

# アメリカ憲法学における「自己決定権」の保護範囲

—Lawrence v. Texas を契機として—

## The Scope of “The Right to Personal Autonomy” in the American Constitutional Law

法学研究科法律学専攻博士後期課程在学

上 田 宏 和

Hirokazu Ueda

はじめに

- I. 合衆国最高裁による「自己決定権」の保護範囲
- II. 「自己決定権」に含まれる個別的内容の共通性
- III. *Lawrence* 判決が示唆した「人格的關係性」の選択の自由の意義

結語

はじめに

本稿で検討する「自己決定権」の保護範囲とは、わが国憲法学の自己決定権の観点から、アメリカ憲法学のプライバシー権の保護範囲を捉えることである。アメリカ合衆国最高裁判所（以下、合衆国最高裁とする）は、プライバシー権には「個人的事項の開示を回避する個人の利益」と「ある種の重要な決定を独立して行う利益」という二つの異なる利益が含まれていることを明らかにしている<sup>1)</sup>。しかし、個々の判例において合衆国最高裁は、これら二つの利益を区別せず、プライバシー権として一様に捉えている。それゆえ、本稿においてアメリカ憲法学における「自己決定権」の保護範囲と換言するのはプライバシー権の中の対象範囲を明確にするためである。

これまで合衆国最高裁は、判例の展開によって、「自己決定権」の保護範囲は婚姻、避妊、中絶、家族関係、子どもの養育および教育に関する内容にまで及ぶことを明らかにしている。プライバシー権から「自己決定権」の意味が見出されるまでの経緯については別稿で論じた<sup>2)</sup>。しかし、その後の判例には、「自己決定権」に関わる上記の内容であっても憲法上保護されなかった場合も確認できる。こうした事実がありながらも、これまで合衆国最高裁は「自己決定権」に含まれる個別的内容の根拠

<sup>1)</sup> *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977).

<sup>2)</sup> 拙稿「アメリカ憲法学におけるプライバシー権の展開」創価大学大学院紀要第34集（2012年）。

や共通性について明確にしてこなかった。

ところが、2003年、合衆国最高裁は、これまで不明確であった「自己決定権」の保護範囲の共通性を提示するかのような判決を下した。この判決は、*Lawrence v. Texas*<sup>3)</sup> (以下、*Lawrence* 判決とする) と呼ばれ、Texas州において同性間の性行為を「性的に逸脱した行為」と意味のソドミー行為(sodomy)として刑事罰の制裁を課していた法律、いわゆるソドミー禁止法を違憲無効とした判決であった。また、1986年にGeorgia州のソドミー禁止法を合憲とした *Bowers v. Hardwick*<sup>4)</sup> (以下、*Bowers* 判決とする) を覆した判決でもあった。*Lawrence* 判決において合衆国最高裁は、問題となった同性愛者の自由を「人格的關係性 (a personal relationship)」を選択する自由と捉え、第14修正を根拠とした実体的デュー・プロセス理論によって保護した。ただし、*Lawrence* 判決では、これまでの「自己決定権」に関する諸判例と「人格的關係性」との整合性に関して明確な説明がなされなかった。

そこで、本稿では、これまでのアメリカ憲法学における「自己決定権」の保護範囲に関する議論を再検討することで、*Lawrence* 判決で提示された「人格的關係性」の選択の自由の意義を見出すことを試みる。Iでは、これまでの「自己決定権」に関する諸判例を憲法上保護された場合と保護されなかった場合とに整理する。IIでは、これまでアメリカの学説において「自己決定権」に含まれる個別的内容に共通する概念として注目されてきた二つの概念に基づく代表的な理論を検討し、その限界を指摘する。IIIでは、IとIIをふまえ、*Lawrence* 判決で提示された「人格的關係性」の選択の自由が、アメリカ憲法学における「自己決定権」の保護範囲にどのような影響をもたらしたのかについて論究する。

## I. 合衆国最高裁判例による「自己決定権」の保護範囲

### (1) 「自己決定権」に関する個別的内容が保護された判例

前述したように、アメリカ憲法学では、合衆国最高裁の判例の展開によって、婚姻、避妊、中絶、家族関係、子どもの養育および教育に関する内容が「自己決定権」に含まれると認識されている。ここでは、合衆国最高裁によって「自己決定権」に含まれる個別的内容が保護された諸判例を列挙する。その際、これらの判例を時系列上ではなく各内容別で整理する。なお、先述のように、合衆国最高裁は「自己決定権」ではなくプライバシー権と表現しているため、ここで取り上げる各判例の引用文中ではプライバシー権と訳している。

#### (i) 婚姻の自由

合衆国最高裁が、婚姻の自由を初めて憲法上保護したのは *Loving v. Virginia*<sup>5)</sup> (以下、*Loving* 判

<sup>3)</sup> 539 U.S. 558 (2003). 判例評釈として、藤井樹也「ソドミー行為を禁止する州法が違憲とされた事例」ジュリス ト 1255号(2003年)142-145頁、大野友也「同性愛行為に対する憲法上の保護」樋口範雄/柿嶋美子/浅香吉幹/岩田太編『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012年)102-103頁。

<sup>4)</sup> 478 U.S. 186 (1986). 判例評釈として、津村政孝「同性愛者のソドミー行為とプライバシーの権利」芦部信喜/憲法訴訟研究会編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998年)295-301頁。

<sup>5)</sup> 388 U.S. 1 (1967).

決とする)においてである。本判決では、異なる人種間の婚姻を禁止した Virginia 州法を第 14 修正の平等保護条項およびデュー・プロセス条項違反によって違憲とした。合衆国最高裁は、人種による区別には「最も厳格な審査 (most rigid scrutiny) <sup>6)</sup>」が適用されるとした上で、当該法律が正当化されるには人種差別以外に許容される州の目的が必要であるが、州の利益はこれを満たしていないと述べた。その上で、「第 14 修正は婚姻の選択の自由が不当な人種差別によって制限されないことを要求する<sup>7)</sup>」ものであることを明らかにした。

その後、*Zablocki v. Redhail*<sup>8)</sup>では、「婚姻する権利は第 14 修正のデュー・プロセス条項に内在される基本的な『プライバシー権』の一部である<sup>9)</sup>」ことが明らかにされた。本件では、扶養義務を有している未成年者は裁判所の承認を得なければ婚姻することはできないとする Wisconsin 州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁は「*Griswold v. Connecticut*<sup>10)</sup> (以下、*Griswold* 判決とする) および *Loving* 判決以降の判例は、常に、婚姻の決定をプライバシー権によって保護される個人間の決定の一つとして分類してきた<sup>11)</sup>」と述べ、当該法律は厳格審査基準を満たしていないため第 14 修正の平等保護条項違反として違憲とされた。

#### (ii) 避妊の自由

避妊の自由は、合衆国最高裁が初めて憲法上の権利としてプライバシー権を導出した *Griswold* 判決において認められた。本件では、夫婦による避妊具の使用を禁止する Connecticut 州法の合憲性が争われた。合衆国最高裁は、「避妊具の使用を調べるために夫婦の寝室という神聖な領域に警察の捜査が及ぶことを許可するならば、婚姻関係が破壊され、夫婦の私生活を侵害することにつながる<sup>12)</sup>」として、第 1・第 3・第 4・第 5・第 9 修正からの放射によってプライバシー権の憲法上の根拠を導き出し、当該法律を違憲とした。

その後、*Eisenstadt v. Baird*<sup>13)</sup> (以下、*Eisenstadt* 判決とする) において避妊の自由は、既婚者だけではなく未婚者に対しても認められた。合衆国最高裁は、「プライバシー権とは、既婚者であるか未婚者であるかに関わらず、子どもを産むか否かのような個人に根本的な影響を与える事柄について、政府からの不当な干渉を受けないための個人の権利である」と捉えて、未婚者への避妊具の配布を規制する Massachusetts 州法を第 14 修正の平等保護条項違反として違憲とした。

さらに、*Carey v. Population Service International*<sup>14)</sup>において合衆国最高裁は、*Griswold* 判決と *Eisenstadt* 判決によって避妊の自由は全ての者に認められているとして、免許資格を有する薬剤師以外

---

<sup>6)</sup> *Id.* at 11.

<sup>7)</sup> *Id.* at 12.

<sup>8)</sup> 434 U.S. 374 (1978).

<sup>9)</sup> *Id.*

<sup>10)</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>11)</sup> *Id.* at 384.

<sup>12)</sup> *Id.* at 485.

<sup>13)</sup> 405 U.S. 438 (1972).

<sup>14)</sup> 431 U.S. 678 (1977).

に 16 歳未満の未成年者への避妊薬の販売・配布を禁止していた New York 州教育法を違憲とした。その際、「子どもを産むか否かの問題と等しいほどの基本的な決定に関する場合、これに負担を課す規制はやむにやまれぬ州の利益によってのみ正当化されうる<sup>15)</sup>」との厳格審査基準が適用されることを明らかにした。

#### (iii) 中絶の自由

中絶の自由が憲法上保護されたのは、*Roe v. Wade*<sup>16)</sup>（以下、*Roe* 判決とする）においてである。合衆国最高裁は、「『基本的』または『秩序ある自由の概念に暗に示されている』と考えられる人格性に関わる諸権利（personal rights）のみが、人格性に関わるプライバシー（personal privacy）の保障の中に含まれる<sup>17)</sup>」と述べ、その範囲は「婚姻、出産、避妊、家族関係、子供の養育および教育に関する諸行為に及んでいる<sup>18)</sup>」ことを明らかにした。その上で、「プライバシー権は…女性の妊娠を終了するか否かを決定することまで包含できる<sup>19)</sup>」と述べ、Texas 州法の中絶禁止条項を第 14 修正のデュー・プロセス条項違反として違憲とした。

#### (iv) 家族関係に関する自由

家族関係に関する自由の代表的判例として、*Moore v. City of East Cleveland*<sup>20)</sup>が挙げられる。本件では、同居家族の範囲を限定した Ohio 州の East Cleveland 市のゾーニング条例の合憲性が争われた。合衆国最高裁は、「婚姻や家族生活に関する個人の選択の自由は第 14 修正のデュー・プロセス条項によって保障される自由の一つ<sup>21)</sup>」として、「多くの判例が一貫して『州が介入することができない家庭生活という私的な領域』を認めてきた<sup>22)</sup>」と述べる。そのため、当該条例は第 14 修正デュー・プロセス条項違反として違憲とされた。

#### (v) 子どもの養育および教育に関する自由

子どもの養育および教育に関する自由の判例としては、1923 年の *Meyer v. Nebraska*<sup>23)</sup>（以下、*Meyer* 判決とする）と 1925 年の *Pierce v. Society of Sisters*<sup>24)</sup>（以下、*Pierce* 判決とする）が挙げられる。*Meyer* 判決では、児童に外国語教育を禁止する Nebraska 州法は第 14 修正によって保障される親の子どもを教育する権利を侵害するとして違憲とされた。*Pierce* 判決では、第 14 修正のデュー・プロセス条項は「子どもの教育および教育に関する内容を決定する親と後見人の自由を保護している<sup>25)</sup>」と述べて、子どもを公立学校に通学させることを義務付ける法律を違憲としたのである。

---

<sup>15)</sup> *Id.* at 684.

<sup>16)</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>17)</sup> *Id.* at 152.

<sup>18)</sup> *Id.*

<sup>19)</sup> *Id.* at 153.

<sup>20)</sup> 431 U.S. 494 (1977).

<sup>21)</sup> *Id.* at 499.

<sup>22)</sup> *Id.*

<sup>23)</sup> 262 U.S. 390 (1923).

<sup>24)</sup> 268 U.S. 510 (1925).

<sup>25)</sup> *Id.* at 534-35.

ただ、この *Meyer* 判決と *Pierce* 判決は、時系列上ではプライバシー権を憲法上の権利として認めた *Griswold* 判決以前の判例にあたる。しかし、今日のアメリカ憲法学では、憲法に列挙されていない自由の権利保障を考えるにあたって、両判決はその淵源となる代表的判決として扱われている。実際に、子どもの養育権および教育権が第 14 修正によって保障される権利であることは、その後の *Wisconsin v. Yoder*<sup>26)</sup> と *Troxel v. Grabville*<sup>27)</sup> において確認されている。

## (2) 「自己決定権」に関わる個別的内容であっても保護されなかった判例

一方、以下で紹介する三つの判例は、「自己決定権」に関わる個別的内容であっても、合衆国最高裁が憲法上の保護を認めなかった判例である。

第一の判例は、*Smith v. Organization of Foster Families*<sup>28)</sup>（以下、*Smith* 判決とする）である。本件では、事前に聴聞の機会を与えることなく里子と里親を引き離すことを認める New York 州および New York 市の手続規定に対して、里親と里親協会が「家族という単位の不可侵性における『家族のプライバシー権 (right to familial privacy)』<sup>29)</sup>」を侵害するものとして差し止めを求めた。

本判決において合衆国最高裁は、確かに「里親家族 (the foster family) は…血縁関係のある家族 (a natural family) と同様の社会的機能を果たす<sup>30)</sup>」ものであり、「親族でない人々の単なる集まりとして里親家族を片づけししまうことはできない<sup>31)</sup>」と述べる。しかし、「里親家族という制度が存在するとしても、里親家族からの引き離しが血縁上の家族に里子を戻すためであるならば、里親家族の自由の利益は実質的に減じられる<sup>32)</sup>」として、当該手続規定を合憲とした。

第二の判例は、*Quilloin v. Walcott*<sup>33)</sup>（以下、*Quilloin* 判決とする）である。本件は、子どもの実母の再婚者である男性が子どもとの非嫡出子の養子縁組を求めたことに対して、実父である男性が反対したことで起こった。これにより、嫡出子の養子縁組には原則として両親の同意を必要するのに対して非嫡出子の養子縁組には母親の同意のみを必要とする Georgia 州法の合憲性が争われた。

本判決において合衆国最高裁は、「本件は、実父である男性が実際にまた法的に子どもの後見を常に行ってきた、あるいは求めてきた事例ではない。問題となる養子縁組は、今まで生活を共にしたことのない新たな両親の下に子どもを置くものでもない。むしろ、本件における養子縁組の結果は、既存の家族に完全な承認を与えるものであり、上告人である実父を除く、全ての関係者が望んでいるものである<sup>34)</sup>」として、子どもの最善の利益を理由に、当該法律は第 14 修正のデュー・プロセス条項

---

<sup>26)</sup> 406 U.S. 205 (1972).

<sup>27)</sup> 530 U.S. 57 (2000).

<sup>28)</sup> 431 U.S. 816 (1977).

<sup>29)</sup> *Id.* at 842.

<sup>30)</sup> *Id.* at 844.

<sup>31)</sup> *Id.*

<sup>32)</sup> *Id.* at 846-47.

<sup>33)</sup> 434 U.S. 246 (1978).

<sup>34)</sup> *Id.* at 255.

にも平等保護条項にも違反しないと判断した。

第三の判例は、*Michael H. v. Gerald D*<sup>35)</sup>（以下、*Michael H.*判決とする）である。本件では、不倫関係によって生まれた子どもの実父である男性が、婚姻関係にある夫と同居中の妻から生まれた子どもは婚姻夫婦の子供であると推定する California 州法に対して、父親としての権利を侵害するものであるとして当該法律の合憲性が争われた。

本判決において合衆国最高裁は、「血縁関係の重要性とは…子どもとの関係を発展させるための機会を実父に与えることである<sup>36)</sup>」が、「子どもが既存の婚姻家族に生まれた場合、実父の機会は婚姻家族の夫の機会と対立する。そして、国家が後者の機会を絶対的に優先することは違憲ではない<sup>37)</sup>」と述べる。その上で、「婚姻関係にある夫婦が彼らの子孫として子どもを養育することを望んでいるという状況<sup>38)</sup>」を考慮して、実父である男性の権利は制約されるとして当該法律を支持した。

以上の三つの判例が示すように、家族関係に関する内容は、その関係内で対立が生じた場合、「自己決定権」によって保護されず、州による干渉を受けることが正当化されている。このことから、各判例によって「自己決定権」に関わる内容が、いかなる理由によって保護されてきたのかといった「自己決定権」の保護内容の共通性を見出す必要性が生じる。

## II. 「自己決定権」に含まれる個別的内容の共通性

### (1) 「人格性」の理論と「自己決定権」

#### ① 「人格性」の理論

これまで合衆国最高裁は、判例の展開によって、憲法に明示されていない婚姻、出産、避妊、家族関係、子どもの養育および教育に関する内容を「自己決定権」によって保護してきたが、その反面で、これらの内容が何故「自己決定権」によって保護されるのかといった根拠や、個別的内容の共通性を必ずしも明らかにしてこなかった。合衆国最高裁の見解では、上記の内容は憲法上保護される「個人の自律 (individual autonomy)」に関わる私的行為の内容であるというに留まっていたのである<sup>39)</sup>。

こうした合衆国最高裁の姿勢から、アメリカ憲法学の学説では、Samuel Warren と Louis Brandeis が「*The Right to Privacy*<sup>40)</sup>」の中で個人の「不可侵の人格性 (inviolable personality)<sup>41)</sup>」に言及していたことに注目し、「自己決定権」に含まれる内容は個人の「人格性 (personhood)」に関わる行為で

<sup>35)</sup> 491 U.S. 110 (1989).

<sup>36)</sup> *Id.* at 128-29.

<sup>37)</sup> *Id.*

<sup>38)</sup> *Id.* at 129.

<sup>39)</sup> 431 U.S. at 687.

<sup>40)</sup> Samuel Warren, Louis Brandeis, “*The Right to Privacy*”, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). 邦訳として、サムエル・D・ウォレン/ルイス・D・ブランダイス (外間寛訳) 「プライバシーの権利 (一)」法律時報第 31 巻第 7 号(1959 年)。

<sup>41)</sup> *Id.* at 205-207. ウォレン/ブランダイス (外間訳) ・同 19 頁。

あるために憲法上保護されると一般的に考えられてきた<sup>42)</sup>。ここでは、そうした「人格性」の概念に基づいて「自己決定権」の保護範囲を特定しようとする見解を概括して「人格性」の理論と呼びたい。

「人格性」の理論には、個人は自由に自己を決定できる存在であるはずだとの考えが前提にある<sup>43)</sup>。そして、自己決定できる存在である個人は、かけがえのない「個性 (individuality)」を有した存在であると捉えられている<sup>44)</sup>。「人格性」の理論が提唱され始めたのは、女性の自己決定の保護という観点から中絶の自由を憲法上保護した *Roe* 判決以降である。Paul Freund (以下、Freund とする) は、*Roe* 判決後の 1975 年に次のように述べている。「人格性というテーマが…現れつつある。…これは時にプライバシーと呼ばれるが、どうも不適切な表現であるように思われる。おそらく自律と表現する方が適切なのだろうが、これも広すぎる気がする。しかし、人格性の概念は、自分が自分であるために奪うことのできない個人の特性という意味である<sup>45)</sup>。』。

確かに、Freund が指摘するように、アメリカ憲法学におけるプライバシーの概念は多義的な概念であるため、プライバシーの概念のみで婚姻、避妊、中絶、家族関係、子どもの養育および教育に関する特定の行為を根拠づけることは困難であるように思える。また、「自律」の概念に関しても、Jed Rubenfeld (以下、Rubenfeld とする) が「個人を『自律的』だと称することは、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…その法理を理解するのに何の足しにもならない<sup>46)</sup>」と指摘しているように、広範で漠然としているとの批判が伴っている。

しかし、「自律」の概念に「自分が自分であるために奪うことのできない個人の特性」と捉える「人格性」の概念を付加することで、「自己決定権」に含まれる個別的内容をある程度は明確にすることができる。例えば、婚姻の自由や *Griswold* 判決で夫婦の避妊の自由が保護されたのは夫婦という人格に関わっていたからであり、*Roe* 判決で中絶の自由が保護されたのも女性という人格に関わっていたからだといえる。同様に、家族関係や子どもの養育および教育に関する内容が憲法上保護されたのも家族内における両親の人格や子どもの人格形成に影響を及ぼすからだといえよう。それゆえ、「人格性の理論」は、「人格性」の概念を「自己決定権」の根拠として求めるのである。

## ②「人格性」の理論の限界

しかし、一般的に、「人格性」の理論には不明確な点も指摘できうる。それは、大別して次の三つ

<sup>42)</sup> See LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW*, 1302-12 (2d ed. 1988); Craven J. Braxton Jr, *Personhood: The Right to Be Let Alone*, 1976 DUKE L. J. 699, 702 n.15 (1976); FERDINAND DAVID SCHOEMAN, *PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY*, 322-23 (1984); Note, *Rumpelstiltskin Revisited: The Inalienable Right of Surrogate Mothers*, 99 HARV. L. REV. 1936, 1946-50 (1986); Joseph W. Rebone, *Personhood and the Contraceptive Right*, 57 IND. L. J. 579, 603-604 (1982).

<sup>43)</sup> Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 753 (1989). 邦訳として、ジェド＝ルーベンフェルド (後藤光男/森下史郎/北原仁訳) 『プライバシーの権利』 (敬文堂・1997年) 37頁。

<sup>44)</sup> Edward Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962, 973 (1964).

<sup>45)</sup> PAUL FREUND, *AMERICAN LAW INSTITUTE*, 42-43 (1975).

<sup>46)</sup> Rubenfeld, *supra* note 43, at 750. ルーベンフェルド (後藤/森下/北原訳) ・前掲書注 (43) 21頁。

であるといえよう。

第一に、「人格性」の定義が曖昧なことである。例えば、Daniel J. Solove は、「自分が自分であるために奪うことのできない個人の特性という Freund の見解は、あまりにも漠然としすぎており、『自己性 (selfhood)』を『人格性』と単に言い換えているにすぎない<sup>47)</sup>」と指摘する。また、Rubenfeld は、「人格性」の理論とは「自己決定権」を伝統的な自由主義的に理解するものであると捉えた上で、個人の自我そのものの本質に目を向ければ、共和主義的見解からも「人格性」の概念を基礎づけることができる」と主張する。

Rubenfeld によれば、伝統的な自由主義的見解では自己決定を行う個人を「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<sup>48)</sup>」という完全な存在として想定する傾向があるという。そのため伝統的な自由主義的見解では、個人の自我を「個人を定める特定の目的や個人が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<sup>49)</sup>」として理解される。一方、共和主義的見解は、自己決定を行う個人を「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存在<sup>50)</sup>」であると捉える。そのため、共和主義的見解において個人の自我は「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のではなく、むしろそうしたものによって規定される<sup>51)</sup>」と理解される。

Rubenfeld は、こうした伝統的な自由主義と共和主義の対比から、「自己決定権」に含まれる内容が憲法上保護されるのは、「個人は、何らかの役割、価値および関係を通して、アイデンティティを形成する<sup>52)</sup>」がゆえに保護されるのだと共和主義的に理解することもできると指摘する。そして、このことは「人格性」の概念が「共和主義の領域にも足を踏み入れている<sup>53)</sup>」ことを意味していると指摘する。それゆえ、Rubenfeld は、「人格性の概念は、『尊厳』や『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比べても、もっと曖昧である<sup>54)</sup>」と述べている。

確かに、Freund や Rubenfeld が指摘するように、「人格性」の概念は「尊厳」や「自律」、「自由」といった概念と同様に抽象的な概念であることは否定できない。さらに、「人格性」の保護とは個人の「個性」を保護することだと捉えたとしても、個人一人ひとりの「個性」を尊重すること自体、近代立憲主義の個人の尊重思想によって基礎づけられているのであるから、何故、「自己決定権」に含まれる個別的内容だけに憲法上の特別な保護を与えられるのかといった疑問に対して応答したこと

<sup>47)</sup> DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY, 31 (2008).

<sup>48)</sup> Rubenfeld, *supra* note 43, at 761. ルーベンフェルド (後藤/森下/北原訳) ・前掲書注 (43) 49 頁。

<sup>49)</sup> *Id.* at 764. ルーベンフェルド (後藤/森下/北原訳) ・同 54 頁。

<sup>50)</sup> *Id.* ルーベンフェルド (後藤/森下/北原訳) ・同 55 頁。

<sup>51)</sup> *Id.* ルーベンフェルド (後藤/森下/北原訳) ・同 55 頁。

<sup>52)</sup> *Id.* at 765. ルーベンフェルド (後藤/森下/北原訳) ・同 55 頁。

<sup>53)</sup> *Id.* ルーベンフェルド (後藤/森下/北原訳) ・同 55 頁。

<sup>54)</sup> *Id.* at 753. ルーベンフェルド (後藤/森下/北原訳) ・同 36 頁。



にならない。

第二に、「自己決定権」に含まれる個別的内容の相互関連性が明確でないことである。「人格性」の理論は、「人格性」の概念によって、「自己決定権」に含まれる個別的内容を個人の人格性に不可欠な行為として捉えようと試みるものである。しかし、この場合、「自己決定権」に含まれる個々の行為はそれぞれ別個独立したものと扱われており、相互関連性が不明確である。つまり、「人格性」の理論は、「人格性」の概念によって「自己決定権」の個別的内容を概括しているに過ぎず、その内実である個別的内容同士の共通性は見出せているとは必ずしも言い切れないのである。

第三に、「自己決定権」に関する諸判例と整合的でないことである。もし「人格性」の理論のように、「自己決定権」に含まれる内容を個人の人格性に不可欠であるものがゆえに保護されると理解するのであれば、*Smith* 判決、*Quilloin* 判決、*Michael H.*判決のような「自己決定権」に関わる内容であっても保護されなかった判例をどのように理解すればよいのであろうか。「人格性」の理論では、これら三つの判例が存在していたにもかかわらず、「自己決定権」に含まれる個別的内容を個人の人格性に不可欠な内容として一様に捉えられてしまっているのである。

以上の点が指摘できるように、「人格性」の理論の限界は、「人格性」の概念自体が広範かつ抽象的な概念であるにもかかわらず、「人格性」の概念のみで「自己決定権」の保護内容を根拠づけようとしたことにある。これにより、「自己決定権」の保護内容は、個人の人格性に不可欠な個別具体的な行為としてそれぞれ別個独立的に扱われることになってしまい、個々の相互関連性が不明確なままになってしまっているのである。

## (2)「関係性」の理論と「自己決定権」

### ①「関係性」の理論

一方、アメリカ憲法学の学説の中には、婚姻、避妊、中絶、家族関係、子どもの養育および教育に関する内容が「自己決定権」によって保護されるのは、それらが個人の人格的に不可欠な内容だからなのではなく、公権力の干渉を受けない親密な人間関係そのものに関わる内容であるからだと捉える見解も存在する<sup>55)</sup>。この見解は「人格性」の理論に対置するものとして理解されている。ここでは、そうした見解を概括して「関係性」の理論と呼ぶこととしたい。「関係性」の理論の代表的見解として、Kenneth. L. Karst (以下、Karst とする) の「親密な結合の自由 (The freedom of Intimate

<sup>55)</sup> See, e.g., Tom Gerety, *Redefining Privacy*, 12 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 233 (1977); Kathryn Jane Humphrey, *The Right of Privacy, A Renewed Challenge to Laws Regulating Private Consensual Behavior*, 25 WAYNEL L. REV. 1967 (1979); Catherine E. Blackburn, *Human Rights in an International Context: Recognizing the Right of Intimate Association*, 43 OHIO St. L.J. 163 (1982); Kaite Watson, *An Alternative To Privacy: The First Amendment Right of Intimate Association*, 19 N.Y.U. REV. L. & SOC.CHANGE 891 (1992); Gary E. Elliott, *Consensual Relationships And The Constitution: A Case Of Liberty Denied*, 6 MICH. J. GENDER & L. 47 (1999).

Association)<sup>56)</sup>」理論と Radihika Rao<sup>57)</sup> (以下、Rao とする) の「関係的プライバシー権 (the right of relational privacy)<sup>58)</sup>」理論が挙げられる。

Karst は、「婚姻、生殖および親子関係の領域に関する合衆国最高裁の諸判決の背後には親密な結合の自由を保護しようとする意識がある<sup>59)</sup>」と述べて、「自己決定権」によって保護される個別内容は、「親密な結合の自由」の概念によって包含されると指摘する。何故なら、婚姻、避妊、中絶、家族関係、子どもの養育および教育に関係する行為は、自分一人で行われる行為ではなく、親密で私的な関係にある他者の存在を前提とする「わたしたち」によって行われる行為だからである。

Karst は、この「わたしたち」という結びつきを「『あなた』と『わたし』を超える何かとして存在する<sup>60)</sup>」一つの新たな存在 (a new being) として捉える。そうすることで、「自己決定権」に含まれる選択の内容が何であるかではなく、どのようにしてなされるのかという個人と他者との結合の選択すること自体に注目することができ、「自己決定権」に含まれる個別的内容の共通性として「親密な結合の自由」を見出せるのである。

Karst のいう「親密な結合」とは、「婚姻関係や家族関係に相当する他者との緊密で親しい個人的関係<sup>61)</sup>」を意味するものである。ただし、Karst は、「親密な結合」の射程は婚姻関係や家族関係といった伝統的形態の結合だけに限定されるのではなく「親密な友情関係<sup>62)</sup>」や「その時々親密な結合 (casual intimate association)<sup>63)</sup>」も含まれているとしている。

Karst は、この「親密な結合の自由」を憲法上保障する根拠として、第 14 修正のデュー・プロセス条項を依拠する実体的デュー・プロセス理論が適切であるとする一方で、状況によっては同条の平等条項や第 1 修正も関係することを挙げている<sup>64)</sup>。それゆえ、Karst は、「親密な結合の自由」を規制する公権力の制約に対して、厳格審査基準のみで審査するのではなく、具体的な事例に応じて比較衡量することが求められると述べている<sup>65)</sup>。

---

<sup>56)</sup> Karst の「親密な結合の自由」理論を紹介したわが国の文献としては、岩浅昌幸「“Freedom of Intimate Association”に関する一考察—自己決定権との関わりを意識して—」筑波法政第 14 号 (1991 年) 524 頁以下、羽瀧雅裕「『親密な結合の自由』に関する一試論—合衆国の議論を参考に—」法律雑誌第 48 巻 4 号 (2002 年) 1524 頁以下、阿部純子「プライバシー理論の新展開—Lawrence v. Texas における liberty 概念を中心として—」大学院研究年報第 37 号 (2008 年) 27 頁以下。

<sup>57)</sup> Rao を「関係的プライバシー権」理論を紹介した邦文献として、石田若菜「『関係的プライバシー権』理論の検討—アメリカにおける生殖補助医療裁判を題材として—」中央大学大学院研究年報第 39 号 (2010 年) 29 頁以下。

<sup>58)</sup> Rao が検討するプライバシー権の内容とは、本稿で取り扱う「自己決定権」に関する内容である。しかし、Rao は「自己決定権」という表現を用いず、自身が提唱する「個人的プライバシー権」と「関係的プライバシー権」という二つの側面から個別的内容を分析している。本稿では、Rao が「関係的プライバシー権」と個別に命名し、定義づけていることを尊重し、ここでは「自己決定権」という表現を用いず、プライバシー権、そこから導き出される「個別的プライバシー権」と「関係的プライバシー権」という表現を用いることとする。

<sup>59)</sup> Kenneth L. Karst, *The freedom of Intimate Association*, 89 YALE L. J. 624, 626 (1980).

<sup>60)</sup> *Id.* at 629.

<sup>61)</sup> *Id.*

<sup>62)</sup> *Id.*

<sup>63)</sup> *Id.* at 633.

<sup>64)</sup> *Id.* at 653-54.

<sup>65)</sup> *Id.* at 627-628.

他方、Rao は、プライバシー権に含まれる列挙された個別的内容を孤立した個人に帰属する純粋な人格的権利として捉えるべきではないとして、個人の親密な関係を保護する「関係的プライバシー権 (the right of relational privacy)」の存在を主張する<sup>66)</sup>。Rao によれば、プライバシー権は「個人的プライバシー権 (the right of personal privacy)」と「関係的プライバシー権」という二つの構成要素から成り立っているという<sup>67)</sup>。

個人的プライバシー権とは、「身体上の不可侵性に関する権利」もしくは「ありふれた多種多様な自由の利益 (a garden - variety liberty interest)」を保護する権利である。Rao によれば、個人的プライバシー権には、身体に関する権力の積極的行使を包含するものではないにせよ、ある個人の身体を強制的に侵害することに抵抗する権利とその身体的変化を防止する権利が含まれているという<sup>68)</sup>。

一方、関係的プライバシー権とは、「ある程度の実体的な領域において、州の不当な干渉から、ある高度な個人間の関係性の形成や保護をすることができる<sup>69)</sup>」権利である。Rao によれば、関係的プライバシー権は、単に既存の親密な関係自体の維持を保護するだけでなく、個人が他者と共にそうした親密な関係性を創造すること、あるいはそうした他者との関係性から個人を解放することを保護しているという<sup>70)</sup>。

Rao は、こうした二つの側面を有するプライバシー権は、ある行為をする個人単独の権利であるというよりも、そうした行為を選択する過程の中で展開される親密な関係性を選択することを保護するものであると捉えている。ただし、Rao は、親密で合意ある関係であれば無条件で関係的プライバシー権によって保護されるわけではないと指摘する。この関係的プライバシー権の限界について、次の二点を述べている。

第一に、売春、買春等の性的サービスや強制的な商業的代理母契約、市場取引で自分たちの子どもを売買する権限といった商業目的における親密な関係は、いかに個人間での合意があっても関係的プライバシー権による憲法上の保護は認められない<sup>71)</sup>。すなわち、親密な合意ある関係とは、あくまで商業的利益を有しない「私的な」関係であることが前提とされているのである。

第二に、親密な関係内の個人同士が対立状態になった場合には、関係的プライバシー権は消滅する<sup>72)</sup>。この点については、家族内で対立関係が生じた場合、憲法上保護されるべき家族関係に関する内容であっても合衆国最高裁が保護しなかった *Smith* 判決、*Quilloin* 判決、*Michael H.*判決と整合する。ただし Rao は、一方で、中絶の自由のような母親と胎児の対立関係は、個人的プライバシー権の側面、

---

<sup>66)</sup> Radhika Rao, *Reconceiving, Privacy: Relationships and Reproductive Technology*, 45 UCLA L. REV. 1077, 1078 (1998).

<sup>67)</sup> Radhika Rao, *Property, Privacy, and the Human Body*, 80 B.U.L. REV. 359, 388 (2000).

<sup>68)</sup> *Id.* at 388-89.

<sup>69)</sup> Rao, *supra* note 66, at 1103.

<sup>70)</sup> *Id.* at 1104.

<sup>71)</sup> Rao, *supra* note 67, at 399.

<sup>72)</sup> Rao, *supra* note 66, at 1106.

つまり、身体上の不可侵の権利でもって対処できるとされ、州が個人の身体に関する問題に対して積極的に干渉することは許されないと述べている<sup>73)</sup>。

このような Karst や Rao に代表される「関係性」の理論は、「自己決定権」に含まれる個別的内容を個人単独の行為ではなく親密で私的な関係にある他者との共同の行為であると捉え、そうした他者との関係性そのものに価値を見出して保護することに特徴がある。確かに、我々が社会という共同体に生きる以上、個人の行為には直接的であれ間接的であれ他者の存在が関わってくるものである。そうした他者の存在を意識し、「自己決定権」に含まれる個別的内容から親密な関係性という共通性を見出す「関係性」の理論は、漠然とした「人格性」の概念によって「自己決定権」の保護内容を一様に捉える「人格性」の理論よりも「自己決定権」の保護範囲を明確に捉えているといえよう。

## ②「関係性」の理論に対する疑問点

もっとも、「関係性」の理論に対しても次の三つの疑問点を指摘できる。第一に、「関係性」の理論と個人主義との関係に関する疑問である。一般的に、近代立憲主義の基本原則である「個人の尊重」は「人間社会における価値の根元が個人にあるとし、何にもまさって個人を尊重する原理<sup>74)</sup>」という個人主義の原理として理解されている。この理解に基づくとすれば、「関係のために個人が存在するのではなく、個人のために関係が存在する<sup>75)</sup>」ということになる。

しかし、「関係性」の理論では、自己決定を行う個人の存在を保護するよりも、その個人間の関係性そのものを保護しようとしている。それゆえに親密な関係性そのものに注目する「関係性」の理論の意義と近代立憲主義の「個人の尊重」原理の関係について、どのように整合性が図られるのか。この点について、「関係性」の理論では明確な説明がなされていないように思える。

第二に、「関係性」の理論における「自己決定権」の限界に関する疑問である。Karst の「親密な結合の自由」理論では、結合という個人と個人との結びつきを重視し、「一定の親密な人間関係に入り、維持する」ことを保護しているため、親密な関係内で対立状態が生じた場合にはどのように考えればよいのかが明らかにされていない。

他方、Rao の理論では、中絶問題のような母親と胎児という親密な関係の対立状態の場合には、「身体上の不可侵性に関する権利」あるいは「ありふれた多種多様な自由の利益」としての個人的プライバシー権によって保護される。そして、それ以外の親密な関係内において個人間相互の意思が衝突した場合には、関係的プライバシー権は消滅すると捉えられている。しかし、この Rao の理論においても次の二つの疑問点が指摘できる。

まず、個人的プライバシー権と関係的プライバシー権の関連性である。Rao の論理を見る限りでは、

---

<sup>73)</sup> *Id.* at 1109.

<sup>74)</sup> 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣、新版、1986年）213頁。

<sup>75)</sup> 石田・前掲論文注（57）35頁。

個人的プライバシー権では個人の選択の自由を保護することを重視し、関係的プライバシー権では親密な関係性そのものを保護することを重視している。そして、両権利は、相互に影響を持ちながらも、切り離されて構成されているように思える。

しかし、「自己決定権」の保護内容を個人的プライバシー権と関係的プライバシー権とに区別できるのか。もし区別できたとしても、個人的プライバシー権と関係的プライバシー権それぞれに関わる内容を同等に扱ってよいのだろうか。何故なら、本来、「権利」とは個人に帰属するものだからである。それゆえ、「関係的プライバシー権」と表現する自体、はたして適切なのだろうか。むしろ、個人の選択の自由を保護する個人的プライバシー権のいわば補完的役割として、他者との「関係性」に気を配るという表現に留めた方が妥当なのではないだろうか。Rao の理論では、個人的プライバシー権と関係的プライバシー権の関連性について十分な説明がされていないように思われる。

次に、親密な関係内で対立が生じた場合、関係的プライバシー権が消滅することに対する疑問である。確かに、*Smith* 判決、*Quilloin* 判決、*Michael H.*判決が示すように、親密な関係性内において個人間の対立状態が生じた場合、公権力による干渉が正当化され、当該法律の合憲性を訴えた側の「自己決定権」は認められなかった。しかし、これら三つの判決は、視点を変えれば、当該法律によって認められた側の家族関係に関する「自己決定権」は保護されていたのではないだろうか。すなわち、*Smith* 判決において血縁上の家族が里子に出した実子と家族関係を再生すること、*Quilloin* 判決においては母親と子どもが再婚者である男性と新たな家族を形成すること、*Michael H.*判決においては血縁関係にない親子を家族としてみなすことが、合衆国最高裁によって認められていたといえるのである。

このように、三つの判決においても、当該法律によって親密な関係性を認められなかった原告側はともかく、相手側の個人の「自己決定権」は保護されているといえる。にもかかわらず、Rao は、親密な関係内で対立状態が生じた場合を関係的プライバシー権の消滅と捉えている。Rao の理論は、親密な関係性そのものを保護しようとすることを重視するあまり、親密な関係性を選択する個人の存在を見落としているように思える。

第三に、「自己決定権」の保護領域についてである。ここでいう保護領域とは、「自己決定権」の効力が及ぶ領域のことを指し、いかなる内容が「自己決定権」によって保護されるのかという保護範囲と区別する必要がある。「関係性」の理論では、「自己決定権」の保護内容を親密で私的な関係性に関する内容と捉えていることから、「自己決定権」の保護領域は公権力の干渉を受けない私的な生活領域に限定されているといえる。

しかし、合衆国最高裁による「自己決定権」の保護領域は、必ずしも私的な生活領域内だけの問題に限定されていないと思われる。例えば、*Griswold* 判決において夫婦の避妊の自由が憲法上保護されたのは、婚姻制度という社会制度を保護することであり、「夫婦」という社会的地位を確保するためであった。同様に、*Eisenstadt* 判決において未婚者の避妊の自由が認められたのは、既婚者に対する未婚者の社会的不平等を保護するためでもあった。そして、*Roe* 判決において中絶の自由が保護された

のは、私的な領域内の中絶行為の保護というよりもむしろ、女性自身の生活や将来といった「生き方」に関わる問題であったからである。

このように合衆国最高裁が問題となる個別的内容を「自己決定権」によって保護したのは、その内容が社会生活における個人の自由の保護や社会秩序の維持との関連性を有していたからだと考える。したがって、合衆国最高裁による「自己決定権」の保護領域は、単に私的な領域だけでなく公的な領域にも影響を及ぼしており、私的な領域内の親密な関係性に限定する「関係性」の理論より広く捉えていたといえる。この点で、「関係性」の理論の「自己決定権」の保護領域と合衆国最高裁の見解とは整合性を有していないように思われる。

以上のことが指摘できるように、「関係性」の理論は、「自己決定権」の内実である個別的内容の共通性として親密な関係性の保護を見出しているが、「自己決定権」の保護範囲を十分に説明できているとはいえない。それは、他者と関係性を構築しようとする個人の存在よりも関係性それ自体の保護を重視していたことに問題があったと思われる。

この問題に対して、同性愛者の自由が問題となった *Lawrence* 判決では、関係性に焦点をあてながらも、そうした他者との関係性を構築する個人の「人格的關係性」の選択の自由の観点が提示された。これによって、*Lawrence* 判決は従来とは異なる実体的デュー・プロセス理論によって同性愛者の自由を保護したのである。そこで次に、*Lawrence* 判決が示唆した「人格的關係性」の選択の自由が「人格性」の理論と「関係性」の理論とどのように異なるのかを検討することで、*Lawrence* 判決がどのように実体的デュー・プロセス理論を発展させたのかを明らかにする。

### Ⅲ. *Lawrence* 判決が示唆した「人格的關係性の選択の自由」の意義

#### (1) 「人格的關係性の選択の自由」の意義

2003年、*Lawrence* 判決において合衆国最高裁は、Texas州のソドミー禁止法を第14修正のデュー・プロセス条項違反として違憲とし、先例である *Bowers* 判決を覆した。両判決において問題となったソドミー行為とは、同性間における生殖に関係しない性行為、いわゆる同性愛行為を指すものであった。

*Lawrence* 判決は、Texas州のソドミー禁止法を違憲とする際、Texas州のソドミー禁止法が「自由の範囲で個人が選択しうる人格的關係性 (a personal relationship) を規制する<sup>76)</sup>」ことを理由に挙げていた。*Lawrence* 判決では、「成人者は、彼ら自身の家庭内や私生活の場において、人格的關係性を選択することができ、自由人としての尊厳性を維持しうる<sup>77)</sup>」として、そうした「人格的關係性」の選択の自由は同性愛者であっても第14修正によって保護されているため Texas州のソドミー禁止法は違憲とされたのである。

もっとも、*Lawrence* 判決において合衆国最高裁は、「人格的關係性」の選択の自由について、第14

---

<sup>76)</sup> 539 U.S. at 518-19.

<sup>77)</sup> *Id.*

修正によって保障される自由であると述べるに留まっており、いかなる性格を有する自由であるのかについて明確に言及しなかった。しかし、そうした同性愛者の問題を「人格的關係性」の選択の問題と捉えた *Lawrence* 判決の理解は、先例である *Bowers* 判決の理解と異なっていた。この同性愛者の自由に関する *Bowers* 判決と *Lawrence* 判決の見解の相違こそが、*Lawrence* 判決による「人格的關係性」の選択の自由の特徴を示唆するものであったと考える。

*Bowers* 判決は、問題となる同性愛者の自由を同性愛者によるソドミー行為をする権利という個別具体的な行為に関する基本的権利の問題として捉えた<sup>78)</sup>。そして、*Bowers* 判決において同性愛者によるソドミー行為をする権利は、アメリカの歴史と伝統に深く根付いておらず、秩序だった自由の観念に内在するものでもないとされた<sup>79)</sup>。その上で、当時の州民の多くが同性愛者のソドミー行為に対して「不道徳でかつ受け入れがたい<sup>80)</sup>」と考えているため、同性愛者によるソドミー行為の権利は憲法列挙されていない基本的権利として認められず、Georgia 州のソドミー禁止法は合憲とされた。

この *Bowers* 判決に対して、*Lawrence* 判決において法廷意見を述べた Kennedy 裁判官は「*Bowers* 判決は『ソドミー行為を行う基本的権利を認めるか否か』を問題としたが…過ちであった…。何故なら、*Bowers* 判決をある性行為をする権利の問題として捉えてしまうならば、先例によって保障されている個人の尊厳性を損なうことになるからである<sup>81)</sup>」と述べている。確かに、*Bowers* 判決では同性愛行為を憲法上の権利として認めることは否定されたが、それが、個人が「同性愛者」として生きること、すなわち、同性愛者の存在自体までも社会的に否定することを意味していたわけではない<sup>82)</sup>。

しかし、*Bowers* 判決において同性愛行為を禁止する Georgia 州のソドミー禁止法が合憲とされたことは、結局、同性愛行為という同性愛者を象徴する性行為を禁止することを意味しており、ひいては同性愛者が犯罪者として扱われることを是認することを意味していることになる。それゆえ、*Lawrence* 判決において合衆国最高裁は、ソドミー禁止法を単なる私的な性行為を禁止している法律とみなしてしまえば、同性愛者である個人の尊厳性を否定することにつながってしまうと考えたのである。

Pamela S. Karlan (以下、Karlan とする) は、*Lawrence* 判決において合衆国最高裁が問題となる自由の利益を単なる性行為の権利としてみなさなかったのは、それが同性愛者という個人の「生き方」に関わる選択だったからだと述べる<sup>83)</sup>。それゆえ、*Lawrence* 判決は問題となる自由を同性愛行為とい

---

<sup>78)</sup> 478 U.S. at 190.

<sup>79)</sup> *Id.* at 194.

<sup>80)</sup> *Id.* at 196.

<sup>81)</sup> 539 U.S. at 567.

<sup>82)</sup> 現に、*Bowers* 判決後の *Romer v. Evans*, 527 U.S. 620 (1996)において合衆国最高裁は、同性愛者の法的保護を剥奪する旨を規定した Colorado 州憲法第 2 修正条項に対して、同性愛者という性的趣向がある人々に対する敵意・憎悪を動機とするものであり、正当な立法目的を有していないとして第 14 修正の平等保護条項違反として違憲としている。*Romer* 判決は、*Bowers* 判決に言及せず、同性愛者がソドミー行為をする権利問題と平等保護の問題を切り離して考えている。このことが示すように、*Lawrence* 判決以前の合衆国最高裁の見解は、同性愛者のソドミー行為をする権利は認めないが、同性愛者の法的地位は保護するものであったと理解する。

<sup>83)</sup> Pamela S. Karlan, *Loving Lawrence*, 102 MICH. L. REV. 1447, 1450 (2004).

う個別具体的な問題ではなく「人格的關係性」の選択の問題として、より一般化、抽象化して捉えられたのだとしている。

Karlan によれば、ソドミー禁止法の真の問題は、公的な生活領域と私的な生活領域の両方で同性愛者を差別し、「同性愛者」という生き方を選択することは尊敬に値しないと示唆していたことにあったという<sup>84)</sup>。Karlan は、同性愛者差別を示す例として雇用問題や養子縁組を挙げ、同性愛者であることを理由に彼らが雇用されない場合や彼らの親権が制限されていると指摘する<sup>85)</sup>。

そのため、Karlan によれば、Lawrence 判決は同性愛者たる個人の人格性を保護し、同性愛者のみならず彼らに関わる他者が不当な差別を受けないようにするため、第 14 修正によって各人に保障されている「人格的關係性」の選択の自由の問題として、同性愛者の問題を捉えたのだという。それゆえ、Karlan は、同性愛者の自由を「人格的關係性」の選択の問題として捉えた意義とは「合衆国最高裁が自律だけでなく平等に関することとしても同性愛者の権利を作り直した<sup>86)</sup>」ことであると述べる。

さらに、Karlan は、そうした「人格的關係性」の選択の自由は、これまで区別されてきた消極的自由と積極的自由の双方の概念に跨っていると捉えている<sup>87)</sup>。Karlan によれば、「人格的關係性」の選択の自由は、確かに Lawrence 判決の冒頭において「住居その他の私的な場所において不当な政府の侵入から個人を保護する<sup>88)</sup>」という消極的自由の概念として特徴づけられているが、法廷意見の大部分では「自分自身で目的や仕方を見出し、実現することができる<sup>89)</sup>」という積極的自由の概念として扱われているという。このことは、合衆国最高裁が、ソドミー禁止法を「同性愛者たちの存在や彼らの運命を制限する<sup>90)</sup>」ものとして捉えていることから窺えることであるというのである。

もっとも、Lawrence 判決において「人格的關係性」の選択の自由は、あくまで私的な領域内における個人と他者との私的な関係に限定されるものであり、同性婚のような公的な領域における同性愛者間の関係性にまで及ぶものではないとされている<sup>91)</sup>。しかし、Karlan が指摘するように、Lawrence 判決において問題となる同性愛者の自由を Bowers 判決のような「私的行為」の問題ではなく「人格的關係性」の問題とした理由が、公的な領域における同性愛者やその関係者への差別是正を目的とするものであったことを鑑みれば、「人格的關係性」を選択する個人の「自己決定権」は公的な領域における個人の尊厳性を保護することに何らかの関連性があることは否定できないであろう。

以上の検討から、Lawrence 判決において示唆された「人格的關係性」の選択の自由とは、同性愛者

---

<sup>84)</sup> *Id.* at 1453.

<sup>85)</sup> *Id.* at 1454.

<sup>86)</sup> Karlan, *supra* note 83, at 1452.

<sup>87)</sup> *Id.* at 1452-1453. なお、Karlan は「消極的自由の概念と積極的自由の概念」の見解に関して Isaiah Berlin の見解を参照していると述べている。Karlan が依拠する Berlin の見解については、ISAIAH BERLIN, *FOUR ESSAYS ON LIBERTY*, 122-34 (1969).

<sup>88)</sup> 539 U.S. at 562.

<sup>89)</sup> BERLIN, *supra* note 87, at 127.

<sup>90)</sup> 539 U.S. at 525.

<sup>91)</sup> *Id.*



という人格性を有する個人が、他者とどのような関係性を構築していくかといった選択の自由だと理解することができる。このような性格を有する「人格的關係性」の選択の自由は、「人格性」の理論と「關係性」の理論という従来の二つの理論に課せられた問題を克服できうるものであると思われる。

まず、「人格性」の理論では、「自己決定権」の性格を私的行為の選択の自由とされ、そこに含まれる個別的内容は個人の人格に関わる行為であるから憲法上保護されると理解されている。ただし、「人格性」の理論は、「人格性」の概念が漠然としているため、「自己決定権」に含まれる個別的内容の相互関連性を十分に説明するまでには至らなかった。

これに対して、「人格的關係性」の選択の自由は、「自己決定権」に含まれる内容を個人の人格に不可欠な内容と理解するが、その内容は別個独立的な個別具体的な行為に関する内容とは捉えない。何故なら、「自己決定権」に含まれる内容に関する行為は、個人の人格性に基ついた他者との關係性の中で営まれる行為だからである。そう捉えることで、「人格提起關係性」の選択の自由では、これまで別個独立的であった「自己決定権」の個別的内容から「人格的關係性」という共通性を見出し、「自己決定権」の保護範囲を「人格性」の理論よりも鮮明化できるのである。

次に、「關係性」の理論は、「自己決定権」に含まれる個別的内容の共通性として「親密な關係性」を見出している。しかし、親密な關係内で対立が生じた場合、個人の「自己決定権」をどのように捉えていけばよいのかが不明確となっている。さらに、判例では「自己決定権」に含まれる内容を保護する際、私的な生活領域の問題だけでなく公的な生活領域における個人の自由や社会秩序の維持をも考慮していたのに対して、「關係性」の理論では親密な關係性そのものを保護することに眼目が置かれているため公的な領域との関連性を見出すことは困難である。これらの問題点が指摘できうるのは、「關係性」の理論では、關係性を構築する個人の存在よりも、他者との親密な關係性そのものを保護しようとする意図があったからである。

これに対して、「人格的關係性」の選択の自由は、他者との關係性に注目するが、そうした關係性を選択する個人の存在に焦点をあてる。これにより親密な關係性内で対立が生じた場合、「人格的關係性」の選択の自由では、個人が他者との既存の關係を解消し、新たに他者との關係性を構築することを選択できることを保護するものだと捉えることができる。また、そうした關係性が個人の選択の問題として保護されるのは公的な領域における個人の生き方や尊厳性を保護することにも関連性を有するからであり、この点において「人格的關係性」の選択の自由は合衆国最高裁の見解と整合的である。

このように、「人格的關係性」の選択の自由は、「人格性」の理論と「關係性」の理論の双方の特徴を有したものであるといえるが、従来の二つの理論が克服できなかった課題に対して一定の解答を提示できる点において異なっている。こうした「人格的關係性」の選択の自由の性格を示唆できうるのは、*Lawrence* 判決が従来とは異なる視点で実体的デュー・プロセス理論を用いたからである。そこで、次に、*Lawrence* 判決が用いた実体的デュー・プロセス理論が従来とどのように異なっていたのか

を検討する。

## (2) 平等保護を含意した実体的デュー・プロセス理論

*Lawrence* 判決が問題となる同性愛者の自由を「人格の関係性」の選択の自由と捉えた意義が、同性愛者の私的な生活領域の保護だけでなく公的な生活領域における差別是正にも関連していたことは了解できた。しかし、*Bowers* 判決で問題となった Georgia 州のソドミー禁止法<sup>92)</sup>は同性間・異性間双方のソドミー行為を禁止していたのに対して、*Lawrence* 判決で問題となった Texas 州のソドミー禁止法<sup>93)</sup>は同性間のみのソドミー行為を禁止していた。

この両判決におけるソドミー禁止法の射程範囲の差異をみれば、*Lawrence* 判決では Texas 州のソドミー禁止法を同性愛者に対する性差別として第 14 修正の平等保護条項違反とすることもできたはずである。実際に、*Lawrence* 判決において同意意見を述べた O'Connor 裁判官は、同性間のみのソドミー行為を禁止する Texas 州のソドミー禁止法を第 14 修正の平等保護条項によって違憲とすべきであると主張していた<sup>94)</sup>。

O'Connor 裁判官は、ソドミー禁止法が存在している限り、「犯罪者として全ての同性愛者に烙印が押され、その結果、同性愛者たちを、そうでない人たちと同様に扱うのが困難となる<sup>95)</sup>」と論じた。そして、さらに、ソドミー禁止法は「雇用、家族問題、住居問題といった刑法には関係のない様々なやり方で、同性愛者たちに対して差別的な法的制裁をし<sup>96)</sup>」、その結果、同性愛者たちは「社会の下級層の立場に追いやられてしまうであろう<sup>97)</sup>」と続けた。

もっとも、平等保護条項のみを根拠とすると、*Bowers* 判決において問題となった同性間・異性間の双方のソドミー行為を禁止するような性中立的なソドミー禁止法は合憲となる可能性がある。O'Connor 裁判官は、そのことを自覚していたにもかかわらず、「平等保護条項が同性間・異性間に関係なく私的で合意ある行為に等しく適用されている限り、ソドミー禁止法のような法律は民主主義

<sup>92)</sup> GA. CODE ANN. §16-6-2 (1984).

(a) A person commits the offense of sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and mouth or anus of another ...”

「一人の者の性器と他者の口もしくは肛門をもって性行為を行ったときは、ソドミーの罪を犯したもとする」。

(b) A person convicted of the offense of sodomy shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than 20 years ...”

「ソドミーの罪を犯した者は、1年以上20年以下の拘禁刑に処する」。

<sup>93)</sup> TEX. PENAL CODE ANN. §21.06(a) (Vernon 2003).

A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex.”

「他の同性者と性的に逸脱した行為を行った者は罰する」。

なお、「性的に逸脱した行為」については、次のように規定されている。

TEX. PENAL CODE ANN. §21.01(1) (Vernon 2003).

(A) Any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person.”

「一人の男の性器が、もう一人の男の口または肛門に接触すること」。

(B) The penetration of the genitals or the anus of another person with an object.”

「その目的が、性器あるいは肛門に挿入すること」。

<sup>94)</sup> 539 U.S. at 584-85 (O'Connor, J., Concurring).

<sup>95)</sup> *Id.* at 581.

<sup>96)</sup> *Id.*

<sup>97)</sup> *Id.* at 584.

社会において長くは規定されえないであろう<sup>98)</sup>」と述べていた。

おそらく、O'Conner 裁判官は、Texas 州のソドミー禁止法を平等保護条項違反として違憲とすることで、いずれ州の立法府においてソドミー禁止法の見直しが行われ、将来的にソドミー禁止法が削除あるいは改正される方向に進むと確信していたのであろう。それゆえ、O'Conner 裁判官は、ソドミー禁止法を存続させる否かの判断については立法府の裁量に委ねたのではないだろうか。

しかし、Lawrence 判決における法廷意見は、「自由の実体的保護を要求するものとして、平等保護条項とデュー・プロセス条項は重要な点で結びついており、実体的デュー・プロセス理論による判断は双方の利益を促進する<sup>99)</sup>」として、Texas 州のソドミー禁止法を第 14 修正のデュー・プロセス条項違反として違憲とした。法廷意見が平等保護理論を用いなかったのは、性中立的なソドミー禁止法を合憲とした先例である Bowers 判決の存在があったからである。

Lawrence 判決において問題となった Texas 州のソドミー禁止法は同性間のみのソドミー行為を禁止していたため、これを異性愛者に対する同性愛者への性行為の差別として平等保護条項によって違憲としたとしても、性中立的なソドミー禁止法を合憲とした Bowers 判決は先例として存続することになる。しかし、前述したように、ソドミー禁止法の問題は、単に同性愛者の性生活を規制するという私的な生活領域内の問題だけに留まらず、同性愛者やその関係者たちへの社会的差別という公的な生活領域の問題にも影響を及ぼしており、「同性愛者」としての個人の生き方の選択を規制するものであった。

Bowers 判決が先例として存続することは、過去に同性愛者は犯罪者として扱われたことが未だ正当化されていることを意味する。つまり、Bowers 判決が存在する以上、同性愛者である個人の尊厳性が侵害されたままとなり、同性愛者差別の根本的解決には至らないのである。それゆえ、Lawrence 判決における法廷意見は「先例として Bowers 判決を維持することは同性愛者という生き方を卑しめることになる<sup>100)</sup>」とみなし、同性愛者の社会的平等を保護するためには実体的デュー・プロセス理論によってソドミー禁止法自体を違憲とし、先例である Bowers 判決を覆す必要があったのである。

もっとも、同性愛者の自由と平等を保護するために実体的デュー・プロセス理論によってソドミー禁止法自体を違憲とすることは、ソドミー行為として禁止されている近親相姦・売春・不倫・わいせつ行為などのその他の「性的に逸脱された行為」も「人格的関係性」の問題として憲法上保護されるのかという疑問が生じる<sup>101)</sup>。

この疑問に対して、Karlan は、同性愛者たちにはアメリカ社会を構成する社会的集団としての地位が認められているが、経験的な問題として同性愛行為以外の性的に逸脱した行為をする者たちが現代のアメリカ社会において認められる社会的集団としての地位を確立することはないと述べる。それ

---

<sup>98)</sup> *Id.* at 585.

<sup>99)</sup> *Id.* at 575.

<sup>100)</sup> *Id.* at 523.

<sup>101)</sup> *Id.* at 590 (Scalia, J., dissenting).

ゆえ、Karlan は、私的な領域内における同性愛者による性的自由の選択を保護することは、本質的に、公的な領域における彼らの尊厳性や「同性愛者」という社会的集団を憲法上保護することを意味するのである<sup>102)</sup>。

このように *Lawrence* 判決が実体的デュー・プロセス理論を用いて Texas 州のソドミー禁止法を違憲としたのは、同性愛者の私的な領域内の自由を保護するためだけでなく、同性愛者の社会的存在を保護し、公的な領域における同性愛者の平等性を考慮するためだったのである。こうした同性愛者の社会的平等性をも考慮して、「人格的関係性」の選択の問題として同性愛者の尊厳性を保護した *Lawrence* 判決の実体的デュー・プロセス理論は、アメリカ憲法学では「学説上の革新<sup>103)</sup>」であったと評価されている。

## 結語

本稿では、わが国の憲法学の自己決定権の観点からアメリカ憲法学のプライバシー権の保護範囲を捉え、アメリカ憲法学における「自己決定権」の保護範囲として検討した。その上で、*Lawrence* 判決が従来とは異なって問題となった同性愛者の「自己決定権」を「人格的関係性」の選択の自由と捉えた意義について、これまでのアメリカ憲法学における「自己決定権」の保護範囲に関する議論を再検討することで明らかにした。

アメリカ憲法学における「自己決定権」の保護範囲は、判例の展開によって、婚姻、避妊、中絶、家族関係、子どもの養育および教育に関する内容にまで拡大してきた。ただし、「自己決定権」に含まれる内容であっても、時として保護されなかった判例も存在していた。にもかかわらず、合衆国最高裁は、「自己決定権」によって保護される内容の根拠や共通性について明確にしてこなかった。

そこで、アメリカ憲法学の学説では、「自己決定権」に含まれる個別的内容の共通性を見出そうと、大別して「人格性」の理論と「関係性」の理論が提唱されたが、両理論とも不明確な点が拭いきれなかった。まず、「人格性」の理論は、「自己決定権」に含まれる内容を個人の人格性に関わる行為として捉え、個人の「人格性」に根拠を求める理論である。だが、「人格性」の理論は、「人格性」の概念が広範かつ漠然としているため、①合衆国最高裁が「自己決定権」に含まれる内容であっても憲法上保護しなかった場合について十分な論証できていない、②「自己決定権」に含まれる個別的内容同士の関連性が不明確であるとの指摘を受けていた。

他方、「関係性」の理論とは、「自己決定権」に含まれる内容を個人と親密で私的な関係にある他者との共同の行為であると捉え、他者との親密な「関係性」そのものに根拠を求める理論である。だが、「関係性」の理論も、個人の存在よりも個人間の関係性そのものの保護を重視するため、①近代立憲主義の「個人の尊重」原理との整合性が不明確であること、②親密な関係内で対立状態が生じた

<sup>102)</sup> Karlan, *supra* note 83, at 1458.

<sup>103)</sup> Laurence H. Tribe, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" That Dare Not Speak Its Name*, 117 HARV. L. REV 1893, 1934 (2004).

場合にどのような行為が保障しうるか明確な論証ができていないことが指摘されていた。以上のことから、両理論においても「自己決定権」の保護範囲を十分に説明できているとは言い難かった。

しかし、*Lawrence* 判決が提示したように、「自己決定権」に含まれる内容を「人格的關係性」の選択の自由に関する内容と捉えることで、上述した「人格性」の理論および「關係性」の理論の課題を克服できたと考える。「人格的關係性」の選択の自由は、個人の人格性に基づいた他者との「人格的關係性」の中で営まれる自己決定の行為であると捉える。これによって、「人格性」の理論において別個独立的に扱われてきた個々の内容から「人格的關係性」との共通性を見出し、それぞれ関連付けることで、「自己決定権」の保護範囲を鮮明化できたのである。

また、「人格的關係性」の選択の自由は、他者との關係性そのものに注目するのではなく、そうした關係性を選択する個人の存在に焦点をあてることを特徴とする。そのため、「人格的關係性」の選択の自由では、親密な關係性内で対立が生じた場合を「關係性」の理論のように親密な關係性の解消と捉えるのではなく、個人が自らの意思で他者との既存の關係を解消して、他者との新たな關係性の構築を選択するものと捉えることができる。これにより、「關係性」の理論が抱えていた課題も克服できるのである。

また、*Lawrence* 判決が問題となる同性愛者の自由を *Bowers* 判決のような私的行為の問題ではなく「人格的關係性」の選択の自由として捉えたのは、公的な生活領域内における同性愛者の社会的平等を保護するためであった。それゆえ、*Lawrence* 判決では、同性愛者の私的な生活領域内の自由だけでなく、公的領域内の「同性愛者」という個人の生き方やその關係者への差別是正のために、平等保護理論ではなく実体的デュー・プロセス理論によって Texas 州のソドミー禁止法を違憲としたのである。

本稿では、「自己決定権」に内実される個別的内容の共通性に注目し、従来の「人格性」の理論と「關係性」の理論の限界を指摘することで、*Lawrence* 判決における「人格的關係性」の選択の自由の意義についてこのような結論に至った。ただ、*Lawrence* 判決は同性愛者の自由を「人格的關係性」の選択の自由として保護したため、そこで用いられた実体的デュー・プロセス理論は基本的権利性に注目する従来の理論とは異なるものであった。この *Lawrence* 判決による実体的デュー・プロセス理論の意義については別稿にて改めて論じていきたいと思う。

(2013年7月12日脱稿)