

中絶権の新たな構成(-)

——身体的統合性への権利としての中絶権とプライバシー権への位置づけ

小林直三

〈目次〉

序. 本稿の目的と問題の所在

一. 胎児の生命(権)との対立図式からの脱構築

—— R・ドゥオーキンとD・コーネルの理論

(一) R・ドゥオーキンの理論

① 「派生的利益」と「独自の利益」

② 人間の投資努力と自然の投資努力

③ 「責任」という目標と「強制」という目標

④ 検討

(二) D・コーネルの理論

① 身体的統合性への権利と「格下げ禁止」原理

② 鏡像段階論

③ 中絶権を否定することの意味

④ 胎児の独立生存可能性の枠組みの否定

⑤ 検討

(三) リベラルな議論の限界とラディカルな理論の可能性

(以上、本号)

二、中絶権のプライヴァシー権概念への位置づけ可能性

——ダニエル・J・ソロブのプラグマティック・アプローチを踏まえて

(一) プライヴァシー権の概念化へのプラグマティック・アプローチ

(二) プライヴァシーの新しい分類

(三) ダニエル・J・ソロブの試みの評価とその意味づけ

(四) プライヴァシー権概念における中絶権の位置づけ

三、中絶権の新たな権利構成における胎児の生命尊重のあり方

——新たな中絶権の権利構成と胎児の生命尊重との両立可能性

(一) 胎児はわれわれと同じ道徳的配慮を払われるべき存在なのか

(二) パーソン論の限界

(三) 他者理論と胎児の生命尊重の憲法的要請の拡大

結語：本稿の結論と今後の検討課題

序 本稿の目的と問題の所在

ほとんどの人たちは、一般に妊娠中絶が道徳的に望ましくないことだと考えている。しかし、それにも関わらず、様々な理由から、妊娠中絶を選ぶ、あるいは選ばざるを得ない女性たちがいることも事実である。実際、妊娠中絶を考える女性の立場は、非常に個性的なものであり、一概に道徳的批判に値するとは限らないものである。

ところが、多くの人たちは、そうした状況に立たされることも、具体的にそうした状況を想像することもないため、妊娠中絶を選ぶことを考える女性の立場を理解することは、非常に難しいように思われる。その意味で、妊娠中

絶を選ぶことを考える女性たちは、それぞれが少数者、マイノリティに当たり、そうした女性の立場や主張は、民主主義的な決定システムのなかでは、配慮され難いものだといえるだろう。

他方で、女性一般について考えた場合、現実には、いつ何時、妊娠中絶を選ばざるを得ない状況に立たされるかもしれない可能性があるともいえる。あるいは、男性であっても、自分の近しい関係者——たとえば、自分のパートナーや娘や孫、あるいは友人たち——が、そうした状況に立たされるかもしれないのである。その意味で、中絶権に関する問題は、一定の普遍性をもつものともいえる。

このように、妊娠中絶を選ぶことを考える女性の立場や主張は、非常に個性的なもので、民主的な決定システムでは配慮され難いという意味で、ある種の特殊性をもっているのと同時に、それに関する問題は、ほとんどの人たちが関わり合いをもつかもしいないという意味で、一定の普遍性をもつものである。そして、そうである以上、妊娠中絶を求める主張が正当な利益である限り、憲法上の権利として中絶権を保障すべきだろうし、少なくとも、憲法論として、それに関する議論を深めていくべきだろう。また、実践的にも、中絶権に関する問題は、女性の生き方に深く関わるものであり、それが政策的配慮による反射的利益に留まるのなら、非常に不安定なものであり、問題だといえるだろう。

しかし、わが国の合法的な妊娠中絶の範囲を大幅に拡大した優生保護法（今日の母体保護法）のいわゆる経済的理由要件は、おもに人口政策の観点から追加されたもので、わが国の中絶権に関する議論は、必ずしも憲法論としてなされてきたようには思われない。

一方で、米国では、一九七三年のロー判決¹以降、中絶権を憲法上の権利として認めており、また、その後も様々な憲法的論議がなされてきた。そこで、本稿では、おもに米国での議論を参考にして、中絶権を憲法論として考察し、

その議論を深めていきたいと思う。

ところで、中絶権が正当な利益かどうかは、非常に論争的な問題であって、わが国におけるその論争の中心は、古典的には「胎児は人かどうか」という点にあり、今日においても、しばしばそのように考えられているように思われる。つまり、もし、すでに胎児が人だとすれば、中絶権の行使は殺人にほかならず、したがって、それは正当化できないというわけである。ただし、米国においては、前述のロー判決で、胎児は憲法上の人ではないとされて以降、この問題は、少なくとも法的には、一応の解決をみたものだったはずなのである。もちろん、動物や自然を保護するためには、人権も制限され得るのであり、したがって、その後の米国での論争は、法的には、胎児は人ではないにも関わらず、それでもなお、政府には胎児の生命保護に関する利益があり、その点から、どのような場合に、どこまで女性の中絶権を制限できるのか、が争われてきたといえる。⁽²⁾

しかし、近年、米国では、胎児の人格化——われわれと同じ人として扱うこと——傾向がみられる。州の法案レベルでは、妊娠中絶には裁判所の死刑宣告書 (death warrant) を要求するなど、従来から様々なものがあつたが、近時の傾向として注目すべきは、連邦レベルでも、胎児の人格化をすすめる法律が成立してきたことである。⁽³⁾ たとえば、二〇〇四年の「生まれる前の暴力による犠牲者に関する法律 (the Unborn Victims of Violence Act)」の成立である。これは、連邦法上の犯罪について、妊婦だけではなく、胎児も犠牲になった場合には、妊婦への犯罪とは別に、胎児への犯罪も、独立した犯罪として扱うというものである。州法レベルでは、これに類似する法は既に存在していたが、それが連邦法でも成立したことは、重要な意味をもつものだとはいえるだろう。⁽⁴⁾

さらに、注目すべきものとして、パーシャル・バース・アボーション禁止法 (the Partial-Birth Abortion Ban Act) の成立に関する一連の展開がある。

パーシャル・バース・アポーションとは、本来はD&X (dilation and extraction＝拡張と牽引) と呼ばれるもので、妊娠後期に行われる中絶方法の一つである。米国で比較的一般に行われるD&E (dilation and evacuation＝拡張と排出) というやり方では、胎児をいくつかのパーツに解体して、子宮から取り除くが、D&Xでは、胎児をほぼそのままの状態で牽引し、その一部が露出した後で頭部を潰すものである(より詳細には、頭位牽引型のもものと臀位牽引型のものがあり、前者をとくにintact D&Eと呼ぶこともある⁵⁾)。

この妊娠中絶方法に関しては、あまりに残酷な方法だということでも多くの批判があり、一九九五年と一九九七年とに、連邦レベルで禁止法案が提出され、上下院で可決されたが、当時のクリントン大統領のいわゆる拒否権が発動され、ともに上院での再可決ができず、成立しなかった。しかし、州レベルでは、すでに同様の法律が成立しており、そのうちの一つであるネブラスカ州法について、その合憲性が争われた。それがスタンバーグ判決⁶⁾であるが、連邦最高裁は、その法律の規定が曖昧なためにD&Eまで禁止されかねないこと、そして、母体の健康保護例外が明記されていないことから、違憲判決を下している。

ところが、その後、パーシャル・バース・アポーション禁止法は、ブッシュ政権下で、二〇〇三年に連邦法として成立することになる。その連邦法の合憲性が争われたのが、二〇〇七年のゴンザレス判決⁷⁾である。この事案では、ネブラスカ州法と異なって、D&X (intact D&Eも含む) に禁止規定が限定されていることから、スタンバーグ判決⁷⁾の事案と異なることが強調されながらも、母体の健康保護例外を文面審査でなく、適用審査の問題だとし、母体の生命保護例外は明文化されているものの、健康保護例外は明文化されていない連邦法を合憲だとしている⁸⁾。

さて、このパーシャル・バース・アポーション禁止法をめぐる論争は、このように州、連邦、あるいは立法府、裁判所で、一九九〇年代から現在に至る大きなテーマとして展開されてきた。その論争のなかで、たとえば、連邦議会

で、D&Xの方法がイラストで具体的に示されるなどして、胎児は人なのだという印象を、ひろく普及させたように思われる。そうしたなかで、パーシャル・バース・アブーション禁止法に関する論争は、その中絶方法の残虐性を強調することで、中絶論争の焦点を胎児の存在に移し、胎児の人格性を具体的にイメージさせることで、妊娠中絶規制の道徳的論拠を強化したともいわれている⁽⁹⁾。

さて、前述したように、「胎児は人かどうか」は、非常に古典的な論点で、本来、米国では、法的には解決済みの問題だったはずなのだが、近時は、これらの様々な出来事や法律を通じて、胎児の存在を具体的にイメージさせながら、あらためて、胎児は人かどうかが問題とされているのである。その意味では、かつてのように抽象的なイメージのなかで論じられていた状況とは異なっており、現代的な新しい問題となっているといえるだろう。

そのため、近時の米国の中絶論争は、従来のように、政府が女性の権利を制限できるのか、という点から、胎児の生命(権)を侵害から守るべきではないのか、という点にシフトしてきているように思われる。そして、そうした傾向は、行き着くところ、女性の中絶権の否定にもなりかねないもので、逆に、女性の中絶権を擁護する立場からすれば、あらためて胎児の人格性を否定するか、あるいは胎児の生命(権)から中絶権を脱構築する必要があるように思われる。そして、そうした必要性は、わが国で中絶権を憲法上の権利として構成するにあたって、あるいは(中絶権の憲法的保障に反対する立場に対しては、その批判対象を示すという意味で)中絶論争を憲法論として深化するにあっても、多かれ少なかれ必要なことだと思われる。

そこで、本稿では、こうした問題認識を踏まえた上で、それに対応し得る新しい中絶権の権利構成を示していきたいと思う。そのため、次章では、胎児の人格性を否定する、あるいは胎児の生命(権)との対立図式から中絶権を脱構築する主張として、ロナルド・ドゥオーキンの理論と、ドゥルシラ・コーネルの理論を紹介、検討していきたい。

しかし、コーネルたちの理論は、胎児の人格化傾向を踏まえた現代的な問題に対する応答としては、なお不十分なのであり、その不十分さを克服するためには、あらためて、中絶権のプライバシー権への位置づけが確認されなければならぬように思われる。この問題に関しては、第二章で論じていきたい。そして、第三章では、本稿で示す中絶権の新しい構成における胎児の生命保護のあり方を述べたいと思う。ここでは、本稿で示された中絶権の新たな権利構成が、たんに女性の中絶権を憲法論的に根拠づけるだけではなく、かえって胎児の生命尊重の憲法的要請を拡大するものだとことを示していきたい。

一、胎児の生命（権）との対立図式からの脱構築

—— R・ドゥオーキンとD・コーネルの理論

前述したように、近時の胎児の人格化傾向を踏まえるなら、中絶権を擁護する立場からすれば、あらためて胎児の人格性を否定するか、あるいは胎児の生命（権）との対立図式から中絶権を脱構築しなければならぬ。そこで、ここでは、そうした中絶権擁護の立場で注目すべき学説のうち、女性の選択権を擁護するプロチョイス的なものとして、ロナルド・ドゥオーキンの理論を、そして、中絶問題を女性に対する社会的抑圧の問題として理解するラディカルな立場として、ドウルシラ・コーネルの理論を紹介、検討していきたいと思う。¹⁰⁾

(一) R・ドゥオーキンの理論

R・ドゥオーキンは、中絶論争に関して、「胎児は、人かどうか」という問題設定を否定する。なぜなら、妊娠中

絶に関する保守的な見解（否定的な立場）にしても、リベラルな見解（肯定的な立場）にしても、こうした問題設定を前提とした場合、その主張は、非常に矛盾したものになってしまうからである。ここでは、こうしたドウオーキンの理論をみていきたい。

① 「派生的利益」と「独自の利益」

ドウオーキンは、胎児の生命に関する「派生的利益」と、「独自の利益」とを区別する。前者は、胎児が人であることから派生的に主張される利益である。たとえば、すべての人には殺されない権利が保障されており、したがって、もし、胎児が人であるならば、そのことから派生して、胎児にも殺されない権利が認められるというものである。そのため、中絶論争を胎児の「派生的利益」をめぐるものだと考えるなら、その中心的論点は、そもそも「胎児は人かどうか」、あるいは「いつから胎児は人となるのか」になる。

それに対して、「独自の利益」とは、胎児が人であるかどうかに関わりなく、その生 (life) の神聖さに基づいて主張される利益のことである。したがって、中絶論争を胎児の「独自の利益」をめぐるものだと考えるなら、その中心的論点は、「胎児は人かどうか」、あるいは「いつから胎児は人となるのか」に関わらないことになる。そして、ドウオーキンによれば、中絶論争は、しばしば、胎児の「派生的利益」をめぐるものだと考えられてきたが、実のところ、それは「独自の利益」の解釈問題なのである。

彼によれば、一方で、妊娠中絶を法によって禁止すべきだと考える保守的な立場の人々であっても、母体保護のためだけでなく、レイプや近親相姦による妊娠の場合にも、その禁止の例外を認めている。しかしながら、「一方では、たとえ子供の出産が母親や家族の生活を破壊することがあっても、胎児は中絶禁止を正当化するに足りる生きる権利

を有していると主張しながら、他方では、その妊娠が、もちろん胎児の全くあずかり知らない性犯罪の結果による場合には、胎児はその存在を終えざるを得ないと主張することは矛盾であろう¹²⁾。つまり、保守的な立場の人たちであっても、実際には派生的利益を主張しているわけではないのである。他方、女性の中絶権を認めるべきだと考えるリベラルな立場の人々であっても、一般に妊娠中絶をモラル上の深刻な問題だと考えている。つまり、リベラルな立場の人たちであっても、胎児の生命に独自の利益を認めているのである。

そうだとすれば、実際に争われているモラル上の問題は、派生的利益をめぐるものではなく、独自の利益の正しい解釈をめぐるものである。

②人間の投資努力と自然の投資努力

では、保守的な立場とリベラルな立場との違いは、どこにあるのだろうか。

ドゥオーキンは、「早死による悲劇度に関して大多数の人々が抱く意識は、仮にそれを死亡した時の年齢と悲劇の程度の関係としてグラフに表わすならば、それは誕生してから子供期の後半又は青年期の初期のある時点までは上昇し、次いで少なくとも中期の極めて初期までは水平線をたどり、やがて最晩年期に至るまで下降するというものである¹³⁾」とする。

その上で、彼は、こうした意識を、生 (life) の破壊の悲劇性の判断基準として「挫折 (frustration)」概念を用いることで説明する。ここでいう「挫折」概念とは、人間の生 (life) に対して、自然、あるいは人間の重要な投資努力にも関わらず、それが十分に満足させられないことを意味している。人間の投資努力とは、生 (life) を創造するために行なわれる個人的な選択、訓練、献身、決定のことであり、自然の投資努力とは、そうした個人的な選択や献

身によらないものである。ドゥオーキンによれば、こうした「挫折」が大きいほど、悲劇性が高くなるのである。

そして、ドゥオーキンによれば、自然の投資努力の挫折よりも人間の投資努力の挫折を重視すればするほど、保守性が薄れ、よりリベラルな立場になる。つまり、リベラルな立場の人たちは、胎児に対して様々な人間の努力がなされる前に、その胎児の生命が失われることよりも、その出産のために、それまでの女性の努力（人間の投資努力）が無駄になることの方が、生（*life*）の重大な挫折だと考える傾向にあるのである。

もちろん、保守的な立場もリベラルな立場も、どちらか一方の投資努力のみを肯定しているわけではない。それにも関わらず、「保守派とリベラル派の考えが一致しないのは……彼らが共に基本的で重要なものとして承認しているこれらの価値の相対的重要性に関して、異なった——しばしば劇的に異なった——立場をとるからなのである」⁽¹⁴⁾。

③ 「責任」という目標と「強制」という目標

以上のことを踏まえながら、ドゥオーキンは、中絶権を憲法上のプライバシー権として認めたロー判決を検討する。

ドゥオーキンによれば、ロー判決は、第一に、女性に憲法上の生殖に関する自己決定権（*a right of procreative autonomy*）を認めることで、州が妊娠中絶を完全に禁止する権限までは有しないことを宣言し、第二に、それでもなお、州には中絶権を規制する正当な利益があることを認め、そして、第三に、女性の中絶権と州の利益とを調整する枠組みを構成したものである。

まず、第一の点に関して、ドゥオーキンは、避妊の自由を憲法上のプライバシー権として認めたグリスウォルド判決⁽¹⁵⁾などを正当なものとして認めるのなら——実際、ほとんどの人たちが正当なものとして認めているのだが——、

中絶権も正当なものとして認められなければならないと主張する。なぜなら、避妊よりも妊娠中絶の方が、いっそうプライベートな問題であり、そのため、中絶権がプライバシー権として認められなければならない、避妊の自由も認められるはずがないからである。

次に、第二の点に関して、ドゥオーキンは、生 (Life) の保護を理由とした規制には、異なる二つの目標が存在することを指摘する。一つは、「責任」という目標で、市民がその「吟味された信念によって思慮深く決定することを目標とする」ものであり、もう一つは、「強制」、あるいは「服従」という目標で、「生命の神聖さを最もよく表現し擁護する」と多数派が思うような法規及び実践に市民が従うことを目標とする」ものである¹⁶⁾。

もし、妊娠中絶の規制が「派生的利益」によるものだとすれば、その目標は「強制」ということになるだろう。しかし、前述のように、ドゥオーキンによれば、「派生的利益」は（保守的な立場の人たちにおいても）問題とされない。したがって、ドゥオーキンによれば、ロー判決は、そもそも派生的利益をめぐる判例ではなく、独自の利益に関する判例であったといえ、そのことを前提に、ケイシー判決は、「責任」という目標による規制を認めたものである。

ただし、ドゥオーキンによれば、それでも胎児の脳が十分に発達した段階では、生 (Life) に関する独自の利益とは、別の正当な利益が政府に生じる。なぜなら、「苦痛を感じることでできる生き物はそれを回避する利益を有している」のであり、「胎児の神経細胞が苦痛を感じるまでに発達している場合に、（それに対して）苦痛を加えることは胎児の利益に対する重大な侵害」だからである¹⁸⁾。もちろん、胎児が胎児自身の諸利益をもったからといって、胎児が人とみなされるわけではない¹⁹⁾。しかし、たとえそうだとしても、その生物がそれ自身の諸利益をもつのなら、政府は、「憲法上の人ではない生き物——たとえば、動物——の諸利益でさえも、これを擁護するために行動することが

できる」のである。

こうしたことを踏まえて、ドゥオーキンは、ロー判決が示した第三の点に関しても、不当なものではないと主張する。

ロー判決は、胎児の独立生存可能性が生じた時点で、政府が妊娠中絶を禁止できるとしたが、その是非に関して、ドゥオーキンによれば、二つの問い方が可能である。一つは、「なぜ、その時点が、政府が妊娠中絶を禁止できるようになる始期なのか」であり、もう一つは「なぜ、その時点が、中絶権が擁護される期間の終期なのか」である。

一つ目の問いに関して、ドゥオーキンは、「責任」という目標を考えるなら、「通常」の状況下であれば、女性に対して自分の権利を行使するだけの公正な機会を与えるのに十分なほどあきらかに遅い、と考えた妊娠中のある時点」を選択しなければならぬが、「胎児が生存可能となる時点は、権利の行使を故意に遅らせて、ついにその時点を過ぎてしまうことが人間の生命の固有の価値を侮辱するように思えるほど、胎児の自然な発育がずっと進んでいる時点」だとする。もちろん、胎児それ自身の諸利益が生じた時期以降なら、政府は「責任」と異なる「強制」という目標をもつことができるかもしれないが、胎児の独立生存可能性が生じる時点こそ、「発育についての最良の証拠によれば……胎児がそれ自身の諸利益を有すると考うる最も早い時期」なのである。²⁰

二つ目の問いに関しては、次のような理由から説明される。第一に、「おおよそその時点では、胎児の感覚の原初的な形態が存在しうる程充分に脳が発達しているであろう」ことから、「その時点においては、良識をもって、胎児はそれ自身の諸利益を有すると言ってよい」からである。つまり、胎児がそれ自身の諸利益を有するようになって以降なら、政府には、そうした利益に基づいて、妊娠中絶を禁止できる可能性が生じるからである。第二に、「胎児が生存可能となる時点が到来する前に、通常、妊娠中の女性は、妊娠を続けることが最良であり正しいことであると思

うか、妊娠を終わらせることが最良であり正しいことであると思うかについて、熟考し決断するだけの十分な機会を有している」からである。²³⁾つまり、ドゥオーキンによれば、これだけ十分な時間があれば、「責任」という目標に基づいて、妊娠中絶を禁止することも許されるからである。

したがって、ドゥオーキンによれば、胎児の独立生存可能性が生じる時点こそ、政府が妊娠中絶を禁止できるようになるもっとも妥当な時点だといえるのである。

④ 検討

このようにドゥオーキンが、中絶論争を「派生的利益」ではなく、「独自の利益」をめぐるものだとしたことは、高く評価できるように思われる。なぜなら、そのことは、胎児の生命(権)との対立図式から、中絶権を脱構築することを意味しているからである。しかし、彼の理論には、以下のような問題を指摘できるだろう。

まず、中絶権と他のプライバシーに関する事例との相違点についての理解である。ドゥオーキンは、グリスウォールド判決などを正当化するのなら、中絶権も認められなければならないと考えている。しかし、ここでは、比較的安易に、避妊の自由などと中絶権との類似性が前提とされてしまっているように思われる。

ダニエル・J・ソロブは、(必ずしも中絶権に関する文脈ではないが)ドゥオーキンの法解釈手法²⁴⁾に関して、「ドゥオーキンの法体系は、適合(FIT)の問題の説得力のある解決を提供し損ねる」と指摘する。なぜなら、「ドゥオーキンは、ほとんど排他的に法的論証に焦点を当て、判決における事実の役割を考察していない」からである。ソロブによれば、ドゥオーキンにとつての重要な争点は、正義に関する正しいテストに関するものであり、具体的事実がそうしたテストを満たすかどうかではない。しかし、「ドゥオーキンの主張とは対照的に、法における多くの不合意は、

原理の識別に関するものではなく、特定の事案への原理の適用に関するものである⁽²³⁾。つまり、ここでは、抽象的な法命題の整合性だけではなく、事実の解釈（見方）こそが重要なのである。

実際、中絶権に関する論争は、そのことをめぐって争われてきたものだといえる。たとえば、保守派を代表する判事であったレンキストによれば、避妊の自由に関わる事実と中絶権に関わる事実との間には、胎児の損壊を必然的に伴うか否かという決定的な違いが認められ、そのため、妊娠中絶には、プライバシー権を適用できないのである⁽²⁴⁾。

もちろん、ドウオーキンは、そもそも胎児の法的人格性を否定することで、レンキストのような見方を退けている。しかし、ドウオーキンの考えは、中絶権を根拠づけようとするあまり、他の権利との類似性を強調し過ぎて、かえって、妊娠（中絶）という事実の特殊性を理解し損なっているようにも思われる⁽²⁵⁾（それに対して、後述のD・コーネルは、むしろ、妊娠（中絶）という事実の特殊性を強調することで、中絶権を根拠づけようとしている）。

次に、ドウオーキンのリベラル派と保守派のモラル上の対立の整理の仕方についてである。ドウオーキンは、（本稿では、その詳細を割愛しているが）様々な立場からの主張を分析し、そのモラル上の対立点を整理している。しかし、それらは、妊娠中絶に関わる当事者、すなわち、妊娠した女性（あるいは、より広くいうなら、妊娠するかもしれない女性も含めて）の立場を反映させたものではない。あくまで、彼女らの決断（あるいは、彼女ら自身）に関心をもつ人たちの声を分析したものである。そのことは、ドウオーキンの「挫折」概念の問題に関連しているように思われる。

D・コーネルは、ドウオーキンが、この「挫折」概念を利用して示した直観に強く反対している。コーネルは、次のように述べる。すなわち、「私は、乳児が死ぬ時よりも三歳の子供が死ぬ時の方がひどい悲劇であるという思想を却下する。そうしたひどい悲劇には、いかなる尺度の基準も存在しえない」。ドウオーキンの挫折概念は、悲劇性の

程度を測る消耗概念であり、それを利用することによって、われわれは、「より大きな悲劇」だとか、「より小さな悲劇」を説明できるようになる。しかし、コーネルは、「一人の母親が別の母親に対して、自分の方がもっとひどい悲劇だ、なぜなら自分は乳児ではなく三歳の子どもを失ったのだからと語っている場面を想像して頂きたい」という。おそらく、われわれの直観は、そうした母親の主張を受け入れることができないだろう。コーネルによれば、「ある人格の生活の中での、そうした圧倒的な惨害 (devastation) は、比較や尺度を受け付けない」ものなのである。²⁶⁾

たしかに、そうした悲劇に対して、ある程度の距離を保って語る人たちにすれば、ある悲劇と別の他の悲劇とを比較して測ることもできるかもしれない。しかし、コーネルのいうように、その悲劇の当事者にとって、そうした比較はできないはずがない。そして、そのことは、ドゥオーキンの示す枠組みが、妊娠中絶を考える（あるいは、考えるかもしれない）女性の立場に基づくものではないことを示唆するものだとはいえるだろう。

また、ドゥオーキンの理論は、実践的にも問題があるように思われる。ドゥオーキンは、「責任」という目標と「強制」という目標とを区別しているが、しかし、この「責任」という目標の追求と、「強制」という目標の追求との違いは、非常に曖昧である。そうだとすれば、「責任」という目標の追求の名の下で、なし崩し的に中絶権に対する制限が認められていくことになりかねない。実際、そうした現象は、一連のポスト・ロー判決において現実のものとなっているように思われる。²⁷⁾

そして、最後に、ドゥオーキンの理論には、かえって女性に対する社会的抑圧を生み出す可能性が内在しているように思われる。ドゥオーキンは、妊娠中絶を考える女性に対して、政府が「責任」という目標を追求できるとしている。しかし、そもそも妊娠中絶を考える女性は、政府から「責任」という目標を追求されなければならない存在なのだろうか。そうした「無責任」な存在なのだろうか。²⁸⁾

このように政府が「責任」という目標を追求できるとすることは、妊娠中絶を考える女性は「無責任」な存在なのだということに、そうした女性の存在そのものを「格下げ」することにほかならない（ここでいう「格下げ」とは、後述のD・コーネルの「格下げ禁止」原理における意味である）。そうだとすれば、ドウオーキンの理論は、一見すると中絶権擁護のようにもみえるが、実は、そのことによって、かえって、妊娠中絶を考える女性に対する社会的抑圧を再生産するものだといえるのではないだろうか。

したがって、結局のところ、ドウオーキンの考えは、妊娠（中絶）という事実に向き合う女性たちを擁護するものではないように思われる。

(二) D・コーネルの理論

D・コーネルは、中絶論争が「派生的利益」ではなく「独自の利益」をめぐるものだという主張に同意しながらも、ドウオーキンとはかなり異なる理論を展開している。ここでは、次に、そうしたコーネルの理論をみていきたい。

①身体的統合性への権利と「格下げ禁止」原理

コーネルは、中絶権を身体的統合性への権利として理解している。身体的統合性 (bodily integrity) とは、自分の身体が全体として一つのものであり、かつ自分のもの、あるいは自分そのものである——つまり、自分の身体は自分で自由にでき、他者に支配されるものではない——状態のことであり、身体的統合性への権利とは、そうした想像を維持する、あるいは再想像する権利のことである。そして、そうした想像、あるいは再想像のために必要な精神的空間を「イマジナリーな領域 (imaginary domain)」と呼ぶ。

ここで「想像」とするのは、身体的統合性は現実のものではなく、まさにファンタジーに過ぎないからである。普段、われわれは、自分の身体は自分のものだと考えているが、実際のところ、われわれは、しばしば病気や怪我などで自分の身体のコントロールを失い、その身体を他者に支配（コントロール）されてしまう。そして、病気や怪我などで、激しい苦痛に襲われたり、身体のコントロールが利かなくなると、その身体（の一部）が他者の支配におかれるとき、われわれは、しばしば、それまでのように自分の身体（の一部）を自分そのものだと考えられなくなってしまう。しかし、そうしたときにこそ、われわれは、身体的統合性のファンタジーを作り直すために、直面した現実に合わせて、自分なりに自己を再想像できなければならないし、そのためには、われわれは、われわれが想像する身体的統合性のイメージを他者から尊重されなければならない。

なぜなら、当然のことながら、われわれは、統合された一つの人格として、個体化されなければならない。そのためには、少なくとも、自分の身体を自分のもの、あるいは自分そのものであると想像できなければならないからである。その意味で、身体的統合性への権利やイマジナリーな領域の保障は、われわれが人格となるためのミニマムな条件であり、他の諸権利よりも先行して保障されなければならないものだと見える。そして、コーネルによれば、こうしたイマジナリーな領域の保障は、性やセクシャリティーに関する領域で、とくに重要なものとなる。

ただし、コーネルは、同時に、それぞれの性的イマージを他者が否定することに反対する。なぜなら、性的イマージがわれわれに深く内面化してしまっている以上、他者が、性に関わる存在としての生き方（their life as a *sexuate being*）を否定することは、その者のアイデンティティーの中核を否定することになるからである。もし、そうなれば、かえって、その者の性やセクシャリティーに関するイマジナリーな領域を著しく制限してしまうことになりかねない。そのため、コーネルは、性的イマージを超えるためのイマジナリーな領域の保障とともに、他者が、その者の

性的イマージを否定してはならないという自己尊重の価値も、非常に重要なものだとしている。

それでは、コーネルは、それぞれのイマジナリーな領域と自己尊重を、どのように調整するのだろうか。

コーネルは、「公共的な空間で人のセクシャリテイに関する自由な振る舞いに正当に負わせることができる——自己尊重という基本財とも整合性がある——制約として私が提唱したい制約は、『格下げ禁止 degradation prohibition』である⁽²⁾」と主張する。コーネルのいう「格下げ」とは、ある人を人格性に値しない、あるいは、幸福に値しないものだとしてしまうことである。

コーネルは、トランスセクシャルな人たちもゲイやレズビアンの人たちも、他の人たちと同じように、自由に愛を表現できるべきだとする。もちろん、それらのアイデンティティーに嫌悪感をもつ人たちは、それによって、自分たちの幸福を脅威に曝されるかもしれない。しかし、それらのアイデンティティーをもつ人たちが愛を表現していたところで、それらを嫌悪する人たちが幸福に値することが、脅威に曝されるわけではない（逆に、ゲイやレズビアンな人たちを差別的に扱うことは、しばしば、その人たちを人格性に値しないものとして「格下げ」することである）。コーネルにとって、このように幸福に値すること、あるいは、人格性において平等に扱われるに値することへの脅威こそ、「格下げ」の問題なのである。

② 鏡像段階論

そして、コーネルは、中絶権を否定することを、身体的統合性を想像できなくする象徴的暴力として理解する。そのため、コーネルは、身体的統合性への権利として、中絶権を擁護する。

コーネルは、ジャック・ラカンの鏡像段階論を踏まえながら、身体的統合性のファンタジーを守るためには、身体

的統合性のイメージを他者に尊重してもらうことが必要であることを説明する⁽³⁰⁾。

鏡像段階論によれば、幼児は神経系が未発達であるため、自らの身体をコントロールできず、それを全体として一つのものとして把握していかない。しかし、鏡に映る自らの像を観ることによって、自らの身体を全体として一つのものとして把握することができ、アイデンティティーを形成していく。ここでいう「鏡」とは、実際の鏡だけでなく、他者からの見られ方も含まれる。つまり、幼児は、他者からの見られ方を取り込むことによって、そのアイデンティティーを形成できるのである。

ただし、ここで注意すべきは、コーネルにとって、こうした鏡像「段階」は、幼児期という発達「段階」に限って生じるわけではないということである。つまり、コーネルによれば、「鏡像段階は決して発達の『より高次の』段階において乗り越えられはしない。鏡像段階とは、転換点なのであって、自己はこの転換点をめぐって、自己の解体や崩壊や壊滅へと導く社会的で象徴的な諸力に対して絶えず防衛しようとして、繰り返し変転するのである⁽³¹⁾」。そして、身体的統合性(のファンタジー)が否定されてしまう経験は、すでに述べたように、病気などに関連して多く存在しているが、しかし、コーネルによれば、「身体的統合への権利がより尊重され、患者が単なる病気になった身体でなく一つの『自己』であるように扱われるようになるほど、原初的自己感覚が侵襲されることは少なくなることを示す多くの研究がある。自己が、投影された自らの一貫性の中にありつつ、病気という分裂作用によって攻撃されている場合、身体的統合性への権利の法的認知によって自己に対する権原の感覚が保護されることは、一層必要になる⁽³²⁾」のである。

つまり、われわれの身体的統合性のファンタジーが打ち碎かれるような事実と直面したとき——すなわち、重要な転換点において——、他者からの見られ方が、われわれのアイデンティティーに取り込まれるため、それが、そのア

イデンティティー形成に決定的な影響を及ぼすことになるのである。したがって、そうしたときにこそ、われわれは、一つの人格として個体化するためのミニマムな条件として、自己の身体に対する自己所有感覚を保つ身体的統合性への権利が尊重されなければならない。そのためには、他者は、われわれの身体的統合性のイメージを尊重しなければならず、かつ、われわれの身体の手すべて、あるいは、その一部を他者の支配下におくような見方を押し付けてはならないことになる。このように理解した上で、コーネルは、法こそが、もっとも重要な（大文字の）他者として、そのあり方を問われなければならないものだとする。

③中絶権を否定することの意味

そして、コーネルにとって、まさに妊娠とは、それまで自らの身体は全体として一つの自己として想像してきたにも関わらず、その身体の一部に、胎児という自分であって、かつ自分ではない存在が現れ、身体的統合性の想像を打ち砕く重要な転換点なのである。したがって、そうしたときにこそ、女性は、その身体的統合性（のファンタジー）を取り戻すために、「自己」を再想像できなければならない。そのためには、他者（とくに大文字の他者である法）は、その女性の身体的統合性のイメージを尊重しなければならず、かつ、その女性の身体の手すべて、あるいは一部を他者に引き渡す（他者の支配下におく）ような見方を押し付けてはならないことになる。

つまり、コーネルにとっては、「中絶論議のまさに中心にあるのは、胎児と女性がどんなふうに見られる』か」であり、そして、女性の消去、すなわち、女性を胎児にとっての環境に還元してしまう「男性的な想像界 (masculine imaginary) から『私たち自身』を取り戻す作業、つまり性差の内にある女性的なものの再イメージ化と再象徴化」が、権利の再文節化に不可欠なのである。^③したがって、コーネルによれば、中絶権をめぐる問題は、胎児との対立図

式に設定すべきものではない。それは、女性とその他者（とくに、大文字の他者である法）との間における、女性と胎児に対する見方の対立図式に位置づけられるべきものである。そして、身体的統合性への権利としての中絶権は、それらに対する他者の見方——コーネルの表現では「男性的な想像界」——から解放された心的空間、すなわちイマジナリーな領域の保障を求めるものなのである。

④胎児の独立生存可能性の枠組みの否定

では、コーネルは、ロー判決をどのように理解するのだろうか。

ロー判決では、トリメスターの枠組みと胎児の独立生存可能性の枠組みとが示された。コーネルによれば、これらの枠組みは、ポスト・ロー判決において、しばしば、ともに胎児の生命保護に関わる枠組みだと解釈されてきたが、しかし、コーネルは、ロー判決の法廷意見を書いた「ブラックマンは、女性の健康に焦点を置く仕方です。トリメスターを使用して²⁴いる」ことを強調する。なぜなら、ブラックマンは、トリメスターの枠組みを用いることで、第二トリメスター以降、女性の生命や健康保護のために、妊娠中絶を行う場所などの制限を認めることができたからである。

そのように考えるなら、独立生存可能性の枠組みは、胎児の生命保護に関連する枠組みであるのに対して、トリメスターの枠組みは、女性の生命や健康保護、すなわち、女性の精神的・身体的危機に対する保護に関連する枠組みだということになる。言い換えれば、その枠組みは、「安全な」妊娠中絶を受けるために必要な制限を認めるものだけといえるだろう。

そして、コーネルは、身体的統合性のファンタジーを作り直すために必要なイマジナリーな領域の保障という点から、胎児の独立生存可能性の枠組みを拒否する。ただし、トリメスターの枠組みについては肯定し、安全な妊娠中絶

のための条件を整えるのに必要な規制は認められるとしている。コーネルによれば、「子宮と胎児の双方が女性の一部として想像されるならば、胎児の健康の問題は女性の健康の問題から分離され得ず、またそうされるべきではないと論じる方が論理的」なのである。⁽³⁵⁾

⑤ 検討

コーネルによれば、妊娠とは、女性が、それまで自らの身体を自分のもの、あるいはそのもの——つまり、自分の人格の一部——だと想像してきたにも関わらず、その身体の一部に、胎児という自分であって、かつ自分ではない存在が現れ、その女性の身体的統合性のファンタジーを打ち砕くものである。つまり、妊娠とは、原初的自己感覚が動揺する大きな転換点なのである。そして、少なくとも、もし、望まない妊娠に直面したことを想像するなら、われわれの直観も、こうしたコーネルの理解を否定できないように思われる。

そうだとすれば、そうしたときこそ、身体的統合性への権利が求められ、そのために必要なイマジナリーな領域が保障されなければならない。そして、法が女性を個体化した一人の人格として扱い、そうした人格となるためのミニマムな条件である身体的統合性への権利を、他の諸権利よりも先行して保障すべきだとすれば、法が、その女性の意に反して、胎児を独立した人格かのような見方をする⁽³⁶⁾ことは、許され⁽³⁶⁾ないはずである。

こうしたコーネルの考えは、女性の立場を反映して妊娠（中絶）という特殊な事実の解釈し、妊娠中絶の問題に対して、（妊娠した、あるいは妊娠するかもしれない）女性の権利の観点からアプローチしたものだといえる。そして、この考えは、中絶権を憲法論として深めるにあたって、（後述のように修正を加えながらも）もっとも妥当なものとして評価できるように思われる。

まず、身体的統合性への権利として中絶権を位置づけることは、その保障が、われわれが個体化された一人の人格になるためのミニマムな条件として、他の諸権利よりも先行しなければならないことを意味している。そうだとすれば、たとえ憲法上の明文規定がなくとも、憲法が、少なくとも、個人を全体として一つの人格として扱わなければならないのなら——実際、(日本国憲法も含めて)憲法が、そうしたものであることは否定できないだろう——、中絶権を憲法上の権利として根拠づけることができる⁽¹⁷⁾。

さらに、こうした身体的統合性への権利としての中絶権は、安全な妊娠中絶への実質的なアクセスの積極的な保障も含み得るものである⁽¹⁸⁾。われわれが身体的統合性のファンタジーを維持するためには、自分の身体は自分のもの、あるいは自分そのものであり、したがって、自分がコントロールできるのだと考えられなければならない。そして、そうしたファンタジーが打ち砕かれ、原初的自己感覚が動揺したときこそ、他者(とくに大文字の他者である法)は、その者がその者の身体をコントロールできるように尊重することで、一貫した身体的統合性のファンタジーを作り直すために必要なイマジナリーな領域を保障しなければならない。そのためには、自分が自分の身体をコントロールできるのだと考えられる状況も、併せて保障しなければならぬはずである。つまり、「国家が、中絶するかしないかの女性の『選択』を積極的に妨害するのをさし控えるだけでは不十分なのである。身体的統合性への権利は、それが実際どのようなものであるかは社会的・象徴的な承認次第で変わってくるにせよ、すべての人種、階級、国籍の女性にとって安全な中絶が利用可能であるという条件を確立する⁽¹⁹⁾」ものなのである。

そして、こうしたコーネルの考えを踏まえるなら、中絶権は、胎児の生命権、あるいは胎児の生命保護に関する利益によって制限されてはならない。なぜなら、それは、妊娠(中絶)した女性たち(そして、そうするかもしれない女性たち)から、自己を再想像する可能性を奪い、女性を社会的に抑圧された立場に追い込んでしまうものだからで

ある。また、妊娠中絶に関して、国家が「責任」という目標を追求することも許されないだろう。それは、そもそも女性たちが「無責任」であることを前提としており、まさに女性たちを「格下げ」することにほかならないからである。それに対して、コーネルのいうように、少なくとも、(身体的、精神的なケアも含めて)女性の生命や健康保護のために課される規制は——それが妊娠中絶を困難なものにしない限りにおいて——許されるように思われる。^⑩

しかしながら、コーネルが、妊娠期間の程度に関わりなく、(女性の生命や健康保護のために課される規制を除いて)中絶権に対する制限を否定することには、疑問をもたざるを得ない。したがって、その点に関しては、修正されなければならないように思われる。

コーネルの考えにしたがえば、妊娠とは原初的自己感覚が動揺する重大な転換点であり、そうしたときにこそ、イマジナリーな領域が保障されなければならない。その帰結として、胎児の生命権、あるいは生命保護に関する利益の観点から、妊娠中絶を制限してはならないことになる。しかし、そうした転換点は、妊娠の全期間に渡っているものだろうか。あるいは、一貫した身体的統合性のファンタジーを作り直すように自己を再想像するためには、妊娠の全期間に渡って、イマジナリーな領域が保障されなければならないのだろうか。

この問題に関しては、おそらくドゥオーキンの考えが参考となるように思われる。前述したように、ドゥオーキンは、「なぜ、その時点が、中絶権が擁護される期間の終期なのか」という問いに関して、「胎児が生存可能となる時点が到来する前に、通常、妊娠中の女性は、妊娠を続けることが最良であり正しいことであると思うか、妊娠を終わらせることが最良であり正しいことであると思うかについて、熟考し決断するだけの十分な機会を有している」という理由をあげている。^⑪ このことをコーネルの考えを踏まえて言い換えるのなら、たとえば、「胎児が生存可能となる時点が到来する前に、通常、妊娠という事実を知って大きな転換点を向かえた女性は、自己を再想像するのに十分な機

会を有している」ということになるだろう。

もちろん、それが実際に胎児の独立生存可能性が生じる時点なのか、それ以外なのか、あるいは、具体的にいつなのか、に関しては学際的な分析が必要とされるもので、本稿で答えることはできない。しかし、いずれにしても、自己を再想像するために十分に必要とされる期間が保障されるのなら、それ以降の妊娠中絶を制限したとしても、身体的統合性への権利としての中絶権を否定したことにならないように思われる。⁽⁴⁾

(三) リベラルな議論の限界とラディカルな理論の可能性

ところで、米国における妊娠中絶に関する近時のもう一つの問題として、妊娠中絶を行う医師の減少があげられる。つまり、妊娠中絶を行う考えのある医師を、中絶反対派の病院が意図的に積極的に雇ってしまうことで、地域によっては、事実上、妊娠中絶を行う医師がいなくなってしまうのである。

現実には安全な妊娠中絶を行うには、多くの場合、医師の存在が不可欠であり、したがって、妊娠中絶を行う医師がいなくなれば、いくら理論的に、あるいは法的に中絶権が擁護されたとしても、安全な妊娠中絶を受けられなくなってしまう。

そのことは、胎児の人格化にも関連しており、コーネルやドゥオーキンのように胎児の人格化を否定する主張は、法的専門家には理解されたとしても、ひろく一般の人たち、あるいは少なくとも医師や病院経営者たちに理解されなければ、現実には妊娠中絶を受けられる環境は失われてしまうのである。

こうした問題を克服するためには、中絶権の保障に関して、ひろく市民に理解を求め、そして、少なくとも医師や病院経営者たちに中絶権擁護のコンセンサスを拡大するか、あるいは、政府が安全な妊娠中絶への実質的なアクセス

を積極的に保障するように根拠づける法理論が必要となるように思われる。ところが、最初に述べたように、そもそも妊娠中絶を考える女性の立場や主張は、他者からは理解され難く、また、胎児の人格化がすすめられている現状において、中絶権擁護のコンセンサスの拡大は、それほど期待できないように思われる。

しかしながら、もし、安全な妊娠中絶への実質的アクセスの積極的保障を法的に根拠づけるとすれば、たんにリベラルな立場からの主張だけでは、妊娠中絶に反対する医師や病院経営者たちの自由も擁護されることになってしまい、その十分な根拠づけは難しいだろう。したがって、中絶問題を女性に対する社会的抑圧の問題として理解するラディカルな立場が求められるものと思われる。

その意味でも、コーネルの理論は評価できるものであるが、しかし、コーネルの理論においても、安全な妊娠中絶への実質的アクセスの積極的保障の根拠づけは、必ずしも十分なものではないように思われる。そこで、次章では、こうした問題への対応として、中絶権をあらためてプライバシー権概念に位置づけることを確認すべきだということ論じていきたい。

(次号に続く)

(1) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

(2) 妊娠中絶に関わる米国の判例展開に関しては、本稿引用文献の他、差し当たり、以下の文献を参照のこと。石井美智子「プライバシー権としての堕胎決定権——アメリカ判例法における堕胎自由化——」*東京都立大学法学会雑誌*一九卷二号七九頁(一九七九年)、根本猛「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所(一)」*静岡大学法政研究*一卷一号三九頁(一九九六年)、同(二)静岡大学法政研究一卷二号二八九頁(一九九七年)、同(三)・(完)静岡大学法政研究二巻二号一八五頁(一九九七年)、拙稿「妊娠中絶の自由の本質とその限界——米国連邦最高裁判例を素材として——」*関西大学*

- 法学論集第五二巻第一号七三頁(二〇〇二年)。また、米国の社会的・政治的展開に関しては、荻野美穂『生殖の政治学・フェミニズムとバース・コントロール』(山川出版、一九九四年)、同「中絶論争とアメリカ社会」(岩波書店、二〇〇一年)、緒方房子『アメリカの中絶問題——出口なき論争』(明石書店、二〇〇六年)を参照のこと。
- (3) こうした米国での胎児の人格化傾向に関して、詳しくは、前掲注(2)・緒方、三六九—三八三頁を参照のこと。
- (4) なお、この法律は、別名「レイシとコナー法(Taci and Corner's Law)」と呼ばれている。これは、妊婦が夫に殺害された事件の、犠牲者の名前に由来している。レイシとは、殺害された妊婦の名前で、コナーというのは、その胎児に付けられる予定だった名前である。この裁判の評決では、「unborn son Corner」に対しても、第二級殺人が下されている。この事件は、社会的にも話題になったものだが、胎児が「生まれていない息子」となって、名前まで付けられて評決が下った点で注目すべきであり、それが連邦法成立の原動力になったのである。この点に関して、詳しくは、前掲注(2)・緒方房子、三七五—三七九頁を参照のこと。
- (5) この妊娠中絶方法は、まさに部分的に出産させた上での妊娠中絶だということ、(とくに中絶反対派から)パージャル・バース・アポーションと呼ばれ、その呼び方が一般化したのである。その意味では、この呼称そのものも、胎児の人格化傾向のあらわれといえるかもしれない。なお、一般に、牽引する途中で胎児の生命は失われてしまうといわれているが、頭部を潰すまで胎児が生きているという証言もある。したがって、一部露出説をとるわが国の刑法理論において、こうした妊娠中絶方法は是非は、慎重に考えられなければならないだろう。念のためにいえば、本稿は、胎児の人格化傾向に否定的であるが、しかし、必ずしも、こうした妊娠中絶方法を無制限に認めることを肯定するものではない。
- (6) *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000)。なお、スタンバーグ判決に関しては、根本猛「人工妊娠中絶論争の新局面」静岡大学法政研究七巻二号一頁(二〇〇二年)、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法理の展開」同志社アメリカ研究四四号(二〇〇八年)も併せて参照のこと。
- (7) *Gonzales v. Carhart*, 127 S. Ct. 1610 (2007)。なお、ゴンザレス判決に関しては、前掲注(6)・小竹も併せて参照のこと。
- (8) 立法者が、母体の健康保護例外を明文化しなかったのは、その規定があれば、医師の裁量で、禁止法が、事実上、い

ゆるザル法になってしまふと懸念されたからといわれている。しかし、逆に、健康保護例外が明文化されなければ（中絶を行った医師が、取り締まられて裁判になった段階ではじめて、個々の事例ごとに審査されることになり）、医師に萎縮効果が生じ、實際上、健康保護例外は機能しないのではないかと思われる。そうなれば、女性は、健康保護の必要性があったとしても——たとえば、その方法をしなければ、重大な障害が残るかもしれないような場合であっても——、その手術を受けることができないことになりかねない。

(9) パーシャル・バース・アポーション禁止法をめぐる展開に関しては、前掲注(2)・緒方、二三三—二七二頁、三〇七—三三〇頁、および前掲注(6)・小竹も併せて参照のこと。

(10) 中絶権に関するドゥオーキンとコーネルの理論に関しては、本稿の引用文献のほか、拙稿「妊娠中絶の自由の再定位——身体的統合性への権利として(一)」関西大学法学論集第五八巻第二号一四頁(二〇〇八年)、同(二)・(三元) 関西大学法学論集第五八巻第三号六八頁(二〇〇八年)も併せて参照のこと。

(11) ここで、*life*を「生」とするのは、ドゥオーキンが*life*を「生命」という意味だけでなく、「人生」という意味も含めて用いているからである。

(12) Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (Random House, 1994) at 32. なお、同書の邦訳書として、水谷英夫・小島妙子訳『ライフス・ドミニオン』中絶と尊厳死そして個人の自由(信山社、一九九八年)を参照のこと。本稿では、事情がない限り、同邦訳書の訳にしたがう。

(13) *Id.* at 87.

(14) *Id.* at 94.

(15) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

(16) *Supra* note 12 at 150.

(17) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

(18) *Supra* note 12 at 16-17.

(19) 憲法上の人でないものであっても、たとえば、法律によって法人格を与えることは可能である。そのため、法律によ

- て、胎児に法人格を与えて、その生命権を認めることができるかもしれない。しかし、その場合であっても、憲法に反することができない以上、憲法上、すでに認められている基本的権利を侵害することはできない。ところが、妊娠中絶問題において、胎児を人とみなそうとする考えは、ドウオーキンによれば、「憲法上の主体 (constitutional population) —— 憲法上の諸権利がお互いに競合する者達のリスト——に、新しい人を加えることによって、憲法上の諸権利を削減することができるところを仮定している」(Id. at 113) ものである。つまり、胎児を人だとみなすことは、憲法上の基本的権利から、女性の中絶権を排除することを意味している。したがって、中絶権を憲法上の基本的権利だと考えるなら、胎児を人とみなすことは、憲法上、許されないことになる。
- (20) *Supra* note 12 at 170.
- (21) *Id.* at 169.
- (22) ドウオーキンの解釈手法に関しては、差し当たり、以下の文献を参照のこと。See, Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Press, 1986)；邦訳書として、小林公訳『法の帝国』(未來社、一九九五年)；Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* (Duckworth, 1977)；邦訳書として、木下毅・小林公・野坂泰司訳『権利論「増補版」』(木鐸社、二〇〇四年)；小林公訳『権利論Ⅱ』(木鐸社、二〇〇一年)。また、小泉良幸『リベラルな共同体：ドウオーキンの政治・道徳理論』(勁草書房、二〇〇二年)；深田三徳『現代法理論論争——R. ドウオーキン対法実証主義——』(ミネルヴァ書房、二〇〇四年)も併せて参照のこと。
- (23) Daniel J. Solove, *Postures of Judging: An Exploration of Judicial Decisionmaking*, 9 *Cardozo Stud. L. & Lit.* 173 (1997), at 179.
- (24) ケイシー判決の反対意見で、レーンキスト判事は、次のように述べている。すなわち、「ロー判決において、連邦最高裁は、『女性が妊娠を終了させるかどうかの決定を含むほど、十分に広い』ものである『個人のプライバシーの保障』を承認した」が、しかし、「妊娠中絶の決定は、『連邦最高裁が個人的事柄、あるいは家族のプライバシーや自律の下で保護してきたものから区別される、固有のものとして理解され』(Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986) at 792 : WHITE, J. dissenting) なければならぬ」。なぜなら、「妊娠状態にお

いて、女性は（胎児の生命と）無関係でいるわけではなく、妊娠中絶の決定が、胎児の損壊を必然的に伴うという事実を無視することはできない」からである（*supra* note 17 at 951-952）。レーンキスト判事の主張は重要なものである。なぜなら、彼は、妊娠中絶という「事実」をどのように解釈するのかに関する問題を提起しているからである。つまり、本文中で述べたように、レーンキスト判事は、妊娠中絶が、必然的に胎児の損壊を伴う点を強調して、プライベートアシーとして承認されてきた他の諸権利に関する事実と区別しているのである。そこでは、明らかに、女性（の人格）から独立した人格としての胎児の存在が想定されており、中絶権は、その胎児の生命権、あるいは生命保護に関する利益との対立図式的なかで理解されている。

(25) ただし、ドゥオーキンは、修正一条の国境樹立禁止や宗教の自由による中絶権擁護の可能性も主張している。彼によれば、「中絶の権利に関する修正一条による擁護は、デュー・プロセス条項による擁護よりも、より一層複雑」だが、「それは無理のない擁護論」だとされる。もちろん、ドゥオーキンの主張は、妊娠中絶に関する論争が、宗教団体間の対立だからというものではない。ドゥオーキンは、宗教上の信念かどうかの判断基準として、二つの可能性を述べる。すなわち、「ある信念は、その意味内容のゆえに——コミュニティが紛れもなく宗教的であると認める問題について論じるがゆえに——、宗教上の信念とみなされる」というものと、「ある信念は、正統な宗教上の信念が敬虔な信者にとってそうであるように、その信念がそれを有する人々にとってきわめて重大な主観的な価値を有するがゆえに、宗教上の信念とみなされる」というものである。そして、ドゥオーキンは、「ある種の内容に関するテストは最低限必要であり、私はそれで十分であると思う」として、内容テストを支持している。ドゥオーキンにとって、「人間の客観的かつ固有の（本来的）価値に関する信念は、紛れもなく宗教上の意味内容をもつ」ものであり、避妊や妊娠中絶に関する人々の考えは、まさにこれに該当するものである（*Id.* at 160-163. なお、政教分離原則から自己決定権にアプローチするものとして、以下の文献もあわせて参照のこと。See Susan Mendus, *Tolerance and Limits of Liberalism* (Macmillan Press, 1989)；邦訳書として、谷本光男・北尾宏之・平石隆敏訳『寛容と自由の限界』（ナカニシ出版、一九九七年）。しかし、政教分離原則や宗教の自由から中絶権を擁護するとすれば、なおさら妊娠（中絶）という事実の特殊性を理解できなくなるのではないだろうか。

- (26) Drucilla Cornell, *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography, & Sexual Harassment* (Routledge, 1995) at 73-74. なお、同書の邦訳書として、仲正昌樹監訳『イマジナリーな領域——中絶、ポルノグラフィ、セクシャル・ハラスメント——』（御茶の水書房、二〇〇六年）を参照のこと。本稿では、事情がない限り、同邦訳書の訳にしたがう。
- (27) たとえば、ケイシー判決では、二四時間待機要件が合憲とされたが、それは、形の上では「責任」という目標のためのものだといえども、実質的には——とくに、近くに妊娠中絶を引き受ける病院などがないため、遠方からきたが、十分な宿泊費用をもたない貧しい女性にとって——、しばしば「服従」、あるいは「強制」の目標として機能するものだといえるだろう。
- (28) See, Carol Gilligan, *In a Different Voice* (Harvard University Press, 1982). なお、同書の翻訳書として、岩男寿美子監訳『もうひとつの声』（川島書店、一九八六年）を参照のこと。
- (29) *Supra* note 26 at 9.
- (30) なお、フェミニズムの理論家がラカン主義に立つことの問題に関しては、以下の文献を参照のこと。Nancy Fraser, *Structuralism or Pragmatics?: On Discourse Theory and Feminist Politics, in Justice Interruptus: Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition*, (Routledge, 1997). なお、同書の邦訳書として仲正昌樹監訳『中断された正義：「ポスト社会主義的」条件をめぐる批判的省察』（御茶の水書房、二〇〇三年）も併せて参照のこと。ただし、女性が不本意な妊娠という事実と直面したときに、それまでの一貫したアイデンティティーが危機に曝されるだろうことや、法が大文字の他者として、人々のアイデンティティー形成に大きな役割を果たすだろうという理解は、何もラカン主義に頼らなくとも、おそらく、ほとんどの人たちの直観が共有するものだろう。したがって、この問題は、コーネルの議論の決定的な批判とはならないように思われる。
- (31) *Supra* note 26 at 40.
- (32) *Id.* at 46.
- (33) *Id.* at 50.
- (34) *Id.* at 57.

(35) 1d. at 69.

(36) 竹中勲は、佐藤幸治らの人格的利益説を支持しながらも、その人格的自律、人格的生存などの用語の明確化を目指して、自己統合希求的利益説を主張している。すなわち、竹中によれば、「自己統合希求的個人像は、憲法の念頭におく人間をへまとまりをもった完成体、自律した個人そのもの」としてとらえるのではなく、へかけがえのない人生において、生き方のその人なりのまとまり・自己統合を希求し模索する個人ないし（生の人間）に着目し、各個人の人生はその生を閉じるまでこうした自己統合への営みをそれ自体として重視しようとするものであり、自己統合希求的利益には、「かけがえのない自己存在自体に対する権利利益（自己存在利益）および、自己の人生のまとまり（自己統合）や個人の自律などを企図して懸命に生きようとして模索しつつそのときどきの自己存在を確認するという権利利益（自己存在確認的利益）をも含みうるような一定の包括性をもった利益」である。したがって、「自己統合希求的利益説においては、自己決定は、個人的事柄ないし私的事柄のうち、人間として生きていく上において重要な事項について、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」と定義されることになる。そして、「ここにいうへ人間として生きていく上において重要な事項」とは、自己存在利益および自己存在確認的利益を含む自己統合希求的利益を内実とするものである（竹中勲「自己決定権と自己統合希求的利益説」産大法学三二巻一四一―二六頁（一九九八年）。一般論としてなら、コーネルの身体的統合性への権利やイマジナリーな領域の保障の考えは、こうした竹中の自己統合希求的利益説と重なるものだと思うられる。しかし、本稿で紹介、検討したコーネルの理論は、妊娠（中絶）という具体的状況におけるその具体化を示したものとして評価でき、その結果、統合すべき人格が、精神的なものだけでなく、とくに身体（に対するイメージ）も含めたものでなければならぬことを、あらためて強調した点に、その特徴を見出すことができる（ただし、竹中も、「精神的自律と身体的自律、精神的自律と経済的自律、および、三者は、解きがたく結びついている」（同上、一五頁）ことを指摘している）。

(37) しかし、あえて日本国憲法上の根拠規定をあげるとすれば、憲法二三条の生命権規定になるのではないだろうか。前掲注（36）でふれた自己統合希求的利益説を主張している竹中勲は、その根拠規定を日本国憲法二三条後段の生命・自由・幸福追求規定に求めている。しかし、身体的統合性への権利やイマジナリーな領域の考えは、人格としての存在（あるい

は、人格になるための存在)、つまり「生 (life)」を承認することを意味している。中絶権の文脈で言い換えれば、われわれと同じ道徳的配慮を払われるべき人(格)としての女性の存在、「生 (life)」を承認することを意味している。したがって、本稿は、一三条のなかでも、とくに「生命……に対する国民の権利」(生命権)を直接の根拠とすることが、妥当なのではないかと考えている(もちろん、他の諸規定との関連性を否定するわけではない)。一三条の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、しばしば「後段」として一括りに「幸福追求権」とされてきた。しかし、少なくとも、生命権は、他の諸権利よりも先行するものであって、そのほかの諸権利と区別されるべきものではないだろうか。なお、佐々木惣一は、日本国憲法一三条後段で定める権利を「存在権」とした(佐々木惣一『日本國憲法論』(有斐閣、一九四九年)三九三―三九五頁)が、本稿での考えは、それに近いものだと思う。ただし、佐々木惣一は、一三条後段を包括して「存在権」としているが、本稿では、それを他の諸権利よりも先行するものとして理解しているため、むしろ、それは、「生命……に対する国民の権利」に限定すべきだと考えている。また、上田勝美は、以前から、生存権を機軸にして、人権論を再構成することを主張しており、ごく最近では、さらに踏み込んで、人権の基底として生命権を据えることを試みている。そうした上田の立場は、権利行使に先立って権利主体の構築を問題とし、他の諸権利よりも、その生 (life) の保障を先行させる本稿の立場に通底するものだと思う(なお、人権論の再構成に関する上田の考えに関しては、以下の文献を参照のこと。上田勝美「人権体系論再構成の課題——新しい人権の生成との関連で」龍谷法学一―卷三・四号二八五頁(一九七九年)、同「『新しい人権』の憲法的考察」公法研究四〇号一〇五頁(一九七八年)。上田勝美「非戦・平和の理論と平和的生存権」田畑忍「非戦・平和の論理」(有斐閣、一九九二年)。その他、生命権の人権基底性に関しては、差し当たり、以下の文献を参照のこと。桜田誉「憲法における人格権の保障——存在権、人格権及び生命権の法理——」関西大学法学部百周年記念論文集上巻二五二頁(一九八五年)、同「憲法における生命権の保障——救命救急医療との関連を中心として——」関西大学法学論集三七卷二・三二頁(一九八七年)、同「生命権について」関西大学法学論集三八卷五・六号一頁(一九八八年)、嶋崎健太郎「憲法における生命権の再検討——統合的生命権に向けて——」法学新報一〇八卷三号三一頁(二〇〇一年)。それに対して、松井茂記は、「家族や性関係に関する決定は、実は憲法二四条によって保護される。従って、いわゆる家族の維持・形成に関わる自己決定権やリプロダクションに関わる自

自己決定権と呼ばれるものは、自己決定権としてではなく、憲法二四条の問題とすれば足り、またその方が適切だったので「はなかるるか」と述べる（松井茂記「自己決定について（二）・（完）」阪大法学四五卷一七九頁（一九九五年））。しかしながら、身体的統合性への権利として中絶権を理解するのなら、それは、あくまで女性個人の問題であって、家族の問題ではない（実際、米国の判例では、中絶権は、たびたび女性個人の権利であることが強調されている）。また、同条二項では、「家族に関するその他の事項に関しては、法律は……制定されなければならない」として、法律事項であることが述べられており、それが中絶権の制約原理に用いられる懸念もあるように思われる。しかも、憲法二四条一項では「両性の合意」や「相互の協力」が強調されており、配偶者の同意要件を根拠づけるものになるかもしれない。しかし、配偶者の同意要件は、配偶者による拒否権として機能し得るものであって、もし、身体的統合性への権利として中絶権を考えるなら——あるいは、少なくとも、女性個人の権利であることを強調して考えるのなら——、それを認めるわけにはいかないだろう。実際、米国の判例において配偶者の同意要件は、一貫して違憲だとされてきたものでもある（ただし、日本では、母体保護法一四条一項で配偶者の同意要件を定めている）。なお、松井茂記の自己決定権についての考えに関しては、松井茂記「自己決定権について（一）」阪大法学四五卷二一頁（一九九五年）も併せて参照のこと。

(38) 蟻川恒正は、『Roe判決は、中絶を『市場』化した』と指摘する。「ここで、『市場』とは、資格をもった医師を供給者とし、中絶手術を希望する女性を需要者とする市場を指す」。そして、「貧困な女性にとつての中絶の自由を實質化するために、公的医療扶助としてのMedicaid給付を行う、という形で、『市場』原理に一定の修正を加えることは、Roe判決の論理の枠内で、不可能ではない。しかし、それをこえて、医師による中絶手術を受ける権利までを導出することは、Roe判決の本質に背馳すると云わなければならない」としている（蟻川恒正「身体的自由」法律時報七一巻二七七八—七九頁（一九九九年））。そのため、蟻川は、「女性の中絶の自由は、これを『市場』の外部から基礎づけるのでなければ、確かな保障を得られないであろう。『市場』の外部としての女性の身体性の次元に定位することは、その際、一つの案たりうるものように思われる」（同上、八二頁）とする。身体的統合性への権利として中絶権を理解することは、まさに中絶権を「市場」の外部としての女性の身体性の次元に定位する試みの一つだといえる。

(39) *Supra* note 26 at 33.

(40) もちろん、コーネルの理論にしたがったとしても、そのことから、ただちに(女性の生命や健康保護のためを除いて)無制限の中絶権が認められるとは限らない。しかし、中絶権を身体的統合性への権利として、われわれが人格となるためのミニマムな条件だと理解するならば(つまり、中絶権を他の諸権利よりも先行する基底的権利として理解するのなら)、憲法論ではお馴染みの基準論的には、少なくとも、その自由権的側面を制限するにあたっては、厳格な基準が適用されなければならぬだろう。その場合、胎児の生命権、あるいは生命保護に関する利益を想定できない以上、中絶権を制限し得る政府の利益を想定することは、ほとんど不可能だと思われる。

(41) *Supra* note 12 at 169.

(42) なお、山根純佳は、コーネルが『自己』は身体を直接支配・所有できないが、『所有できるという幻想』をもつことは自己の感覚にとって不可欠なのだとする¹が、それでは、結局のところ、『身体』とは、身体を制御しようとする『自己』(私)に属する(Belong to)『モノ』に過ぎず、「この点では、所有権論とコーネルの議論の間に差異はない。」(山根純佳『産む産まないは女の権利か…フェミニズムとリベラリズム』九二―九三頁(勁草書房、二〇〇四年))として批判する。山根にとって、妊娠中絶問題において重要となる「身体は『自己』の所有物ではなくそれをおして『自己』が生きていかざるをえない自己の基盤である」(同一〇三頁)。つまり、山根にとって、問題となる「身体」とは、私が所有する対象としての身体ではなく、「私そのもの」なのである。本稿も山根の考えに同意するが、しかしながら、山根が批判するほど、コーネルの考えは、山根の考えと距離があるように思われない。たしかに、コーネルは、自己感覚の条件として所有のイメージを重視しているが、しかし、それがすべてというわけではなく、やはり、「それをおして『自己』が生きていかざるをえない自己の基盤」、すなわち、「私そのもの」を問題としているのではないだろうか。そもそも、われわれが、われわれの身体をコントロールできないければ(あるいは、われわれの所有物だと考えることができなければ)、その身体を「私そのもの」だと考えることはできないだろう。その意味で、コーネルは、その身体を「私そのもの」だと考えるための必要条件として、われわれの身体に対するコントロールを問題としているように思われる。この問題に関しては、加藤秀一「身体を所有しない奴隷——身体への自己決定権の擁護——」思想九三二号一〇八頁(二〇〇一年)も、併せて参照のこと。