国民の意識」

岡田 聖 貴\*

はじめに：日本の最高裁判決における「国民の意識」

I Lawrence 判決における「現れてきた意識」

II Obergefell 判決と Morales-Santana 判決における「新たな洞察と社会的理解」  
おわりに

## はじめに：日本の最高裁判決における「国民の意識」

本稿は、国籍法違憲判決や婚外子相続分違憲決定に見られる「社会通念」や「国民の意識」を出発点として、判決文における「国民の意識」を検討するものである。

最高裁が従来よりも積極的に違憲判決を出すに際して、「社会的状況」といった実態に関する側面に加えて、「社会通念」や「国民の意識」を含めた、事情の変化が一定の役割を果たしている。

国籍法違憲判決<sup>1)</sup>では、日本国民の父と日本国民でない母との間に生まれ出生後認知された婚外子に対して、届出による国籍取得に準正要件を課していた旧国籍法3条1項につき、「社会的・経済的環境等の変化に伴って」、「社会的状況の変化」による「実態」の多様化に加え、「家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくなってきた」という「社会通念」の変化に言及して、「我が国との密接な結び付き」という立法目的と準正要件との合理的関連性が失われたとされた。

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第22巻第3号 2023年11月 ISSN 1347-0388

\* 一橋大学大学院博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC

1) 最大判平成20・6・4民集62巻6号1378頁。

さらに婚外子相続分違憲決定<sup>2)</sup>では、婚外子の法定相続分を嫡出子の2分の1と規定していた旧民法900条4号ただし書につき、相続制度を定める際に考慮される「伝統、社会事情、国民感情」や「婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等」は「時代と共に変遷する」として、「個人の尊厳と法の下での平等を定める憲法に照らして」不断に検討、吟味する必要性を述べたうえで、「家族形態の多様化」に伴う「国民の意識の変化」等の事情を列挙し、「総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかである」から、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきている」として、本件相続時には区別の合理的根拠は失われていたとした。

こうした、社会の変化を理由として、法律が制定時には有していた合理性を喪失したことにより憲法違反とする判断手法は、「いまや違憲判決の定石的手法」とまで評された<sup>3)</sup>。

しかしながらこうした手法に対しては、批判も多く向けられている。「〈国民の規範意識〉のレベルでの事情変更こそが結論を左右している」とされる国籍法違憲判決では<sup>4)</sup>、横尾裁判官ほか反対意見が「実態」に関する統計を示し、また、「国民一般の意識の変化として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえない」とする<sup>5)</sup>。そして、とりわけ婚外子相続分違憲決定<sup>6)7)</sup>に対して、あるいは同決定を念頭に、多くの論者が批判を寄せている。例えば、列挙された事柄と当該規定の合理性との関係や、当該決定による法律婚の尊重という意識が維持

---

2) 最大決平成25・9・4民集67巻6号1320頁。

3) 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 [第2版]』（日本評論社、2014年）64頁。参照、櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学51巻4号（2011年）145-146頁、同「時の変化」大林啓吾=柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』（成文堂、2018年）141頁。

4) 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって（3・完）」法教346号（2009年）12-13頁。高橋和之/毛利透（聞き手）「憲法学の現在をどう見るか」憲法研究5号（2019年）22頁〔毛利〕も同旨。蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を書く（2）」法教400号（2014年）134頁は、国籍法違憲判決では、「意識」や「通念」や「認識」の変化も語られてはいるが、常に同時に、「環境等」や「状況」などの「実態」の変化が記されており、主要な関心は、むしろ「実態」の側に置かれていると推察する。

されているという認定と「国民の意識」の変化との関係が判然としないこと、さらに、事実と合理性との関係が正反対の評価を許すものであるとして論拠や論理展開の脆弱性、および裁判所による操作可能性が批判され<sup>8)</sup>、丁寧な事実認定と理を尽くした論証の不在が指摘される<sup>9)</sup>。また、「合憲性判断をほぼ丸ごと「国民の意識」に依存させる枠組み」であり、差別的な意識による法律だと認定しつつ当初から違憲だとしなかったこと<sup>10)</sup>、明示的に判例変更をせず、「演繹操作を軸として行われる体系的解釈」たるドグマティックが不在のまま、「文脈依存的な条理に流される」、「なし崩しの判例変更」であること<sup>11)</sup>が、厳しく論じられている。さらに同決定が最終的な根拠を「個人の尊重」や「個人の尊厳」自体で

- 
- 5) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す(第2版)』(有斐閣、2019年)540-541頁は、「実態」に加えて「意識」ないし「認識」についても、具体的なデータ、根拠が示されていないことを、「不明確で説得力に欠ける」と論じる。秋葉丈志「政策形成型訴訟における分析と根拠」市川正人ほか編『現代日本の司法』(日本評論社、2020年)188頁以下、渡辺千原「法を支える事実」立命館法学333・334号(2010年)1803頁も同旨。
  - 6) 本判決をはじめ、本稿で触れる日米の各判決に関して、紙幅の制約から多くの文献を注に記すことができないことにつき、おことわりする。
  - 7) 本件規定に則って相続が行われ、既に確定している法的関係に対する法的安定性の要請の観点から、以前は本件規定が合理性を有していたことを当該決定は述べたと思われる。伊藤正晴「判解」最判解民事篇平成25年度(2013年)378頁。
  - 8) 山崎友也「判批」金沢法学56巻2号(2014年)181-182、189頁[同『憲法の最高法規性と基本権』(信山社、2019年)第2部第2章所収]。糠塚康江「婚外子法定相続分差別最高裁判決違憲決定」法教400号(2014年)87頁。御幸聖樹「憲法訴訟における「事実」」法時94巻3号(2022)122頁。毛利透「憲法の役割」鈴木秀美ほか編『憲法の発展I』(信山社、2017年)26頁。山田哲史「立法事実の変化の検討の仕方と救済の観点」横大道聡編『憲法判例の射程〔第2版〕』(弘文堂、2020年)398-399頁。
  - 9) 山崎友也「憲法判例における論証作法と学説の「使命」」判時臨増『統治構造において司法権が果たすべき役割 第2部』(判例時報社、2021年)147頁。学説による本決定の評価について、同論文を参照。同旨の批判として、白水隆「平等違反基準の変更なき変更」大林=柴田編・前掲注3)338-39頁。佐々木雅寿ほか「座談会 対話的違憲審査」論ジュリ12号(2015年)234頁[川岸令和]。飯田稔「判批」亜細亞法学49巻1号(2014年)70-71頁。斎藤一久「判批」季刊教育法181号(2014年)117-118頁。小山剛『憲法上の権利の作法〔第3版〕』(尚学社、2016年)264頁。坂田隆介「最高裁と『司法的ステイマンシップ論』」立命館法学366号(2016年)452-453頁。渡辺千原「訴訟による政策形成と法形成」立命館法学387・388号(2020年)583頁。「国民の意識」や社会状況の変化への対応は、政治部門が適している」と論じるものとして、大林啓吾「生ける憲法と憲法訴訟」法学研究91巻1号(2018年)419頁、山元一「司法制度改革20年と司法・憲法訴訟」憲法研究7号(2020年)27-28頁。
  - 10) 毛利透「国民意識の変化と憲法解釈」法時91巻5号(2019年)39-40頁。

はなく、個人を尊重すべきだとする「考え」の「確立」に求めていることが批判される<sup>12)</sup>。そして、「事実が規範を生み出すという自然主義的誤謬」の可能性が指摘され<sup>13)</sup>、「国民の意識の変化をはじめとする様々な事情の変化は、どこまでも「事実問題 (quaestio facti)」であり、「事実問題」である限り、憲法判断という「法的问题 (quaestio juris)」の論拠とすることのできないものというべきである<sup>14)</sup>として、「国民の意識」の規範論理的な位置が問題とされる。

こうした婚外子相続分違憲決定に向けられた厳しい態度は、「国民の意識」それ自体の内実の不明確さと、審査における「国民の意識」の位置づけや果たす役割の不明確さ、および、それにより「事実問題」が「法的问题」を直接決しているように見えることに由来する。

たしかに、こうした手法は、国会との摩擦を避けて円滑な法改正を促すことになることから違憲判決を出しやすくなるとして「生活の知恵」とも評される<sup>15)</sup>。判決に表れない裁判官の中の判断形成においては、そうした、レトリックとは異なる思考方法が用いられていることは十分ありうる<sup>16)</sup>。しかしながら、事情の変化が使いやすいとしても、それを理論化する必要がある<sup>17)</sup>。そして、「ほかならぬ論理をその活動の正当化根拠とするはずの最高裁」は<sup>18)</sup>、「憲法判断の根拠

---

11) 石川健治「ドグマティックと反ドグマティックのあいだ」石川健治＝山本龍彦＝泉徳治編『憲法訴訟の十字路』（弘文堂、2019年）303、330-332頁。巽智彦「立法事実論の再構成」同書31頁も、立法事実の変化を持ち出すことによる判例変更回避を問題視する。

12) 蟻川恒正「最高裁判例に表れた「個人の尊厳」」同『尊厳と身分』（岩波書店、2016年）163-164頁。

13) 駒村圭吾「家族と憲法」憲法研究4号（2019年）143頁。なお、駒村は、当該決定において「国民の意識」は「規範的ステータスを否定されていると見るべき」だとする。

14) 蟻川・前掲注4）133頁。山元一「『国憲的思惟』vs『トランスナショナル人権法源論』」同ほか編『グローバル化と法の変容』（日本評論社、2018年）12頁は、「事実／法の二元論的思考」を問題視する。

15) 泉徳治（渡辺康行＝山元一＝新村とわ（聞き手））『一步前へ出る司法』（日本評論社、2017年）168、200-201、208-109頁。なお、国籍法違憲判決の合議に加わった泉自身は、国籍法3条1項が「途中で違憲になったというには無理があり」、「制定当時から違憲であった」が、権利救済の観点から当該手法を許容するという立場である。他に、利点についても言及するものとして、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権〔第2版〕』（日本評論社、2023年）85頁〔渡辺〕。巻美矢紀「平等と自由」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、2015年）368頁以下、369-370頁。宮川光治「平等原則」判時臨増『法曹実務にとっての近代立憲主義』（判例時報社、2017年）172頁、白水隆＝宇野文重「判批」法セミ60巻12号（2015年）39、43頁。

を可視化可能な形で説明」しなければならない<sup>19)</sup>。判決においては、理由を附すことが定められている<sup>20)</sup>。裁判官による実際の心証形成がいかになされようとも<sup>21)</sup>、裁判所が自身の判断に対して正当化の責を負う機関であることから、判決における理由付け (reasoning) は重要である<sup>22)</sup>。「国民の意識」が直接的に正当化の文脈になだれ込むことは、権利の保護を多数者の理解に依存させることになるので防がなければならない。

判決における「国民の意識」の位置づけを考える際に参考になるのが、尊属殺重罰規定違憲判決<sup>23)</sup>である<sup>24)</sup>。同判決は、立法の経緯に加えて、立法後の状況の変化を述べたうえで、「このような点にかんがみ、当裁判所は、所論刑法 200

- 16) 参照、泉・同上、169頁。石川健治 = 山本龍彦 = 泉徳治「【座談会】『十字路』の風景」石川ほか編・前掲注6) 424頁〔泉〕、427頁〔石川〕。千葉勝美『憲法判例と裁判官の視点』(有斐閣、2019年) 18頁。坂田・前掲注9) 452-453頁、および、佐々木ほか・前掲注9) 218-219頁〔長谷部恭男〕、220、226頁〔佐々木〕は、立法府との関係で、全員一致の判断を示すために当該手法を用いたと理解する。そうした理解を採らないものとして、千葉勝美『違憲審査』(有斐閣、2017年) 90-91、103頁。
- 17) 同上・石川ほか「座談会」、430頁〔山本〕。なお、行政による基準の引き下げに際して生活保護に否定的な国民感情の考慮を認めた下級審判決(名古屋地判令和2・6・25判時2474号3頁)や、国民の意識の変化への対応を国会に委ねた夫婦同氏制合憲決定(最大判平成27・12・16民集69巻8号2586頁、最大決令和3・6・23集民266号1頁)など、「国民の意識」や「国民感情」への言及が、必ずしも裁判所による違憲判断を導くわけではない。
- 18) 蟻川恒正「[段階]と[型]」法時95巻2号(2023年) 87頁・注30。強調、原文。
- 19) 阪口正二郎「権威の文化と正当化の文化」判例臨増『統治構造において司法権が果たすべき役割 第1部』(判例時報社、2021年) 163-167頁。
- 20) 刑事訴訟法44条「裁判には、理由を附しなければならない。」民事訴訟法253条1項3号「判決書には、次に掲げる事項を記載しなければならない。」「三 理由」。
- 21) 大橋正春元最高裁裁判官は、ある要素の変化を憲法判断の変化に結び付ける「媒介項」あるいは「中間基準」として「国民の意識とその変遷を考える」ことを、「極めて常識的なもの」と説明する。渡辺康行 = 嘉多山宗 = 卷美矢紀(聞き手)「[インタビュー] 大橋正春・鬼丸かおる元最高裁判事に聞く」法時93巻2号(2021年) 67-69頁。
- 22) 参照、木下智史「日本の憲法訴訟の歴史と展望」憲法研究7号85頁。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』(成文堂、2009年) 273頁。櫻井・前掲注3)「時の変化」160頁。
- 23) 最大判昭和48・4・4・刑集27巻3号265頁。
- 24) 蟻川・前掲注4) 133頁。櫻井・前掲注3)「事情の変更」154頁。同・前掲注3)「時の変化」159-160頁。井上典之「判批」論ジュリ8号(2014年) 103頁・注19。宮川・前掲注15) 168頁。

条の憲法適合性につきあらためて検討することとし、まず同条の立法目的につき、これが憲法14条1項の許容する合理性を有するか否かを判断する」とした。

本件の主任裁判官であり、「多数意見の立場をより詳しく説明する」<sup>25)</sup>、岡原昌男裁判官補足意見は、「裁判所は……当該法規の内容の当否が立法政策の当否の問題であるにとどまると認められるかぎり、かかる法規を違憲とすることが許されない」ことについて、下田武三裁判官反対意見に賛同したうえで、以下のように述べる。「しかし、ことがらによつては、憲法上の効力が争われる特定の法規の内容が、立法の沿革、運用の実情、社会の通念、諸国法制のすう勢その他諸般の状況にかんがみ、かなりの程度に問題を有し、その当否が必ずしも立法政策当否の範囲にとどまらないのではないかとの疑問を抱かせる場合がないとはいえない。……時代の進運、社会情勢の変化等に伴い、当初なら問題がないと考えられた規定が現在においては憲法上の問題を包蔵するにいたつていないのではないかと疑われることもありうるところである。このような場合、裁判所は、もはや前記謙抑の立場に終始することを許されず、憲法により付託されている違憲立法審査の権限を行使し、当該規定の憲法適合性に立ち入つて検討を加えるべく、その結果……立法府の裁量の範囲を逸脱しているものと認めたならば、当該規定の違憲を宣明する責務を有するのである」(強調、本稿筆者)。要するに、「社会の通念」を含めた社会情勢等の変化によって、「立法政策当否の範囲にとどまらないことが看取されれば、「謙抑の立場に終始することを許されず」、「当該規定の憲法適合性に立ち入つて検討を加える」ことが求められるのである。

本判決の調査官解説は、当事者の訴訟戦略として、「法律の違憲を主張し、その旨の裁判を獲得するには、まずもって『合憲の推定』を動揺させ、裁判所を合憲性精査に踏み切らさなければならず、そのために、当該規定の内容があるいは合憲でないのではないかとの疑いを生ぜしめるような事由の存在について裁判所を説得・啓蒙する努力」が必要だと述べる<sup>26)</sup>。そのうえで、「本件でこのように合憲性精査に立ち入るべき状況の存在についての判示が加えられているのは、既

25) 田尾勇・最判解刑事事篇昭和48年度108頁。岡原裁判官と社会の変化に関連して、参照、岡原昌男「新年のことば」裁判所時報728号(1978年)1頁、渡辺・前掲注9)572頁。

26) 同上・田尾、142頁。

存の大法廷判例およびこれに引き続く諸判例をくつがえして法律の違憲が結論される場合であるため、特に慎重を期してのことと考えられ、法律の合憲性が問題となる場合には常にかかる判示をすべきものとする趣旨ではあるまい」と説明する<sup>27)</sup>。そして、「旧判例は、立法目的の合憲性のみを検討し、刑罰加重の程度如何は立法政策の問題であるとするにとどまっていたのに対し、本判決多数意見は目的達成の手段の合憲性にまで立ち入って考察判断を加え、違憲の結論を導きだしているのであって、旧判例当時の議論のむしかえしではなく、より深められた手法により、旧判例の論理を超える理論構成で新たな見解を打ち出した」と述べ、立ち入った検討によりなされた、新たな理論構成による違憲判断を高く評価する<sup>28)</sup>。

この判決においては、裁判所が憲法適合性審査についてあらためて検討する契機として「事情の変化」を用いている<sup>29)</sup>。佐藤幸治が、先例である昭和「25年の合憲判決以来国民意識もかなり変化し、48年判決も指摘するように、世界的にも尊属殺重罰規定の廃止または緩和の傾向にあり、また『改正刑法草案』にも尊属殺重罰規定がみられないという事情の下で、25年判決の漠然たる平等判断の基準から一步つっこんで立法目的達成の手段の合理性という分析視角をも取り入れての判断であって、正当な判例変更といえよう」と述べるように<sup>30)</sup>、当該判決は、国民の意識を含めた事情の変化を前提として、平等審査を先例よりも精緻化し、立ち入った司法判断を示した。当該判決から、判決における「国民の意識」の位置づけについて示唆を得ることができる。

周知のとおり、アメリカ憲法学では司法審査の正統性についての立憲主義と民主主義の問題を論じた多くの議論の蓄積がある<sup>31)</sup>。加えて、合衆国最高裁が下す判決が世論における多数者と合致する傾向を見出す、最高裁の記述的な多数主義性に関する研究<sup>32)</sup>や、司法的ステイツマンシップという観点から機関としての最高裁の正統性確保を論じる研究<sup>33)</sup>がなされている。一方、「国民の意識」を

27) 同上。

28) 同上、148頁。

29) 渡辺康行「憲法判例のなかの家族」駒村圭吾編『テキストとしての判決』（有斐閣、2016年）94頁。

30) 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）372頁。

含めた事情の変化を用いる判例の展開に対応できる研究が手薄だと指摘され、そうした研究の進展が望まれている<sup>34)</sup>。立法事実概念を再考する中で、外国法の考慮とともに、一般的・抽象的なレベルでの、法理の承認や権利の定式化において、「国民の意識」に依拠することの効用を論じる巻美矢紀も、憲法学がこの点につき「さらに考察を深める必要に迫られている」とする<sup>35)</sup>。とりわけ比較法の観点からの研究は、蓄積が十分ではないと思われる。それゆえ、違憲審査制自体の正当化に関する研究を踏まえたうえで、それとは位相の異なる、判決中の論理における「国民の意識」の援用の位置づけを論じることには意義があると考えられる。また、以下で分析対象とする個々の合衆国最高裁判決においては研究の蓄積があるが、そうした研究の成果に学びつつ、判決における「国民の意識」という視角を軸として分析することにより、新たに寄与をなすことが可能だと思われる。

本稿は、立法、司法における決定の可謬性、暫定性を前提に<sup>36)</sup>、「国民の意識」を援用するのであれば、先例拘束や立法裁量を相対化して立ち入った審査を導く事情としてなされるべきことを論じる。検討の対象として、アメリカ合衆国最高裁の実体的デュー・プロセス、平等保護に関する判決を扱う<sup>37)</sup>。具体的には、Iでは、同性愛者の自由に関する Lawrence 判決における「現れてきた意

31) 代表的なものとして、松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）、長谷部恭男「司法審査と民主主義の正当性」法時69巻6号（1997年）49頁（同『比較不能な価値の迷路〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2018年）第9章所収）、金澤孝「憲法理論の新局面」法時79巻4号（2007年）83頁。

32) 見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』（成文堂、2012年）。

33) 坂田隆介「最高裁の「公的正統性」(Public Legitimacy)」立命館法学361号（2015年）51頁以下。同・前掲注9) 441頁以下。

34) 宍戸常寿ほか「憲法学の75年」論ジュリ36号（2021年）6頁〔毛利透〕。

35) 巻美矢紀「『立法事実』の再考について」上智法学論集65巻4号（2022年）201頁。関連する最近の論考として、巻美矢紀「憲法解釈と『国民意識』」青井未帆ほか編『野坂泰司先生古稀記念 現代憲法学の理論と課題』（信山社、2023年）107頁以下。

36) 参照、駒村圭吾「討議民主政論の挑戦」憲法問題17号（2006年）95頁以下、同「討議民主政の再構築」中村睦男＝大石眞編『立法の実務と理論』（信山社、2005年）3頁以下、田中成明『現代裁判を考える』（有斐閣、2014年）199頁。

37) 修正8条の「残虐で異常な刑罰」条項において、「成熟した社会の進歩を示す進展する品位の基準」からその意味が引き出されるとする判例法理が形成されている。Trop v. Dulles, 350 U.S. 86. 判決における世論の援用に関する重要な考察対象であるが、本稿では立ち入らず、別稿において論じることとする。



識」、およびそれを基にした議論を対象とし、IIでは、同性婚に関する Obergefell 判決および国籍に関する Morales-Santana 判決における「新たな洞察と社会的理解」を対象とする。

## I Lawrence 判決における「現れてきた意識」

### 1. 判決中の「現れてきた意識」

連邦最高裁判決において「国民の意識」に相当するものを考える際に、Iで検討の素材とするのは Lawrence v. Texas 判決<sup>38)</sup>において登場した、「現れてきた意識 (emerging awareness)」<sup>39)</sup>である。

Lawrence 判決は、同性愛行為（以下、ソドミー）に刑事罰を科すジョージア州法を合憲とした 1986 年の Bowers v. Hardwick 判決<sup>40)</sup>を覆し、ソドミーに刑事罰を科すテキサス州法が修正 14 条のデュー・プロセス条項に違反するとした、2003 年の合衆国最高裁判決である。法廷意見はケネディ裁判官が執筆し（ステイブンス、スーター、ギンズバーグ、ブライア各裁判官同調）、結果同意意見としてデュー・プロセス条項ではなく平等保護条項を用いるべきだとするオコナー裁判官、少数意見としてスカリア裁判官（レンキスト長官、トーマス裁判官同調）およびトーマス裁判官によるものが付されている。

Bowers 判決は、問題を「ソドミーを行う基本的権利」が認められるべきかどうかであると設定した。そして、デュー・プロセス条項の下で厳格審査を要求する基本的権利かどうかに関して、「国の歴史と伝統に深く根差す」ものであるか、「秩序ある自由の観念に含まれる」ものであるかに照らして判断するとした。そのうえで、ソドミーの禁止は古くから根付いているとして、処罰法を制定している植民地および州の数の歴史的推移に言及する。判決時点でも 24 州とコロンビ

---

38) Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

39) 本判決は「現れてきた意識 (emerging awareness)」と「現れてきた認識 (emerging recognition)」とを互換的に用いており、本稿も区別せずに用いる。Id. at 572.

40) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986). Bowers 判決から、裁判所による共同体の価値の援用について検討するものとして、棚瀬孝雄「共同体論と憲法解釈 (上)」ジュリ 1222 号 (2002 年) 11 頁以下。

ア特別区が刑事罰を定め続けているとし、「歴史と伝統」および「秩序ある自由」をとともに満たしておらず、基本的権利は同性愛者の同意あるソドミーに拡張されないとした<sup>41)</sup>。

それに対して Lawrence 判決は、問題を基本的権利かどうかと設定せず、審査基準を明示していない。そして、Bowers 判決と、「歴史と伝統に深く根差す」ことを要求する Glucksberg 判決<sup>42)</sup>のアプローチから離れて、「過去半世紀における我々の法と伝統がここでは最もレlevanceを有する」と述べ、長年の伝統は決定的ではなく、また、古い確信ではなく現在の確信こそが重要だとした。続いて、それらは、「自由が、成人に、性に関する問題において彼らの私的な生活をどのように行うかを決するに際しての実体的な保護を与えるという、現れてきた意識 (emerging awareness)」を示すとした<sup>43)</sup>。法廷意見は、この「現れてきた認識 (emerging recognition)」は Bowers 判決時には明らかとされるべきだったとしたうえで、当該意識の存在を示す事情を4つ挙げる。

すなわち、第1に、模範刑法典が、私的に行われた同意ある性的な活動に対して刑事罰を書きこんでおらず、様々な州が模範刑法典に応じて各自の法律を変えたこと。第2に、Bowers 判決時である1986年においてさえ、ソドミーを違法化していたのは半分に満たない24州であり、それらの州においてさえも制定法による禁止がほとんど執行されていなかったこと。第3に、西洋諸国の実務が同性愛行為への刑罰にますます反対してきていること。この点につき、イギリスは1967年に同性愛行為を禁じる法律を廃止し、欧州人権裁判所は同意ある同性愛行為を禁じる法を欧州人権条約の下で無効としたことが挙げられている。そして、第4に、現在では13州のみがソドミーを禁止していて、同性間の行為に対してのみ規定しているのはたった4州であり、そして同性間であれ異性間であれ、いまだにソドミーが禁止されている州においては同意ある成人間の私的な行為に関しては執行しないというパターンがあること。以上の4点である<sup>44)</sup>。

---

41) *Id.* at 192-194.

42) *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

43) 539 U.S. at 571-72.

44) *Id.* at 572-73.

以下では、本判決が述べる「現れてきた意識」に関して論じる2人の論者の見解を取り上げて、批判的に考察を加える。

## 2. サンステイン (Sunstein) の「廃用」という読解

司法判断において狭く浅い法的推論を志向する、司法ミニマリズムの立場を採るサンステイン<sup>45)</sup><sup>46)</sup>は、進展する社会的理解に基づいたミニマリストな判決として読解可能だとする<sup>47)</sup>。サンステインは、本判決の論理について著しく不明瞭だとしたうえで、判示とそれを支える原理に関して、それぞれ異なる理解を支持する3つの筋を提示する。すなわち、同意ある私的な性的行為は他者を害さず基本的権利だとする「自律」の観点、道徳上の理由しか提示されず正統であるともっともらしく思われる根拠さえ欠き「合理的基礎」すら満たさないという観点、そして後述する「アメリカ型の廃用 (American-style Desuetude)」の観点を挙げる。そして、判示として性格づけることはできないが言外の意味でありうるものとして、4つ目に「平等」を加える<sup>48)</sup>。

このうちサンステインは、伝統的な観念である「廃用」に注目する。本判決の、「廃用」に強調点を置いた読み方からは、公衆の支持を失ったのであれば強力な正当化なしに州は同意ある性的行動に刑法を持ち込むことができないとされる<sup>49)</sup>。こうして、本判決は、同性愛行為だからといって罰するのは正当でない

45) Cass R. Sunstein, *What Did Lawrence Hold - Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage*, 2003 Sup. CT. REV. 27, 40 (2003). 参照、駒村圭吾「道徳立法と文化闘争」法学研究 78 巻 5 号 (2007 年) 141 頁・注 145、142 頁・注 151。サンステインの司法ミニマリズムに関する邦語文献としては、キャス・サンステイン著 (那須耕介監訳)『熟議が壊れるとき』(勁草書房、2012 年)、金澤孝「Cass R. Sunstein の司法ミニマリズムに関する一考察 (1)-(4・完)」早稲田大学大学院法研論集 109 号 25 頁、110 号 81 頁、111 号 51 頁、112 号 29 頁 (2004 年)。サンステインの、デュー・プロセス条項を過去指向的な役割、平等保護条項を未来指向的な役割を果たしているという、両条項の機能の違いに関する考え方については、志田陽子『文化戦争と憲法理論』(法律文化社、2006 年) 189 頁。

46) Cass R. Sunstein, *Liberty after Lawrence*, 65 OHIO St. L.J. 1059 (2004). も、Sunstein, *Id.* と同旨。

47) Cass R. Sunstein, *Burkean Minimalism*, 105 MICH. L. REV. 353, 374 n.108, 378-9 (2006).

48) Sunstein, *supra* note 45, at 29-30.

という「現れてきた国民の意識 (emerging national awareness)」や、当該行為を罰することを望まない広範なコンセンサスである「世論における進展 (evolution in public opinion)」に応答したものと見ることで、最もよく理解できるという<sup>50)</sup>。

ここで、「廃用」とは、制定法が長期間にわたって執行されない状況にある場合に、裁判所が当該制定法を廃止するという仕組みである。ローマ法に遡り、古くからのイングランド法に見られる本来の廃用は制定法それ自体を廃止することであるが、「アメリカ型の廃用」とは、制度として導入されているものではなく、実体的デュー・プロセス審査の中での、公衆の支持を失っていることに関する考慮である<sup>51)</sup>。

サンステインは、単に自律の観点からのみ読解すると「現れてきた意識」の議論の重要性を掴み損ねてしまうと、法廷意見が、同性間のソドミーに対する禁止が現在の価値から外れたものとなってきたということの広範な徴候を指摘することによって、Bowers 判決を覆したことを想起するよう促す<sup>52)</sup>。法廷意見において強調された2つの要因として、13州のみがソドミーを禁じており、そしてソドミー法はそれらの州においても刑事訴追を通じて執行されることが減多にないという、上述したうちの第4の事情を重視する。そして、「現れてきた公衆の意識 (emerging public awareness)」の作動は、州が主張する当該法律への道徳的正当化の信用性を失わせるのみならず、本件で争われている利益が、実体的デュー・プロセスに関する先例で認められた、避妊や中絶といった権利に匹敵するとの判断に役立ったとした<sup>53)</sup>。

たしかに、本判決がサンステインの言うように「現れてきた意識」によって決された判決であれば、婚外子相続分違憲決定に対する批判が同様に妥当するだろう。しかし、実際には本判決は、「現れてきた意識」を、結論を直接に左右する

---

49) *Id.*

50) *Id.* at 45, 49.

51) NOTE, DESUETUDE, 119 Harv. L. Rev. 2209, 2212 (2006). 門田成人「執行されない刑罰法規の廃止に関する文献の紹介」神戸学院法学 37巻2号(2007年)187-189頁。

52) Sunstein, *supra* note 45, at 49.

53) *Id.* at 51-52.

核心として用いた判決ではないように思われる。法廷意見は自由の普遍性に言及し、自由というものが、信念、表現及び一定の親密な行為を行う自由を含む自己の自律を前提とし、そうした個人の自由が問題となると述べる<sup>54)</sup>。判決の核心は、自己の自律から導かれる親密な関係形成の自由であった<sup>55)</sup>。

それでは、「現れてきた意識」は、当該判決においてどのような役割を果たしているのだろうか。それは、Bowers 判決の再検討に進むための、Bowers 判決が採用した歴史的アプローチを前提としたうえでの応答である。Bowers 判決は、ソドミー規制について昔にまで遡ることができる長い歴史を有すると述べた。それを承けて、Lawrence 判決法廷意見は、同性愛規制の歴史を確認し、Bowers 判決において依拠された歴史的根拠は、その法廷意見やバーガー長官同意意見が示すよりも複雑であり、それらの歴史的根拠は、疑いがないわけではなく、少なくとも言い過ぎだとする<sup>56)</sup>。そのうえで、過去半世紀が最もレレヴァントであるとし、Bowers 判決の欠陥は、判決後、より一層明らかになっているとして、州法数の減少や執行の稀少性を述べた。そして、Bowers 判決後に下された、Bowers 判決とは異なる方向の Casey 判決<sup>57)</sup>や Romer 判決<sup>58)</sup>に言及して、本件では Bowers 判決の再検討が必要だと述べるのである。

また、先例拘束法理について、判決の尊重と法の安定性にとって極めて重要であるが、不変の命令ではなく、Bowers 判決は変更できないほど個人と社会の信頼を得ていないとして、同判決は当時も現在も誤りであって変更されるべきであるとした<sup>59)</sup>。

そもそも、このように Lawrence 判決は、Bowers 判決について当時において

54) 539 U.S. at 562.

55) 駒村・前掲注) 45、126 頁、上田宏和『「自己決定権」の構造』(成文堂、2018 年) 35 頁。

56) 539 U.S. at 571.

57) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992). (中絶を基本的権利だと認めた Roe v. Wade 判決に関して、中絶規制に対する保護の範囲を緩和しつつも、先例拘束性を認めて、その核心部分を維持するとした事例。)

58) Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996). (同性愛者に対する差別を解消する法律、規制、条例、政策の定立、施行を禁じるコロラド州憲法修正 2 について、同性愛者に対する敵意に由来するとして、合衆国憲法修正 14 条の平等保護条項違反であるとした事例。)

59) 539 U.S. at 577-78.

も誤りだったと述べており、「現れてきた認識」は、Bowers 判決時には明らかであったはずだとしている<sup>60)</sup>。Bowers 判決は 1986 年に下された判決である。模範刑法典は 1955 年に作成され、1961 年にイリノイ州が模範刑法典に適合するように法改正し、他州もすぐに続いたことがアミカス・ブリーフを引用して認定されている<sup>61)</sup>。イギリス議会や欧州人権裁判所に関する言及についても、イギリス議会における委員会の廃止勧告が 1957 年、実際に廃止されたのが 1967 年であり、欧州人権裁判所の判決は 1981 年である。こうした外国法・判決の参照は、同性間の行為に関する個人の決定が、西洋文明の歴史を通じて州の介入に服してきており、そうした実践への非難が確固としてユダヤ・キリスト教の道徳と倫理的標準に根差しているとした、Bowers 判決バーガー長官同意意見<sup>62)</sup>への応答である。これらは、いずれも Bowers 判決以前に既に存在した事柄である。Lawrence 判決は、「我々の憲法体系において、Bowers 判決の欠陥は、その宣告に続く年月において、さらにより明らかとなった<sup>63)</sup>」としており、こうした事柄について、Bowers 判決時から存在していただけでなく認識可能であって、その程度が高まったにすぎないと Lawrence 判決が述べているものと読みとれる。

スカリア裁判官反対意見は、法廷意見による「現れてきた意識」への言及に対して疑義を呈したが、同性間のソドミー行為がデュー・プロセス条項によって保護される基本的権利ではないこと、道徳的考慮が正当な州の利益となること、民主過程に委ねるべきことが、当該反対意見の中心である。「現れてきた意識」に対する反論は、反対意見の中心とは言えず、その中でも州法よりも外国法の参照に対して、より批判の比重を置いている<sup>64)</sup>。

本判決の実質的な理由づけは、自律や親密な関係形成の自由である。過去半世紀の法と伝統による「現れてきた意識」に関わる部分は、あくまで先例が行った歴史的正当化の方法に則ったうえで、反証となる事実を列挙する。それは、それに続く箇所で言及される Casey 判決、Romer 判決という Bowers 判決以後の諸

---

60) *Id.* at 572.

61) *Id.* See also, Brief for Cato Institute as Amicus Curiae 15-16.

62) 478 U.S., at 196. (Burger J., concurring).

63) 539 U.S. at 573.

64) *Id.* at 597-98 (Scalia J., dissenting).

判決の存在とともに、先例の説得力を弱めるという役割を果たしていると整理できる。

### 3. コンクル (Conkle) の「進展する全国的価値の理論」

Lawrence 判決の記述的な理解としては、以上のように、「現れてきた意識」によって決されたとは言いがたい。次に、「現れてきた意識」に着目し、Lawrence 判決を出発点として実体的デュー・プロセスに関する理論を提示する、コンクルの議論を取り上げる<sup>65)</sup>。

コンクルは、まず、実体的デュー・プロセス理論に関して、2つの系統のアプローチを示す。1つ目は、歴史に基づくアプローチである。国の歴史と伝統に深く根差していることと、秩序だった自由に含まれることを満たさないことから、医師による自殺幫助を基本的権利と認めず、それを禁止する州法を合憲とした *Glucksberg* 判決に代表される。2つ目は、理由に基づく判断 (reasoned judgment) というアプローチである。これは、中絶に関する *Casey* 判決に代表される。そして、歴史と伝統に依拠することの利点として、多数主義的自己統治<sup>66)</sup>、客観性の担保<sup>67)</sup>、法の安定性と自由についての社会的期待の保護<sup>68)</sup>を挙げる。また、政治道德的論証による、理由に基づく判断の利点として、自由を最大化する機能<sup>69)</sup>を挙げる。

コンクルは、Lawrence 判決が明示的に採用しているわけではないとしつつも、同意あるソドミーの法的取扱いにおける近年の展開を論じていることをもって、進展する全国的価値の理論 (the theory of evolving national values) という、第3の理論の萌芽を当該判決に見出す<sup>70)</sup>。コンクルは、Lawrence 判決を、理由に基づく判断というアプローチを採用したように見えるものの、*Bowers* 判決に疑

65) Daniel O. Conkle, *Three Theories of Substantive Due Process*, 85 N.C. L. REV. 63 (2006). 参照、中曾久雄「同性婚の権利と連邦憲法(2)」愛媛法学会雑誌(2016年)42巻3・4号135頁・注153。

66) *Id.*, at 91.

67) *Id.*, at 93.

68) *Id.*, at 95.

69) *Id.*, at 107.

70) *Id.*, at 121.

問を投げかける際に、歴史的な探究も含んでいると理解する<sup>71)</sup>。進展する全国的価値の理論は、両アプローチを折衷したものであり、いずれのアプローチよりも優れているとする<sup>72)</sup>。

この理論では、第一段階において、主張された個別の権利に現在の全国的な広範な支持があるかどうかを判断する。第一段階でそうした支持が認められたときにのみ、第二段階において最高裁自身による政治道徳的論証が行われる<sup>73)</sup>。この政治道徳的論証には、アメリカの社会的、法的文化に存在する一般的コンセンサスの、規範的妥当性を確かめる役割が求められる。コンクルは、本理論をLawrence判決に当てはめると、多くの州が非犯罪化し執行も稀少だったことから全国的支持という第一段階の要件が満たされ、第二段階の要件を満たすために自律や人格的自由が用いられたと分析する<sup>74)</sup>。第一段階の全国的支持に関して、修正8条の文脈で「現在の価値に関して最も明確で最も信頼できる客観的証拠は国の諸議会で制定された立法である<sup>75)</sup>」とされることから、コンクルは全国における州法の多寡が現在の支持に関する最も重要な徴候であるとし、近年の立法における明確な傾向や執行の動向もレヴェアトだとする<sup>76)</sup>。

この理論は、全国の州へと統一的な影響を及ぼす、新しく現れてきた憲法上の権利を認定する合衆国最高裁の裁量を、多数主義的自己統治への制限と見て、様々な州における現在の法律と実践の動向という最高裁外部の源泉によって、裁量に限定をかけたうえで最高裁自身の論証を求めることを、自身の強みだとする<sup>77)</sup>。

たしかにこの理論は、実体的デュー・プロセスによる保護を及ぼすに際して、実質的な理由づけとは別に、全国的な国民の支持を検討する段階が設定されている点では、「はじめに」で示した、契機としての役割と共通する面がある。しか

---

71) *Id.*, at 66.

72) *Id.*, at 124.

73) *Id.*, at 129.

74) *Id.*

75) *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 312 (2002) (quoting *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 331 (1989)).

76) Conkle, *supra* note 65, at 130-34.

77) *Id.*, at 132-33.



し、全国的な支持がなければ第二段階である理由に基づく論証に進まないという構造となっていることから、多数派の理解を得なければ自由の保護を得られないところに問題がある。すなわち、司法による保護を多数派の理解に依存させているという批判が妥当する。

#### 4. 小括

I では、Lawrence 判決が「現れてきた意識」に言及しており、そのことに着目した判決の理解の仕方の存在が示された。しかしながら、意識の変化に依存して判決が下されたわけではなく、先例である Bowers 判決が依拠する歴史的、文脈的な手法に、まずは則ったうえで反駁するために、「自由が、成人に、性に関する問題において彼らの私的な生活をどのように行うかを決するに際しての実体的な保護を与えるという、現れてきた意識」への言及がなされたのである。それは、先例に追従した判断ではなく、自律や親密な関係形成の自由に基づく踏み込んだ検討を行う契機として機能したと評するものであった。また、本判決の「現れてきた意識」を出発点として、実体的デュー・プロセスに関する「進展する全国的価値の理論」を提唱する学説が見られたが、全国的な国民の支持の存在を必須としているところに難点があった。

Lawrence 判決法廷意見は、その結びにおいて、「修正 5 条と修正 14 条のデュー・プロセス条項を起草し、批准した人びとは、時勢が真実に対する人びとの目を覆い、後の世代が、かつては必要かつ適切だと考えられた法律が、実際にはただ抑圧に仕えるだけだと気づきうるということを知っていた」と述べる<sup>78)</sup>。これは、II で検討する、Obergefell 判決や Morales-Santana 判決で登場する「新たな洞察と社会的理解」への言及につながるものであった。

---

78) 539 U.S. at 579. 松尾陽「文化戦争と反ソドミー法違憲判決」大沢秀介 = 大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』(成文堂、2014年) 210頁。

## II Obergefell 判決と Morales-Santana 判決における 「新たな洞察と社会的理解」

### 1. Obergefell 判決<sup>79)</sup>

Obergefell 判決は、5対4で同性カップルにも婚姻の権利を保障した判決である。ケネディ裁判官が法廷意見を執筆した。

法廷意見は、合衆国最高裁がこれまでに婚姻の権利を基本的権利だと認めてきたとしたうえで、婚姻の権利が保障される根拠として4つの原理と伝統を挙げる。第1に、婚姻に関する選択が個人の自律に内在するものであること、第2に、婚姻が二人の親密な結合を支えるものであること、第3に、子どもと家族を保護し、養育、生殖、教育の権利から意味が引き出されること、第4に、婚姻が社会秩序の要石であること、である。こうした点について、同性カップルと異性カップルとの間に違いはなく、婚姻制度からの排除によって同性カップルは結婚に結び付けられた利益を否定され、この害悪は物質的な負担以上のものとなり、社会の中心的な制度から排斥することは同性愛者を貶めると述べる。そして、自由と平等の相乗効果から、州による同性婚の禁止を合衆国憲法は許容しないと判示した。

本稿の観点からは、本判決において「新たな洞察 (new insights)」と「社会的理解 (societal understandings)」という文言が登場したことが注目される。

法廷意見は、デュー・プロセス条項における婚姻の権利の基本的権利性の具体的な検討に入るに際して、基本的な個人の利益を認めるうえで、理由に基づく判断 (reasoned judgment) を行うことが裁判所に求められるとする。そして、このことを導くものとして、次のように述べる。「不正義の本質とは、我々は、自分たち自身の時代には、必ずしも不正義を分かりえないということである。権利章典および修正14条を起草し、承認した世代は……我々がその意味を学ぶにつれて自由を享受するすべての者の権利を保護する憲章を将来の世代に委ねた。新たな洞察によって、合衆国憲法の中心的な保護と、一般に受け入れられた法的制限との間の不一致が明らかにされるとき、自由に対する主張が検討されなければ

---

79) Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

ならない<sup>80)</sup>。』

被告である州は、Glucksberg 判決に則って、「注意深い描写」によって特定された権利、すなわち本件では「婚姻の権利」ではなく「同性婚の権利」に関する歴史と伝統の参照を求めた。それに対して法廷意見は、婚姻に関する事案では、一般化された「婚姻の権利」と設定して検討してきたとした。そのうえで、「権利は、古くからの源泉のみから生じるのではない。権利は、我々自身の時代に依然として差し迫ったままである自由を憲法の命令がどのように定義するかについての、よりよく情報を与えられた理解からも発生する」と述べ<sup>81)</sup>、Glucksberg 判決の歴史的アプローチを採用しなかった。

さらに、法廷意見は、「平等保護条項を解釈するに際して、新たな洞察と社会的理解が、かつては気づかれず、争われなかった我々の最も基本的な制度における不当な不平等を明らかにしうることを当裁判所は認めてき」ており、「新たな意識 (new awareness) に応答して、当裁判所は平等保護原理に訴えて、婚姻に対して性に基づく不平等を課す法律を無効としてきた」とする<sup>82)</sup>。このように、本判決における「新たな洞察と社会的理解」は、Lawrence 判決と比べても、より直接的に、主張の検討と、理由に基づく判断へと進む契機としての性格が見出される。

また、民主的政治過程との関係を論じる箇所では、「たとえ、より広範な公衆に不一致があり、たとえ立法府が行動を拒もうとも、危害を加えられたときには個人は裁判所による憲法上の保護に訴える権利がある」と述べていることから、権利保護にとって多数派の理解が不可欠とされているわけではないことが示されている。

## 2. Morales-Santana 判決<sup>83)</sup>

続いて、Obergefell 判決を引用して、「新たな洞察と社会的理解」への言及が判決中に含まれる<sup>84)</sup>、Morales-Santana 判決について検討する。

80) *Id.* at 664.

81) *Id.* at 671-72.

82) *Id.* at 673-74.

合衆国市民と他国の市民との間に外国で出生した子の国籍取得に関して、移民国籍法（INA）の規定が問題となった。本件に適用される当時の規定では、両親が未婚のとき、父が合衆国市民、母が他国の市民の場合には、婚姻している夫婦と同様に、合衆国市民である父親が、子の出生前に、14歳に達した後の5年間を含めて合計10年間、合衆国内に現実には所在していることが要件とされていた。その一方で、父が他国の市民、母が合衆国市民の場合には、母が、子の出生前に1年間合衆国に連続して合衆国内に現実には所在していればよいという、例外規定が設けられていた。

ギンズバーグ裁判官が執筆した法廷意見は、本件規定がジェンダーに基づく区別だとして、中間審査基準を用い、法の平等な保護の保障を含む修正5条の下で本件規定を違憲とした。

法廷意見によれば、当該規定は、男性と女性のあり方についての過度な一般化に満ちていた時代からのものである。今日、そうした法律は、ジェンダーに基づくすべての区別に伴う、高められた審査を受ける。それゆえ、ジェンダーに基づいて別異取扱いを行う法律の擁護が成功するには「きわめて説得的な正当化」が求められる。ジェンダーに基づいて区別する立法の擁護者は、「少なくとも、[争われている] 区別が重要な政府目的に仕えること、および、用いられた差別的な手段がそうした目的の達成に実質的に関連すること」を示さなければならず、さらに、当該分類は今日の重要な政府利益に実質的に仕えなければならない。それ

---

83) Sessions, Attorney General v. Morales-Santana, 582 U.S. 47 (2017). 本判決の翻訳として、小竹聡「翻訳——Sessions v. Morales-Santana, 582 U.S. (2017) 判決」。本判決は、救済に関して、拡張が原則であるとしつつも、議会が居住要件を定めていることの意義や婚姻している父母との平仄の観点から、未婚の合衆国市民の母の子に例外的に付与されていた利益を拡張するのではなく無効とすることによって原告の救済を否定した点で、重要な論点を含んでいる。本判決における救済については、松原俊介「裁判所による不平等の救済方法に関する一考察——Sessions v. Morales-Santana 判決を中心に——」法政理論52巻4号（2020年）34頁以下が詳しく論じている。当該利益を拡張するか無効とするかについて、憲法上の瑕疵を知らされていたと仮定した場合の当該法律の立法者の意図を基準として裁判所が自ら判断するとされ、本稿の観点からは、「新たな洞察と社会的理解」はあくまで実体的な区別に関するものであり救済に関する結論を左右しないことが示唆されるが、救済の論点については立ち入らない。

84) 尾形健「立法裁量と司法審査」石川ほか編・前掲注11) 60頁。

は、「平等保護 [の保障] を解釈する際に、[当裁判所は] 新たな洞察と社会的理解が、かつては気づかれることがなく、争われなかった……不当な不平等を明らかにすることができることを認識し [ている]」からであるとした<sup>85)</sup>(強調、原文イタリック)。ここで Obergefell 判決が引用されている<sup>86)</sup>。そして政府は、当該規定が仕える2つの重要な目的として、(1)市民となる子と合衆国との間の結びつきを確保すること、および、(2)子どもの「無国籍状態」を防止すること、を主張する。(1)については、母親が婚姻によらない子の唯一の保護者であり、父親は、婚姻によらない子に対して無関心だという、長年抱かれてきたステレオタイプによるものであり、手段と目的との密接な適合は見出されえないとした。(2)についても、父と母のどちらが合衆国市民であるかによるリスクの差異は立証されていないとした。そして、婚姻によらない父親は、子の責任を引き受けることに関して一様に適していないという、過度な一般化による廃れた見方に基づく法律は、いかなる重要な政府利益にも仕えないとされた。以上から、政府は、ジェンダーに紐づいた区別に対して「きわめて説得的な」正当化を提出しておらず、男性および女性市民の平等な尊厳と名声を尊重することを要求する憲法の下では耐えられないと、判示した。

「新たな洞察と社会的理解」は、審査基準の定立に際して述べられているために、一見すると審査に直接的に組み込まれているようにも理解可能である。しかし、社会の理解の有無によって直接に違憲か否かという結論を左右するのではなく、今日の重要な政府利益との実質的関連性の要求を導く形で言及されている。ここで、「今日の」という文言を付さずとも、そもそも審査される時点で重要性を失っている政府利益は、「重要な政府利益」に含まれないはずである。しかし、「新たな洞察と社会的理解」への言及は、全く意味を持たない単なる蛇足にすぎないわけではない。それは、法律制定時や先例が下された時点ではなく、現時点における判断のレヴァンスを意識的、明確に確認することによって、立法者への敬讓や先例拘束が、形式的な結論の反復につながることを避け、定立した基準が満たされているのかどうかを再度審査しなおすことを後押しする。すなわち、

---

85) 582 U.S. 59.

86) 576 U.S. 673.

「かつては気づかれることなく、争われなかった……不当な不平等を明らかにすることができる」という機能が、平等保護の解釈に際して「新たな洞察と社会的理解」に託されているのであって、法廷意見が、「この国の法律書が男と女のあり方についての過度な一般化に満ちていた時代に起源をもつ」<sup>87)</sup>と述べる、以前のジェンダー理解に基づく当該法律に対する、立ち入った審査を導くのである。決して、「新たな洞察と社会的理解」以前には問題が存在しなかったわけではなく、「かつては気づかれることなく、争われなかった」のである。

それでは、「不当な不平等」は、誰にとって「かつては気づかれることなく、争われなかった」のであろうか。まず、潜在的な原告となりうる、不当な別異取扱いを受けた者が考えられる。時代環境によっては自らが異なって取扱われているとの認識を持つことなく過ごす場合があり、別異取扱い自体には気がついたとしても、その区別が不当なものであると認識することは困難でありうる。そして、不当な別異取扱いだと気がつくことができた者が争うことには、更なる困難が待ち受けている。このように、何重にもわたるハードルが存在する。また、不当な別異取扱いを行った者、すなわち、本件では当該規定を立法した者にとっても、その不当な不平等に気づいていなかった可能性がある。のみならず、そうした状況を継続させてきた、規定成立後の立法者、執行者、そして裁判所も、その対象に含まれる。裁判官にとっても、司法判断の可謬性を直視し、反省する契機が必要となる。事実の存在や変化のみならず、今までその存在あるいはその重要性に気づかなかった論理に気づくことも含まれると考えられる。

これまで移民や帰化に関しては、立法、行政の専権事項として司法審査が及ばないとする、「絶対的権限法理 (plenary power doctrine)」の下で、表面的な審査にとどまってきた。移民国籍法について、合衆国憲法の平等原則に基づいて違憲とした先例は存在しなかったと指摘される<sup>88)</sup>。それに対して本判決は、当該法理にとらわれずに高められた審査を行い、子どもの養育は父親ではなく母親の責任だとする性に基づくステレオタイプを否定して、平等保護を徹底した点に意義が見出される<sup>89)</sup>。

---

87) 582 U.S. 57.

88) 山口真由「判批」[2018-1] アメリカ法 104 頁。

本判決における「新たな洞察と社会的理解」は、「絶対的権限法理」や、立ち入った審査を行った先例の不在といった、理由に基づく審査へと進むことを躊躇わせる障壁を除去し、実質的な審査を行うことを導くものであった。

### 3 小括

Ⅱでは、2つの判決を素材として検討した。Obergefell 判決は、自律や尊厳の観点から同性カップルにも婚姻の権利を保障した。Morales-Santana 判決は、性に基づくステレオタイプを指摘し、平等保護違反を認定するものであった。両判決において「新たな洞察と社会的理解」は、最高裁が立ち入った審査を行い、理由に基づく判断を下すことを導く機能を果たした。また、先例拘束の解除として位置付ければ、その後の段階で主張が実質的に検討されることから、当事者の主張立証に対する不意打ちの問題は低下しうると思われる。

## おわりに

以上、ⅠおよびⅡでの検討から、Lawrence 判決における「現れてきた意識」も、Obergefell 判決と Morales-Santana 判決における「新たな洞察と社会的理解」も、先例や立法裁量を相対化し、立ち入った審査へと進む契機として位置付けられることを見出した。最後に、関連する点をいくつか述べることにしたい。

本稿が検討してきたような先例の扱い方は、アメリカにおける、コモン・ローに由来する類推という判断手法の伝統と親和的である<sup>90)</sup>。アメリカの憲法判例は、「先例に根拠を置く形で、内在的な展開を繰り返してきた」が<sup>91)</sup>、「先例が如何なるルールを示しているかは、必ずしも自明ではなく、つまりルールの内容について、先例を示した裁判所の意図が支配するのではなく、新たに判断を下そうとしている裁判所が、社会的な状況を踏まえて、確立させる」ものである。

---

89) 大江一平「判批」総合法政策研究会誌1号(2018年)35頁。根本猛「4度目の正直、完結した男女平等」静岡法務雑誌11号(2019年)16頁。

90) 青井未帆「司法審査の様式としての「類推によるリーズニング」」石川ほか編・前掲注11)145頁。

91) 同上、128頁。

「法的ルールを生み出すように前に進む」コモン・ローのリーズニングには、「適用可能な社会的前提も含まれる」のであり<sup>92)</sup>、暫定性を持ちつつ「先例を根拠に不断に作り直され展開する (evolving) 憲法という側面」がある<sup>93)</sup>。こうした思考様式の中に、これまで述べてきた、契機としての「意識」の展開は十分に位置付けられうる。

これまでも、先例変更について、社会の変化との関係で論じられてきた。アメリカの「学説は、次第に社会の変化に応じた先例変更を積極的に支持し、先例が誤っていれば先例変更も許されるという立場を支持するようになった」とされる<sup>94)</sup>。また、判決において、「連邦憲法に関する事例においては、立法による是正が実際上不可能であるから、当裁判所はしばしば先例を覆してきた。裁判所は、経験の教訓とより優れた推論の力に頭を垂れ……試行錯誤の過程が、司法の機能においてもまた適切であることを認めてきたのである」と、述べられた<sup>95)</sup>。Casey 判決は、先例である Roe 判決が「社会的信頼」(societal reliance) を有しているとして、先例を維持すると述べた。その際、「機能不全、信頼、法の発展、事実の変化という4つの観点」が挙げられていた<sup>96)</sup>。Casey 判決は、結論としては先例拘束を基に中絶の権利を維持したが、以下のように判示した。「事実が変化しもしくは事実の見方が変化し、古いルールが適用される重要な事例が奪われてしまったりそのルールの正当化根拠を失わせてしまっているか、を問うことが許される」。「そこで本件では……Roe 判決の前提とする事実がその後の20年間に大きく変化し、その中心的な判示がそれが向けられた論点を扱うに際してほとんど関連性の乏しいものとしてしまったかあるいは正当化しがたいものとしてしまったか、を問うことができる」<sup>97)</sup>。そして同判決は、「人種別学に関する Brown 判決による先例変更が正当化されたのは、憲法判決が求められた事実の

92) 同上、145頁。

93) 同上、161頁。浅野博宣「違憲判決の効力と先例の拘束性」青井ほか編・前掲注35)77頁・注13は、先例変更が許容されることにつき、ジョセフ・ラズの議論を紹介する。

94) 松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編『講座憲法学 6 権力の分立(2)』(日本評論社、1995年)214頁。

95) 同上、228頁注36。United States v. Scott, 437 U.S. 82, 101 (1978)。

96) 小竹聡『アメリカ合衆国における妊娠中絶の法と政治』(日本評論社、2021年)361-363頁。



「社会による理解」が根本的に変わったから」だとした<sup>98)</sup>。

翻って日本において、芦部信喜は、判例変更を正当化する理由の一つとして、「時の経過により事情が変更したという理由」を挙げる<sup>99)</sup>。また、佐藤幸治は、「憲法判例の変更が必ずしも必要とは言えないがなお正当とされる場合」の一つとして、「先例がその後の時代的要請に対応しなくなったとき」を挙げる<sup>100)</sup>。日本の最高裁では、資源の不足と過大な事件処理件数の負担が、実体に踏み込んだ憲法判断をする余裕を失わせていると言われることがある。これに対しては、資源の拡充と負担軽減を図る制度的な手当てが模索されることは当然として、実体的な検討に進むための「気づき」の契機も、憲法判断の充実に資すると思われる。

発見の文脈と正当化の文脈に即して考えると<sup>101)</sup>、「気づき」をもたらす契機として「国民の意識」が用いられるのであれば、一見すると、それは合理的に再構成して提示される正当化の文脈ではなく、裁判官における発見の文脈であり、判決に書きこむ必要はないようにも思われる。しかし、「気づき」は、憲法上保護された権利の侵害を世論によって知るといふ、純粋な、裁判官の心理における現実の発見、思考プロセスというだけではなく、問題自体については当然知っていたけれども、世論によって立ち入って検討すべきだと裁判官に警告するという側面にも大きな意義がある。純粋に内面的な要素としてではなく、立ち入った検討を導く点で正当化の文脈と密接に関連するのであれば、判決において明示する意義が認められるように思われる。

裁判所が、機関としてではあっても——あるいは機関としてであればこそ——

97) 505 U.S. 854-55. 松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性について——妊娠中絶をめぐるアメリカ合衆国最高裁判所の判例から」佐藤幸治・清永敬次編『憲法裁判と行政訴訟』(有斐閣、1999年)255頁。

98) Id. at 862-63. 同上、256頁。

99) 芦部信喜『現代人権論』(1974年、有斐閣)336頁、同『憲法訴訟の現代的展開』(1981年、有斐閣)11頁。

100) 佐藤・前掲注30)369-372頁。なお、尊属殺重罰規定違憲判決を、同じく「憲法判例の変更が必ずしも必要とは言えないがなお正当とされる場合」の一つである、「慎重な再検討に基づき先例と違った解釈の妥当性を確信するに至ったとき」の代表例としている。

101) 参照、渡辺康行『憲法裁判の法理』(岩波書店、2022年)3-5頁。平井宜雄『法律学基礎論の研究 平井宜雄著作集I』(有斐閣、2010年)41頁以下。星野英一『民法論集 第8巻』(有斐閣、1996年)93頁以下。

自らの誤りを認めることに何らかの抵抗が生ずるのは自然なことのようと思われる。だからといって、誤りを正さないままでよいということにならないのは当然である。真摯な司法判断の不在は、法による救済を恃む訴訟当事者の観点から許容されないのはもちろんのこと、機関としての正統性をも毀損し続けることとなる。判例変更をせずに違憲判断を下せば、面前の訴訟当事者に対する救済とはなりえても、法を司る機関としての自らの正統性を救うことは叶わないと思われる。立法府が反発して早期に法改正を行わないことを避ける最高裁の試み自体は責められるものではないが、最高裁が論理性を犠牲にせざるを得ないとなればそうした状況を形成している立法府をまず問題とする余地があり、学説としてもそうした土俵自体を批判的に考察することを通じて、裁判所が論理性も含めて十全に能力を発揮して審査できる状況を創出していく必要がある。

本稿では、「立ち入った検討」の具体的内実を論じることはできなかった。例えば「国民の意識」の認定が、審査密度と具体的にはどのような関係に立つのかは、さらなる研究を要する問題だと思われる。本稿注37)で述べた修正8条における「進展する品位の基準」に加え、生ける憲法論をはじめとする憲法理論との関係や、わいせつや政教分離に関する判決で用いられる「社会通念」<sup>102)</sup>など、検討すべき課題は多いが、今後の課題としたい。

〔付記〕 本論文はJSPS 科研費 22KJ1386 の助成による研究成果の一部である。

---

102) 渡辺康行「違憲審査の正当性と〈社会通念〉ないし〈コンセンサス〉・再考」青井ほか編・前掲注35) 85頁以下。