

資 料

プライヴァシーの権利（下）

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（以上前号）

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：プライヴァシーの

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（以上本号）

C フーコーからの批判

かくして、人格性の見解からすると、プライヴァシーを最初に産み出した者は、ブランドイスではなくてフロイトなのである。フロイトのアイデンティティ概念を採用すれば、前章の人格性で直面した矛盾は、人格性によって解決できるのである。この見解によれば、性（sexuality）は、心理学上（あるいは生物学上でも）われわれがアイデンティティを形成するさいに、特権的な領域を占めるばかりでなく、同時に、きわめて個人的なアイデンティティの内面的な境界を描いているのであり、国家は、この境界を超えてはならないのである。性のなかにこそ、われわれのアイデンティティの隠された真実が存在

しているものであり、社会がその真実を抑圧したり、発見するのを妨げたりすることは、われわれのアイデンティティーのためには、あってはならないのである。

人格性をこのようにフロイト的にすれば、非常にうまくいく。人格性には、人のアイデンティティーの精緻な理論が突如現われ、この理論に満足し、支持する「専門家」が数多くいる。さらに、このアイデンティティーの理論は、現在のプライバシーの事例と偶然にも奇跡的に一致する。つまり、今や人格性は、プライバシーが性の関心に捕われていることを説明している。最終的に、人格性によって、解放の見通し (an emancipatory vision) が得られ、これによって自己補完できる。つまり、個人は社会的・性的な抑圧から自己を解放するという見解を獲得するのである。

フロイトの理論を深く分析しても、ここでは、得るものはないが、われわれは、最低限、フロイトの理論の描く性とアイデンティティーとの間の、広く受け入れられている関連性に異を唱えておく必要がある。この労をとるために、われわれは、故ミッシェル＝フーコーの支援をえようと思う。結果的には、フロイトの見解を拒否する必要もない代わりに、フーコーの見解も、完全には受け入れる必要もないことになる。われわれが関心を持っている主張を提示するのに過不足のない議論を立てようと思う。しかしながら、ここで、われわれの関心は、さらに複雑なものとなった。われわれは、今、先に提示された疑問に答えようとしている。つまり、プライバシーの権利の判決が奇妙なことに性に引きつけられるのは、どう説明できるのだろうか。また、このように引きつける力の背後にあるものは、自由を獲得させる力なのであろうか。

1 フーコーの性の歴史

フーコーの最後の著書、『性の歴史』は、彼の「抑圧の仮説」と呼ぶもの⁽¹⁴¹⁾、つまり、抑圧の観点から性行動 (sex) と権力との関係を規定する見解が述べられ、この見解を問題にすることから始められている⁽¹⁴²⁾。この見解によると、わ

(141) 1 M. Foucault, *The History of Sexuality: An Introduction* 10, 17-49 (1980) [hereinafter *HISTORY OF SEXUALITY*]. この本は次のように始まる。「人は言う、長いことわたしたちは、ヴィクトリア朝の体制に耐えてきたし、今日もおそれを受け入れていると。女王様のあの淑女ぶった顔は、偽善的な性現象の紋章の一部にはかならず、そこでは、わたしたちは、おしとやかで押し黙っている。…性行動のまわりでは人は口を閉ざす」。Id. at 3. (訳注12)

われわれの性は、相当の期間にわたって体系的に社会により抑圧されてきたのであり、社会は、われわれが、真の性欲について語らぬよう命じ、性欲にしたがって行動しないように命じ、事実、性欲を知ってはならないと命じているのである⁽¹⁴³⁾。この抑圧から、多くの病理が生まれるのであるが、大いなる希望もまた生まれるのである。すなわち、われわれは、自ら性を解放することによって、自己についての真実を再発見し、同時に、われわれの社会を造り直すであろうという希望も生まれるのである。フーコーがこのような現代的な独特の方法で、「性の問題」を体系的に記述しているように⁽¹⁴⁴⁾、「本質的なこと」は、「性行動、真理の啓示、世の掟の逆転、来たるべき新たな時代の宣言、何らかの至福の約束とが一緒に結びつけられている言説がわれわれの時代には存在しているということである」⁽¹⁴⁵⁾（訳注13）。

個人のアイデンティティーに関しフロイト的観点が取られるや、人格性は、抑圧仮説の性格を帯びる。第一に、人格性においては、「われわれ自身に関する…深く埋もれた真実」が性のなかにある、と解され⁽¹⁴⁶⁾（訳注14）、その結果、性関係には、保護される行為というカテゴリーの中心にある自己決定の地位が与えられなければならない。第二に、人格性は、各人が自由に自己の性を表現できるようにして、強大な国家の制約から、個人を解放する手段の一部であると解されるのである。

フーコーは、この見解の両面に疑義を呈する。フーコーの批判の要点は、性

(142) *Id.* at 6.

(143) See *id.* at 4. どのくらいの期間、性が抑圧されてきたと考えられるかという問題には、いろんな解釈がありうる。人間はいつも、文明によって、かならず真の性欲を抑圧することとなったというのが、フロイトの見解であった。See, e. g., S. FREUD, CIVILIZATION AND ITS DISCONTENTS (1962); S. FREUD, THE FUTURE OF AN ILLUSION 7-8 (1953). フーコーが主に議論の対象としている見解は、新フロイト派の概念であって、この概念では、性の抑圧という精神分析の基本語彙を受け入れはするが、そのような抑圧は「ブルジョワ」または「近代」社会の出現と同時に到来したものと扱われ、抑圧現象は、歴史的なものとされるのである。See HISTORY OF SEXUALITY, *supra* note 141, at 3-6, 35.

(144) もちろん、性行動を問題とすること自体が、問題なのであって、これが、性に関するフーコーの著作の第二巻の明確なテーマとなるのである。See 2 M. Foucault, THE HISTORY OF SEXUALITY: THE USE OF PLEASURE 23-24 (1985) [以後, M. Foucault, THE USE OF PLEASURE. と省略]。

(145) HISTORY OF SEXUALITY, *supra* note 141, at 7.

(146) *Id.*, at 69.

を解放することについての言説すべてに、性に捕われた社会の創設が見えるにすぎないということである。フーコーによれば、抑圧仮説で普通考えられているように、フロイトは、ヴィクトリア時代の性的抑圧と現代の性の啓蒙の幕開けとの転換点に立ってはいなかった⁽¹⁴⁷⁾。それどころか、特に、精神分析の、一般的には、抑圧仮説の主な特徴は、精神分析と抑圧仮説は、現在もお展開している性の歴史と一決別するよりもむしろ—その歴史を推し進めていることであり、フーコーにとって、この歴史は、「われわれの注意と関心を性行動(sex)に集中するために、性行動について語らしめるために、幾世紀にもわたって複雑に展開し、出現してきたもの」⁽¹⁴⁸⁾(訳注15)なのである。

宗教、教育、医術、法などの膨大な文献を渉猟して、フーコーは、18・19世紀を書き改め、両世紀を性行動(sex)に集中する「言説の爆発(discursive explosion)」を体験した世紀と述べた。性は、組織的に抑圧されはしなかった。つまり、それは、ますます多くの文脈のなかで表現された。「性について語ることを促すような、政治的、経済的、技術的要因が出現した。そして、それは、性の一般理論という形というよりむしろ分析、記録、分類、特定という形、つまり、計量的または因果関係の研究という形を取った」⁽¹⁵⁰⁾(訳注16)。

確かに、この性行動に関する言説の多くは、性行動の危険と害悪を警告して

(147) フーコーは、心理学におけるフロイトの革命的な歩みというのは、彼が「性」に焦点を合わせたことではなく、彼の「無意識」の理論にあると見る。それゆえ、フーコーは、インタビューで次のように述べたのである。

「そこで、私が言いたいのは、普通の歴史からは、性は、医療、特に精神医学では無視されていたと読めるということであり、フロイトがついに神経症の性的原因を発見したことなのである。今では、それが本当ではないことは、誰にでも知られている。つまり、性の問題は、19世紀の医療・精神医療のなかで大量かつはっきりと記述されていたことも知られているし、基本的には、フロイトが、シャルコがある晩言ったこと、つまり、実際全てが性の問題だと言ったことをそのまま受け取ったにすぎないことは、周知のことなのである。精神分析の強みは、全くの別物、つまり、無意識の論理へと精神分析が発展したことにある。そして、そこでは性は、もう元の姿ではないのである」。

M. FOUCAULT, *Interview-The Confession of the Flesh*, in *POWER/KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS 1972-1977*, at 194, 212-13 (C. Gordon ed. 1980) [以後、POWER/KNOWLEDGEと略記]。

(148) HISTORY OF SEXUALITY, *supra* note 141, at 158.

(149) *Id.* at 38.

(150) *Id.* at 23-24.

いた。しかしながら，その結果，性は，育児，心理学，変態行為などの中心に位置づけられることとなった⁽¹⁵¹⁾。このような言説によって，性行動の表明が，あらゆる種類の社会的・個人的な病理学—以前にはなにも見いだされなかったところ—に発見されるのである。それゆえ，性の抑圧の代わりに，隠された性が至るところで発見された。つまり，多様な現象を伴った「性化 (sexualisation)」が存在したのである。性行動と性は，抑圧されるどころか，18・19世紀には，一必ずしも生殖あるいは肉欲的でもない多様な生活要素さえもアイデンティティーがかくされている性的な中心部分にまとめあげた着想という意味で一「性行動」と「性」は，創造されたのである (*created*) ⁽¹⁵²⁾。

フーコーは，この「言説の爆発」を中世の告解慣行にまで遡る西欧社会の根深い動きの頂点として示している。そして，われわれは，この告解ゆえに，「性」に関して真実を語らなければならないという義務感を持つに至ったのである⁽¹⁵³⁾。フーコーによると，抑圧仮説そのものが，人為的に作られたこうした西欧独特の自己理解の形態なのであり，この自己理解によって，われわれは，あたかも性行動には自己に関する真実が含まれているかのように，性行動に関する真実の発見に没頭してきたのである。「実際，近代社会に特有なものは，近代社会では性行動は，暗やみのなかに放置しておくというのが当たり前だということではなくて，性行動を秘密そのもののよう主張しておきながら，社会は際限なく性行動について語ることに熱中したことである」⁽¹⁵⁴⁾ (訳註17)。

それゆえ，フーコーは，社会が性を抑圧しようとして権力を行使してきたということを否定する。その代わりに彼の示唆するのは，権力は，性行動の「問題」に集中する知識，言説および慣行の集積物を産み出すために利用されてきたことである。すなわち，

「19世紀に発達した社会—ブルジョワ社会，資本主義社会あるいは産業社会とどのように呼んでも差しつかえないが—の対応は，性行動は全く認識されなかったのではなかった。反対に，社会は，全機構を働かせて性行動に関する真の言説を産み出したのである。社会は，性行動について語り，誰もが性行動について語るように強いたばかりでなく，性行動の画一的な真実を定めようとし

(151) See *id.* at 27-31, 104-05.

(152) See M. FOULCAULT, *Interview-The Confession of the Flesh*, in *POWER/KNOWLEDGE*, *supra* note 147, at 211.

(153) See HISTORY OF SEXUALITY, in *POWER/KNOWLEDGE*, *supra* note 147, at 183, 186.

(154) HISTORY OF SEXUALITY, *supra* note 141, at 35 (emphasis in original).

た。あたかも社会は、性行動には根本的な真実が秘められているかのよう。…西欧では、主体についての科学のプロジェクトは、巡る円環が益々小さく緊密になるにつれ、性行動の問題に引き寄せられ、その周囲を巡り始めた」⁽¹⁵⁵⁾

(訳注18)。

「驚異に値するものと言え」⁽¹⁵⁶⁾、一定の方法で、性行動が、どのようにして禁止されることになったのかではなく、むしろ、どのようにして「われわれは、あらゆる技術を性行動の秘密の発見に適用するようし向けられ」、「長い間性行動を認識してこなかったことに罪悪感を持ったのか」⁽¹⁵⁷⁾ (訳注19) ということである。フーコーの示唆するところ、「最も真実なる告白を影のなから取りだすという…際限のない任務に、…なぜ…われわれは、没頭するようになったのかを、人々は、最早あまり理解しなくなるような」⁽¹⁵⁸⁾ (訳注20) 時代が、到来するかもしれない。

フーコーの革命的な『性の歴史』には、人格性理論の弱点が二つ示されている。まず第一に、彼の著書は、性行動とアイデンティティーとの関連性に疑義を提示するが、人格性というのは、この関連性に致命的なほど依拠しているのである。フーコーの見解では、性は、われわれのアイデンティティーにおいて生物学上あるいは心理学上特権的な地位を全く占めていない⁽¹⁵⁹⁾。それどころか、性がこのような特権的な役割を果たしているという信念は、社会慣行から生まれるもの (societal artifact) あるいは神秘化されたものとして説明される。チャールズ＝テイラーの述べたように、「考え全体が」、「権力の謀略であることが明かとなる」⁽¹⁶⁰⁾。第二に、フーコーの見解は、人格性から要求される解放の見通しを一われわれがいつかは十分に探究しなければならない方法で—示唆し

(155) *Id.* at 69-70.

(156) *Id.* at 159.

(157) *Id.*

(158) *Id.* フーコーは、同じ章に次のように書いている。すなわち、

「おそらく、いつの日にか、人々は驚くだろう。生産と破壊の巨大な仕組みを発達させるのにかくも熱心だった文明が、他方では不安を抱きつつも、性にまつわる現実を問いただす際限のない忍耐力と余裕を持ち合わせたことを人々はあまり理解できないだろう。昔の人々は、それは今の自分たちのことでもあるが、性の中に真実があって、それは、少なくとも地球や星や思考の純粹形態に求めた真理に劣らず貴重な真理だと信じていたことを思い出して、おそらく人は苦笑するだろう。…」 (訳注21)。

(159) *See id.* at 150-58.

ている。

私は第一の論点に依拠できたらと思う。人格性によって性がアイデンティティーの基本的な決定要因だと宣言しようとする根拠を、フーコーが崩してしまっている、と言いたいからである。しかし、そんなに完璧な主張が、できるわけでもない。私は、フーコーのフロイト主義に対する批判に納得しているかも知れないが、彼の著書になじみのない読者も、先のフーコーの簡略化されすぎた概要に納得することは、ほとんど期待できない。

その代わりに、われわれは、第二の論点に移らなければならず、もっと限定的なフーコーの議論を述べて、本稿の枠内で終わらせることが十分できると思う。性とアイデンティティーとが結びついているのではなく、むしろ、解放 (liberation) の概念を直接問題にすることで、人格性の難点を明確にしてみたのである。この解放の概念というのは、性とアイデンティティーとを連結することによって、人格性が求めているものである。

2 人格性の解放の可能性

性的抑圧をフロイト的に理解すること（これは今日までの一般的な理解であるが）に対するフーコーの批判は、彼の優れた晩年の著書のもう一つの中心的テーマに緊密に結びついており、このテーマは、ここでも不可欠である。すなわち、それは、権力 (power) が現代社会において機能するときのその機能の仕方を再定義することである⁽¹⁶¹⁾。フーコーの性の扱い方では、社会と性との関係

(160) Taylor, *Foucault on Freedom and Truth*, in *FOUCAULT: A CRITICAL READER* 69, 78 (D. Hoy ed. 1986) [以後次のように略記, *CRITICAL READER*].

(161) フーコーは、広く受け入れられている権力概念の批判を、二箇所まで極めて詳細に展開している。See *HISTORY OF SEXUALITY*, *supra* note 141, at 81-102; M. FOUCAULT, *Two Lectures*, in *POWER/KNOWLEDGE*, *supra* note 147, at 78, 87-108; see also Foucault, *Afterward-The Subject and Power*, in H. DREYFUS & P. RAINBOW, *MICHEL FOUCAULT: BEYOND STRUCTURALISM AND HERMENEUTICS* 208 (2d ed. 1983). フーコーの別の概念は、難解で、いろいろなところで問題とされてきた。See, e.g., J. MERQUIOR, *FOUCAULT* 108-18 (1985); Fraser, *Foucault on Modern Power: Empirical Insights and Normative Confusions*, I *PRAXIS INT'L* 272 (1981); Taylor, *supra* note 160, at 93. フーコーの見解に好意的な分析に関しては、次のようなものがある。H. DREYFUS & P. RAINBOW, *sited above* at 184-204; B. SMART, *MICHEL FOUCAULT* 71-105 (1985); Connolly, *Taylor, Foucault, and Otherness*, 13 *POL. THEORY* 365 (1985); Hoy, *Power, Repression, Progress: Foucault, Lukes, and the Frankfurt School*, in *CRITICAL*

が、外的な、基本的には禁圧的な力の関係であるという見解は、取られていない。むしろ、前述のように、フーコーの主張というのは、性は、様々な方法で積極的かつ組織的にわれわれの生活に巧妙に注入されているというものである。フーコーに関して言えば、社会権力の消極概念から積極概念へのこのような移行は、性の「装置 (deployment)」のみならず、権力作用一般に対しても当てはまる⁽¹⁶²⁾。

フーコーは、言う。われわれは、あまりにも長い間、国王主権と結びついた権力概念、すなわち、権力は特定の行為を基本的に禁ずるものとする「純粹に法的な概念」に執着してきた、と⁽¹⁶³⁾。数世紀前、王権の行使が、大部分公開処刑、処罰、強制差し押えに限られていた時代であれば、この概念も有効であったかも知れない⁽¹⁶⁴⁾。しかしながら、今日では、技術の発展やはるかに組織的な文化の包摂作用 (acculturation) を通じて、国家権力は、われわれの生活を監視し、形成し、また、われわれを利用し、方向づけ、さらに、われわれの生活や意識に特定の型を押しつけようとして、積極的に作用するのである。すなわち、

「権力の強固な支配を維持しているもの、すなわち、権力を受容させているものは、権力が有無を言わさぬ力としてわれわれを圧倒するばかりでなく、権力が、事物を点検・生産するということ、つまり、権力が、快楽を誘い、知識を作り出し、言説を産み出すという事実にはかならない。権力は、その作用が抑圧としてある消極的な事実というより、社会機構全体を貫いている生産的な網の目と考える必要がある。…17・18世紀以降、権力の生産性には真の技術的飛躍があった。古典期の王政は、巨大な国家機構 (軍隊、警察および財政) を発展させたばかりでなく、この時代には、特に権力の新たな『経済』とでもいうもの、すなわち、持続的で、絶え間無く、順応的で、かつ『個人化』された方法で、全社会機構の隅々まで権力の影響を侵透させることのできる手段が確

READER, cited above in note 160, at 123, 129-45; and Smart, *The Politics of Truth and the Problem of Hegemony*, in CRITICAL READER, cited above in note 160, at 157, 161-64, 166-69.

(162) See HISTORY OF SEXUALITY, *supra* note 141, at 82-83.

(163) See *id.* at 102; M. FOUCAULT, *Interview-Truth and Power*, in POWER/KNOWLEDGE, *supra* note 147, at 109, 119; M. FOUCAULT, *Two Lectures*, in POWER/KNOWLEDGE, *supra* note 147, at 94-97; M. FOUCAULT, *Interview-the History of Sexuality*, in POWER/KNOWLEDGE, *supra* note 147, at 183, 187.

(164) See HISTORY OF SEXUALITY, *supra* note 141, at 86-87, 136.

立されたのである」⁽¹⁶⁵⁾。

したがって、フーコーが言うように、近代における権力の主たる特徴は、彼が「生産的 (productive)」能力と呼ぶもの、つまり、物やサービスという意味での生産ではなく、諸個人の生活の生産なのである。この新たな生産に到達するには、二つの方法がある。まず最初に、フーコーは、国家のコントロールが日々の生活の物的・日常的な諸条件に対し増大しつつあることを強調する。彼は、「身体、健康、食事や居住の方法、生活条件、生存空間全体に浸透している…政治技術の繁栄」⁽¹⁶⁶⁾（訳註22）を記述する。次に、フーコーは、政治的・社会的機構の隅々まで行使され、われわれのアイデンティティーを健康、正気、遵法、正常などと称される諸々の型にはめ込むように作用する正常化機能を画定する⁽¹⁶⁷⁾。

以上の二つの方が、フーコーの18・19世紀における性の発展の記述に見られる⁽¹⁶⁸⁾。前述のように⁽¹⁶⁹⁾、フーコーは、この時代の子供、女性、「あらゆる種類の『異常な』行動の性化 (sexualisation)」について語っている。その過程で、毎日の習慣・活動にしたがっている個人が、直接観察され、扱われ、規律され、そして、「矯正的な」管理に服せしめられるのである。と同時に、性的な規準にしたがって、「異常な」個人を分類すること、すなわち、彼らを同性愛者、ヒステリー患者などと特定することが、医学者、精神医学者、そして結局一般人のなかで当たり前のこととなったのである⁽¹⁷⁰⁾。フーコーによれば、この分類方法は、「新たな個人の特定化 (specification of individuals)」を引き起こした。

「古い民法や教会法が規定していたように、ソドミーは、禁止行為の一類型であって、これらの法の違反者が、その法主体にほかならないのである。19世紀の同性愛者は、登場人物となった。すなわち、過去、歴史、幼年時代、性格、ライフ・スタイルをもった人物となった。結局のところ同性愛者になったのは、

(165) M. Foucault, *Interview-Truth and Power*, in *Power/Knowledge*, *supra* note 147, at 119.

(166) *HISTORY OF SEXUALITY*, *supra* note 141, at 143-44.

(167) *See id.* at 144; M. Foucault, *Discipline and Punish* 183, 199 (1977) [hereinafter *Discipline and Punish*]; M. Foucault, *Two Lectures*, in *Power/Knowledge*, *supra* note 147, at 107.

(168) *See* B. Smart, *supra* note 161, at 103.

(169) 前掲，170-71頁（原文 p. 773）。

(170) *See* *HISTORY OF SEXUALITY*, *supra* note 141, at 42-43; M. Foucault, *Interview - The Confession of the Flesh*, in *Power/Knowledge*, *supra* note 147, at 220.

何から何まですべて彼の性の影響を受けているのである…。それは、習慣の罪というよりはむしろ異常な性質として、同性愛者に備わったものであった…。ソドミーを行う者は、再び罪を犯した者であった。今や、同性愛者も、その一種であった」⁽¹⁷¹⁾ (訳注23)。そうした分類は、概念的にも制度的にも作用し、様々な方法で何がしかに分類された個人は、排除され、無力化され、劣った者と見做される⁽¹⁷²⁾。

個人を性的に特定するというこのような慣行の著しい特徴は、この慣行が、問題の集団を救済するという名目でしばしば実行されるということである。だがしかし、問題の集団を問題の集団に仕立てあげるのは、まさに「救済する」という行為なのである。それゆえ、フーコーの記述によると、同性愛者に治療を施すよう決めたことで、実際には同性愛という病が作り出されたのである。同性愛治療は、19世紀には、制度化された医療業務となった。治療を施すことが決められたことによって、それまでは決して絶対的でなかった同性愛者と異性愛者との区別が生じ、それと同時に、個人は、ますます鋭く自己を特定し、特定され、同性愛者として選り分けられることになるような新たな制度的な慣行が、出現したのである⁽¹⁷³⁾。

今や、人格性からするプライバシーの権利の説明には、概念上の新たな重大な難点が生じている。人格性では、抵抗すべき対象とされる害悪それ自体が、再生産されるかもしれないのである。

同性愛に対する人格性の姿勢を注意深く観てみよう。前述のように、人格性の立場は、同性愛的性行動が、個人の自己決定一個人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、憲法上の保障を受けるべきであるというものである。この議論は、裁判所の意見においても、文献においても、はっきりと見いだされる⁽¹⁷⁴⁾。

(171) * HISTORY OF SEXUALITY, *supra* note 141, at 42-43 (emphasis in original).

(172) See *id.* at 104-05; see also DISCIPLINE AND PUNISH, *supra* note 167, at 199 (性の領域外でも、そのような無力化の他の分類に言及している)。

(173) ゴールドSTEIN教授が述べたように、

「『同性愛者』という言葉は、…自分の性行動を望む相手の性によって人に固有で本質的性質が、露にされるものだという新しい考えを表わすために19世紀に造りだされた。その考え方は、性が、教会あるいは裁判の関心から区別されて、適切な医療の対象と思われ始めたころに出現したのである」。

Goldstein, *supra* note 138, at 1088 (footnote omitted).

(174) See, e. g., *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 205 (1986) (Blackmun, J.,

しかしながら，同性愛的性行動はこれを行う人々のアイデンティティーの中核をなしているという考えには，曖昧なところがある。同性愛的性行動は，これが性行動であるというだけで，自己決定的であると言われるのか，それとも，特に，これが同性愛的性行動であるから，自己決定的であると言われるのか，どちらだろうか。実際には，人格性に賛同する者たちは，後者の提案に賛成して論じているように思われる⁽¹⁷⁵⁾。その一つの理由は，前者の型の議論は，支持するのが極めて困難であろうというものである。まず第一に，この議論では人格性に前述の問題点が提示されよう—たとえば，売春は，人の憲法上の権利の行使であると主張せざるをえなくなろう。（無論，人格性で，この立場を擁護することを選ぶこともできよう。）さらに，どのような機会でも性行為は，それをする人のアイデンティティーの決定が基本的なものであるのが当然だという主張も，率直に言って受け入れがたいように思われる。

しかしながら，人格性からもう一度応酬できるとすると，性行動自体が，アイデンティティーの目的にとって決定的に重要なものではなく，むしろ性関係が継続していることに伴う親密性の方が，決定的に重要であるというものであろう。このような回答は，売春からする反論に答えるためにも，また同時に，もっともらしいと直感されるような主張を人格性に提供するためにも，用いられるのである。つまり，性行動は人の自己決定の中心にある何かを設定してきたという主張を提供するために用いられるのである。だがしかし，このいいまわしも，支持できないと思う。

第一に，このような回答の主張は，何が自己決定的な行為であるのかについて単なる直感的な概念に後戻りしかかっている。この道を選べば，落とし穴が人格性を待ち受けているのは，既に述べた。プラトニックであろうとなかろうと—親しい友人との親密性が，アイデンティティーにとって重要であって中核となっている人々がいるというのもっともなことなのである。しかしながら，全てが白人であるか，もしくは，全てが異性愛である共同体に暮らすことが，アイデンティティーにとって重要であって中核にあると言う人もいるのもっともなことである。忘れてはならないことは，人の性に特別な意義が認められた個人的アイデンティティーの概念を受け入れることによって初めて，偶像破

dissenting); *benShalom v. Secretary of the Army*, 489 F. Supp. 964, 975 (E. D. Wis. 1980); L. TRIBE, *supra* note 96, §15-13, at 943-44; Gerety, *supra* note 95, at 270-80.

(175) See, e. g., L. TRIBE, *supra* note 96, §15-13, at 943-46 & n. 17.

壊的な自己決定権と不寛容な自己決定権との解決しがたい矛盾が人格性において回避できたということである。だが、人格性では、隣人の性や肌の色のような事柄は、ある人にとってどんなに重要と思われようと、実際には、決定的に重要な位地を占めるものではなかったのである。

いずれにせよ、このような文脈において、人格性によって攻撃すべき法律は、ハードウィック判決と同様、同性愛的性行動の禁止であって、同性愛的親密性の禁止ではない。人格性では、人々は肉体的に識ることなしに、真実の、心の奥底から感じられるような親密さには到達できないとする立場は取られないのは確かであろう。親密な関係が、個人のアイデンティティーの中核をなすものとして、人格性において焦点が当てられることは、直感的に支持されるとしても、この直感自体から、そうした前提は放棄されよう。しかしながら、自己決定的な親密性が、性的関係抜きでも可能であるならば、ハードウィック判決の人格性の議論は、極めて薄弱なものとなる。その議論が親密性に基礎づけられたとしても、人格性では、小競り合いには勝利しても、戦いには負けるであろう。

それゆえ、ハードウィック事件のような場合において、人格性で取られるべき現実的立場は、人格性の第二の議論であり、この議論では、同性愛的性行動の中の、特に同性愛的な面が決定的な要素であると言われるのである。人格性から言えることは、同性愛的性行動を禁ずることは、同性愛者にとっては、この性行動が「存在の最も根源的な特徴を表わすもの」⁽¹⁷⁶⁾であるがゆえに、プライバシーの権利を侵害するということである。それは、「個人が現在の姿になったことの核心にふれている」⁽¹⁷⁷⁾。この立場は、人格性のあらゆる難点を一挙に解決するように思われる。この立場からすると、人格性は、あらゆる性的活動がアイデンティティーに基本的なものであるという主張とは結び付かない。そのうえ、この立場は、人の性的傾向に中核的地位が認められる個人的アイデンティティーの概念と一致する。結局、少なくとも表面的には、その立場は、完璧に正しいように見える。というのは、同性愛的性行動は、同性愛者のアイデンティティーの中核的要素であると、ほとんどトートロジーと言えるからである⁽¹⁷⁸⁾。

同性愛の権利を擁護する人格性の議論では、この議論がなされることで有利

(176) *Id.* at 945 n. 17.

(177) *Hardwick*, 478 U. S. at 211 (Blackmun, J., dissenting).

(178) *See, e. g.*, L. TRIBE, *supra* note 96, at 944-46 (同性愛行動を『同性愛の定義そのものの一部をなす行為』として言及している)。

になる人々に，最大限の敬意を表わし，また，最大限の敬意を獲得しようとしているのは間違いない。にもかかわらず，同性愛的アイデンティティーという正にその概念自体には，主張の根拠を一敬意を払わないというわけではないにせよ一損なうかもしれないような何かがある。完全に解放するわけではないような何かがある。同性愛的性行動を行う人々は，自分は「同性愛的アイデンティティー」を有していると考えられるかもしれないが，そうではないかもしれない。彼らの同性愛的関係は，楽しみであったり，あるいは，親密性であるかもしれないが，この場合の楽しみや親密性は，彼らが選択し，大切だと思っても一少なくとも同性愛的関係として一彼らのアイデンティティーを決定する何ものかを構成することはない。人格性の中心では，明確に画定された「同性愛的アイデンティティー」が援用され，人が，同性愛的性行動をしようとする，直ちにこの同性愛的アイデンティティーに当てはめられるのである。すなわち，人格性からすると，同性愛的関係を護らなければならないとしても，これも，本質的に異性愛者とは厳格に区別すべき種類の人が存在し，かれらが同性愛関係によって基本的に定義される限りにおいてでしかない。人々は，自ら「同性愛者」と決定することを選んだというだけで一同性愛ということが，「彼らの現在の姿…の核心」⁽¹⁷⁹⁾に存するがゆえに一同性愛的性行動をするかもしれない。それゆえ，同性愛者の権利を支持して論じる場合には，人格性によって釘がさらに打ち込まれるに過ぎず，この釘は，同性愛的性行動をなす人々を貫き，同性愛者は，「異性愛者」と異なるのだからといって特別視されるアイデンティティーに釘づけにされてきたのである⁽¹⁸⁰⁾。

誰かが，こう言うであろう。同性愛的アイデンティティーを否定する同性愛

(179) *Hardwick*, 478 U. S. at 211 (Blackmun, J., dissenting).

(180) ハードウィック判決の多数意見は，同性愛者をアイデンティティーに関して異性愛者と根本的にことなるものと理解する，比較的，現代的な考えに依拠するという誤りを犯したということが示唆されてきた。*See Goldstein, supra* note 138, at 1086-89. 筆者は，ゴールドSTEINに賛成し，*see supra* note pp. 747-48, 規範による同性愛の非難がハードウィック判決の多数意見の背後にあると思うが，多数意見がこのような特定の非難の方法に逆らっているのかは確信がない。いずれにせよ，驚いたことにゴールドSTEINが見逃したのは，少数意見の同性愛の扱い方とアイデンティティーとして同性愛の烙印を押すような19世紀以来の扱い方とがもっと緊密に結びついていることなのである。ブラック裁判官の少数意見が「同性愛をアイデンティティーとして取り扱った」ことをゴールドSTEINは認識しているが，彼女は，アイデンティティーに19世紀の見解に「代わる別の概念」という性格を与えるのである。*See id.* at 1089. 実

者は、社会から産み出される同性愛であるという烙印に負けているに過ぎないと。しかし、逆に、それよりも「同性愛的アイデンティティー」という主張そのものの方が、同性愛の烙印を押してきた考え方の餌食となる危険がはるかに大きい。というのは、この同性愛的アイデンティティーにおいては、同性愛的性行動をする人々を異性愛的性行動に対比して区別する根本的な亀裂あるいは明確な境界線が、出発点として受け入れられているからである。要は、同性愛的連帯が、社会的な烙印に対抗して産み出されるということでは全くないし、そうした連帯を産み出す運動から、連帯を形成する人たちの心理のなかで絶ち切ろうとする鎖が必然的に再生産されることになるということでもない。つまり、「同性愛的アイデンティティー」—異性愛であることに対比して規定されるアイデンティティー—をそうした運動の出発点として評価することは、そのような鎖を再生産する危険を冒すことになるだろう、ということなのである⁽¹⁸¹⁾。

言い換えれば、「同性愛的アイデンティティー」という考えは、前述のごときひどく差別的な分類の仕方そのものに由来するのである。同性愛であることは、なによりも「異常であるという」観点からのみ、人のアイデンティティーの中核的・決定的要素であると解される。実際、最初から釣り合いが取れていないのである。つまり、異性愛であることの理解の仕方には、異性愛であることが、正常なのであり、異性愛者は、—特定のパートナーあるいはある種の性的快楽を追求する—何らかの重大で、より特殊な決定をなさなくてはならないときに、初めて性的な規準にしたがって自己のアイデンティティーを決定したと言われるようになるのである。異性愛であることが、自己決定的であると理解されるとしても、それは、同性愛と比較対照されて理解され、同性愛は、既に異常で

際、この明白な矛盾を論じることなく、彼女はこう述べるのである。少数意見の方法では、「生活の上で性が中心的な役割をはたす」ことが認められるが、その方法は、『「同性愛者」は、『異性愛者』とは根本的に異なった種類の人間であるという19世紀の観念と一致しない』と。Id. at 1091. ハードウィックの意見を除けば、人格性は、少なくともアイデンティティーとしての同性愛という見解を前提にしていることは明らかである。

- (181) この点は、ゲイの権利に関する文献などでしばしば指摘されてきている。See, e.g., D. ALTMAN, *HOMOSEXUAL OPPRESSION AND LIBERATION* 229-39 (1971); D'Emilio, *Making and Unmaking Minorities: The Tensions Between Gay Politics and History*, 14 N. Y. U. REV. L. & SOC. CHANGE 915, 921-22 (1986). フーコーも対談で同じ指摘をした。See M. FOUCAULT, *Interview—The Confession of the Flesh*, in *POWER/KNOWLEDGE*, *supra* note 147, at 219-20.

グロテスクなものであると分類されているのである。対蹠的に，同性愛者であるということを見せるだけで，異常なことであると思われるがゆえに，それだけで自己を決定するものと見做され，同性愛者がどのような種類のパートナーあるいは性的な出会いを追い求めようと，同性愛であることによって，彼は依然として全面規定されるのである。同性愛には自己決定的な性格がありうるからという理由で同性愛を弁護しても，人格性からは，同性愛に対する異性愛からの見方が再生産され，この見方では，同性愛は，一つの性質であって，何らかの性格学的なウイルス（some characterological virus）のように，人のアイデンティティーの中核に侵入し，それを根本的に変えてしまっているのである。

反論がありうるとすれば，差別が悪いのは，分類することに存するのではなく，ある集団が他の集団と比べられて結果的に劣るとされることにあるというものであろう。同性愛者と異性愛者とを区別するだけにとどめておけば，さしたる問題はない。どちらの集団も同じ法的な根拠と権利があるということが，人格性によって保障されれば，区別の結果生ずる烙印を押すという行為を止めさえすればいいのである。今までの議論では，区別の時期が，その後の，差異が序列化され，あるいは，その差異が排除される区別後の時期と混同されている。

しかしながら，この二つの「時期」は，本当は別個のものではない。別個のものと称するにしても，むしろ，実際には，序列化しようとする衝動が，諸々のアイデンティティーの区別に先行し，この区別を産み出すのである。明らかに，われわれには，性，性別（gender），人種の差異がある。しかしながら，アイデンティティーは，われわれが差異を設けるとき，初めてそこに差異が存在するのである。さらに，自己を他者より「優れた者」と考えたり，あるいは，自己を「正常な者」と考えようと思うからこそ，そうしたアイデンティティーの差異が，アイデンティティーに転化するものであり，この特定のアイデンティティーに照らし合わせることによって，われわれは自己決定するのである。「同性愛者」の権利を擁護すれば，無論，勝利するであろう。しかしながら，同性愛が人のアイデンティティーにとって基本的なものであるから「同性愛者」の権利を擁護するというのでは，解放することにならず，その裏では，性的アイデンティティーを相変らず固定化しているにすぎない。そして，この性的アイデンティティーを固定することによって，われわれの社会は，同時に性的役割を教え込み，性的行為を基準に合わせ，「ファゴット（faggots）」（訳註24）を悪しざまに言うのである。

このようにして、自己決定の自由が宣言されるや、人格性によってアイデンティティーに対する制約に抵抗しようとしても、この制約自体が、人格性から再生産されるのである。同性愛は、この現象の一事例に過ぎない。同じ弱点が、人種間の婚姻の文脈でも示されうる。つまり、またしても、直接の当事者にとって、問題の行為により自己のアイデンティティーが決定され、だから、保護されるべきだ、という主張の当然の前提となっているのは、異人種と婚姻することは、ある程度、その反対者の言う驚天動地の大事件だということである。それゆえ、その主張には、固定的に分類しようとする同じ衝動が繰り返し述べられているが、このような分類は、廃止しようとしている差別を前提としているのである。人種間の婚姻は、人種内婚姻 (intraracial marriage) と非常に違っているからではなく、違わないゆえに、保護されるべきなのである。

同じ難点が、避妊の場合にも、ある程度言えるだろう⁽¹⁸²⁾。しかしながら、本当のところは、グリズウォルド判決は、かろうじて差別にかかわっているに過ぎない。それゆえ、われわれが、避妊具を使うことで「自己決定する」と言ったとしても、それほど不公平な差異を認めることにはならない。そう言ったところで、空虚に響くだけである。だがしかし、この空虚の中にも、疑り深い響きがあるのである。グルズウォルド判決では、われわれのアイデンティティーが危機に陥っているゆえにわれわれの性が保護されるとしても、最高裁は、抑圧的国家と攻撃を受ける個人との間の仲裁を (人格性によって描かれるほどには) しているのではなくて、むしろ、前述の「性の装置」を口にしてしているのである。つまり、制度的な必要からわれわれのアイデンティティーの本質と生活の意味を「私的な」、「個人的な」性のなかに、ある分野から次の分野へと次々に、見いだそうとしているのである。フーコーが述べたように、「この装置のアイロニーは、われわれの『解放』が問題となっているのだ、とわれわれに信じさせたことである」⁽¹⁸³⁾ (訳注25)。

* * *

(182) 避妊具の使用を人のアイデンティティーの中核的な行為と考えると、これは、規範に照らしあわせるときのみ意味があるにすぎない。そのような規範により、出産というよりむしろ快楽的な性行動は、人の性格あるいは道徳をあらわにする危険な行動と考えられたからである。

(183) HISTORY OF SEXUALITY, *supra* note 141, at 159.

そこで、「人格性」という着想は、分析的に首尾一貫していないからでもなく、また、それが、あまりに「個人主義的」に過ぎるからでもなく、結局それが、プライバシーの政治的な願望—人格性自体のそれでないとしても—を裏切るがゆえに、われわれは、人格性テーゼを拒否しなくてはならないのである。人格性によって保護しようとする行為を、「個人のアイデンティティーにとって基本的なもの」であるとするゆえに、国家権力のひどく差別的な利用の前提そのものが、不用意にもプライバシーに再び導入されるのであるが、この前提こそ、人格性によって乗り越えようとするものなのである。

おそらく、中絶の例が、最もよくこの論点を納得させるのに役に立ちうる。人格性では、中絶は女性の自己決定に基本的なものであるという理由に基づいて、中絶の権利が擁護されなければならない。しかし、女性は、子供を生まないと決めることで、自己のアイデンティティーを決定しているという考えには、女性の従属が、つまり、かくも長い間維持されてきた性的役割が制度化されているという前提そのものが、伏在している。出産を望むことが女性にとって「自然」である—出産をのぞまなければ不自然である—場合のみ、ある時点での子供を生まないという決定は、女性のアイデンティティーの中核をなし決定的であると、主張することが理解できよう。われわれのなかには、女性には中絶する権利があると信じている者がいるが、そういう人たちは、別の理由に基づいてその見解を擁護しなくてはならない。中絶が自己決定の基本的行為であるという主張は、母親であること、少なくとも母親になる欲求が、女性であるという基本的な、不可避の、自然な姿であるという主張の論理的帰結にほかならない。そして、この姿に照らして、全ての女性が規定されるのである。

女性は、一つのアイデンティティーにはめ込まれるのを回避するために、妊娠の中絶ができなくてはならないとしても、その理由は、中絶の決定そのものによって自己のアイデンティティーを決定しているからではない。アイデンティティーの押しつけに抵抗することは、自己決定することと同じではない。そこにプライバシーの人格性による説明による本当の欠陥が存在し—そして、そこに以下に述べる人格性に代わるべきプライバシーの見解の核心があるのである。

III プライヴァシーについて取りうる別の見解

周知のごとく、「ことを企てるのは人、成敗を決するのは神」という格言にも

かわらず、常にことを企てるほうが成敗を決するよりも容易である。しかしながら、反論も終わりを迎えなければならないし、批判には、その切れ味がどんなに鋭かろうと、主張がなくてはならない。そこで、次に主張が来るというわけである。

A 方法

これまでプライバシーの分析で一般的であった方法は、「国家は、何を禁止しようとしているのだろうか」という問いから始められた。それから、禁止行為が記述され、そして、禁止行為の意義が、事前に設定された概念装置を通じて、つまり、「秩序ある自由という概念」における禁止行為の役割⁽¹⁸⁴⁾、「基本的」権利としての禁止行為の位置⁽¹⁸⁵⁾、人のアイデンティティーに対する禁止行為の重要性⁽¹⁸⁶⁾、あるいは、裁判所の依拠できる他の何らかの基本的な規準に照らして検討されるのである。その代わりに、何が禁じられているのかではなく、何が産み出されているのかを問題にすることから始めたと思定していただきたい。法律の否定的側面—法律が正式に明記している禁止事項—に目を向けるのではなく、その肯定的側面、つまり、法律を遵守することからもたらされる実際の結果に目を向けたのだと思定していただきたいのである。

この視点の転換は、前章で論じた考えの中に存在している。フーコーの考えによると、法律の意義は、禁止そのものにあるのではなく、積極的に生活を形成する規範や慣行の網の中にわれわれをどの程度投入するかということに存する。批判的な方法論のやり方は、法律は、何をなすことをわれわれに禁じているのかということから視点を移し、逆に、法律は、われわれに何をさせるのかということに注目するものなのである。

B 内容

プライバシーの権利が適用されてきた三つの主要な領域、すなわち、出産（中絶と避妊）、婚姻（異人種間婚姻禁止法、離婚制限など）および子の教育（マイヤー判決とピアス判決）を考えていただきたい。一般的なプライバシーの

(184) Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 152 (1973) (quoting Palko v. Connecticut, 302 U. S. 319, 325 (1937))

(185) See *id.*

(186) See Bowers v. Hardwick, 478 U. S. 186, 211 (1986) (Blackmun, J., dissenting); Roberts v. United States Jaycees, 468 U. S. (1984).

分析方法によれば、これらの事柄についての一定の決定は、「基本的なもの」であるがゆえに、禁止できないのである。しかし、これらの決定のどこが基本的なものであろうか。これらの決定そのものが、基本的なものなのであろうか。たとえば、かりに、誰と婚姻するのかを決定する権利が、本質的に基本的なものであるとすると、たとえば、近親結婚や重婚の禁止は、なぜこの権利を侵害しないのだろうか。実際には、「基本的決定の自由」は、憲法原理として使えない。このことは、ロクナー判決の法学を駆り立てたもの—「契約の自由」—も憲法原理として使えなかったのと同じことである。プライバシーの決定には、何か基本的なものが危機にさらされているのであるが、—それは、剥奪されているものではない—禁止された行為でもないし、ましてや決定の自由でもない。

プライバシーの権利が活用されてきた法律の特徴の顕著で際だった点は、その法律の生産的もしくは積極の結果に存するのである。プライバシーの権利を侵害したとして無効とされた法律を除けば、個人の生活に深く、広くあるいは永続的な積極的影響をもたらす法的禁止行為は、おそらく存在しないであろう。中絶禁止法、異人種間婚姻禁止法および義務教育法は、全て明確に規定され、極く限定された制度的な枠組みに生活を押し込めることにかかわるものである。極く素朴で、きわめて日常的なレベルにおいては、そうした法律は、該当する人々の生活を管理する傾向がある。つまり、それは、生活を支配し、あらかじめ支配しやすくしておくのである。そうした法律は、積極的かつ根本的に人の生活を形作り、特定の道筋にそって生活を嚮導するのである。それは、ただある行為を禁じ、あるいは、ある自由を剥奪するに留まらず、人の生活全体に入り込むのである。

プライバシーの権利の原理は、いくつかの特定の行為をする自由ではない。そして、これらの行為は、ますます精度の向上している法規範というレンズを透して基本的なものだと決められるのである。それは、徐々にではあるが益々規準化しつつある国家によっては、人の生活がそれほど何から何まで決定されるものではないという基本的自由なのである。

思うに、中絶禁止法あるいは避妊禁止法というのは、女性は性交渉を持つことを控えさえすればいいのだから、女性に子供を生むように強いているのではない、と主張する者がいるかもしれない。同じように、白人と黒人は、異人種間の婚姻を禁ずる法律に直面しても、自己の人種に属する者と暮らすことを望まないなら、婚姻しなければいいだけだ、と主張する者もいるかも知れない。

これは、全く答えになっていない。まず第一に、これは、中絶を求める妊娠

中の女性に対する答えになっていない。さらに重要なのは、それは、法律の禁止している側にわざと焦点を当てることによって、またしてもごまかそうとしているに過ぎないのであるから、答えになっていない。避妊または異人種間の婚姻を禁ずる法律にしたがって行動しても、実際の結果、人々は妊娠するし、あるいは、異人種間で婚姻するということである。実際、こうした法律の強大で積極的な力のゆえんは、ほとんどの人々が抵抗するのにはあまりに強力な、あるいは、あまりに微妙で感知できないほどの欲求や欲望に、こうした法律が影響を与えるということによるのである。

そこで、危険なのは、特種な忍び寄る全体主義、つまり、力によらずして個人の生活を支配することなのである。それが、プライバシーの権利のみならずフーコーもわれわれに警告している危険なのである。つまり、それが、標準化され、規準化された社会であり、そこでは生活があまりに広く、あるいは、厳格に教示されるのである。それが、今世紀、国家権力の示した脅威なのである。

この脅威は、われわれの憲法学の知らないものではない。第二次世界大戦の最中、最高裁が、生徒に国旗に敬礼し、国家への忠誠を誓うよう求める法律を無効としたときの、ウエスト・ヴァージニア州教育委員会 v. バーネット判決 (West Virginia State Board of Education v. Barnette) ⁽¹⁸⁷⁾でのジャクソン裁判官の言葉をまず考えていただきたい。

「時代と国家に不可欠だと考えられる何らかの目的のために画一的な意見を押しつけようとする途方もない努力は、悪人ばかりでなく多くの善人によってもなされてきた。…最初に穏やかに統一を達成しようとしたところが失敗に終わると、統一の達成に熱心な者は、益々厳しい手段に訴えざるを得ない。…そのように調和を強要しようとしても結局不毛であることは、キリスト教を撲滅しようとしたローマ人の積極的な努力から、…全体主義的な今のわれわれの敵の努力が短期間でついでたことにいたるまでの、そうしたあらゆる努力の教訓なのである」⁽¹⁸⁸⁾。

知らない間にやってきて、思考を麻痺させる規準化という妖怪が、バーネット判決の根拠となっていた。また、ウエスト・ヴァージニア州が求めていた敬礼は、どのように見えるものだったのかを思い出すだけで十分である。「今求められているものは、『腕をまっすぐに伸ばした』敬礼、つまり、敬礼する者は、右手をあげたまま手のひらを上にそらせなければならない…」⁽¹⁸⁹⁾。このような

(187) 319 U. S. 624 (1943).

(188) *Id.* at 640-41.

文言が記されたときには，ヒトラーの青年団体のイメージが思い浮かんだにちがいない。

しかしながら，このようなイメージに関しては，われわれは，ウェスト・ヴァージニア州の強制的な国旗敬礼を取り上げてこなかった。というよりむしろ，われわれは，子供の日常生活の様々な局面に組織化され，網の目のように広げられたような国旗の敬礼を思い浮かべたのである。われわれは，ただ一つの強制的忠誠行為というよりむしろ，隅々にまで侵入され，支配された生存を思い浮かべた。この違いは，重要である。つまり，この違いから，バーネット判決は，結局なぜプライバシーの権利の事件ではなくて修正1条の事件であるのかが分かるのである。

言論が政治的自由で果たす顕著な役割ゆえに，また，憲法の明文による保障ゆえに，わが国の政府は，市民に意見を表明することを少しでも禁じたり，意見の表明を強要したりすることはほとんどできず，そのようなことをすれば，市民の権利を侵害することになる。反対に，プライバシーの事件においては，憲法上の制約を踏み超えるには，政府は，もっとひどいことをしなくてはならない。そこで，マイヤー判決⁽¹⁸⁹⁾とピアス判決⁽¹⁹¹⁾を考えていただきたい。両判決は，前述のごとく⁽¹⁹²⁾，プライバシー判決の本当の祖先だと考えられるかも知れない。バーネット判決と同様，マイヤー判決とピアス判決もまた，子供の教育に関する法律—戦争によって昂揚した愛国心を示している法律—にかかわるものであった。ところが，マイヤー判決と特にピアス判決で無効とされた制定法は，バーネット判決の制定法とは著しく異なっていた。

マイヤー判決で，問題となった法律は，小学校の生徒に「現代」の外国語を教えるのを禁じた⁽¹⁹³⁾。ピアス判決においては，州は，私学の学校教育を全面的

(189) *Id.* at 628.

(190) *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923).

(191) *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 (1925).

(192) 前掲・訳稿（上），147-48頁（原文，p. 743.）。

(193) *See Meyer*, 262 U. S. at 400-01. 実際，規定によれば，マイヤー判決の制定法は，あらゆる外国語教育を禁じていたのである。しかしながら，最高裁は，この法律は，すでにラテン語，ギリシャ語およびヘブライ語教育を認めていると解されていた，と法廷意見で指摘した。*See id.* at 401. マイヤー判決で当該法律を侵したとして有罪とされた被告人が，ルーテル派の教会学校のドイツ語の教師であったことは，おそらく偶然の一致ではあるまい。*See id.* at 396. マイヤー判決と同じ日に宣告されたのは，次の判決であった。*Bohning v. Ohio*,

に禁じ、8歳から16歳までの全ての子供が公立学校に通うことを求めた⁽¹⁹⁴⁾。どちらの制定法においても、州は、ウエスト・ヴァージニア州が国旗敬礼法を制定しようとしたときよりも、一ジャクソン裁判官の文言を用いると—「画一性を強要しよう」⁽¹⁹⁵⁾としてやりすぎてしまったのである。それは、より厳しい強制があったということではない。また、私は、法律を侵すことから起こりうる結果について述べているのでもない。そうではなくて、重要なのは、法律を遵守することから起こりうる結果なのであった。州は、「アメリカの理想を抱いた均質的な国民を育成しよう」⁽¹⁹⁶⁾としていようと、マイヤー判決での最高裁は考えた。最高裁は、これに関連して、古代文明のイメージに頼った。すなわち、

「プラトンは、彼の理想の共和国の繁栄のために、『守護者の妻たちは、共有であり、彼らの子たちも共有であらねばならない。そして、親が、自分の子を知り、子が親を知り、共に許されぬ。…適切な役職のものが、よく両親の子を養育所または保育所に連れていき、別の隔離された場所に住んでいる保母に委ねるであろう。しかし、劣った者の子や優れた者の子も先天的障害があれば、当然のごとく、人に知られていない秘密の場所に隠してしまうであろう』。個人を没却して理想的市民を養育するために、スパルタは、7時に男子を兵舎に集め、その後の教育・訓練を守護者に委ねた。そのような措置は、偉大な才能をもつ人々によって熟慮のうえ同意されていたが、個人と国家との関係についての彼らの考えは、われわれの制度が基づいている考えとは、全く異なっている。だから、いかなる立法府といえども、一国の国民にそのような制約を課せば、かならず憲法の文言とその精神の双方を侵すことになることは、ほ

262 U. S. 404 (1923), and *Pohl v. Ohio*, 262 U. S. 404 (1923). これらの判決において、最高裁は、小学校でドイツ語教育—ただドイツ語教育のみを—平然と禁じた制定法を無効とした。

(194) See *Pierce*, 268 U. S. at 530.

(195) *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 640 (1943).

(196) *Meyer*, 262 U. S. at 402. この目的が正当な州の利益なのかどうかという問題については、最高裁は、少しばかり曖昧であった。最高裁は、ある論点では、この目的を達成するために「採られた手段」は、適切ではないと判示しただけのように思われた。See *id.* しかしながら、最高裁は、別のところでは、その法律は、「州の権限に属するいかなる目的とも (*to any end within the competency of the State*) 合理的な関連がない」と明快に判示したのである。Id. at 403 (emphasis added).

ば確実であろう」(197)(訳注26)。

そのような極端なやり方を例に出して脅かすのは、小学校での外国語教育を禁じただけの法律に対する態度としては、多分大袈裟であろう。しかし、子供の教育に外国語教育を禁ずることも、動機と現実の両方の点で、部分的に、子供の意識に「外国の考え」や「外国の思想」を禁ずることである。ひとつの意に沿った考え方—「外国の」やり方と対置されるものとしての「われわれの」やり方—を教え込むために、州が公立学校を利用するという脅威が、マイヤー事件に存在していたのである⁽¹⁹⁸⁾。それは、外部からむりやり画一性を押しつけるといふ脅威ではなくて、内部から画一性を産み出すという脅威であった。

ピアス判決は、州が公立学校以外での全ての初等教育の設置を禁じたがゆえに、このような脅威をより鮮明に示したのである。最高裁が、一ただ単に「契約の自由」の剝奪だけでなく—この脅威にもそれなりの態度を示していたことは、間違いない。マイヤー判決で依拠した同じ根拠からそれとなく説得性を持ってきた言葉使いで、最高裁は、その法律を無効とし、「この合衆国(this Union)の全ての政府が、基礎を置いている基本的自由の理論では、子供を規準に合わせる(standardize its children)ような州の包括的な権限が、全て排除されるのである」⁽¹⁹⁹⁾と判示した。

ピアス判決で適用されたようなこの規準化という概念は、われわれの目的にとって極めて重要である。この概念は、量的・質的構成要素を含んでいる。ピアス判決で無効とされた法律には、—マイヤー判決の最高裁が述べたプラトンのあるいはスパルタの体制と同じように、ただし、バーネット判決の国旗敬礼法とは違って、—この法律に服する諸個人の実質的な日々の生活の大切な部分を支配するという効果があった。それと同時に、こうした人たちは、このように生活が支配されることによって、厳しく教示された生き方に服従させられる可能性がある。つまり、彼らは自己の人格性あるいはアイデンティティーの全体をある特定の型にむりやりはめ込むことのできるような体制、規律およびカ

(197) *Meyer*, 262 U. S. at 401-02.

(198) ネブラスカ州は、弁論の中で制定法の目的を次のように主張した。すなわち、「アメリカで育てられる子供たちが英語を学び、アメリカの理想を守る機会をもたないうちに、子供たちが外国語や外国の理想によって訓練され教育を受けることがないためである。子供が最初に学ぶ言語は、子供の母国語となり、子供の精神を支える言語となるのは、周知の事実なのである」。

Id. at 349 (summary of arguments of counsel).

(199) *Piece*, 268 U. S. 535 (emphasis added).

リキュラムに服従させられるかもしれないのである。

公立学校教育を強制する法律は、憲法保障規定によって全く禁じられているわけではないと言いうるにもかかわらず、ピアス判決における公立学校教育を強制する法律は、なぜ現在プライバシーの権利とよばれる憲法上の問題と深いかわりがあったのかを理解するためには、この二つの要素—一人の時間の積極的支配とその方向づけ—が、重要である。プライバシーの位置は、国家権力の正当な行使の境界線の外側にある。プライバシーが援用されうるとしても、このことは、政府がわれわれの生活を奪うか、支配すると—われわれの生活全般にわたって何らかの形で権力を行使すると—脅かす場合に限られる。

極くわずかの例外的事例だけではあるが、法律でたった一つのことを禁止しただけで、このような人の生活に「全体主義的」に干渉する結果が起こりうる。あえて反全体主義原理に基づくプライバシーの概念を作り上げるとすれば、たった一つの法律でも、いかにしてわれわれの生活全体を奪い、方向づけるのかが分かる。

C 適用

過去のプライバシーの事件を簡単に振り返ってみよう。振り返ることの目的は、二つある。まず第一に、先に提示した一般原理が妥当するかどうかを評価するために、実際の判決に照らしあわせてこうした一般原理を検討しなくてはならない。さらに、一般原理に具体的事件を結び付けて、一般原理を鮮明にし、定義する必要がある。この過程で、もし、ある種の「反省的均衡(reflective equilibrium)」^(訳註27)に達着しても、—われわれは、甘んじて非難を受けるつもりである。

1 中絶および避妊

おそらく、ロウ v. ウェイド判決⁽²⁰⁰⁾は、最も重要なプライバシーの判決であろう。われわれの分析には、分析結果の十分な根拠が示されているか否かを見てみよう。

中絶を禁止する法律が、規準化を引き起こすということがあるなら、どのような形で引き起こすのであろうか。この法律は、何らかの形で、アイデンティティを画定し、規準に従わせ、実際的な目的に合致させるように、作用するの

(200) 410 U. S. 113 (1973).

であろうか。もしそのように作用するとしても，中絶禁止法は，この点で他の法律に比べてより強く作用するのだろうか。

このような疑問に対しては，全くそのとおりであるというのが答えである。禁止の観点だけから考えると，中絶禁止法は，「規準化する」ことでは殺人を禁ずる法律と何ら異なるところはない。命を奪うこと，あるいは，生命の可能性を奪うことを差し止めることには，全体主義的なものはいっさい存在しない，と言えよう。しかしながら，禁止の観点よりもむしろ生産の観点から考えると，構図は，全く違ってみえる。

中絶禁止法は，母性を産み出すのである。つまり，この法律は，それぞれが多彩な経歴，人生計画等を持った多様な女性たちを捉えて，彼女たち全員を母親にするのである。母性は，全ての女性が，等しく体験するお仕着せの現象などではないのは確かである。にもかかわらず，国家の強制する規則が，該当する人の実際の日々暮らしの中にずっと深くまで網の目のように張り巡らされているのはなかなか想像できない。数か月間，また，数年間ということもあるが，母性が押しつけられることによって，女性に対する支配や先入観が細部にいたるまで形作られるのである。また，この母性によって，女性のために認知されたアイデンティティーが作られて，女性はこのアイデンティティーに閉じ込められるのである。さらに，母性を押しつけることによって，女性問題に対処する多様なアプローチがかき集められてひとまとめにされ，これら全てのアプローチがたった一つの母性という規範に還元されるのである。

このような流れの中で，州が権力を行使している目的も重要であることは，ピアス判決と全く同じである。教育は，精神形成にかかわるものである。かりに，州にコントロールされた教育が，当然一定の危険をはらむものであったとしても，ピアス判決でこの危険が，はなはだしいものとされたその理由は，問題の教育が，精神形成の完了していないような人間にかかわるものであったからである。州にコントロールされた初等教育特有の危険は，アイデンティティーの形成に際して力が行使されることにある。そして，そのことによって，抵抗は，後手に回り，先手を打たれるのである。

しかし，このような効果をもたらすのに，力は，精神形成の途上にある人間に向けられなくともよい。十分発達した身体を持つ人に向けられる場合でも，同じ効果をもたらすかもしれない。人の生活とアイデンティティーが，身体をコントロールすることを通じてむりやり形成されうることとは一たとえば，軍隊の規律あるいは宗教の戒律で行われるように一，精神をコントロールしようと

することによる場合と同じである。ある考えを受け入れろということに直面する場合は別としても、いわば、思想は、身体のコントロールに直接衝突することはありえないという点で、実際、身体のコントロールの方が、より効果的な手段であるかもしれない。この点に関して、身体に力を振るうことは、子供の精神に力を振るうことと同じだと見做されうる。つまり、身体に力を振るうことは、知力による抵抗では、この力の行使に対抗できないという点においてアイデンティティーを形成する効果があるがゆえに、形成的 (formative) なものである。

ロウ v. ウェイド判決が、身体のコントロールと何らかの関係があったということは、今や、きわめて明白である。実際、ロウ判決が、少なくとも部分的には、女性の「身体の完全性 (bodily integrity)」の権利、つまり、「自己の身体をコントロールする (control their own bodies)」権利⁽²⁰¹⁾に依拠していると解するのが当然のこととなった。しかしながら、このように身体のコントロールの権利があると仮定されたとしても、この権利は、それほどはっきりと述べられなかったか、あるいは、誤解されたに過ぎなかった。人の身体をコントロールする権利によって害悪が引き起こされていると、州が合理的に判断できる場合でも、この権利は、好きなようにできる権利だというわけにはいくはずもない⁽²⁰²⁾。さもないければ、コモン・ロー上の犯罪あるいは不法行為は、憲法上免責

(201) See, e. g., *Goedecke v. State Dep't of Institutions*, 198 Colo. 407, 411 n. 7, 603 P. 2d 123, 125 n. 7 (1979) (en banc); *Commonwealth v. Delverde*, 398 Mass. 288, 296, 496 N. E. 2d 1357, 1362 (1986); *In re Baby M*, 109 N.J. 369, 449 n. 13, 537 A. 2d 1227, 1254 n. 13 (1988); Frey, *The Guilty but Mentally Ill Verdict and Due Process*, 92 YALE L. J. 475, 483 & n. 48 (1983); Note, *Special Project: Legal Rights and Issues Surrounding Conception, Pregnancy, and Birth*, 39 VAND. L. REV. 597, 821 (1986).

(202) 中絶判決を女性の身体のコントロールの権利に基づかせようとする評釈者もいるが、彼らからは、もしロウ判決がこのように広く権利を宣べなかったとしたら、宣べるべきであったというような印象を受ける。See, e. g., Schneider, *The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement*, 61 N. Y. U. L. REV. 589, 638 (1986). ロウ判決をそのように解釈すると、判例は極端に脆弱のものとなる。See, e. g., Arkes, Book Review, *The Shadow of Natural Rights, or a Guide from the Perplexed*, 86 MICH. L. REV. 1942, 1948-99 (1988) (ロウ判決を身体の完全性 (bodily integrity) の絶対的な権利に基づいてなんとかして擁護しようとすることを批判し、確立された先例からはそうした権利は除外されていることを示している)。

されるということになろう⁽²⁰³⁾。しかしながら，ロウ判決における身体のコントロールというテーマを，一定の外科手術が執刀されるべきかどうかを決めるという女性の利益に還元すべきでもない。事実，中絶禁止法は，身体に対するはるかに積極的で著しい介入を生じさせているのである。つまり，この法律は，胎児を臨月まで身ごもり，出産し，幼年期の間子供の世話をしよう強いるのである⁽²⁰⁴⁾。こうした過程の全部が，日々の現実の生活に影響を与えるというこ

最高裁は，ロウ判決で以下のように述べている。すなわち，

「人には，好きなように自己の身体を用いる無制約の権利があると，法廷助言者 (*amici*) の言う主張が，先に最高裁判決で明らかにされたようなプライバシーの権利と緊密な関係にあるかということは，実際のところはっきりしない」。

Roe, 410 U. S. at 154.

- (203) 人の「身体の完全性」に物理的に侵入することも，重要な州の利益の増進のためには，憲法上許されるのである。See. e. g., *Schneider v. California*, 384 U. S. 757 (1966) (被告人の強制的な血液検査を支持している); *Jackson v. Massachusetts*, 197 U. S. 11, 26 (1905) (Harlan, J.) (強制的な予防接種法を支持し，「自己の身体を配慮する自由人の固有の権利」という主張を拒否した)。
- (204) 女性にとって自分の子供を養子にだすことは常に可能であるゆえに，少なくとも一生まれた以上幼児の世話をするという—最後に述べられた要件は，中絶禁止法により強制されはしない，と反論できるかも知れない。論理的には正しくとも，この主張が実際にあるいは倫理的な観点から好ましくぬことは，女性性は性交渉を控えさえすればいいのだから，中絶禁止法は何も強制してはいないのだという主張と同類である。See *supra* p. 784. 中絶禁止法によって子供を生まざるを得なくなって，養子縁組を利用するような女性たちも間違いなくいるだろう。しかしながら，現実的には，そうした環境にあっても，多くの女性が自分の子供を育てたいと願うことは，確実に予想せざるを得ない。そして，倫理的あるいは政治的観点からすると，女性が生まざるを得なかった子供に対し彼女が抱く本当に基本的な義務感に，その時点で逆らうようなことを，それでも女性は完全に「自由にできる」と主張することはほとんど受け入れがたいように思われるのである。子供を諦めるという決意に対する現実の倫理的・実質的な圧力が，正に当該法律の作用により産み出されてきたときには，中絶反対論者は，子供を諦めるという女性の抽象的自由に基づいたのでは，中絶禁止法を擁護できない。

これに関係する別の反論というのは，女性性は性交渉をもつときに，その生殖

物学的、心理学的衝動が、記録されることであろう。こうした点において、中絶禁止法は、女性の身体に対して力を振るうことで何物かを産み出し、女性の身体を利用することによって、女性の生活をむりやり形成し直し、教示し直すのである。

に関する結果についてすべて「同意していた」のであるから、「強制」というのは同意の欠如を前提とする以上、中絶禁止法は、何ら強制していないというものであろう。しかし、むしろ、「同意」という言葉のもつどのような意味でも、女性は、性交渉の最中に必ずしも子供を生むことに同意しているわけでもない。女性は、性交渉をもつことによって、子供を生むという危険を負担するのだ、と主張する者もいるかも知れない。この立論は、もっともらしく思われる同意の概念の背後に、少なくとも規範的な前提を忍び込ませているという過ちは犯していないようである。しかしながら、この規範的な前提というのは、一人が通りに出るときには、車に轢かれる危険を負担することだと言って、そうした事故の犠牲者が医療扶助を求めることを禁ずる法律を正当化するように一おかしなことであるか、あるいは、一そうした行為に何らかの固有の罪悪感あるいは自堕落を認めておいて、女性に結果を背負わせるのが適切だと考える倫理的な性の見方に由来するかのどちらかである—おかげでわれわれは煩わされることもない。

最後に、強調しておかなくてはならないのは、胎児は人間であり、それゆえ、中絶禁止法は強制できると私が言ったからといって、どのような強制も正当化されうるという反論を、私はここでどうこうしようとしているのではないのである。胎児が人間であることを信じるならば、中絶は殺人に等しいことは全く明白である。胎児が人間であるかに関して、私は、ここで何らかの見解を十分には述べることはできない。私は、ただ一つこう言いたいだけである。胎児が人間であるか否かというのは、科学的な問いではなく倫理的な問いであると。それは、われわれの倫理的判断に先行しなくてはならない客観的な問いではなくて、規範による決定の後の結論的な命題なのである。(規範の考えが変われば、中絶、暴行、相続財産などは、異なる文脈では答えも違ったものになりうるのは、この理由によるのである)。受胎の前の人の生殖細胞は、独立した権利を有する個人ではないということが明白な時期と、誕生して、独立した権利を有する個人であることが明白な時期があって、そこには、胎児の成長に関する情報がどんなに完全なものであっても、胎児を「人間」と呼ぶ行為は、事実の問題ではなく、定義の問題とならざるを得ないような段階がある。この定義づけ行為は、倫理的・政治的判断を必要とするであろう。胎児が「人間」と考えられるべきか否かという問題は、これに関して論じられたあらゆる倫理的・政治的問題に左右される。そして、一般に信じられているようには、この問題は、倫理的・政治的問題に優先したり、倫理的・政治的問題で処理されえないのである。

ピアス判決とロウ判決がもっとよく似ている点にも、触れておかなければならない。最高裁がピアス判決で述べた規準化の危険は、個人が、州を構成する自律的な精神を持った市民としてではなく、むしろ州の単なる道具として扱われるという危険ということである、とある程度解することができる⁽²⁰⁵⁾。人を道具にして自律の基礎を危うくすることもまた、中絶の文脈では決定的な意味をもっている。出産を強いられれば、女性は、いやおうなく子供のために身も心も捧げなければならない。そのうえ、多くの女性は、経済的に従属した立場に投げ込まれ、いつまでたってもそこからなかなか逃れられない。結局、生殖作用自体によって、全ての女性が、州に奉仕するよう強制的に徴用され、そして、州の何よりも要求するものが、人民の再生産なのである。

それゆえ、単一の、規準化され、目的に合わせた鑄型に生活を流し込む強大な力を持った禁止事項を、中絶の禁止以外には、実際想像することは難しい。中絶禁止法が、身体に力を振るい、女性を道具にするという傾向が考慮されなくとも、依然そうした法律は、女性の生活を根本的にかつ積極的に教示し直すことには変わりはないのである。実際、現在および将来の生活にこれ以上の影響が及ぶような特異な法的禁止事項は、なかなか考えられるものではない。出産を命ずることは、女性の生活に対する全体主義的な介入であると言っても決して過言ではない。生活の支配・教示に関して、中絶禁止法から派生する積極的な結果は、比類のないものである。ロウ対ウエイド判決は、この点で、正しい判決であった。

グリズウォルド判決は、同じ方向で理解できる。少なくとも判決の下されたとき、つまり、中絶が依然一般的に禁止されていたときには、避妊の禁止は、積極面においては、出産を強いることと同じであった。さらに、避妊の禁止からはっきり言えることは、性行動が、単なる個人の楽しみなどではなく、むしろ、個人の性的欲望や性的快楽が避妊を禁止することによって、利用されたのだということなのである。それと同時に、避妊の禁止は、純潔から直ちに婚姻にいたる性関係の規範制度のなかで機能するのであり、婚姻は、その結果がどんなに利益をもたらすものであっても、社会を規準化できる最も明白な形態の一つなのである。グリズウォルド判決もまた、ここに述べられている観点から、容易に理解することができる。

(205) See *Pierce*, 268 U. S. at 535 (「子供は州の単なる被造物ではない」)。

2 異人種間の婚姻

反全体主義的原理によってラヴィング v. ヴァージニア判決⁽²⁰⁶⁾を説明することとは、比較的素直な方法である。問題は、最高裁が設定したように⁽²⁰⁷⁾、人は自由に選んだ人と婚姻できる権利を有するか否かということではない。また、結論的には同じであるが、人は違う肌の人と婚姻する権利を有するか否かということでもない。問題は、州には人種を「純粹」なままに維持しようとする権利があるか否かということなのである。それが、われわれの分析で対象としている異人種間婚姻禁止法の明白かつ生産的な効果なのである。

異人種間婚姻禁止法によって規準化されるという効果は、それほど明確ではないかもしれない。この法律は、共同体、文化にかかわる制度および様々な日々の生活上の慣行のなかにある人種的な区別を差別的に扱い、したがって、その区別を厳格化するように企図されている。個人を不当に差別された人種的アイデンティティに追いやり、その結果規定される「優れた」グループと「劣った」グループという関係が許容されるのを当然のこととするのである。そのうえ、異人種間婚姻禁止法は、おそらく性的快楽以上に深いレベルでわれわれの身体に作用するであろう。つまりところ汚れない白百合のような子孫を産み出すことを期待しているのであるから、われわれの「血」に作用するのである。ここでもまた、異なる遺伝的タイプを作り出すように強制して、いずれも異なる共同体で育てることによって、そうした法律は、個人の生活を内部から方向づけたうえで形成するのである。

優生学は、全体主義的な企てである。これを除けば、規準化された個人を産み出すおそれのあるものは、どこにも存在しない。ラヴィング v. ヴァージニア判決の核心は、子供を産むことを実質的に州が命ずることは許されないというものである。しかし、ラヴィング判決は、人が自己の人種内で婚姻するよう強いられているという観点から考えてみただけでも、人の生活が自己の意思に反して奪われ、命じられ、規準に合わせられる度合ははなはだしく、本稿で述べた原則とほぼ完全に一致する。

3 住居占有規制

先に述べたように⁽²⁰⁹⁾、最高裁は、ムーア v. イースト・クリーヴランド判決

(206) 388 U. S. 1 (1967).

(207) *See id.* at 2.

(208) 431 U. S. 494 (1977) (plurality opinion).

において、住居の占有を近親者に限定する法律を無効とした。ここで問題とされた法律もまた、生活を営み、子供を育てている環境を支配するゆえに、積極的に広範な影響を与えたのである。実際、最高裁は、ムーア判決で、この法律は「規準化」をもたらすゆえに、これは受け入れがたいと考えられる、とわざわざ述べたのである⁽²¹⁰⁾。

家庭を形成する制度的なしくみや関係は、一個人ばかりでなく、社会の様々な文化のアイデンティティーと性格を形づくる上で、間違いなく最も基本的なものの一つである。たとえば、大家族は、黒人やアジア人共同体の家庭では、とりわけ重要な役割を果たしているとよくいわれる⁽²¹¹⁾。たった一つの狭い概念によって、誰が家庭で暮らしていいのか、いけないのかを規定する法律が、多様な個人や文化を特定の型にはめ込むという結果をもたらすことは、明らかである。ムーア判決の判旨は、プライバシーの権利の反全体主義的概念と完全に一致するのである。

D 区別

したがって、中絶、異人種間婚姻、非核家族の居住および私学教育を禁ずる法律は、全て特定の形態の服従にかかわるものであり、この服従は、特定の禁止された行為を抑えさえすればいいというようなものではなく、もっと広い影響を与えるのである。この服従の形態は、服従を強いられると、その後、人の生活は、生活上・制度上の服従の結果によって生じたものに実質的に占められ、侵蝕されるというものである。人は、制度上の役割をふり分けられるが、この役割は、明確に規定された新しいものであるばかりか、広範に及ぶ役割なのである。母、配偶者、学生あるいは家族の構成員であれ一個人の生活を積極的に支持するがゆえに、こうした役割の数々は、アイデンティティーや性格を基本的に形作るという影響を持っているのである。

以上論じた法律は、こうした特性を持つゆえに、その他の当然合憲である禁

(209) 前掲・訳稿（上），151-52頁（原文，p. 746.）。

(210) 431 U. S. at 506.

(211) See, e. g., *Leong v. Takasaki*, 55 Haw. 398, 410-11, 520 P. 2d 758, 766 (1976)（アジア人とハワイ人の家族）; Barlett, *Rethinking Parenthood As an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed*, 70 VA. L. REV. 879, 927 n. 231 (1984)（黒人の家族）。

止事項とは区別されるのであるが、さもないければ、この合憲の禁止事項も、本稿で考え出された原則に該当するように思われよう。殺人を禁ずる法律を考えていただきたい。そのような法律は、われわれ全員に「非殺人者」であるように強いという点で、「規準化」していないのだろうか。この法律は、たとえば、ナイフを手に取り、一定の方法でそれを使うことを禁ずるように機能するという点で、「われわれの身体に」作用しないのだろうか。さらに、この法律は、州の利益になるように求めることによって、われわれを道具としはしないのだろうか。そのことによって、われわれは、社会全体に危害を加えるのを控えるようにさせられるのである。

どの法律も、われわれ全員を特定の命令にしたがうよう教示するかぎり、
「規準化」するものと呼ぶことができよう。どの法律も、身体的行動に影響を与えるというかぎり、
「身体に」作用すると言えよう。さらに、どの法律も、われわれを何らかの社会目的に奉仕させると言えよう。しかし、これは、われわれの論じてきたような類の規準化ではない。人が殺人を禁ずる法律にしたがうとき、あるいは、他のほとんどどの法律でも、これに従うとき、彼の生活は、制約されてはいるものの、一連の新たな活動や関心に侵蝕され、あるいは、奪われるかする度合は、必ずしも甚だしいというわけではない。彼は、一連の新たな制度あるいは関係に投げ込まれないのである。基本的には、「非殺人者」というカテゴリーは、形式的なものである。このカテゴリーには、制度に組み込まれた重要で、積極的な機能を持った役割またはアイデンティティーが規定されていない。そして、人は、一定の身体的行動を控えるだけで、殺人をしないことができるけれども、だからといって、彼の身体が、積極的に奪われたり、利用されたりはしないのである。

殺人を禁ずる法律は、通りの入口を閉鎖するようなものである。決まった席にわれわれを縛り付け、一つだけの規制された道を行くように教示することはないのである。このようないまわしは、論理というより、実際の具体的事実からの結論である。必要なら、命題を定義し直して、消極的命題を積極的命題に言い換えることもできよう。しかしながら、殺人を控えることによって生活が支配される形態は、出産、公立学校への通学、肉親だけとの生活または同一人種内での婚姻と同じではない。出産、公立学校への通学禁止など後者の物事をするよう人に強いならば、人は、さらに社会によって規定され、特定された慣行や制度に押し込められることになる。

法準則の「消極的」影響と「積極的」影響とをこのように区別すれば、懷疑

論の洗礼を受けることは間違いない。しかし—要点を繰り返せば—、区別は、論理命題の問題ではない。基本的には、規範の問題なのである。人を殺してはならないという義務は、消極的義務と呼ぼうが、積極的義務と呼ぼうが、違いはない。そうした法律が、どの程度、そして、どのようにして、該当者の日々の実際の活動を浸蝕し、それを形成し、教示し、支配するのかが、問題なのである。権力は、本質においては独立している個人の生活に働きかけ、ただ禁止するだけの力であると解され、また、そのように体験されることもある。しかしながら、権力はまた、そのような個人の生活を内部から産みだす力として現われ、活動することもある。

同じ消極—積極という区別は、本稿の考える反全体主義的なプライバシーの権利とプライバシーの権利の人格的理解との間にある根本的相違と完全に一致する。命題として定式化されているが、二つの原理は、ほとんど同じような論理的帰結であるように思われる。反全体主義的なプライバシーの権利では、州が既定のアイデンティティーを個人に押しつけることができないのに対し、人格性によるプライバシーの権利の方は、個人は自由に自己のアイデンティティーを決定できることが保障されている。反全体主義的なプライバシーの権利は、実際のところは、人格性の考えを別の角度から言い換えたものに過ぎないのであろうか。

それは、逆である。というのは、まず第一に、人格性で「自己決定の自由」が語られるときには、たいてい架空のことについて語られている。われわれは皆、育った制度に強く影響されているがゆえに、自己のアイデンティティーを決定することについて語るのは、心理学的にも、認識論的にも、おそらく不可能であろう。要は、個人に自己決定する抽象的な架空の権利を確保することではない。つまり、明確に規準化され、目的に合致する市民を産みだすために、国家が個人の決定過程を奪い取り、あるいは、この過程を不当に利用するのを阻止することが問題なのである。

第二に、人格性においては、—子供を産むかどうか、誰と婚姻するかというような—事例で問題とされている行為あるいは決定の重要性に関して議論が集中するために、反全体主義原理とは別の分析方法と結果が生じるであろう。たとえば、数多くの裁判所がプライバシーの権利に含まれると判示してきているいわゆる「死ぬ権利」—人工的な生命維持装置を取り外す権利—を考えていただきたい⁽²¹²⁾。この問題の法理上の難点は、人格性ばかりでなく一般的なプライバシーの分析方法のどれをとっても、人が生命維持装置を取り外そうとする

ことと「通常の」自殺とを区別することにある⁽²¹³⁾。生死の決定は、人にとって非常に重要であるから、州は人に代わって決定できないと言っているとすると、生命が維持されている人には、生死の決定をする権利が認められうるのに、それ以外の人たちには拒否されるというのは、どのような納得のいく理由があるのか理解しがたい⁽²¹⁴⁾。

-
- (212) *See, e. g., Rasmussen v. Fleming*, 154 Ariz. 207, 214-15, 741 P. 2d 674, 682 (1980); *Bouvia v. Superior Court*, 179 Cal. App. 3d 1127, 1135, 225 Cal. Rptr. 297, 301 (1986); *Satz v. Permutter*, 362 So. 2d 160, 162 (Fla. Dist. Ct. App. 1978), *aff'd*, 379 So. 2d 359, 360 (Fla. 1980); *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 373 Mass. 728, 739, 370 N. E. 2d 417, 424 (1977); *In re Quinlan*, 70 N. J. 10, 41-42, 355 A. 2d 647, 664 (1976), *cert. denied*, 429 U. S. 922 (1977), *But see Rhoden, Litigating Life and Death*, 102 HARV. L. REV. 375 (1988) (両親の権利に焦点を絞ることは、問題が残り、裁判所は、治療について自由に決定する家族の権利が推定されることを認めるべきであると主張している)。
- (213) 確かに、死ぬ権利を擁護する者は、この権利には自殺も含まれるはずだ、と論ずることもできよう。しかしながら、死ぬ権利に賛同したほとんどの裁判所や立法府でさえも、このような見解をすすんで受け入れてきたわけではない。*See, e. g., Rasmussen*, 154 Ariz. at 218, 741 P. 2d at 685 (生命維持の治療を拒否する権利を支持しつつも、自殺とは区別している); *Bouvia*, 179 Cal. App. 3d at 1145, 225 Cal. Rptr. at 306 (same); *Satz*, 362 So. 2d at 162-63 (same); *Saikewicz*, 373 Mass. at 743 n. 11, 370 N. E. 2d at 426 n. 11 (same) *In re Gardner*, 534 A. 2d 947, 855-56 (me. 1987) (same); *In re Conroy*, 98 N. J. 321, 350-51, 486 A. 2d 1209, 1224 (1985) (same); *In re Colyer*, 99 Wash. 2d 114, 123, 660 P. 2d 738, 743 (1983) (en banc) (same); Note, *Criminal Liability for Assisting Suicide*, 86 COLUM. L. REV. 348, 354 & n. 42 (1986) (死ぬ権利に関する制定法がある州はいくつかあるが、自殺幫助を犯罪とする制定法もある)。
- (214) 裁判所は、何とかして死ぬ権利を自殺と区別しようとしてきたが、採用した区別の方法は、まるで説得力がない。たとえば、医療を断ることが、自殺未遂と「見做されることは適切ではなからう」といわれてきた。というのは、「もし結果的に死ぬことになったとしても、それは、病気がもともとあったことの結果であって、自傷行為の結果ではないと思われるからである」。Conroy, 98 N. J. at 350-51, 486 A. 2d at 1224. このことは、高い所にある窓から身を投げることは、かりに死んだとしても、投身行為というより、主としてむしろ舗装道路がそこにあったから引き起こされたのだらう、と言うようなものだ。裁判所は、またよく次のようにも言う。治療を拒否する患者は、「はっきりした死ぬ意思」をもっているのではなく、「むしろ、切に生きたいと願い、望みもしないような医療技術、手術あるいは薬品なしで、苦しみを引き伸ばされることなく生きた

しかしながら、本稿の論ずる原理から、この難問の答えが示唆される。「通常の」自殺と死ぬ権利の患者の事例は、禁止された行為—すなわち、人の命を終わらせる決定、これは、両事例とも同じである—に関心を抱く分析方法からありきたりに見れば、同じに見える。何が産みだされるかという点からすると、両事例は、全く異なる。死ぬ権利を有する者にとっては、むりやり生かされるのは、事実上、特定の生活を押しつけられることであり、この生活は、ひどく衰弱させ、完全に従属的で、厳格に規準に合わせられた生活なのである。つまり、病院のベッドに押し込められ、医療機器に縛り付けられ、医者や看護婦に監視される生活を押しつけられるのである。それは、ほぼ完全に支配された生活である。さらに、患者が死を望む場合、彼の身体は、自己の意思から奪い取られることはなほだしく、それゆえ、一呼吸、消化、血液循環のような—最も基本的な生存のための行為でさえも、体外の作用に頼らなければならないのである。

対蹠的に、「通常の」自殺者は、そのような生活の完全な支配や、あるいは、身体の積極的利用を被らない。彼の逃げ道は、あらかじめ閉鎖されているのであり、それどころか、彼は、むりやり生かされて、絶望的な不幸に苦しむこともあるかも知れない。しかしながら、自殺の禁止は、概して生活を狭く限定された特定のコースに導くものではない。自殺が禁止されたからといって、—たとえば、生命維持装置につながれてベッドに寝たきりにさせられているというよう—特別な積極的結果が生まれ、人の余生があれこれ教示されるわけではない。自殺を阻止する法律は、一般的に妥当な法律であることも、そうでないこともあるが、この法律は、死ぬ権利の事例に当てはめると、明白で特別の結果—私が示唆したプライバシーの分析方法では見失うことのない結果—を伴うのである。

法理の上ではプライバシーの人格性による説明と本稿の論ずる反全体主義の原理とが違うということを説明するのに、難しい方法ではあるが別のものも

いと願っているであろう」。 *Id.*, 98 N. J. at 351, 486 A. 2d at 1224; *see also Gardner*, 534 A. 2d at 955-56; *Saikewicz*, 373 Mass. at 743 n. 11, 370 N. E. 2d at 426 n. 11. 本当は、次のように言いさえすれば十分なのである。患者は、現実の条件を免れうるとすれば、さらさら死ぬ気などにはならないだろうと。健康なのに自殺しようとする人たちも、現実の条件を免れうるとすれば、死ぬ気になどならないだろうということは間違いない。彼らも、「切に生きたいと願い、一苦しみを引き伸ばされることなく生きたいと願っているであろう」。

あり、そこで、家族を二三人の子供に制限する法律が21世紀に可決されたと想像していただきたい。人格性で考えられてきたように、子供を産むか否かという決定は、基本的なものであって、保護されなくてはならないとしたら、この事例は、法理的には簡単である。仮定として取り上げた法律は、中絶を禁ずる法律と全く同じようにこの「基本的権利」を制限し、それゆえ、人格性の観点からすると、プライバシーの権利とも同じように衝突するのである⁽²¹⁵⁾。人格性—および、禁じられた決定の重要性に関心を集中させている他のプライバシーの分析方法—においても、そのような法律は、中絶を禁ずる法律と法理上同一と見做されるはずである。すなわち、両法律とも、個人から自己決定して子を産む「基本的権利」を奪うのである。

しかし、両法律は、個人の生活に対して現実に重大な影響を与える点においては、実際、大きく異なっており、両法律が形の上で似通っているからといって、だまされてはならない。われわれがロウ判決を支持する理由を思い起こしていただきたい。出産の強制は、極めて広範でかつ最も微細なところまで、女性の生活を支配し、最も極端かつ押しつけがましいやり方で女性の身体を利用し、入念に規定された、ある程度従属的な役割あるいはアイデンティティーを女性に強いるのである。これらの要素は、人が第三子あるいは第四子を持つことを禁ずる法律には、存在しない。女性の生活の制約のされようは、彼女にとっては本当に見過ごせないものであるかもしれないが、その法律の結果、女性の生活が積極的に奪われたり、教示されることはないのである。

確かに、家族を子供二人に限定する法律によって規準が設けられて、迷惑だということも生じうるであろう。州の強度の必要性がないのに、こうした法律

(215) 人格性の見解でも—この結論から、われわれの仮定した法律を無効としなければならないわけではないだろう。というのは、この法律を可決した州は、制定法がどうしても必要な州の目的の達成に必要なことを示す場合も想像できるからである。他の憲法上の権利と同様、プライバシーの権利も、絶対的なものではない。See, e. g., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (女性の健康を維持するという州の利益ゆえに、4 箇月ないし 6 箇月の妊娠期間中の中絶に対する規制を認め、胎児の生命という州の利益ゆえに、7 箇月ないし 9 箇月の妊娠期間中の中絶の禁止を認めている)。しかしながら、別の点ではプライバシーの領域に該当する行為の規制を正当化するために、最高裁は、州の利益は、「やむにやまれぬもの」でなくてはならないことを明らかにした。See *id.* at 155 (quoting *Kramer v. Union Free School Dist.*, 395 U.S. 621, 627 (1969)); *Carey v. Population Serv. Int'l*, 431 U.S. 678, 686 (1977)。

によって、われわれの生活に政府が侵入し、腹立たしいと感ずるのももっともであろう。実際、本稿の論ずる反全体主義的原理についても、その法律は無効とすべきであるという議論があるのである⁽²¹⁶⁾。しかしながら、人に少なくとも子供二人を持つよう求める（少し例えを変えてみよう）法律と人に二人以上子供を持つことを禁ずる法律との間には明らかにギャップがある。前者は、個人の生活を捕捉し、教示し、奪うことが、後者に比べてはるかにはなはだしいのである。しかし、両法律ともに出産の決定と衝突するがゆえに、プライバシーの人格性による説明からは法理の上で同じように扱われるであろう。しかしながら、われわれの原理によれば、前者の法律はあきらかにプライバシーの権利を侵しているのに、後者の法律は、まったく別の問題を提起するであろう。

本稿で理解されたような人格性とプライバシーの権利との間には、三番目にして最後の区別がなされなければならない。前述のごとく一州の押しつけるアイデンティティーに抵抗することについて述べたからといって、プライバシーは、人格性の中心的な前提にはならない。すなわち、各人がそのアイデンティティーを決めることは、非常に意義のある行為であるがゆえに、憲法上も重要であるという前提にはならない。実際、本稿の論ずるプライバシーの権利は、個人的アイデンティティーを完全に否定することを示唆するかもしれないのである。

個人的アイデンティティーの概念—われわれ誰もが自分は「持っている」と考えがちであるところの統一的でアトム的な自己という意味—は、複雑で難しいものである。人が世の中で持つ関係が千差万別・多元的であって、その本質が時と共に変わりゆくけれども、あたかも、根底では人のアイデンティティーは、ある種の不可欠の定量のごとくであるかのように、個人的アイデンティティー概念は、ほとんど神学的あるいは形而上学的側面を持っているのである。別の意味でも個人的アイデンティティー概念が実体として存在すること、あたかも、個人的アイデンティティー概念も、「人格性」あるいは「自分自身 (selfhood)」と名付けて物象化しなければ実体の存在しない物を、こうした名称によって具体化しようとしているかのようである、と言ってもいい。統一的な個人

(216) Cf. *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 496-97 (1965) (Goldberg, J., concurring) (「全ての夫婦は、子供を二人もうけたならば、不妊手術を受けなければならないことを命ぜられる」法律を仮定し、「憲法で保障された人身の自由に、そのように全体主義的に家族の人数が制限されない保障が含まれないと信ずるのは、驚くべきことだ」と述べている)。

的アイデンティティーをこのように考えることは、精神分析⁽²¹⁷⁾、文学⁽²¹⁸⁾および—極く最近のことで驚いたことには—分析哲学⁽²¹⁹⁾をも含む様々な分野で今

(217) フロイトの偉大な理論的改革の一つは、精神の三部からなる概念である。この概念では、われわれの知覚意識の「わたし」である—エゴ (the ego) は、各個人内部の三層からなる主観性のうちの一つにすぎない。See generally S. FREUD, NEW INTRODUCTORY LECTURES ON PSYCHOANALYSIS 51-71 (J. Strachey trans. 1965) (エゴ, イド (the id) および超エゴ (the superego) について記述している)。さらに、フロイトは、個人の精神の内部に過去の心理構造が維持されているというほとんど考古学的とも言うべき見解を推し進め、重要な一時的分裂という概念を現代の心理学にもたらしもしたのである。See, e. g., S. FREUD, CIVILISATION AND ITS DISCONTENTS 15-20 (J. Strachey trans. 1961)。

(218) われわれが、ずっと一つのアイデンティティーをもっているという幻想から解き放たれ、「おそらく」もっと根源的に過去を取り戻すことが、プルーストの『失われた時を求めて』の中心テーマなのである。See, e. g., 3 M. PROUST, REMEMBRANCE OF THINGS PAST 499 (C. Moncrieff, T. Kilmartin & A. Mayer trans. 1981) (「寄せ集めの集合物においては、構成要素は、われわれはそれと気づかずに、一つ一つ別の構成要素にとって代わられるであろう。そして、さらに別のものが、それに代わり、しまいには、われわれが一個の人間であったかいないか理解できなくなるような変化が、もたらされるに至るのである」)(訳注28)。最後の第7巻で、プルーストは、次のように書いている。すなわち、

「わたしたちが最初に会った女性が着ていた服のように、『幼いときからとっておいた本』は、わたしが当時抱いていた愛を、幾重にも積み重ねてきた映像の中の美しさを、映像の方は一枚ごとに少しずつ愛を失ってきたとしても、もう一度見いだす助けとなつて、最初の映像を見つけることができるだろう。もっとも、この私というのは、当時の『自分』は識っていたのだが今の自分は識らないことを思い起すとすると、もはや初めて映像を見たときの『自分』ではなくなり、その当時の『自分』にとって替えられることになるとしても」(訳注29)。
Id. at 923.

(219) ディレック=パーフィットは、ずっと一貫して存在する統一的な「わたし」という概念に対して、もっとも強力な議論を分析哲学で展開してきた。See generally D. PARFIT, REASONS AND PERSONS (1984) (別々の時点での人の心理学的性格の同一性の程度のような、心理学的な関連性に注目し、人のアイデンティティーを特定し、長い期間に亘る様々な自己を区別する)。パーフィットの見解から、法的・倫理的結論を引き出そうとするそのほかの試みについては、次の論文を参照。Parfit, *Later Selves and Moral Principles*, in PHILOSOPHY AND PERSONAL RELATIONS 137 (A. Montefiore ed. 1973); Rhoden, cited above in note 212, at 412-14; and Note, *The Limits of State Intervention: Personal Identity and Ultra-Risky Actions*, 85 YALE L. J. 826, 835-42 (1976)。

世紀何度も激しく攻撃されてきた。人格性には基本的な自由主義哲学が反映されているのであり，統一的な個人的アイデンティティーという考えが受け入れられ，この考えの意義がむりやり社会に通用させられなくてはならない。しかし，プライバシーの権利では，その必要はない。

しかしながら，われわれの用語ではプライバシーは個人を超えるアイデンティティーという共和主義的あるいは共同体的概念に含まれるものでもない。それどころか，このプライバシーには，自由主義に対する批判と同じくらい共和主義に対する批判も示唆されているのである。というのは，自由主義も共和主義も共に統一的なアイデンティティー（a unitary identity）概念に依拠しているからである。共和主義者は，自由主義者と同じように明確に規定された自己形成的なアイデンティティーを熱心に求めるのであるが，一方のやや未完成な政治的アイデンティティーと他方のこれも未完成な個人的アイデンティティーとの間には相違がある。

この故をもって，共和主義は政治的なレベルで自由主義では決して解決できなかった問題に常に直面せざるを得ない。つまり，アイデンティティーとアイデンティティーとの衝突に直面せざるを得ないのである。自由主義から生まれると言われる，解決不可能な権利と権利との衝突は，善に関する様々な見解の衝突にそのまま反映されており，共和主義は，結局，こうした見解の衝突に直面して暗礁に乗りあげる。同じ理由で，共和主義と自由主義との対話も，必ず完全に行き詰まるはずである。つまり，「社会的」アイデンティティーと「個人的」アイデンティティーとの矛盾に帰着するはずである。

自由主義と共和主義は，表向きの主張と違って，権利と善という対角線上に位置する概念ではなく，むしろコインの表と裏なのである。両見解ともに自己の追求—自己を追い求める者の前で絶えず手招きし，絶えず遠ざかってゆき，絶えず崩壊していくような曖昧だがどうしても欲しい物—を反映している。しかし，同時に，この自己探求は，自己矛盾でもある。自己決定する，あるいは，自己統治する自己を熱望すること—自由主義と共和主義の目標—は，自己，あるいは少なくとも自分自身（selfhood）の「契機」を前提としており，この自己・自分自身の契機は，その能動的な本質においては，まとまりがなく，無限定であり，統制されていず，—それゆえ，自由に自己決定でき，あるいは，自己統治できるのである。自由主義的な決定する自己というのは，将来も自由に

自己決定し続けるためには、常に自己の決定を部分的に免れなければならず、共和主義者は、支配のされ方が様々である以上、統治する共通の「自己」とは常に別個のものであろう。疎外—自己統治する自己のなかにある虚ろな響き—は、理論ばかりでなく実践においても自由主義と共和主義の両者の核心にある修復不可能な欠陥なのである。両哲学ともに自己を切実に定義しようとするのだが、両哲学共通の弱点は、この「自己」にある多様性をうまく処理することができないことにある。

共和主義がいつも思い描いてきたのは、自由主義の個人的な自己に唯一代わりうるものがあるなら、それは、政治的カテゴリー特有の言葉で明確にされた「より大きい」自己に訴えることである。このように思い描くことで、「より小さな」自己がありうるかも知れないのに、これは見過ごされてきた。自由主義と共和主義との矛盾を超えるには、国家内の「下位の政治」団体（「共同体」ではなく）と個体内の「下位の個人」（「役割」ではなく）とに同時に応える概念が必要である。

自由主義者と共和主義者が、それぞれ互いに相手の自由の見解を屈服の一形態と見做すのは、決して偶然ではない。自由主義と共和主義の両者の自由の見解を掘り下げて行くと、自己決定の称賛に突き当たる。つまり、そこには、「われわれのアイデンティティーの中核」的制度あるいは性質のありかを突き止めようとする衝動があり、真実はこのような制度・性質において露にされ、したがって、われわれは、このような制度・性質に忠実であらねばならないのである。この衝動から、自己の物象化と自己の抑圧とが産まれる。そして、どちらの理論も自己の物象化・抑圧を互いのせいに行っているのは、もっともなことなのである。本稿の論ずるプライバシーの権利は、そのいずれでもない。

E 同性愛

最後に、われわれの見方でバウアーズ v. ハードウィック判決を考え直してみよう。おそらくもっと以前に、既判の事件を論ずるさい、検討しておくべきであった。しかし、私は、ハードウィック判決を最後に残しておいた。というのは、この事件は、われわれのプライバシーを擁護する原理と衝突する事例だからである。

ここまでの分析スタイルは、読者に周知のものであろう。同性愛的性行動を禁ずる法律を非難するプライバシーの議論は、この法律によって特定の人たちが自己にとって極めて重要で、幸福の核となり、あるいは、アイデンティテ

ィーの中核にもなる何ものかを奪われるという主張に基づくものではない。また、そうした法律を非難できないのは、同性愛的性行動は、誰にも危害を引き起さないとか、法律は、個人の自律を侵すような多数者の価値を個人に押しつけてはならないという理由によっても同じことである。こうした議論の欠陥は、既に詳細に見たところである。

しかし、同性愛的性行動を禁ずる法律には、たいていの法律にはないような効果がある。この法律は、一法の遵守がなされると仮定する場合⁽²²¹⁾—社会制度と社会関係の織りなす網の目の中に特定の個人をむりやり追込み、そして、この網の目は、彼らの生活を根本的に支配するであろう。

最も重要なことは、同性愛的性行動を禁ずることによって、個人の性的欲望が生殖という出口へと押し出されることである。同性愛的性行動を禁ずることから、中絶を禁ずる法律のように、出産強制が直ちに結果として出てくるわけではないが、それでもやはり、それによって、個人は、同性愛という社会的に「非生殖的な」領域よりもむしろ、生殖的な性の軌道へと強制的に導かれるのである。この軌道は、われわれの社会においては、さらに制度上特定の人生の進路へと導かれるのであり、この人生の進路の主たるものが、核家族であり、同性愛と意識的に対照・区別されて定義される異性愛を取り囲む慣習の集合体なのである。実際、われわれの社会が異性愛を教え込むことは、同時に男女が担う役割が二分化され相互補完的になっていることを教え込むこととなかなか区別できるものではない。同性愛者のカップルは、必然的に、両性間の一職業に関するものであれ、個人に関するものであれ、感情に関するものであれ、—特定の役割の分担に疑問を抱かせるのである。同性愛を禁止することには、この側面—制度化された性的アイデンティティーと規準化させられた生殖関係とを維持するという中心的役割—があるからこそ、現代社会において同性愛の禁

(221) 分析は、以下の理由で服従を想定している。それは、法律が不服従に帰着しがちであるという観点から、ここで考察している法律を分析し、批判しようとしている。すなわち、中絶禁止法は、裏での手術に帰着するだけだ（と言えよう）。そして、同性愛を禁ずる法律も、人目に触れない同性愛に帰着するし、その他の問題でも同様に考えられる。しかしながら、法律というものは、すべて服従されないものなのである。窃盗に関する法律は、裏でのひったくりに帰着するにすぎないとも言えるだろう。したがって、同性愛禁止法によって、違法とされようと人は結局禁止された行為をすることになるだけだという理由で、同性愛禁止法の偽善性を指摘せずにおいたり、あるいは、同性愛禁止法を非難するのを止めてははならないのである。

止の積極的あるいは形成的結果が強大になったばかりか、この結果に対する反動も極めて強大な力となってしまったのである。

社会的アイデンティティーを決定し、教え込むために性的慣習を利用することは、古代にまで遡る⁽²²²⁾。現代では、異性愛／同性愛という基軸を用いることで、規準化の重要性が頂点に達したのである。禁止は、同性愛の方に向けられ、その結果、生活は異性との関係に押し込められることとなり、この関係によって、社会における個人の役割と個人の日々の生存の大部分が教示されるのである。

同性愛関係に興味のある者は、独身でいればいいと言ったところで、答えにならない。法律の現に存在する効果が問題となっているのであって、論理形式が問題となっているのではない。そして、同性愛を禁ずる法律の現実の効果は、これが守られた場合、人々が禁欲するとは思えないような肉体的・心理的欲望をこの法律は捕捉し、教示し直すということにあるのである。実際、同性愛の分野で権力の行使にこのような形成的な力が伴うのは、同性愛を禁ずることに、個人の最も基本的な身体作用に働きかけ、また、それを利用するという正にそのような傾向があるからなのである。今日では、同性愛行為を理由に人々を処罰することが適切かどうかという観点から、同性愛の禁止を分析しがちである。われわれは、人々の倫理性を評価するにさいして、同性愛行為を止めさせるために投獄された同性愛者か、あるいは、同性愛行為をむりやり止めさせられる同性愛者のどちらかのイメージを作りがちである。しかしながら、まず何よりも、「同性愛者」のイメージを捨てて、その代わりに、同性愛を禁ずる法律により、州の規定するアイデンティティーというパラメーター(parameters)が規準とされることで、異性愛者が（別の点では同性愛者も）創出されるのだという観点から、その法律を評価すべきなのである。

強調しなければならないのは、今論じた理由でプライバシーの権利は同性愛を保護するものと考えても、ブラックマン (Blackmun) が示唆したように⁽²²³⁾、プライバシーの権利は「性的親密性 (sexual intimacy)」一般を保護

(222) See generally M. FUOCAULT, THE USE OF PLEASURE, *supra* note, 144.

(223) See *Hardwick*, 478 U. S. at 205 (Blackmun, J., dissenting). たとえば、未婚者同士の性交渉、姦通および近親相姦を考えていただきたい。「性的な親密性」の形態のように、そうした行為は、すべて人格性の見解で保護されると思われるような活動のカテゴリーに入るはずである（そして、このような行為のあるものを禁ずるのをよしとすれば、人格性は、一定の区別を受け入れざるをえない

することに全然ならないということである。要するにこういうことなのである。すなわち、出産、婚姻および特定の性的アイデンティティーを担うことは、責任ある仕事を引受ることであって、これは、何年も続き、役割を決定し、活動を教示し、強い感情の結びつきに作用するか、あるいは、それを作り出しもし、身体を捕捉し、価値を注ぎ込むことなのである。これは、要するに、人の日常生活と意識の全体を根本的に形成する仕事なのである。個人にそのような仕事を強制する法律は、「全体主義的」なものと呼ぶのが適切であろうし、プライバシーの権利は、そうした法律から個人を守るために存在するのである。

いであろうし、また、これらの区別の正当性が、先に問題とされたのである。*see supra notes 109-10*). それゆえ、分析は、これらの様々な形態の性行為において異なり、裁判規範性のある他の法律いかに、特定の形態の性行為に関しても、異なることさえある。未婚者同士の性交渉を禁ずることに關しては、私が説明しようとしてきたようなプライバシーの権利から、そうした法律は制定できなくなることははっきりしているように思われる。というのは、その法律は、人々に婚姻を強制—わたしが論文中で用いた強制という意味で—するからである。これは、どんなに健全なことであろうと、むりやり人生を明確に規定し、人生を支配するような制度というわれわれの規準にぴったり一致するのである。姦通に關しては、事情は、ずっと曖昧である。未婚者同士の性行動を禁ずる法律が施行されなければ、姦通を禁じた州も、市民を一夫一婦制という単一の型にはめ込むことはないだろう。不当な障害もなく離婚できるとすれば、州は既婚者を婚姻の枠内に押しとどめておくこともないであろう。こうした状況では、個人は、一夫一婦制的な関係に留まることを選択するかぎり、一夫一婦制に法的に拘束される関係を取り結ぶことができるという主要な効果が、姦通禁止法にはあるように思われる。

最後に、プライバシーの人格性の見解では、近親相姦を禁ずることに、重大な難点が表示されるように思われるというところでも、プライバシーの反全体主義の見解では、そのような難点は示されるようには思えない。人格性の見解では、近親相姦を禁ずることで、個人は、自己のアイデンティティーの中核であるような決定をなす自由を奪われることは間違いないのである。しかし、そのような狭い道が強いられるというよりむしろ、排除されているのは極めて狭い道なのである。これを禁止しても、特定の積極的結果は、まるで出て来ないのである。非殺人者というカテゴリーのように、非近親相姦者というカテゴリーは、全く形式的なものであって、十分に定義された制度的なパラメーターを欠いているのである。こうした理由ゆえに、人生が国家によって指示され、支配されないという権利と解されるプライバシーの権利は、侵すことができないものであろう。

IV 結論：プライバシーの権利の憲法上の基礎

A プライヴァシーとロクナー判決

プライバシーの権利は、憲法典に具体化された形としては、他の憲法保障の「半影部」や「延長部分 (emanations)」のなかに見いだされた⁽²²⁴⁾。契約の自由は、その最盛期には、「実体的デュー・プロセス」の問題として援用された⁽²²⁵⁾。これらの文言には、あたかも言葉当てゲームの気分がうっかり法律用語にも忍び込んでしまい、ある法理をごまかしだと言い、他の法理を撞着語法だと言うように、人を欺くようなアイロニーが働いている。しかし、プライバシーが半影部に導かれたのは、プライバシーの法理を実体的デュー・プロセスの語法から区別する必要があると認識されたからだ、ということを忘れてはならない⁽²²⁶⁾。残念なことに、このようにプライバシーに曖昧なところがあるのは、一紛れもなくアイデンティティー・コンプレックスであるが—正に恐れていた結果となる。半影部にたよることによって、プライバシーの権利は、批判者たちの非難にさらされるのを—無論ロクナー主義という緋文字 (the scarlet letter) の刻印が押されるのを—招いたにすぎない⁽²²⁷⁾。

(224) See *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 483-85 (1965).

(225) See, e. g., *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45, 53 (1905) (人の「仕事に関して契約する一般的な権利」は、修正14条のデュー・プロセス条項により保障される。); see also, e. g., *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 373 (1927) (Brandeis, J., concurring) (「反対の議論にもかかわらず、わたしにはそれは説得力があるように思えたのであるが、修正14条のデュー・プロセス条項は、手続きに関する事柄だけでなく実体法に関する事柄にも適用されると定められている」); *Twining v. New Jersey*, 211 U. S. 78, 110 (1980) (「われわれは、実体法を制約するさいデュー・プロセスの効果に—ここで関心をもっているのではない」); *Chicago, Burlington, & Quincy R. R. v. City of Chicago*, 166 U. S. 226, 235 (1897) (修正14条のデュー・プロセスは、補償のない収用を禁じている、と判示している) (「何がデュー・プロセスであるのかを決めるに際しては、形式ではなく実体を注視しなくてはならない」)。

(226) See *Griswold*, 381 U. S. at 482 (ロクナー判決およびその生み出した判決の実体的デュー・プロセスを退けている)。

(227) See, e. g., Ely, *supra* note 112, at 937-43. 実際当初から、グリズウォルド判決には、実体的デュー・プロセスへの回帰だという非難があげられてたのである。See *Griswold*, 381 U. S. at 517 n. 10 (Blackmun, J., dissenting); *id.* at 528 (Stewart, J., dissenting)。

しかしながら、罪の意識が必ずしも犯罪の証明とはならない。プライバシーは、呪文に隠されているが、やはりロクナー判決にはかならないことを証明することが意図するところであるなら、一でできるだけ簡単に一ダグラス判事の巧妙な手法を真似たところで、それでは、端的に言って不十分である。それを真似たところで憲法には黙示の部分が多すぎるのである。結社の自由、立法の合理性の要件、大部分の権利章典の州への適用、さらに、最も重要なのが、政治部門には自己の権限の範囲に関して最終的な裁定者の資格のないことは、全て黙示の憲法原理であるが、全部がロクナー判決にかかわるものではない。

それゆえ、プライバシーの法理にもロクナー判決にも、黙示の憲法全般にわたって共通の欠陥がある、とプライバシーを批判する者は、論じなければならない。他方、プライバシーを擁護する者にとって肝心なのは、プライバシー法学とロクナー判決の流れに沿った事例とが、何をもって区別されるのかを明らかにし、また、区別の過程で半影部あるいは延長部分に依拠することなく、何をもってプライバシーには憲法上の地位が与えられるのかを明かにすることである。

先例を覆したロクナー時代の諸事件は、経済規制にかかわるものであったと言うなら、これは、プライバシーとロクナー判決とを区別する一つの方法となる⁽²²⁸⁾。ロクナー判決の誤りは、憲法は、決して特定の経済理論を定めているものではないことを認めなかったことにあった。したがって、ロクナー判決を拒否しても、裁判所は州または連邦の経済規制を監視する超立法機関として開廷されることはありえないことを意味するに過ぎない。プライバシーの事例においては、裁判所は、そのようなことはしない。

このように区別すると、ロクナー判決とプライバシーの両者の理解が表面的であることが露になる。ロクナー判決の最高裁は、経済規制に関する超立法機関として開廷したが、アメリカの通商あるいは財産権を守っているのだと考えていなかったことはほぼ間違いない。ロクナー判決の最高裁は、自らの考えでは、経済を規制しているつもりではなかった。自由—契約の自由—を保護していたのである。人は、自由に自己の財産—すなわち、「既得権(vested right)」を有する財産—をほしいままにできるということは、当時の多くの者の考えでは自明のことであった⁽²²⁹⁾。この観点からすると、ロクナー判決は、単に「経済」

(228) See, e. g., *Griswold*, 381 U. S. at 482.

(229) See generally E. CORWIN, *LIBERTY AGAINST GOVERNMENT* 58-115 (1948) (戦前の自由の概念の興隆およびその財産権に対する焦点を述べている)。

にかかわるものではなく、むしろ、国家に対する人の最も基本的な自由にかかわるものであった。

思うに、ロクナー判決での最高裁の自由の概念あるいは裁判に関する概念は適切ではない、と応酬する者がいるだろう。本当のところは、ロクナー判決の流れを汲む判決は、確かに経済問題にかかわるものであった、と彼らは言うだろう。自由もまた問題であるとしても、経済領域の自由は、断じて黙示の憲法の課題であってはならないという教訓は残る。

しかしながら、プライバシーを擁護しているとおぼしき人々たちも、同じようにプライバシーの法理を誤解しているのである。プライバシーの法理は、純粹に「私的な」一たふんだ性的な一事柄に限られる、と彼らは思っているであろう。しかし、本当は、プライバシーの権利は、経済領域にも完全に適用できるのである。たとえば、ある法律が経済を合理化する目的で可決され、可決については、この法律の意図する効率性を支持する歴然たる経験的証拠があったと思っていただきたい。そして、人々は、この効率性ゆえに、幼いときから一群の複雑な試験を受けなければならない、試験の結果は、各人を最適の教育過程や最も生産的な職業に割り当てるのに使われていたと思っていただきたい。一明らかに反全体主義原理に基づくが、人格性にも基づく一プライバシーの権利によって、国家は、市民の職業を指図することが禁じられることは確かだと思われる。純朴なプライバシーの支持者たちは、この結果をやむなく認めるものの、今度は「しかし、それは、経済規制ではない。自由を守る問題だ」と言いたいのであろう。しかしながら、前述のように、ロクナー判決にも同じことが言えたのである。それゆえ、経済問題と非経済問題との区別は、ここでは役に立ちえない。

その代わり、次のように考えていただきたいのである。ロクナー判決の法理によって保障される権利は、前政治的 (pre-political) なものであったと。既得の財産権と契約の自由は、明文上憲法典で保障されなくともよかった。なぜなら、ロクナー判決の見方からすると、これらの権利・自由は、憲法典の外に存在していたからである。これらの権利・自由は、憲法典以前に存在したのである。実際、社会自体の形成よりも古いものなのである。人が政府を設ける理由は、財産権のためであり、人が政府を設ける手段は、契約によったのである⁽²³⁰⁾。

(230) このいいまわしは、自然国家から市民社会が出現するという古典的自由主義の記述によっている。See T. HOBBS, *LEVIATHAN* ch. XVII, at 173-77 (J. Plamenatz ed. 1963) (1st ed. 1651); J. LOCKE, *THE SECOND TREATISE OF*

プライバシーの権利には，前政治的なものは何もない。私の述べた類の忍び寄る全体主義が，われわれにとって危険であるとするならば，民主主義——群の政治的価値—に加担するというそのことだけで，この全体主義が危険なのである。私が明らかにしようとしてきたように，プライバシーの権利は，われわれが組織を造って民主主義政体となるとき初めて権利となるのである。このような理由によって，プライバシーの権利は，ロクナー判決で保障される権利と同様に，憲法典に内在的にある権利ではない。この権利は，憲法典よりも古いものだとか，あるいは，「社会契約」のように権威の点では憲法典に優越する根拠に由来するものだとか言おうとするのではない。憲法典は，この国に民主主義を確立する文書であるがゆえに，プライバシーの権利は，憲法上の権利なのである。

プライバシーの権利は，政治的法理である。個人が国家とは関係のない「私」生活の領域を有するがゆえに，この権利が存在するのではない⁽²³¹⁾。国家は，われわれの私生活にあらゆる関係を持つ。そして，既に見たように，プライバシーによって守られる自由は，同じように「私的」な事柄ばかりでなく「公的」な事柄に広がっていくのである。民主主義によって，個人の生活の日々の行動に対して支配・命令する範囲に限界が設けられなければならないがゆえに，プライバシーの権利が存在するのである。

B 全体主義と憲法解釈

憲法の「先験的 (transcendental)」法理は，この言葉のカント的な意味では，ある社会に特定の統治形態を構成することが本当に可能であるためには，なく

GOVERNMENT chs. VIII-IX, at 49-66 (J. Gough rev. ed. 1976) (3d ed. 1968); *see also* Chicago, Burminton, & Quincy R. R. v. City of Chicago, 166 U. S. 226, 238 (1897) (デュー・プロセスにより，州は，公用収用に補償を求められる，と判示し，「補償の権利は，優越的な土地使用の権限の行使に付随するものであるということは，すべての憲法規定の背後にまで及ぶ，定着した普遍的な法原則である，と判示された」先例を，賛同を込めて述べている)；L. TRIBE, *supra* note 2, § 8-4, at 571 (ロクナー判決の流れを汲む諸判決は，「財産と契約という自然権」を護ることが政府の当然の役割だという見解に駆られていた，と述べている)。

(231) *See, e. g.,* Richards, *supra* note 71, at 843-45 (プライバシーの法理は，人の「私生活」の「道徳に関する基本的側面」を護るために存在している，と論じている)。

てはならない法理であろう。私が思うには、われわれの統治形態、つまり、立憲民主主義の下では、そうした法理が、二つある。

まず一つは、憲法保障は、主に統治者に向けられているがゆえに、統治者が憲法保障の意味を最終的に定めることはできないという原理に由来する。もしできるとするなら、憲法典は、実際無意味なものとなろう。憲法保障は、形はそのままでも、事実上有名無実となろう。これが、マーベリ v. マディソン判決の法理の依拠する原理なのである。

しかしながら、われわれの統治形態では国家の権限を究極的に制限するのに必要とされる形態が二つあり、憲法の法文の負う責任は、そのうちの一つに過ぎない。もう一つは、人民の負う責任である。しかし、マーベリ判決がなければ、政治部門は、憲法典を使いやすい融通のきく形に変えうのだから、政府も、プライバシーの法理がなければ、これと全く同じように、市民の生活を形成することができるだろう。人民が責任を負う可能性の前提そのものとなっているのは、市民の心身は、市民が国家を統治していると考えられる以上、国家が何から何まで過度に制約できるものであってはならないということである。もしそういうことができるのであれば、自己統治は、形の上では存在するかも知れないが、事実上有名無実となるだろう。

人民の生活が、巧妙だが隔々まで、規準・標準化された固定的な役割にはめ込まれるならば、人民が自己統治したところで、それは、意味のないものである。人民は、自分たちを再生産し、社会制度を再生産するに過ぎない。無論、国家の再生産を選ぶ人民もいるかも知れない。しかし、その人民は、国家の再生産を選ぶためには、自由であらねばならない。ある点で、個人の生活の日常的・物質的な側面に対する国家のコントロールは、—そうしたコントロールは、人民自ら民主主義的に受け入れたとしても—人民からこの自由を奪うのである。したがって、われわれの憲法の第二の先験的法理は、プライバシーの権利を説明しようとして用いてきた反全体主義的原理によって与えられる。

予期される応答としては、前述のように、プライバシーの権利によって無効とされた法律には、人民から民主主義的な自由を行使する能力を奪うほどにはなはだしく人を制約する影響はないというものであろう。中絶を禁ずる法律によって、女性が選挙権を行使するすることが阻害されることは全くないと言えるだろう。また、同性愛を禁ずる法律によっても、同性愛者が選挙権を行使することは、阻害されないのである。

このように物事を述べることは、ほんの少しばかり特定の言論を禁止したと

ここで、本当のところは民主主義を脅かすことにはならないだろうとか、あるいは、特定の信仰表明を政府に許しても、本当のところは国教を定めることにはならないだろうという理由で、修正1条の適用を非難することと似たようなものである。しかしながら、それ以上に、プライバシーの権利にかかわる法律は、見のがしえない人を制約するはっきりした影響が実際にある。何世紀にもわたる避妊と中絶の禁止によって、女性の生活が育児の役割に根本的に縛り付けられることが揺るぎないものとなり、多くの女性は、自らの政治的意思を見いだしたり、あるいは、主張したりするのが、不可能ではないにせよ、困難となり、男女ともに、女性の社会的役割を考え直すことも困難となったのは間違いない。同様に、同性愛の禁止も、「同性愛者」が別種の人間とみなされる社会、個人がそれほど厳格な性的傾向を持たない社会の対極に立つ社会にわれわれが発展する因となってきた。それゆえ、同性愛者は、同性愛禁止法を覆すために、依然として自由に選挙権を行使できるといったところで、疑問は解消されない。人種間の婚姻を禁ずる法律についても、同じように指摘できよう。

しかしながら、ロクナー判決の時代に無効とされた法律については、同じように言えない。無効とされた法律は、個人の生活の積極的な支配と教示の強制にかかわるものではなかったからである。現在ロクナー判決を支持する者たちは、最低賃金法または賃借料規制法は、財産の違法な剥奪と思うかも知れない⁽²³²⁾。また、彼らは、そうした法律は、個人の自由剥奪の典型であって、腹立たしいと思うかも知れない。しかし、こうした法律は、むりやり個人の生存を何から何まで制約すると脅かしているのではない。

最後に、政府が各個人の職業を指図するような法律の場合をもう一度考えていただきたい。そうした法律がすぐに成功しそうなことだとは言えないが、考えうるものと想像していただきたい。つまり、この法律の産みだすような秩序、各人が社会における地位を知ることで得られるような満足感、犯罪の減少および全国規模での生産力の拡大を想像していただきたいのである。このような全てのことにもかかわらず、憲法典は、そのような法律を禁止しているはずだということを疑う者がいるだろうか。しかしながら、この「はずだ」というのは、明かと言うには程遠い。おそらく、修正1条に具現された「自己表現」の権利が持ちだされることだろう。しかし、このようにいろいろ憲法の法文を探って

(232) See, e. g., R. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 176-81 (1985) (賃貸借の統制と土地改革制定法は、公共の利用に役立たないゆえに、違憲の取用である)。

みても、誠実な態度とは言えまい。反全体主義原理が求められるのは、まさしく民主主義の可能性ゆえなのである。

18世紀には、憲法典は、ほぼ連邦政府にのみ適用され、連邦政府は、どの程度市民の日常生活に働きかけることができるのかについては、全く不明であった。州政府が、そうした権力の主な保有者だと考えられていたのである。そのうえ、国家権力が、市民生活の形態と目的を完全にコントロールすることのできる技術や制度を發展させることができるとは、おそらく当時考えつかなかったであろう。ところが、今や、連邦の立法権の領域は、明かとなった。今や、憲法典は、州政府に対しても基本的自由の保護者となるに至ったのである。今や、国家権力は、非常に拡大した結果、完全なコントロールの可能性を秘めてわれわれの生活を積極的に形作るのである。このような様々な發展の結果、何が自己統治の最も基本的な教義であるのかが、—プライバシーという形態で—新たに明確にされざるを得なくなったのである。つまり、政府は人民のためにあるのであり、人民は、国家の単なる道具になってはならないということが明かとなった。「ひとりで放っておいてもらう (let alone)」ことを、人生の進路が国家によって指図されない権利と解するならば、人民は国家の道具ではないというこの教義によって、ひとりで放っておいてもらう権利が必要となるのだということを、私は明らかにしようとしてきたのである。

凡例

1 訳文中、(訳注)とあるのは、訳者が加えたものである。

1 人名、地名、事件名その他訳文を理解するのに役立つと、考えられる場合には原語をあわせて表記した。

1 原文のイタリックは、そのままイタリックの原文を示した。

1 著者の引用する文献のうちその一部分が引用されているものについては、できるかぎり原文に当たり、日本語の訳のあるものについては、それも参照しつつ翻訳した。

訳注

(訳注1) 訳文中のアメリカ合衆国憲法の条文などは、原則として宮沢俊義編『世界憲法集第4版』(岩波書店、1983年)および樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』(三省堂、1988年)を参照した。

（訳注2） この判決の概要については，岩井宜子「堕胎を制限するミズリー州法に対する米連邦最高裁の合憲判決」『ジュリスト』947号，1989年）62頁以下参照。また，中絶問題に関するその後の重要な判決としては，Planned Parenthood of South-eastern Pennsylvania v. Casy, 112 S. Ct. 2791 (1992) がある。

（訳注3） これは，州法により「選択された人々」を指している。

（訳注4） J. S. MILL, *On Liberty*, in *ON LIBERTY AND OTHER WRITINGS* (Stefan Collini ed. 1989). ジョン＝スチュワート＝ミル／塩尻公明・木村健康訳『自由論』（岩波文庫，1971年）では，selfregarding を自己配慮と訳しているが，本訳においては利己的と訳した。

（訳注5） 同前，152頁。

（訳注6） 同前。

（訳注7） 反対意見には，ブラックマン裁判官のほか，ブレンナン，マーシャル，ステューブンス各裁判官が加わっている。Cf. GERALD DWORKIN, *MORALITY, HARM, AND THE LAW*, 96 (1994).

（訳注8） IMMANUEL KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in 6 IMMANUEL KANT *WERKE* 373 (Verlegt bei Bruno Cassier, 1923). イマヌエル＝カント／小倉志祥訳「理論と実践に関する俗信」『カント全集第13巻』（理想社，1988年）154頁。

（訳注9） J. J. ROUSSEAU, *Le CONTRAT SOCIAL* 158 (Edition Sociale 1968).

（訳注10） ジョン＝ロールズ／矢島 均次監訳『正義論』（紀伊国屋書店，1979年）207頁。

（訳注11） 同前。

（訳注12） MICHEL FOUCAULT, *HISTOIRE DE LA SEXUALITÉ, 1 LA VOLONTÉ DE SAVOIR* 9 (Gallimard, 1976). ミシェル＝フーコー（渡辺守章訳）『性の歴史 I 知への意志』（新潮社，1986年）9頁。

（訳注13） *Id.* at 15. 同前，15頁。

（訳注14） *Id.* at 94. 同前，91頁。

（訳注15） *Id.* at 209. 同前，200頁。

（訳注16） *Id.* at 33. 同前，33頁。

（訳注17） *Id.* at 49. 同前，46頁。

（訳注18） *Id.* at 92-94. 同前，90—92頁。

（訳注19） *Id.* at 210. 同前，201頁。

（訳注20） *Id.* at 211. 同前，202頁。

（訳注21） *Id.* at 208. 同前，199頁。

(訳注22) *Id.* at 189. 同前, 181頁。

(訳注23) *Id.* at 58-59. 同前, 55頁。

(訳注24) これは、男性の同性愛者を意味し、俗語に言う「オカマ」という表現に近い。

(訳注25) *Id.* at 211. 同前, 202頁。

(訳注26) 1 PLATO, THE REPUBLIC 463 (Paul Shorey trans. 1937). プラトン／藤沢令夫訳『共和国』(岩波文庫, 1979年) 361頁。

(訳注27) ジョン＝ロールズ・前掲書, 34—35頁参照。

(訳注28) 4 MARCEL PROUST, À LA RECHERCHE DU TEMPS PERDU 71 (Gallimard, 1989). マルセル＝プルースト／井上究一郎訳『失われた時を求めて—第 6 篇』(筑摩書房, 1993年) 133頁

(訳注29) *Id.* at 465-66. 同『失われた時を求めて—第 7 篇』350-51頁。

訳者あとがき

周知のように、アメリカでは、19世紀末、ウォーレン・ブランダイス論文によって初めて「プライバシーの権利」が正面から認められるべきであることが提唱され、次第に実定法の権利として一般的に容認されるようになった。1890年のウォーレン・ブランダイス論文は、プライバシーの権利を「ひとりではうっておいてもらう権利 (a right to be let alone)」として把握し、主として報道機関による私事の暴露報道に対する権利侵害からの保護について主張したものであったが、しだいに、コモン・ロー上の権利として位置づけられ、裁判所によって承認されることとなった。

しかし、当初、私法上、権利として確立したプライバシーの権利は、時代の変遷と共にその装いを変化させることになる。私的事項への侵入、私的事項の公開、公衆に誤認を与えるような表現による侵害、氏名等の不正利用というプロッサー教授によるプライバシーの訴訟の類型は、そのことを如実に示しているといえよう。プライバシー権利概念の多様性、不明確性は、これだけに留まらなかった。

というのは、1960年以降、プライバシーの権利論争は新たな局面を迎えることになったからである。マスコミによる私事の暴露(記事)報道を単に民事上の不法行為として把握するのみならず、公権力による侵害行為をもプライバシーの権利侵害として論ずることとなった。現代的な、情報社会の到来のなかで、自動データ処理システムの開発・普及との関連でのプライバシーの権

利侵害に対する個人情報保護の機運の高まりによって、プライバシーの権利を「ひとりではうっておいてもらう権利」という消極的・伝統的権利概念よりさらに積極的な権利概念が必要となった。これが、「自己情報コントロール権」としてのプライバシーの権利主張である⁽¹⁾。主として、プライバシーの権利を対国家的に、つまりその意味では憲法論として捉え直す見解であり、国家行政レベルでの個人情報の収集、保有、提供等の側面での個人情報をコントロールする必要性から活発に論じられた。だが、この側面は、1967年の情報の自由に関する法(FOIA) (1974年改正)や1974年のプライバシー法 (Privacy Act) 等によって立法的に一応の解決をみた。

その後の新たな局面がプライバシーの権利を「個人の尊厳」との関連で捉え、個人生活のもっとも親密な諸側面におけるプライバシーの権利侵害を憲法違反として捉える論争（たとえば、避妊具の使用を禁止する法律、猥褻文書の個人所有を禁止する法律、中絶を禁止する法律）、これがいわゆる「自己決定権」もしくは「自律権」の論争となる流れである。アメリカ連邦最高裁は、プライバシーの権利を一定の私的決定を政府から妨げられることなく行使する権利という意味での「自律権 (autonomy)」または自己決定権と理解し、憲法上の保護を受けるものとして承認したのである。つまり、最高裁は、1965年のグリズウォルド判決を契機として初めてプライバシーの権利を憲法上の権利として承認した。この事件では避妊薬・避妊具の使用を犯罪とする州法の違憲性が問題となり、いわゆる半影理論によって夫婦間のプライバシーが政府の侵害から保護されることを認めたのである。以後プライバシーの権利の根拠づけに変化はあっても、その領域は緩やかに拡大することとなった。1973年のロウ対ウェイド判決では女性の中絶を禁止する州法の違憲性が問題となるが、最高裁は、プライバシーの権利が女性の中絶の決定を含むほど十分に広いものであることを承認した。ここでプライバシーの権利が婚姻、出産、避妊、家族関係に及ぶことが明らかとなった。

そして、最近のもっとも重要な判決として注目されているのが、1986年のパウアーズ対ハードウィック判決であり、本判決で最高裁は、同性愛を刑事犯罪としても、プライバシーの権利侵害とはならないと判示して、プライバシーの権利にまつわる「性」の問題に一定の方向性を打ち出し、「連邦憲法が、ソ

(1) 奥平康弘『知る権利』（岩波書店，1979年）284-85頁参照。

ドミーを行う基本的権利を同性愛者に付与しているか否か」という論点は、プライバシー法理の域外にあることを示唆した。

このように見てくると、アメリカでは、プライバシーの権利は、コモン・ロー上の権利として一般的に承認されており、連邦最高裁は、私的事項の自己決定権としてのプライバシーの権利を憲法上の権利としても承認してきているのである。

そこで、日本のプライバシーの権利との対比において言えば、プライバシーの権利を定義しようとする学説の状況は、混迷した状況にあると言える⁽²⁾。しかしながら、わが国の代表的な憲法の教科書のレヴェルにおいては、プライバシーの権利は、新しい人権の一つとして、その根拠を13条の幸福追求権・個人の尊厳に置き、その内容としては、自己の存在にかかわる情報を開示する範囲を選択できる権利、すなわち、自己情報をコントロールする権利＝「情報プライバシー権」⁽³⁾と定義される。しかし、アメリカ合衆国におけるプライバシーの権利をめぐる議論と異なって、日本では、自己決定権は、プライバシーの権利との関連性は示唆されるものの、これは、憲法13条の内容として別個の独立した権利として記述されるのが通例である。そして、これは、個人は、一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利を有すると解され、「幸福追求権」の一部を構成するものと定義される⁽⁴⁾。本論文は、一読すれば分かるように、わが国の学説では憲法13条に基づく自己決定権にはば該当するプライバシーの権利を論じている⁽⁵⁾。

著者は、プライバシーの権利の定義自体は困難であるとしつつも、プライバシーの権利は、通常、自己決定権に根拠づけられ、さらに、自己決定権は、アイデンティティーに基づく人格性 (personhood) に結び付けられる。そのうえで、著者は、この人格性理論を検討・批判することによって、自由のための反全体主義的なプライバシーの権利を提唱するのである。しかし、個人 (人格性) をどう捉えるのかということは、個人と共同体との関係をどう理解するのかという問題へと通底すると同時に、プライバシーの権利を認めるかいなか、認めるとしてもどの程度保障されるのかについては、周知のように、原意主義か解釈主義かによってその立場は、大きく異なる。本論文は、今までの議

(2) 芦部信喜『憲法Ⅱ 人権総論』(有斐閣, 1993年) 368頁以下参照。

(3) 佐藤幸治『憲法 [新版]』(青林書院, 1990年) 408—410頁。

(4) 同前, 412頁

(5) 山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社, 1987年) 参照。

論とは異なる観点，すなわち，反全体主義によるプライバシーの権利の理由づけをおこなっている点に，斬新な視点が感じられる。その意味で，日本における「自己決定権」にもおおいに参考となると思われる。