

資 料

プライバシーの権利\* (上)

ジェド＝ルーベンフェルド (Jed Rubenfeld)\*\*

後藤 光 男

森下 史 郎 共訳

北原 仁

はじめに

I プライヴァシーの系譜

A プライヴァシー以前の判例法

B プライヴァシーの判例

C バウアーズ v.  
ハードウィック判決

II 人格性

A 分析的批判

B 共和主義的批判 (以上本号)

C フーコーからの批判

1 フーコーの性の歴史

2 人格性の解放の可能性

III プライヴァシーについて

取りうる別の見解

A 方法

B 内容

C 適用

1 中絶および避妊

2 異人種間の婚姻

3 住居占有規制

D 区別

E 同性愛

IV 結論：プライバシーの  
憲法上の基礎

A プライヴァシーとロクナー判決

B 全体主義と憲法解釈

訳者あとがき

\* 本稿は, Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737 (1989). を訳出させていただいたものである。Copyright ©1989 by the Harvard Law Review Association.

\*\* 著者は, 現在, イェール・ロー・スクールの準教授 (Associate Professor at Yale Law School) である。

「この三十年間にわたってプライバシーの権利は、国家権力を憲法上限界づけるものとして役だってきた。この法理が重要であり、注目を受けてきたのにもかかわらず、プライバシーの権利の範囲や由来についての根本的な問題に関してはほとんど意見の一致をみない。実際、プライバシーの権利は、いったいなにを保護するのか。どんな原理が、プライバシーの権利の根底にあるのだろうか。通常のアプローチは、『基本的権利』および『人格性 (personhood)』という議論に基づいているのであるが、ルーベンフェルド氏は、この論文で、こうした根本問題に対する通常のアプローチを批判的に検討し、次に、それに代わるアプローチを提唱する。ルーベンフェルド氏の見解では、プライバシーの分析では、通常の出発点となっている法律が、何を禁止するのかではなく、むしろ、その法律が、何を積極的にもたらすのかということに注目しなくてはならないのである。中絶の禁止のような若干の法的禁止事項は、極めて根底的で積極的な結果をもたらすがゆえに、その実際の効果は、人の生存をきわめて特定の方向に嚮導し、その人生全体を実質的に形成することになる。著者の論ずるところ、このような法律は、端的に性質上全体主義的なものと見做されるのである。このような法律が、プライバシーの権利にかかわりがあるのは、この法律の禁ずる行為が『基本的なもの』だと考えられるからではなく、むしろ、法律の実際の結果が人の生き方を強く教示するからである」\*\*\*

## はじめに

本稿は、憲法上のプライバシーの権利に関するものであるが、多くの人が、憲法上のこの権利は、プライバシーとの関係はほとんどなく、憲法典とは全く関係がないところの権利であると信じている。しかしながら、プライバシーの権利は、すべて国家権力の正当な限界を画することには関係がある、と異口同音に言われている。プライバシーの権利の仮定しているのは、自然法や後々までも盛んに用いられたこの自然法の代用品である実体的デュー・プロセスと同様、ある場合には、自由社会の事物の秩序そのものからして、憲法の保障をはっきりとは侵犯しない法律であっても、これを見逃せない場合もありうるといふことである。

---

\*\*\* この文章は、ハーヴァード・ロー・レビュー編集部の論文の要約であるが、本文と合わせて訳出した。

また、プライバシーの法理では、法律がこうした暗黙の境界を逸脱しているか否かを定める適切な機関は、裁判所なのだということも、仮定されている。この仮定は、保守派と自由主義派とを分かち評判の芳しくないものとして知られているが、むしろ、どちらがこの仮定の立場を取るのかは、研究年代と法的研究課題の選び方によって違ってくるのである。私は、以下のようにして、その議論は避けようと思う。裁判所は、常に憲法の文言を越えて立法を無効としてきたし、立法を無効にし続けることも間違いない<sup>(1)</sup>。役人というのは、すべてが職務権限を拡大したいという願望には抗しがたいからだとか、法文の「文言それ自体」という考えは、無意味であるからとか、憲法起草者の元々の意図であるからといって、この「司法積極主義 (activism)」が、説明できるかどうかという仕事は、社会学者、文献学者や司法長官に任せてもいいだろう。さらに、どちらの政治綱領のほうが、特定の時代の判決に最も密接に結びついているのかを問うよりも、むしろ、別の問いを立てるべきである。つまり、これは、裁判所は、法文を越えた憲法を作り上げるさいに、広範に及ぶ国家権力からほんとうに個人を解放しているのだろうかという問いである。それが、判決を正当化しようとするさい裁判所が用いる自己のイメージ (self-conception) であり、また、プライバシーの提唱者が主張する政治的見解でもある<sup>(2)</sup>。それゆえ、それは、裁判所の仕事を評価するのに適切な規準なのである。

プライバシーという項目のもとで無効とされた法律は、性 (sexuality) の周りに引き寄せられるという特異な傾向がある。つまり、嚆矢となった事件は、

(1) 「そんなはずはないと主張しても、大多数の裁判官がこの社会で基本的だと考える価値が、憲法典には何ら特定の法文上の根拠がないにもかかわらず、連邦最高裁によって積極的に押しつけられなかったような時代は、今までのところ、存在しない」。R. ROTUNDA, J. NOWAK & J. YOUNG, *TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW* § 15.7, at 79 (1986) (以後 *TREATISE*)。憲法が制定されたさい「法文化されなかったこと (non-textuality)」が極めて重要であることは、——「法文にある」/「法文にない」という区別が、首尾一貫したものでありうると仮定すればであるが——無論プライバシーの権利に留まらない。たとえば、結社の自由は、憲法の法文のどこにも述べられていないし、不合理な立法や州際通商に苛酷な負担をかけたり、差別したりする州の立法が禁じられることも、どこにも述べられていない。さらに、権利章典 (the Bill of Rights) が州政府に適用されることも、純粹に「実体的デュー・プロセス」にはかならないし、全ての憲法の基盤——連邦最高裁が州の最高裁または連邦議会の合憲だとする法律を無効とする権能——そのものでさえも、推定されなければならなかったのである。See *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803); *infra* note 13. 本稿は、非法文解釈一般を擁護しようとするのではない。しかしながら、その結論は、プライバシーの権利の憲法的基礎を示唆するものである。

避妊、婚姻および中絶にかかわるものであった<sup>(3)</sup>。この傾向が重要であるということは、何ら述べられることもなくほとんど見過ごされてきた。この沈黙の背後には、性は国家が侵入してはならない生活領域なのだ、という直感または暗黙の合意が横たわっているのかも知れない。プライバシーの法理は、そうした直感に少しばかり言及すれば説明できる、と思っている人たちの見解は、驚いたことに、*パウアーズ v. ハードウィック* 判決 (*Bowers v. Hardwick*)<sup>(4)</sup> で不十分だということが明かになった<sup>(5)</sup>。

しかし、ハードウィック判決以前でも、プライバシーの法理は、性にかかわる原理に言及しさえすれば解決できる、と信じた人は、ほとんどいなかった。それどころか、支配的な説明概念は、今も「人格性」である。われわれの人格性は、依然としてこれを侵してはならないのである。つまり、それが、プライバシーの保護するものなのであり、プライバシーの原理なのでもある<sup>(6)</sup>。人格性という考えの根底的批判は、まったくもって存在しない。

それゆえ、三つの課題、が提示されるのであるが、これらはたがいに重複する。最初の課題は、プライバシーの法理を説明し、明確にするさい用いられる原理としての人格性の有効性にかかわるものである。第二の課題は、プライバシーの法理、性および国家権力の限界との関係であり、第三の課題は、人格性以外のなんらかの原理が、憲法上のプライバシーの権利の根拠となりう

(2) 幾度も引用されたこの見解表明は、ブランドイス裁判官のものである。すなわち、

「われわれの憲法制定者たちは、・・・人間精神の本質、人間感情そして人間の知性の大切さを認識していた。彼らは、苦痛、快樂および人生の満足の一部分しか、物質のなかに見いだされうるにすぎないことを知っていた。彼らは、その信条、思想、感情そして感覚について、アメリカ人を守ろうとした。彼らは、ひとりで放っておいてもらう権利——権利のうちで最も包括的な権利と文明人の最も高く評価する権利を、政府に対する権利として、授与したのである」

*Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting). これは、たとえば、*Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, n. 10 (1972); *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 494 (1965) (Goldberg, J., concurring) に引用され、また、*cf.* L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* § 15-1, at 1302 (2d ed. 1988) (「プライバシーは、社会の制約原理にほかならない」).

(3) 後掲, 149-52頁 (原文 pp. 744-46)。

(4) 478 U. S. 186 (1986)。

(5) ハードウィック判決で、連邦最高裁は、プライバシーの権利による異議申立に対して、同性愛ソドミーを犯罪とする州法を支持した。See *id.* at. 195-96. 連邦最高裁は、プライバシーの権利によって「同意のある成人同士での私的な性行為」が保護されるという立場を特に拒否した。See *id.* at 191.

(6) 後掲, 159頁 (原文 p. 752)。

るかどうかという問題とかかわっている。

本稿では、以下のごとくこの三つの課題を提起するつもりである。第一章では、プライバシーの権利の判例法の発展を要約する。第二章では、人格性原理の批判を提示する。第三章では、プライバシーの法理を把握し、説明し、適用する新たな方法を提唱する。

ハードウィック判決は、通常のプライバシー法学とプライバシー・イデオロギーの重大な欠陥を明らかにしてきている。その憲法上の論拠は、変動してきており、恐らくこれは、完全に崩壊するであろう。最高裁判所 (the High Court) のメンバーの交代によって、プライバシーの法理の妥当性を全面的に見直す可能性が提起されている。しかし、この法理が、初めて有力になったときでさえ、最高裁は、何を保護すべきかをあえて明言しようとはしなかった。プライバシーの権利の核心には、常に概念の空白があったのである。

その理由は、プライバシーの事件の現行の分析というのは、いつもきまって肝心な点を見逃してきたからだということを、私は、明らかにしようと思う。今までのプライバシーの分析は、法律の禁止する問題の行為——たとえば、中絶、異人種間の婚姻または同性愛——を取り挙げて、こうした禁止行為をなすことが、「基本的権利」であるかどうかを問いかけてきた<sup>(7)</sup>。しかし、プライバシーの権利の基礎は、法律の禁止事項が基本的だと考えられるところには、見い出せない。この基礎は、法律が強制する事項に見いだすことができるのである。たとえば、国家が個人に子を産むように強制すること——これには、出産が通常もたらす、深く広い生涯にわたるあらゆる結果をともなう——が許されるか否かという問題は、中絶あるいはまた出産自体も、ある規範の枠組みの中では「基本的な行為」であるのか否かという問題と同じである必要はない。プライバシーの事件で無効とされた法律の際だった特徴は、この法律の積極的な結果によって、個人の生活を教示し、支配する (occupy) という途方もない力である。法律の中にあるこのような積極的な力は、法律の禁止事項の表面下に存在しているのであり、プライバシーの焦点とならなくてはならない。

(7) See, e. g., *Hardwick*, 478 U. S. at 190 (「提起された問題は、連邦憲法典が、ソドミーを行う権利を同性愛者に認めているかどうかということである・・・」); *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 493 (1965) (Goldberg, J., concurring).

## I プライヴァシーの系譜

本章で論ずるプライバシーの権利は、これを、修正 4 条の保障するプライバシーに見込まれるもの<sup>(8)</sup>や、不法行為法の保護するプライバシーの権利<sup>(9)</sup>と混同してはならない。これらの文脈では、プライバシーの概念は、様々な方法で人の生活に侵入する他者の行為を規律するために用いられる。この二つの流れにおけるプライバシーは、周知の情報という意味で、おおよそは理解でき、このプライバシーは、自己に関する情報を他者が獲得し、広め、利用できないようにする。対蹠的に、われわれが関心を抱いているプライバシーの権利は、権利主体自身の行為に固有なものである。それは、情報に関するものではなく、実体的なものであって、国家の禁止や刑罰から——避妊具の使用、異なる肌の色の人との婚姻または妊娠中絶のような——特定の行為を免責するものなのである<sup>(10)</sup>。

このような実体的プライバシーの権利が出現し、この権利が適用される行為が憲法上保護されるということは、ごく最近始まったことである。この法理は、20年程しかたっていない<sup>(11)</sup>。しかしながら、その系譜は、この国に憲法が広まるはるか昔に遡る。実際、この法理の最も尊敬に値する始祖は、憲法そのものを適用可能にした判決、マーベリー v. マディソン判決 (Marbury v. Madison) である<sup>(12)</sup>。マーベリー判決も、連邦最高裁判所 (the Supreme Court——以下、最高裁と略記する——訳者注) が、憲法典の明記された文言を超え、憲法に基づいて連邦または州の一部の立法を無効としてきた様々な系統の判決の

(8) See, e. g., Katz v. United States, 389 U. S. 347, 361 (1967) (Harlan, J., concurring).

(9) See, e. g., W. KEETON, D. DOBBS, R. KEETON & D. OWEN, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS § 117, at 849-69 (5th ed. 1984).

(10) See Henkin, *Privacy and Autonomy*, 74 COLUM. L. REV. 1410, 1424-25 (1974); Comment, *A taxonomy of privacy: Repose, Sanctuary, and Intimate Decision*, 64 CALIF. L. REV. 1447, 1466-69 (1976); See also Whalen v. Roe, 429 U. S. 589, 599 n. 24, 599-600 (1977) (憲法で保護されると考えられてきたプライバシーの利益のうちで顕著なもの)。ウォーレンとブランドイスの創見に富む論文は、望みもしないのに公開されることからの自由にかかわるものであって、一定の行為を行う自由に関するものではなかったということは、注目し値する。See Brandeis & Warren, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193, 195-97 (1890)。

(11) プライヴァシーの権利が最初に宣言されたのは、グリズウォルド v. コネティカット判決である。Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479 (1965)。後掲, 149-52頁 (原文 pp. 744-45)。

(12) 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)。

一つであるがゆえに、この判決は、プライバシーの権利の開祖なのである<sup>(13)</sup>。この簡単な系図は、以下のごとくである。

#### A プライヴァシー以前の判例法

基本的権利は、憲法典に存在しているが、明示されていないという考えが、最初にかつ権威をもって明確化されたのは、もちろん修正9条においてであり、これは、「本憲法中に特定の権利を列挙した事実をもって、人民の保有する他の諸権利を否認または軽視したものと解釈することはできない」<sup>(訳註1)</sup>と規定する<sup>(14)</sup>。この考えを、最初に裁判所が述べたのは、憲法典が承認された直後であった。コールダー v. ブル判決 (Calder v. Bull)<sup>(15)</sup>で、チェイス裁判官は、立法が特定の憲法原則や憲法規定を全然侵害しなくても、この立法は、自然法の下では、無効と判示されることもあるという主張を展開した<sup>(16)</sup>。しかしながら、アイアデル裁判官は、これに賛同せず<sup>(17)</sup>、アイアデル裁判官の見解が、少

(13) マーベリ判決において、最高裁は、憲法3条の法文を超えて議会の法律を違憲とする権限を導き出さなくてはならなかった。(人民の「根源的な権利」および成文憲法に関しては) *See id. at 176-77*. 皮肉なことに、マーベリ判決によって、「解釈主義——憲法典は、その法文と制定者の意図に照らし合わせずに解釈してはならないという見解——の基礎が築かれたと考えられる、とあくまで主張するものがある。というのは、憲法による保障は、合衆国の裁判所が他の全ての法律を適用するのと全く同じように適用されなければならない、ということも最高裁は、判示したからである。*See Tushnet, Following the Rule Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, 96 HARV. L. REV. 781, 786 (1983). マーベリ判決は解釈主義的憲法解釈を支持するものだと解すると、憲法の最終審の権限は最高裁のものであると最高裁自ら僭称することには、最初の非法文解釈が含まれていた、ということが見過ごされる。

(14) 合衆国憲法修正9条。相当な学問的営為によって証明しようとしているのは、修正9条の本当に意味するところは、特に列挙された権利を除けば憲法的価値を有する権利は存在しないということであるとか、あるいは、少なくとも、裁判所がそうした権利を強く主張すべきでないということなのである。*See, e. g., Berger, The Ninth Amendment*, 66 CORNELL L. REV. 1 (1980); Perry, *Interpretivism, Freedom of Expression, and Equal Protection*, 42 OHIO ST. L. J. 261, 272-73 (1981). 裁判所が修正9条以外の全ての憲法規定の法文を墨守しなければならないと言いうるために、「解釈主義」法学がどの程度修正9条の法文を踏み超えるつもりがあるのかというのはおかしなことである。*See generally Grey, Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, 30 STAN. L. REV. 843 (1978).

(15) 3 U. S. (3 Dall) 386 (1798).

(16) チェイス裁判官は、「州の立法府の権限は、制限されると憲法典に明記されるべきではないが、・・・州の立法府が万能であることには賛同できない・・・。社会契約の最初の大原則に反する立法府の行為(私は、これを法律と呼ぶことができないので)、立法府の正当な行使と考えることはできない」*Id. at 387-88 (Opinion of Chase, J.)*.

なくとも表面的には支配的となった<sup>(18)</sup>。1800年代の初頭から現在に至るまで、最高裁は、特定の憲法規定が、無効原則 (the principle of invalidity) を提供している場合を除いて、立法を無効とする憲法上の権限を用いるべきではないという考えに、たいいてい言葉の上では敬意を払ってきた<sup>(19)</sup>。

しかし、最高裁は、説くところを、決して実行しようとはしてこなかった。常にあれこれ工夫して、最高裁は、立法権に対する憲法上の制約を読み取ろうとしてきたが、この制約は、憲法典の隅々まで見ても、ほとんど汲み取ることができないものなのである。南北戦争以前には、最高裁は、主に契約条項<sup>(20)</sup>、当時州に対して適用できた数少ない憲法規定の一つ、を巧妙に解釈して、この仕事を成し遂げたのである。したがって、ダートマス大学理事 v. ウッドワード判決 (Trustees of Dartmouth College v. Woodward) <sup>(21)</sup>において、最高裁は、ダートマス大学を立法によって支配しようとしたニュー・ハンプシャー州の試みを無効とし、ダートマス大学の組合設立条項は、憲法目的の「契約」であって、当該法律は、その契約上の「義務を侵害する」可能性があった、と判示した<sup>(22)</sup>。

南北戦争後、修正14条の成立によって、最高裁は、はるかに多くの憲法問題を考察することになった。奇妙なことに、この修正条項規定は、州の立法権に対する最も明らかで強力な実体的制限だと思われるもの——特権および免責条項<sup>(23)</sup>——を含んでおり、最高裁が受け入れるには、あまりに大きすぎる、ということが明らかとなった。南北戦争後の間もないころの一連の判決で、最高裁は、この条項を極度に狭く解釈し<sup>(24)</sup>、そして、この解釈は、依然今日でも通用

(17) 「もし・・・合衆国を構成する州のどの立法府であれ、・・・州の憲法上の一般的な権限の範囲内で、法律を可決するなら、裁判所の判断ではその法律が自然的正義に反するという理由だけで、その法律は無効であると、裁判所は宣言することはできない」。Id, at 399 (Iredell, J., concurring).

(18) See 2 TREATISE, *supra* note 1, § 15.1, at 27.

(19) See *id.* この見解を明らかにしている法律用語の例としては、注(42)に引用した事件を参照。

(20) 「州は、・・・契約上の債権債務関係を害する法律を制定してはならない」。合衆国憲法 1 条10節 1 項。

(21) 17 U. S. (4 Wheat.) 518 (1819).

(22) See *id.* at 643-44, 650-53.

(23) 「いかなる州も、合衆国市民の特権または免除を制限する法律を制定してはならない」。合衆国憲法修正14条 1 節；cf. L. TRIBE, *supra* note 2, § 7-2, at 550 & n. 15(連合会議議員のいくたりかは、特権・免除条項が州の活動に対する根本的な制約になることを期待したということが示唆されている)。

しているのである。そのかわり、最高裁は、州の立法府と争うための力を手に入れるために、はるかに見込のなきような規定——デュー・プロセス条項<sup>(25)</sup>——を捉えたのである。

「デュー・プロセス」という言葉は、手続的利益にのみかかわるように思われるが、最高裁は、デュー・プロセス条項に実体的保障も読み取り始めた。1870年代末から今世紀に変わるまでに、最高裁は、デュー・プロセスの一つの解釈を定式化した<sup>(26)</sup>が、この解釈によると、「契約の自由」は、基本的かつ不可侵であり、立法府には、干渉する権限などありようがなかったというのが、きわだった印象である<sup>(26)</sup>。最高裁は、実体的デュー・プロセスの問題として保障された、この「契約の自由」によって武装しており、今世紀には、州の経済規制に対してかなりの打撃を与える用意ができていた。かくして、ロクナー v. ニューヨーク判決 (Lochner v. New York)<sup>(27)</sup>において、最高裁は、製パン業の労働時間規制法が、「雇用主と被用者の契約の自由」を妨げるという理由で、この法律を無効とした<sup>(28)</sup>。その後、これと同じ理由で、最高裁は、たとえば、労働契約の反組合条項の禁止<sup>(29)</sup>、職業紹介所の手数料の規制<sup>(30)</sup>や女子労働者最低賃金法<sup>(31)</sup>を非難した。

また、同じ時期に、最高裁は、子供の教育を規制する州法を二つ無効とするために、デュー・プロセス条項を援用した。最高裁は、マイヤー v. ネブラスカ判決 (Meyer v. Nebraska)<sup>(32)</sup>において、州は、小学校で外国語を教えることを禁ずることはできない、と判示し、ピアス v. 修道女会判決 (Pierce v. Society of Sisters)<sup>(33)</sup>において、全ての児童は公立学校に通学しなくてはならないとする要件を無効とした。マイヤー判決とピアス判決は、形式上の分析としては、ロクナー時代の他の事件と似通っているが、内容的には、この二つの判決は、

(24) See *The Slaughter-House Cases*, 83 U. S. (16 Wall.) 36, 79-80 (1873).

(25) 「いかなる州も、法の適正な手続きによらずに、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない」。合衆国憲法修正14条1節。

(26) See *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U. S. 578, 589-91 (1897) (dicta); *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623, 661 (1887); *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113, 134 (1887).

(27) 198 U. S. 45 (1905).

(28) *Id.* at 64.

(29) See, e. g., *Coppage v. Kansas*, 236 U. S. 1 (1915); *Adair v. United States*, 208 U. S. 161 (1908).

(30) See *Ribnik v. McBride*, 277 U. S. 350 (1928).

(31) See *Morehead v. New York ex rel. Tiplado*, 298 U. S. 587 (1936).

(32) 262 U. S. 390 (1923).

(33) 268 U. S. 510 (1925).

現代のプライバシーの判例法の方にずっと近いものである<sup>(34)</sup>。実際、後述のさいもっと明確に理由を述べるつもりであるが<sup>(35)</sup>、この二つの判決は、プライバシーの法理の産みの親と見做されるかもしれないが、今日では、他のプライバシーの判決と一緒にして分類されることが多い<sup>(36)</sup>。

ロクナー時代の法学は、最高裁裁判官を増員しようとするフランクリン・ローズヴェルト大統領の報復計画が絶頂期であった。その計画は、意図したほどの成功を収めなかったが、憲法の進路を変更するよう、最高裁に十分な圧力をかけたことは明らかである<sup>(37)</sup>。ウエスト・コースト・ホテル会社 v. パリシュ判決 (West Coast Hotel Co. v. Parrish)<sup>(38)</sup>において、最高裁は、契約の自由／実体的デュー・プロセス法学を放棄した<sup>(39)</sup>。一年後、合衆国 v. キャロリーヌ・プロダクツ会社判決 (United States v. Carolene Products Co.)<sup>(40)</sup>において、最高裁は、州の経済規制は、合憲性の推定を受ける、と判示した。以後数十年間、最高裁は、州は、「州法が、憲法上特記された禁止事項または現行の連邦法と抵触しないかぎり、州内の通商問題を自由に規制できる」、と何度も判示した<sup>(42)</sup>。

しかしながら、最高裁は、実体的デュー・プロセス法学を拒否する一方で、

(34) マイヤー事件とピアス事件はともに、原告は、親または子ではなく、経済的な利害関係者であって、その主張するところによると、異議の申立てられている法律は、彼の職業または仕事を妨害していたのである。こうした状況から、最高裁は、両事件において、契約の自由法学に論及できたのである。See *Meyer*, 262 U. S. at 400 (上訴人の「教育する」権利と「両親の彼を雇う権利」は、修正14条によって保障されていた、と判示); *Pierce*, 268 U. S. at 536 (最高裁は、しばしば、「企業を守ろうとして使用者の自由に干渉させないように」行動してきたことを力説している)。しかしながら、両事件の別の文言からは、最高裁の基本的な関心は、契約の自由にあったというよりは、養育または育児の自由、つまり、現代のプライバシーの事例にかかわる問題にはるかに近いところにあったということが示されている。See, *Meyer*, 262 U. S. at 400, 401-02 (子供の教育に対する両親の「コントロールの権利」を強調している); *Pierce*, 268 U. S. at 534-35 (「子供は、単なる州の被造物ではなく・・・」)。

(35) 後掲、本稿(下) III B 内容の項目(原文 pp. 785-87)。

(36) See, e. g., *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186, 190 (1986); *Carey v. Population Servs. Int'l*, 431 U. S. 678, 685 (1977); *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 152-53 (1973)。

(37) See B. F. WRIGHT, *THE GROWTH OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW*, 200-08 (1942). But see L. TRIBE, *supra* note 2, § 8-7, at 580-81 (裁判所報復計画の脅威による影響は、過大評価してはならないと論じている)。

(38) 300 U. S. 379 (1937)。

(39) See *id.* at 391。

(40) 304 U. S. 144 (1938)。

(41) See *id.* at 152-54。

新たに見いだした自己抑制は、経済的領域を超えないであろうと、明言した。<sup>(43)</sup> 実際には、最高裁は、性質上はつきりと経済的だといえないような個人の自由にかかわる一連の重要な判決において、憲法典のどこにも明記されていないにもかかわらず、基本的権利を侵害すると考えられる州法を、次々と無効にしてきた。これらの判決は、プライバシーの権利の法理を詳細に述べている。

## B プライヴァシーの判例

プライバシーの判例の大きな特徴は、むろん「性行動 (sex)」そのものではなく、言葉の広い意味での性 (sexuality), つまり、性行動が許容される条件に関する決定と行為が織りなす網の目、性的関係をとるべく社会制度、性行動による子孫を産むという結果に、全面的というわけではないが、焦点を合わせていることである。プライバシーの判例においては、プライバシーの法理が、性 (sexuality) のまわりに引き寄せられなければならないということは、なにも述べられていない。にもかかわらず、この法理は、引き寄せられてきたのである。

最高裁は、20年前初めて、グリズウォルド v. コネティカット判決 (Griswold v. Connecticut) <sup>(44)</sup> で、新たなプライバシーの法理を宣言した。グリズウォルド判決において、最高裁は避妊具の使用と販売を禁ずる州法を無効とした<sup>(45)</sup>。最高裁は、ロクナー時代の実体的デュー・プロセスにはつきりと根拠づけられたアプローチを避けて<sup>(46)</sup>、「プライバシーの権利」は、修正条項の1条、3条、4条、5条および9条の「半影部 (penumbras)」に見極めることができる、と述べた<sup>(47)</sup>。この権利は、夫婦の寝室というプライバシーの中で何をし

(42) *Lincoln Fed. Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.*, 335 U. S. 525, 536 (1949); *see also* *Ferguson v. Skrupa*, 372 U. S. 726, 731-32 (1963) (われわれは、「裁判所が、デュー・プロセス条項を州法を無効とするために利用した時代に断じて戻るつもりはない・・・、なぜならば、裁判所は、愚かで、先見の明もないし、特定の学派の思想と相いれないかも知れないからである」) (quoting *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U. S. 483, 488 (1955)).

(43) *See, e. g., Carolene Products*, 304 U. S. at 152 n. 4.

(44) 381 U. S. 479 (1965).

(45) *See id.* at 485-86.

(46) *See id.* at 481-82.

(47) *See id.* at 484. グリズウォルド判決の最高裁は、「プライバシー」の理念をもっと明瞭で分かりやすい情報に関する意味——一定の事項を公衆の視野から守る利益——とこれよりはぼんやりした実体的な意味——一定の「私的」事項について自分で決定する利益——の両方の意味で用いた。 *See id.* at 482-85. しかしながら、この曖昧さは、グ

たらしいのかを、夫婦自ら決める自由を含んでいた<sup>(48)</sup>。

二年後、最高裁は、ラヴィング v. ヴァージニア判決 (Loving v. Virginia)<sup>(49)</sup> において、異人種間の婚姻を犯罪とする法律を無効とした。最高裁は、州は、婚姻の相手の選択という個人的なことから、そのようにして干渉することはできない、と判示した<sup>(50)</sup>。また、同じような理由で、最高裁は、貧困者の婚姻・離婚資力を制限する法律を無効とした<sup>(51)</sup>。

ラヴィング判決後、新たなプライバシーの法理は、依然として婚姻の判決に (詳しく述べられていない何らかの理由で) 限られると解することも可能ではあったが、最高裁は、アイゼンシュタット v. ベアード判決 (Eisenstadt v. Baird)<sup>(52)</sup> において、グリズウォルド判決の判旨を拡大し、未婚者にも避妊具の

---

グリズウォルド判決に始まったのではない。ブランダイス裁判官の「ひとりであつておいてもらう権利」という概念にもこの曖昧さがある。Olmstead v. United States, 277 U. S. 438, 478 (1928) (Brandeis, J., dissenting); Brandeis & Warren, *supra* note 10, at 193. オームステッド判決は、修正 4 条の事件であつて、ブランダイスとウォーレンの論文は、不法行為法を扱っていたがゆえに、ブランダイスの言葉の使い方のプライバシーは、公開されない自由すなわち公衆の目から遮断するという情報に関する意味のみに限定されている、と考えることができる。しかし、「ひとりであつておいてもらう権利」は、さらに発展し、つまり、グリズウォルド判決を解明しようとして、ある評釈者が記したように、この権利は、「一般的な行為の自由 (general freedom of action)」でもあることが示唆されているのである。Dixon, *The Griswold Penumbra: Constitutional Charter for an Expanded Law of Privacy*<sup>2</sup>, 64 MICH. L. REV. 197, 204 (1965) (emphasis added). 原因はどこにあらうと、曖昧さは、今では払拭されている。後述するように (155-56 頁 [原文 p. 749]), グリズウォルド判決に続く諸判決は、情報に関するプライバシーという意味を放棄しなければならなかった。というのは、公衆の目から遮断されるという利益は、特に憲法の保護に値すると言ふことができたとしても、問題となった行為は、情報という意味では既に公知のものであるか (たとえば、異人種間の婚姻)、あるいは、家庭外で行われたこと (たとえば、中絶) であったからである。この理由で、「プライバシー」を体系的・学問的に定義しようとする時、グリズウォルド判決の流れを汲む事件は、分析から除かれるか、あるいは、何か好奇なものと思はれるということがよくある。See, e. g., A WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 7 (1967) (「プライバシーは、『自己の』情報を、いつ、どのようにして、どの程度他人に伝えるのかを『自分で』決定するという・・・請求権である」); Fried, *Privacy*, 77 YALE L. J. 475, 482 (1968); Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L. J. 421, 438-39 (1980).

(48) See *Griswold*, 381 U. S. at 485-86.

(49) 388 U. S. 1 (1967).

(50) 最高裁は、その制定法が平等保護条項を侵害するという判旨に一部依拠した。See *id.* at 12, 判決理由は、プライバシーの原理的な説明にも基づいている。See *id.*

(51) See *Zablocki v. Redhail*, 434 U. S. 374 (1978); *Boddie v. Connecticut*, 401 U. S. 371 (1971).

(52) 405 U. S. 438 (1972).

販売を保障した。最高裁は、「もし、プライバシーの権利が、何ものかを意味するのであれば」、「この権利は、既婚者であれ未婚者であれ、子を産む、または、子をもうけるかどうかという決断のような人に根本的な影響を与えることさらに、不当に政府が介入することから、個人 (*individual*) が自由であるという権利である」<sup>(53)</sup>と述べた。

翌年、最高裁は、婚姻の枠内から一步踏み出し、ブラウン v. 教育委員会判決 (*Brown v. Board of Education*)<sup>(54)</sup>以来、最も論争的な意見を明らかにした。ブラックマン裁判官は、ただ二人の少数意見の裁判官とともに、ロウ v. ウェイド判決 (*Roe v. Wade*)<sup>(55)</sup>において、プライバシーの権利は、「妊娠を終わらせるか否かという女性の決断を包摂するほど広い」<sup>(56)</sup>ものである、と述べた。この後の判決は、州が中絶を「規制」しようとする流れの中で、ロウ判決を再確認してきているが、ロウ判決への最高裁の支持は、急速に衰えているように思われる<sup>(57)</sup>。

プライバシーの権利は、1977年のムーア v. イースト・クリーヴランド市判決 (*Moore v. City of East Cleveland*)<sup>(58)</sup>においてさらに拡大され、最高裁は、この判決で、住宅ユニットの占有を核家族の構成員——「名目上の世帯主」、

(53) *Id.* at 453 (emphasis in original); see also *Carey v. Population Servs. Int'l*, 431 U. S. 678 (1977) (避妊具の販売・宣伝を厳しく制限する州の制定法を合憲と判示); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535 (1942) (一定の重罪につき有罪判決を受けた者を強制的に断種する許可を与える制定法は、違憲である、と平等保護を根拠として判示)。

(54) 347 U. S. 483 (1954)。

(55) 410 U. S. 113 (1973)。

(56) *Id.* at 153.

(57) See, e. g., *Thornburgh v. American College of Obstetrician & Gynecologists*, 476 U. S. 747 (1986) (5対4の判決); *City of Arkon v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U. S. 416 (1983); *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U. S. 52 (1976). これらの事件では、州が中絶を——規制するというよりはむしろ——思い止まらせるか、もしくは、阻止しようとするにかかわると思われる場合が多々あるので、「規制する」という言葉は、括弧つきで表わした。See *Arkon*, 462 U. S. at 444 (「必要とされる情報の多くが、女性の同意について十分に説明せずに、むしろ彼女が同意を完全に撤回することを説得するようにもくろまれている」ということが、中絶の前提条件である情報に関して、主張されていた)。本稿が印刷に回った時点で、最高裁は、別の中絶規制事件、ウェブスター v. 出産保健業務事件 (*Webster v. Reproductive Health Services*, 851 F. 2d 1071 [8th Cir. 1988]) の上訴を審理すると宣言した。この事件では、最高裁は、何よりもロウ v. ウェイド判決を変更するよう求められているのである。See *N. Y. Times*, Jan. 10, 1989, at B5, col. 1. (訳注2)

(58) 431 U. S. 494 (1977)。

その配偶者および両親と子——に限定するゾーニング条例を無効とした。多数意見はなかったが、四人の裁判官の複数意見は、マイヤー判決とピアス判決ばかりでなく、はっきりとグリズウォルド事件の流れを汲む判決に依拠して、「州が介入できない家族生活という私的領域」<sup>(59)</sup>を強調した。

最近の最高裁の最も重要な判決は、バウアーズ v. ハードウィック判決 (Bowers v. Hardwick)<sup>(60)</sup>であり、5対4の多数意見は、州は、同性愛を刑事犯罪としても、プライバシーの権利を侵すことにはならない、と判示した<sup>(61)</sup>。ハードウィック判決は、二つの理由でさらに詳細に論ずる価値がある。まず第一に、この判決は、プライバシーの法理をかなりの程度縮減することの前兆であるかも知れない。第二に、この判決は、今日プライバシーの法理を分析することが困難であることを、あざやかに例証している。

### C バウアーズ v. ハードウィック判決

ホワイト裁判官は、法廷意見を代表して述べるさい、提起されている論点は、「連邦憲法が、ソドミーを行なう基本的権利を同性愛者に付与しているかどうかということ」<sup>(62)</sup>なのである、と冒頭から宣言した。このように述べたからには、論点は、多数意見にとって文字どおり結論の先取りであった。ホワイト裁判官のいいまわしは、多数意見の憲法的直感の表明であり、その役割としては、論点提起に続く議論の前提または解釈規準として機能したのである。権利章典は、つまるところその問題には言及しているはずもないし、したがってわれわれは、その規定を解釈し、これに応じてわれわれの先例を解釈しなくてはならないのである。かくして、最高裁の結論は、論理的には、分析に先行していたのである。

多数派が最初に攻撃を仕掛けた前線は、プライバシーの法理の暗い時代の先触れとなりうるものであった。ホワイト裁判官は、プライバシーの法理を拡大せよという要求は、ただ単に「裁判官自身の価値選択を州に押しつけること」<sup>(63)</sup>に過ぎなくなることを避けるために、非常に慎重に取り扱われなければならない、と述べた。実際、多数意見の示唆するところによると、最高裁は、それまでのプライバシー判決で規範力のある重要な判決を、憲法に結び付け

(59) *Id.* at 499 (Opinion of Powell, J.) (quoting *Prince v. Massachusetts*, 321 U. S. 158, 166 (1944)).

(60) 478 U. S. 186 (1986).

(61) *See id.* at 189.

(62) *Id.* at 190.

(63) *Id.* at 191.

ることなく放置してきたのである<sup>(64)</sup>。ホワイト裁判官は、本判決においては、そのような思慮に欠けた不公正なやり方は続けられないであろう、ということをはっきり示唆したのである。

ホワイト裁判官が論点提起をする方法の問題点は、ハードウィック判決の最高裁が、プライバシーの権利は、ここまでであると一線を書きなけばならなかったことである。このように境界線を画定する行為は、本質的には規範的判断であった。ハードウィック判決ではしなかったことであるが、最高裁が、プライバシーの法理を完全に反駁せず、また、反駁するにいたるまでは、ここに一線を書する判決は、一つの判断にほかならないのである。というのは、この判断によると、この特定の行動は、先例で保障された行動にくらべると、基本的なものではないとか、芳しいものではないとかというものだからである。さらに、ハードウィック判決のこの規範的判断の表現は、容易に見つけることができる。つまり、それが、——ホワイト裁判官が論点提起を述べるさい——発言した最初の言葉であって、これは、私が彼の憲法的直感と称したものを、ごく直截に表わしていた。このように、最高裁が攻撃の火蓋を切ったこと、つまり、裁判官の良心にショックを与えるように目論まれた論点を設定することによって、最高裁が攻撃を仕掛ける最初の前線——裁判官の良心は、無関係であるべきだという議論——は直接危機に陥ったのである。

しかし、多数意見は、この事件は、結局のところ価値判断にかかっているということを熟知していた。この理由によって、暫くの間、裁判の客観性という基準を振りかざしたにもかかわらず、多数意見は、次に同性愛の規範的位置に関し二つの立論を提示した。まず最初に、18世紀から20世紀までの<sup>(65)</sup>アメリカのソドミー刑事法の一覧表を作成し、同性愛的ソドミーは、アメリカの歴史的、

(64) ホワイト裁判官は、ハードウィック判決で、以下のように記している。すなわち、

「裁判官の創造にかかる憲法を取り扱うのだが、その根拠が憲法典の文言または構想の中にはほとんど、あるいは、全然認識できないようなとき、最高裁は、違法だと攻撃されやすく、また、違法の瀬戸際にいる……。したがって、とりわけ、基本的と見做されるカテゴリーの権利の再定義が求められる場合には、(デュー・プロセス条項)の具体的な範囲を拡大するには非常な抵抗があって当然である。さもなければ、司法部は、憲法の明文上の根拠が無くとも国を統治するさらなる権力を手にいれるのは必至である」。 *Id.* at 194-95.

(65) *See id.* at 192-93 & nn. 5-6.

(66) 「このような背景に照らせば、そのような行為を行う権利は、この国の歴史と伝統に『深く根ざしたもの』であるとか、あるいは、『秩序ある自由という概念に暗黙裏に含まれているもの』だとか主張したところで、せいぜいわるふざけに過ぎない」。

伝統的価値によって支持されたものではない、と論じた<sup>(66)</sup>。第二に、ホワイト裁判官は、同性愛的ソドミーは、法理の目的からして、他の型の性行動——姦通、近親相姦など——つまり最高裁判官の誰もが合憲とするつもりのない性行動と区別できない、と仄めかした<sup>(67)</sup>。この二つの立論には、第二章で立ち返るつもりである<sup>(68)</sup>。

この事件で注目すべきであり、また、現在の目的にとって最も重要でもある多数意見の最後の特徴は、プライバシーの先例の扱い方である。ホワイト裁判官は、最高裁の先例においては、プライバシーの権利によって保障される行動に三つのカテゴリー、すなわち、婚姻、出産、家族関係が認められてきた、と述べた<sup>(69)</sup>。ホワイト裁判官によると、「同性愛行動」は、この三つのカテゴリーのどれとも「全く関係がなく」、それゆえ、おそらくプライバシーの法理の埒外にあると推定できる、という<sup>(70)</sup>。われわれの目的からすると、この立論の意義は、この立論がプライバシーの原理を骨抜きにしていることにある。

ホワイト裁判官は、彼のいう三つのカテゴリーの背後にある統一原理を探することも見つけることもしなかった。それは、まるで最高裁は、「われわれ多数意見は、この三つの領域でさえもなぜ憲法によって保障されるのかという理由を、かろうじて理解し、その三つの領域を認識しているに過ぎず、それら領域は、本件にはかかわりがない」と述べたかのようであった。かくして、最高裁が同性愛事件を評価する必要があるとき用いられる先例からは、何らのテストも出て来ないのである。適用できる原理もないのである。この意味で、ホワイト裁

---

*Id.* at 194 (quoting *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U. S. 494, 503 (1977) (Opinion of Powell, J.), and *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325 (1937)).

(67) *See id.* at 195-96 (「姦通、近親相姦および他の性犯罪を刑事訴追にさらしておきながら、主張された権利は同性愛行為に限られたものとするということは、片寄った理由の判決に寄らずしては、難しかろう……。われわれは、そのような道を辿りたくはないのだ」)。

(68) 後掲, 166頁 (原文 p. 757)。

(69) *See Hardwick*, 478 U. S. at 190-91.

(70) *See id.* at 191.

(71) *E. g.*, Richards, *Constitutional Legitimacy and Constitutional Privacy*, 61 N. Y. U. L. Rev. 800, 862 (1986) (ホワイト裁判官の違憲性の主張は、支持できないし、実際、逆説的なことであるが、それ自体無原則で、それゆえ、不当な議論を覆い隠す); *See also, e. g.*, Conkle, *The Second Death of Substantive Due Process*, 62 IND. L. J. 215, 242 (1987) (「パウアーズ判決がわれわれの唯一の例であったとしても、判決を下す推論過程に裁判所が参加する能力を擁護することは難しいであろう」)。

判官の見解の批判者は、彼の見解を「無原則」<sup>(71)</sup>と称したことは、正しかった。

先例を区分けするという工夫は、法理を不当に限定するための法学の昔からの戦略である<sup>(72)</sup>。その効果たるや、ハードウィック判決後、プライバシーの権利というのは、婚姻、出産および育児といういくつかの局面を保障していることを理解しても、その理由が分からない、ということになった。多数意見は、統一原理によって根拠づけられていない三つの別々のプライバシーの権利の適用の仕方を特定することで、プライバシーの法理の根元を効果的に切断し、枝だけを残したのであるが、この枝も、すぐにしおれ、枯れ果てるであろう。

不幸なことに、反対意見は、多数意見の計画的な攻撃に対してほとんど応じなかった。ブラックマン裁判官は、四人全員の反対意見を代表して、まず最初に多数意見の憲法的直感を撥ね除けようとした。反対意見は、「本件は、カツツ v. 合衆国判決 (Katz v. United States) が、電話ボックスから州を超えて金を賭ることが、基本的権利とかかわりがないのと同様に、同性愛的ソドミーを行なうことも基本的権利とかかわりがない」<sup>(73)</sup>、と論じ始めた。多数意見は、論点を明確化することにより、何らかの形で結論を導いたとのだという——ブラックマン裁判官の直感は、正しかった。しかしながら、彼の言い方は、全く間違っていた。

カツツ判決は、修正4条のプライバシーにかかわるものであった<sup>(74)</sup>。その種のプライバシーによるからこそ申立人の行為の内容が、実際に無関係なものとなるのであり、問題となるのは、政府がその行為を発見する手段なのである。前述のごとく、新しいプライバシーの権利は、本当のところは情報に関するものではない。新しいプライバシーの権利は、特定の行為を免責するものであり、その行為が発見されることになるか否かとか、それがどのように発見されることになるかということは関係ないのである<sup>(75)</sup>。確かに、ブラックマン裁判官は、二種類のプライバシー——実体的プライバシーと情動的プライバシー——をジョージア州のソドミー法を分析するさい、一つに組立よう

(72) ブレナン裁判官も、彼の有名なノーザン・パイプライン判決で、同じことをしたということを忘れてはならないだろう。See Northern Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co., 458 U. S. 50 (1982) (破産裁判官に連邦議会が一定の裁決権限を付与したことは、3条を侵害すると判示)。

(73) *Hardwick*, 478 U. S. at 199 (Blackmun, J., dissenting).

(74) See *Katz v. United States*, 398 U. S. 347 (1967) (令状無しの公衆電話の盗聴は、利用者の4条の権利を侵害すると判示)。

(75) 前掲, 144頁 (原文 p. 740 & note 47)。

とした<sup>(76)</sup>。しかしながら、彼が冒頭に明確にしたものには、肝心な点が見逃されていた。つまり、修正 4 条の事件においては、憲法問題を決するさい、裁判所は、申立人の行為の内容を一瞥したい誘惑に抵抗しなくてはならないし、プライバシーの事件においては、裁判所は、目をそらしたいという誘惑に抵抗しなくてはならない。裁判所には、——たとえ、社会全体の対応が、偽善的に否定するか、または、「本能的に」嫌悪して満足したとしても——行為内容を正面から見据え、対策を講ずる以外、選択の余地はない。まさしく、ロウ判決が、中絶する権利にかかわるものであり、ラヴィング判決が、異人種間で婚姻する権利にかかわるものであるように、グリズウォルド判決は、寝室で行なわれることを秘密にしておく権利よりも、避妊具を使う権利にはるかにかわりがあることが明かとなった。ブラックマン裁判官が最初ためらったことは、致命的であり、裁判所は、同性愛的ソドミーを禁ずる法律を無効にするつもりであるなら、まず最初に、同性愛を直視する覚悟ができていなくてはならないのである。

おそらく、このようにためらったのは、ブラックマン裁判官の反対意見には、同性愛的ソドミーの保障を含むような実体的プライバシーの法理を最後に明瞭にする段に至ると、弱点があるからである。彼の見解は、州は、いかなる形態の「性的親密性 (sexual intimacy)」<sup>(77)</sup>をも禁ずることはできないということを示唆している。そのように判示するなら、姦通や近親姦姦のような事例を区別しなくてはならないであろうし、ブラックマン裁判官は、勇敢にもこれを試みたが<sup>(78)</sup>——余り満足いくものではなかった<sup>(79)</sup>。だが、もっと大切なことは、そのように判示するならば、様々な形態の性的親密性が、なぜ憲法にまで高まるのかという理由を説明しなくてはならない。同性愛または他の種類の性行動に「基本的」性格を与えるのは、いったい何なのであろうか。

この点で、反対意見は、当惑するほど粗雑で、曖昧である。ブラックマン裁

(76) See *Hardwick*, 478 U. S. at 209-10 (Blackmun, J., dissenting).

(77) See *id.* at 208.

(78) See *id.* at 209 n. 4.

(79) See *infra* notes 109-10.

(80) See *Hardwick*, 478 U. S. at 205 (Blackmun, J., dissenting). スティーブンス裁判官は、別に少数意見を書いているが、おそらく、この点に関してはずっと曖昧だったのだろう。彼は、「他人に観察されないよう隔てられている」とときには、個人の「親密な関係を持つ」自由を強調した。See *id.* at 217 (Stevens, J., dissenting). このいまわしは、行動の「プライバシー」に基づいているが、これは、プライバシーという言葉の周知の意味に含まれている。それゆえ、プライバシーの権利一般の説明原理としてはは

判官は、主に人の「自己決定 (self-definition)」<sup>(80)</sup>における性関係の役割に依拠していた。反対意見においては、この自己決定概念は、お粗末な構成がなされているのにすぎないのにもかかわらず、多くの見るところでは、「自己決定」は、プライバシーの最も有望な原理を提供しているのである。それが、「人格性」の原理であり、本稿第二章の課題なのである。

\* \* \*

それでは、プライバシーの権利とは、何であろうか。それは、何を保障するのであろうか。プライバシーの語彙に「自律権 (autonomy)」という言葉をつけ加えれば、ことは足りると考える人が多いと思われる<sup>(81)</sup>。しかし、個人を「自律的」だと称することは、ただ単に個人が自由であるということの別の言い方にすぎず、プライバシーの権利は、自由を保障するといったところで、その法理を理解するのに何の足しにもならない。確かに、プライバシーの法理は、「選択・決定をなす権利」を含み、これが、自律権の「核心」を形作るといわれる<sup>(82)</sup>。しかしながら、問題は、どの選択・決定が、保障されるのかとい

---

とんど役に立ちえなかった。前述のように、この権利は、「内密に (in private)」行われる行動に限られるわけでは全くない。それと同時に、スティーブンス裁判官の言い回しは、性的行動が基本的なものであることの説明でもない。その示唆するところは、「他人に観察されないよう隔てられている」性的行動は、他人には無関係のことにすぎないということであるように思われる。おそらく、「それゆえ、逆説と思われるかもしれないが (*Paradoxical as it may seem*)、先例上、州はソドミーを禁じていないということが確立されている」と書くとき、スティーブンス裁判官自身、この理由で、彼の憲法原理の結果にいささか当惑しているように思われるのである。 *Id.* at 218 (*emphasis added*).

(81) *See, e. g.,* Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideals in the Constitution?*, 58 NOTRE DAME L. REV. 445, 446 (1983); Henkin, *supra* note 10 at 1425; Perry, *Substantive Due Process Revised: Reflections on (and Beyond) Recent Cases*, 71 NW. U. L. REV. 417, 440 (1976).

(82) Feinberg, *supra* note 81, at 454.

(83) 自律権を擁護する人たちは、憲法の保障する行為の範囲を限定する補助的な原理が必要であることを、無論認めている。全ての「選択と決定」が、憲法の保障を求めることができるわけではない。最もありきたりの手段は、危害に基づく消極的な制限を導入することである。つまり、行為は、他者を害するならば、保護されないとすることである。 *See, e. g., id.* at 455-56; Perry, *supra* note 81, at 440; Richards, *supra* note 71, at 837-38. この危害による制限が、分析的に首尾一貫しているか否かは、第二章で論じようと思う。後掲、155-56頁 (原文 pp. 756-61)。判例法を説明するのに危害による制限だけが十分か否かという問題は、ここでは放棄していいかもしれない。いくつかの最高裁判例では、これらの注釈者たちが定義するように危害を引き起こすものでないのだから、同意による行為が憲法上保護されるという考えは、明らかに崩れてきている。 *See, e. g.,* Bowers v. Hardwick, 478 U. S. 186, 195-96 (1986) (同性愛ソドミーを犯罪とする法律を支持し、

うことである<sup>(83)</sup>。

この点について、最高裁は、ほとんど何の指針も示して来なかった。われわれに言われてきたことといえば、プライバシーというのは、『秩序ある自由という概念 (the concept of ordered liberty) において基本的』とか『黙示的』と考えられうるような個人的権利<sup>(84)</sup>を包含するにすぎないということ、人の運命にとって「重要な」決定を抽出するということ<sup>(85)</sup>、「人に根本的な影響を与える・・・事柄」<sup>(86)</sup>に適用されるということである。おそらく、このようにいまわしの最もうまい解釈は、プライバシーというのは、猥せつに似ているというものであろう。つまり、最高裁判官は、プライバシーとは何かを言うことはできないかもしれないが、見れば分かるのである<sup>(87)</sup>。さもなければ、最高裁が、*Eisenstadt v. Baird* 判決 (Eisenstadt v. Baird)<sup>(88)</sup>において、驚いたことに、「もし、プライバシーの権利が、何かを意味するるのであれば (*If the right to privacy means anything*), これは、・・・を意味するのである」という文言で、決定的に重要な判旨を述べ始めたことが、どうして納得できるだろうか<sup>(89)</sup>。

---

家庭内で行われたとしても、「被害者のいない」行為も犯罪となしうる、と述べている); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U. S. 49 (1973) (劇場でわいせつな映画を観る基本的なプライバシーの権利などあるはずないと判示). *See generally* T. Grey, *THE LEGAL ENFORCEMENT OF MORALITY* (1983) (社会的権力は他者に対する危害を阻止するためにのみ合法的に行使できるという考えと対立する恐れのあるタイプの規制を扱っている法文を集めている). プライバシーの権利が適用されるようになるためには、「基本性 (fundamentality)」という、今のところ完全とはいえないが何らかの基準が、当該行為に必要であるということ、最高裁は、繰り返し明らかにしてきている。ファインバーグ自身、この点を認め、危害による自律権の原則自体が、最高裁の先例と相いれないことを承認している。See Feinberg, *supra* note 81, at 487-91. したがって、危害による制限は、プライバシーの法理の射程を説明するのに依然として必要であるとしても、十分ではない。憲法上の権利を行使するためには、どの行為が「基本的」なものなのかを十分に説明して、個人の自律権の何らかの積極的要素も、導入しなくてはならない。

(84) *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 152 (1973) (quoting *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325 (1937)); *See also Paris Adult Theatre I*, 413 U. S. at 65 (quoting *Roe*).

(85) *See Whalen v. Roe*, 429 U. S. 589, 600 (1977) (コンピューター化された処方箋登録制度を求める法律は、プライバシーの権利によっては、無効とされないと判示).

(86) *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453 (1972).

(87) *Cf. Jacobellis v. Ohio*, 378 U. S. 1 84, 197 (1964) (Stewart, J., concurring).

(88) 405 U. S. 438 (1972).

(89) *Id.* at 453 (emphasis added). 一文をそのまま、上記の151頁 (原文 pp. 745-46) に引用しておいた。このいまわしは、多くのプライバシーの見解に見いだされる。See, e. g., *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186, 199 (1986) (Blackmun, J., dissenting)

法理というものは、法理に「追い付いて」くる原理を待たねばならないのかもしれないということは、一般的にはコモン・ローまたは特に憲法の形成にとっては、何ら新しいものではない。しかし、全然概念を立てないことまでも支持するわけにはいかない。「基本的」権利を「人に根本的な影響を与える」事柄を護る権利と定義しても、完全に満足するというわけにはいかない。これ以上もう何も言えないのだろうか。

## II 人格性 (Personhood)

この概念の突破口に踏み込むのが、「人格性」である。故クレイヴン裁判官は、プライバシー法学のこの語法は、フロイド(Freund)教授に因るものとし、フロイド教授<sup>(90)</sup>は、1975年に以下のごとくに述べたのである。

「人格性というテーマが、・・・登場している。これは、法学上の正当な地位を求めて暗中模索状態にある、と思う。これは、時折プライバシーと称されるが、これもびったり来ないように思われる。おそらく自律権がいいだろうが、ただし、これも広すぎて危うい気がする。しかし、その理念は、自己が自己であるためには奪うことのできないような個人の属性という意味での人格性ということである」<sup>(91)</sup>。

---

(「憲法上のプライバシーの権利に伏在する価値に照らし合わせて、われわれは被上訴人ハードウィックの請求を分析しなくてはならない、と私は信ずる・・・」); *Zablocki v. Redhail*, 343 U. S. 378, 386 (1978) (「いやしくも被上訴人の出産する権利が何らかのことを意味するのであれば、・・・」)。ロウ v. ウェイド判決の連邦最高裁は、同じように当該判決の判旨を宣べたが、プライバシーのための基礎となる原理を全く示さず、「このプライバシーの権利は、・・・妊娠を終わらせるかいなかという決断を包摂するほど広いものである」と述べたにすぎない。See *Roe*, 410 U. S. at 153. ロウ判決には明確な原理がないことは、当時評釈者たちが見逃さなかった。See, e. g., Tribe, *The Supreme Court, 1972 Term—Forward: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, 87 HARV. L. REV. 1, 7 (1973) (「ロウ判決に関して最も不思議なことの一つは、その言葉の煙幕そのものの背後に、判決の依拠する実体的判断がどこにもみつけれないことである」); See also Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920, 932 n. 79 (1973) (「ロウ判決が引用する諸判例を読んでも、『価値の認められるものであるにせよ』、これらの判決を互いに結び付け、また、ロウ判決とも結び付けるようなプライバシーの要素(あるいは、憲法上重要だと思われる他の何らかの要素)をとりだすのは難しい」)。

(90) See Craven, *Personhood: The Right to Be Let Alone*, 1976 DUKE L. J. 699, 702 n. 15.

(91) P. Freund, Address to the American Law Institute (May 23, 1975), quoted in

しかしながら、ブランドイス (Brandeis) とウォーレン (Warren) が、不法行為上のプライバシーの権利を、類似しているが今や古めかしい用語、すなわち、個人の「不可侵の人格 (inviolable personality)」<sup>(92)</sup>にまで起源を調べ上げたことを思い起こす価値はある。「人格性」の起源がいかなるものであるにせよ、これは、プライバシーの法理に深く入り込んだがゆえに、今やプライバシーを基礎づける価値とか、プライバシーの権利そのものと見做されるのが当たり前となっている<sup>(93)</sup>。

「人格性」は、いたるところに顔を出すにもかかわらず、いまだにあまりうまく定義されてはいない。この言葉は、国家が干渉してはならないというわれわれの存在のある本質——「自己が自己であるために奪うことのできないような・・・属性」<sup>(94)</sup>——を捉えようとしているように思われる。しかし、人格性概念は、「尊厳」とか「自由」のような、類似の、しかし、やはり抽象的な言葉の概念にくらべても、もっと曖昧である。尊厳や自由なしに生きることは、人には何を意味するのか、その人格性が奪われることはどういうことなのか分かっていない、とわれわれは思っている。

人格性という考えについて、これだけは、容易に述べられる。つまり、ある行為、能力または特性は、——人間としての——われわれの個人としてのアイデンティティーにとって極めて重要であるがゆえに、少なくとも国家に対しては、依然不可侵であらねばならない。しかし、このようないいまわしすらも、

---

AMERICAN LAW INSTITUTE, 52D ANNUAL MEETING 42-43 (1975).

(92) See Brandeis & Warren, *supra* note 10, at 205, 207; See also Skinner v. Oklahoma, 316 U. S. 535, 546 (1942) (Jackson, J., concurring) (強制断種に直面している個人の「尊厳と人格」に言及している)。

(93) See, e. g., L. TRIBE, *supra* note 2, §§ 15-1 to-3, at 1302-12; Craven, *supra* note 90, at 702-03; Reiman, *Privacy, Intimacy, and Personhood*, 6 PHIL. & PUB. AFF. 26 (1976); Wasserstorm, *Privacy: some Arguments and Assumptions*, in PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY 317, 322-23 (F. Schoeman ed. 1984); Note, *Rumpelstiltskin Revisited. The Inalienable Rights of Surrogate Mothers*, 99 HARV. L. REV. 1936, 1946-50 (1986); Note, *Personhood and the Contraceptive Right*, 57 IND. L. J. 579 (1982). その用語は、プライバシーの言葉にまで入り込んでしまっている。See, e. g., Rynecki v. Connecticut Dep't of Social Serv., 742 F. 2d 65, 66 (2d Cir. 1984); Gargiul v. Tompkins, 704 F. 2d 661, 669 (2d Cir. 1983) (Oakes, J., concurring) (『「人格性」というより大きな憲法上の権利の一部であると思われる一権利』として、「憲法上のプライバシーの権利」に言及している); Lovisi v. Slayton, 539 F. 2d 349, 356 (4th Cir. 1976) (en banc) (Craven, J., dissenting)。

(94) 前掲, 159頁 (原文 p. 752)。

曖昧である。われわれの「個人としてのアイデンティティー (identity as persons)」は、個人の資格としてのわれわれのアイデンティティー (our identity qua persons)か、われわれの個人的アイデンティティー (our personal identity)かのどちらかを意味するであろう。前者の意味の人格性では、たとえば読者を一人の個人——一人の間人——たらしめるあらゆるものに焦点が絞られるであろう。後者の意味の人格性では、読者を特定の個人たらしめるあらゆるものに焦点が絞られるであろう。人格性のこの二つの要素は、必ずしも文献上区別されず、また、ある点では交錯するかもしれないが、プライバシーを支持するために展開された人格性概念は、明らかに後者である。

人格性の支持者は、プライバシーの判例法と人の個人的アイデンティティーとを連関させる<sup>(95)</sup>。つまり、われわれがここで考究しようとしているような人格性のテーゼは、個人は、自由に「自己を決定」できるはずだというものである。人生における一定の決定は、「選択された人々の個人的アイデンティティーにとって非常に重要であるがゆえに」<sup>(96)</sup> (訳註3)、国家は、そうした決定に干渉することが許されない。そこで、プライバシーの権利は、ブラックマン裁判官の言葉を借りれば、「自己決定 (self-definition)」<sup>(97)</sup>の権利なのである。

自己を決定するという基本的自由のこの概念は、人格性理論の後者の脈絡、つまり、個人のアイデンティティーの関心から生ずる。しかしながら、この概念では、その活力は、前者、すなわち、個人の資格としてのわれわれのアイデンティティーの関心から来ている。実際、人格性を極めて強固に確定し表現しようとする、正にこの点——自己決定——で、われわれの「個人の資格としてのアイデンティティー (identity qua persons)」とわれわれの「個人的アイデンティティー (personal identity)」が交錯するのである。というのは、人間を規定する特徴は、正に他者と異なる存在になることを自ら意識するわれわれの能力なのである。すなわち、これは、唯一の存在として過去と未来につなが

(95) See, e. g., *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186, 205 (1986) (Blackmun, J., dissenting) (「親であることによって個人の自己決定は劇的に変化するゆえに、われわれは、子供をもつかどうかという決定を擁護するのである」と述べている); *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U. S. 609, 619 (1984) (「自由のどの概念にも中核を占める人のアイデンティティーを規定することとは別に、能力」に言及している); *benShalom v. Secretary of the Army*, 489 F. Supp. 964, 975 (E. D. Wis. 1980); L. TRIBE, *supra* note 2, § 15-2, at 1305-06; Gerety, *Redefining Privacy*, 12 HARV. C. R. -C. L. L. REV. 233, 274 (1977).

(96) L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW*, § 15-13, at 943 (1st ed. 1978).

(97) See *Hardwick*, 478 U. S. at 205 (Blackmun, J., dissenting).

りを持ち、人の複雑な経験と希望から個人の人格を組立てていく能力である<sup>(98)</sup>。それゆえ、自己決定の自由は、基本的人権であろうし、たとえば、修正1条に具体化された思想・信条の自由は、この基本的人権にとって必要ではあるが、不十分な構成要素なのである。それゆえにこそ、人格性によって、プライバシーの憲法上の地位、プライバシーの他の列挙された憲法上の保障からの「由来」、プライバシーの倫理的・政治的必要性が、一挙に説明されるのである。国家は、人間性を根本的に支えているような自由をわれわれから奪うことは、間違いなく許されない<sup>(99)</sup>。

以下は、人格性の批判であり、これは、三つの局面で探求される。最初のものは、便宜上「分析的」批判と呼ばれ、そのアプローチは、基本的には通常の「分析」哲学のそれである。分析的アプローチによって、人格性の規範上の位置が明らかにされると、われわれは、次の領域、政治哲学の分野に至るであろう。そして、この領域では、人格性の自由主義的前提は、共和主義の反対に遭遇するであろう。次に、共和主義の批判によって、個人のアイデンティティーにおける性の意義に占める人格性の位置が、さらに正確にされざるをえなくなることになり、第三の分野に導かれる。ここでは、人格性に対する挑戦は、ミッシェル＝フーコー (Michel Foucault) の仕事から引き出されるであろう。

#### A 分析的批判 (Analytic Critique)

人格性理論が分析的基準を充足することを求めるさい、われわれは、この理論を伝統的法学論理に、すなわち、事件に原理を適用し、仮説上の反証を挙げることなどに委ねるつもりである。そうした論理には、法的推論の構造、機能および美学についての論理自体の実質的前提が含まれている<sup>(100)</sup>。私は、この前提を回避する方法を知らないということを、最初に正直に言っておきたい。とにかく、この前提は、ただ法的言説 (legal discourse) について語るばかりでなく、法的言説に加わるためには必要だと思われるのである。

人格性理論は、このようなものである。つまり、われわれのアイデンティテ

(98) See, e. g., J. LOCKE, AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING, bk. II, ch. XXVII, § 9, at 127-28 (P. Nidditch ed. 1979) (1st ed. London 1690); Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 968 (1982); Williams, *Persons, Character and Morality*, in THE IDENTITIES OF PERSONS 197, 201 (A. Rorty ed. 1976).

(99) See, e. g., L. TRIBE, *supra* note 2, § 15-3, at 1308.

(100) See Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 HARV. L. REV. 561, 567-76 (1983).

イーまたは自己決定が、危機に晒されるとき、国家の干渉は許されない、というものである。分析するにあたっての最大の難点は、限界を画することである。われわれの自己決定は、どこで危機に晒されるのだろうか。事実上、人のする全ての行為が自己決定の要素であると論じることもできよう。憲法目的にとって表面的には取るに足りない決定も、ある人達にとっては自己決定の中心をなすものと感じられることもあろう。たとえば、われわれの髪形の好みは、憲法上保障されるべきなのであろうか<sup>(101)</sup>。

人格性では、個人的アイデンティティーの概念が必要なことは明らかであり、この概念によれば、どんな行為が基本的であって、それゆえ憲法上保障されるのかが明らかになる。しかしながら、人格性の支持者は、いまだにアイデンティティーの概念を精緻に仕上げていないし、また、当面はその必要もなかったのである。その理由は、プライバシーの判例法においては性 (sexuality) が強調されることにある。性の問題は、個人のアイデンティティーの核心に直接結びつくということを持たず述べるか、あるいは、推定すればいいという奇妙な意図が——あたかも説明など必要ないかのごとく——ずっと存在している<sup>(102)</sup>。このような推定については、後に詳述するつもりである<sup>(103)</sup>。しかしながら、「分析的」目的のために、出産、避妊、婚姻の相手などの諸問題が、自己決定にとって多少とも基本的なものであるという考えを受け入れてみよう。長い間、州による禁止の対象であったあらゆる範囲の行動が、依然として立ちほだかっているはずである。売春、姦通、近親相姦および強姦を禁ずる法律は、違憲なのであろうか。

できるものなら、われわれは、人格性を公正に評価しなくてはならない。人

(101) See Craven, *supra* note 90, at 703-04 (第四および第五巡回裁判所がこの問題に取り組んだ事件を論じている); cf. Kelly v. Johnson, 425 U. S. 238 (1976) (修正14条により警察官がそのような保護は与えられることはないかと判示している)。

(102) See, e. g., L. TRIBE, *supra* note 96, § 15-13 at 943-44 (「禁止行為が州法の特定する人々のアイデンティティーの中核にあるがゆえに、」同性愛は、憲法上保護されるべきだと論じている。「これは、・・・擁護できるどのような (any) 個人的アイデンティティーの定義によろうと同様である」 (emphasis added)); Gerety, *supra* note 95, at 280 (「これは、どのプライバシーの観念にもある最小の概念、つまり、これは、自律的であって、個人的アイデンティティーにある無害な親密性に対する州の・・・規制を阻止するのに十分である。どんな直感的な基準あるいは分析的な基準 (any standard of intuition or analysis) に照らしてみても、こうした親密性は、身体とその性的な在り方から始まるのである」 (emphasis added))。

(103) 後掲、訳稿 (下) II C フーコーからの批判の項目参照 (原文 pp. 771-80)。

格性においては、全ての性行為 (every sexual act) が個人のアイデンティティーにとって基本的であると主張できる理由はない。むしろ、性的関係の親密性——二人の間の絆——の方が、中心をなすものかも知れない<sup>(104)</sup>。売春は、性産業であって、親密性ではない、と言えるのではなからうか。そうした男女も、マクドナルドで昼食をとっている人達も、取引を通じて自己決定しているのではないという点では、同じである。

ところで、人々は、マクドナルドで昼食をとるとき、自己決定しているということもあろう。しかし、金で贖う性行為と人の心理的・感情的な生活にもっと深く結びついている性行為との違いを受け入れたとしても、いぜんとして姦通、近親相姦および強姦を検討することが残されている。姦通と近親相姦は、婚姻と同様、「親密な」関係を含むであろう。そして、強姦には、そうした親密さはないにもかかわらず、強姦は、いぜん人格性につきあたるはずだという点で、売春とは異なる。心理学的な観点からすると、強姦犯は、その行為によって最も広い意味では、彼のアイデンティティーを表明し、確立しているのかもしれない。確かに、人格性の論者は、自己弁護して、強姦犯が、「自己決定する」ためには女性に暴行を加える必要があると主張することまでは考えていない。

人格性の支持者は、このかなり明らかではあるが重要な仮定に、二つの回答を持っている。強姦犯であることは——または姦通者、近親相姦者あるいは売春婦であることも——支持者が考えている権利によって保障されるような類のアイデンティティーでは絶対ない、と彼らは言うであろう。それは、「悪い」または「不健康な」アイデンティティーなのである<sup>(105)</sup>。言い換えれば、危害が答えだと、支持者は、答えるであろう。つまり、自己決定の権利は、絶対的ではなく、他人に危害を加える行為は、個人のアイデンティティーの中心をなすものであっても、憲法上保障されないのである、と言えよう。

前者のアプローチの難点は、人格性の論者は、いったん「善い」・「悪い」というアイデンティティーの領域に入ると、戦いに惨敗する恐れがあるということである。ハードウィック判決の最高裁にとっては、同性愛者であることは、プライバシーの権利が保障しようとする類のアイデンティティーではないと

(104) See, e. g., Karst, *The Freedom of Intimate Association*, 89 YALE L. J. 624, 635 (1980).

(105) 少なくとも一人の人格性論者は、明快に「悪い」アイデンティティーという問題に真正面から取り組み、「健康な」アイデンティティーと「不健康な」アイデンティティーとの区別にはっきり言及している。See Radin, *supra* note 98, at 968-70.

述べるだけで、プライバシーの権利の議論を処理することができたのであれば、間違いなく喜ばしいことであつたであろう。それゆえ、明らかに規範的な回答では、人格性の論者の断固擁護しなければならない事柄、すなわち、広く受け入れられている、伝統的な「通常の」価値に逆らっても自己決定する権利が、放棄されるように思われるのである。

対照的に、危害の回答では、より強固で分析的な区別が得られると思われる。これは、「善い」・「悪い」という大きなカテゴリーによって広げられた主観性という深い溝を回避しているように思われる。われわれは、アイデンティティーに判断を下さなくともよい。つまり、個人は、他人を傷つけないかぎり、好むところの者になる権利を有するのである。

この言い回しでは、人格性は、ジョン＝スチュワート＝ミルの利己的行為 (self-regarding) (訳註4) に関する有名なテーゼに連なり、このテーゼから補強することができる。ミルは、他人に全く影響を及ぼさないか、または、事前に同意した影響しかもたらさないような行為をなす絶対的特権 (an absolute privilege) を想定した<sup>(106)</sup>。ミルの原理は、性質上「司法的」なものである。つまり、社会は、影響を与える行動のみを規制する権限を有し、利己的行為は、定義からして社会に影響を与えないのである<sup>(107)</sup>。アメリカの法学は、この単純ではあるが革命的な考えを長くもてあそんできた。はっきり危害原理をプライバシーの権利の根拠として援用する注釈者もいる<sup>(108)</sup>。

ミルの論理が、人格性テーゼをうまく限定できるか否かを見てみよう。危害による限定によって、人格性は、強姦の問題には一貫した解答を示すことができる。しかしながら、ミルの原理が、既述の他の脈絡でも望んだ結果に到達できるかは、それほど確かではない。姦通に関し、人格性の見解は、配偶者と子を精神的に害する恐れが、かなり強烈であり、限定的で、予見可能であるから、姦通法は、ミルのテストをパスできる、というものであろう。ところが、ミルのテストは、「精神的危害」の主張について極めて懐疑的であるのが普通なのである。あるいは、婚姻によって姦通者は、普通ならば法的に認め

(106) See J. S. MILL, ON LIBERTY 142 (G. Himmelfarb ed. 1985) (「人の行為が誰の利益にも影響を与えないかぎり、・・・その行為をなし、その結果を甘受するという法的にも社会的にも完全な自由があつてしかるべきである」と論じている)。 (訳註5)

(107) 「人の行為のどの部分であっても、他人の利益に影響を与え、それを害するするならば直ちに、社会は、当該部分に対して裁判権を有するのである・・・」。 *Id.* at 141. (訳註6)

(108) See, e. g., Craven, *supra* note 90, at 706-07; Feinberg, *supra* note 81, at 455-56; Gerety, *supra* note 95, at 280.

られないような権利をその配偶者に与えたのだともいえよう。これらの議論は、非のうちどころのないものだというわけではないが、十分役立ちうるものであるし、このことは、認めようと思う<sup>(109)</sup>。

近親相姦については、未成年者との近親相姦ではなく、成人同士のそれについて語っているのだとすれば、事情は、さらに微妙なものである。未成年者との近親相姦は、両当事者が「合意の上」であっても、未成年の同意は自由によるものではないという理由で、ミルの論理の下でも禁止されうるであろう。ここでの人格性の秘訣は、成人同士であっても同じやり方で近親相姦を同じカテゴリーに含めることである。つまり、近親相姦の同意は、核家族のなかでは特異な、うかがいしれない圧力が作用するゆえに、常に疑わしいという議論があるだろう。この見解は、支持できないように思われるかもしれないが、これは、実際に原告側弁護士が、同性愛と近親相姦とを区別するためにハードウィック事件で展開した議論であり、この議論は、反対意見によって承認された(imprimatur——印刷許可)なのである<sup>(110)</sup>。われわれもこの議論を容認しようと思う。

それでは、こうしてみよう。人格性では、ミルの原理が主張されてきたので

(109) かくして、姦通は、ミルの「危害」をなすものと言えとしても、憲法の目的の議論は、はるかに複雑である。かりに、姦通者の婚姻外での性的親密性が、別の状況では彼のプライバシーの権利に含まれるとしても、危害を理由として姦通を禁ずる法律は、広すぎると同時に狭すぎるものでもある。(なぜ既婚者だけが、罰せられなければならないのだろうか)。もし、全ての当事者が同意したとすればどうなるのだろうか)。また、姦通者は、婚姻によって自己のプライバシーのある部分を「放棄」したと言いうるには、問題が残らないわけではない。というのは、婚姻の権利そのものが、プライバシーの権利によって憲法上保護されているからである。このように、姦通法では、ある基本的権利を自制すれば——普通憲法上受け入れられないと考えられる状況——、別の「基本的」権利を行使できることになろう。しかし、これが、——危害および契約からする一二つの議論——ブラックマン裁判官が、ハードウィック判決で同性愛と姦通を区別していた議論——である。See 478 U. S. at 209 n. 4 (Blackmun, J., dissenting). 一夫一婦制という婚姻の定義には、難がある。つまり、かりに性的親密性がプライバシーの権利の原則とするならば、この定義は、本質的な違憲状態となろう。この理由により、州は「(婚姻)の利益を享受する適格者に必要な契約上の義務の定義を」*id.*, 自由に行うことができる、あるいは、州は、「個人が婚姻のような法的に承認され保護されている関係に干渉したり、これを侵害したりすることを妨げ」*id.* at 217 (Stevens, J., dissenting) でもいいと言うのは、問題を素通りしているに過ぎない。反対意見は、婚姻を「権利」というよりむしろ「特権」として扱っているように思われる。そして、反対意見は、憲法でこのように区別するのに反対することも、かつまた、婚姻は確立された先例では「権利」であることも忘れてしまっている。

(110) See *id.* at 209 n. 4 (Blackmun, J., dissenting) (「近親相姦に関しては、このような行

あって、人格性の保護領域から排除しようとする行為は、必然的に他者に影響を与えたり、あるいは、他者に危害を加えるものである。しかし、いぜんとして、さらに困難な問題が残っているのである。つまり、人格性に含ませようとする行為も、同じように他者に影響を与えるかもしれないという問題が残るのである。

「利己的」行為概念にある難点で、絶えず存在してきたのは、利己的行為などないということ——あるいは、少なくとも、議論をさしはさむ余地がないのは、唯一本当の利己的行為のみに限られる——というものである。自分の行いが喧々ごうごうたる抗議を受けたことに対し自分だけが影響を被っているにすぎない、と誰かが弁明をし始めたらすぐ、それは全然逆だと考えて間違いなかりょう。まず第一に、他者に加えられる危害というものがある。次に、間接的な、意図せぬ影響があるが、これは、因果関係が離れすぎるとしても、たいてい存在する様なものである。最後に、直接的ではあるが見過ごされている影響もあるであろう。ミルの原理を反駁するそうした議論は、幾度も繰り返されてきた<sup>(111)</sup>。そのような議論は、プライバシーの法理の保護する特定の行為にごく簡単に適用できるし、読者は、そのような議論が下記の注に述べられているのが分かると思う<sup>(112)</sup>。しかしながら、そのような議論には、全て「危害」という

---

為に本当に同意がなされたとしても、家族関係の本質からこの同意は十分疑わしいものであり、近親相姦行為の全面的な禁止には正当な根拠がある、と裁判所が被上訴人に同意して認めたのは無理もない。この言い回しの難点は、証明のしづみにある。「家族関係の本質」により、家族の中でのあらゆる取引に「同意すること」が「疑問のあるもの」とされるが、成人の子はあらゆることごとらについてその両親と契約を締結することが認められているのである。おそらく、フロイトの前提に頼って、近親相姦の同意は、性的ではない行為の同意よりも「疑わしい」と言うかもしれない。しかし、そうした前提に依拠するとしたら、無論「家族関係の本質」によりあらゆる性的行為が「疑わしいもの」となると考えなければおかし。 (実際、もし、フロイトが正しいとしたなら、近親相姦をするという決定は、それをしないという決定よりも「本当の同意」を表明しそうなものだ)。同意があっても非常に疑わしく、「全面的な禁止には、・・・正当な根拠がある」唯一の行為として近親相姦を持ち出すことは、おそらく、人が近親相姦を嫌悪していることから理由づけることにすぎないであろう。つまり、それは、いわば、結局正常な人間ならばそんなことに同意しないだろうというに等しいのである。明らかに人格性では、そのような理由づけはできそうもない。たとえば、ハードウィック判決の多数意見は、同じような理由づけを同性愛を禁ずる法律を支持する議論に転換できたかもしれない。

(111) See, e. g., J. FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS* 12 (1984); C. TEN, *MILL ON LIBERTY* 10-41 (1980); Rees, *A Re-reading of Mill on Liberty*, 8 *POL. STUD.* 173 (1966).

自由主義的語彙が含まれており、ミルの枠組みから離れずに、逆に、ミルの枠組みのなかで展開しようとしている。その論理は、堅牢ではあるが、プライベートシーの反対者が、本当に攻撃しようとするものを把握できないでいる。

別の観点からすると、行為は、「利己的」ではないかもしれず、この観点は、個人の行為の特定の結果に注目する見方となかなか区別できないとはいえ、この観点によって、ミルの原理には、かなり深刻な疑義が呈示されているのである。人格性自体の見解では、プライベートシーの権利は、偶像破壊を擁護するものであり、この権利によって人々は何らかの広範かつ強固に支持されている価値を無視しても、自己決定することができるのである。そうした価値は、偶像破

---

(112) 中絶を考えていただきたい。議論の余地は残るが、まず最初に、社会は、胎児がなりえたかもしれない人を奪われるのだから、中絶によって社会に危害が加えられるのであり、胎児は、ある時点を過ぎれば、人ではないにしても感情をもった存在かもしれないのだから、胎児自身にも危害が加えられるのである。ロウ判決が下されたすぐ後に、イーリー法学部長の指摘したように、

「今まで全く考えもされず、主張もされなかったことは、ある行為が憲法上保護されるか否かにかかわらず、ある人にその行為をしないように強いることを正当化するのに州の利益が必要であり、州の利益にはその人以外の人の生命または憲法上の権利のいずれが含まれていなければならない、ということである。犬は、『どんな意味でも人』ではないし、犬には、憲法上の権利があるわけでもない。しかし、だからといって、州は、犬を殺すことを禁ずることができないということでもない。ましてや、州は、修正1条の政治的抗議の権利行使によって犬を殺すことを禁ずることができないというわけでもない。そう考えると、徴兵カードも人ではないのである」

Ely, *supra* note 89, at 926 (footnotes omitted). さらに、その意に反して子をもうけることが認められない父親には極めて重大な結果が存在する。実際、保護されているのが、子をもうけるかいなかという決定であるならば、そして、その決定が、人のアイデンティティーの中核にあるとすれば、父親自身の「人格性」は、母親が父親の意思に反して中絶をするときには、必ず侵害されるように思われよう。中絶、異人種間の婚姻、もっと分かりやすいものとしては、避妊によっても、第三者は不快な気持ちにさせられると指摘できよう。そうした不快感とは、利己的行為の法理で重視される類の他者に対する「危害」ではない、と即座に言えるだろう。しかし、それは、単に定義の問題に過ぎない。ミルの用語法を用いれば、不快感とは、他者に対する「有害な影響」であり、これは、命令 (fiat) または何らかの規範原理によって除去されるが、利己的・利他的行為という単純な論理で除去できるものではない。See Ely, *Democracy and the Right to Be Different*, 56 N. Y. U. L. Rev. 397, 403-04 (1981). そうしようとしても、結局トートロジーになる。See, e. g., Hardwick, 478 U. S. at 213 (Blackmun, J., dissenting) (「本件は、なんら他者の権利に対する本当の (real) 干渉にかかわるものではない。というのは、ある個人が他者の価値体系に忠実でないことを単に知るだけでは、これは、法的に認められる利益にはなりえない・・・」 (emphasis added)).

壊により疑問にふされるのではあるが、この価値は、社会を結合させ、たいいてい挑戦不可能だと信じ込ませることで、幾度も生き延びてきているものなのである。人格性の保護しようとする行為の反対者は、彼らの伝統的価値が衰退すれば、子供たちの幸福や社会の崩壊の危機に晒されるかもしれない、と固く信じている。社会の崩壊の先触れとなる害悪以外にいったい何が、はっきり社会に対する潜在的な害悪となりうるのだろうか、とミルに答えて言う者もいるであろう。

ハードウィック判決の反対意見は、このような反論の一形態を実際に識っていた。「もちろん、私的行動には社会機構全体に影響を与えうるものもある」とブラックマン裁判官は述べた<sup>(113)</sup>。しかしながら、反対意見は、続いて社会機構の亀裂となるような事柄に関する概念をかなりゆがめて提示した。つまり、

「合理的な人間は、特定の性行動が、道徳的か反道徳的かということについては意見を異にするかもしれないが、『人々が嫌悪する私的な性的行為が法律によって処罰されないからといって、人々は、道徳を捨ててもせず、殺人、残虐行為、不正というものを是認することもない、と信ずるに足る証拠が十分ある』」<sup>(114)</sup>(訳注7)。

しかし、本当のところは、無節操や混乱が蔓延するという脅威が、問題とされているのではない。異人種間の婚姻と白人・黒人の婚姻 (miscegenation) を考えていただきたい。こうした慣行は、道徳それ自体を破壊するのではなくて、人種差別的な生活と深くかかわった社会機構を分裂させるという脅威を与えたのである。それは、共同体を改造し、多くの人に安全と優越感(他の人には劣等感)とを保障する制度を掘り崩し、人種間の自然で絶対的な分離をという前提に依拠した社会制度や社会慣行の総体に疑いをを持たせるという脅威を与えた。いったい、そうした慣行が、社会に影響を与えなかったなどと論ずることなどできるだろうか。

はっきりすべきことは、人格性というのは、他者に影響を与える行為が除かれたとしても、分析上の難点を免れえないことだと思ふ。社会は利己的な行為に介入してはならないという原則は、プライバシーの目的には役立ちえない。しかし、この結論は、致命的であるとはいえないし、およそ見当もつかないというものでもない。

(113) *Hardwick*, 478 U. S. at 212 (Blackmun, J., dissenting).

(114) *Id.* (quoting Hart, *Immorality and Treason*, in *THE LAW AS LITERATURE* 220, 225 (L. Blom-Cooper ed. 1961)).

人格性からの回答は、先に試みられた司法の論理をゆるめ、人格性によって保護される行為が、他者に影響をもたらすことを認め、社会は、そうした行為に多大な関心を抱くこともあることを認識するというものである。人格性は、ミルを放棄しなくてはならない——あるいはむしろ、ミル自身にもっと忠実な解釈のために、利己的行為の免責原理に要約されるミルの表層的な解釈を放棄しなくてはならない。

『自由論』では、社会には、一定の自由を侵害する権利などないという主張から、社会には、そうした自由を侵害しても何の益もないという主張への微妙なずれがある。たとえば、ミルは、言論の自由の擁護を、結局、利己的性質よりもむしろ「進歩」に基礎づけるのであるが、言論の自由は、進歩に通ずるとしても、本当のところは利己的性格を持っているわけではないのである<sup>(115)</sup>。つまるところ、ミルが詳説しようとするのは、——不文のものではあるが——憲法なのである。人格性において同じような考えに沿って言えることは、プライバシーの本当の問題は、健全な政治的基盤となるものは何かということであって、最も明快な三段論法になるのは何かということではない。

このようにして、人格性では、われわれの先の反論は、表層に留まっているように思える。人格性のためにいえることは、その目的は、正当な国家権力の限界を画定すること——政府が個人の生活と自由の根本をなす事柄に介入するのが許される場合を述べることだということである。ある個人が誰かを攻撃したり、あるいは、口にするのがはばかれるやり方で社会機構を脅かしたという理由だけで、本当にそのように介入できるのだろうか<sup>(116)</sup>。

このような考え方をすると、人格性からその支配原理として、周知の利益衡量テストを取り出すことができる。このテストでは、ある行為を禁ずる法律の役だっている国家利益の重要性と個人のアイデンティティーにとってのその行為の重要性とが比較衡量されるであろう<sup>(117)</sup>。個人の自己決定にとって禁止された行為が重要であり、特定の危害の脅威に勝る場合は、プライバシーの権利は、個人を守る役割を果たすことになる。このテストは、姦通、近親相姦、

(115) See J. S. Mill, *supra* note 106, at 115-18.

(116) Cf. Feinberg, *supra* note 81, at 455-64 (ミルの弁護する「利己的」行為には、他者に対する影響がいくつか (some) あるということを認めてはいるが、その影響が「間接的」であるか「微弱」であるかぎりには、個人の自律権が優越すべきであると論じ、その理由を、自律権の原則は、こうした間接的な危害よりも「重要」であるからとしている)。

(117) クレイヴン裁判官は、同じような人格性の利益衡量論に到達している。See Craven, *supra* note 90, at 719.

売春, 強姦を禁ずる法律を支持するばかりでなく, 中絶, 異人種間婚姻, 避妊を禁ずる法律を無効とすることも説明するであろうが, 議論の余地は残る。同時に, このテストでは, 髪の毛の長さとか人のアイデンティティーにとって根本的だとは思われないその他の事柄にかかわる事件は保護されないことが説明できるであろう。

激論をさけるのに適切な比較衡量テストというようなものはないのである。しかし, 比較衡量テストにも, 前提があり, このテストには, 深刻な疑義が呈示されるであろう。

## B 共和主義的批判

われわれが見てきたのは, 人格性によって, 個人が偶然生まれ合わせた社会の価値と比較対照して個人の自己決定の自由を守ろうとすることであった。そのような自由の前提は, 人間の自己決定を自由主義的に理解することである。つまり, それは, 人は, 社会とは独立して, 何事かをなすことができ, また, なすことができるはずだという自己決定の概念である。このような個人主義的な自己決定の考え方の対極に, 政治的あるいは共同体的な自己決定の考え方がある。後者の考え方が, 共和主義の核心, つまり, 伝統的な自由主義の主要な敵手であり, この自由主義に代わるものとして普通唱えられる政治思想の核心なのである。今日このかなり頻繁に文献に見かける「共和主義の見解 (republican vision)」は<sup>(118)</sup>, 人格性原理に根底的な疑問を突き付けている。

自由主義と共和主義は, 多くの点で比較できる。ある点では, この両者は, 自己統治の理解の仕方において競い合っていると見做される。自由主義は, 個人主義的な統治概念に根拠づけられている。自由主義の制度は, 主に個人の自律権を保障することを目的としている。つまり, 各個人が自己の目的を選択し, それを追求する自由は, 他者も自由に同じことができるという原理によつての

(118) See, e. g., Cornell, *Toward a Modern/Postmodern Reconstruction of Ethics*, 133 U. PA. L. REV. 291 (1985); Horwitz, *History and Theory*, 96 YALE L. J. 1825 (1987); Michelman, *The Supreme Court, 1985 Term—Forward: Traces of Self-Government*, 100 HARV. L. REV. 4 (1986); Sherry, *Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication*, 72 VA. L. REV. 543 (1986); Sunstein, *Routine and Revolution*, 81 NW. U. L. REV. 869 (1987).

(119) カントの言葉では,

「人間としての自由は, ……次のようないいまわしで表わせよう。これこそ他人の幸福のためになると思い込んで, 自己流に幸福を押しつけることはできない。何人も他人を

み制限されるというものである<sup>(119)</sup>。反対に、共和主義的理解の仕方における自己統治すべき「自己 (self)」とは、政治的または共同体的な実体なのである。共和主義的政治制度は、民衆の実質的な参加を目的として作られており、共和主義は、自由を積極的で超個人的な条件、つまり、政治的な自己統治によってのみ実現可能な、特に人間的な潜在能力と見做すのである<sup>(120)</sup>。

以上のように自由主義と共和主義とを比較すると、人格性は一自由主義原理というだけでなく、自由主義原理そのものと見做すことができるようになる。プライバシーは、人格性上の自己決定の権利に根拠づけられ、政府が道徳を法律にすることを阻止し、個人が自由に一人で重要な価値選択をなすことができるようにするという古典的自由主義の目的に役だっている。このように見ると、人格性は、直ちに共和主義からの応酬を受ける。われわれが先に認識したところでは、個人が既成の価値に反して自己決定するならば、このことは、社会関係に広範で深刻な影響をもたらすこともある、というものであった。われわれは、かなり曖昧な言い方で「社会機構」に対する脅威について述べたのである。そのような曖昧さにつけ込まれて、社会の仕組みに対する漠然たる不安のために個人のアイデンティティを犠牲にしてはならない、と人格性で言えたのである。

今では、われわれは、もっと鋭く議論を呈示することができる。危機に瀕しているのは、社会のアイデンティティーなのである。偶像破壊によって、社会は何のためにあるのかが疑問にふさげられているのであり、偶像破壊は、社会が自から選択し、決定してきた特定のアイデンティティーを破壊し、あるいは、それを作り変えるという脅威を与えるのである。したがって、自己決定は、両刃

---

害しないかぎり、自分のいいと思うやり方で幸福を求めることができるだけである」  
(訳注 8)

See I. KANT, *On the Common Saying: "This May Be True in Theory, But It Does Not Apply in Practice"*, in KANT'S POLITICAL WRITINGS 74 (H. Reiss ed. 1970).

(120) See ARISTOTLE, *POLITICS* bk. III, ch. I, at 92-96 (E. Baker trans. 1958); J. ROUSSEAU, *THE SOCIAL CONTRACT* bk. III, ch. 15, at 93 (C. Shoverover trans. 1984) (「国家がうまく造られていればいるほど、市民の心のうちでは公共事の方が私事に勝る」)(訳注 9)。Sandel, *Introduction*, in *LIBERALISM AND ITS CRITICS* 5-7 (M. Sandel, ed. 1984); See also Note, *A Communitarian Defense of Group Libel Laws*, 101 HARV. L. REV. 682, 689 (1988) (「共同体的政治哲学の基礎は、人間は本質的に政治的であるというアリストテレスのテーゼである。この見解で支持されているのは、人間は共同生活に参加することによって初めて特別に人間にそなわった諸々の能力を高め、発揮することができるがゆえに、個人としては不完全なのだということである」)。

の剣なのである。

このことは、ハードウィック判決によって、著しく明瞭となった。根本のところでは、ハードウィック判決の最高裁の多数意見・反対意見は、ともに自己決定を擁護しているのだと主張した。つまり、唯一の違いは、一方の側は、個人のために主張するのに対し、他方の側は、立法共同体(the legislating community)のために主張するということであった。それゆえ、ハードウィック判決の反対意見は、個人が普通とは違った生き方ができるという価値を称賛したのである<sup>(121)</sup>。多数意見の裁判官の常套句は、その反対であった。つまり、われわれを西欧的、ユダヤ・キリスト教的国民であると規定するような価値に深く根ざした道徳律を、国家が強制できてしかるべきであり<sup>(122)</sup>、道徳的信念が、刑法の十分な根拠だということである<sup>(123)</sup>。

ハードウィック判決の多数意見がこのように共和主義的な解釈を施したために、人格性は、窮地に陥っている。まさに人格性では重要だと考えられるような事例において、保護されるべき個人のアイデンティティーと、維持されるべき集団のアイデンティティーとがはっきりと衝突すると考えられるのである。人格性では、人の自己決定の権利は、どのような根拠に基づいて支持すれば、共同体全体の自己決定する権利を無視し、あるいは、それを破壊してもいいのだろうか。

人格性からの回答は、以下のごとくである。共和主義は、「共同体」をその構成員を超えて存在するものと考える点で、誤っている<sup>(124)</sup>。「人民の意思」が無いように、「集団のアイデンティティー」のごときものも無い。アイデンティティーや意思は、個人にあるが、共同体には無いのであり、アイデンティティー

(121) See *Hardwick*, 478 U. S. at 205-06, 211 (Blackmun, J., dissenting).

(122) See *id.* at 196 (Burger, C. J., concurring) (「同性愛行為に関係する個人の決定は、西欧文明の全歴史を通じて国家の干渉に服してきた。そうした行為を非難することは、ユダヤ・キリスト教の道徳的・倫理的規準に強固に根を下ろしている」)。最近の連邦最高裁判官が、憲法判断のさい「キリスト教的」な教えに依拠することからくる不愉快な感じを、その言葉に『ユダヤ教的』という接頭語を付け加えるだけで、解消したと信じる事ができたのは本当に注目値する。

(123) See 478 U. S. at 196; *id.* at 197 (Burger, C. J., concurring) (「同性愛的ソドミーの行為が、ある程度基本的権利として保護されると考えることは、道徳教育を捨て去ることであろう」)。

(124) See J. RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 264 (1971) (「われわれは、曖昧なコミュニティー概念にたよりたくもないし、あるいは、社会は自己の生命を持った有機的な全体であり、その生命は互いに交り合っている全構成員の生命とは別個のもので、これに勝るものとも想定したくない」)。(訳注10)

や意思が、尊重されうるのは、個人レベルだけである。われわれは、多数決ルールを——このルールによって個人は、最大多数の決定に服することに同意するのである——「集団的意思」あるいは「集団のアイデンティティー」という考えと決して混同してはならない。というのは、そうした考えは、個人(individuality)の消滅を完全に覆い隠す偽装にほかならないからである。

以上述べてきたことは、二つの別個の主張、性質上存在論的なものと純粹に規範的なものとは実際には混同している。最初の主張は、集団的あるいは共同体的アイデンティティーの「ようなもの」は、あるはずがないというものである。この主張は、一見したよりははるかに論議の余地のあるものである。この主張の主要な難点は、これが集団のアイデンティティーに反駁して述べるその正に同じ議論——すなわち、集団のアイデンティティーは、超現象的抽象にすぎないという議論——は、同じ強さで個人的アイデンティティーにも向けられているということである<sup>(125)</sup>。同時に、直感的に考えてみるだけで、われわれは、普通ある種の集団——大学、町、国、——を時を超えて全く明瞭な性格とアイデンティティーを持つものと考ええる。われわれは、この意味においては、ある共同体の死についてさえ語ることもできよう。

しかしながら、共同体の存在論的地位は、共和主義に対して人格性から回答するために、なくてはならないというものではない。人格性の第二の主張は、「集団のアイデンティティー」に融合することは、道徳的あるいは政治的見地からして受け入れられないというものである。仮に、集団のアイデンティティーのごときものがあっても、集団のアイデンティティーが個人のアイデンティティーに取って代わることができるとする、「個人は、完全に消滅する」であろう。

確かに、後者の主張は、純粹に規範的なものであって、共和主義には、純粹に規範的な答えがあり、この答えによると、価値中立的な社会は、次第に価値を喪失していく社会として描かれ、この価値喪失社会は、公益など知らず、犯罪の増加や政治的無関心という形を取って、崩壊の兆候を示し始めるのである。このような構図においては、自由主義の称賛する個人主義は、市民的道徳の墮落であって<sup>(126)</sup>、この墮落は、少数の者には有益であるが、真の自己認識(真の

(125) 後掲、訳稿(下) III D 区別の項目参照(原文 pp. 797-98)。

(126) See N. MACHIAVELLI, *THE DISCOURSES* 157-64 (B. Crick ed. 1986) (共和主義的統治形態は、腐敗した社会では不可能であると論じている); Michelman, *supra* note 118, at 40 (「古典的な共和主義思想における」腐敗は、参加者すべての政治的な動機における個別の利益による公共善の転覆である)。

自律権の必要条件)を産み出すことさえない。というのは、個人主義によって、共同の自己は奪われるからであり、この共同の自己というのは、個人主義的自己認識が知るべきものなのである<sup>(127)</sup>。議論がこのような方向に向けられると、自由主義者は、すぐに共和主義者を揶揄し、ある種の短気で感じやすい全体主義者であると言い始め、そして、共和主義者は応酬して、自由主義者は、資本主義の抑圧と道徳的退廃を弁護しているに過ぎない、と言うのである。

自由主義と共和主義との論争は、常にそうした難局に逢着する。これ以上論を進めることができないとすれば、人格性についての共和主義からの批判は、個人の主張と共同体の主張との争いを繰り返す域を出ないであろう。しかし、この二つの主張は、二つの対極的な手段として示されるときには、すんなり解決できる見込はほとんどないものなのである。しかしながら、自由主義と共和主義との論争には別の見方もあり、これによると、人格性に対する共和主義からの疑義は、全く別のところに根拠づけられるのである。

自由主義と共和主義を対比するもう一つの手段は、この二つの政治的見解は、人間のアイデンティティーそのものの本質に関して意見を異にしているのだということである。自由主義には、個人は個人で完全だと見做す傾向があり、アイデンティティーは、個人の定める特定の目的や個人の参入する関係に先行して存在する独立した意思決定つまり目的の選択と考えられている<sup>(128)</sup>。一方、共和主義では、個人は、少なくとも部分的には、個人の住んでいる社会によって形成されるものとして語られるのである<sup>(129)</sup>。この見解では、人のアイデンティティーは、人の親密な諸々の関係、人の共同体および人の奥底にある価値に先行するものではなく、むしろそうしたものによって規定されるものと解されるのである<sup>(130)</sup>。

確かに、自由主義と共和主義とをこのように対比しても、この方法では、両

(127) Cf. M. SANDAL, *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE* 10 (1982) (義務論的な自由主義を述べ、「自己が妨害されず、自己が本質的に奪われているかぎり、何人も自省 (*self-reflection*) もせずかえり見ることもない」(emphasis in original)).

(128) See, e.g., J. RAWLS, *supra* note 124, at 560 (「自己は、自己の認める目的に優越する・・・」)(訳註11)

(129) See, M. SANDAL, *supra* note 127, at 150 (個人が「自己のアイデンティティーを思い描く」共同体の「強い」見解を、・・・「個人が一部を形成している共同体によって、ある程度規定されるものとして述べている」); Michelman, *supra* note 118, at 27.

(130) See, e.g., M. SANDAL, *supra* note 127, at 179 (「多少とも永続的な愛着や関係は、共に私という人間を決定する」と述べ、また、こうした愛着や関係を「私がたまたまもっている価値とか、あるいは、私が『いずれかの時点で抱く』目的と区別している」).

主義間の難局は、別のレベルに置き換えられるだけである。ここで、良く考えてみれば、自由主義と共和主義によって、アイデンティティーについてどちらのイメージの方が、より十全にわれわれ自身の道徳的・経験的な感覚に一致するのかが問われているのである。しかしながら、このレベルでは、人格性は、自由主義的な見解に完全に加担するものではないということが、直ちに明かとなる。人格性の見解では、婚姻、育児および性的な親密性についての決定は、人のアイデンティティーの中核をなしているがゆえに、憲法上の保護に値するのである。このようにして、少なくとも重要な部分は、個人は、何らかの役割、価値および関係を通じて、アイデンティティーを形成するのだという仮定が人格性には、含まれている。ここでは、人格性は、共和主義の領域に足を踏み入れているのであり、そのため、後述のごとく、人格性の論理は、当然矛盾に陥るのである。

もう一度、同性愛を禁ずる法律に関する事例を考えていただきたい。不寛容な異性愛者は、自己の異性愛のみならず、同質的な異性愛社会にくらすという決定も自己のアイデンティティーにとって肝要である、と人格性自体の論理に則って主張できる。人格性に対する共和主義の反論は、そこでは個人主義のアイデンティティーと共同体のアイデンティティーとの対立としてではなく、むしろ個人のアイデンティティーの間の対立として示される。もし、そうした対立が存在するのであれば、人格性は、それを解決しなくてはならない。さもなければ、前章の終わりに人格性で採られた比較衡量テストの言葉で表現すれば、人格性の利益は、正に人格性が最重要と思われるような事件で、均衡する。だが、そうした事件では、共同体の一個人が、離脱しようとするのは、共同体の他の構成員が、彼らの自己決定には極めて重要だと思っている生活様式なのである。実際、そうした比較衡量では、自己決定のとき伝統に頼る人達が、かなり多いという理由だけで、人格性の天秤は、このような人達の方に傾くであろう。

おそらく、人格性からは、隣には誰が住んでいるとか、そこではどんなことが行われているのかを知ることは、率直に言ってあまりに関係が薄すぎるか、あるいは、些細なことでありすぎて、人の「自己決定」の一部分ではあるはずもない、と答えたい気になるだろう。しかし、この回答では、全然満足できない。われわれには周知のことであるが、この国では、共同体の人種的、経済的、民族的同質性は、共同体の構成員が自ら作り上げてきた生活や社会にとって不可欠なものとして、構成員が体得したものである。人格性が、個人のアイデン

ティティーという完全に直感的な発想に依拠しているかぎり、人格性では、ある明確な共同体の構成員であることが、ある人達の自己決定の中核要素でありうることを否定できないのである。このような理解を確認するためには、ブラウン v. 教育委員会判決<sup>(131)</sup>に相前後した紛争を考えてみるだけで十分である。かくして、人格性の直面しなくてはならないのは、ある種の偶像破壊が自己決定にとって重要で中核となっている人たちが有する権利と、それに劣らず共同体の同質性も彼らの自己決定にとって重要である人たちの有する権利とが、人格性の論理それ自体の内部で、対立する事態である。

この重要な論点が、例証されうるとすれば、クレア教授の主張は、同性愛者の権利を擁護して、人格性と共同体的原理を同時に主張しようとしているものであるが、うまくできていても役に立たないことを引合に出せばよい<sup>(132)</sup>。クレアの議論の出発点は、ハードウィック判決前の事件であり、連邦地裁は、この事件で、政府は、ある人物が同性愛であるというだけでは、予備役から退役させることはできない、と判示したのであった<sup>(133)</sup>。連邦地裁は、明らかに人格性に基づいて、次のごとき結論に到達したのである。つまり、連邦地裁の言うには、プライバシーの権利は、人のアイデンティティーを保護し、そして、性的傾向は、アイデンティティーの核心をなしているのである<sup>(134)</sup>。クレアは、裁判所の判旨を称賛したが、個人のアイデンティティーはあまりに狭すぎるとして批判した。すなわち、

「理想としては、法律は、プライバシーの領域を設け、犠牲になる被用者を保護すべきであるが、法律は、被用者が性的に多元的な環境で働く権利 (*a public right of employees to work in a sexually pluralistic environment*) をも承認すべきである…。したがって、このアプローチにより、使用者は、…性的な自覚や性的な選択をしやすくするために、性的偏見や性的強要と戦い、万人がその性的アイデンティティーを追求し、それを表わすことができる労働環境を設立しなくてはならないことになろう。個人のアイデンティティーには、相互作用的な、伝達的な構成要素がある (*[P]ersonal identity has an interactive and communicative component.*)。この事件の論理が労働生活の共同体的 (*communal*) 側面に拡大されたとき初めて、この事件が解放に役立つ可能性

(131) 347 U. S. 483 (1954)

(132) See Klare, *The public/Private Distinction in Labor Law*, 130 U. Pa. L. Rev. 1358, 1386-88 (1982).

(133) See *benShalom v. Secretary of the Army*, 489 F. Supp. 964 (E. D. Wis. 1980).

(134) See *id.* at 974-75.

が、十分に理解されうるのである」と<sup>(135)</sup>。

この文書で、クレアは、人格性原理の「論理」に促されて、個人のアイデンティティーの「共同体的側面」について共和主義的に洞察したことを、正しく認めたのである。万一、共和主義の信奉するアイデンティティーの形成的・社会的な構成要素を人格性に含める意図がないならば、人格性からは、同性愛的関係は、個人のアイデンティティーの中核をなす可能性があると主張できないことになろう。したがって、クレアが認識できなかったのは、人格性では、結果が全く不確実になってしまうことである。

クレアの「性的に多元的な」職場というのは、「個人的アイデンティティーには相互的」あるいは「共同体的」構成要素があるという原理からは、出てこないのである。この「性的に多元な職場」が導きだされるのは、完全な自己決定というのは、個人が「そのアイデンティティーを追求し、表明すること」のできる環境に調和し、あるいはおそらくそれに依拠するということが、誰についても言いうる場合であろう。しかしながら、不寛容な異性愛者たちも、この正に同じ原理で身を固め、異性愛者のアイデンティティーは（したがって、そのプライバシーの権利も）、同性愛の存在・自己表現・「探求」により侵害されるのではないかと主張するかもしれない。すなわち、彼らの「異性愛のアイデンティティー」は、このアイデンティティーの「相互的」・集団的構成要素ゆえに、性的に同質的な職場を求めていると言えよう。一度、人格性の論理が、われわれのアイデンティティーの「共同体的側面」に拡大されると、不寛容な者の——あるいは一般的な価値を信奉しているにすぎない者の——プライバシーの権利は、偶像破壊者のプライバシーの権利と常に衝突するであろう。

したがって、個人的アイデンティティーと共同体的アイデンティティーの問題は、またしても人格性自体の個人主義的論理のなかに、現われるのである。強調しなくてはならないのは、ハードウィック判決のソドミー法が、無数の不寛容なジョージア州民の「人格性の権利」持ち出せば、本当に正当化できるなどとは、この議論で全く意図していないということである。この議論は、われわれが、ハードウィックの人格性の権利に言及することで彼の立場を擁護するならば、そのときには、ジョージア州民にも答えなくてはならないということに過ぎない。

おそらく、人格性からは、個人の自律権は、同じような自律権を万人に確保するのに必要とあらば、制限されることもありうるという原理を援用したくな

(135) Klare, *supra* note 132, at 1387-88 (emphasis added).

るであろう。ある人の拳を振り回す権利が他者の顎の位置によって制限されるのとちょうど同じように、人の自己決定の権利も、他者の自己決定を害するというのであれば、制限が認められるのである。他者のアイデンティティーと両立できない形態の自己決定は、この理由で排除でき、仮にこのことが、不寛容な者から人格性を奪うこととなってもかまわないのである。

この回答の強みは、人格性ではアイデンティティー相互の間に価値中立性が保たれていることである。その弱点は、要点を突いていないということである。ここまで述べてきたように、アイデンティティーに関する人格性の形成的見解を認める前提に立つならば、人格性でもって最も厚く保護しようとするアイデンティティーというのは、それ自体他者の自己決定を害するきらいがある。ある種の同質的な共同体の構成員であるという地位によってアイデンティティーが形作られるという人のいる限りでは、彼のアイデンティティーは、共同体の同質性を破壊しようとする人たちのアイデンティティーと両立できないのであるから、彼のアイデンティティーは、この同質性破壊者たちの行為とも両立できないのである。

にもかかわらず、人格性から言えることは、最大限の自己決定する万人の自由と両立するように各個人にも最大限の自己決定する自由を与えるためには、不寛容な者のアイデンティティーを排除することが、必要であるということである。人格性から認めざるを得ないのは、確かに不寛容な諸個人の自己決定を優先することは、禁じられなければならないであろうが、しかし、この人たちも、依然無数の受け入れられるアイデンティティーを選ぶことができようということである。論を進めれば、逆に、ハードウィック事件タイプの法律が許されるとすると、個人には、ほとんど全くといっていいほど、選択の余地が残されないことになろう。

ここでも、人格性において、価値中立的な手段を見出し、不寛容なアイデンティティーを排除しようとしているが、しょせん無理である。まず、この議論は、あるアイデンティティーと別のアイデンティティーとの衝突の背後に存在する人格性の当面の難点の意味するところをまたしても無視している。人格性から排除しようとする相争う二つの自己決定のいずれにしても、選択できる多種多様なアイデンティティーの可能性のなかから一つの選択を排除しているに過ぎない。いずれにせよ、人格性では、ハードウィック事件タイプの法律が可決された前後で、社会の自己決定の可能性の大きさを比べようとするさい、立法行為に含まれる自己決定の自由が、無視されている。自己決定的な決断に

は選挙された代表者が介在していたとしても、個人は、そうした法律を可決するさい、依然として自己決定的に決断しているのである。実際、そうした立法によって（もし許されればであるが）人々は、あらゆる形態の自己決定のなかから選ぶことができるゆえに、人格性によって提供されるよりもっと広い範囲の自律権が、この立法によって与えられている、とすることができる。つまり、この人格性による自律権は、前もってある種のアイデンティティーを排除することを当面予定している。さらに、多数者の好む形態の自己決定が、原則として広く受け入れられるのであるから、そうした立法の可能性は、より広い範囲の自律権を創設するばかりか、より多くの人の人格性の自己決定をもたらすのである。

人格性の次の戦略は、価値中立性という前提を捨て、アイデンティティーに関する前述の種類 of 明確な規範的見解に退却することであろう<sup>(136)</sup>。そうすれば、人格性では、偏見や不寛容は、たとえこれらが、個人の自己決定の構成要素をなすものであっても、保護に値しない性質のものとして、非難されるにすぎないであろう。

しかし、この回答も、失敗である。まず、ある共同体を構成する身分を有することを理由とする全ての形態の自己決定が、必ずしも、偏見や不寛容の例として容易に特徴づけることができるものでもない。個人が町民会 (town meetings) に出席し、一定期間公職に就き、また別の形で共同体の政治生活に参加することを求める法律が、共和主義的志向を持った共同体によって可決されることを想像していただきたい。人格性では、そうした法律は、おそらく拒否されざるをえないであろう。というのは、そうした法律だと、個人は、仮に選ぶとしても、私的・非政治的なアイデンティティーを自己決定することはできないからである。しかしながら、その場合、共和主義者は、アイデンティティーに関する人格性そのものの形成的見解をまたも引き合いに出して、彼の自己決定は、政治的に積極的・参加的な制度を構成する身分を有することに依拠し、しかも、彼の人格性は、彼の共同体の他の構成員の側の政治的無関心によって、直接害された、と指摘するであろう。この場合、偏見と不寛容を非難しても、人格性では、そのジレンマを免れることはできないのである。

とにかく、先に述べたように、規範的理由で、正面きって人格性から一定のアイデンティティーを排除しようとする、ハードウィック判決のような事例においては、人格性には、隙が見えるのである。つまり、その場合、人格性

(136) 前掲, 164-65頁 (原文 p. 756)。

に反対の者たちは、人格性の自由主義的志向の支持者の価値に代えて、彼らの価値の方が、最初に基本事項として強いられてしかるべきだと、主張できるのである。最後に、価値中立性を捨てることで、人格性は、それまで人格性で論証されてきた最も強力な正当化理由を犠牲にしているのである。つまり、自由主義政治哲学に根ざした主張であって、国家が道徳を法律となすことを防ぐためには、個人のアイデンティティーの保護が必要だという主張を犠牲にしているのである<sup>(137)</sup>。

しかしながら、人格性は、その自由主義的基盤を一切がっさい捨てさることで、個人的な自己決定にある多元主義的原理を救おうとするかもしれない。代わりに、人格性は、共和主義的価値にその根拠を求めるかもしれない。このような回答の流れに沿って、多元主義が選好されるのは、それがこの国で明らかに選好されたものであるからだ、と人格性では主張されるかもしれない。分析は、歴史的なものとなろう。つまり、われわれの建国の文書、政治・経済制度、社会闘争は、全て個人主義的信念を反映し、多元主義に属する諸価値を反映し

(137) リチャーズ教授は、政府は「私生活」の「基本的な道徳分野」においては人々に価値を押しつけてはならないという古典的な自由主義原理によって、プライバシーの権利を支持し、——またハードウィック判決を批判し——ようとするのではあるが、この問題を見逃してしまっているように思われる。See Richards, *supra* note 71, at 843-45. この原理により「親密な関係」の「多数派の正統派的信念」が意見を異にしたいかもしれないような個人にむりやり押しつけられなくなろう、とリチャーズは言う。全くそのとおりである。しかし、この原理は、個人の自律権という正統派的信念が意見を異にしたいと思っているかもしれない多数派の人々に押しつけられることは許しているのである。前述のように、よき「私生活」に関する、若干の概念は、個人の決定の域外にある。これらの概念から、人々は、互いに役割や義務をになわなければならないか、あるいは、共同体内部において社会交流の価値や規範の一定の同質性が求められるかもしれないのである。われわれの多くが、「よき生活」に関するそうした見解を拒否したとしても、他者に価値を押しつけるという理由でその見解の実現を禁ずるならば、これは自己矛盾である。

たぶん、「多数派と異なる権利」という形での人格性原理は、ロールズの原初状態 (original position) という契約的な前提のような「中立的」理由では弁護できない、と言えよう。この議論がどのように働くのかを見ることは極めて難しい。おそらく、この議論では、原初状態にある人々に、その個人的特質を確保したいというものであろう。しかし、われわれが既に見たところでは、共同体が何らかの形態の同質性を押しつけるのを許すのは、ある人達の人格性にとって重大なことであって、これは、この逆の原理が他の人達にも重大であるのと異なる。それゆえ、原初状態に何人も、どちらの原理をも選ぶ根拠がなかろう。そのかわりに、さらに上位の規範的または政治的判断が、必要とされよう。少なくとも、イーリーは、「異なる権利」は中立的に導きだせないということに賛成する。See Ely, *Democracy and the Right to Be Different*, 56 N. Y. U. L. Rev. 397, 400-04 (1981).

ている、と言えよう。確かに、これは、今も市民に押しつけられている社会の見方であり、これはこれで、不寛容の一形態である。しかしながら、この議論によると、それは、唯一の不寛容であって、正にアメリカ人の見方であり、それゆえ、裁判所が強制すべきものなのである<sup>(138)</sup>。

この回答の一つの弱点は、この回答ではせいぜい互角といったところにしかなりえないことである。というのは、共和主義者たちも、アメリカ史の共和主義版を出して、アメリカ革命においては、共和主義の理想は、自由主義の理想よりも影響が大きかったことをはっきり示すことができるからである<sup>(139)</sup>。いずれにせよ、今や人格性において事実上認めざるを得ないのは、社会のアイデンティティーは、個人のアイデンティティーの上位にあるものであり、また、それに優先することもある、ということである。このように認めたとしても、人格性は、深刻な窮地に陥っている。というのは、何人かの個人のアイデンティティーを犠牲にして、共同体が自己決定しようとしたときの法律を、人格性では、どうして拒否できるのかという疑問が生じるからである。人格性の扉を、ひとたび自己主張する集団のアイデンティティーのために開けておきながら、その後で、どうやってその扉を閉ざすことができるのだろうか<sup>(140)</sup>。確かに、この扉は、憲法制定会議の間は開かれていたが、憲法典そのものによって閉ざされたのであるという見解なら人格性でも取りえたかもしれない。しかしながら、「憲法典そのもの」を持ち出しても、人格性に有利になりそうもない。憲法典は、自己決定の権利にそれほど言葉を費やして述べているわけではないことは確かである。そして、——ハードウィック判決が再度例証しているように——歴史的価値を調べた上で考え始めると、人格性で保護しようとする行為に有利になるように、だれもが認めざるをえないような主張をすることは、極

(138) ハードウィック判決のブラックマン裁判官の反対意見は、この議論の変型を含んでいる、とある評釈者は論じた。See Goldstein, *History, Homosexuality, and Political Values: Searching for the Determinants of Bowers v. Hardwick*, 97 YALE L. J. 1073, 1098-99 & n. 164 (1988) (「個人の自由を評価するのは、われわれの神聖な伝統の一つである」というブラックマンの逆説的な主張を、「古典的な自由主義と古典的な保守主義」との論争の「用語を変えようとする試み」として述べている)。

(139) See, e. g., B. BAILYN, *THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION* (1967); J. G. POCOCK, *THE MACHIAVELLIAN MOMENT* (1975); G. S. WOOD, *THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC, 1776-1787* (1969)。

(140) Cf. Unger, *supra* note 100, at 583-92 (人民が政体を造るときに「基礎をなす政治」に適用できる準則と、その後制度上のシステムによってもうけられる「通常の政治」に適用される準則との区別がありうることを述べ、これを批判している)。

めて困難となろう。

それゆえ，人格性は，人のアイデンティティーの本質に関する人格性そのものの前提から生ずる自己矛盾に捕われたままである。人格性では，アイデンティティー相互間の価値中立性が放棄されなくては，「不寛容な」アイデンティティーは，排除できないし，さらに，そうした価値中立性を放棄することは，人格性の規範的基盤を掘り崩すことなのである。しかしながら，人格性は，敢て取ろうとするならば，利用できる逃げ道がもう一つある。冒頭から述べたことは，人格性は，結局のところ個人のアイデンティティーという概念を産み出さざるを得ず，この概念は，どの決定がアイデンティティーの中心を占め，憲法の保護に値するかを説明でき，どの決定が片隅にあってあまり重要ではなく，憲法の保護に値しないのかを説明できるものであるということであった。人格性においては，このような止むを得ない状況をうまく利用して，人格性が自己矛盾に陥るに至った前提を，今や改善しなければならない。

人々が，隣人の肌の色や性的好みにかに不安を抱こうと，人格性によれば，これを認めないことは，アイデンティティーを本当の意味で形成するものではない，と言えよう。実際，プライバシーの権利は，結局のところわれわれの私生活に帰着するのであり，隣人の私生活は，われわれの私生活では全くないのである。

しかし，人格性では今のところ回避されているこの「私生活」とは，いったい何であろう。もちろん，それは，性の領域である。すなわち，婚姻，避妊，出産などである。結局人格性の主張は，性は極めて重要であるということに基礎づけられることになる。つまり，（言葉の広い意味での）個人の性生活は，隣人の行為よりも，自分が誰かということに規定され，依拠していることの方が大きいということに過ぎないということなのである。それが，人格性の最後の弁明である。