

# プライバシーという憲法上の権利の論理

宮 下 紘\*

- I 問題設定
- II 個人と共同体の関係におけるプライバシー権
- III 憲法上のプライバシー権の位置づけ
- IV 憲法上のプライバシー権の展望

## I 問題設定

プライバシーという権利概念が登場してからわずか百年余りの間に、私たちはプライバシーに関する様々な法的問題に直面してきた。そして、プライバシーに関する法的諸問題は常に進行形であって、時代ごとに重要な問題を提起してきた。プライバシーの原産国である合衆国においても、その概念がすでに確立されたと評価するには早計過ぎるように思われる。周知のとおり、プライバシー権の淵源は「独りにしておいてもらう権利 (the right to be let alone)」<sup>1)</sup> という有名な言い回しにある。その後、プライバシー権の法的性格をめぐっては、自らへのアクセスを制限していると解する見解<sup>2)</sup>、自己情報をコントロールする権利と捉える見解<sup>3)</sup>、自律権と考える見解<sup>4)</sup>、財産権を基盤とする見解<sup>5)</sup>、親密な

---

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科) 第4巻第3号2005年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程, 日本学術振興会特別研究員  
(アメリカ合衆国ノースカロライナ州在)

- 1) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). もっとも、この言い回しを最初に用いたのは、トマス・クーリー教授の次の一節であると考えられている。  
「人の人格に対する権利 (the right to one's person) とは、すべての責任から免除されているという権利、すなわち独りにしておいてもらう権利であると言えるのかもしれない。」(強調引用者) THOMAS M. COOLEY, A TREATISE ON LAW OF TORTS OR THE WRONGS WHICH ARISE INDEPENDENT OF CONTRACT 29 (2d ed. 1888).
- 2) Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L. J. 421 (1980). ギャヴィソン教授の議論の紹介については、佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護 (三)」法学協会雑誌101巻9号 (1984) 1444頁、が参考になる。

関係の構築と解する見解<sup>6)</sup>、といったように多様な解釈が提起されてきた。時が経過するごとに新たな見解が登場し、プライバシー権の概念を憲法学的に構築していく方途を模索することがますます重要な課題になってきたようにも思われる。

しかし、この問題は容易なことではない。先人たちの偉業をもってしてもプライバシー権の明確な定義がまだ確立していないことにかんがみれば、特定のプライバシー権の法的概念が広く支持されるまでにはそれなりの労力と時間が必要となろう。したがって、本稿において、論者の数ほどあるプライバシー権の定義の中からどれが最も優れているのか、という短絡的な比較検討を試みようとはしていない。本稿の関心とは、プライバシーに関する諸観念が「人権」としてではなく、「憲法上」の一権利として把握されるための基盤整備にある。人が人であることを理由として論理必然的に保障される「人権」とは異なり、「憲法上の権利」は、原則として公権力が人権を制約しようとする場合にのみ発動される。本稿の趣旨は、不法行為法上のプライバシー権とは区別された、「憲法上の権利」固有の論理構造におけるプライバシー権の位置づけにかかわる背景を考察しようとするものである。

しかし、「憲法上の権利」としてのプライバシー権の基盤整備という作業には、次のような困難が必然的に伴うこととなる。第一に、プライバシーという言葉は憲法典には書かれざる事柄であるため、果たして「憲法上の権利」としてプライバシー権が認められるのか、というものである。もっとも、憲法という学問の世界においてこの問題を深刻に受け止めそうなのは、原意主義者くらいなのかもしれない。本稿では、原意にとらわれず憲法典のテキストの背後にある思考としての憲法理論を探ることによって、プライバシーという憲法上の権利概念を導こうとするものである<sup>7)</sup>。第二に、「憲法上の権利」としてのプライバ

---

3) Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L. J. 475, 475 (1968).

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

5) MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK 51-2 (1991).

6) Daniel A. Farber, *Privacy, Intimacy, and Isolation by Julie C. Inness*, 10 CONST. COMMENT. 510, 517 (1993).

シー権の是非をめぐるのは、「裁判官自身の価値選択の押し付け」<sup>8)</sup>という批判があり、特に合衆国においては司法審査の民主的正統性に関する激しい論争が提起されてきた<sup>9)</sup>。この事情をふまえてかどうか、日本の最高裁は、ごく最近になるまで憲法上の権利としてのプライバシーという文言それ自体をあえて避けてきたきらいがある<sup>10)</sup>。とすれば、プライバシーという憲法上の権利概念を提唱する者は、司法審査の役割を考慮しなければならない。そこで、裁判所がプライバシーという憲法上の権利をどのように捉えていくことが望ましいか、ということにも考える必要がある。また、最大の難問であるが、第三に、プライバシーという文言自体が日本生まれではない、という事実がある。そのため、日本の憲法学においては、合衆国におけるプライバシーという概念を少なくともプライバシーと自己決定とに二分して議論を進めてきた。両者には、重なる部分があるが、同時に決定的な違いもあるように思われる<sup>11)</sup>。このことは、いまだ日本においては合衆国法上のプライバシーという言葉を観念しきれていない証左である。そのため、これまでのプライバシーに関する議論は、合衆国法におけるプライバシーの概念を参照していても、その法的構成の先取りをした上での言及が多かったように思われる<sup>12)</sup>。日本において、プライバシーという言葉は、多くの場合、ア・プリオリに法的権利として認識されてきたように思われる。つまり、プライバシーをもつば法的権利として捉えるあまり、本来プライバ

7) 無名の権利についての邦語の紹介は、奥平康弘「『無名の権利』の保障」小林直樹先生還暦祝賀『憲法学の展望』(有斐閣・1991) 511頁、を参照。

8) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191 (1986).

9) See JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980). イリイ教授の議論の多くを吸収した松井茂記教授は、自己情報コントロール権としてのプライバシー権は憲法13条により保障されていることを認めるものの、自己決定権については政治参加のプロセスに不可欠な権利とは言えず、かかる権利を裁判所が認めることは許されず、たとえ認められても厳格な審査を正当化することが困難である、と考えている。松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社・1995) 58頁、参照。

10) 最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁(外国人指紋押捺事件)。

11) 自分の髪型についてとやかく言われた時、「それは僕の勝手だ(自己決定の問題だ)」ということはあろうが、「それは僕のプライバシーの問題だ」という答え方は、少なくとも現在の日本語としては普通ではない(長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店・1999) 110頁)。

12) 棟居快行『人権論の新構成』(信山社・1992) 173頁。

シーという言葉がもつ意味を軽視してきたのではないだろうか。「プライバシー権」を把握するためには、「プライバシー」が何のためにあるのかということ を明らかにした上で、それを法的に構成し直すことが必要とされる。

以上のような困難が伴うことを自覚しつつも、本稿は、プライバシーに関する諸観念が、「憲法上の権利」の地位として認められるための構図を分析するものである。

## II 個人と共同体の関係におけるプライバシー権

プライバシー権に関する議論は、論者ごとにそれぞれ土俵が異なる。以下では、プライバシーに関する議論をそれぞれの土俵—個人主義、共同体主義、ロマン主義—に分類した上で、プライバシー権の分析を行う。

### 1 個人主義—不可侵の人格

プライバシーを法的に語る上で避けることのできない有名な論文がある。サムエル・ウォーレンとルイス・ブランダイスの二人の朋友弁護士が手掛けた論文「プライバシーへの権利」<sup>13)</sup>である。彼らはプライバシー権を「独りにしておいてもらう権利 (the right to be let alone)」として定義した。この「独りにしておいてもらう権利」の根拠は何か。ウォーレンとブランダイスによれば、それは「不可侵の人格 (an inviolate personality)」<sup>14)</sup>である。コモン・ローは様々な権利と自由を保障しているが、人が書いたものや造ったものを保障することは、私有財産の原理ではなく、「不可侵の人格」の原理に基づいている。「不可侵の人格」を保障するためには、ここで定義されたプライバシー権が必要とされる。

そして、「プライバシーの権利がたとえ何かを意味するとしても、…ある人に根本的に影響を与えてしまうような事柄に対して政府による不当な介入から自由であるための、その人が既婚であろうと未婚であろうと、個人の権利なのである」<sup>15)</sup>と合衆国最高裁判所が述べるとおり、不可侵の人格は「個 (individual-

---

13) Warren & Brandeis, *supra* note 1.

14) *Id.* at 205.

15) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972).

ity)』<sup>16)</sup>に帰属するものと考えられてきた。「独りにしておいてもらう権利」としてのプライバシー権は、「個」としてのプライバシーの領域が前提となる。そして、「個」としてのプライバシーの領域へのアクセスを制限させるために「秘密、匿名、孤立」<sup>17)</sup>という要素の保護が必要となると考えられてきた。このように、「独りにしておいてもらう権利」として誕生したプライバシー権の概念は、「個」の「人格への不可侵性」を基礎として発展したといえる。プライバシーという権利概念は、伝統的に個人主義と深くかかわりをもってきたのである。

## 2 共同体主義—社会的人格

ウォーレンとブランダイスが論じた人格への不可侵性を基礎とするプライバシーの考え方は、記述的側面と規範的側面の二つの性格を有している。ロバート・ポウスト教授によれば、彼らは、現実の人間の思考、感情、感覚により体現された著作物や作品などの保護を論述していることから、現実世界の状況に対応するプライバシー権を記述的に描き出している<sup>18)</sup>。この記述的性格は、どのような侵害行為がプライバシー権の侵害に相当するのか、という機能的分析には長けている。しかし、この説明では「独りにしておいてもらう権利」を剥奪することがなぜ、そしてどのような人格を侵害するのか明らかにされていない。そこで、ポウスト教授が目にしたのは、プライバシーの保護を享受しうるべき「人格」である。

ウォーレンとブランダイスは、プライバシーの保護を享受しうるべき人格として「不可侵の人格」という客観的かつ物理的な空間の欠如した抽象的な「人格」を想定している。コモン・ローの世界においては、このような抽象的な「人格」は、中立的でもなければ客観的でもないある種の道徳観念を反映しているに

16) Bloustein, *supra* note 4 at 973. ウォーレンとブランダイスの論文においても、プライバシー権が、「一私人 (a private individual) のままであり続ける権利」あるいは「自我 (one's self) を保護する権利」とも置き換えられていることに照らせば、プライバシー権はその生成から個人主義に根付いていたと解するのが相当であろう。Warren & Brandeis, *supra* note 1 at 213.

17) Gavison, *supra* note 2 at 433.

18) Robert C. Post, *Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property, and Appropriation*, 41 CASE W. RES. L. REV. 647, 651 (1991).

過ぎない。このような抽象的な「人格」を語る世界においては、ある人は一定の行為をプライバシーの侵害と考えるが、別の人はその行為がプライバシーの侵害行為にはあたらないと考えてしまう状況が生じうる。各人によって「不可侵の人格」の感覚が異なるためである。そのため、結局のところ各人が考える「不可侵の人格」ごとによって、プライバシーの保障範囲が異なってきてしまう。さらに、プライバシーの侵害による精神的苦痛は各人によって感受性が異なるため、裁判官が他人の苦痛を経験的ないしは統計的に測定することは困難である。実際のところ、人のプライバシーが侵害された場合、現実はその人の感情的苦痛がどの程度のものであるかを客観的かつ具体的に予測し、その人の苦痛を金銭に置き換えることは不可能に近い。

そこで、どのような「人格」がプライバシー権の保障に資するか、ということポウスト教授は考える。確かにプライバシーは個人の自律という価値を含んでいるが、プライバシーの保護を受けるに値する「人格」には、他者に対する配慮と尊敬の念を抱くことができ、自らを共同体内部の適切な場に位置づけることのできる能力が要求される。言い換えれば、このような人格から構成された社会においては、各人に対して共同体内部の *civility rule* に則った社会規範を特徴づけるために、プライバシー権の保障が必要とされる。したがって、プライバシーの侵害行為とは、一定の社会規範に則った人格を逸脱した行為である。徳を備えた「社会的人格 (social personality)」は、共同体に対する規範的な形式と実質を遵守することができる。それに対して、他者の領域に入り込み、他者を干渉する者は共同体規範の形式と実質に反するため、プライバシーの侵害として不法行為上の責任を問われうる。また、たとえ共同体において徳を欠いた人が他者のプライバシーを侵害した場合においても、被害者によってプライバシー侵害の訴訟が提起されることで、徳の欠如した人も社会規範を習得し、またその規範を支えていく機会を有することになる。共同体に埋め込まれた自我は、徳を有し、ある一定の社会規範を習得し、それを遵守することを要求されている。その規範に対する違背行為がプライバシー権の侵害となるため、共同体に属する人びとは具体的かつ客観的にプライバシー侵害を理解しうる。以上のとおり、ポウスト教授によれば、プライバシー権の保障には規範的性格があり、単に個

人の利益を保護しているのみならず、個人と共同体を支えている徳をも保障していると解されるのである<sup>19)</sup>。

この立場をさらに押し進め、共同体の健全な維持を要求し、そして個人主義の思想のみを基礎とするプライバシーの保障に反対しているのが、マイケル・サンデル教授である。サンデル教授によれば、プライバシー権は個人的事柄の開示を回避するという個人の利益を保障する古いプライバシー (the old privacy) の権利と、ある種の重大な決定をする際の他者への依存関係を保障する新しいプライバシー (the new privacy) の権利の二つに区別される<sup>20)</sup>。前者は、まさに独りにしておいてもらう権利であり、自律と寛容という価値を尊重する個人主義の原理のみからも説明がつく。それに対して、近年合衆国で問題となっているプライバシー権は、共同体や家族の形成に関する事柄である。共同体や家族の形成にかかわる事柄は、他者との依存・協働関係の保障を意味する新しいプライバシー権である。現代の合衆国にしばしば見られる「負荷なき自我」の跋扈は、他者との依存関係の保障の意義を希薄なものとしてしまい、それゆえ新しいプライバシーの意義も後退してしまうことになる。このような理由から、サンデル教授は個人主義者たちが想定する自我像に依拠したプライバシー権論には問題があることを指摘し、共同体や家族の形成という観点からプライバシー権を再考する必要性を呼びかけている<sup>21)</sup>。

以上のとおり、共同体に埋め込まれた自我は徳を有しており、ある一定の社会規範を習得し、それを遵守することを前提としているが、その規範への違背行為がプライバシー権の侵害となりうるのである。

### 3 ロマン主義—表現力に富んだ人格

- 
- 19) ROBERT C. POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS 52–6 (1995). See also Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L. J. 2087 (2001).
- 20) MICHAEL J. SANDEL, DEMOCRACY'S DISCONTENT 93 (1996).
- 21) *Id.* at 116. リベラリズムと共和主義の対立について、「公共空間」の観点から論じたものとして、阪口正二郎「アメリカ憲法学における民主主義論の動向と立憲主義の動揺」全国憲法研究会編『憲法問題13』(三省堂・2002) 112頁、が参考になる。

プライバシー権の法的根拠をめぐって、個人主義と共同体主義は鋭く対立をしている。この対立を手掛りとして、個人の人格に対する社会同調性の影響力を重視してプライバシー権を主張したのが、ナンシー・ローゼンブルーム教授である。ローゼンブルーム教授は、『もう一つのリベラリズム』<sup>22)</sup>と題する著書において、個人主義と共同体主義の融和をはかった。彼女の主張の核心には、多様性を受け止めることができる雄大な (heroic) 個人主義、共同体、公私の相互関与転換 (shifting involvements)、という三要素がある<sup>23)</sup>。伝統的なリベラリズムに象徴される個人とは、合理的選択が可能な道徳的主体、賢明な消費者、計算高い法律上の人為的主体である。このような個人像にとっての私的領域とは、かかる主体の合理的かつ生産的な活動領域、すなわち市場社会を指していた。この領域においては、各人は合理的社会生活に疲労し、自らの個性を表現することもできなければ、自我を十分に追求することもできなかった。そこで、ローゼンブルーム教授は、現代のこのような社会生活から各人の個性を保護するためにプライバシーの空間が必要であると考えた。合理的な社会生活ではなく、ありのままの共同体社会こそが今必要とされている。彼女は多くの共同体内部で培われる感情、審美、愛着や友情などの人間の本性に着目し、個の表現性 (expressivity) を強調している。そして、これらの人間の本性を育む個の表現性の砦となるのがプライバシーである。ローゼンブルーム教授にとって、真のプライバシーとは、現代の社会生活からの退去 (detachment) を意味している<sup>24)</sup>。このように、ロマン主義における人格もまた「独りにしておいてもらう権利」を享受しうるのである。

この点において、ロマン主義は、個人主義思想にとっての私的領域の概念そのものも、またその領域を保障する動機も異なっている<sup>25)</sup>。もっとも、ロマン主義は個人主義と決別しているわけでもない。ロマン主義にとってのプライバシー

---

22) NANCY L. ROSENBLUM, ANOTHER LIBERALISM (1987). 個の表現性を重視するロマン主義については、See also STEVEN H. SHIFFRIN, THE FIRST AMENDMENT, DEMOCRACY, AND ROMANCE (1990).

23) *Id.* at 6.

24) *Id.* at 68-74.

25) *Id.* at 59.

概念は、人間本性を助長する共同体における個の表現性を核心としているため、一方では個人主義、他方では共同体主義という両者の議論の融合を経て醸成された概念であると言える。

かくして、プライバシーという権利概念は、個人主義、共同体主義、ロマン主義の論争において、その主体たる個人的人格像のみならず、共同体と個人の関係の捉え方にも関係するものと解されてきた。

#### 4 国家という存在の欠落

さて、ここで本稿の主題に立ち戻ろう。本稿の主題とは、プライバシーの「憲法上の権利」概念の基盤整備である。この主題に最も相応しい立場は、これまで分析してきた三つの立場のいずれであろうか。残念ながら、いずれの立場も右主題に直接応えているものではないと考えられる。正確な言い方をすれば、いずれの立場も自覚的に不法行為に関する法体系においてプライバシーの議論を展開しているのである。いずれの立場も理論の前提にあるものが「個人」と「共同体」の関係性であり、その中において論争が繰り広げられ、またそこから新たな立場が登場しているに過ぎない。これらの論争の中における「他者」とはあくまで「個人としての他者」、あるいは「共同体としての他者」であった。この論争には、憲法の名宛人である「国家」の存在はない。したがって、個人主義と共同体主義の論争において、各人が主張するプライバシー権とは、不法行為法上のものであり、憲法上のそれではない<sup>26)</sup>。

出発点とされたウォーレンとブランドイスの論文において援用された事案は、私人間の名誉毀損と著作権に関する争訟を前提とした不法行為に関する事案であった。その後、判例、学説に大きな影響力を与えたと考えられるプライバシーの類型化を行ったウィリアム・プロッサー教授のプライバシー権論もまた不法行為に関するものであった<sup>27)</sup>。「独りにしておいてもらう権利」を憲法学として語るには、不法行為法としての「独りにしておいてもらう権利」を憲法の命題に沿う形で翻訳する作業が要求されるのである。

要約すれば、これまで見てきた個人主義、共同体主義、ロマン主義的リベリズムのいずれの立場からも導き出されたプライバシー権は不法行為法上のもの

でしかありえず、いずれの立場からも憲法上のプライバシー権を導き出すには新たなステップを踏まなければならないのである。そのステップとは、「国家」の登場である。つまるところ、「個人」と「共同体」という二者に、憲法の名宛人である「国家」の存在を加えた三者関係の中で憲法上のプライバシー権は議論されなければならないのである。

### Ⅲ 憲法上のプライバシー権の位置づけ

本稿は、「憲法上の権利」としてのプライバシー権の基盤整備に向けられている。これまでの議論は、その基盤整備のために留意すべき点を指摘してきた。そこで、本節では、まず、合衆国最高裁において容認された憲法上のプライバシー権に関する判例を再読する。その上で、憲法上のプライバシー権を正面から論じなかったが、後の憲法上のプライバシー権に関する判例に大きな影響力を及ぼした2つの判例のもつ意義を再確認する。そして、「憲法上の権利」としてのプライバシー権をベースラインとする公私区分のもつ意義を展開して、本稿の主題への接近を試みる。

- 
- 26) 不法行為法上のプライバシーと憲法上のそれが異なると指摘するものとして、*See Anita L. Allen, Constitutional Law and Privacy, in A COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* 139-40 (Dennis Patterson ed., 1996). わが国においても、表現の自由とプライバシー権の衝突が問題とされた事件一石に泳ぐ魚一について、判決ではプライバシー侵害が不法行為として争われており、表面上、憲法問題として議論されていないことを指摘するものもある（戸波江二「プライバシーと憲法十三条」書齋の窓491号（2000）16頁）。

立憲主義の観点からすれば、憲法の名宛人は原則として公権力であるため、私人間の憲法上のプライバシー権侵害という論理は成立しえない。この点、1998年ヨーロッパ人権法第10条が規定するプライバシー権は、同法第8条が規定する表現の自由と等価的均衡関係にあり、両者は私人間に対して、「間接的水平効果（indirect horizontal effect）」を有するものと解されている（*See Gavin Phillipson, Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act*, 66 MOD. L. REV. 726, 729-32 (2003).）。しかし、同法で用いられている「プライバシー」という言説もまた信頼違反という不法行為法上の文脈で敷衍されていることに注意を要する。この点について、ジョン・ミドルトン「イギリスの1998年人権法とプライバシーの保護」一橋法学4巻2号373頁（2005）、が参考になる。

- 27) William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960).

## 1 憲法上のプライバシー権と契約の自由

政府の存在を自覚し、憲法上の権利としてのプライバシー権が初めて認識されたのは、*Olmstead v. United States* の反対意見であると考えられる。政府の盗聴行為が物理的な家宅捜索ではないことを理由に、不合理な捜索に対する人民の権利を保障した修正4条には反しないとした法廷意見に対して、一人の裁判官が異議を唱えた。

「憲法の起草者は、政府に対抗するものとして独りにしておいてもらう権利を授けた。その権利は、最も包括的な権利であり、市民となった人びとに最も価値あるものと評価される権利である。この権利を保障するために、いかなる手段であっても、個人のプライバシーに対する政府のいかなる不合理な侵入も修正4条に違反するものと考えられなければならない」<sup>28)</sup>。(強調引用者)

この反対意見を述べた裁判官こそが、この判決の38年前に「独りにしておいてもらう権利」をウォーレンと共に世に広めたブランダイス裁判官である。すでに確認したとおり、1890年当時弁護士であったブランダイスは、ウォーレンと共に不法行為としてのプライバシー権—独りにしておいてもらう権利—を想定していた。そのブランダイスが、後に合衆国最高裁の裁判官席に座ることになった際、そこで彼は自らが論文で公にした「独りにしておいてもらう権利」を政府に対する憲法上の権利として扱ったのである。政府の存在を自覚し、憲法上の権利としてのプライバシー権を首肯したブランダイス裁判官のこの反対意見が、プライバシー権に関する後の合衆国最高裁の判決に大きく影響していった<sup>29)</sup>。

しかし、実は「独りにしておいてもらう権利」を世に広めようとしたブランダイスという人物が弁護士であり、また裁判官であった時代の判例には、実体的デュー・プロセスに関する憲法上のプライバシー権の萌芽があったと考えられる。つまり、憲法上のプライバシー権は今から100年前の合衆国最高裁のある判決によって生誕した、とも考えられる<sup>30)</sup>。その判決こそが、*Lochner v. New*

28) 277 U.S. 438 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

29) *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 350 (1967); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969).

30) *Griswold*, 381 U.S. 479, 514-6 (Black, J., dissenting).

York<sup>31)</sup>である。Lochner 判決とは、雇用者と労働者間の「契約の自由 (freedom of contract)」を理由として、ニューヨーク州が規定する労働時間の制限条項を無効とし、州のポリス・パワーを限定した判決である。Lochner 判決は、合衆国憲法修正14条が「自らの営み (business) に関して契約を締結する一般的な権利」<sup>32)</sup>を保障していることを明らかにした。雇用者と労働者が契約を締結する自由は、修正14条で保障されている自由の一部であるため、「契約の自由」に対しては原則として州の規制が及ばない。修正14条は、手続的デュー・プロセスのみならず、「契約の自由」という実体的デュー・プロセスもまた保障している。Lochner 判決によって、どのような契約を締結するかは各人に委ねられ、原則として州はその契約事項に干渉することが憲法上禁止されていると考えられた。そのため、Lochner 判決における「契約の自由」の概念は、適者生存の進化論思想に基づくレッセ・フェール社会を形成するものだと批判され続けた<sup>33)</sup>。

Lochner 判決の60年後、Griswold v. Connecticut<sup>34)</sup>において、合衆国最高裁判所は、夫婦の私生活に州がみだりに介入することを禁止するための根拠として、憲法上のプライバシー権を初めて容認した<sup>35)</sup>。Griswold 判決の法廷意見は、「契約の自由」という言い回しも用いなければ、Lochner 判決を先例として参照しないことも明らかにしている。それでもなお、Griswold 判決における実体的デュー・プロセスとしてのプライバシー権を保障する論理は、「契約の自由」を連想させてしまう。つまり、Griswold 判決におけるプライバシー権は、夫

---

31) 198 U.S. 45 (1905).

32) *Id.* at 53.

33) *Lochner*, 198 U.S. at 75 (Holmes, J., dissenting). 一般に Lochner 期とは、契約の自由の基礎を造った *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897). が出された1897年から1937年までの間を指しており、この期間に合衆国最高裁はデュー・プロセス条項を根拠に約200もの事案において違憲判決を下している。See BENJAMIN F. WRIGHT, *THE GROWTH OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 148, 154 (1942).

34) 381 U.S. 479 (1965).

35) 判決がプライバシー権を正当化するために採用した半影 (penumbras) 理論とは、修正1条 (結社の自由)、修正3条 (平時において所有者の同意なしに兵士を自宅に宿営させない自由)、修正4条 (不合理な搜索及び逮捕、押収からの自由)、修正5条 (自己に不利益な証言を強要されない自由)、修正9条 (無名の権利) の各条文を挙げ、これらの諸規定から投影された半影部分にはプライバシーの権利が含まれる、という理論である。

婦にとっての「自らの営みに関して契約を締結する一般的な権利」とみなすことが可能である。夫婦にとっての「自らの営みに関して契約を締結する一般的な権利」と雇用者と労働者が契約を締結する権利は、どちらも「契約の自由」の名の下に収まってしまう。ここに、Griswold 判決で認められた憲法上のプライバシー権と Lochner 判決における憲法上の「契約の自由」のアナロジーが成立するのである。

## 2 プライヴァシー権の憲法上の位置づけ—Lochner 期の 2 つの判決

しかしながら、憲法上のプライバシー権は Lochner 判決が擁護した憲法上の契約の自由と重なり合う、という仮説には留保が付されるべきである。たとえ Griswold 判決における憲法上のプライバシー権が実体的デュー・プロセスを根拠としていると考えても、Lochner 判決における契約の自由の延長上にあるとは断定できない。なぜなら、Lochner 判決は経済や財産という面において私事性を保障したのに対して、Griswold 判決は人間の関係性という面においてプライバシーを擁護したのである<sup>36)</sup>。Lochner 判決と Griswold 判決のどちらも実体的デュー・プロセスを容認していると考えても、自由の保障内容は両判決においてずいぶんと異なることには注意しなければならない。

このことは、Griswold 判決の法廷意見よりも、判決に至るまでの過程で明らかになる。Griswold 判決に際しては、当時イエール大学ロースクールで教鞭をとっていたトマス・エマーソン教授がブリーフを提出し、口頭弁論を引き受けた<sup>37)</sup>。エマーソン教授は、夫婦の私生活に関するプライバシー権を正当化するにあたり、経済ないし商業上に関する自己統治を認めた Lochner 判決を復権させることに対して警戒的であった。その上で、エマーソン教授は、生命や健康を保障するために必要なプライバシー権の正当化目的で Lochner 判決そのものではなく、Lochner 判決の影響を強く受けていた時期のある 2 つの判決を掲げた<sup>38)</sup>。その 2 つの判決とは、Meyer v. Nebraska<sup>39)</sup>と Pierce v. Society of Sisters<sup>40)</sup>で

36) Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 802–05 (1989).

37) Thomas I. Emerson, on behalf of appellants, Brief for Appellants, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

ある。Meyer v. Nebraskaにおいては、ドイツ語を児童に教えることを禁止した州法が問題となった。合衆国最高裁は、ドイツ語教育自体の有害性はなく、同質な人民の育成を目的とする本件州法は、州の権限を逸脱したものであると判断した。判決において、プライバシーという言葉は見当たらないが、「身体的拘束からの自由のみならず、契約、生活上の一般的な活動への従事、有益な知識の習得、結婚、家庭の構築、子供の育成、自らの良心の指図に従った神への崇拜、自由な者によるきちんとした幸福の追求にとって不可欠なものとしてコモンローが長い間認めてきたこれらの特権を享受する個人の権利をも」<sup>41)</sup>憲法は保障していることが明らかにされた。また、Pierce v. Society of Sistersにおいて、合衆国最高裁は、公立学校への通学を義務づけた法律を親の教育権の侵害として違憲とした。本件において、最高裁は、契約の自由論を詳細に展開してはいないが、「教師と親の長期間的契約」が教育事業には必要であることを述べている<sup>42)</sup>。その上

- 
- 38) 裁判所とエマーソン教授との口頭弁論の一部は次のとおりである。  
裁判所：「あなたはあの事例 [Lochner] の憲法上の哲学に遵うことを請うているように思えるのだが。」  
エマーソン：「いいえ、裁判官。われわれは Meyer v. Nebraska と Pierce v. Society of Sisters の哲学に遵っていただけのことをお願い申し上げます。」  
裁判所：「私が思い出すには、パン屋の休暇の長さを州が規制しようとしたから違憲であるとした判決だった…」  
エマーソン：「いいえ、いいえ、違います。」  
裁判所：「…なぜなら人びとが騙されていたからだったのではないのでしょうか。」  
エマーソン：「それは Lochner の事案です、裁判官。Meyer v. Nebraska は、8年生になっていない子供たちにドイツ語を教えることを禁止した法律を州が制定したために違憲と認められたものです。そして、Pierce v. Society of Sisters は、州が私立学校の運営を妨げることを違憲と認めたものです。これらの事案は、いずれもデュー・プロセスに関するものであり、デュー・プロセスの類として判断されました。…すべてが個人の権利と自由に関するデュー・プロセスに関する事例ですが、われわれは Lochner v. New York や West Coast Hotel v. Parrish のような商業に関する事案とこれらの事案を区別致します。われわれは極めて明確に区別をしております。」  
Oral Argument, Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, March 29, 1965 at 8. See also *id.* at 23.
- 39) 262 U.S. 390 (1923).  
40) 268 U.S. 510 (1925).  
41) Meyer, 262 U.S. at 399.  
42) Pierce, 268 U.S. at 532.

で、「子供は州の単なる創造物ではない」<sup>43)</sup>ことから、州には子供を標準化させる権限がないことを確認した。いずれの判決も、州のポリス・パワーを限定的に解した上で、私的空間における自由を厚く保障している点において Lochner 期を象徴する判決とも言える。もっとも、これらの2つの判決は、「契約の自由」を正面から論じることをしなかった。仮に両判決が「契約の自由」に類似する自由を擁護していると解することができても、経済的自由ではなく、いわゆる精神的自由を保護している点で、両判決は Lochner 判決と性格上異なる。結局、Griswold 事件においては、エマーソン教授の弁論を受け入れる形で、最高裁は Lochner 判決ではなく、Meyer 判決と Pierce 判決を先例として度々引用することによって憲法上のプライバシー権を容認したのである。したがって、Griswold 判決は、経済活動における「契約の自由」を擁護した Lochner 判決ではなく、Meyer 判決と Pierce 判決を基礎にしているというのが正統な解釈であろう。Lochner 判決が明らかにした契約の自由とプライバシー権とのアナロジーを見出そうとする仮説は不十分である。

### 3 時間と憲法上のプライバシー権

しかし、別の問題として、Meyer, Pierce のどちらの判決においても裁判官はプライバシー権を正面から論じていない。確かに、この2つの判決は、子供と親の関係性という観点から教育の私事性を一定程度認めているが、なぜそのことが憲法上のプライバシー権と結びつくのか、という問題には明確に答えていない。

この疑問に対しては、ジェド・ルーベンフェルド教授のプライバシー権論が答えを与えてくれるのかもしれない。ルーベンフェルド教授によれば、民主政治に不可欠とされる「独りにしておいてもらう権利」とは、反全体主義思想を基礎としており、「国家によって人生の道を規定されない権利」<sup>44)</sup>と定義しうる。そして、合衆国において憲法上のプライバシー権が認められたものとして、出産、婚姻、子供の教育の三つが例として挙げられる。中絶の権利に関して賛成派と反

43) *Id.* at 535.

44) Rubenfeld, *supra* note 36 at 807.

対派の激しい論争を巻き起こした *Roe v. Wade*<sup>45)</sup>、また異人種間の婚姻の是非が争われた *Loving v. Virginia*<sup>46)</sup>においては、問題とされている事柄が各人の私事性を問うものであった。そのため、これらの事案が、プライバシー権と結びつくことは容易に想像できそうである。出産や結婚に関するこれらの事案のみならず、子供の教育に関する事案にもプライバシー法理が妥当しうると評価している点に、ルーベンフェルド教授の議論の最大の特徴がある。この議論を支えるためにルーベンフェルド教授が援用している判決が、先に紹介した *Meyer* 判決と *Pierce* 判決である。これらの事案では、問題となった州の法律が人の時間を占領し、その方向性を定めていることから、公権力の正統な行使の境界線を越えたプライバシー侵害と解されるのである<sup>47)</sup>。子供は、自らの人格を形成するための基底的な時間を過ごしている。現在という時間は各人に属しており、また各人の私的な財である。その財を侵害すること、すなわち、各人—それぞれの子供—の時間を規定すること、もしくは徴用することは、プライバシーの侵害なのである<sup>48)</sup>。もちろん同様の指摘は、出産や結婚についても当てはまる。出産のプライバシー性が問われた *Roe* 判決については、中絶の権利が認められなければ、女性の心身そのもののみならず、母親にはならない時間をも政府が侵すことになる。そして、異人種間の結婚がプライバシー権として保障されなければ、自らの将来という時間を誰と一緒に過ごすのか、という事柄を政府によって侵害されることになる。

ルーベンフェルド教授の議論は、政府が各人の「時間 (time)」を一元的に組み替えることができない、という斬新な発想に基づき、プライバシーの保障が及ぶ範囲を見積もっている。そして、その議論の根底にあるものは、プライバシーの価値そのものが何かということではなく、むしろ政府にできないことがプライバシーの圏域である、という思考である。ルーベンフェルド教授の議論は、従来の議論に見られたようなプライバシー独自の価値を個人や共同体に関する

---

45) 410 U.S. 113 (1973).

46) 388 U.S. 1 (1967).

47) Rubenfeld, *supra* note 36 at 743, 787.

48) JED RUBENFELD, FREEDOM AND TIME 253-4 (2001).

議論から導き出そうとする手法とは異なる。多元的な価値観に基づく時間の使用を認め、政府が行動できない範囲をプライバシーの圏域と捉えるものである点において、Meyer 判決と Pierce 判決が採った論理とも整合的である。

では、ルーベンフェルド教授の議論から Lochner 判決はどう評価されるのであろうか。仮に政府が「時間」を一元的に組み替える権限を有していないということ的自由の根底に置くのならば、Lochner 判決こそが何よりもまず正当化されることになりそうである。Lochner 判決において問われた週60時間または1日10時間以上の労働を禁止するニューヨーク州の立法こそが「州によって規定された特定の時間」<sup>49)</sup>であり、このような規制立法は、「時間」を一元的に組み替えているとみなされるため、攻撃されるべき立法となってしまう。しかし、ルーベンフェルド教授にとって政府が侵すことのできない「時間」とは、政府が各人の生に一定の方向性を与える「時間」であって、政府が各人の生に一定の方向性を与えない「時間」を意味しない。つまり、週60時間または1日10時間の労働を強要する州法は、政府が各人の生に一定の方向性を直接与える「時間」として許されない。一方で、週60時間または1日10時間の労働を禁止する州法は、州が各人の時間を必ずしも特定の方向に仕向けたわけではない。この区別が機能する限り、ルーベンフェルド教授の「時間」を根拠とする議論は、必ずしも Lochner 判決を正当化することにはつながらない<sup>50)</sup>。

以上のようなルーベンフェルド教授の議論は、「時間」を根拠に Meyer, Pierce 両判決を正当化し、これらの判決とプライバシー権を結びつける有意義な手法であることには違いない。もっとも、ルーベンフェルド教授の「時間」を根拠とする論法そのものがユニークであり、さらなる検討が必要である<sup>51)</sup>。また、確かに、ルーベンフェルド教授は、全体主義からの個人の解放を主張している点

49) *Lochner*, 198 U.S. at 53.

50) ルーベンフェルド教授は、Lochner 期の判決の特徴を「反・反資本主義者 (anti-anti-capitalist)」の見解を反映したものと考えている。つまり、Lochner 期の諸判決は、経済問題に関するものばかりに集中し、精神的自由に関する規制にはそれほど敵対的でなかったことからリバタリアン原理に基づいているとは断言できない。むしろ当時の社会主義の高揚を最高裁が警戒していたために、反資本主義者に対して異を唱えたと考えられている。See JED RUBENFELD, *REVOLUTION BY JUDICIARY* 149-57 (2005).

では憲法上の権利としてのプライバシー権を意識しているが、このことが不法行為の法体系の中にあるプライバシー権と憲法上のそれとを決定的に隔てる要素であるとはまでは言えないように思われる。

#### 4 公私区分と憲法上のプライバシー権

では、プライバシー権を憲法上の権利として正当化するためのより積極的な理由を何に求めるべきであろうか。不法行為法上のプライバシー権とは別の論理によって、憲法上のプライバシー権という独自の圏域を見出す手段はないのだろうか。

プライバシーがもつ価値そのものを探求するというよりは、政府にはできない領域をまずは考え、その圏域をプライバシーと考える手法はトマス・ネーゲル教授によっても主張されている。この手法自体はルーベンフェルド教授と同じであるが、その理由付けが異なる。ネーゲル教授によれば、プライバシーの内実とは、秘密、策略、沈黙や不承認などを含む隠匿 (concealment) を意味するが、この隠匿がもつ機能は次の三点である。第一に、隠匿は社会的機能を有している。つまり、人びとは、お互いに望まない衝突や対立を喚起してしまう主題の露呈を避けるべきであり、そのような話題を各人が隠匿することにより平和的に共存しうるのである。第二に、隠匿は、公衆の視線から私生活を保護することにより、各人の人生を歪曲させないようにする個人的機能を有している。第三に、自らの人生を全うするためには、自らが選択した者に対してのみ一定の事柄の開示をすることができる親密な関係性を形成する機能が隠匿にはある<sup>51)</sup>。プライ

---

51) ルーベンフェルド教授によれば、合衆国は「時を隔てた人民 (people over time)」によって構成されており、「時間」こそが各個人そして人民全体にとっても重要な要素であり続けている。しかし、「時を隔てた人民」という考え方はフィクショナルであり、現実の「人民」の観念には合致しえないという批判がある。現実には各人の価値観や世界観が異なっており、単一の「人民」など存在しない。またネイティブ・アメリカンは女性や黒人を合衆国「人民」から排除していたのであり、すべての合衆国に住む者が「時を隔てた人民」であり続けたわけではない。さらに、「時を隔てた人民」を語ることは、原意主義に一定程度接近することにも注意しなければならない。See Erwin Chemerinsky, *A Grand Theory of Constitutional Law?*, 100 MICH. L. REV. 1249, 1258-61 (2002).

52) THOMAS NAGEL, CONCEALMENT AND EXPOSURE 4-9 (2002).

ヴァシーを構成する隠匿がもつこの第一の機能に着目することによって、政府の民主的統治という憲法学の一つの趣旨に見合うようなプライバシー権論の可能性が開かれる。

その可能性を開くネーゲル教授の主張は、次のようなものである。人びとの徳を墮落させてしまうほど多くの主題を公的空間に含めることは避けるべきである<sup>53)</sup>。すなわち、公的空間においてあらゆる事柄を討議してしまえば、私的な事柄の不必要な露見に人びとは注目してしまい、本来の討議しあうべき肝心な公的主题がないがしろにされてしまう可能性がある。さらには、私的な事柄の不必要な露見は、しばしば人間の情緒や本性を煽ることにもなりかねない。その結果、本来議論すべき政治事項が私的事柄へとすり替えられてしまうおそれがある。

この例としてネーゲル教授が挙げているものが、クリントン前合衆国大統領とモニカ・ルインスキーとのスキャンダル事件である<sup>54)</sup>。公人の私生活を公衆に対して露見させてしまったことにより、本来議会で討議しあうべき事柄が後回しにされてしまい、また二人の私的関係や性そのものに関する話題の方が公衆の注目をひきつけ、公衆の情緒を扇動させてしまったのである。政治という公的空間は、公的事柄の追求とその解決のために企図されたものであり、私的な事柄を討議する場ではない。政治の安定性を担保するためには、理性的な討議に無用な話題を公的空間から遮断しなければならない。特定の文化を支配するための争いは公的空間で行われるべきではなく、それぞれの文化に対しては寛容 (toleration) と不党 (impartiality) の配慮が必要となる<sup>55)</sup>。このように、公私区分があるからこそ、各人やそれぞれの文化は支配的な文化との争いや強制的同化を避けることができるのである。

したがって、ネーゲル教授によれば、公私区分がもつ意義は次の二つにある<sup>56)</sup>。一つは、他者の凝視から私生活を護ることである。いま一つは、公的空間の中に理性的な討議を妨げるような話題を持ち込ませないことにより、民主的政治の安

53) *Id.* at 20.

54) *Id.* ch 2

55) See Thomas Nagel, *Moral Conflict and Political Legitimacy*, in *AUTHORITY* (Joseph Raz ed., 1990).

56) Nagel, *supra* note 52 at 15.

定性を保つことである。私的空間には、個人の快楽の選択、性的想像、非政治的表現、宇宙や宗教の意義の探求などを含むものと考えられ、この私的空間こそが「プライバシーの価値がもつ最も広い観念」<sup>57)</sup>に相当するものである。そして、このプライバシーの最も広い観念こそが、公私区分のベースラインになっていると言える。

ネーゲル教授のプライバシーに関する議論の特徴は次の点にある。第一に、ネーゲル教授の公私区分論から理解できることは、正義や財の配分などの問題を理性的に討議すべき政治空間を「公」として確保しており、ここに憲法の名宛人としての「公」が自覚的に位置づけられていることである。また、特定の文化を支配するための争いは公的空間で行われるべきではなく、それぞれの文化に対しては「政府」の寛容と不党の配慮が必要となることを彼は認めている<sup>58)</sup>。先に見てきた個人主義と共同体論との論争の延長上に導き出されたプライバシー権論には、「政府」の存在が欠落していたが、ネーゲル教授の議論には、「私」に対する政治共同体としての「政府」＝「公」の存在が想定されている。

第二の特徴は、個人や共同体と連結させてプライバシーの性格を論じようとしてはいない点である。つまり、プライバシーの内在的諸観念にはあまりこだわっていない。その代わりに、プライバシーではないもの、すなわち政府の安定性や健全な公的討議といったプライバシーの外在的諸観念を措定することにより、その余の諸観念をプライバシーと考えている。

では、プライバシー権の基礎と考えられる Meyer 判決と Pierce 判決とはどのような関係に立つと考えられるか。ネーゲル教授の第三の特徴として、私的な空間においては政府の寛容と不党によって、多元的な価値観や文化が保障される。政府の中立的立場が堅持される限り、ドイツ語教育を希望する生徒や私立学校で教育を要望する生徒は、政府に干渉されず、また教育の多様性が保障される。また、子供がドイツ語を学ぶかどうか、ということは本人もしくはそれぞれの親の判断に委ねておけば十分であり、それをあえて州の政治的課題としてしまえば、かえって社会の衝突を招きかねない。州の民主政治を運営するための教育論を超

57) *Id.* at 26.

58) Nagel, *supra* note 55 at 300.

えて、他人の子供の教育に干渉し、それを強要すること、あるいはドイツ語教育の是非を公的空間で論じることは、かえって政治の緊張を高めてしまうことになりかねない。ネーゲル教授の立場は、公的空間では民主的政治に必要な事項のみを討議させ、私的空間では各人の多様な生き方を追求させようとするものであり、このことは Meyer, Pierce の両判決の趣旨と矛盾するとは思われない<sup>59)</sup>。ネーゲル教授の議論は、公私区分の線引きを行い、私的空間においては様々な文化が多元的に共存することを望むリベラリズムの立場に近いと考えられる<sup>60)</sup>。

第四に注目すべきこととは、民主的政治の安定性と健全性の維持と各人が好む文化へのコミットメントの保障を目的とした公私区分を基礎として、私的空間それ自体をプライバシーの最も広い観念であると解した点である。この私的空間とは、公的空間で議論されるべき正義、経済、防衛や社会保障などの事項を除いたものである<sup>61)</sup>。ネーゲル教授にとって、分配的正義にかかわる税制などの経済問題は、多面的な価値観や道徳観と同じように私的問題とみなすことはできない<sup>62)</sup>。公的空間に経済問題を含めたことは次のことを意味する。Lochner 判決における契約の自由に関連した事柄は、私人間の統治に委ねられるのではなく、公的空間における理性的な討議の対象となる。

ネーゲル教授の議論は、政府＝「公」という憲法の名宛人を自覚し、そこから政府の安定性と健全性を維持するために、各人の価値観や道徳を持ち込ませず、代わりに政府も立ち入ることのできない「私」的空間として厚く保障しようとするものである。このように、ネーゲル教授は、プライバシーの内在的諸観念を練り上げていくのではなく、プライバシーの外在的諸観念—「私」と表裏一体になっている「公」—を考慮に入れている<sup>63)</sup>。結果として、ネーゲル教授の公私区分の議論は、民主的政治過程の空間（公的空間）と個人の自律の空間（私的空間）

59) Pierce 判決は、多元主義の範囲を確定させたと考えるものとして、See Martha Minnow, *Rereading Before and After Pierce A Colloquium on Parents, Children, Religion and Schools*, 78 U. DET. MERCY L. REV. 407, 411 (2001).

60) ネーゲル教授は自らの立場を文化的リベラリズム (cultural liberalism) と名付けている。Nagel, *supra* note 52 at 20.

61) *Id.* at 24.

62) See LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL, *THE MYTH OF OWNERSHIP* (2002).

間)をどちらも安定して保障させるものと評価できる。

## 5 司法審査論としての公私区分

公私区分によるプライバシー権論は、あまりにも「公」が狭く、「私」が広すぎるのではないか、と思われるかもしれない。しかし、これは誤解であろう。「公」とは、まさに国家機関そのものに限定されるわけではない。「公」的空間においてなされた理性的な討議による帰結として制定される立法そのものも「公」の産物である。したがって、民法や刑法をはじめとする立法はすべて「公」に区分けされている。しかし、たとえば中絶禁止法のような立法もまた「公」であるが、かかる立法が過度に「私」を規制する場合は、「私」であるプライバシー権の侵害と言っているのである。

また、公私区分を前提としたプライバシー権論は、裁判所の役割論においても応用しようと考えられる。現実の憲法訴訟論には、司法が「積極的」か「消極的」か、という立論の仕方は適切ではなく、問題とされた事案の内容が「私」であるか「公」であるか、ということが重要である<sup>64)</sup>。つまり、裁判所が、問題とされた事案を「公」であると判断すれば、公的機関である裁判所は、当該事案に対して介入して、解決すべきである。投票に関するルールや地方自治のあり方といった、憲法が言及する必須事項を各人の私的な判断に委ねてしまえば、政府の統一性と安定性は損なわれてしまうおそれがある。このような問題は、権力分立制の下、裁判所によって「公」的に解決が図られることが期待されている。それに対して、問題とされた事案を裁判所が、「私」的事柄であるときみなせば、それはプライバシー権で保障された「私」的空間に公的機関である裁判所が介入す

---

63) 日本においても公私区分を前提としたプライバシー権論は長谷部恭男教授によって提唱されている。プライバシー権は、各人に、公的生活にかかわらない私的領域があることを前提とする。そして、私的な情報やコミュニケーションを他者が収集、利用、伝達することがプライバシー権の侵害となるのは、それらが公的生活にかかわりのないその人自身の問題であり、それらの情報を誰に開示するかは本人だけが決定できるはずだからである。長谷部教授は、公私区分の具体的な線引きは調整問題の一種であると考えている。長谷部、前掲注11) 116—8頁を参照。

64) LOUIS MICHAEL SEIDMAN, OUR UNSETTLED CONSTITUTION 184—9 (2001).

べきではないことになる。たとえば、女性が、子供を生むかどうかという決定は、しばしば人生観や宗教上の信念とかがかわることがあるため、そのような決定事項を「公」的に決着つけようとするれば、かえって社会の分裂を招くおそれがあり、各人の「私」的事柄として各人の判断に委ねるのが適当である。

一般的な評価に従えば、公私区分の観点から従来の司法審査論について次のように言うことが可能であろう。「契約の自由」の名の下、州の規制を次々と違憲と宣言してきた *Lochner Court* 期には、司法に持ち込まれた事案の多くを「私」的事柄であると考えたために、それに対する「公」の介入による解決を抑制させたのである。しかし、ニュー・ディール期には、最高裁は、私人間の契約にも「公的利益 (public interest)」にかかわるものがあると判断をし始めた<sup>65)</sup>。そのため、*Lochner* 期には「私」的事柄であったことが、ニュー・ディール期においては「公」的事柄へと転換していた。これによって、たとえ私人間の紛争であっても、その事案の「公」的性質ないしは「公」的機能に着目して、「公」的な決着をはかるために裁判所が介入をしたのである。

公私区分に基づくプライバシー権論は、従来のプライバシー権の解釈をめぐって激しい論争を提起してきた司法審査の面においても、十分にその意義を発揮できると思われる。

#### IV 憲法上のプライバシー権の展望

いまだ試論の域を出ていないものの、ここまで公私区分を前提とするプライバシー権論の意義について考察してきた。これまでの議論から、憲法上の権利としてのプライバシー権には次のような重要な要素があると言える。第一に、憲法上のプライバシー権は、公的生活とはかかわらない私的な空間があることを保障され、それによって各人の善き生を十分に追求できる。プライバシーという空間があるからこそ、各人は自身についての理解と反省を行い、自らの本質的な属性を受け入れることができる。プライバシーという権利は「各人の存在、意味、世界、人生の神秘についての自分なりの概念を定義する権利」<sup>66)</sup>である。

65) ニュー・ディール期の判例における、公私区分のベースラインの変更に關する説明として、See BARRY CUSHMAN, *RETHINKING THE NEW DEAL COURT* 47 (1998).

これは個人の人格発展に資する「自己実現」の議論と合致する。そして第二に、本稿がより重要視してきた事柄であるが、憲法上のプライバシー権は、私的な事柄を私的生活に閉じ込めることにより、民主的政治過程の維持に必要な公的空間において私的事柄を持ち込ませない機能を有している。私たちは、「私的な場では主観的であっても、公的な場では客観的」<sup>67)</sup>でいなければならない。公私混同を排除するための安全弁としてプライバシー権が機能することによって、公的空間において人びとは民主政治に不可欠な事項のみを理性的に討議することが可能になる。これにより、憲法上のプライバシー権が、民主的政治過程にとって不可欠である「自己統治」の価値を有していると言える。ここで論じた「自己実現」と「自己統治」という価値は、全く同じではないものの、表現の自由の優越的地位の正当化にしばしば用いられる価値に近似するものである。本稿が論じてきたとおり、公私区分を基礎とする憲法上のプライバシー権に「自己実現」と「自己統治」という価値が認められるのであれば、憲法上のプライバシー権が表現の自由に比肩すべき重要な権利であると位置づけることができると思われる。従来の議論では、プライバシー権の「自己実現」の側面が重視されてきたが、本稿においてプライバシー権は民主的政治過程の確保という「自己統治」の価値をも有していることを指摘してきた。これにより、なぜプライバシー権が憲法上の権利として位置づけられるべきなのか、またなぜそれほど重要な権利であるのか、さらにはなぜ憲法上のプライバシー権が不法行為法上のそれと異なるのか、という疑問に対しては一定の回答を示すことができると考える。

ただし、これまでの議論に対してはいくつかの残された課題が想定される。本稿の目的とは若干異なる視点からの検討が必要なため、ここでは三点ほど言及しておくことにしたい。第一に、本稿の前半部分において分析をした国家、共同体、個人という三者関係におけるプライバシー権の法的位置づけという問題である。公私区分というのは「公」と「私」の二者に区分することを指している。よって、国家と個人の間にある共同体をどちらかに含めてしまえば良さそうであるが、

---

66) *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992).

67) Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy and the Right to Be Treated as an Object*, 89 GEO. L. J. 2099, 2100 (2001).

問題はそこまで単純ではない。なぜなら、プライバシー権には憲法上の権利と不法行為法上の権利の二つがあるためである。憲法上のプライバシー権は対国家であるが、不法行為法上のプライバシー権は対共同体あるいは対個人に向けられる。両者は、プライバシー権のベクトルの向きが異なっているため、同じ議論をすることには慎重にならなければならない<sup>68)</sup>。また、ポウスト教授が述べるように、不法行為法上のプライバシー権がもつ社会規範性をどう評価するのか、ということとも関連するが、共同体は常に個人と国家の両方に影響を与えており、見過ごすことのできない存在であることには違いない。したがって、共同体や団体の「私的自治」とプライバシー権論との調整が必要となる<sup>69)</sup>。いずれにしろ、このプライバシー権論は、公私区分それ自体がもつ多重性にかんがみて、憲法におけるその他の公私区分論といかなる関係にあるのかについて分析する必要がある<sup>70)</sup>。

第二の問題点は、憲法の体系におけるプライバシーの地位の問題である。本稿で議論された公私区分を前提とするプライバシー権論は、従来の諸観念よりもはるかに広いことは疑いがない。しかし、その広さゆえに、憲法典に列挙された自由を提示する必要もなく、憲法上の権利は保障されるのではないか。つまり、プライバシー権を主張することにより、私的空間に対する公権力の介入が阻止されるため、個々の自由—表現の自由や信教の自由、特に結社の自由<sup>71)</sup>など—にあえて言及する意味が見出せなくなる可能性がある。公私区分を前提とする

68) ネーゲル教授の議論は、各人は時としてある一定の者には私秘性のヴェールをはがす決定をし、親密な者との関係をもつことが認められる、と述べるにとどまっている。Nagel, *supra* note 52 at 18.

69) 公共性概念の検討をしつつ、憲法と民法の関係性を問うものとして、「シンポジウム憲法と民法」法律時報76巻2号(2004)50頁、「特集民法と憲法」法学教室(1994)6頁、の各論考、また<私>と<公共>の関係を問い直すものとして、石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学12法律から考える公共性』(東京大学出版会・2004)181頁、がそれぞれ参考になる。

70) 憲法における公私の関係については、樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会・1994)164頁、渡辺康行「憲法の役割について」横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』(信山社・2002)18頁、巻美矢紀「公私区分」法学セミナー581号(2003)28頁、を参照。

71) この点については、邦語での紹介として毛利透「結社の自由、または『ウォーレン・コート』の終焉と誕生」樋口陽一先生古希記念『憲法論集』(創文社・2004)81頁、が参考になる。

プライバシー権は、その他の憲法上の権利を必要としているのか。仮に必要であるとすれば、プライバシー権とその他の憲法上の権利はどのような関係にあるのか。

第三に、従来のプライバシー権解釈によれば、プライバシー権は、消極的性格の他にも、自己に関する情報を自らコントロールし、政府諸機関に対して、自己の情報に関する具体的アクセスおよび訂正、抹消請求を求めることができる積極的性格をも有している。本稿で述べられた公私区分に基づくプライバシー権が、プライバシーの積極的性格をどう解するのか、ということを検討する必要もあろう。

以上のとおり、公私区分を前提とするプライバシー権論を憲法上の権利として確立するためにはいくつかの問題が残されている。しかし、公私区分がもつ重層性を分析、検討することにより、これらの問題に立ち向かう道は残されている。本稿では、その重層性の中でも *Lochner* 期における2つの判決—*Meyer* 判決と *Pierce* 判決—が依拠した公私区分のベースラインを憲法上のプライバシー権の射程と考える可能性を確認した。その公私区分は、州のポリス・パワーの限界、多元主義的な価値観の確保、さらには広い意味での契約の自由を基調とするものである。そして、この公私区分はネーゲル教授の公私区分の正当化によってさらに強みを増す。プライバシーの価値の保障は、私的空間において各人の価値観の追求を保障するのみならず、公的空間からそれらの価値観を排除することにより、公的空間の安定性と健全性を維持しうる。ネーゲル教授の公私区分論とも重なり合う *Meyer*, *Pierce* の両判決は、*Griswold* 判決、*Roe v. Wade*<sup>72)</sup>そして、ごく最近の *Lawrence v. Texas*<sup>73)</sup>などにおいて連邦最高裁がプライバシー権を正当化する際に依拠する重要な先例である。これら2つの判決がもつ意義を公私区分論にひきつけて憲法上のプライバシー権を考察することは有意義であると思われる。

本稿の目的とは、憲法上の権利としてのプライバシー権の基盤整備にあったが、結果として、その基盤となったものが公私区分であることが示された。従来

---

72) 410 U.S. 113, 153 (1973).

73) 539 U.S. 558, 564 (2003).

のプライバシー権の議論においては、プライバシー権の憲法上の性格と不法行為上のそれとの区別を怠ってきたきらいがある。「憲法上の権利」としてのプライバシーには憲法の名宛人となるべき「公」の存在が必要である。その「公」の存在があつて初めて「私」であるプライバシーの諸観念が浮き上がってくる。「公」と「私」は表裏一体であり、「私」でないものが「公」となりうる。そして、公私区分の意義は、「私」を護ることだけではない。それは、「公」を constitute する役割も有している。この区分がもつ意義は、憲法学にとっては小さくないはずである。

憲法上の権利としてのプライバシー権は、しばしば憲法典が定めている諸権利と肩を並べるほどの地位を享受してきた。そして、憲法上のプライバシー権がもつ重さは新しいものではない。合衆国最高裁判所において、プライバシーが憲法上の権利であると初めて認められた時、ダグラス判事は次のことを言明していた。「われわれは、プライバシー権を、権利章典よりも一政党よりも、学校制度よりも一古いものであると扱う」<sup>74)</sup>。右の一節が示すとおり、プライバシー権は、決して歴史の上では新しい権利概念ではなく、近代立憲主義生誕時に内在された公私区分としての意義をもった「憲法上の権利」としての性格を備えていた、と解する可能性を再確認する必要がある。

〔付記〕本稿は、平成17年度文部科学省科学研究費補助金（日本学術振興会特別研究員奨励費）に基づく研究成果の一部である。

---

74) *Griswold*, 381 U.S. at 486.