

プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察

小林直三

目次

- 一. 本稿の目的とその意義
- 二. プライバシー権に関する米国連邦最高裁判例の展開——プライバシー権の概念化への素材として
 - (一) 個人情報に関する判例展開——捜査及び押収を巡る判例を中心に
 - (二) 自己決定に関する判例展開——妊娠中絶の自由を巡る判例を中心に
 - (三) プライバシー権を巡る判例の枠組み
- 三. プライバシー権の伝統的な定義化への試みと実用主義的アプローチ
 - (一) プライバシー権の伝統的な定義化への試み
 - (二) 伝統的な定義化の試みへの批判
 - (三) 実用主義的アプローチ
 - (四) 実用主義的アプローチの検討
- 四. 結び——実用主義的アプローチの課題

一・本稿の目的とその意義

今日、プライバシーという用語は日常的にも法学的にも珍しいものではない。また多くの法学者は、プライバシーを法的価値概念として認め、保障すべきだと考えている。しかしながら同時にプライバシーという用語ほど定義し難く、かつ（おそらく）一般的定義に成功していない概念はない。

プライバシー（権）概念について多角的考察を試みた意欲的研究書である『プライバシー権の総合的研究』において、その編者の榎原猛は次のように述べる。「『プライバシー』という言葉は、今や一般市民の日常語になっている。人々はこの言葉を殆ど何の説明も要しない自明の意味をもつものとして語り、人々は、これを法的にしる道義的にしろ保護されるべき自明の価値をもつものとして受けとっている」。「しかるに……このように実在する法的価値概念たる『プライバシー』について、立法者も、裁判官も、そして法学者すらも、未だ適確かつ一般的な定義を下しえていない⁽¹⁾」。

榎原はプライバシー権が一般の共感を得ることができ定義を見出せない理由として、次の点をあげる。つまり「(一)……『プライバシー』の概念は、法的文脈における分析をはるかに越えて広がりをもつ心理的、社会的、さらに政治的領域をすら包摂するものであること。(二)人間のプライバシー意識は……人間種族一般に共通する固有の、本能的属性たるの一面をもちながら……プライバシーへの感受性は、時代や社会によっても違いがあるだけでなく、大きな個人差が見られること……このことに関し、どんな文化からも自由な、固有なプライバシーの領域があるかどうか、あるならどんなものかについて、まだ十分に説明されていないこと。(三)今日、『プライバシー権』の名のもと

に内包されていると考えられている生活利益の多くは……一つの統一的な法的概念として、明確に登場してきたのは比較的新しく……その後一世紀の急激な社会的変化、特に情報化社会の出現は、プライバシー権概念そのものに実質的変更を迫るものであったこと⁽²⁾である。榎原のこれらの指摘のうち、第一の点は、第二・第三の点の問題を生み出す素地であって、直接的な問題は第二・第三の点に限られようが、いずれにしてもこれらの諸点は、まさにプライバシー権の特殊性を示している。従って我々はプライバシーを憲法上の権利として概念化する際に、プライバシー概念が他の法概念と異なる特殊なものであることに留意して、そのアプローチの方法を選ばなければならない。

実際、榎原の指摘するようにプライバシー権の一般的な定義への試みは多くの困難に妨げられる。つまり他の多くの法概念と異なり（又はそれ以上に）「プライバシー権」という法概念は、文化依存的であり、かつ時代の変化に応じて、それへの合理的期待が変化する。そのためプライバシー権に関して伝統的な定義化の試みは（おそらく）不可能であり、本稿の結論を先取りすれば、有害でさえある。ここでいう伝統的な定義化への試みとは、プライバシー権に属すると考えられる複数のプラクティス又は下位概念の共通項を見つけ出し、プライバシー権の中核又は本質となる要素を抽出することで、その定義化を試みるものである。しかしながらこの試みは（おそらく）過度に広いか又は過度に狭い定義を示すものに留まり、プライバシー権を過不足なく捉えることに失敗する。

榎原はパーカーの論説の⁽³⁾「① プライバシーの存否につき、われわれが共有している直感に整合性を有すること、② 簡潔であること、③ 弁護士、裁判所がそれを適用しうること」というプライバシーの定義の条件を紹介する。⁽⁴⁾これらの条件をすべて満たすことは、おそらく不可能だろう。伝統的な定義化へのアプローチは第二の条件を重視するあまり、結果として第一及び第三の条件を満たすことに失敗する。第一の条件を満たし損ねることは、定義の過小性

又は過大性に通じ、第三の条件を満たし損ねることは、そのアプローチの有害性に通じる。

ここで問題としたいことは、従来なされてきた定義の是非ではない。重要なことは、従来のプライバシー権の概念化へのアプローチの方法それ自体の是非である。詳しくは後述するが、ダニエル・J・ソルブによれば、プライバシー権の概念化に関する従来の学説の問題はその伝統的な定義の方法そのものに起因する。ソルブの見解に従うなら、我々には伝統的な定義化の試みに替わる概念化への新しいアプローチが必要となるだろう。

従って本稿は、従来の定義を批判して新たな定義を提示するものではない。何故なら、プライバシー権という特殊な権利概念に関しては、その定義化そのものが問題なのである。つまり本稿の目的とするところは、プライバシー権概念の定義化それ自体への批判と、プライバシーの憲法上の権利としての概念化への新しいアプローチの方法を示すことである。

本稿で提示する新しいアプローチ、即ち実用主義的アプローチ (pragmatic approach) は、第一及び第三の条件を満たす代わりに、第二の条件を犠牲とするものである。言い換えれば、その新しいアプローチは「概念の定義化」を放棄する代わりに、より良き「概念の理解」を促すものである。しかし第一及び第三の条件が法概念として必須条件であるのに対し、第二の条件が定義の優位性の程度を示す条件に過ぎないと考えるのなら、その新しいアプローチは伝統的なアプローチと異なり、第一の条件を満たす点で少なくとも誤りでないばかりでなく、第三の条件を満たす点において、寧ろ有用なものだといえよう。我々がある事柄を法的権利として概念化することに意義が認められるのは(たとえ直接的なものでないにしても)何かしらの形で裁判の場で使い得る限りにおいて、又は(直ちにその結果にまで至らなくとも)少なくともそのことを志向する限りにおいてである。そのため第三の条件は特に重要である。つ

まり本稿の目的とするところは、あくまで裁判所が行うべき概念化のアプローチの方法に限定したものである（そのために必要な限りで哲学的な試み等に依拠しなければならないことは勿論である）。従ってその概念化へのアプローチの方法は、司法の能力に相応しいものでなければならぬ。

さて、ここでいう概念化へのアプローチとは、あるものを何であるかを我々が認識として把握するための方法を指し、定義化はそうした概念化のもっとも一般的な方法の一つである。たとえば私人の一定のプラクティスaが憲法上の権利として保障され得るのかを裁判の場で争ったとする。そのとき定義化の方法をとるなら、ある憲法上の権利概念である法概念Aの予め用意された抽象的定義にそのプラクティスaが当てはまり得るのかを判断し、もし当てはまるならaはAであると判断される（もし当てはまらなければaはAでないとされるだろう）。法概念Aであると判断されたなら、そのAの性質に従い審査基準を決定して利益衡量する等し、具体的な結論を決める。

それに対し本稿で提示するもう一つの方法は、概念化のアプローチの方法である実用主義的アプローチでは如何になるのか。そのプラクティスaが法概念Aであるかを判断する際、予めAの抽象的定義を用意しそれへの当てはめによって判断するのではなく、既に少なくともAであると判断されたプラクティスb、c、d……の性質及びそれらが認められた際のコネクストとにおいて、それらの一つ又は幾つかとaがどの程度、類似するかの判断をもってaがAであるかを定める。そして法概念Aであると判断されたならその後のプロセスは同じで、そのAの性質に従い審査基準を決定して利益衡量する等を行い具体的な結論を決める。

これらのことを法概念Aの側から観るなら、定義化の方法では法概念Aはその抽象的定義によって把握されるのに対し、実用主義的アプローチでは、a、b、c、d……のそれぞれの部分的類似性によって相互連結されたものとし

て認識される。つまり概念化されるのである。通常、こうした概念化のプロセスは他の諸権利ではあまり問題とならない。既に一定の定義が一般の広く共感を得るものとして確立してしまっているからである（寧ろ、如何なる審査基準を用いるのか、その際に如何なる衡量利益が想定されるのか、又は如何なるルールが適用されるのか等が重要な争点となろう）。勿論、ハードケースの場合、抽象的定義への当てはめで判断するのか、それとも実用主義的アプローチを採用するのかの選択が問題となり得し、実際、実用主義的アプローチが採用される場合もあるだろう。その意味で今更に実用主義的アプローチの是非をプライバシー権概念に限って主張する必要はないと感じられるかもしれない。しかし他の諸権利の場合、仮に実用主義的アプローチを採用するにしても、それは（重要なことであるもの）あくまで概念化の補助的側面に過ぎないだろう。つまり基本的にそれは一定の抽象的定義を前提に、それを補うものとして実用主義的アプローチが位置づけられているのである。それに対し本稿で展開する議論によれば、プライバシー権の概念化においては、そもそも抽象的定義の当てはめによる判断は出来ず（つまり定義化による概念化は出来ず）、寧ろ実用主義的アプローチが基本になるといえるものである。それは既に法概念Aとして認められた幾つかのプラクティスb、c、d……との関係において、新たに問題とされたaを法概念Aとして認めるかを判断するため、一定の先例拘束性を受けて法的安定性に寄与し得る反面、抽象的定義によって閉じられたものでないため、新たな問題へ柔軟な対応をなし得る。またそのことは、プライバシー権の定義化という把握し切れない程に大きな問題から我々を解放して、具体的コンテキストにおける個々のプラクティスとの類似性の有無という裁判所が把握し易い問題へと議論を縮減する。

実用主義アプローチは多くの法学者にとって不満足なものかもしれない。一方で定義化という概念化の方法に慣れ

親しんだ立場からすれば、定義をなさない概念化は否定したいものかもしれないし、他方、判例研究による経験的手法に慣れ親しんだ立場からすれば、実用主義的アプローチは寧ろ当たり前のことだと感じるだろう。しかし本稿で問題としたいことは、定義化のアプローチ又は実用主義的アプローチの是非の一般論ではなく、プライバシー権という特殊な権利概念においてどのアプローチを裁判所が採用すべきかという問題である。従って本稿はプライバシー権の特殊性の問題と深く関わっている。

さて、以上の問題意識から本稿では、プライバシー権に関する多くの議論の蓄積がある米国の判例・学説を踏まえ、伝統的な定義化への試みが実際に不可能であり、かつ有害であることを示し、次いで、それに代わる概念化への新しいアプローチの可能性を検討したい。

二. プライバシー権に関する米国連邦最高裁判例の展開

——プライバシー権の概念化への素材として

本章では、我々が憲法上のプライバシー権と考えてきた事柄を明らかにするため、米国の連邦最高裁判所の諸判例を概観する。

本章の結論を先に述べれば、米国の連邦最高裁判所はプライバシー権概念について抽象的な定義をすることなく、具体的コンテキストにおける個々のプラクティスごとの審査の積み重ねによって、ボトムアップ的にプライバシー権概念に関する諸問題に応じている。またそのことは、本稿で提示しようとする実用主義的アプローチの十分性を示すものである。

さて薬剤の処方箋のコピーを当局に送付することを義務付けた州法の合憲性が争われたワールン判決⁽⁵⁾で連邦最高裁判所は「『プライバシー』を保護するものとして描写される事案は、少なくとも二つの異なる種類の利益を含む。一つは、私事の発表を避けることについての個人的利益であり、そしてもう一つは、特定の種類の重要な決定をする際の独立についての利益である⁽⁶⁾」とした。つまりプライバシー権には、少なくとも個人情報に関する利益と自己決定に関する利益を含むとされた。そこで本章では、個人情報に関する判例と自己決定に関する判例とに分けて概観する。

(一) 個人情報に関する判例展開——捜査及び押収を巡る判例を中心に

政府当局に収集された個人情報の管理及び訂正等に関する諸問題は、米国の判例上、ほとんどがプライバシー法など法令レベルの問題として処理されるため合衆国憲法上の問題として現れない。従ってここでは修正四条（及び修正五条）の問題として扱われる犯罪捜査等に伴う情報収集に関する判例を取り上げる。

まず修正四条によるプライバシーの保護は如何なる形によってなされるのか。

裁判所の提出命令で提出が強制された証拠によって有罪とされた被告人が当該提出命令の合憲性を争った一八八六年のボイド判決⁽⁷⁾で、連邦最高裁判所は当該提出命令を修正四条及び修正五条違反とした。その際に連邦最高裁判所は修正四条及び修正五条に関する諸原理が「個人の家庭の神聖及び生活の諸々のプライバシー (privacies) に対する政府及びその従事者によるあらゆる侵害に適用される⁽⁸⁾」とした。つまり本判決は、プライバシーの利益そのものを憲法上の権利と述べたわけではないが、少なくとも修正四条及び修正五条が（コモンロー上の）個人の生活の諸々のプライバシーの利益を保護することを明らかにした。また押収できる証拠の範囲について判例は当初、純粹証拠とその他

の証拠とを区別し、純粹証拠を差し押さへの範囲外としていたが、ヘイドウン判決⁽⁹⁾において「プライバシーは、犯罪供用物、犯罪取得物、又は輸出入禁制品に向けられた捜査と同様に純粹証拠物に向けられた捜査によっても、侵害されるものではない⁽¹⁰⁾」として純粹証拠をも差し押さへの対象となり得るとした。

従って修正四条のプライバシー保護は、令状条項に基づく適正手続という形が中心となる。

次に修正四条の令状が必要とされるのは如何なる場合か。つまり修正四条は如何なる場合にプライバシーを保護するののか。

電話盗聴が修正四条でいう捜査又は押収に当たることが争われた一九二八年のオルムステッド判決⁽¹¹⁾で連邦最高裁は次のように判断した。まず修正四条でいう「捜査は有体物——身体、家屋、被告人の書類又は財物に対するものである⁽¹²⁾」と限定した。また「勿論、議会は法律制定によって、電話盗聴されたときには刑事裁判の証拠として許容できないようにすることで、通話内容の秘密を保護し得る」。しかし裁判所は、拡大された一般的でない意味を修正四条に帰することによって、そうした政策を採用し得ない」とし、「押収をなす目的のために彼の家屋『又は宅地』の現実の物理的侵入」でない限り、修正四条に違反したものではないとした⁽¹³⁾。つまり修正四条が適用されるには、① 捜査又は押収の対象が有体物であること、及び ② 捜査又は押収が物理的侵入によってなされること、が必要とされた。従ってオルムステッド判決では電話盗聴が修正四条の保障外と判断された。

オルムステッド判決は修正四条が適用される条件としてこれら二つを示したが、同時に議会が通話内容の保障をなす法律制定の余地を認めた。その後、連邦議会は一九三四年連邦通信法を制定する。この連邦通信法の解釈によって電話盗聴から直接得られた通話内容を証拠から排除して通話内容の秘密を保障したのが、一九三七年の第一ナードン

判決⁽¹⁴⁾である。さらにフランクファーターの「毒樹の果実 (a fruit of the poisonous tree)」という言葉で有名な一九三九年の第二ナードン判決⁽¹⁵⁾で、電話盗聴によって得られた情報を基にして間接的に得られた情報についても証拠として排除される。しかしこれら一連のナードンは、連邦通信法の解釈によって電話盗聴に基づく証拠を排除したのであって、修正四条の解釈を変更したわけではない。

再び修正四条の解釈が問題となった重要な判例として、電子盗聴器による盗聴が問題とされた一九四二年のゴールドマン判決⁽¹⁶⁾がある。本件は隣室から電子盗聴器によって盗聴が行われたため一九三九年連邦通信法の適用がなく、従って修正四条の解釈が問題とされた。連邦最高裁判所はオルムステッド判決を踏襲して、物理的侵入を伴わない電子盗聴器による盗聴が修正四条違反にならないと判断した。

しかしその後、連邦最高裁判所はオルムステッド判決—ゴールドマン判決を維持しつつも、修正四条違反とされる要件を緩和していく。たとえば盗聴するためにスパイクマイクを壁の裂け目に差し込んで、それが暖房ダクトに接触していた事例であるシルバーマン判決⁽¹⁷⁾において連邦憲法裁判所は「修正四条及びそれが保障する個人的権利は、長い歴史を持つ。自分の家へ隠れる個人の権利及び不合理な政府の侵入からの自由が、まさにその核心にある」⁽¹⁸⁾ことを強調し、暖房ダクトに接触するスパイク・マイクは僅かな侵入であったにも関わらず、それが憲法上保障された領域への現実の侵入 (actual intrusion) を構成し修正四条に違反すると判断した。

連邦最高裁判所がオルムステッド判決—ゴールドマン判決の考えを明確に変更したのは、電子盗聴器と録音機を公衆電話の外部に設置して会話を聴取した事例である一九六七年のカッツ判決⁽¹⁹⁾においてである。

まず連邦最高裁判所は修正四条違反の「捜査及び押収」と言い得る前提として、憲法上保護された領域への物理的

侵入が必要とする考えを放棄した。それは次の点からである。「第一に、修正第四条の問題の適切な解答は『憲法上保護された領域』の言い回しによって必ずしも促進されない。第二に、修正第四条は一般的な憲法上の『プライバシーに対する権利』に翻訳され得ない。その修正条項は個々のプライバシーを特定の種類の政府の侵害から保障するが、しかし……しばしばすべてのプライバシーを保護するわけではない。憲法の他の条項が、政府の侵害の他の形態から個人のプライバシーを保護する」⁽²⁰⁾からである。また修正四条は「場所ではなく人を保護する」ものとし「自分の家又はオフィスであってでさえ、人が故意に公けに曝す事柄は、修正四条の保障対象ではなく、逆に「公衆がアクセスし得る領域であってでさえ、私的なものとして維持しようとする事柄は、憲法上保護されるかもしれない」⁽²¹⁾とした。さらに「我々は修正四条が有体物 (tangible items) の押収だけでなく、口述を記録することにも同様に適用されると明らかに考えてきた」し、「一旦、修正四条が不合理な搜索及び押収に対する人（「領域」だけではない）を保護すると認められるならば、その修正条項の適用範囲が……物理的侵入の有無に関わり得ないことは明らかである」⁽²²⁾とした。そして連邦最高裁判所は「電話ボックスを使用して、ドアを閉めて、電話をかける料金を払う人は、当然に彼が受話器へ話す言葉が世界への吹聴されまいだろうと想定する権利がある。憲法を狭く読むことは、公衆電話が私的コミュニケーションで演じるようになった不可欠な役割を無視することになる」⁽²³⁾として、当該盗聴を修正四条違反と判断したのである（但し、これらは令状がない盗聴が修正四条違反とされただけであり、令状による聴取は必ずしも憲法違反ではない）。

なお令状のないペン・レジスターの設置及びその利用が問題となった一九七九年のスミス判決⁽²⁴⁾で連邦最高裁判所は「修正四条の適用は、その保護に関する人がプライバシーの『正当な (justifiable)』、『合理的な (reasonable)』、又

は『合法的な (legitimate) 期待』を主張し得るか否かに依存する」し、このことは二つの別個の問題を内包するとする。即ち「第一に、個人が自身の行為によってプライバシーの現実の（主観的な）期待を示しているか否かである」。第二の問題は、プライバシーの個人の主観的な期待を「社会が『合理的なもの』として認めると考えているか否かである」⁽²⁵⁾。

その上でペン・レジスターの設置及びその利用について次の点から修正四条に違反しないとした。「第一に、我々はダイヤルする番号について、人々が一般にプライバシーのいかなる現実の期待をも享受するものなのか疑問に思う」からである。つまり「全ての電話利用者は、自身の呼び出しが完了されるのは装置を繋ぐ電話会社を通してであるため、電話番号を電話会社へ『伝達』しなければならぬと分かる。更に、全ての加入者は自分たちがダイヤルする番号の恒久的記録を作るための設備を電話会社もつことを理解する」。また「ほとんどの人々がペン・レジスターの秘密の (esoteric) 機能に気づいていないかもしれないけれども、彼らはおそらく一つの一般的な使用について幾分かの認識をもつだろう。即ち、それは迷惑又は卑猥な電話をする人の識別を助けるものである」⁽²⁶⁾。「第二に、たとえ自身がダイヤルした電話番号が私的なままに維持されるだろうとの主観的期待を抱いたにしても、この期待は社会が『合理的なもの』と考えるものではない」からである。つまり連邦最高裁判所は「修正四条は、たとえその情報が限定された目的のためだけに用いられ、かつ第三者におかれた信頼が裏切られないだろうとの前提で開示されるとしても、第三者に開示され、そして第三者によって政府当局に伝達された情報を獲得することを禁止していない」としてきたのである⁽²⁷⁾（但し一九八六年電子通信プライバシー法によって、ペン・レジスターの使用は原則禁止となり、認められる場合にも令状が必要とされた）。

このように修正四条の捜査及び押収を巡る判例は変更されてきた。その際、連邦最高裁判所は、① プライバシーへの現実的な主観的期待があること、② その期待を社会が「合理的なもの」と考えること、を判断基準に修正四条の保障を受けるかを判断する。従って抽象的にプライバシー権概念を定義して、それをトップダウン的に事案へ当てはめるのではなく、むしろその二つの基準を用いて、高度情報化社会における新しい技術の導入に応じる形でボトムアップ的に判断を変えていったのである。

(二) 自己決定に関する判例展開——妊娠中絶の自由を巡る判例を中心に

米国連邦最高裁判所がプライバシー権を憲法上の権利として初めて承認したのは、薬又は道具を用いた避妊の禁止が争われたグリスワルド判決⁽²⁸⁾においてである。米国連邦最高裁はプライバシー権の憲法上の根拠として半影理論を展開する。半影理論そのものは後に否定されるが、グリスワルド判決が、憲法上のプライバシー権を認めるにあたって個別の人権規定に結び付けようとした点は注目される。つまりそれは憲法規定の他の諸権利との関係において認められたのである。

本判決で連邦最高裁は憲法上のプライバシー権を認め、次のように述べる。「本件は、様々な基本的な憲法上の保障によって創設されたプライバシーの範疇に存する、ある関係 (a relationship) についてのものである」。「避妊薬の使用の形跡を暴露するために、神聖な区域である夫婦の寝室を警察が搜索して許されようか。まさにそうした考えこそ、婚姻関係をめぐるプライバシーの観念にとって嫌悪すべきものである⁽²⁹⁾」。従ってグリスワルド判決だけでは個人の避妊の自由そのものがプライバシー権として承認されたのか、それとも夫婦の寝室という神聖な区域への立ち入

りを問題としたに過ぎないのか不明確であったが、その点は一九七二年のエイゼンスタット判決⁽³⁰⁾で明らかとなる。

エイゼンスタット判決では、避妊薬、避妊器具の販売及び譲渡の禁止が争われたが、グリスワルド判決の事例との違いは、エイゼンスタット判決の事例が非夫婦間の問題であった点である（本件事例の規定では、医師から婚姻している者へ避妊薬等を販売、譲渡することまでは禁止されていなかった）。そのため夫婦の寝室という神聖な区域への立ち入りを問題とすることはできず、より直接的に避妊の自由を扱うことになった。連邦最高裁判所は、まず「我々は、避妊そのものを禁止するとみられる法律が、修正一四条の平等条項において、独身者の権利を侵害すると判断する⁽³¹⁾」としつつも、同時に「夫婦は、それ自身が精神をもった独立の存在ではなく、互いに別の知的、感情的性質をもった二人の個人の結合である。もしプライバシーの権利が何かしらを意味するのなら、それは個人の権利であり……子供を産むかどうかの決定という個人に根本的に関わる事項への、不当な政府の侵害からの自由である⁽³²⁾」とした。つまり形式的に夫婦間の問題と非夫婦間の問題との対比によって判断を行いつつも、実質的には避妊の自由を個人の権利と強調することで処理したのである。⁽³³⁾

米国のプライバシー権の中心の問題である妊娠中絶の権利を認め一九七三年のロー判決は⁽³⁴⁾プライバシーの権利の根拠を次のように述べる。即ち「憲法は、プライバシーの権利について何ら明文では定めていない。しかしながら、おそらくは Union Pacific R. Co. v. Botsford, 141 U. S. 250 (1891) に遡る一連の判例において、裁判所は、個人のプライバシーの権利又はプライバシーの特定のエリア若しくはゾーンの保障を認めてきた⁽³⁵⁾」とし、「これらの判決は次のことを明らかとしている。即ち『基本的』又は『秩序ある自由の概念に默示的に含まれる』⁽³⁵⁾と思われる個人的権利のみが、こうした個人的プライバシーの保障に含まれるのである。それらの判決は、その権利が婚姻、生殖、避妊、

家族関係、子供の養育及び教育に関わる活動にもある程度及んでいることをも明らかとしている⁽³⁶⁾とした。その上でロー判決は「こうしたプライバシーの権利は、女性が自身の妊娠状態を終了させるか終了させないかを決定することを包含するに足るほど十分に広いものである⁽³⁷⁾」とした。他方、母体の健康、医療基準、胎児の生命の保護といった利益に基づく州の制限を認め、その衡量基準として、その権利が基本的権利であることからコンペリング・テストをとるとした⁽³⁸⁾。問題はそのコンペリング・テストを適用する範囲だが、ロー判決はその時間的範囲、即ち三半期説をとることを明らかにした。

またロー判決は憲法上のプライバシー権の根拠にデュープロセス理論を採用したが、注目すべきは引用された先例との関係である。前述のように連邦最高裁判所は、抽象的にプライバシー権を定義して妊娠中絶の自由がそこに当てはまるかを判断したのではなく、婚姻、生殖、避妊、家族関係、子供の養育及び教育といった個々のプラクティスに関する先例との比較に基づく判断で、妊娠中絶の自由を認めたのである。

ロー判決は基本的権利として女性の妊娠中絶の自由を認め、その制限につき期限規制型の構想を採用した。その連邦最高裁判所の立場は今日に至るまで正式には変更されていない。問題は、その構想が州の如何なる具体的規制形態に及ぶのかである。

まず中絶手術を行う資格又は施設への規制に関する判例をみたい。

一九八三年のアクロン市判決⁽³⁹⁾では第二期三半期以降に病院要件を課したことが争われた。連邦最高裁判所は「健康における州のやむにやまれぬ利益の存在は、審査の第一要件に過ぎない」とし「州の規制は、州の利益を合理的に促進するよう意図された場合にのみ、支持され得る⁽⁴⁰⁾」とした。そして現在の医療水準からして病院以外においても適切

な妊娠中絶を行い得るとし、女性の妊娠中絶の自由と規制との関係につき「第二期三半期に病院要件を課すことは、妊娠中絶をしようとする女性の生き方に重大な障害をおく。その要件によって生じた主な負担は、女性に余分な費用を課すことである。更に下級審は、アクロン市の病院が第二期三半期の妊娠中絶を行うことは、希であると述べている」⁽⁴¹⁾ことを強調し、違憲判決を下した。つまり抽象的な権利概念を当てはめて当然に違憲としたのではなく、具体的なコンテキストを考慮してその違憲の判断を行ったのである。⁽⁴²⁾

その点、アクロン市判決と同日に出されたシンポーロス判決⁽⁴³⁾が参考となる。シンポーロス判決は第二期三半期における病院要件につき、当該「バージニア法及び規則は、第二期三半期の妊娠中絶がフルサービスを備えた病院で排他的に行われることを要求していない。バージニアの病院要件のもとで、外来外科用の病院は、第二期三半期の妊娠中絶が適法に行われ得る病院として資格を与えられている」⁽⁴⁴⁾ことを指摘する。つまり、一定の施設さえ備えていれば、所謂、診療所であっても妊娠中絶を行う資格要件を満たすことになる。更に「市民の健康の保護という州の利益という点において、医療施設の資格の基準を決定するにあたって、州は当然に十分な裁量をもつ」⁽⁴⁵⁾とし、「第二期三半期中の中絶は資格を得た診療所で行われるとするバージニアの要件は、女性の健康と安全の保護における州のやむにやまれぬ利益を促進する不合理な方法ではない」⁽⁴⁶⁾とし、連邦最高裁は当該事例を合憲と判断した。つまりアクロン市判決とは具体的コンテキストが異なるため、一見すると類似の規制であっても、シンポーロス判決では合憲であると判断されたのである。

なお比較的最近の事例として、マズレック判決⁽⁴⁷⁾がある。

マズレック判決は、モンタナ州が妊娠中絶を行うことの出来る資格を、州によって認められた医師に限定する法案

を可決したところ、医師及び医師の助手が差止を求めたものである。連邦最高裁判所は「州は『医師』という用語を……州によって認められた医師のみを意味するものと定義することができ、またそう定義された医師ではない者による、いかなる妊娠中絶をも禁止することができ」、そのように定義された「医師ではない者によって行われた妊娠中絶を起訴したとしても、州の介入に対し憲法によって保障された個人のプライバシーの領域を、侵害するものではない」と、⁽⁴⁸⁾「妊娠中絶の手續の安全を保障するために、州は医師のみが妊娠中絶を行い得ると命じることができ」とした。

このように妊娠中絶を行う場所等の制限について、連邦最高裁判所は具体的コンテクストを踏まえた実質的判断をしている。

さて妊娠中絶の規制にはその方法を規制する場合がある。古くは塩水羊水穿刺法による中絶の禁止等が争われた一九七六年のダンフォース判決⁽⁴⁹⁾がある。連邦最高裁は「母体の健康における州の利益の促進の点で、もし州がそれを選ばなら、州は母体の健康と合理的関連のある方法で妊娠中絶の手續を規制することができる⁽⁵⁰⁾」としつつも、母体の健康保護についての州の利益の促進と塩水羊水穿刺法の禁止とに合理的関連がないため、違憲と判断した。その後、アクロン市判決では妊娠中絶後の胎児の処理について争われた。アクロン市条例は妊娠中絶した後の胎児の処理について医師に「人道的かつ衛生的方法 (in a humane and sanitary manner)」で処理することを要求していた。この規定につき連邦最高裁は、医師に対し如何なる行為が禁止されているのか、十分に通知ができないとして、「このレベルの不明確性は、刑事責任が科される場合には致命的である」⁽⁵¹⁾ため違憲とした。このようにアクロン市判決ではあくまで刑事法上の一般原則に基づいて違憲判断が下されたが、一定の方式による処理を要求すること一般が違憲されたわ

けではない。⁽⁵²⁾

最近の判例で注目すべきものに、パーシャル・バース・アボーション (partial birth abortion) を禁止したことが争われた二〇〇〇年のスタンバーグ判決⁽⁵³⁾がある。連邦最高裁は「胎児の独立生存可能性が生じた以降なら、人の生命を潜在するものにおける州の利益を促進する点から、もし州が選択するならば、適正な医学的判断から母体の生命と健康の保護に必要とされる場合を除いて、妊娠中絶を制限し、また禁止することでさえ行い得る⁽⁵⁴⁾」ことを確認しつつも、母体の健康保護のための例外を設けない当該規定は違憲であると判断した。

これまでみた妊娠中絶の規制は、公務員又は公立病院といった州の資源以外にも及ぶものであった。しかし規制が州の資源に対してのみ適用される規制形態なら、連邦最高裁判所は規制を広く認める。

一九七七年のメイハー判決⁽⁵⁵⁾では、連邦の資金が妊娠中絶に医療補助として出されるにも関わらず、州法がその医療補助を治療目的のものに制限したことが争われた。本件は下級審での多少の紆余曲折の末、連邦最高裁判所は、当該事例の中心的問題を規制が「憲法によって明示的又は黙示的に保護された基本的権利を侵害している」かどうかである⁽⁵⁶⁾として、「修正一四条の個人の自由の概念は、個人の『プライバシー』の特定の側面に介入することに対して憲法的保護を与えており、その保護は、自身の妊娠状態を終了させるかについての女性の決定も含んでいる⁽⁵⁷⁾」としても、「ロー判決は無条件の『中絶に対する憲法上の権利』を述べたわけではない。その権利は、女性が妊娠状態を終了させるかどうかを決定する自由へ不当な負担が介入することから、女性を保護しているのである。そのことは、州の権限が、中絶よりも出産に高い価値をおき、公金の分配によってその判断を実行することに対し、何らの制限も含んでいない⁽⁵⁸⁾」とした。従って当該事案は合理性の審査を行えば足りるとして合憲とした。つまり連邦最高裁判所は、

州が中絶よりも出産に高い価値をおいてもよく、その価値判断を公金の配分といった一定の方法によって実現してもよいとしたのである。メイハー判決以降は、公的資金及び公的施設の使用等、公的な資源に限った規制ならば、大幅に認められることになる。たとえばハリス判決⁽⁵⁹⁾では、所謂、ハイド修正に伴って連邦の資金の支出そのものが制限されたことが合憲とされた⁽⁶⁰⁾。

ラスト判決⁽⁶¹⁾では、公金を受ける条件として、家族計画の手段としての妊娠中絶に関するカウンセリング、照会、提唱といった活動への従事を禁止すること等が争われた。連邦最高裁判所は「政府は、他の方法でその問題を処理しようとする別のプログラムがたとえあったとしても、憲法に違反することなしに、自らが公益にあたると信じる特定の活動を促進するプログラムへ選択的に資金を提供し得る。そうする場合でも、政府は見解に基づく差別をしたことにはならない」。「基本的権利の行使に補助金を交付しないとする立法府の決定は、その権利を侵害しない」。「保護された活動への資金提供を否定することは、その活動に『刑罰』を科すことと同じではない。保護された活動へ直接州が介入することと、立法政策と一致する別の活動を州が促進することとは、根本的に異なっているのである⁽⁶²⁾」とし、合憲と判断した。

このように公金の支出に基づく規制に関して言えば、違憲とされる余地は極めて少ない。しかし州の規制が許されるのは公金の配分等の間接的なものだけではない。

メイハー判決と同日に出されたポールカー判決⁽⁶³⁾は、セントルイス市の公立病院が出産に対しては公的資金の補助を受けた医療サービスを提供していた一方で、非治療目的の妊娠中絶に対しては、たとえ有償であっても医療サービスを提供していなかったことが争われた。連邦最高裁は次のように判断した。「我々は、州が出産に医療給付

(Medicaid benefits) を行うにも関わらず妊娠中絶にはそれを拒否することによって生じた問題と、ここで生じた憲法上の問題とが、原則的に同一のものであると認める。「妊娠中絶に対する市長の個人的立場は我々の判断と関わりを持たないけれども、我々は、彼がセントルイス市民に責任のある、選挙された公務員であることに注目する」。「憲法は、セントルイス市が行ったように民主的手続に依じて正常出産の優遇を示すことを、州や市に禁止するものではない」⁽⁶⁴⁾。

ここではメイハー判決で扱われた公金の配分の問題と、公立病院の医療サービスの拒否の問題とを同一のものとして考えている。しかし公金の配分は女性の妊娠中絶の自由に対する州の間接的な規制だとしても、医療サービスの拒否は、より直接的な規制である。この点、ブレナンが次のような反対意見を述べるのが注目される。「貧しい女性は、診療所又は私立病院において妊娠中絶を受け得るにしても、それらの私立施設における妊娠中絶に対価を支払うことの出来ない貧しい女性にとって、市の政策は、重大な障害、事例によっては克服不可能な障害のとなることが明らかである。……任意の妊娠中絶を行うことを認めていない公立病院は、妊娠中絶を快く行うだろう医師を、しばしばそのスタッフとしている。幾つかのコミュニティにおいて、このことは、病院施設において妊娠中絶を行う意思をもち、かつ行い得る医師の数を著しく減少させるように作用する」。「法廷意見は、公立病院が近くにある唯一の医療施設である小さなコミュニティにおいて難題を課すことにもなるだろう。もし、そうした公立病院が妊娠中絶をやめたなら——豊かな女性であろうと貧しい女性であろうと——全ての女性が深刻な不都合を受けるだろう。そして幾人かの女性——特に貧しい女性——にとって、公立病院で妊娠中絶を受けることができなことは乗り越えることのできない障害であろう」⁽⁶⁵⁾。

一九八九年のウェブスター判決⁽⁶⁶⁾、一九九二年のケイシー判決⁽⁶⁷⁾は、メイハー判決の考えをより明確にしたものと言える。ウェブスター判決、ケイシー判決においてもロー判決は正式に変更されなかったが、このようにメイハー判決以降、実質的にはかなりの規制が州の判断に委ねられることになった。

しかし連邦最高裁は、今日においても一貫して配偶者の同意要件という規制形態について違憲判決を下し続ける。

同意権について争われた初期の判例に前述のダンフォース判決がある。本件では妊娠一二週未満の場合における、配偶者の同意要件と未成年者に対する親の同意要件についても争われた。連邦最高裁は配偶者の同意要件につきエィゼンシュタット判決を踏まえて、「我々は、州自身が女性の妊娠状態を終了させるかどうかを決定する権限を欠いている場合に、配偶者へ一方的にそうする権限を与える憲法上の権威を、州が持っている」と判断することはできない⁽⁶⁸⁾とした。また配偶者に同意権を与えても「婚姻における相互関係及び信頼を促進したり、婚姻関係及び婚姻制度を強めたりする目的を達成するとは信じがたい⁽⁶⁹⁾」として違憲判断を下した。更に未成年者に対する親の同意要件についても連邦最高裁は、基本的に配偶者の同意要件と同様の趣旨から違憲判断を下した。つまりこの同意要件によって示唆されている利益を家族の団結と親の権威の保障としつつも、親の同意権によってそれらが強められることはないとした⁽⁷⁰⁾。

しかしベロッティ判決⁽⁷¹⁾を経て連邦最高裁判所は、一定の条件を満たす裁判所等によるバイパス手続を設けている場合には親の同意要件を認めるに至る。ベロッティ判決の考えは、その後の判例においても基本的に踏襲される。その後の判例で具体的な争点となったのは、ベロッティ判決で示されたバイパス手続の内容である。例えば、アクロン市判決においては、少年裁判所によるバイパス手続が定められていたものの、ベロッティ判決で示された考慮事項を裁

判所が判断する保障のないことから、そのバイパス手続は不十分であるとされ、違憲判断が下されている。一方、アシクロフト判決では、当該事例において「少年裁判所は、『未成年者の精神的発育度、成熟性、知性及び理解度』に基づき証拠を受け入れなければならない⁽⁷²⁾」とされていることから、その考慮事項が明らかであるため、十分なバイパス手続であるとし、合憲とされた。その後、ホジソン判決⁽⁷³⁾、オハイオ判決⁽⁷⁴⁾、ケイシー判決、ランバート判決等⁽⁷⁵⁾においても同種の事例が争われることになるが、基本的にペロッティ判決の枠組みが維持されている。しかし親の同意要件を認めたことは対称的に配偶者の同意要件については、今日に至るまで連邦最高裁は一貫して違憲判断を下し続けている⁽⁷⁶⁾。

このようにプライバシー権として説明される諸権利との比較において認められた妊娠中絶の自由を巡る判例は、実質的に大きく変更されてきている。またその変化は、個々のプラクティス（規制形態）ごとに大きく異なる。つまりその変化は、プライバシー権の抽象的概念を変更したものではなく（そもそも判例上、プライバシー権の抽象的概念の定義はなされていないのだが）、具体的な規制形態ごとに、かつその規制の具体的コンテキストごとに審査を積み重ねることによって、ボトムアップ的に変更されてきたのである。

(三) プライバシー権を巡る判例の枠組み

これまで概観してきたことから明らかなように、米国連邦最高裁はプライバシー権の抽象的概念を定義することなく、既にプライバシー権として扱われていた諸権利との比較において、具体的コンテキストにおける個々のプラクティスごとに当該問題における利益がプライバシー権の範疇に含まれるか否かを判断する。いわばトップダウン的に

でなくポトムアップ的にプライバシー権を理解しようとする。またその際、① プライバシーへの現実的な主観的期待があること、② その期待を社会が「合理的なもの」と考えることを判断基準に、保障を与え得るべきかを定める。連邦最高裁はこのように開かれた形でプライバシー権を理解することで、新しい技術の導入に伴う様々な展開に応じ得ている。

こうした連邦最高裁の手法は、後述の実用主義的アプローチに通底するものであり、従ってそのことは実用主義的アプローチの十分性を示すものでもある。

では何故、連邦最高裁はこのような手法をとるのか。おそらくそれは次の二つの理由からだろうと考える。第一に消極的理由として、プライバシー権の有益な抽象的概念定義が不可能であることが考えられる（この点に関しては次章で検討する）。第二に積極的理由として、このような判例の理解が、よりよくプライバシー権を把握し得ることが考えられる。実際に連邦最高裁は、社会状況に応じて変化するプライバシー権に関する諸問題を巧く処理してきたといえよう。

三．プライバシー権の伝統的な定義化への試みと実用主義的アプローチ

本章では、プライバシー権の伝統的な定義化への試みを概観した上で、ダニエル・J・ソルブの見解を踏まえて、その伝統的な試みの不可能性を示したい。つまり、プライバシー権という特殊な権利概念に関して伝統的な定義化のアプローチの方法をとること自体が問題であることを考察する。そしてそのことは、伝統的な定義化へのアプローチの有害性を示すことにもなる。

(一) プライバシー権の伝統的な定義化への試み

初めてプライバシー権を法律論として明示的に論じた文献としてウォーレンとブランダイスの論文⁽⁷⁷⁾（以下、ブランダイス論文と呼ぶ）がある。今日、ブランダイス論文というと「一人で放っておいてもらう権利⁽⁷⁸⁾」という定義だけが注目される。しかしこの論文の目的は、そうしたプライバシー権の定義付けではなかった。実際、この論文はプライバシー権の定義付けについて深い考察を行っていない。この論文の主な作業はコモン・ロー上、名誉権との関連で発達してきた「真实性の抗弁」を制限することにあつた。⁽⁷⁹⁾

しかしプライバシー権は、ウォーレン論文の意図とは別に「一人で放っておいてもらう権利」として広く発展した。その傾向に一石を投じたのがプロッサーの論文⁽⁸⁰⁾である。

プロッサーの考えは、いわゆる還元論として知られるが、その意義を単にプライバシー権概念の否定にあつたこととみることには矮小に過ぎる。この論文の意義は多様化したプライバシー権の概念に分析のメスを入れたことであろう。これまでプライバシー権という新しい概念の外延を示さないままその対象領域を拡張してきたのに対し、プロッサーはそうした対象領域を分析し、そこに各々別個に論じるべき複数の問題が含まれると主張した。それらの問題領域とは、今日よく知られるように、① 私事への侵入、② 秘密事の公開、③ 誤った印象の公表、④ 氏名・肖像の無断使用、の四領域⁽⁸¹⁾である。

プロッサーの還元論に反論したのがブルーステイン⁽⁸²⁾である。ブルーステインは、プロッサーの四領域に共通の法益を見出し、その法益が人間にとって基本的な価値であり、憲法上の権利であるとした。

ブルーステインは、プロッサーが「私事への侵入」領域の法益を精神的苦痛とし、権利侵害が成立するには「故意

の精神的加害 (intentional inflict of mental distress)」を必要で、かつ「真摯で重大な精神的損害 (genuine and serious mental damage)」を要するとしたの⁽⁸³⁾に対し、そうした特別な損害は判例上、必ずしも不法行為の要件されておらず、従ってここで問題とされたのは「人間の尊厳」を傷つけること⁽⁸⁴⁾とした。そしてこの人間の尊厳という法益はプロッサーのいう他の領域にも共通して当てはまるとした。

さて一九六〇年代後半から、多様化したプライバシー権の対象領域を一つの包括的概念で定義付ける新たな試みとなさる。所謂、自己情報コントロール権説である。この新しい試みの特徴は①「自己情報 (information for themselves)」がキーワードとして用いられること、②その情報につき所有権的構成をとること、があげられよう。その代表的論者であるフリードは「プライバシーとは、単に他者の内心に我々の情報が存在していないことをいうのではない。我々のコントロールが、我々の情報に及んでいることをさす⁽⁸⁵⁾」とした。ブランドイス論文自体にも、もとところとした新しい定義に馴染みやすい素地があった。例えばブランドイス論文は「通常、自己の思想・心情・情緒をどの範囲で伝えるかを決定する権利が、コモン・ロー上、保障されている⁽⁸⁶⁾」と述べている。また所有権的構成についてブランドイス論文は「人は自己の所有に属するものを公にすべきかを決定する権利がある⁽⁸⁷⁾」と述べ、所有権的構成を垣間見せている。

フリードに代表される自己情報コントロール権説に鋭い批判をしたのが、パーカーの⁽⁸⁸⁾説である。パーカーは、フリードの説の保障範囲の不的確性を指摘する。たとえば試験を受けた生徒が、その点数によって思いがけなく自らの不勉強さを明らかにされてしまった場合や、パーティーの客が主人に冷遇されることで人々に自らの立場の低さを露呈された場合等を例にとって「我々の情報のコントロールを喪失し、又は確保することのすべてが、プライバシーを

喪失し、又は確保しているということではない⁽⁸⁹⁾とし、自己情報コントロール権説の保障範囲が広すぎる点を批判する。これらの事例は、いずれも本人の意思によらず自己情報が他者に知られたものだが、これらは通常プライバシーの喪失ではないからである。また男女関係にあった恋人が別れた後に相手の裸体を覗き見した場合等を例にとり、自己情報コントロール権説の保障範囲が狭すぎる点を批判する。覗き見された者は相手方の行為によりプライバシーの喪失があったが、この者は覗き見した者に対して既に自らの裸体に関する情報を知らせていたのだから、自己情報に対するコントロールを喪失してないからである。従ってパーカーは「プライバシーの喪失の本質は情報に対するコントロールを喪失することではない。その本質は、誰が裸体を見得るかに対するコントロールを喪失することにある⁽⁹⁰⁾」とする。その上で彼は「プライバシーとは、いつ、誰に、我々の様々な一部 (part of us) が感受 (sensed) され得るかをコントロールすること⁽⁹¹⁾」と定義する。ここでいう「感受」とは、五感により認識することを指す。また「我々の一部」とは、単に我々の身体の一部だけでなく、声、創作物、更に我々に強く結びついているものを含む広い概念である。⁽⁹²⁾つまりパーカーは、直接には情報概念を用いてはいないが、「我々の一部」を広く解することで、事実上、これを情報概念と近い意味で用いている。

フリード達の説は、およそプライバシー権の問題とされる領域を一つの包括的権利概念で把握するものであるが、還元論から有力な批判がなされる。

ゲラティの説は⁽⁹³⁾、「法的概念が、空間一体に拡がってしまうガスのようなら、我々にとって益するものは全くない⁽⁹⁴⁾」とし、フリード達の自己情報コントロール権説の定義が何ら外延を示さないと批判する。そしてパーカーの説に一定の評価を下しつつも、なお不十分であるとする。そしてプロッサの四領域説を前提にプライバシー権と区別される

べき領域を示した上で「プライバシーとは、個人のアイデンティティの親密性に対する自律又はコントロール⁽⁹⁵⁾」と定義する。

ゲラティはプロッサーの「氏名・肖像の無断使用」につき、そもそも氏名や肖像は我々がコントロールし得ない公的アイデンティティ (public identity) であるとしてプライバシー権の領域と区別する⁽⁹⁶⁾。また「誤った印象の公表」についても公的アイデンティティの問題としてプライバシー権の領域と区別する⁽⁹⁷⁾。そしてこれら二領域を内包した自己情報コントロール権説は「コントロール」と「アイデンティティ」の概念を含むが、それらを限定する「親密性 (intimacy)」の概念を含まないと批判する⁽⁹⁸⁾。ここでいう「親密性」とは「自己又は他者の、身体及び精神にアクセスする精神作用⁽⁹⁹⁾」と定義される。そしてこの定義の最適の事例としてグリスワルド判決及びロー判決をあげ、それらで認められたプライバシーの範囲と「親密性」の範囲とを等しいとする。彼の定義を前提とした場合、個人情報の扱いが問題となるが、これについてゲラティはプライバシー権と区別されるところの信頼原則 (confidentiality) によって説明する。彼によるとプライバシー権は本人のみで維持できる情報を保障するのに対し、複数人で保持する情報は信頼原則によって保護される⁽¹⁰⁰⁾。

このようにゲラティの説は、プライバシー権を包括的に定義付けた自己情報コントロール権説に対し、プライバシー権の外延を示すことを意識して、他の法理によって説明すべきものをプライバシー権から外し限定しようとしたものと言える。

ゲラティがプロッサーの還元論を踏まえて限定したのに対し、別の限定を前提としたのがルーベンフェルドの説⁽¹⁰⁾である。またルーベンフェルドは、米国の（そしてわが国でも）通説である人格性理論を批判することでも注目される。

彼は、およそプライバシー権の問題とされてきた領域のうち、修正四条及び不法行為によって保護される問題と、いわゆる自己決定権の問題とを区別し、⁽¹⁰²⁾後者についてプライバシー権の定義を試みる。

ルーベンフェルドは人格性理論を次のように批判する。自己決定権の限界に関して人格性理論によれば二つの回答が考え得る。第一に「それは『悪い』または『不健康な』アイデンティティ⁽¹⁰³⁾とするものである。しかし「一般論として」この回答を用いることは困難である。その「明らかに規範的な回答は、人格性の論者の断固擁護しなければならぬ事柄、すなわち、広く受け入れられている、伝統的な『通常』の価値に逆らっても自己決定する権利が、放棄される⁽¹⁰⁴⁾」ことになりかねないからである。第二の回答として危害原理がある。「人格性は、ジョン・ステュワート・ミルの自分にかかわる行為 (self-regarding-acts) についての有名なテーゼに連なり、このテーゼから補強することができる⁽¹⁰⁵⁾」。しかしながら、この回答では「さらに困難な問題が残っているのである。つまり、人格性に含ませようとする行為も、同じように他者に影響を与えるかもしれないという問題が残るのである⁽¹⁰⁶⁾」。「人格性自体の見解では、プライバシーの権利は、偶像破壊を擁護するのであり、この権利によって人々は何らかの広範かつ強固に支持されている価値を無視しても、自己決定することができる⁽¹⁰⁷⁾」が、その反対者は「伝統的価値が衰退すれば、子供たちの幸福や社会の崩壊の危機に曝されるかもしれない、と固く信じている⁽¹⁰⁷⁾」。この対立に危害原理では答えられない。

また、そもそも人格性理論は「統一的な個人的アイデンティティ」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適用させられなくてはならない⁽¹⁰⁸⁾。

仮に同性愛的性行動がこの問題領域に属すると考えよう。「同性愛的性行動はこれを行う人々のアイデンティティ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。前者だとすれば、極論すれば売春でさえ憲法上の権利行使ということになる。勿論、性関係に伴う親密な関係がアイデンティティーにとって重要と考え、売春を否定出来るかもしれない。しかし親密な関係こそがアイデンティティーにとって重要だとしても、それが性関係と必然的関連にあるとは言い難い。性関係抜きでも親密な関係が築けることは疑いないからである。⁽¹⁰⁹⁾

次に後者ではどうか。つまり同性愛的性行動は「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」とする。しかし「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」。「『同性愛的アイデンティティー』という考えは……ひどく差別的な分類の仕方そのものに由来するものである。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」。「つまり、同性愛であることの理解の仕方では、異性愛であることが、正常なのである」⁽¹¹⁰⁾。このことを一般化して考えれば「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」⁽¹¹¹⁾。従って「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」⁽¹¹²⁾。妊娠中絶の自由に関しても同様である。

そこで彼は人格性によってプライバシー権を把握する試みを放棄し、次のような自説を展開する。

「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認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⁽¹¹³⁾。国家権力の積極的作用は、社会的価値を生み出し操作し得る。そのことに注目すれば、我々は国家権力が何を禁止するののかという表層的側面だけでなく、何を生み出そうとするのかという意図にまで注目する必要が生じる。従って「危険なのは、特殊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」⁽¹¹⁴⁾。そのことに留意して米国の判例をみた場合、自己決定権と抵触するとされた法律の多くは「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」。他方「プライバシート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」⁽¹¹⁵⁾。

このことから彼は自己決定権の原理を「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」⁽¹¹⁶⁾と主張する。このように定義されるプライバシートの権利が裁判規範足りえるのかについて彼は「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、プライバシートの事件においては、憲法上の制約を踏み越えるには、政府は、もっとひどいことをしなくてはならない」⁽¹¹⁷⁾とする。

このようにプライバシートの伝統的な定義化への試みは多種多様に及ぶ。しかしそのことを逆に言えば、こうした伝統的な定義化の試みでは満足のいく結論が出し得なかった証左でもあるだろう。

(二) 伝統的な定義化の試みへの批判

ここでは伝統的な定義化への試みに対するダニエル・J・ソルブの批判を概観したい。彼は従来の学説を批判するだけでなく、従来の学説の問題点が伝統的な定義化のアプローチの方法そのものに起因する点で注目される。

ダニエル・J・ソルブは、プライバシー権の伝統的な定義化の試みをプライバシー権の一つ又は複数の共通の本質的又は中核的性質を孤立させることによってプライバシー権を概念化するものとし、それに代わるものとして実用主義的アプローチを提案する。つまりトップダウンよりもボトムアップによってプライバシー権を概念化するアプローチを提案する。⁽¹¹⁸⁾

ここではソルブの議論に従って、まず伝統的な定義化の試みの不可能性をみておきたい。

ソルブによると伝統的な定義化の試みは、共通の本質的要素を見つけてそうした要素に基づいて概念を定義しようとしてきた。そして多くのプライバシー権の異なる概念が生み出されたけれども、ソルブはそれらを六つの表題において議論し得るとして、① 一人で放っておいてもらう権利、② 自身への限定されたアクセス、③ 秘密、④ 個人情報コントロール、⑤ 人格性、⑥ 親密性、をあげる。⁽¹¹⁹⁾

ソルブによるとこれらの概念によって定義化する伝統的な試みの最も一般的な問題は、その定義があまりに狭いかあまりに広いこととされる。⁽¹²⁰⁾ そしてソルブは、これらの概念の多くがプライバシー権について深遠な洞察を捉えるけれども、もしそれがプライバシー権概念の包括的説明として供されるものなら、それら各々の概念は重要な限界を持つと批判する。⁽¹²¹⁾ 以下、六つの概念に基づいて定義する学説に関するソルブの批判をみていく。

まず「一人で放っておいてもらう権利」に関してである。

一人で放っておいてもらう権利という定式をプライバシー権の定義として用いたウォーレンとブランダイスについて、ソルブは、ウォーレンとブランダイスの目的がプライバシー権の広い概念を提供することではなく、その代わりにコモンローにおけるプライバシーに関する権利の根拠を検討し、かつそのような権利が発達し得た方法を説明することであったと評価するが、一人で放っておいてもらう権利としてのプライバシーの定式は、単にプライバシー権の属性を記述するだけだとする。何故ならこのようにプライバシー権を理解するにしても、他の利益と比較して評価すべき方法に関して多くのガイダンスを提供できない、つまり我々に我々が放っておかれなければならない事柄を教えないからである。その論説は確かにプライバシー権の概念を発達するための重大な始まりであったけれども、一人で放っておいてもらう権利がしばしば裁判官及び研究者によって用いられるとき、それは広く漠然としたプライバシーの概念のままである。⁽¹²²⁾

第二に「自身への制限されたアクセス」に関してである。

ソルブによるとこの概念は、隠すこと及び他者から隔離することへの個人の願望を承認するもので、それは一人で放っておいてもらう権利概念と密接に関連し、おそらくその権利のより洗練された定式化とされる。⁽¹²³⁾

しかしソルブによると、いかなる事柄が私的であるかの概念なしに、制限されたアクセスの概念は実質的事柄を我々に教えないとされる。つまり自身への全てのアクセスがプライバシーを侵害するというわけではないため、その理論はプライバシー侵害を構成するのに必要なアクセスの程度の理解を提供しないのである。従って一人で放っておいてもらう権利概念と同様に、制限されたアクセス概念はあまりに広くてあまりに漠然としている。⁽¹²⁴⁾

第三に「秘密」に関してである。

プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察

プライバシー権の最も共通の理解の一つは、それが特定の事柄についての秘密を構成するというものである。そして秘密としてのプライバシー権概念は、自身への制限されたアクセスのサブセットとして理解され得る⁽¹²⁵⁾。

しかしソルブはプライバシー権が公開の回避以上のものを含むことから、秘密に基づく定義化を批判する。つまり我々は公にされているものにも、しばしばプライバシーを期待する。ほとんどの研究者が特定の秘密の公表をプライバシー侵害であると認めるものの、多くのプライバシー侵害は秘密の損失を含まない。従ってプライバシー権の公分母としての秘密は、プライバシー権概念をあまりに狭くするのである⁽¹²⁶⁾。

第四に「個人情報のコントロール」に関してである。

プライバシー権の最も支配的な理論の一つは個人情報のコントロールのそれであり、それは制限されたアクセスのサブセットとして理解し得る。しかしソルブはこの定義を一方であまりに狭すぎると批判する。つまり情報に焦点を当てることはプライバシー権をあまりに狭い概念にする。何故なら情報的でないプライバシー権の側面を排除するからである。例えばそれは、自身の体、出産又は自分の子供の養育に関する特定の基本的決定をなす権利である⁽¹²⁷⁾。

また他方であまりに広すぎると批判する。つまり同理論はしばしば個人がコントロールしなければならぬ情報の類型を定義し損なうため、その理論はあまりに漠然としている⁽¹²⁸⁾。

勿論、幾つかの学説は同理論に様々な限定を加えて独自の定義をしようとするが、ソルブによるとその試みは次のような困難を生じる。

たとえば前述のようにパーカーは感受のコントロールを主張するが、我々はほんの僅かなプライバシー侵害さえ認識されることなく、他者によって感受される。フリードはプライバシーの価値(尊敬、愛、友情、及び信用を促進す

ること) に関して述べ、おそらく「親密」な情報(尊敬、愛、友情、及び信用に関する関係を作り促進するのに必要な情報)として情報の範囲を定義するのだろうが、しかし親密な情報だけに限定することは、財産的な記録といった重要な情報を排除する。米国の判例上、財産的な記録も修正四条に関して問題とされてきたのである。また個人識別情報に限定する見解については、我々がプライバシーと知らない個人識別情報がかなり多くあることから、あまりに広すぎると批判する⁽¹²⁹⁾。

更にソルブは情報コントロールとしてのプライバシー権概念は、情報の「コントロール」が意味するものを定義できないと批判する。つまり同理論は、コントロールが実際に意味するものに関してほとんど仕上げを提供せず、それはあまりに狭く又はあまりに広く理解される。しばしばコントロールは情報における所有権の形態として理解されるが、物理的な物と違って情報は多くの人々の心の内で同時に所有され得る。所有としてのコントロールの理解は、多くの私的情報の共有的性質を把握する際に困難を生じる。つまりプライバシーの要求は所有の要求と同じものでないのである。そしてプライバシーには社会的構造的側面があり、個人のコントロールの行使についての事柄だけでは説明できないのである⁽¹³⁰⁾。

ソルブの批判を要約すれば、結局のところ個人情報コントロールとしてプライバシー権を概念化することは、あまりに漠然とし、あまりに広く、又はあまりに狭いということである。その理由としては次の点があげられる。即ち、① 個人がコントロールすべき情報を定義しなければ、情報コントロールの概念はあまりに漠然とする。だからといって② 個人情報定義しようとする、その概念は限定し過ぎるか、広すぎることになる。更に③ コントロールを所有の形態で理解するなら、その概念は多くの点で我々の思うプライバシー権と一致しない。最後に④ プライ

プライバシー権の問題を情報に縮減するため、他の多くの自由を排除することになり、狭くなりすぎることである。⁽¹³¹⁾

第五に「人格性」に関してである。

ソルブはこの理論が他の理論から独立するものではなく、しばしば何故プライバシーが重要なのか、自身の如何なる側面が制限されるべきなのか、又は我々がコントロールすべきなのは如何なる情報なのかを説明するために、他の理論とともに使われるとする。⁽¹³²⁾

ソルブは人格の十分な定義を明示しないために、人格性としてのプライバシー権の理論は、プライバシーが何であるかを説明することができないとする。また人格性としてのプライバシー権の理論は我々に我々がプライバシーを尊重する理由（個性、尊厳及び自律を保護するため）を述べるが、しかし我々の決定への州の干渉を制限することに通常焦点を当てるために、民間部門への関心をしばしば非常に小さくすると批判する。そして人格性理論は、如何にして人格性が保護されるのかを説明できないとする。⁽¹³³⁾

更にルーベンフェルドの説に言及し、ルーベンフェルドの人格性概念の批判は確かに是認されるけれども、人格性概念をすべて捨てるためにルーベンフェルドの試みは失敗すると述べる。もしプライバシー権が「我々の人生の全体性 (totality)」を脅す国家権力の行使だけに関係するなら保護さるだろう事柄を思いつくことが難しいことは、ルーベンフェルド自身が認めることだから批判に当たらないかもしれない。しかしソルブの次の批判は重要であろう。ルーベンフェルドは法が保護すべきアイデンティティの如何なる概念をも概略することを禁止する。何故なら、そうすることは自身を定義する権利を諸個人から奪い去ることになるだろうからである。しかしアイデンティティの概念を定義するすべての試みを断念することによって、ルーベンフェルドのプライバシー権の概念は漠然とした一人で

放っておいてもらう権利へと崩れ去る。ソルブは、人格性で保護すべきことを意味する法は人生の如何なる側面が個人にとって本質的であるのかについての見解を押し付け得るとする点で、ルーベンフェルドは正しいと評価する。しかしルーベンフェルドがアイデンティティを形成するすべての国家権力を「忌々しいもの」として批判するには、あまりに早計過ぎると批判する。国家権力のそうした行使のすべてが悪質なものというわけではないからである。⁽¹³⁴⁾

最後に「親密性」に関してである。

この理論は、プライバシー権が個人の自己創造にとっての本質的なものであるだけでなく、人間関係にとってもそうであることを適切に認める。⁽¹³⁵⁾

たとえばゲラティは親密性を定義の基礎におく。しかしソルブによるとゲラティは「アイデンティティ」及び「自律」の条件でプライバシー権を限定しようと試みるが、これらは個人が行うほとんど全ての行為又は決定に当てはまり得る非常に広い条件であるため、範囲の限定が不十分とされる。そしてこれらの範囲の限定がなければ、その「親密性」という語は「プライバシー」を単に言い換えた語に過ぎなくなり、どの事柄が私的かを決定する方法として不十分なものとなる。従ってゲラティの定義はあまりに広すぎることになる。他方、ソルブは親密性としてのプライバシー権の理論があまりに排他的に個人間の関係及びそれらによって生じた特定の感情に焦点を当てるため、あまりに狭いとする。愛や信用はプライバシー権によって促進されるけれども、これらはプライバシー権の唯一の目的でない。つまりプライバシー権は我々がこれらの目的を成し遂げるのに役立つけれども、これらの目的はプライバシー権の完全な概念を含まないのである。⁽¹³⁶⁾

以上、六つの表題に関するソルブの批判をみてきたが、いずれの概念に基づこうとも伝統的な定義化の方法をとる

限り、満足のいく概念化は不可能であったといえる。つまり伝統的な定義化の方法では、プライバシー権に関して我々が共有する直感に整合し切れないのである。ではそうした伝統的な定義化の方法によるプライバシー権の概念を裁判において用いるとしたら如何なることになるのか。その答えは、一方で我々がプライバシー権と考えない事柄がプライバシー権として保障され、他方で我々がプライバシー権として考える事柄がプライバシー権として保障されないことになる。そのことは明らかに有害といえよう。従ってそのことを逆に考えるなら、我々は、我々が共有する直感に整合し得る概念化へのアプローチを採用しなければならないことになる。そしてもしそのようなアプローチをとることが可能なら、それによって生み出される概念を裁判で用いることは有用なことだろう。

(三) 实用主義的アプローチ

これまでのプライバシー権概念はそれぞれ多くの洞察を含むけれども、プライバシー権の包括的説明としては狭すぎるか又は広すぎる。そのため幾つかの学説は還元論を提唱する。ソルブによると還元論者は、十分な正当化なしにプライバシー権が他の概念に由来しその逆ではないと仮定する。しかしソルブは、プライバシー権が他の概念と重なる部分があり得ることを認めつつも、それらで説明し切れないものもあると考える⁽¹³⁷⁾。

ではソルブはプライバシー権の概念化への如何なるアプローチを提示するのか。

ソルブは伝統的な定義化の試みに代わるものとして、ヴィトゲンシュタインの家族的類似性を踏まえて、实用主義的アプローチを提示する。それはコンテキスト及び偶発性の承認し、演繹的な知識の否定し、かつ具体的プラクティスに焦点を当てるアプローチである⁽¹³⁸⁾。従ってプライバシー権を概念化する作業への实用主義的アプローチは、プライ

パシー権の抽象的な概念を明らかにすることから始めるべきでなく、その代わりに特定のコンテキストにおいてプライバシー権を理解することに焦点を当てなければならない。また概念は「作業的 (working) 仮説」であり、具体的な状況内から創造されなければならない。具体的な状況との相互作用を通じて形成される。従って概念化へのこのアプローチは「概念の定義化」よりも「概念の理解」を重視するものである。そしてこのアプローチはトップダウンというよりもボトムアップによってなされる。⁽¹⁴⁰⁾

ソルブはプラクティスへの侵害に焦点を当ててプライバシー権を概念化する方法を提唱する。ここでいうプラクティスは広く様々な活動、習慣、規範、及び伝統に言及するものである。⁽¹⁴¹⁾ つまりソルブによるとプライバシー権についてすべてを結ぶ公分母を探すことよりもむしろ侵害の特定の類型及び侵害された特定のプラクティスに焦点を当てることによってプライバシー権を概念化しなければならないことになる。そしてもしプライバシー権が特定のプラクティスの侵害のウェブのような相互連結された類型として概念化されるなら、プライバシー権を概念化する行為はウェブのタイポグラフィから成らなければならないとされる。⁽¹⁴²⁾

またソルブによれば、公的又は私的なものとして特定の事柄を予め分類することは紛らわしいものとして否定される。それは第一に、我々が私的と考える事柄は時を経て変化するからであり、第二に、その変化は完全な変換でなく、しばしば微妙なものだったからである。⁽¹⁴³⁾ つまりある時期から公私の間に急激な変化が起きるのではなく、徐々に変化するからである。

勿論、公私の変化は歴史的偶発性によるだけではないのかもしれない。つまりプライバシー権を含む幾つかのプラクティスは我々の生物学的な性質に根拠を持つ。しかしながらソルブは、そのためにプラクティスから我々の焦点をそ

らしてはならないとする。たとえ特定の事柄のプライバシー権がある部分、生物学的欲求から生じるものとしても、我々はプラクティスを通して我々の欲求をコントロールするし、かつ、特定の活動についてのプライバシーへの単なる欲求が必ずしもそうした活動を私的なものにするわけではないからである。⁽¹⁴⁴⁾

ではもし私的なものと考えられるべきプラクティスの一貫した集合がないのなら、私的なものとして保護すべきものを我々は如何にして決定するのか。ソルブは、経験的に、歴史的に、そして規範的にプラクティスを評価することによって、そうした決定をなさなければならないとする。規範的な構成要素がなければプライバシー権概念は、現行のプライバシーの規範における現状報告を提供し得るだけである。従ってソルブによればプライバシー権は、パワーの問題とされる。それは単に社会の一般的な期待でなく、より大きな社会的構造の展望の産物なのである。法が私的なものとして保護すべきものを決定することは、規範的な分析に依存する。そしてそれは特定のコンテクストにおいてプライバシーの価値を検討することを我々に要求する。従ってプライバシー権を概念化する最も必要不可欠な側面の一つは、プライバシーの価値を識別することである。⁽¹⁴⁵⁾

プライバシーの価値は何がプライバシーかを明らかにするだけでなく、対立する価値とプライバシーの価値との比較考量を我々に可能とする。そしてソルブのアプローチにおいてプライバシーの価値は、関係するプラクティスの目的に依存する。⁽¹⁴⁶⁾

もしプライバシーが望ましいプラクティスを促進するのなら（即ちプライバシーが、そのプラクティスの構成要素であるために、プライバシーなしには不可能になるだろう場合）、プライバシーは促されなければならない。我々がプラクティスを形成する方法は我々の善の展望に依存し、その展望は我々が社会においてパワーを如何に構成したい

のか、そして我々が如何にして自身にパワーを付与したいのかを告げる。ソルブによればこのアプローチは、常に私的である特定の事柄を発見するために歴史へ目を向けるものではない。むしろ特定のプラクティスの発展及びパワーが社会で行使される方法を理解するために、歴史へ目を向けるものである。⁽¹⁴⁷⁾

その場合、如何にしてプライバシーは価値あるものと評価されるのか。ソルブは、① プライバシーが道具的に評価されなければならない、② プライバシーがコンテクスト的に評価されなければならないとする。⁽¹⁴⁸⁾

多くの学説はプライバシーが固有の価値（本質的に肯定的な価値）を持つとするが、ソルブはプライバシーが道具的価値を持つと主張する。また抽象的にプライバシー権を定義化する学説と異なり、ソルブは、プライバシー権全体に共通する価値はないと主張する。何故なら従来の学説が提示する目的がプライバシー権の全てのプラクティスにおいて促進されるわけではないからである。ソルブによれば我々は、特定のプラクティスの内でのプライバシーの価値に特に焦点を当てなければならないのである。⁽¹⁴⁹⁾

では何故、研究者や裁判官は、プライバシー権を概念化することへの実用主義的アプローチを採用しなければならないのか。ソルブによれば、それはプライバシー権に関する無数の問題を扱うためであり、もしそうしなければ、古い概念が解決を見つかる際に誤った道へ彼らを導くだろうからである。⁽¹⁵⁰⁾

ソルブは新しい問題に古い概念をはめ込もうとする代わりに、特定の問題の特別な状況を理解しようとしなければならないと主張する。如何なるプラクティスが侵害されているのか、それは如何なる方法でなされるのか、その侵害は他の侵害の形式と何処が類似して、何処が異なるのか、如何にしてこの侵害が社会及び社会的構造に影響するのか。特殊な概念であるプライバシー権の問題に取り組むとき、これらは尋ねられなければならない問題なのである。⁽¹⁵¹⁾

(四) 実用主義的アプローチの検討

さてソルブの見解を纏めるとおよそ次のようになる。

ソルブによると伝統的な定義化の試みは、すべてのプライバシー権のプラクティスに共通の要素を抽出し、その本質的要素に基づいて定義を行うものである。しかしながらその試みは、プライバシー権を把握するには狭すぎるか又は広すぎることになる。従って我々は、プライバシー権を把握するために別のアプローチをとる必要がある。そこでプライバシー権の概念化でソルブが目にしたのが、ヴィトゲンシュタインの有名な「家族的類似性」である。ごく簡単に言えば、ある家族の構成員をみたとき、それぞれ親子同士・兄弟同士・姉妹同士は少しずつどこかしら似ているが、すべての構成員に共通の要素はない。同様のことが言語（概念）の世界でもあり得るというものである。ソルブは、まさにプライバシー権という概念がその家族的類似性の例に当たると考える。従って我々は、プライバシー権のすべてのプラクティスに共通の要素を探すのではなくて、個々のプラクティス同士の限定された共通性・類似性を考察しなければならぬ。そしてプライバシー権は、それぞれのプラクティスが少しずつ幾つかの共通性・類似性をもって広がるウェブ状の相互連結された類型として概念化されなければならない。

さてこのソルブの試みは、一見すると単にプライバシー権をその下位概念に還元するだけと思われるかもしれない。しかし家族的類似性に注目して自説を展開することからすると、そう単純な議論ではないだろう。実際、ソルブは還元論を否定している。ソルブ自身は還元論を否定する詳しい理由を説明しないため、その点を補って検討したい。

筆者の補うところによれば還元論が否定される理由は、下位概念にしる何かしら定義化をすることが、第一にその定義の条件に含まれないコンテキストを捨象することだからであり、第二にその概念を固定化することだからである。

実用主義的アプローチで重要なことは、具体的コンテキストを重視し、かつ固定化しないことである。従ってたとえ下位概念に分解するにしろ司法が伝統的な定義化の方法を採用することは、実用主義的アプローチと基本的に矛盾する。また第三に、プライバシー権の概念を下位概念に分解するにしても、それら下位概念は、合計し得ない性質をもつだろうからである。

まず第一の点から検討したい。結論から言えば、定義化の試みを行った場合、通常、コンテキストへの考慮は概念の判断の段階でなく、それに続く司法審査のプロセスにおいて行われるだろうが、しかしプライバシー権という特殊な概念においては、概念の判断段階でコンテキストを考慮する必要があると考える。

例えばプライバシー権の下位概念として妊娠中絶の自由を想定し、妊娠中絶は人工的に胎児を母体外に排出することだと定義されたとしよう。そのとき妊娠中絶の自由に関して、一般論としては反対だが具体的コンテキストによっては認めるべきと考える人々と、逆に一般論としては賛成だが、如何なる場合においても自由に中絶をして良いかとなると疑問だとする人々が多数であるとしよう（そして実際にも、そうした人々が多数だろう）。このように人々の間に一般論として十分にコンセンサスを得られていない事柄に関して、裁判所が、まず基本的権利として妊娠中絶の自由を一般論として認めた上で、次に具体的コンテキストに即して司法審査を行い、当該事案の是非を判断することは果たして適切か（つまりロー判決の手法は適切だったか）。

リベラリズムの帰結した多様な価値観の並存し得る社会を前提とした場合、諸個人が最も基本的な問題（生や死など）についても（又は基本的な問題だからこそ）衝突や不一致に直面することは必然である。米国における妊娠中絶の自由に関する事柄は、この最たるものと言えよう。そうした場合、裁判所の役割は憲法的プラクティスの合意に留

めるべきである。もし人々にとって基本的なものであるにも関わらず（又はだからこそ）社会的に十分なコンセンサスを得ない事柄について、裁判所が一般論として特定の見解を示したなら、それに反対する立場から激しい批判を受けるだろう。そしてそのことは結果として司法の自律性を害しかねない。「原理についての司法の直接的な主張は、重要な利益をよく危険にさらすだろう。それは反対意見を刺激するだろう」。「それは司法の権威を危険にさらすだろう」。「基本原理にコミットするものでさえ裁判所は、そうした可能性に直面することを躊躇うべきである」⁽¹⁵²⁾。このような特徴をもつ問題領域においては、具体的コンテキストに限定された判断に留めるべきなのである。つまり少なくともこうした問題領域において裁判所の役割は司法ミニマリズム⁽¹⁵³⁾であるべきだろう。この司法の態度は、まさに実用主義的アプローチと通底するものである。

更にこうした事例においては裁判官の間で同調が得られず、その結果、司法判断の最低限の統一性さえ危うくするかもしれない。

キャス・R・サンステインは、ある裁判官が同じ合議体に属する他の裁判官の政治的屬性に起因する見解に影響を受けるのかに関して、次のような興味深い主張をする。即ち多くの問題領域において、裁判官は他の裁判官の政治的屬性に起因する見解に影響されるといっているのである。サンステインの主張するところによれば、例えばD・C・巡回控訴裁判所におけるアフーマティブアクションの取り扱われ方に関して、一九八〇年から二〇〇二年を通じて共和党系の裁判官は、総計二六七の判断のうち、一四〇、即ち五二%の無効判断をした。民主党系の裁判官は、一九八の判断のうち五一、即ち二六%の無効判断をした。つまりアフーマティブアクションの領域では、それぞれの政治的屬性に起因するイデオロギー的判断が顕著に見られるわけである。さてその場合に、民主党系の裁判官が二人の共和党

系の裁判官と合議するとき、又は共和党系の裁判官が一人の民主党系の裁判官と合議するとき、これらの判断のパートナーに如何なる変化が生じるのか。その答えは、孤立した民主党系の裁判官、つまり共和党系の二人の裁判官と合議した民主党系の裁判官は、アファーマティブアクションを無効にする三九%の判断をしたというものである。それは二人の民主党系裁判官と合議した共和党系の裁判官の三五%よりも高いのである。言い換えれば、二人の民主党系の裁判官と合議した共和党系の裁判官は、一人の共和党系の裁判官と合議した民主党系の裁判官よりもアファーマティブアクションを支持する可能性が高いのである。また共和党系の裁判官が、二対一の多数派であるときにアファーマティブアクションを無効にしたのは五一%であったのに比べて、全員が共和党系の裁判官の合議体において個々の共和党系の裁判官がアファーマティブアクションを無効と判断したのは六三%であった。全員が民主党系の裁判官の合議体において個々の民主党系の裁判官はわずか一八%しか無効判断をしなかったが、そのことは、共和党系の裁判官が合議体に行かないとき、アファーマティブアクションを支持する顕著な傾向を示している。⁽¹⁶⁴⁾つまり弱体効果と増強効果が見られたのである。これらの現象は性差別やセクシャルハラスメント等、多くの領域で見られる。

しかしサンステインによれば、例外的にこれらの現象が見られない領域として死刑と妊娠中絶の自由があったとする。即ちこれらの領域では、共和党系の裁判官と民主党系の裁判官の見解が一致しないという意味で政治的屬性がが决定的であるが、しかしイデオロギー的増強又はイデオロギー的弱体化は共に見られなかったのである。一九八二年から二〇〇二年を通じて連邦の中絶の自由に関する事案で、共和党系の裁判官は妊娠中絶の自由を侵害すると主張された制定法を無効にする四九%の判断をした。民主党系の裁判官は、そうした制定法を無効にする七〇%の判断した。しかしそれらの司法的判断は合議体の構成によって影響されなかった。死刑についてもその特徴は同様である。

一九九五年から二〇〇二年を通じて民主党系の裁判官は、死刑を退ける四二%の判断をした。そして全員が民主党系の裁判官、二人の共和党系の裁判官と一人の民主党系の裁判官、又は一人の民主党系の裁判官と二人の共和党系の裁判官のいずれの構成であろうと、民主党系の裁判官の判断の割合は事実上ほぼ同じである。共和党系の裁判官も合議体に重大な影響を受けることなしに、いずれの構成であっても死刑を無効にする約二〇%の判断を行ったのである。

サンスティンによれば「我々は、妊娠中絶と死刑の領域において、コミットメントが非常に深く働いていると推測できよう。生と死が文字通りに問題となる」ために、一般に見られる現象が生じないのである。⁽¹⁵⁵⁾ 同じ合議体に属する同僚の裁判官から影響を受けないとすれば、まして他の裁判所からの影響は受けまいだろう。つまりこれらの領域では、個々の裁判官の政治的屬性が直接その判断へと繋がるため、各々の裁判官が同調して全体としての司法のインテグリティを確保し難いのである。つまり具体的コンテキストに即して何とか一致し得る具体的プラクティスの判断に留めなければ(つまり具体的コンテキストを捨象した抽象的な一般論に踏み込んだ判断をしたなら)、そのイデオロギー的不一致が顕在化してしまうだろう。従ってこの点からも実用主義的アプローチが重要となる。幾分、逆説的に思われるかもしれないが、こうした領域においては司法のインテグリティを保つためにも、寧ろ司法ミニマリズムが適切だと考えられ、従ってそれと通底する実用主義的アプローチが必要とされるのである。

サンスティンの主張する裁判官の同調の問題やイデオロギーの増強効果及び弱体効果に関する考えは、プロセス法学的思考に馴染む人々にとって受け容れ難いものかもしれない。しかし司法とは幾つかの法領域において既に政治的なものであり、それはサンスティンの示すデータが多くの証左を提供する。⁽¹⁵⁶⁾ 従って司法の政治性を前提にして司法のあるべき態度を検討しなければならない。そして政治的枠組みの中で司法の役割を考えたとき、個々人のコミットメ

ントが非常に深く、かつ社会全体として十分にコミットメントが得られない領域に関わる法概念に関して、裁判所が一般論として定義することは司法の自律性を脅かすばかりか、司法そのもののインテグリティを害する虞がある。そうだとすれば、ロー判決以降の妊娠中絶の自由を巡る米国の議論が過度に激しいものとなってしまったのは、ロー判決の採用した手法に起因するところが大きいと言って良いだろう。

つまり司法の政治性の観点から司法の役割を考えたとき、我々はロー判決と異なる手法、即ち具体的コンテクストに限定して個々のプラクティスの是非を判断する実用主義的アプローチを採用しなければならぬのである。

第二に概念の固定化の問題である。プライバシー権はその用語そのものに内在して、何が私的な事柄か（それとの対比で何が公の事柄か）という問題と不可分である。しかしソルブも指摘することであるが、公・私の領域の区別は時代によって変化し、しかもその変化は徐々にであってしばしば微妙なものである。つまりプライバシー権は、公・私の領域の区別の問題を内在するが故に、そして公・私の領域の区別が一般に確定的でないが故に、固定化に適さない⁽¹⁵⁾のである。

ではそもそも何故、公・私の領域の区別が予め一般的に確定できないのか。本稿では詳しく論じる用意はないが、おそらく公・私の領域の区別とは、終局的に国家の役割に関連し、その国家の役割が確定し切れていない（又は確定できない）が故に、公・私の領域の区別が困難であると考ええる。仮に国家の役割が確定し得るにしても、司法の能力とその役割からして、その判断を司法に負わせることはおそらく適切ではないだろう。また公・私の領域の区別の問題が国家の役割から切り離して考えられるにしても、司法の能力とその役割からして、一般論としての公・私の領域の区別の判断を司法に負わせることでさえ適切でないだろう。従って司法は公・私の領域の区別という困難な問題を

避け、司法の能力とその役割に相応しい程度に問題を縮減したプライバシーの概念化へのアプローチの方法を採用しなければならぬ。つまり裁判所は司法の能力とその役割に相応しい程度にまでコンテキストを具体化し、個々のプラクティスに関してのみ判断すべきなのである。この点からも司法ミニマリズムに通低する実用主義的アプローチが重要となるのである。

さて、以上の二点は裁判所が定義化をなし得ない理由であったが、更に家族的類似性としてプライバシー権を概念化しなければならぬ第三の理由がある。その第三の理由とは、プライバシー権の概念が複数の下位概念に分解できない性質をもつことである。プライバシー権の概念化の困難性は単純に対象領域が広いというものではない。もしそうなら我々又は司法の能力に相応しい程度に対象領域を分節化し、それぞれ分節化した領域ごとに α 、 β 、 γ ……と定義し、それらを合わせたものがプライバシー権概念Aだとすればよい。

しかしおそらく、 α 、 β 、 γ ……の下位概念の定義は基本的に矛盾し合う要素を含み得るため、プライバシー権という上位概念に合計し得ないだろう。議論を単純化するため情報プライバシーの領域に限定して考えよう。一見すると情報プライバシーの概念は、消極的権利と積極的権利とに還元し得るかもしれない。つまり伝統的なプライバシーの問題であった私事の不開示についての権利と、現代的なプライバシーの問題である国家等の有する個人情報の開示・訂正請求権等とにである。しかしこの両者はそもそも国家像を異にする。つまり前者における国家は私的情報の収集といった形で私事に過度の介入をなさない存在であるのに対し、後者はそもそも私事へ介入してしまう国家を前提とする。つまりプライバシー権概念の多様性の特徴は、単純な領域の多様性にあるのではなく、その多様性が異なる国家像を前提とした多様性なのである。つまりその多様性を分節化してそれぞれの文節に応じて下位概念を定義す

ることが可能であったとしても、それら下位概念を合計したときに生じる国家像は互いに矛盾する奇妙な存在となり、そうした国家像との対応でみる上位のプライバシー権概念も自己矛盾を内在したものとなる。

従って領域を分解してそれに応じて下位概念を定義する試みは、一見すると我々又は裁判所の能力に相応しい形に問題を縮減し得る方法として評価できそうだが、実はそれら下位概念を上位のプライバシー権概念として合計し得ないという問題を生じる。それはプライバシー権の特殊な多様性に起因する。このことは、おそらく公・私の領域の変化と国家の役割の変化に関連するだろう。それらの変化がある時点で急激に生じるものなら、伝統的な公・私の領域とそれに応じる国家の役割を否定し、それに代わって新しい公・私の領域とそれに応じる国家の役割とを前提にし（もしそれだけの能力があれば）新しいプライバシー権概念を想定し得るかもしれないが、ソルブが指摘するようにしばしばその変化は微妙なものであった。つまりある時点で急激な変化が起きるのでなく、徐々に変化するのである。その結果、伝統的な公・私の領域を前提とした利益と新しい公・私の領域を前提とした利益とが混在するプライバシーの多様性が生じるのである。そしてこの特殊な多様性を司法に相応しい形に縮減するには実用主義的アプローチにやらなければならないだろう。

以上の点からプライバシー権の概念化の方法としては、プライバシーの問題領域を包摂する定義化の方法を採用し得ないばかりか、還元論の手法によって幾つかの下位概念を合計したものととして概念化することさえなし得ないのである。従って我々は具体的コンテキストに限定して個々のプラクティスごとに審査し、それらがウェブ状に相互連結したものとしてプライバシー権を概念化するアプローチの方法を採用するしかないのである。またその方法によって、我々はプライバシー権をより正確に理解し得るばかりか、司法に相応しい形に問題を縮減し得るのである。そのこと

は司法の自律性を擁護するばかりか、具体的コテキストごとの個々のプラクティスの審査の積み重ねによって一定の先例拘束性を受けることから、司法のインテグリティに資する。そしてこうした結論は、プライバシー権に内在する特殊な多様性に起因するものである。

四・結 び——実用主義的アプローチの課題

本稿は、米国のプライバシー権に関する主要な憲法判例及び学説を概観し、ソルブの主張を紹介して、伝統的な定義化の試みの不可能性を考察し、それに代わる概念化へのアプローチとして実用主義的アプローチをみてきた。

伝統的な定義化の試みは、すべてのプライバシー権のプラクティスに共通の要素を抽出し、その本質的要素に基づいて定義化を行うものである。しかしながら、その試みは、プライバシー権を把握するには狭すぎるか又は広すぎることになる。従って我々は、プライバシー権を把握するために別のアプローチをとる必要がある。そこでプライバシー権の概念化においてソルブが注目したのが、ヴィトゲンシュタインの有名な「家族的類似性」である。ソルブはまさにプライバシー権という概念がその家族的類似性の例に当たると考える。つまり我々は、プライバシー権のすべてのプラクティスに共通の要素を探すのではなくて、個々のプラクティス同士の限定された共通性・類似性を考察しなければならぬ。そしてプライバシー権は、それぞれのプラクティスが少しずつ幾つかの共通性・類似性をもって広がるウェブ状の相互連結された類型として概念化されなければならない。それは単に下位概念に還元する手法ではない。この概念化への実用主義的アプローチは、急速な技術革新に伴って生じ得るだろう新しい問題に柔軟な対応をなし得る利点をもつ。実際、そうした対応を迫られた米国の連邦最高裁判所がプライバシー権の定義化を避け、プライバ

シー権に関して判断する際に用いる主観的期待と社会的合理性という枠組みは、このアプローチに通底する。また実用主義的アプローチに通底する手法をとる連邦最高裁の判断は、実用主義的アプローチの十分性を証明しているといえよう。その方法によって、我々はプライバシー権をより正確に理解し得るばかりか、司法に相応しい形に問題を縮減し得るのである。そのことは司法の自律性を擁護するばかりか、具体的コテクストごとの個々のプラクティスの審査の積み重ねによって一定の先例拘束性を受けることから、司法のインテグリティに資する。

おそらくプライバシー権の問題は、伝統的な定義化の試みを行うにはあまりに変化し、あまりに多様になり過ぎた。そして（その理由には様々なものがあり得るが）これからも更に変化し多様化していくだろう。ゲラティがプライバシー権と信頼原則とを区別し、ルーベンフェルドがプライバシー権と修正四条及び不法行為上の問題とを区別したところ等は、プライバシー権の射程を限定するという形で、その多様性に応じたものといえる。しかしそうした限定を試みても、プライバシー権の問題は、なお多様に過ぎるのである。しかもその多様性は単に対象領域が広いという意味に留まらない特殊な多様性である。

こうしたプライバシー権の特殊な多様性に鑑みた場合、プライバシー権のすべてのプラクティスに共通で、かつその他のプラクティスから区別し得る要素を抽出することは不可能である。そのため伝統的な定義化の試みは不正確なものになる。せいぜいその試みが有益とされるのは、プライバシー権の一面を説明する際であろう。しかもそれはあくまで説明として有益なのであって下位の法概念として用いることは出来ない。我々又は裁判所は還元論さえ採用し得ない。従って我々は、個々のプラクティスに焦点を当てた実用主義的アプローチによって、この特殊な多様性をもつプライバシー権を理解するべきであろう。それは不十分なものと感じられるかもしれないが、少なくとも我々を

正確な理解へと導き得る。言い換えれば、プライバシーの存否に関する我々の共有する直感（しかもその直感そのものが特殊な多様性を示す）に整合し、かつ裁判においてその概念を用い得るためには、簡潔な言葉による定義化の試みを放棄しなければならないのである。

なお本稿では我が国の憲法判例及び学説に関して論じて来なかったが、しかし幾分か特殊な状況が存在するにしても、基本的に本稿での主張は我が国にも同様に言い得るものと考えられる。

しかしながら、こうした実用主義的アプローチにも残された課題がある。

たとえば個々のプラクティスの共通性・類似性を考察する抽象化のレベルは如何に設定すべきか。その抽象性のレベルを高めれば、如何なるプラクティスにも共通性・類似性を見出すことになるだろうし、逆に抽象性のレベルを下げれば、ほとんどのプラクティスに共通性・類似性を見出せなくなる。

この問題に関してソルブは、好ましい同一のレベルがあることに疑問をもつとしながらも、ほんの少しの状況だけに付随するように狭く設定することを勧めないと述べるに留まる。⁽¹⁵⁸⁾特にこの問題は、ケイシー判決でのレーンキストの主張を踏まえたとき、重要性を増す。ケイシー判決でレーンキストは次のように述べた。「ロー判決において、連邦最高裁は、『女性が自身の妊娠状態を終了させるか終了させないかを決定することを包含するに足るほど十分に広い』ものである『個人のプライバシーの保障』を承認した」。しかし「婚姻、生殖、避妊と異なつて、妊娠中絶は『故意に潜在的生命を終了させることに関わる』。従つて妊娠中絶の判断は『特殊なものと認められ、個人あるいは家族のプライバシー及び自律の名のもとで連邦最高裁が保護してきたものと異なる種類のものとして認められ』なければならぬ。妊娠状態において女性はアイソレートしているわけではなく、妊娠中絶の決定は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⁽¹⁵⁹⁾」。

ロー判決の立場とレーンキストの立場との違いは、まさにプラクティスの共通性・類似性を判断する際のコンテキストの抽象化のレベルの違いといえよう。そしてこの問題は、中絶の自由の問題の本質に関わる得るものである。

しかし確かにこの問題は概念化の実用主義的アプローチの留意すべき課題であるが、プライバシー権の特殊性に鑑みたととき、このアプローチの有用性・必要性を否定するものではないだろう。

- (1) 榎原猛「総説」榎原猛編『プライバシー権の総合的研究』、一一二頁、法律文化社、一九九一年。
- (2) 同書・榎原、一一三頁。
- (3) Richard B. Parker, *A Definition of Privacy*, 27 Rutgers Law Review 275, 1974.
- (4) 註一・榎原、二三頁。
- (5) Whalen v. Roe, 429 U. S. 589, 1977.
- (6) *Id.* at 599-600.
- (7) Boyd v. United States, 116 U. S. 616, 1886.
- (8) *Id.* at 630.
- (9) Warden, Maryland Penitentiary v. Hayden, 387 U. S. 294, 1967.
- (10) *Id.* at 301-302.
- (11) Olmstead v. United States, 277 U. S. 438, 1928.
- (12) *Id.* at 464.
- (13) *Id.* at 465-466.
- (14) Nardone v. United States, 302 U. S. 379, 1937.
- (15) Nardone v. United States, 308 U. S. 338, 1939.
- (16) Goldman v. United States, 316 U. S. 129, 1942.

プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察

- (17) Silverman v. United States, 365 U. S. 505, 1961.
- (18) *Id.* at 511.
- (19) Katz v. United States, 389 U. S. 347, 1967.
- (20) *Id.* at 350.
- (21) *Id.* at 351.
- (22) *Id.* at 353.
- (23) *Id.* at 352.
- (24) Smith v. Maryland, 442 U. S. 735, 1979.
- (25) *Id.* at 740.
- (26) *Id.* at 742.
- (27) *Id.* at 743-744.
- (28) Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479, 1965.
- (29) *Id.* at 485-486.
- (30) Eisenstadt v. Baird, 410 U. S. 113, 1973.
- (31) *Id.* at 443.
- (32) *Id.* at 454.
- (33) 橋本公巨「プライバシーの権利」芦部信喜、奥平康弘、橋本公巨編『アメリカ憲法の現代的展開 1人権』二二頁(一九七八年、東京大学出版会)。
- (34) Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 1973.
- (35) Palko v. Connecticut, 302 U. S. 319, 325, 1937.
- (36) *Supra* note 34 at 152.
- (37) *Id.* at 153.
- (38) *Id.* at 155.

- (39) City of Akron v. Akron Ctr. For Reproductive Health, 462 U. S. 416, 1983.
- (40) *Id.* at 434.
- (41) *Id.* at 434-435.
- (42) 回産の禁止と「回産」の禁止と Planned Parenthood Ass'n v. Ashcroft, 462 U. S. 476, 1983 年 4 月 29 日。
- (43) Simopoulos v. Virginia, 462 U. S. 506, 1983.
- (44) *Id.* at 516.
- (45) *Id.* at 516.
- (46) *Id.* at 519.
- (47) Mazurek v. Armstrong, 520 U. S. 968, 1997.
- (48) *Id.* at 974.
- (49) Planned Parenthood v. Danforth, 428 U. S. 52, 1976.
- (50) *Id.* at 76.
- (51) *Id.* at 451.
- (52) なお、正常分娩の際に、胎児の健康・生命に対し要求されるものと同様の注意義務を妊娠中絶の際にも要求することによって、妊娠中絶の方法に一定の制限を設けたことが争われた事例として、前述の Planned Parenthood v. Danforth, 428 U. S. 52, 1976 の例 Colautti v. Franklin, 439 U. S. 379, 1979 年 4 月 29 日。
- (53) Stenberg v. Carhart, 530 U. S. 914, 2000.
- (54) *Id.* at 921.
- (55) Maher v. Roe, 432 U. S. 464, 1977.
- (56) *Id.* at 471.
- (57) *Id.* at 471-472.
- (58) *Id.* at 473-474.
- (59) Harris v. McRae, 448 U. S. 297, 1980.

プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察

- (60) なお、妊娠中絶への医療扶助につき、州が治療目的の場合に限定したところ、それが連邦社会保障法第一九編に違反するかを争ったものとして、メイハー判決の同日に出された *Beel v. Doe*, 432 U.S. 438, 1977 があり、判決は合法と判断している。
- (61) *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173, 1991.
- (62) *Id.* at 193.
- (63) *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519, 1977.
- (64) *Id.* at 521.
- (65) *Id.* at 523.
- (66) *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 1989.
- (67) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992.
- (68) *Supra* note 49 at 70.
- (69) *Id.* at 71.
- (70) *Id.* at 75.
- (71) *Bellotti v. Baird* 443 U.S. 622, 1979.
- (72) *Planned Parenthood v. Ashcroft*, 462 U.S. 416 at 493, 1983.
- (73) *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417, 1990.
- (74) *Ohio v. Akron Ctr for Reproductive Health*, 497 U.S. 502, 1990.
- (75) *Lambert v. Wicklund*, 520 U.S. 292, 1997.
- (76) なおケイシー判決以降の判例は妊娠中絶の規制そのものよりも、妊娠中絶の自由を巡る議論のあり方に関するものが目立ち、特に重要な争点となるものがバンファ・ブーンである。Madsen v. Women's Health Ctr., 512 U.S. 753 (1994), Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000) なども反妊娠中絶運動に対するバンファ・ブーン規制の合憲性が争われたものである。
- (77) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 5 Harvard Law Review 193, 1890.
- (78) *Id.* at 193.
- (79) *Id.* at 218.

- (38) William L. Prosser, *Privacy*, 48 California Law Review 383, 1960.
- (18) *Id.* at 389.
- (38) Edward J. Bloustein, *Privacy as An Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 New York University Law Review 962, 1964.
- (38) Prosser, *supra* note 80, at 422.
- (48) Bloustein, *supra* note 82, at 973.
- (58) Charles Fried, *Privacy*, 77 Yale Law Journal 475, at 482, 1968.
- (38) Warren & Brandeis, *supra* note 77, at 198.
- (58) *Id.* at 199.
- (88) Richard B. Parker, *A Definition of Privacy*, 27 Rutgers Law Review 275, 1974.
- (88) *Id.* at 279.
- (66) *Id.* at 280.
- (16) *Id.* at 281.
- (26) その具体的な範囲は、それぞれの文化によって決まるという。 *Id.* at 281.
- (36) Tom Gerety, *Redefining Privacy*, 12 Harvard Civil Right—Civil Liberties Law Review 233, 1977.
- (46) *Id.* at 234.
- (56) *Id.* at 236.
- (66) *Id.* at 247-255.
- (67) *Id.* at 255-261.
- (86) *Id.* at 263.
- (96) *Id.* at 268.
- (100) *Id.* at 282.
- (101) Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 Harvard Law Review 737, 1989. 同論説の邦訳書として後藤光男他共訳『プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察

イバシーの権利』三六一—三七頁（敬文堂、一九九七年）参照。なお本稿では特別な事情のない限り同邦訳書の訳に従う。

- (102) *Id.* at 740.
- (103) *Id.* at 756.
- (104) *Id.* at 756.
- (105) *Id.* at 756.
- (106) *Id.* at 758.
- (107) *Id.* at 759.
- (108) *Id.* at 798.
- (109) *Id.* at 778.
- (110) *Id.* at 780.
- (111) *Id.* at 781.
- (112) *Id.* at 781.
- (113) *Id.* at 775.
- (114) *Id.* at 784.
- (115) *Id.* at 784.
- (116) *Id.* at 784.
- (117) *Id.* at 785.
- (118) Daniel J. Solve, *Conceptualizing Privacy*, 90 California Law Review 1087, at 1090-1092, 2002.
- (119) *Id.* at 1094.
- (120) *Id.* at 1094.
- (121) *Id.* at 1099.
- (122) *Id.* at 1102-1103.
- (123) *Id.* at 1102.

- (124) *Id.* at 1104.
- (125) *Id.* at 1104-1105.
- (126) *Id.* at 1108-1109.
- (127) *Id.* at 1109-1110.
- (128) *Id.* at 1111.
- (129) *Id.* at 1111-1112.
- (130) *Id.* at 1112-1115.
- (131) *Id.* at 1115.
- (132) *Id.* at 1116.
- (133) *Id.* at 1118.
- (134) *Id.* at 1120.
- (135) *Id.* at 1121.
- (136) *Id.* at 1123.
- (137) *Id.* at 1124-1125.
- (138) *Id.* at 1096-1099.
- (139) *Id.* at 1127.
- (140) *Id.* at 1128-1129.
- (141) *Id.* at 1129.
- (142) *Id.* at 1130.
- (143) *Id.* at 1132.
- (144) *Id.* at 1141.
- (145) *Id.* at 1142-1143.
- (146) *Id.* at 1143.

プライバシー権の概念化へのアプローチに関する一考察

- (147) *Id.* at 1144.
- (148) *Id.* at 1144-1145.
- (149) *Id.* at 1145-1146.
- (150) *Id.* at 1146.
- (151) *Id.* at 1147.
- (152) Cass R. Sunstein, *Designing Democracy What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, at 206. なお同書の抄訳として、孝忠延夫、小林直三他、紹介「カス・R・サンステイン『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』(二〇〇一年)(一)(一・完)」関西大学法学論集五二巻三号四七一頁(二〇〇二年)、同論集五二巻六号四六〇頁(二〇〇三年)。なおカス・R・サンステインの理論の全体像及びそれに対する筆者の評価として、差し当たり、同・紹介「カス・R・サンステイン『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』(二〇〇一年)(二)」関西大学法学論集五二巻三号四七二―四七六頁(二〇〇一年)を紹介するにあたって「孝忠延夫、小林直三担当箇所)、同・紹介「カス・R・サンステイン『民主主義の設計——憲法は何をなすのか』(二〇〇一年)(二)(完)」関西大学法学論集五二巻六号四八一―四九二頁(二〇〇三年)、「三、結びにかえて」拙稿)参照。
- (153) 裁判所の役割としての司法ミニマリズムに関しては、差し当たり拙稿「自己決定と裁判所の役割——妊娠中絶の自由からマリズムに関する一考察(一)(二)(三)」早稲田大学大学院法研論集第一〇九号三一八頁、同論集第一一〇号四〇四頁、同論集第一一一号五〇二頁(二〇〇三年)など参照。
- (154) Cass R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, 2003, at 170.
- (155) *Id.* at 183.
- (156) *Id.* at 169-176.
- (157) なお、もし固定化をなし得るなら、その分においてコンテキストを捨象し得るだろう意味で、この第二の問題は第一の問題と関連する。
- (158) *Id.* at 1154.
- (159) *Supra* note 67 at 951-952.