

# アメリカ憲法学におけるプライバシー権の展開

## Evolution of the Right to Privacy 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. プライバシー権の展開過程

II. プライバシー概念の転換

III. プライバシー権の射程範囲

IV. プライバシー権をめぐる二つの保護理論

結語

はじめに

アメリカ憲法学におけるプライバシー権には、私的領域内において、公権力の干渉を受けずに、個人がある種の重要な決定を独立して行うことができるという個人の自己決定を保護する意味も含まれると理解されている<sup>1</sup>。しかし、近代立憲主義の基本原則である「個人の尊重」が「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>2</sup>」という個人主義の原理と捉え、それがアメリカ合衆国憲法の基礎にも据えられているとするならば、個人の自己決定が憲法上保護されるのは当然のことではないか。にもかかわらず、プライバシー権の名のもとに、私的領域内の個人の自己決定をわざわざ憲法上保護することにどのような意義があるのか。

本稿では、このような問題意識のもと、何故、アメリカ憲法学においてプライバシー権が個人の自己決定を保護するまで拡大したのかをプライバシー権の展開過程を検討することで明らかにする。ただし、プライバシー権の展開に関する本稿のアプローチ方法は、これまで典型的に用いられてきたアメリカ合衆国最高裁判所（以下、合衆国最高裁とする）判例の歴史的展開を概観するといった従来のアプローチ方法とは異なるものである。

何故なら、従来のアプローチ方法における各判例の取り扱い方は、時系列としての連続性はあったにせよ、それぞれ別個、独立した見られ方に留まっていたように思えるからである。このアプローチ

<sup>1</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣（1994年）391頁。

<sup>2</sup> 宮沢俊義『憲法Ⅱ[新版]』有斐閣（1959年）213頁。

方法では、憲法に明示されていない個別的自由をプライバシー権によって保護されるか否かといった、いわばプライバシー権に含まれる個別的自由の検討が主体となってしまっていた感がある。これでは、何故、プライバシー権が問題となる個別的自由を保護できるのか、換言すれば、プライバシー権とはいかなる権利なのかといったアメリカ憲法学におけるプライバシー権の全体像が見えにくいように思える。

そこで本稿では、アメリカ憲法学におけるプライバシー権の展開を追うにしても、主眼を個別的自由からプライバシー権本体に移して考察する。すなわち、従来、個別的自由を保護するか否かといった観点から見てきたが、本稿では、プライバシー権がそれらの自由を含むことができるための個別的事情や保護理論といった要素を俎上にあげ、アメリカ憲法学におけるプライバシー権の「論理」の展開を構造的に分析する。

そのため、Iではアメリカ憲法学において個人の自己決定を保護するまでに至ったプライバシー権の歴史的展開を概観する。IIでは、プライバシー概念の転換という観点から、*Griswold v. Connecticut*<sup>3</sup>（以下、*Griswold* 判決とする）と *Eisenstadt v. Baird*<sup>4</sup>（以下、*Eisenstadt* 判決とする）を比較検討する。IIIでは、プライバシー権の射程範囲という観点から、*Eisenstadt* 判決と *Roe v. Wade*<sup>5</sup>（以下、*Roe* 判決とする）を比較検討する。IVでは、プライバシー権をめぐる保護理論という観点から、*Griswold* 判決の半影理論と *Roe* 判決の実体的デュー・プロセス理論を検討する。こうした視点からの再検討は、アメリカのプライバシー権をその沿革に持ち、未だ議論の渦中にあるわが国の自己決定権の素材としても有益であると考えられる。

## I. プライバシー権の展開過程

アメリカ合衆国憲法は、プライバシー権について明文規定していない。しかし、アメリカ社会が発展するにつれて、社会秩序を維持するために、プライバシーに権利性を持たせようとする動きが見られるようになった<sup>6</sup>。そうした中、Samuel Warren（以下、Warren とする）と Louis Brandeis（以下、Brandeis とする）が著した「*The Right to Privacy*<sup>7</sup>」は、アメリカにおいて「プライバシー」という言葉をより有名にさせた論文であるといわれている<sup>8</sup>。

Warren と Brandeis が論じたプライバシーとは、「一人で放っておいてもらう権利（right to be let

<sup>3</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>4</sup> 405 U.S. 438 (1972).

<sup>5</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>6</sup> 例えば、1880年の *Newell v. Whitcher*, 53 Vt. 589 において「静かなる居住およびプライバシー権（right of quiet occupancy）」という表現で、プライバシーに権利性を持たせて捉えている。

<sup>7</sup> Samuel Warren, Louis Brandeis, “*The Right to Privacy*”, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). なお、邦訳としてサムエル・D・ウォレン/ルイス・D・ブランドイス（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>8</sup> Benjamin E. Bratman, *Brandeis and Warren’s “The Right to Privacy and the Birth of the Right to Privacy”*, 69 TENN. L. REV. 623, at 626 (Spring, 2002).

alone) 」と呼ばれるものである。その目的は、人の興味を惹きつけるための扇動的な報道や人の肖像を無断で広告に使用することによって侵される個人の「私生活や家庭生活の神聖な領域」の保護にあった<sup>9</sup>。例えば、日刊紙のコラムなどで書きたてられるゴシップなどの類は、彼らに言わせれば「家庭生活の領域を侵すことによってしか入手できない種類」のものであり、それによって報道された個人は精神的苦痛や悲嘆に苦しむことになる<sup>10</sup>。その結果として、人々は墮落し、「社会規範や道徳性の低下をもたらす<sup>11</sup>」おそれがある。そのため、彼らは、プライバシーを個人が独自にライフスタイルを形成するために不可欠な権利である位置づけたのである。

この論文の影響で、イエロー・ジャーナリズムに対する個人のプライバシー権侵害を主張する訴訟が増え、初期のプライバシー権は民事法上の不法行為法の法理として認識されるようになった<sup>12</sup>。ただ、初期のプライバシー権は、個人の私生活や家庭生活を「神聖な領域」としていたように、私的空間内における私事の公開を回避する「私事の秘匿」の保護を目的とするものであり、個人の「自己決定」の保護を目的とするものではなかった<sup>13</sup>。

また、1960年代以前までのアメリカにおけるプライバシー法理は、憲法上、十分な注意が払われていなかったとされている<sup>14</sup>。これは、実際に、1960年以前までの合衆国最高裁判例からも窺い知ることができる。例えば、今日、プライバシー権の判例として認識されている *Meyer v. Nebraska*<sup>15</sup>（以下、*Meyer* 判決とする）と *Pierce v. Society of Sisters*<sup>16</sup>（以下、*Pierce* 判決とする）では、それぞれ第 14 修正を根拠に「親の子どもを養育する権利」と「親の子どもの養育と教育を方向付ける権利」が憲法上保護されたが、当時、そうした権利がプライバシー権に含まれるとは認識されていなかった。

憲法問題としてプライバシー権が論じられ始めたのは、避妊具の使用を禁止する Connecticut 州法<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Warren and Brandeis, *supra* note 7 at 195-196. ウォレン/ブランドイス（外間訳）・前掲論文注（7）19頁。

<sup>10</sup> *Id.* at 196. ウォレン/ブランドイス（外間訳）・同 19頁。

<sup>11</sup> *Id.* ウォレン/ブランドイス（外間訳）・同 19頁。

<sup>12</sup> See, e.g., William L. Proseer, "Privacy", CAL. L. REV. 48 (1960).

<sup>13</sup> MICHNAEL J. SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT, 94 (1996). マイケル・J・サンデル・（金原恭子・小林正弥訳）『民主政の不満 公共哲学を求めるアメリカ（上）』（勁草書房、2010年）119頁。

<sup>14</sup> *Id.* at 97. サンデル・（金原/小林訳）・同 119頁。

<sup>15</sup> 262 U.S. 510 (1923).

<sup>16</sup> 268 U.S. 510 (1925).

<sup>17</sup> CONN. GEN. STAT. §53-32 (1958).

"Any person who uses any drug, medicinal article or instrument for the purpose of preventing conception shall be fined not less than fifty dollar or imprisoned not less than sixty days nor more than one year or both."

「避妊を目的に、避妊薬あるいは避妊具などの薬物を使用した者は、60ドル以上の罰金又は60日以上1年以下の懲役に処し、又は併科する。」（筆者訳）。

CONN. GEN. STAT. §54-196 (1958).

"Any person who assists, abets, counsels, causes, hires or commands another to commit any offense may be prosecuted and punished as if he were the principal offender."

「他人に罪を犯すよう命令し、助成し、助言する者、又は他人を教唆し、誘引し、雇用した者は、犯罪者として起訴され、罰せられる。」（筆者訳）。

の合憲性が争われた *Poe v. Ullman*<sup>18</sup>（以下、*Poe* 判決とする）においてである。*Poe* 判決の法廷意見は、当該法律が 80 年間適用されていないことから司法判断の適合性を欠くとして本件を却下したが、反対意見を述べた Douglas 裁判官と Harlan 裁判官は、当該法律は「婚姻関係という親密性に影響を及ぼす<sup>19</sup>」ものであり、「個人の私生活という最も親密な事柄に関する行為におけるプライバシーの過度で不当な侵害である<sup>20</sup>」という、プライバシー権に憲法上の保護を与える見解を付していた。

この *Poe* 判決における両裁判官の見解が法廷意見として扱われ、プライバシー権が憲法上の権利として初めて承認されたのは 1965 年の *Griswold* 判決である。*Griswold* 判決では、*Poe* 判決において問題となっていた Connecticut 州法の当該条項が夫婦のプライバシーを侵害するものとして再び問題となった。法廷意見を述べた Douglas 裁判官は、「権利章典中のある特定の保障は、放射によって形成される半影 (penumbra) を有し、これらの諸保障に生命と実体を与えることに役立っている<sup>21</sup>」として、第 1 修正・第 3 修正・第 4 修正・第 5 修正・第 9 修正に求める半影理論によってプライバシー権の憲法上の根拠を導き出し、Connecticut 州法の規定を違憲とした。

その後、1972 年の *Eisenstadt* 判決においてプライバシー権は「子供を産むか否か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<sup>22</sup>」として捉えられた。その結果、未婚者への避妊具の配布を規制する Massachusetts 州法 21 項<sup>23</sup>と 21 (A) 項<sup>24</sup>は、

---

<sup>18</sup> 367 U.S. 497 (1961).

<sup>19</sup> *Id.* at 519 (Douglas, J., dissenting).

<sup>20</sup> *Id.* at 539 (Harlan, J., dissenting).

<sup>21</sup> *Griswold*, 389 U.S. at 484.

<sup>22</sup> *Eisenstadt*, 405 U.S. at 453.

<sup>23</sup> MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 272, § 21 (1966).

“Except as provided in section twenty-one A, whoever sells, lends, gives away, exhibits or offers to sell, lend or give away an instrument or other article intended to be used for self-abuse, or any drug, medicine, instrument or article whatever for the prevention of conception or for causing unlawful abortion, or advertises the same, or writes, prints, or causes to be written or printed a card, circular, book, pamphlet, advertisement or notice of any kind stating when, where, how, of whom or by what means such article can be purchased or obtained, or manufactures or makes any such article shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than five years or in jail or the house of correction for not more than two and one half years or by a fine of not less than one hundred nor more than one thousand dollars.”

「21(A)項に規定する場合を除いて、自慰行為の用に供されることを意図する器具若しくは物又は受胎の予防若しくは不法な墮胎の用に供される如何なる薬物、医療薬品、器具若しくは物を、販売し、貸与し、配布し、展示し、又は販売、貸与若しくは配布の依頼をし、又は同様のものの広告を出し、又はいつ、どこで、どのようにして、誰に、どのような手段で、そうした物が購入若しくは入手されるかを示す、如何なる種のカード、チラシ、書物、パンフレット、広告物若しくは掲示物を、印刷し、書き、若しくは印刷し、又は出版する準備をし、又はこのような物を、製造若しくは制作した者は、州刑務所にて5年以下の懲役若しくは2年半以下の矯正施設への収容、又は100ドル以上1000ドル以下の罰金に処する。」（筆者訳）。

<sup>24</sup> MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 272, § 21A (1966).

“A registered physician may administer to or prescribe for any married person drugs or articles intended for the prevention of pregnancy or conception. A registered pharmacist actually engaged in the business of pharmacy may furnish such drugs or articles to any married person presenting a prescription from a registered physician.”

「登録された医師は、既婚者に、避妊薬又は避妊具を投与若しくは処方することができる。薬局業を行う登録された薬剤師は、登録された医師の処方に従い、既婚者に避妊薬又は避妊具を販売することができる。」（筆

第 14 修正の平等保護条項違反として違憲とされた。

そして、1973 年、墮胎の自由が問題となった *Roe* 判決では、プライバシー権を「『基本的』もしくは『秩序ある自由の概念の中に暗に示されている』とされる個人の権利」と捉え、「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>25</sup>」として、プライバシー権には自己決定を保護する意味も包含されることを明らかにした。ただし、プライバシー権は無制限に認められるものではなく、州に「やむにやまれぬ利益 (compelling interest)」がある場合には制約できるとされた。そのため、合衆国最高裁は、トライメスター枠組<sup>26</sup>を採用し、その結果、州の「やむにやまれぬ利益」は認められないと判断し、第 14 修正の自由の概念に基づく実体的デュー・プロセス論によって Texas 州法の墮胎を禁止した 1191 条<sup>27</sup>、1192 条<sup>28</sup>、1193 条<sup>29</sup>、1194 条<sup>30</sup>、1196 条<sup>31</sup>を違憲とした。

---

者訳)。

“A public health agency, a registered nurse, or a maternity health clinic operated by or in an accredited hospital may furnish information to any married person as to where professional advice regarding such drugs or articles may be lawfully obtained.”

「公衆衛生当局、正看護師、又は、認定された病院若しくは認定された病院によって営業されている診療所は、避妊薬又は避妊具に関する専門的助言が正当に得られうる場所であれば、既婚者にその情報を提供することができる。」(筆者訳)。

“This section shall not be construed as affecting the provisions of sections twenty and twenty-one relative to prohibition of advertising of drugs or articles intended for the prevention of pregnancy or conception; nor shall this section be construed so as to permit the sale or dispensing of such drugs or articles by means of any vending machine or similar device.”

「本項を、避妊薬又は避妊具に関する広告を禁止する 20 項と 21 項の規定に影響を及ぼすものと解釈してはならない。また、本項は、自動販売機又はそれに類似するものによって、避妊薬又は避妊具の販売若しくは配布を許可することに関しても、同様とする。」(筆者訳)。

<sup>25</sup> *Roe*, 410 U.S. at 153.

<sup>26</sup> *Roe* 判決において合衆国最高裁は、判決当時の医療水準に基づいて、州の中絶規制を三区分に分け、政府による中絶規制の許容範囲を示した。すなわち、第一期では、政府は中絶を禁止してはならず、中絶をする場合には免許の持つ産科医によって行わなければならないという医療上の要件だけに留まる。第二期では、政府は中絶を禁止することはできないが、母体の健康のために合理的に必要な範囲内において中絶方法を制限することができる。第三期では、胎児が独立生存可能性 (viability) を備えた後であるため、政府は母体の生命・健康を保護するための必要な場合を除き、中絶を禁止できるとした。 *Id.* at 163-164.

<sup>27</sup> TEX. STAT. ANN. art. 1191(Vernon’s ANN. P. C).

“If any person shall designedly administer to a pregnant woman or knowingly procure to be administered with her consent any drug or medicine, or shall use towards her any violence or means whatever externally or internally applied, and thereby procure an abortion, he shall be confined in the penitentiary not less than two nor more than five years; if it be done without her consent, the punishment shall be doubled. By ‘abortion’ is meant that the life of the fetus or embryo shall be destroyed in the woman’s womb or that a premature birth thereof be caused.”

「何人も、妊娠中の女子の囑託を受け又はその承諾を得て、薬物又は医療薬を投与したとき、若しくは女子が強姦又はそれを意味することに対して薬物又は医療薬を用いて、その結果、墮胎させたときは、2 年以上 5 年以下の懲役に処する。また、女子の承諾なく行ったときは、量刑を倍とする。「墮胎」とは、胎児の生命を母体内で破壊し、それにより早産をもたらす原因となることを意味する。」(筆者訳)。

<sup>28</sup> TEX. STAT. ANN. art. 1192 (Vernon’s ANN. P. C).

“Whoever furnishes the means for procuring an abortion knowing the purpose intended is guilty as an accomplice.”

「その目的を知りながら、墮胎を斡旋する手段を提供する者は、共犯とする。」(筆者訳)。

<sup>29</sup> TEX. STAT. ANN. art. 1193 (Vernon’s ANN. P. C).

“If the means used shall fail to produce an abortion, the offender is nevertheless guilty of an attempt to produce abortion,

以上、簡単であるが、アメリカにおけるプライバシー権の展開を時系列に沿って概観した。*Griswold* 判決から *Roe* 判決の一連の判例の展開過程の中で、プライバシー権は、「私事の秘匿」から「自己決定」の保護へと概念を転換させ、それと共に射程範囲を拡大させていった。しかし、その反面、合衆国最高裁はプライバシー権によって個人の自己決定を保護する明確な理由を示さず、各判決におけるプライバシー権の保護理論も一様ではなかった。こうした合衆国最高裁の姿勢がプライバシー権自体の理解を困難なものとして感は否めない。

そこで次に、何故、プライバシー権は個人の自己決定を保護する側面も有するようになったかについて、「避妊の自由」という共通の問題を有した *Griswold* 判決と *Eisenstadt* 判決の論理を比較することで検討する。これによって、「私事の秘匿」から個人の「自律」へとプライバシーの概念の転換が図られたのかを明らかにしていきたい。

## II. プライバシーの概念の転換

### ① 夫婦のプライバシー権から個人のプライバシー権へ

プライバシー権を初めて憲法上の権利として認めた *Griswold* 判決では、夫婦に対して避妊具の使用や避妊に関する情報を提供することを禁止する Connecticut 州法の当該規定が夫婦のプライバシーを侵害するものとして争われた。当時、Connecticut 州では、病気予防を目的すること以外、すべての者に対して避妊具の使用を禁止しており、たとえ婚姻関係にある夫婦においても例外ではなかったからである。

*Griswold* 判決において法廷意見を述べた Douglas 裁判官は、当該法律によって避妊具の使用を禁止することが「婚姻関係に破壊的な影響をもたらしている<sup>32</sup>」と指摘する。何故なら、「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>33</sup>」からである。そのため、当該法律は「婚姻関

---

provided it be shown that such means were calculated to produce that result, and shall be fined not less than one hundred nor more than one thousand dollars.”

「その手段を用いて、墮胎することを失敗したときは、その手段がその結果をもたらしたのは意図されたこととし、その違反者は墮胎を試みた者とみなし、100 ドル以上 1000 ドル以下の罰金を科す。」（筆者訳）。

<sup>30</sup> TEX. STAT. ANN. art. 1194 (Vernon’s ANN. P. C).

“If the death of the mother is occasioned by an abortion so produced or by an attempt to effect the same it is murder.”

「墮胎を行う若しくはそれと同様の結果を試みて、妊娠中の女子を死亡させたときは、殺人の罪に処する。」（筆者訳）。

<sup>31</sup> TEX. STAT. ANN. art. 1196 (Vernon’s ANN. PENAL. CODE).

“Nothing in this chapter applies to an abortion procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother.”

「本章は、母体の生命の保護を目的とした医学的助言によって、墮胎を行い若しくは試みるときは、適用されない。」（筆者訳）。

<sup>32</sup> *Griswold*, 381 U.S. at 485.

<sup>33</sup> *Id.*

係をめぐるプライバシーの概念に対して不快感を引き起こさせるものである<sup>34</sup>」とみなされ、違憲・無効とされた。

このように、*Griswold* 判決によって避妊具の使用に関する夫婦のプライバシー権が憲法上の権利として承認された背景には、婚姻制度という社会制度の破綻を招いてしまうかもしれないという危惧があったのである。夫婦間において避妊具を使用するか否かの問題は子どもをつくるか否かの重要な問題にも関連していくものである。これを州が制約することは、婚姻関係で結ばれた個別具体的な個人間の私生活の否定はもちろん、「夫婦」という存在を承認した婚姻制度自体の否定にもつながる可能性がある。それゆえ、避妊具の使用を夫婦のプライバシー権として憲法上保障することは、婚姻制度を維持する上で必要不可欠であったのである。

しかし、*Griswold* 判決には夫婦のプライバシー権を憲法上の権利として認めると同時に、次の二つの疑問を生じさせた。その疑問とは、一つに、プライバシー権として認められた避妊具を使用する権利は、未婚者にも認められるのか。二つに、もし認められないとすると、未婚者のプライバシー権侵害にならないのか。つまり、*Griswold* 判決は、夫婦の私生活における警察の不当な侵入を防ぐためにプライバシー権を認めたのであって、避妊行為自体の取り決めについて何ら判断してなかったのである<sup>35</sup>。

これらの疑問について、合衆国最高裁が一定の解答を示したのが *Eisenstadt* 判決であった。*Eisenstadt* 事件では、被告人 Baird が Boston 大学で避妊に関する講演を行い、その終了後に展示していた避妊薬を聴講していた女性に手渡した行為が Massachusetts 州法に違反するとされた。しかし、そのことが未婚者のプライバシー権を侵害するものとして当該法律の合憲性が争われた。

*Eisenstadt* 判決において法廷意見を述べた Brennan 裁判官は、当該法律の正当性を私通 (fornication) の予防及び州民の健康・衛生保護にあると主張する州に対して、①当該法律によって未婚者の避妊具の取得を禁止しても、私通予防の効果は些細なものに留まること、②避妊具の配布を禁止することが未婚者間の性行為抑制に直接的効果を及ぼさないこと、③私通罪の処罰規定が 90 日以下の懲役に対して、当該法律は 5 年以下の懲役を科しており私通を禁じるの必要性のみを目的としないこと<sup>36</sup>、の三点の理由から、当該法律は避妊行為自体を禁止しているに等しいとみなす。そして、「*Griswold* 判決によって既婚者への避妊具の配布を禁止できないのならば、未婚者に対しても禁止することは許されない<sup>37</sup>」として、未婚者のみの避妊行為を禁止すると解せる当該法律を第 14 修正の平等保護条項に違反であると判断した<sup>38</sup>。

プライバシー権に関する *Eisenstadt* 判決の意義は、避妊の自由に関するプライバシー権の享有主体

<sup>34</sup> *Id.* at 486.

<sup>35</sup> *The Supreme Court, 1971 Term, 86 HARV. L. REV. 116, 119 (1972).*

<sup>36</sup> *Eisenstadt*, 405 U.S. at 441-442.

<sup>37</sup> *Id.* at 454.

<sup>38</sup> *Id.*

者を夫婦に限定することなく、未婚者にまで拡大したことである。そして、これによってプライバシー権を婚姻関係の有無にも影響されない個人の権利として捉え直したのである。そうすることができたのは、「夫婦」に対する *Griswold* 判決と *Eisenstadt* 判決の解釈の仕方が異なっていたからである。

*Griswold* 判決では、婚姻関係の保護が強調されていたことから、「夫婦」は運命共同体のような一つの親密な存在として考えられていた。このことは、「婚姻とは、いかなる運命になろうとも共に歩み、望むべくは永続的で、神聖なまでに親密なものなのである。婚姻とは人間の生き方…すなわち生活における調和…お互いの忠誠…を高めるような結びつきであって、当裁判所のこれまでの判例に登場したいかなる目的にも劣らないほど高貴な目的のための結びつきなのである<sup>39)</sup>」ことから明らかである。

これに対して、*Eisenstadt* 判決は、未婚者に対する避妊の問題であったため、婚姻関係を強調する必要がなかった。そこで、*Eisenstadt* 判決では、「*Griswold* 判決で問題となったプライバシー権は婚姻関係それ自体に備わっている<sup>40)</sup>」という見方を肯定しながらも、「夫婦はお互いの心と精神を同じくする独立した存在ではなく、別個の知的でなおかつ感情的な性質を有する個人の結びつきである<sup>41)</sup>」として、「夫婦」の意味を「二人の異なる個人の結合 (association of two individual)」と捉え直したのである<sup>42)</sup>。

このように、*Eisenstadt* 判決における合衆国最高裁は、「夫婦」の意味を修正することで、プライバシー権を「子供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」とし、プライバシー権の享有主体には婚姻関係の有無は関係ないことを明らかにしたのである。つまり、*Eisenstadt* 判決を契機に、プライバシー権の享有主体者が「婚姻という社会制度の参加者としての人間から、夫婦という役割や愛着とは切り離された個人としての人間<sup>43)</sup>」へと展開したのである。

## ② 「私事の秘匿」から「自律 (autonomy)」へ

一般的に、*Griswold* 判決と *Eisenstadt* 判決は、上で述べたようなプライバシー権の享有主体者の拡大という観点から、関連付けられて比較されることが多い。確かに、両判決では「避妊」という共通のテーマを扱われたがゆえに、この比較の仕方には説得力があるといえよう。しかし、プライバシーの概念という観点から見れば、両判決は簡単に関連付けられるものではなく、むしろ異なっていたといえる。つまり、*Eisenstadt* 判決によってプライバシーの概念は、従来の「私事の秘匿」から「自律 (autonomy)」という新たな概念へと転換が図られていたのである。

<sup>39)</sup> *Griswold*, 381 U.S. at 486.

<sup>40)</sup> *Eisenstadt*, 405 U.S. at 453.

<sup>41)</sup> *Id.*

<sup>42)</sup> Janet L. Dolgin, *The Family in Transition: From Griswold to Eisenstadt and Beyond*, 82 GEO. L. J. 1519, 1545 (1993).

<sup>43)</sup> SANDEL, *supra* note 13, 97. サンデル・(金原/小林訳) 前掲書注 (13) 121 頁。

もつとも、これを説明するためには、まず先に、両判決で問題となった事実の概要を考察する必要がある。というのも、*Eisenstadt* 判決における合衆国最高裁が、平等保護の論理で未婚者のプライバシー権を保護してしまったがために、プライバシーの概念の転換がわかりづらいものとなってしまったからである。しかし、*Griswold* 判決の事実の概要と比較すると、*Eisenstadt* 判決は平等保護条項違反によって処理できるものではなかった。その理由として、次の二つが挙げられる。

第一に、両判決の原告である医師の免許資格の問題である。*Griswold* 判決の原告である *Griswold* と *Buxton* は医師免許資格を有していたため、彼らは患者である夫婦に避妊の情報提供することを侵害されたと訴えることができた。しかし、*Eisenstadt* 判決の原告 *Baird* は医師免許資格を有していなかった。医師免許の無い者には、避妊具の配布する資格も無く、訴えることもできないはずである。

第二に、避妊の自由の捉え方である。*Griswold* 事件は、夫婦の避妊具を「使用」の是非が問題となった事件である。実際に、避妊具を使用するのは夫婦である既婚者たちであるため、夫婦の権利問題となる。しかし、*Eisenstadt* 判決は、未婚者に対して医師が避妊具の「配布」したために問題となった事件である。したがって、*Eisenstadt* 事件は避妊具を配布した医師側の権利問題であり、既婚者に対する未婚者の不平等という平等保護の主張は受け入れられるはずがなかった。

こうしたことから、本来であれば、*Eisenstadt* 判決では未婚者への平等保護を議論される余地は無かった。にもかかわらず、*Eisenstadt* 判決における合衆国最高裁は、「*Griswold* 判決によって既婚者への避妊具の配布を禁止できないのならば、未婚者に対しても禁止することは許されない」との偽りの仮説<sup>44</sup>を立てることで、避妊具の配布問題を原告の医師側の視点ではなく避妊具を使用する者、この場合、未婚者という第三者の個人の権利の視点から見ようとしたのである。これによって、*Eisenstadt* 判決によるプライバシーの概念の転換が見えにくいものとなってしまったのである。

しかし、これを踏まえた上で、プライバシー権の保護目的という観点から両判決を比較してみれば、*Griswold* 判決と *Eisenstadt* 判決のプライバシーの概念が異なっていたことが明らかとなる。このことは、*Eisenstadt* 判決が従来とは異なる新たなプライバシーの概念に基づいてプライバシー権を構成したことを示唆するものである。

*Griswold* 判決におけるプライバシー権は、子どもをつくるか否かの夫婦の自己決定という観点ではなく、夫婦の寝室を「神聖な領域」と表現したように、私的空間における親密な行為を政府の不当な監視ないしは暴露から守ることを目的としていた。それゆえ、まだ *Griswold* 判決時点では、プライバシーの概念は「一人で放っておいてもらう権利」としての伝統的な概念に基づいて捉えられていたといえる。

これに対して、*Eisenstadt* 判決におけるプライバシー権は、「子供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」との表現が示

---

<sup>44</sup> 実際に、*Griswold* 判決において合衆国最高裁は、既婚者への避妊具の配布を禁止できないとまで判示していない。

すように、未婚者の「自己決定」の保護を目的としていた。それゆえ、*Eisenstadt* 判決のプライバシーの概念は、*Griswold* 判決が依拠した伝統的なプライバシーの概念ではなかった。*Eisenstadt* 判決が伝統的なプライバシーの概念に依拠しなかった理由としては、次の二つが考えられる。

第一に、「避妊」の意義である。先に述べたように、*Griswold* 判決では避妊行為に関する取り決めが欠如していた。本来、「避妊」の目的とは、性行為をする個人同士の望まぬ妊娠を防止するためである。これを達成するには、避妊具を使用する行為だけではなく、避妊具を入手する行為や配布する行為も許容される必要がある<sup>45</sup>。こう理解するならば、避妊の自由を保護するには、単に既婚者だけを対象とするものではなく、私的空間における避妊具の使用を保護するだけでは不十分である。

第二に、「場所」の問題である。*Eisenstadt* 事件において避妊具が配布された場所は、Boston 大学の講堂という「公共の場」であった。そのため、*Griswold* 判決の避妊具の使用の問題のように「私的空間」内における親密な行為を問題としていなかった。つまり、*Eisenstadt* 判決における避妊具の配布の問題は、伝統的なプライバシーの概念を侵害していなかったのである。

こうした事件の背景があったがゆえに、*Eisenstadt* 判決における合衆国最高裁は、プライバシーの概念を *Griswold* 判決までの私的空間における公権力の侵入を防ぐ伝統的な概念ではなく、公権力の干渉を受けずに、個人が自身の生き方に関わる重要な決定を行う「自律」という新たな概念を見出し、プライバシーの概念の転換を図ったのである。これによって、プライバシー権が憲法上保障される意義も婚姻制度という社会制度を是認するためではなく、人々が自ら選択したような性生活の享受を許容することに求められるようになったのである<sup>46</sup>。

以上のように、「避妊」という個別的行为の性質や事件となった事実関係を踏まえて、*Griswold* 判決と *Eisenstadt* 判決の論理を比較することによって、「私事の秘匿」から「自律」へと移り変わるプライバシーの概念を説明した。ただし、*Eisenstadt* 判決における合衆国最高裁は、こうしたプライバシーの概念の転換について明確な意識があったわけではない。このことは、*Griswold* 判決と関連させながら平等保護の論理で未婚者の避妊の自由を保護したことから窺い知ることができる。合衆国最高裁が「自律」という新たなプライバシー概念に基づいてプライバシー権を捉えるようになったのは、墮胎の自由が問題とされた *Roe* 判決においてであった。

### Ⅲ. プライバシー権の射程範囲

#### ① 「自律」という新たなプライバシーの概念の明瞭化

プライバシーの概念には、公権力の監視ないし暴露から私事の公開を防ぐという「私事の秘匿」だけでなく、公権力の干渉を受けずに個人がより善い生き方を享受するために個人の自己決定を保護する「自律」の概念も含まれているのではないか。この *Eisenstadt* 判決から生じた疑問に対して、*Roe*

<sup>45</sup> 阪本昌成「道徳とプライバシー（1）」政経論叢第23巻1号（1973年）60頁。

<sup>46</sup> SANDEL, *supra* note 13, 97. サンドル・（金原/小林訳）前掲書注（13）121頁。

判決において合衆国最高裁は一定の解答を示すことになる。何故なら、*Roe* 判決は、自己決定の保護という観点から、墮胎の自由に関する女性のプライバシー権を保護したからである。

もっとも、「自律」の概念の明瞭化を論ずる前に、何故、*Griswold* 判決と *Eisenstadt* 判決で問題とされた避妊の自由とは異なる内容である墮胎の自由が、プライバシー権問題として *Roe* 判決で議論されるようになったのか。つまり、プライバシー権に含まれる避妊と墮胎という個別的内容の関連性は何かという疑問が生ずるのである。この疑問に対しては、*Eisenstadt* 判決のプライバシー権の定義から応答できると思われる。

*Eisenstadt* 判決がプライバシー権を「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」と定義したことは、プライバシー権の射程範囲は避妊の自由だけに留まらないことを暗示していたように思える。つまり、「子どもを産むか否かのような…事柄」の意味を「生殖 (reproduction)」に関する事柄という意味で解釈すれば、墮胎や断種といった個別的内容にもプライバシー権の保障が及ぶ可能性を見出すことはできよう。こう考えれば、*Roe* 判決において墮胎の自由がプライバシー権問題として扱われたことは何ら不思議なものではなかったといえる。

*Roe* 判決において法廷意見を述べた *Blackman* 裁判官は、次のような論理でプライバシー権と女性の墮胎問題を結びつけた。「憲法は、いかなるプライバシー権についても明確に規定していない。しかしながら、おそらく *Union Pacific R. Co. v. Bostford*<sup>47</sup>にまでさかのぼる一連の判決<sup>48</sup>において、当裁判所は、個人のプライバシー権またはプライバシーの一定の領域や諸範囲の保障が憲法の下で存在していることを認めてきた。…これらの判決は、『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とことを明らかにしている。また、これらの判決は、プライバシー権が婚姻、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も及んでいることも明らかにしている。プライバシー権は…墮胎を終了するか否かという女性の決定を包含するに足りるほど広いものである<sup>49</sup>。」。

この論理からは、*Eisenstadt* 判決が暗示した公権力の干渉を受けずに自分自身で重要な決定をしていくという「自律」の概念を根拠に女性のプライバシー権を保護していることが見てとれよう。*Roe* 判

---

<sup>47</sup> 141 U.S. 250 (1891).

<sup>48</sup> ここで引用された諸判例は、過去に、プライバシー権の根拠を、第1修正、第4修正及び第5修正、権利章典の半影、第9修正、第14修正が保障する自由の概念に見出したものであった。すなわち、*Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886); *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) である。もっとも、これらの諸判例におけるすべての法廷意見が、憲法上のプライバシー権について言及したのではない。それは、憲法上のプライバシー権が *Griswold* 判決によって初めて認められたことから明らかである。

<sup>49</sup> *Roe*, 410 U.S. at 152-153.

決がプライバシーの概念を「私事の秘匿」ではなく「自律」に求めざるをえなかったのは、問題となった自由が「墮胎」の自由であったからであろう。

これまで問題となった避妊行為は、既婚者であれ未婚者であれ、それを行う際には必ず相手が必要であった。これに対して、墮胎行為は女性特有の行為である。確かに、女性が墮胎をする際には、胎内にいる胎児の生命やその父親となる男性などの家族の助言も考慮する必要があるだろう。しかし、実際、墮胎を行う者は妊婦である女性であるから、墮胎を行う最終決定段階においては、たとえ男性が胎児を墮胎することを拒んだとしても、墮胎を行う女性個人の意思を尊重せざるをえなくなる<sup>50</sup>。

それゆえ、墮胎問題に関するプライバシー権を論ずるためには、女性が墮胎するか否かの決定に対して公権力が干渉してよいのか、干渉できるとしたらどこまでできうるのかといった女性の自己決定に関する許容性に焦点があてざるをえなかったのである。その結果、*Roe* 判決は、*Eisenstadt* 判決の暗示を明示的にせざるをえなく、「自律」という新たなプライバシーの概念の存在を宣言してしまったのである。

## ② プライバシー権の射程範囲の拡大？

プライバシー権に関する *Roe* 判決の意義は、*Eisenstadt* 判決が暗示したプライバシーの概念の転換を明示的に宣言しただけに留まるものではなかった。すなわち、最も評価すべき *Roe* 判決の意義はプライバシー権を体系化しようと試みたことである<sup>51</sup>。これは、*Roe* 判決で法廷意見を述べた *Blackman* 裁判官の論理から理解することができる。

*Blackman* 裁判官は、まず、過去の判例を引用することで、第 14 修正の「自由」の概念の中に見出される「基本的」または「秩序ある自由の概念」に含まれる人格性に関わる権利のみがプライバシー権として憲法上保護されることを示す。そうしたプライバシー権の射程範囲は婚姻、出産、避妊、家族関係、子供の養育および教育に関する事柄にまで及ぶとした。そして、これらの事柄に関して、州は「やむにやまれぬ利益」がなければ制約することができないとした。

この *Blackman* 裁判官の論理は、先に検討した二つの判決の論理よりも、次の二つの点で先見的なものであった。第一に、プライバシー権の明文上の根拠を第 14 修正に確定したことである。第二に、プライバシー権で保護される個別的内容を列挙することによって、プライバシー権の射程範囲を画定させたことである。これらのことを明らかにすることによって、プライバシー権を体系化させ、今後のプライバシー権の射程範囲の拡大の道を開いたのである。

しかし、プライバシー権に含まれる権利内容を体系化し、プライバシー権に新たな道を示そうとし

<sup>50</sup> Laurence H. Tribe, *Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, 87 HARV. L. REV. 1, 34-36 (1973).

<sup>51</sup> サミュエル・マーミン、(釜田泰介訳)「プライバシーの権利 - アメリカ憲法における最近の動向 -」同志社法学第 28 巻 2 号 (1976 年) 135 頁。

た *Blackman* 裁判官の論理は、必ずしも明快な論理であるとは言えなかった。何故なら、論理を裏付ける明確な根拠が欠けていたからである。これは、次の二つの疑問に対して明確な応答がなされていなかったからも窺える。

まず、第一に、プライバシー権の射程範囲が家族関係、子供の養育および教育に関する諸行為に及ぶのかについて説明がされていないことである。確かに、*Roe* 判決でプライバシー権に含まれる個別的内容を列挙したことは、*Eisenstadt* 判決の「子どもを産むかどうか」という漠然とした表現よりも、その射程範囲を明確にするものであったといえる。しかし、*Eisenstadt* 判決の「子どもを産むか否か」との表現から生殖に関する事柄と直接的な関連がないような家族関係や子どもの養育及び教育といった事柄にまで直ちに導き出すことは困難である。

この第一の疑問に対して、*Blackman* 裁判官の論理では、憲法に明示されていない権利を認めた過去の判例を列挙することで、十分な根拠になりうると解答するかもしれない<sup>52</sup>。しかし、仮にそうした解答であったとしても、列挙された過去の判例は、*Griswold* 判決以前の判例が多く、必然的にプライバシー権について言及されたものも少なかったのである。したがって、*Blackman* 裁判官の論理ではプライバシー権に含まれる個別的内容に関する明確な根拠が欠けていたといえる。

第二に、何故、「基本的」また「秩序ある自由の概念に暗に示される」権利のみがプライバシー権によって保護されるのか。換言すれば、「基本的」また「秩序ある自由の概念に暗に示される」との限定を付す必要性はどこにあるのかである。例えば、*Lois Henkin*（以下、*Henkin* とする）は、「個人の生活の大部分の側面は『基本的』ではない」と批判する。

*Henkin* は、確かに個人の生活に関する若干の少数の側面は「基本的」であり、明確な自律の範囲（*prima facie autonomy*）を構成するが、プライバシーの諸範囲は「自由」という文言によって厳格に区別することはできないという。それゆえ、「プライバシーの諸範囲は『人格的で』『基本的な』『秩序ある自由の不可欠な』諸権利も含んでいる」ということで十分であり、唯一、確かなのは「一人で放っておいてもらう権利」によって明確にされるものではないということであると述べる<sup>53</sup>。

この *Henkin* による批判の矛先は、プライバシー権の射程範囲に含まれる個別的内容を「基本的」または「秩序ある自由の概念に暗に示される」という基準で一様に捉えることに向けられている。確かに、いくらプライバシー権の射程範囲に含まれる個別的内容であっても、それを主張する人々の事情や立場によって憲法上の保護を与えるか否かの判断が異なってくる。それゆえ、*Henkin* が指摘するとおり、一定の基準によってプライバシー権の保護に値するかどうかは決められない。

<sup>52</sup> *Roe* 判決においてプライバシー権の射程範囲に含まれるとされた婚姻、出産、避妊、家族関係、そして子どもの養育および教育に関する判例は次のものである。以下、上記の個別的内容順に列挙する。*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925)。このうち、プライバシー権が憲法上の権利とされた以降の判決は、*Loving* 判決と *Eisenstadt* 判決だけである。

<sup>53</sup> *Louis Henkin, Privacy and Autonomy*, 74 COLUM. L. REV. 1410, 1426 (1974)。

もっとも、この点については、プライバシー権は絶対的権利ではないと述べていること、墮胎行為を許可するにあたりタイムスター枠組を参考にしていることから、*Blackman* 裁判官も現に認めているかもしれない<sup>54</sup>。だとしても、*Blackman* 裁判官の論理の中には、何故、こうした基準を提示したのかが明確に述べられていないのである。

以上のように、*Roe* 判決におけるプライバシー権の射程範囲に関して、個別具体的な内容が明らかになった点では、*Eisenstadt* 判決と比べて、明瞭なものであったといえる。しかし、同時に、それを根拠付ける理由が不明瞭であったという欠点もあった。そのため、*Roe* 判決においてプライバシー権の射程範囲が拡大したと明確に言い切ることは難しい。

そうすると *Roe* 判決において合衆国最高裁が、何故、そのような論理の緻密さに欠けていた論理を用いる必要があったのだろうか。その原因の一つとして、プライバシー権理論をめぐる合衆国最高裁の混乱が考えられる。すなわち、*Griswold* 判決から *Roe* 判決までの一連の判例の展開過程において、合衆国最高裁によるプライバシー権の保護理論は一様ではなかったことである。

#### IV. プライバシー権をめぐる二つの保護理論

##### ① プライバシー権理論をめぐる合衆国最高裁の混乱

プライバシー権の保護理論という観点から見れば、これまでの各判決で用いられた保護理論は全て異なっていた。*Griswold* 判決で用いられた理論は、第 1・第 3・第 4・第 5・第 9 修正を根拠にした、いわゆる半影理論と呼ばれるものであった。*Eisenstadt* 判決では、既婚者に相対する未婚者への不平等という視点から平等保護理論が用いられた。*Roe* 判決では、第 14 修正の「自由」の文言を根拠に、実体的デュー・プロセス理論を用いて、女性のプライバシー権を保護していた。

もっとも、これら三つの判例においてプライバシー権の保護理論が異なっていたのには、これまで見てきたプライバシーの概念の観点から比較することで、ある程度の説明することができなくもない。例えば、*Eisenstadt* 判決が平等保護理論を用いたのは、先例である *Griswold* 判決の存在があったからだと考えられる。また、*Griswold* 判決と *Roe* 判決のプライバシー権の保護理論が異なっていたのは、両判決のプライバシーの概念自体が異なっていたからだと言えなくはない。つまり、*Griswold* 判決が「私事の秘匿」というプライバシーの概念であったのに対し、*Roe* 判決は「自律」というプライバシーの概念に依拠していたからだとも考えられる。

しかし、*Griswold* 判決と *Roe* 判決のプライバシー権の保護理論の相違は、単なる依拠したプライバシーの概念の違いだけに留まるものではない。というのも、*Griswold* 判決以前に実体的デュー・プロセス理論によって憲法に列挙されていない権利を保護してきた歴史が存在するからである。ただし、そうすると、何故、*Griswold* 判決において合衆国最高裁は、実体的デュー・プロセス理論を用いずに

---

<sup>54</sup> *Roe*, 410 U.S. at 154.

半影理論によってプライバシー権を導き出したのか。同時に、何故、*Roe* 判決は *Griswold* 判決では用いられなかった実体的デュー・プロセス理論を用いたのか、といった疑問が生じる。そこで、*Griswold* 判決と *Roe* 判決のプライバシー権の保護理論を比較検討することで、両判決がそれぞれ半影理論と実体的デュー・プロセス理論を用いざるをえなかった理由を明らかにしていきたい。

## ② 半影理論と実体的デュー・プロセス理論

まず、半影理論を検討するにあたり、*Griswold* 判決において半影理論に言及した部分の Douglas 裁判官の法廷意見を概観しておく。

「そもそも、人間のつながり (the association of people) に関することは、憲法でも権利法典でも規定されていない。…しかしながら、第 1 修正はこれらの権利のいくつかを保障するものとして解されてきた。Pierce v. Society of Sisters<sup>55</sup>によって、両親の選択に従って子供を教育する権利は、第 1 修正および第 14 修正により州に対しても適用があるとされた。Meyer v. Nebraska<sup>56</sup>によって、私立学校でドイツ語を学ぶ子どもの権利を対しても同様の尊厳が承認された。…NAACP v. State of Alabama<sup>57</sup>において『ある集団における結社の自由とプライバシー (freedom to associate and privacy in one's association) <sup>58</sup>』が保護されている。換言すれば、プライバシーは政府の不当な侵害から保護されるという意味の半影を有しているといえる<sup>59</sup>」。

「平時において所有者の同意を得ずに『いかなる家屋』にも兵士が宿営することを禁止する第 3 修正は、プライバシーのもう一つの面である。第 4 修正は、『不合理な捜査および逮捕または押収に対して、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障する人民の権利』と明確に規定している。第 5 修正の自己負罪条項は、政府は市民に対して不利となることを強制することができないプライバシーの保障範囲を市民が創造できるようにしている。第 9 修正は『この憲法に一定の権利を列挙したことをもって、人民の保有する他の諸権利を否定し、または軽視したものと解釈してはならない』と規定している。…『プライバシーと静穏 (privacy and repose) 』に関する半影の権利について多くの議論がなされてきている。…過去の判例は、プライバシー権は道理に適ったものだと証明している<sup>60</sup>」。

こうした引用部分からわかるように、半影理論とは、過去の判例を基に、複数の憲法上の規定からプライバシー権の要素を見つけ出し、それを結びつけて憲法上の権利として構成するという「権利発見理論」のような保護理論であったといえる。しかし、そうした性格の保護論であったがゆえに、かえって半影理論の欠点を露呈してしまっていた。*Griswold* 判決における反対意見は、まさにこれを指

---

<sup>55</sup> 268 U.S. 510 (1925).

<sup>56</sup> 262 U.S. 510 (1923).

<sup>57</sup> 357 U.S. 449 (1958).

<sup>58</sup> *Griswold*, 389 U.S. at 462.

<sup>59</sup> *Id.* at 482-483.

<sup>60</sup> *Id.* at 484-485.

摘するものであった。

Black 裁判官の反対意見は、「憲法上の各規定からの放射による『プライバシー権』は、憲法上、どこにも見当たらない。…明確な憲法上の規定によって禁止されない限り、政府が干渉する権利を認めざるを得ない<sup>61</sup>」。Stewart 裁判官の反対意見でも、当該法律を「非常に愚かな法律 (an uncommonly silly law) <sup>62</sup>」であるとしながらも、「法廷意見は、プライバシー権は『いくつかの基本的な憲法保障によって創られる』と言う。しかし、権利章典にも憲法典にも、あるいは本件においても、そのようなプライバシー権を見つけることはできない<sup>63</sup>」と言われていた。

確かに、両裁判官が言うように、いくら過去の判例の蓄積に基づいていたとはいえ、複数の憲法上の規定を根拠にすること自体、法律の合憲性を判断する際に、その法律がどの憲法上の条文に違反するのかが不明確になってしまう。さらに、このことで憲法上のプライバシーの概念が曖昧なままになってしまったことも否定しがたい。それゆえ、半影理論は、それを否定する者たちに「手品のようなやり方<sup>64</sup>」であったと揶揄されても仕方のない感はある。

*Griswold* 判決に対して否定的な評価をする者たちは、そういった *Griswold* 判決の半影理論の不明確さを指摘し、*Griswold* 判決は司法積極主義の典型のような判決であったと批判する<sup>65</sup>。そして、総じて彼らの批判は、民主的な立法過程を無視して、裁判官たちの都合の良いやり方で社会変革を図ろうとしているのではないかとの危惧からくるものであった<sup>66</sup>。つまり、Douglas 裁判官の真の狙いは、単に、夫婦の避妊具の使用を許可することではなく、プライバシー権という新たな憲法上の権利を創設することを通じて、司法上の権限行使の拡大にあったのではないかというのである<sup>67</sup>。

確かに、プライバシー権は憲法で明確に規定されておらず、また、その司法審査基準についても明らかでなかったため、*Griswold* 判決を否定的な見方をする者たちの意見を即座に否定することは難しい。しかし、Douglas 裁判官たちにはプライバシー権を特定の憲法上の規定によって導き出すことに躊躇していた感があったように思える<sup>68</sup>。

実際、*Griswold* 判決において同意意見を述べた Harlan 裁判官は、実体的デュー・プロセス理論に

---

<sup>61</sup> *Id.* at 509-10 (Black, J., dissenting).

<sup>62</sup> *Id.* at 527 (Stewart, J., dissenting).

<sup>63</sup> *Id.* at 530.

<sup>64</sup> Edward Thomas Mulligan, *Griswold revisited in light of Uplinger: An historical and philosophical exposition of implied autonomy right in the Constitution*, 13 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 51, 52 (1984).

<sup>65</sup> See e.g., Paul G. Kauper, *Penumbras, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten: The Griswold Case*, 64 MICH. L. REV. 235, 252-253 (1965); Robert B. McKay, *The Right of Privacy: Emanations and Limitations*, 64 MICH. L. REV. 259, 261 (1965).

<sup>66</sup> See e.g., Hyman Gross, *The Concept of Privacy*, 42 N.Y.U. L. REV. 34 (1967); Bruce C. Hafen, *The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual privacy—Balancing the Individual and Social Interests*, 81 MICH. L. REV. 463 (1983).

<sup>67</sup> Mulligan, *supra* note 64 at 52.

<sup>68</sup> Dolgin, *supra* note 42 at 1557 (1993).

よって同判決を判示するよう主張していた<sup>69</sup>。だが、Douglas 裁判官をはじめとする法廷意見では、Harlan 裁判官の意見が採用されることはなかった。何故なら、実体的デュー・プロセス理論によって、合衆国最高裁が権利創造することは、民意を反映しているはずの議会の決定をないがしろにするものであり、民主主義に対する冒瀆ではないかという批判を引き起こしかねなかったからである<sup>70</sup>。

*Griswold* 判決における合衆国最高裁は、いわば「政治の採点者 (maker of policy)」や「憲法解釈者 (interpreter of the Constitution)」となりうることを恐れたのではないだろうか<sup>71</sup>。このことは、Douglas 裁判官が、*Griswold* 判決の冒頭、かつて合衆国最高裁が州の社会経済規制立法を覆してきた *Lochner v. New York*<sup>72</sup>に象徴される、いわゆる *Lochner* 時代の反省と否定の弁を述べ、合衆国最高裁が「超立法府 (super-legislature)」的存在でないことを確認していたことから窺い知ることができる<sup>73</sup>。それゆえ、*Griswold* 判決では、実体的デュー・プロセス理論を用いて新たな憲法上の権利を創造したとの批判を回避するために、プライバシー権という憲法に明示されていない権利の発見というかたちで半影理論が用いられたのだと思われる<sup>74</sup>。

一方、*Roe* 判決では半影理論が用いられなかった。*Roe* 判決に限らず、*Griswold* 判決以降の合衆国最高裁は、半影理論の限界を感じていたからかもしれない。このことは、州の規定が、どの憲法条文に違反するのかが明確でないという半影理論の欠点を克服ができなかったことを示すものである。まさに、半影理論というプライバシー権理論は、その名の通り、影のような不透明で捉えどころのない人権保障理論であり、個別的自由を憲法上の権利として明確に保護するには困難な理論であったのである。

*Roe* 判決では、*Griswold* 判決で躊躇された実体的デュー・プロセス理論が用いられた。周知のとおり、実体的デュー・プロセス理論とは、第 14 修正の規定を根拠に憲法に列挙されていない事柄を実体的権利として憲法上の承認を与える「権利創造理論」である<sup>75</sup>。これまで合衆国最高裁は、憲法に列挙されていない事柄に対して憲法上の保護を与える場合、実体的デュー・プロセス理論によって保護してきた歴史があった。

*Roe* 判決において法廷意見を述べた Blackman 裁判官は、そうした過去の判例を根拠に、実体的デュー・プロセス理論によって墮胎の自由をプライバシー権として保護しようとした。しかし、そのことは、墮胎の自由を是認する論理自体の矛盾さも伴って、*Griswold* 判決で懸念された司法審査論ないし

<sup>69</sup> *Griswold*, 389 U.S. at 499-502 (Harlan, J., concurring).

<sup>70</sup> 新保史生「合衆国憲法上のプライバシーの権利 (1) - 『実体的デュー・プロセス理論』を中心に -」  
公法学研究第 22 卷 (1995 年) 153 頁。

<sup>71</sup> Frank R. Goldstein, *The Constitutional Rights of Privacy - "A Sizable Hunk of Liberty"*, 26 MD. L. REV. 249, 256-57 (1966).

<sup>72</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>73</sup> *Griswold*, 389 U.S. at 482.

<sup>74</sup> D. O'BRIAN, *PRIVACY, LAW, AND PUBLIC POLICY*, 178 (1979).

<sup>75</sup> 松井茂記『アメリカ憲法入門 (第 6 版)』(有斐閣、2008 年) 284-285 頁。

憲法解釈方法論の観点から批判を受けることになる<sup>76</sup>。その批判とは、大別すると、次の二つであったといえよう。

一つは、州の利益について十分な議論をしていないという批判である<sup>77</sup>。確かに、*Roe* 判決において、墮胎の決定に関するプライバシー権は絶対的権利ではなく、胎児の生命の保護と母体の保護という観点から州に「やむにやまれぬ利益」が認められうるとされていた。しかし、その一方で、問題となる胎児の生命、つまり胎児は人であるか否かの判断について、「医学、哲学、および神学の各学問に長けた者が合意に到達しえず、人の知識が発展途上にある現時点において、裁判官はその答えを推測する立場にない<sup>78</sup>」として、踏み込んだ議論を回避していた。

それにもかかわらず、*Blackman* 裁判官は、トライメスター枠組みによって、妊娠の経過に応じて段階的に墮胎に関するプライバシー権の制限の当否、および制限の態様の基準を示すことで、女性の墮胎決定の自由をプライバシー権として一定の保護をしたのである。これによって、*Roe* 判決の墮胎決定の基準は、胎児の生命という州の重要な利益をないがしろにするものであり、医学の見地からトライメスター枠組みを採用したことも、それが女性のプライバシー権を保護する適正な根拠になりえないとの批判を受けた<sup>79</sup>。

二つに、実体的デュー・プロセス理論によって新たな権利を創造することは、合衆国最高裁による司法権の範囲を逸脱しているという批判である。*Griswold* 判決で懸念された内容が、まさに現実となって批判されたのである。*John H. Ely* は「*Roe* 判決について驚くべきことは、この極端に強く保護された権利が、憲法の文言からも…憲法起草者の考えからも…諸規定から導き出させる一般的価値からも、そして国の統治構造からも導き出されていないことである<sup>80</sup>」と述べ、実体的デュー・プロセス理論を用いて女性のプライバシー権を保護した *Roe* 判決を「*Lochner* 時代の亡霊がよみがえった<sup>81</sup>」判決であると批判した。

*Roe* 判決において反対意見を述べた二人の裁判官も同様の理由で法廷意見を批判している。*Rehnquist* 裁判官は、第 14 修正で保障される「自由」が権利章典で規定されている諸権利よりも広い範囲を保障するものであるとは認めたものの、それは、「州の権利剥奪に対する絶対的な自由の保障ではなく、法の適正な手続き（*due process of law*）なしに州が権利剥奪することに対してのみ、自由を保障するものである<sup>82</sup>」との見解を示し、*Blackman* 裁判官の論理を司法による立法であると批判した。*White* 裁判官も、妊婦の便宜と胎児の生命の保護のどちらが尊重されるべきかという選択は、

<sup>76</sup> G. STONE, L. SEIDMAN, C. SUNSTEIN & M. TUSHNET, *CONSTITUTIONAL LAW* 861-869 (1986).

<sup>77</sup> John H. Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 *YALE L. J.* 920, 923-26 (1973).

<sup>78</sup> *Roe*, 410 U.S. at 153.

<sup>79</sup> Gerald Gunther, *Some Reflection on the Judicial Role: Distinctions, Roots, and Prospects*, *WASH. U.L. REV.* at 817, 819 (1979).

<sup>80</sup> Ely, *supra* note 77 at 935-36.

<sup>81</sup> *Id.* at 926.

<sup>82</sup> *Roe*, 410 U.S. at 174 (Rehnquist, J., dissenting).

民主主義プロセスを踏んだ人民と政治過程に委ねるべきだと批判している<sup>83</sup>。

このように、*Griswold* 判決の半影理論にせよ、*Roe* 判決の実体的デュー・プロセス理論にせよ、憲法に明文規定のない実体的権利の存在を承認する理論には多くの批判を伴っていた。しかし、それにもかかわらず、何故、合衆国最高裁は各判決においてプライバシー権の存在を肯定し、そこに含まれる個別的自由を保護したのか。さらに、何故、*Roe* 判決には、*Griswold* 判決によって躊躇されていた実体的デュー・プロセス理論を復活させたのか。これらを明らかにするためには、*Griswold* 判決が半影理論を、*Roe* 判決が実体的デュー・プロセス理論を用いざるをえなかった理由について言及する。

### ③ プライバシー権と社会との関連性

前述したように、*Griswold* 判決において避妊具の使用に関する夫婦のプライバシー権を憲法上保護した背景には、夫婦の私生活が侵害され、婚姻制度が破綻してしまうという恐れがあった。それゆえ、夫婦の私的領域内における避妊具の使用の問題は、避妊具を使用する夫婦自体の自由の保護はもちろん、「夫婦」という社会的地位の保護にもつながる問題であったのである。

しかし、プライバシー権によって避妊具の使用を保護しようとしても、肝心のプライバシー権が憲法典のどこにも明確に規定されていない。加えて、実体的デュー・プロセス理論を用いて、プライバシー権を創造することには抵抗がある。そこで Douglas 裁判官たちが注目したのが、Lochner 時代に経済的自由の領域以外でも実体的権利として承認され、当時でも維持されていた *Meyer* 判決と *Pierce* 判決の存在であった。*Griswold* 判決でも引用された両判決は、Lochner 時代に批判にさらされた経済的自由の領域とは異なり、いかなれば親密かつ家族性に関する領域の問題であった。

Janet L. Dolgin は、こうした領域性の違いに Douglas 裁判官たちは注目し、Lochner 時代の権利創造を経済的問題と親密かつ家族性の問題とに区別しようと試みたのであろうと考察している<sup>84</sup>。つまり、第 1 修正と第 14 修正を根拠に *Meyer* 判決と *Pierce* 判決が「人間同士のつながり (the association of people)」という観点で実体的内容に憲法上の承認を与えたことが、夫婦といういわば親密な運命共同体に憲法上の保護を与える意義付けの一つになったというのである。

とはいえ、Lochner 時代における経済的問題と親密な家族問題の法律内容は、必ずしも厳格に区別できるわけではない。加えて、*NAACP* 判決によって、第 1 修正の集会の権利 (the right of assembly) に「自身と同じ考えを持つ人たちの中に自分も参加する<sup>85</sup>」という意味の結社の自由が内包されうるとしても、それは公の問題であって、私的空間内の親密な行為にまで解釈を拡げるのはやや無理がある。事実、*Meyer* 判決や *Pierce* 判決における両親の選択や *NAACP* 判決における結社の自由は、公の

<sup>83</sup> *Id.* at 222 (White, J., dissenting).

<sup>84</sup> Dolgin, *supra* note 42 at 1550.

<sup>85</sup> James B. Stoneking, *Penumbra and Privacy: a study of the use of fictions in constitutional decision-making*, 87 W. VA. L. REV. 859, 868 (1984).

場における問題であった。

それゆえ、Douglas 裁判官たちは、いくら第 1 修正から「プライバシーは政府の不当な侵害から保護される」というプライバシー権の要素が検出されると仮定しても、それだけでプライバシー権を導き出すことは論理として弱いと思ったのかもしれない<sup>86</sup>。そこで、夫婦の寝室内の親密かつ私的行為に関して政府の不当な介入が及ばないよう、第 3・第 4・第 5 修正といったプライバシーを内実するかなのような規定によって補足しようと試みたのであろう。

すなわち、第 3 修正・第 4 修正の規定からプライバシーの保障範囲の要素を、第 5 修正から政府から干渉を受けずに、市民がそうしたプライバシーの保障範囲を創造できる要素を導き出した。その上で、第 9 修正から個人に対する憲法上の保障は列挙された権利だけに留まるものではないというプライバシーの概念の拡大、もしくは他の基礎的な諸権利の保障に役立ちうる要素を付け加えて、プライバシー権は道理に合うものであると論証したのだと思われる。

これに対して、Roe 判決における墮胎の自由は、私的空間内の行為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。それゆえ、Roe 判決では、問題となった女性の墮胎の選択が仮に否定されたら女性にどのような不利益を被るのかを考えた場合、実体的デュー・プロセス理論を用いざるをえないとの決断を下されたのであろう。このことは次の Blackman 裁判官の考えに表われていると思われる。

「妊娠早期においても医学的に診断可能な特定の直接的な障害がありうる。母親になることや子どもが増えることは女性に苦悩に満ちた生活と将来を強いるかもしれない。心理的障害は差し迫っている。子どもの世話によって、精神的そして身体的健康に負担が加わる。また、望まざる子どもに関する不利益がすべての関係者にもたらされ、既に心理的その他において子供を世話することのできない家族に子どもをもたらしことの問題がある<sup>87</sup>」。

Roe 判決を好意的に評価する者は、こうした Roe 判決の根拠付けを、女性の社会的差別を是正し、女性の社会的平等を保護したものだと評価を与える<sup>88</sup>。例えば、Kenneth L. Karst (以下、Karst とする) は、墮胎が州によって禁止された場合、女性に対する社会的差別が生じてしまうと指摘する<sup>89</sup>。Karst によれば、州の墮胎禁止は子どもを育てることが妊婦である女性の義務であり、それが自然だと考える州あるいは社会の期待からくるものであるという<sup>90</sup>。しかし、もし、そうした州の期待がまかり通るのであれば、胎児の父親が育児を放棄あるいは金銭的援助を拒否した場合、胎児の母親が一人で子どもを養育しなければならなくなる負担を負うことになる。それゆえ、Karst は、Roe 判決の

<sup>86</sup> Thomas I. Emerson, *Nine Justice in Search of a Doctrine*, 64 MICH. L. REV. 219, 221-222 (1965).

<sup>87</sup> *Roe*, 410 U.S. at 153.

<sup>88</sup> See, e.g., Sylvia A. Law, *Rethinking Sex and the Constitution*, 134 U. PA. L. REV. 955, 987-1002 (1984); Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N.C. L. REV. 375, 382-86 (1985).

<sup>89</sup> Kenneth L. Karst, *Forward: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment*, 91 HARV. L. REV. 1, 58 (1977).

<sup>90</sup> *Id.* at 57.

問題を男女関係に関する女性の社会的地位の問題と関係するとみるのである<sup>91</sup>。

ただ、Karst が指摘する女性の社会的平等を考慮とするとしても、平等の概念は比較対象の存在を必要とする概念である<sup>92</sup>。墮胎行為は母親となる女性特有の行為である以上、父親となる男性を比較対象とすることは出来ない。それゆえ Roe 判決は、女性の社会的平等や女性や胎児を取り巻く状況を考慮するという観点から、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、自己決定をする個人の自由として女性の社会的平等の保護をも包含したのではないだろうか。

しかし、Roe 判決を批判する者たちからすれば、墮胎することが女性の将来、その家族、そして生まれてくる胎児の将来にとって必ずしも善いとは限らないから、実体的デュー・プロセス理論によって墮胎の自由を保護すべきだとの考え自体、裁判官の主観的な価値判断であると批判するかもしれない。確かに、この点も考慮する必要がある。だが、胎児を墮胎すべきではないとする州の考えも、また、民意を反映させた政府による立法政策によって保護すべきだとする考えも、一つの主観的な価値判断であるといえるのではないだろうか。何故なら、墮胎を選択する女性個人の状況も様々であり、司法であれ、立法であれ、何らかの一つの価値によって判断することは困難であるからである。

それでは、プライバシー権に含まれる墮胎の選択の決定権限は、誰に委ねられるべきなのか。Laurence H. Tribe (以下、Tribe とする) は、まず家族の価値を挙げる。彼によれば、第 1 修正から結合 (association) の自由が導き出され、そこから家族が自らの構成員を決定する権限を与えられるべきであるとされる。第 1 修正の中心的任務は、共有された理解や価値によって特徴付けられるコミュニティや集団の伸長であり、その最も基本的な集団である家族が自己定義する権利は外部の者に墮胎の選択についての役割を与えることとは両立しないとされる。そのため、Roe 判決には医師が最終決定権を持つかのような表現が多くみられるが、あくまで最終決定権は家族が持つべきであると彼は言う<sup>93</sup>。

ただし、家族内であっても、胎児の父親となる男性が、母親である女性に対して胎児を産み育てることを要求する「権利」を主張するようなことが予想される。もし、相手の男性に役割を与えてしまうと、女性に著しく不利を招く可能性がある。そのため、Tribe は、様々な方法で望まない妊娠と望まない子どもが女性の平等者として社会参加に負担を課していることを考えれば、結局のところ、墮胎の最終決定権限は墮胎をする女性に委ねられることになる、と結論するのである<sup>94</sup>。

以上のことから、私的領域においてプライバシー権によって個別的自由が保護されるのには、公的領域における個人の自由や平等の保護という観点も考慮されていたといえる。さらに、Roe 判決において、個人の自己決定という観点から墮胎の自由が保護されたことは、プライバシー権の射程範囲に

---

<sup>91</sup> *Id.* at 58.

<sup>92</sup> Randall P. Bezanson, *Emancipation as Freedom in Roe v. Wade*, 97 DICK. L. REV. 485, 486 (1992).

<sup>93</sup> Tribe, *supra* note 50 at 34-36.

<sup>94</sup> *Id.*

おける私的行為の選択は、政府や州あるいは第三者といった者たちによって干渉されるべきでなく、家族や個人と親密な関係を築いている者のみができることを意味している。このようにプライバシー権を捉えるならば、*Roe* 判決が、子どもを産むかどうかに関する事柄を越えて、家族関係や親密な個人的関係にまでプライバシー権の射程範囲を拡げ、体系化づけようとした意図にも納得がいくであろう。

## 結語

アメリカ憲法学におけるプライバシー権は、私的領域内における個人の「ある種の重要な決定を独立して行う利益」、すなわち「自己決定」に関する利益をも保護している。しかし、近代立憲主義の基本原則である個人主義の考えに基づくのであれば、公権力の干渉を受けずに、個人の自己選択が尊重されることは当然のことではないか。このような問題意識のもと、本稿では、アメリカ憲法学におけるプライバシー権の論理の展開を構造的に分析することで、プライバシー権によって私的領域内における個人の自己決定がプライバシー権によって保護される意義について検討を行ってきた。

アメリカ憲法学では、当初から、プライバシー権の中に個人の自己決定を保護する意味が含まれていると考えられてきたわけではなかった。*Griswold* 判決においてプライバシー権は、初めて憲法上の権利として認められたが、夫婦の寝室に公権力の侵入を防ぐ「私事の秘匿」の保護を目的とするものであり、個人の自己決定の保護する権利としては意識されていなかった。しかし、*Eisenstadt* 判決においてプライバシー権が「子供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」と定義されたことは、「私事の秘匿」から「自律」へとプライバシーの概念の転換を示唆するものであった。さらに、墮胎の自由が問題となった *Roe* 判決においてプライバシー権は、第 14 修正の自由の概念と結び付けられることで、自己決定を保護する意味としても捉えられ、その射程範囲が婚姻、出産、避妊、家族関係、子供の養育および教育に関する事柄にまで及ぶとされた。

このようにアメリカ憲法学において、個人の自己決定を保護する意味でのプライバシー権は、合衆国最高裁判例の展開によって意識されるようになったのである。しかし、そのような判例の展開過程の中で、合衆国最高裁によるプライバシー権の保護理論は一様ではなかった。すなわち、*Griswold* 判決では半影理論、*Eisenstadt* 判決では平等保護理論、*Roe* 判決では実体的デュー・プロセス理論によって、各判決で問題となった憲法に明示されていない個別的自由をプライバシー権として保護してきたのである。

この合衆国最高裁のプライバシー権に関する保護理論の違いは、プライバシー権によって問題となった個別的自由が憲法上保護されなければ、私的領域における個人本人の自由だけでなく、社会全体の秩序維持にも影響が及ぶ可能性があったからである。*Griswold* 判決において夫婦のプライバシー権を認めなければ、婚姻制度という社会制度が破綻するおそれがあった。*Eisenstadt* 判決において未婚者

のプライバシー権を認めなければ、既婚者に対する未婚者の社会的不平等という未婚者に対する差別が生じる可能性があった。そして、*Roe* 判決において墮胎の自由をプライバシー権として保護することには、女性の社会的差別の是正といった社会問題がその背景にあったのである。

このように、アメリカ憲法学においてプライバシー権によって個人の私的領域が保護されるのは、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のである。したがって、プライバシー権による私的領域内の個人の自己決定の保護といっても、私的領域を社会と完全に隔離された領域として捉えるのは妥当ではないと思われる。

本稿では、アメリカ憲法学におけるプライバシー権の論理の展開を構造的に再検討することで、このような結論に至った。しかし、そのようにプライバシー権を捉える場合、以下のような疑問が生じる。第一に、近代立憲主義は私的領域と公的領域とを区分することを前提にするが、本稿の結論のように自己決定を意味するプライバシー権の私的領域が公的領域の影響を受けるものであるとするならば、プライバシー権の保護領域をどのように考えてゆけばよいのか。第二に、*Roe* 判決を契機にプライバシー権の射程範囲は婚姻、避妊、出産、家族関係、子どもの養育および教育に関する事柄にまで及ぶとされたが、これらの個別的自由の共通性は何かという疑問である。これらの疑問については、別稿において論じていきたいと思う。

(2012年7月13日脱稿)