

中絶権の新たな構成 (二) (完)

— 身体的統合性への権利としての中絶権とプライバシー権への位置づけ

小林直三

〈目次〉

序、本稿の目的と問題の所在

一、胎児の生命（権）との対立図式からの脱構築

—— R・ドゥオーキンとD・コーネルの理論

(一)

R・ドゥオーキンの理論

① 「派生的利益」と「独自の利益」

② 人間の投資努力と自然の投資努力

③ 「責任」という目標と「強制」という目標

④ 検討

(二)

D・コーネルの理論

① 身体的統合性への権利と「格下げ禁止」原理

② 鏡像段階論

③ 中絶権を否定することの意味

④ 胎児の独立生存可能性の枠組みの否定

⑤ 検討

(三) リベラルな議論の限界とラディカルな理論の可能性
中絶権のプライヴァシー権概念への位置づけ可能性

(以下、本号)

——ダニエル・J・ソロブのプラグマティック・アプローチを踏まえて

プライヴァシー権の概念化へのプラグマティック・アプローチ

プライヴァシーの新しい分類

ダニエル・J・ソロブの試みの評価とその意味づけ

プライヴァシー権概念における中絶権の位置づけ

三、中絶権の新たな権利構成における胎児の生命尊重のあり方

——新たな中絶権の権利構成と胎児の生命尊重との両立可能性

胎児はわれわれと同じ道徳的配慮を払われるべき存在なのか

パーソン論の限界

他者理論と胎児の生命尊重の憲法的要請の拡大

結、本稿の結論と今後の検討課題

二、中絶権のプライヴァシー権概念への位置づけ可能性

——ダニエル・J・ソロブのプラグマティック・アプローチを踏まえて

D・コーネルは、身体的統合性への権利としての中絶権が、安全な妊娠中絶への実質的アクセスの保障まで要求す

ることから、それを「一人で放っておいてもらう権利」としてのプライヴァシー権概念に位置付けることに反対している^①。しかし、現代のプライヴァシー問題は非常に複雑なもので、しかも、そこで要求される権利内容も多様化しており、コーネルの想定するようなプライヴァシー権の古典的理解では、対応できないものとなっている。

そのため、プライヴァシー権に関する著名な研究者の一人であるダニエル・J・ソロブは、複雑化した現代のプライヴァシー問題に対応する形で、プライヴァシー権概念の新しい理解を示している^②。こうしたソロブの理解を踏まえるなら、中絶権をプライヴァシー権概念に位置づけることで、安全な妊娠中絶への実質的アクセスの積極的保障の根拠付けを補うことができるように思われる。

そこで、本章では、プライヴァシー権概念に関するソロブの新しい理解を紹介、検討していき、中絶権のプライヴァシー権概念への位置づけ可能性と、その積極的意味づけを示したい。

(二) プライヴァシー権の概念化へのプラグマティック・アプローチ

米国連邦最高裁では、中絶権を憲法上のプライヴァシー権概念に位置づけてきた。しかし、米国連邦最高裁は、そのプライヴァシー権概念の明確な外延を示す定義を述べてこなかった^③。そして、このような連邦最高裁の判断を補うために、これまで多くの学説がプライヴァシー権の定義を試みてきた。

ダニエル・J・ソロブは、プライヴァシー権の従来の定義化の試みを、プライヴァシー権に含まれる諸利益に共通する本質的要素を設定し、それに基づいて、プライヴァシー権を概念化するものだとする。しかし、ソロブは、従来の学説で定義づけされる「その概念に関するもつとも一般的な問題は、それらが、あまりに狭過ぎるか、あるいは、あまりに広過ぎることである」^④と指摘する。そして、ソロブは、「その概念の多くは、プライヴァシーに関する深遠

な洞察を捉えている」けれども、「しかしながら、もし、プライヴァシーの概念上の説明として、一般的に用いられるのなら、それらの概念は重要な限界をもつ」として批判している。^⑤ 実際、今日のプライヴァシー問題は、ある特定の本質的要素によって捉えられるほど単純なものではなく、もつと複雑なものである。したがって、ソロブの指摘するように、従来の学説の概念化の方法にしたがう限り、現代のプライヴァシー問題に対応し切れないように思われる。

そのため、ソロブは、従来の試みに代わるものとして、ワイトゲンシュタインの「家族的類似性」を踏まえて、プラグマティック・アプローチを提示する。

ソロブによれば、それは、「プラグマティズムで繰り返されるいくつかの考えから出てきている」もので、「コンテキストへの依存性と偶発性を承認し、ア・プリオリな知識を拒絶し、そして具体的なプラクティスに焦点を当てるもの」であり、そのため、この「プライヴァシーを概念化する作業に対するアプローチでは、プライヴァシーの抽象的概念を明らかにしようと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けるプライヴァシーを理解することに集中しなければならない」。^⑥ コンテキストに依存するということは、社会の関係をその権利概念に取り込むことを意味している。そもそも、ソロブにとって、プライヴァシー権の「概念は、『作業仮説 (working hypotheses)』であり、固定化された実在ではなく、それは、具体的なシチュエーションの内から生み出され、絶えずテストされ、そして、具体的なシチュエーションとの相互作用を通じて、具体化されなければならない」ものである。なぜなら、具体的なコンテキストに応じて、プライヴァシーの価値や評価も変化するからである。したがって、ソロブは、「私のアプローチは、抽象的ではなく、特定のコンテキスト内でのプライヴァシーを概念化することであるために、それは、トップ・ダウンというよりも、ボトム・アップから始まることになる」としている。^⑦

ソロブは、プライヴァシー問題を引き起こす具体的な「プラクティス」に焦点を当てる。ソロブによれば、「われわれは、問題の特定の類型や問題となる特定のプラクティスに焦点を当てることで、プライヴァシーを概念化すべきであり、それらのすべてを結ぶ公分母を探そうとすることによって、そうすべきではない」のである。ここでソロブの使う「プラクティス」とは、慣習、規範、伝統を含む広い意味をもつものである。そして、様々なプライヴァシー問題を引き起こすプラクティスには、類似点もあれば、相違点もある。そこでソロブが注目したのが、ワイトゲンシユタインの有名な「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、それぞれ親同士・姉妹同士・兄弟同士は少しづ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。それでも、彼女ら／彼らは一つの家族として認識できる。こうしたことが、言語(概念)の世界でもあり得るというものである。ソロブは、まさにプライヴァ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。そして、「もし、プライヴァシーは、特定のプラクティスの問題の相互連結されたウェブとして概念化されるのなら、プライヴァシーの概念化の活動は、そのウェブのタイプグラフィを图示すること(mapping)から成り立たつべきである」とする^⑧。

また、ソロブは、「公的、あるいは私的なものとして特定の事柄を分類することは、特定の一般的議論にとつては有益かもしれないけれども、そうした分類化は、紛らわしいものである」として否定する。なぜなら、「第一に、われわれがプライヴェートだと考える事柄は、時代を経て変わる」からであり、また、「第二に、特定の事柄が公的なものから私的なものに移ってきたり、その逆もあつたりするが、そうした変化は、公的なものから私的なものへの完全な変換というよりも、しばしば、もつと微妙なものであつた」からである^⑨。つまり、公／私の変化が、徐々に起きるものだからである。

ソロブは、「何が公的なもので、何が私的なものなのかは、文化や歴史によって形成されるけれども、私は、家族、

身体、そして、家庭のプライヴァシーが、たんなる歴史的アクシデントだと主張しているわけではない」している。実際、ソロブは、「プライヴァシーに関わるいくつかのプラクティスは、われわれの生物学的性質に根拠をもつものかもしれない」と述べている。しかしながら、ソロブは、「たとえば、特定の事柄についてのプライヴァシーが部分的に生物学的欲求から生じていようと、特定の活動に対するプライヴァシーの欲求が、必ずしも、そうした活動をプライヴェートなものにするわけではない」とする¹⁰。

では、ソロブのいうように、私的なものと考えられる一貫した集合を予め想定できなければ、どのようにして、プライヴァシー権として保護すべきものを決めるのだろうか。

ソロブによれば、「われわれは、経験的、歴史的、そして規範的にプラクティスを評価することによって、そうした決定をしなければならない」。とくに「規範的要素がなければ、プライヴァシーの概念は、将来のプライヴァシーに関する法や政策形成に向けて、われわれを導くものではなく、たんに現行のプライヴァシーの規範の現状報告を提供できるだけである」。しかも、ソロブによれば、「プライヴァシーとは、パワーの問題である。すなわち、それは、たんなる社会の一般的な期待ではなく、より広い社会的構造のヴィジョンの産物なのである」。つまり、ソロブの理解によれば、何かをプライヴァシー権として保障することは、社会におけるわれわれの権力関係を変えることなのである。そのため、あるプラクティスが、われわれの望むべき社会的展望——われわれの社会における望むべき権力関係——を促すものなら、それは保障されなければならないし、逆に、妨げるものなら、それは保障されるべきではないことになる。そのため、ソロブは、「法がプライヴェートなものとして何を保護するのかを決定することは、規範的な分析に依存しており、そのことは、特定のコンテキストにおけるプライヴァシーの価値を考察するように要求する」とし、そして、その「プライヴァシーの価値は、それに関わるプラクティスの目的に依存する」としている¹¹。と

くに社会の關係性をその権利概念に取り込むこのアプローチは、こうした規範的要素がなければ、現実の様々な社会的抑圧を正当化しかねないだけに、これらの点は、非常に重要なことだといえるだろう。

そして、ここでいう「望むべき社会的展望」とは、たんに主観的な願望を意味しているわけではない。それは、規範論として、われわれが求めるべき社会のあり方を指している。そのため、究極的には、その国の憲法が示す社会的展望のことだといえるだろう。ところが、一般論として、その社会的展望を示すことは、必ずしも容易なことではない。しかしながら、われわれは、しばしば、ある特定の具体的な事柄に関してなら、それが、われわれの望むべき社会的展望に照らして、保障することが妥当かどうかを判断できる。

したがって、ソロブによれば、望むべき社会的展望に依存するという意味で、「第一に、プライバシーは、道具的に (instrumentally) 評価されるべき」であり、ある特定の具体的な事柄に限定して判断するという意味で、「第二に、一般的で抽象的な方法でプライバシーを評価する議論の傾向とは対照的に、プライバシーは、コンテクスト依存的に評価されなければならない」ことになる¹²⁾。

それでは、なぜ、研究者や裁判官は、こうしたアプローチをとらなければならないのだろうか。それは、ソロブによれば、「プライバシーに関わる無数の問題を扱うために、研究者や裁判官は、プライバシーの複合的な (multiple) 概念を採用しなければならず、さもないければ、古い概念が、解決にあたつて、彼らを誤つた道に導くだろう」からである¹³⁾。

ソロブは、「新しい問題を古い概念に当てはめようとする代わりに、われわれは、特定の問題の特別な状況を理解しようとするべきである」と主張する。ソロブによれば、われわれがプライバシー問題に取り組むとき、「どのようなブラクティスが問題となっているのか。その問題は、他の問題の形態と、どのようなところで類似していて、どの

ようなところで異なっているのか。どのように、この問題が社会や社会構造に影響するのか」を考察しなければならないのである。¹⁴

さて、以上のソロブの見解をまとめると、およそ次のようになる。

ソロブによると、従来の試みは、プライヴァシー権に含まれる諸利益に共通する本質的要素を設定し、それに基づいて、プライヴァシー権を定義するものである。しかしながら、その試みは、プライヴァシー権を把握するには狭過ぎるか、あるいは広過ぎることになる。したがって、われわれは、プライヴァシー権を把握するにあたって、別のアプローチをとる必要がある。そこで、ソロブが注目したのが、ワイトゲンシュタインの「家族的類似性」である。それを踏まえるのなら、われわれは、プライヴァシー権に含まれる諸利益の公分母を探すのではなくて、個々のプラクティス同士限定された共通性・類似性を考察しなければならず、プライヴァシー権は、それぞれのプラクティスが、少しずつ、いくつかの共通性・類似性をもって広がるウェブ状に相互連結されたものとして、概念化されなければならないことになる。そして、どのようなものがプライヴァシー権として保障されるべきかは、具体的コンテキストに応じながら、われわれの望むべき社会的展望に依存して、規範的に評価されなければならない。したがって、われわれは、プライヴァシー権を道具的に、そして、コンテキスト依存的に評価しなければならないことになる。

(二) プライヴァシーの新しい分類

では、こうしたプラグマティック・アプローチにしたがえば、プライヴァシー権は、具体的に、どのように概念化されるのだろうか。近時、ソロブは、プライヴァシーに関する新たな分類を行っている。それは、この問いに対するソロブの回答だといえるだろう。そこで、ここでは、ソロブの行った新たな分類を概観してみたい。

まず、ソロブは、プライバシー問題を引き起こすプラクティスを四つの基本グループに分類する。すなわち、(A) 情報収集 (information collection)、(B) 情報処理 (information processing)、(C) 情報流布 (information dissemination)、(D) 侵入 (invasion) である。そして、それぞれのグループは、いくつかのサブグループから成っている。

まず、(A) 情報収集は、(i) 監視 (surveillance) と (ii) 尋問 (interrogation) のサブグループに分けられる。(B) 情報処理は、(i) 集積 (aggregation)、(ii) 個人識別 (identification)、(iii) 安全性の欠如 (insecurity)、(iv) 二次的使用 (secondary use)、(v) 排除 (exclusion) に分けられている。また、(C) 情報流布は、(i) 守秘義務違反 (breach of confidentiality)、(ii) 公表 (disclosure)、(iii) 暴露 (exposure)、(iv) アクセスのし易さの向上 (increased accessibility)、(v) ブラックメール (blackmail)、(vi) 無断使用 (appropriation)、(vii) 歪曲 (distortion) に分けられる。そして、最後に、(D) 侵入 (invasion) は、(i) イントリュージョン (intrusion) と (ii) 決定に対する干渉 (decisional interference) とに分けられる。

ソロブによれば、それぞれは、お互いに実質的な関連性・類似性をもちながらも、それ自体だけでも固有の問題を引き起こすものである。

たとえば、情報の流布がなかったとしても、「監視」は、それだけで有害性 (不正) を生じるものとされる。なぜなら、監視されているだけで、われわれの決定や行動に対して、冷却効果が生じるからである。ここでいう冷却効果とは、われわれが、ある決定をしたり、あるいは、ある行動を起こすときに、それらを躊躇わせる効果のことである。

また、「集積」は、データを繋ぎ合わせることで新たな情報を生み出すものだが、これも、必ずしも情報の流布を

伴うものではない。しかし、ソロブによれば、われわれは、自分自身に関して知られるだろう事柄に関して、一定の限界を予想しているにも関わらず、「集積」は、それによってわれわれについての新たな情報を生み出すことで、その予想を裏切ることになるため、有害性（不正）を生み出すとされる。

しかも、現代社会では、コンピュータなどによる情報の「集積」によって生み出された「デジタル・パーソン」のみによって、われわれの評価がなされることが多い。そして、「デジタル・スペースのデジタル・パーソンは、まずリアル・スペースの生身の個人に影響を与えて」おり、しかも「もともととのコンテクストから切り離されている」にも関わらず、「データの編集物は、しばしば印象的なものであるために、大きな問題だとされる」¹⁵。

また、ソロブは、それぞれの類型ごとに、他の類型との類似性や相違点を述べ、さらに、それぞれのプラクティスの有害性（不正）を詳述している。

たとえば、同じ情報流布に属する類型であっても、「守秘義務違反」、「公表」、「暴露」、「歪曲」などを区別している。これらは、ともに情報の開示に関わるものだけでも、「守秘義務違反」は、特別な関係性を前提としたものであるのに対して、他のものは、そうした関係性が求められていない。また「公表」や「暴露」が真実の情報開示に関わるものであるのに対して、「歪曲」は、誤った情報や誤解を招く情報の開示に関わるものだとしている。そして、「公表」は、新たな情報を開示するものだが、「暴露」は、身体、身体的機能、あるいは強い感情表現などに関する情報を開示するもので、新たな情報が含まれる必要はないとしている。たとえば、われわれが排泄することは、すでに知られた情報であるが、しかし、そうした身体的機能に関する情報を明らかにすること（つまり、排泄シーンを公けにすること）は、ソロブの分類では「暴露」にあたることされる。

ソロブによれば、「公表は、ある人を『（その人の）記録された過去の囚人（prisoner of [her] recorded past）』にす

るために、有害」とされる。つまり、公表は、「人々が行動を修正し、第二のチャンスをもち、あるいは人生の方向を変える能力を抑制する」のである。¹⁶⁾したがって、過去の経験（たとえば、犯罪歴など）を明らかにすることを通じて、レッテルを貼ることによって、その被害者を社会的に弱い立場に追い込むことが、「公表」の問題だとされる。

それに対して、「暴露」は、暴露された者に対してレッテルを貼ったりするわけではない。しかしながら、暴露された者自身は、そう感じてしまうものである。つまり、「ほとんどの人々は、暴露された者 (a victim of exposure) のことを劣っているだとか、あるいは、あまり文明化されていないとみないだろうけれども、暴露された者は、そう感じてしまう」。そのため、「暴露は、社会に参加する能力を妨げる」のである。ソロブによれば、「こうしたことは、公表と対照的である。公表での情報は、しばしば、ある人の見られ方を変えるものである。公表は、社会的制裁や非難のレッテル貼りを通じてコントロールするパワーである。暴露は、(公表とは) 異なる形で、人々から尊厳を剥ぎ取ることと機能する」。¹⁷⁾つまり、その情報によって、ある人の社会的評価やイメージが変えられなくとも、身体的機能、あるいは強い感情表現などのタブー情報は、それを明かされるだけで、その被害者の尊厳を傷つけ、社会的に弱い立場に追いやってしまうものなのである。

さて、本稿のテーマに直接的に関わり合いをもつ基本グループは、おそらく「侵入」だろう。

そのサブグループである「決定に対する干渉」は、必ずしも情報に関わるものではない。しかしながら、ソロブによれば、しばしば「決定に対する干渉の事例は、情報プライバシーに深く結びついている」。¹⁸⁾

たとえば、ワーレン判決¹⁹⁾が示すように、自己の治療や投薬に関する情報が収集され、あるいは公けにされるのなら、その治療や投薬に関する決定を躊躇するかもしれない。あるいは、そうした情報へのアクセスをし易くするだけで、決定を躊躇するかもしれない。つまり、情報の扱われ方次第で、決定に対する冷却効果が生じるかもしれないのであ

る。したがって、決定に対する干渉は、実際の「公表」だけでなく、「アクセスのし易さの向上」にも関係する。また、「安全性の欠如」——情報が適切に管理されていないこと——、「二次的使用」——いわゆる「目的外使用」——、そして、「排除」——自己に関わる情報に関して告知されず、あるいは入力できないこと——も、自分自身の健康や身体に関わる決定に対する冷却効果を生じるかもしれない点で、「決定に対する干渉」と関連している。また、「決定に対する干渉」は、もともとプライバシーな生活の側面に焦点を当てる点で、「暴露」と類似している（ソロブによれば、すべての「決定に対する干渉」が問題となるわけではない）。そして、たとえば法が合意に基づく一定の性的行為を制限すること（「決定に対する干渉」のプラクティスの一つ）が、しばしば「ブラックメール」を引き起こす要因の一つとなる点では、間接的ながらも「ブラックメール」にも関連している。そのため、ソロブは、「決定に対する干渉」も、情報プライバシーに関わる類型とともに、プライバシー概念に含めて考えている。

もう一つのサブグループの一つである「イントリュージョン」とは、われわれが必要とする「自己の領域（territories of the self）」——社会や他者から距離をおくための精神的・物理的スペース——を侵すもので、それは、人の生活を侵害するものであり、犠牲者の日常の活動を妨げ、ルーティンを変え、孤独（solitude）を妨げ、そして、しばしば不快で不安な気持ちにさせるものだとされる。

ソロブによれば、「イントリュージョン」は、空間的侵入を含む必要はない。つまり、大量のダイレクトメール、ジャンクメール、ジャンクファックス、そしてテレマーケティングは、人々の時間と注意力を蝕み、彼らの活動を遮るので、同様に破壊的なのである²⁰。

こうしたイントリュージョンは、人々の「孤独」を妨げてしまう。通常、「孤独」という言葉は、消極的な意味で用いられるが、ソロブによれば、それは、むしろ積極的なものである。われわれが、自分自身を見つめ直し、自らの

理解を深め、新たな考えを生み出すためには、しばしば社会や他者から距離をおき、孤独を保つことが必要である。したがって、社会や他者から距離をおき、孤独を保つことは、現代社会においても非常に価値あるものであって、必ずしも、我が儘なことではない。逆にいえば、「他者が存在する公けの場ですべてを費やす生活は、浅はかなもの」だといえる。つまり、そもそも「孤独は、豊かな公的生活を損なわないし、実際には、それを強化する」ものであり、「さらに、他者から離れるスペースは、人々が、後に公共圏に導入される影響や価値を永続する芸術的、政治的、そして宗教的考えを發展させることを可能にする」ものである。そして、「われわれは、互いに、一定の『自己の領域』をもち、礼儀の規範は、われわれが他者の領域を尊重することを要求」し、また、「他者とのコミュニケーションや結合は、しばしばイントリュージョンからの自由を要求する。たとえば、レストラン、あるいは、その他、公共スペースで、われわれが友人と話すとき、われわれは、自由に話すために、やはり他の人々からのスペースを必要とする」のである。実際、もし、われわれが必要とする自己の領域がなければ、われわれは、われわれであり続けることができないだろう。

もちろん、「イントリュージョン」は、他者の侵入に関わる点で「決定に対する干渉」との類似性を有している。しかし、「イントリュージョン」が、他者の存在や活動による一般的な侵入に関わるのに対して、「決定に対する干渉」は、個人的生活に関する自己決定に対する政府による侵害 (incursion) に関わる点で異なっている。

ソロブによれば、このように分類された様々なプラクティスは、たんに被害者を不快にするだけの問題ではない。前述したように、ソロブにとって、プライバシー権とは、社会や組織における人々のパワーに関わる問題でもある。したがって、もし、われわれが、そのプライバシー保護によって生じる新しいパワーを、われわれの社会展望にとって望ましく思うのなら、そうしたプライバシーの利益は保障されなければならない。逆に、それが望ましくない

ものなら、保障されるべきではないことになる。そのため、具体的にどのようなプライバシーの利益が保障されるべきかは、われわれが、どのような社会を構築していくのかに関わる問題ということになる。

(三) ダニエル・J・ソロブの試みの評価とその意味づけ

従来の方法は、プライバシー権に含まれる諸利益に共通する本質的要素を設定し、それに基づいて、プライバシー権を定義しようとしてきた。しかし、その方法は、そもそもプライバシー問題が何であるのかを明らかにできない。たとえば、同じ個人情報情報を明らかにする行為でも、守秘義務違反であったり、公表であったり、暴露であったり、様々に異なるプラクティスであり得るだろう。そして、それぞれの有益性や有害性（不正）は異なるものであり、したがって、それらに対するプライバシー権概念の内容や意味づけも異なってくる。ところが、従来の方法では、抽象的にプライバシー権を概念化するために、こうした複雑性を理解することができないのである。²²

そこで、ソロブは、従来の方法のように漠然とした「プライバシー」という言葉に拘るのではなく、そうした方法に代えて、プライバシー問題を引き起こす具体的プラクティスに焦点を当てるプラグマティック・アプローチを用いて、これまでみてきたような形でプライバシー権に関する新たな分類を試みた。

ソロブによれば、包括的で具体的な方法でプライバシー問題を同定しようとした試みは、これまで、ほとんど存在していない。数少ないこうした試みで、もつとも有名なものは、ウィリアム・プロッサーによるものである。²³ しかしながら、プロッサーの試みは、四〇年以上も前のもので、しかも、不法行為に関するものに限定されている。ところが、現代のプライバシー問題は、憲法上の権利にまで拡大している。²⁴ したがって、現代のプライバシー問題に取り組むには、新しい分類が必要とされている。こうした必要性に応えるものとして、ソロブの試みは、現代のプ

イヴァシー問題に取り組むにあたつて、重要な意味をもつものと思われる。

さて、中絶権をプライバシー権概念に位置づけることに反対する見解は、およそ四つのものがある。一つは、コネルのように、プライバシー権概念の消極性から反対するものである。しかし、今日、かつての「一人で放つておいてもらう権利」としてのプライバシー権概念のように、それを消極的概念としてのみ理解する立場は、むしろ少数である。

二つ目は、妊娠中絶が胎児の損壊を必然的に伴うことから反対するものである。²⁵しかし、この見解は、胎児の人格性を前提とするものであり、(コネルの理論にしたがつて) 中絶権を身体的統合性への権利として理解する本稿の立場からすれば、こうした見解は、そもそも取り得ない。

三つ目は、情報プライバシーとの共通性が乏しいことから、いわゆる自己決定権をプライバシー権概念に含めることに反対するものである。²⁶ところが、今日のプライバシー問題は非常に複雑なもので、情報プライバシーと考えられている諸利益においても、そもそも共通の本質的要素を設定し得ない(そのことは、前述のように分類されたプラクティスの違いからも、明らかだろう)。しかし、(プロッセーをはじめとする還元論者が主張するように) そのことから、ただちにプライバシー権概念そのものが否定されるわけではなく、²⁷ソロブが示したように家族的類似性によって概念化することも可能であり、また、複雑化した今日のプライバシー問題に対応してプライバシー権を概念化するには、そうせざるを得ないように思われる。そして、このようにプライバシー権を概念化するとすれば、中絶権をそこに位置づけることに、何らの不都合もないはずである。

そればかりか、情報プライバシーと呼ばれる一連の諸利益とともに、中絶権をプライバシー権概念に含めることで、妊娠中絶に伴う情報保護の必要性が中絶権の保障に内在していることを、より正確に理解できるものと思われる。

る。

前述したように、われわれが何かしらの決定を行うとき、それに関わる一定の情報が保護されなければ、その決定について冷却効果が生じてしまい、しばしば、現実はその決定を選択することはできない。しかも、その決定が一般に道徳的には望ましくないものだと考えられている場合、その冷却効果は、とくに大きくなるだろう。女性が妊娠中絶を選ぶことは、まさしくそうした事例に該当する。そうだとすれば、中絶権の保障には、それに伴う情報保護も含まれなければならない、そのように理解するにあたつて、情報プライバシーシーと呼ばれる一連の諸利益とともに、中絶権をプライバシーシー権概念に含めて概念化することは有益であり、かつ必要なことだといえるだろう。²⁸⁾

四つ目は、しばしば、フェミニズム法学が主張するように、プライバシーシー権概念が女性に対する社会的抑圧を私的領域に隠蔽するとして反対するものである。²⁹⁾

今日においても、何かしらの公／私二分論は必要なものだと考えられる。なぜなら、ソロブが指摘するように、もし、公の場ですべてを費やす生活を強いられたなら、その者の生活は浅はかなものとなるだろうし、私的な領域を保障することで、逆に公的生活が強化されることも多いからである。実際、われわれの社会は、お互いに一定の私的な領域（ソロブの表現では「自己の領域」）をもち、それを尊重し合うことを要求しているように思われる。

しかし、ソロブのプラグマティック・アプローチでは、公／私の区別をア・プリオリに設定することを否定する。なぜなら、第一に、公／私の区別のあり方は時代によって変化するものだからであり、第二に、その変化は徐々に起きるものだからである。そうする代わりに、ソロブは、経験的に、歴史的に、そして、規範的に、個々のプラクティスを評価することで、区別を行うべきだとする。しかも、その区別は、われわれが、どのように社会におけるパワーを構築したいのか、に関わるものとされる。つまり、ソロブにとって、公／私の区別は、どのような社会を構築し

たいのか、どのように生きていきたいのか、という問いに関わるものである。そして、われわれに、つねに、それらを問いつけることを要求するものである。

つまり、プラグマティック・アプローチに基づくプライバシー権概念は、パワーに関する問題であり、われわれの望むべき社会的展望に依存するものである。そして、そのことは、プライバシー権概念を社会の関係性の中で理解することを意味している。したがって、こうした理解の下で、プライバシー権に中絶権を位置づけるなら、それは、(フェミニズム法学の主張と同じように) 妊娠中絶の制限を女性の社会的抑圧として理解する可能性をもつものといえ、決して、(フェミニズム法学が批判するように) 様々な抑圧を私的領域に隠蔽するものではない。

また、レイチェル・N・パインとシルビア・A・ローは、生殖の自由に関するフェミニストの考えが、次の三つの構成要素をもつと指摘している。すなわち、①州のコントロールからの自由の原則 (a principle of freedom from state control)、②政府の中立性の原則 (a principle of government neutrality)、③生殖の積極的自由の原則 (a principle of affirmative reproductive liberty) である。³¹⁾ もし、妊娠中絶への実質的アクセスの制限が、女性の社会的抑圧を生み出し、われわれが、そうした抑圧から解放された社会的展望を望むべきだとするのなら、プラグマティック・アプローチに基づくプライバシー権概念は、妊娠中絶への実質的アクセスを積極的に保障するものでなければならぬことになる。そうであるならば、プライバシー権をソロブのアプローチで概念化し、そうしたプライバシー権概念に中絶権を位置づけることは、むしろ、フェミニズムのこれらの主張の実現を、積極的に促す可能性をもつものだといえるだろう。

ソロブのアプローチは、ア・プリオリに公／私の区別を行うものではなく、しかも、そのアプローチにおけるプライバシー権の概念化は、あくまで「作業仮説」に過ぎない。その意味で、ソロブの理解するプライバシー権問題は、

「何がプライバシーなのか」ではなく、「何をプライバシーとする『べき』か」を問いつけるものであり、私的領域に問題を隠蔽するものではない。むしろ、このようにプライバシー権を概念化することは、それを社会や組織におけるパワーの問題として理解することを含意しており、社会的に構築された抑圧を改善するように促すものなのである。

このように考えるなら、中絶権をプライバシー権概念に位置づけることは、可能であるばかりでなく、(妊娠中に伴う情報保護の必要性も含めて、安全な妊娠中絶への実質的アクセスの積極的保障を求める立場からすれば)むしろ必要なことだといえるだろう。

(四) プライヴァシー権概念における中絶権の位置づけ

では、身体的統合性への権利としての中絶権は、どのようにプライバシー権概念に位置づけられるのだろうか。

中絶権は、しばしば「決定に対する干渉」に関する問題だと考えられている。しかし、D・コーネルの考えを踏まえて、中絶権を理解するなら、それは、たんに一定の行為が国家によって禁圧されることに對する防御権というわけではない。それは、妊娠という事実を直面して、身体的統合性のファンタジーが打ち砕かれた女性が、自己を再想像するために必要なイマジナリーな領域を保障するものである。そうだとすれば、むしろ、それは(ソロブの分類でいうところの)イントリュージョンに位置づけられるのではないだろうか。実際、米国連邦最高裁の判例は、物理的な空間だけでなく、精神的空間にまでプライバシーの領域を拡げている。³²⁾したがって、そこにイマジナリーな領域(ソロブの表現では「自己の領域」)の保障を位置づけることが、整合的であるように思われる。

また、実践的にも、中絶権を「決定に対する干渉」に位置づけることは、中絶権の内容を狭くし過ぎるように思わ

れる。この類型は、通常、国家による干渉に限定されて理解されている。ところが、妊娠中絶の妨げとなるものは、何も国家による干渉に限られるわけではない。たとえば、妊娠中絶を行うことができる施設を包囲したり、あるいは、そうした施設へ向かう女性に対して、妊娠中絶を思い留まらせるために、その女性の意思に反して行われる「歩道のカウンセリング」などは、国家が行うわけではない。しかしながら、中絶権をイントリュージョンと位置づけるなら、中絶権の保障の点からも、それらに対する規制を正当化できる可能性も生じるだろう。³⁵⁾

以上のことをまとめれば、次のようにいえるだろう。コーネルは、身体的統合性への権利としての中絶権が、安全な妊娠中絶が利用可能であるという条件を確立することを要求するとしている。そのことは、州のコントロールからの自由の原則や政府の中立性の原則ばかりでなく、生殖の積極的自由の原則も満たすものとして評価できる。ところが、そうした積極的権利の側面の根拠づけは、必ずしも十分なものとはいえないように思われる。しかし、そうした中絶権をプラグマティック・アプローチに基づくプライバシー権概念に位置づけることで、それを補うことができる。なぜなら、プラグマティック・アプローチは、プライバシー権概念を社会の関係性のなかで理解するものであり、もし、安全な妊娠中絶への実質的アクセスの制限が、女性の社会的抑圧を生み出し、われわれが、そうした抑圧から解放された社会的展望を望むべきだとするのなら、プライバシー権概念は、妊娠中絶への実質的アクセスを積極的に保障するものでなければならぬからである。

ただし、ここで強調しておきたいことは、あくまで中絶権が、身体的統合性への権利として、他の諸権利よりも先行する問題だとされている点である。なぜなら、それは、われわれが人格となるためのミニマムな条件だからである。もし、そのように考えなければ、われわれが望む社会的展望によつては、むしろ、中絶権の制限や、それに伴う女性の社会的抑圧が正当化されるかもしれないだろう。なぜなら、権利概念に社会の関係性を取り込むことは、社会的抑

圧の解放を導くかもしれないが、逆に、ある種の社会的抑圧を正当化するかもしれないものだからである。しかし、身体的統合性への権利を他の諸権利よりも先行させることで、われわれは、われわれの社会的展望に女性の中絶権の保障を規範論的に内在させることができ、そのことによって、権利概念に社会の関係性を取り込む弊害を避けることができるのである。

三、中絶権の新たな権利構成における胎児の生命尊重のあり方

——新たな中絶権の権利構成と胎児の生命尊重との両立可能性

さて、これまでみてきたように、本稿では、(D・コーネルの理論にしたがって)中絶権を身体的統合性への権利として理解し、(D・コーネルとは異なつて)それをプライバシー権概念に位置づけるべきだとした。^③このような新たな権利構成をすることで、法的に胎児の人格化を否定し、かつ中絶権を胎児の生命(権)との対立図式から脱構築するとともに、妊娠中絶に伴う情報保護も含めて、安全な妊娠中絶への実質的アクセスの積極的保障を憲法論的に根拠づけることができる。そして、こうした権利構成は、胎児の人格化傾向に対応して——より正確には、それに抗つて——憲法論として中絶権を擁護するには必要なことだと思われる。

では、このような権利構成を前提とした場合、胎児の生命保護のあり方は、どのように考えられるのだろうか。ここでは、本稿で示した中絶権の新たな構成における胎児の生命保護のあり方を考えていきたい。

(二) 胎児はわれわれと同じ道徳的配慮を払われるべき存在なのか

まず、少なくとも、胎児が、「憲法上の」人でないことは、明らかである。

ドウオーキンによれば、修正一四条が制定された当時、多くの州の妊娠中絶規制法は、厳格なものではなかったし、そのことに、誰も疑問をもたなかった。その後、厳格な規制法も制定されるが、それでも妊娠中絶は殺人よりも軽い罰則であった。つまり、法的プラクティスは、妊娠中絶が殺人とは異なるものだとしてきたのである。したがって、胎児を憲法上の人だと考えることは、こうした法的プラクティスとの整合性を欠くものである。しかも、そうした法的プラクティスを覆すような事情も存在していない。

もちろん、自然人でないものであっても、一定の法的保護を認め、あるいは法律によって法人格を与えることも可能である。そのため、法律によって、胎児に(法)人格を与えて、その生命権を認めることができると考えられるかもしれない。しかし、その場合であっても、憲法に反することができない以上、憲法上、すでに認められている自然人の基本的権利を侵害することはできない。ところが、ドウオーキンによれば、中絶論争において、胎児を人とみなそうとする考えは、「憲法上の主体 (constitutional population) —— 憲法上の諸権利がお互いに競合する者達のリスト——に、新しい人を加えることによって、憲法上の諸権利を削減することができることを仮定している」³⁵。つまり、法律によって胎児を人だとみなすことは、法律によって憲法上の基本的権利から女性の中絶権を排除できることを意味するのである。そうしたことが、憲法上、認められないことは明らかだろう。

したがって、女性の中絶権を制限するような形で、法律によって、胎児を人だとして、それに生命権を与えることはできないのである。

これらのことは、わが国でも同じことである。わが国では、少なくとも明治以降、堕胎罪を殺人罪と同じように処

罰する法的プラクティスは存在していない。また、日本国憲法が制定されたとき、そのことに深刻な疑いをもたれたこともない。ドゥオーキンの理解する米国の歴史と同じように、わが国でも、(他「人」の生命を奪う)殺人罪と、堕胎罪とは、明確に区別されてきたのであって、妊娠中絶は、殺人ほど深刻なものだと考えられてこなかったのである。

しかも、胎児に生命権をみとめる主張のなかで、これまでの法的プラクティスを覆すほど、説得力のある形で憲法上の諸原理に訴えるものはなかった。そのことは、胎児の生命権に関して、いまだに多くの人たちに納得のいく結論が出されていないことから、明らかだろう。したがって、わが国においても、胎児は憲法上の人だとはいえない。

しかしながら、そのことは、つねに、胎児を、われわれと同じ道徳的配慮を払われるべき存在にできないことを意味していない。憲法上の基本的権利を削減しない限りで、胎児に法的人格を付与することは可能であるし、そればかりか、身体的統合性への権利としての中絶権の理解を前提とすれば、ある場合の胎児は、むしろ、われわれと同じように道徳的配慮を受ける存在として、その生命を尊重されなければならないことになる。

本稿では、女性の中絶権を身体的統合性への権利として理解した。そのため、法が、あたかもすでに胎児が女性から独立した人格であるかのような見方を押しつけてはならないとした。しかし、そのことは、妊娠した女性自身が、自分とは異なる人格である他者として、胎児のことをみなし、そうした胎児と関係性をもつものとして、自己を再想像することを否定しない。そして、もし、妊娠した女性自身が、すすんでそのように想像したのなら、法は、そのことを尊重しなければならない。なぜなら、コーネルの理論では、自己尊重にも高い価値をおりており、また、そのように尊重しなければ、かえって女性のイマジナリーな領域を奪い取ることになるからである。したがって、本稿で示した中絶権の権利構成からすれば、妊娠した女性が、いまだ自らの身体に留まっているにも関わらず、その胎児を、

われわれと同じように道徳的配慮を受ける存在だとみなして、その関係性において自己を再想像したときから、法は、その胎児を、われわれと同じ道徳的配慮を受ける存在として、その生命を尊重しなければならないことになる。³⁶⁾

(二) パーソン論の限界

このような考えは、突飛なものだと思われるかもしれない。なぜなら、この考えにしたがえば、妊娠した女性の考え次第で、具体的な胎児の生命尊重のあり方が変わることになるからである(念のためにいえば、もちろん、女性の考え次第で、生命「権」が奪われることはあり得ない)。しかし、そうした批判は、いわゆるパーソン論に囚われ過ぎてるように思われる。ところが、そもそも、パーソン論には、いくつかの限界がある。

森岡正博によれば、「パーソン論の基本的発想は、『生物学的なヒトとしての人間』という概念と、『道徳的主体として生存する権利を持ったパーソン』という概念は、その身分が決定的に異なる、というものである」³⁷⁾。森岡は、マikel・トゥーリー³⁸⁾、H・トリストラム・エンゲルハート³⁹⁾、ローランド・ブチエッティの考えを用いながら、その問題点を明らかにしている。森岡によれば、妊娠中絶に関する論争には、もともと「ある段階の胎児が生物学的に見て人間と言えるかどうかを決定することによって中絶問題は解決される、という前提」があつたが、トゥーリーの考えでは、「中絶問題を事実問題と道徳的問題の二つの全く異なったレベルに分解し、私たちが中絶問題に取り組む際にははじめから『胎児は生存する権利を持ったパーソンであるか』という道徳的レベルの問いを発しなければならない」のであつて、『胎児や植物状態の患者はホモサピエンスであるから従つて生存する権利を持っている』とは、一般的には言えない⁴⁰⁾ことになる。

そして、トゥーリー自身は、パーソンであるための条件として「自己意識要件 (self-consciousness requirement)」

を想定して、胎児はもちろんのこと、嬰兒もパーソンではなく、したがって、墮胎や嬰兒殺しも許されるとしている。また、エンゲルハートは、「厳密な意味 (strict sense) でのパーソン」と「社会的概念、あるいは社会的役割 (social concept or social role) としてのパーソン」とに分け、前者には権利と義務が付与されるのに対して、後者の保護は、前者の有用性から認められるに過ぎないとする。したがって、逆にいえば、前者にとつての有用性が認められなければ、保護されないことになる。そして、ブチェッティは、「意識経験 (conscious experience)」をもつものだけが、パーソンと認められるとしている。

これらの考えを踏まえて、森岡は、パーソン論に対して、次の三つの難点をする。「最初の難点は……なぜパーソンであることが『生存する権利』を持つていることと結び付くのか」が、必ずしも明らかでないことであり、「二番目の難点は、パーソン論において、パーソンの範囲が生物学的ヒトの範囲の内側に不可避的に設定されてしまふ」ことである。森岡によれば、それは、パーソン論において、「自己意識を持つていない人間がパーソンでないことは議論するまでもなく明らかであり、その人間が無条件にパーソンと同定される可能性はインプリシットに否定されているからである」。そのことに関連して、最後の難点として、「パーソン論が、自己意識を持つていない人間がパーソンである可能性について議論するための『枠組』を、そもそも持つていない」ことをあげる。そして、森岡は、第二、第三（とくに第三）の批判を重視して、「パーソンの範囲が生物学的ヒトの範囲の内側に『不可避的』に設定されてしまふこと、そして自己意識を持つていない人間がパーソンである可能性について議論するための『枠組』をパーソン論が所有していないこと、これがパーソン論の限界である」としている¹²。

(三) 他者理論と胎児の生命尊重の憲法的要請の拡大

もちろん、だからといって、トゥーリー以前のように、生物学的な事実から、ただちに規範を生み出すわけにはいかない。そのため、森岡は、生物学的ヒトかどうかの判断と道徳的に配慮されるべきパーソンとを分ける「パーソン論の原理」そのものは評価する。しかしながら、その具体化であるトゥーリーたちの考えは否定している。そして、彼らの考えに代えて、他者理論を用いることを構想する。つまり、人間の属性ではなく、その関係性のなかで理解していることとするのである。

森岡によれば、「パーソン論では、ある存在者がパーソンであるか否かは、『自己意識』『理性』というさらに根源的な属性にまで還元された上で判断される」が、しかし、「他者理論では、私―他者の代替不可能かつ非対称的な関係性がすべての根源にある。すなわち、へ娘が私にとつて他者として現れた⁴³あるいはへ娘が私にとつて死体として現れた⁴⁴、それがもはや動かしようのない根源的事実なのである」。したがって、他者理論によれば、たとえ変わり果てた姿であったとしても、私がその者をまだ生きていると考えている限り、その者は生きているのであり、たとえ未発達な状態であっても、私が、ある胎児を、われわれと同じ道徳的配慮を払われるべき人間だと考えたなら、そのときから、その胎児は人間なのである。森岡は、「このような立場をとるとき、当然『客観的妥当性』の問題が生じる」ことを認めているが、しかし、「客観的妥当性という点では底が破れていても、実際上は有効な倫理学を構築することはできるはずである」として、「それを確かめることが私たちの次の課題となる」としている⁴⁴。

しかしながら、身体的統合性への権利として中絶権を理解し、そのため、不本意な妊娠という事実直面した女性のイマジナリーな領域が保障されなければならないとするのなら、こうした他者理論は、むしろ当然の帰結だといえる。法は、妊娠によって身体的統合性のファンタジーを打ち砕かれた女性に対して、特定の見方を押しつけてはなら

ず、その女性が自分自身とその一部でもある胎児に対してとった見方を尊重しなければならない。そうだとすれば、その女性が、われわれと同じように道徳的に配慮されるべき他者として、その胎児のことを考えた瞬間から、その胎児は、道徳的に配慮されるべき存在として、その生命が尊重されなければならない。そうしなければ、彼女のイメージナリーな領域（自己の領域）を侵害してしまうことになるからである。

したがって、本稿で示した形で中絶権を権利構成することは、安全な妊娠中絶への実質的アクセスの積極的保障を根拠づけるだけではなく、それと矛盾しない形で、（胎児は憲法上の人ではないにも関わらず）胎児の生命尊重に対する憲法的要請も拡大するものでもある。そこには、胎児の生命保護に関する利益と、女性の中絶権との対立図式は、そもそも存在していないのである。¹⁵

結 本稿の結論と今後の検討課題

妊娠中絶を考える女性の立場は、非常に個性的なものである。それだけに、そうした女性の立場や主張は、民主的な決定システムでは配慮され難い。その意味で、そうした女性の主張は、ある種の特殊性をもっている。その一方で、女性一般について考えた場合、いつ何時、妊娠中絶を選ばざるを得ない状況に立たされるかもしれない。あるいは男性であっても、自分の近い関係者が、そうした状況に立たされるかもしれない。その意味では、中絶権に関する問題は、一定の普遍性をもっている。

したがって、妊娠中絶を求める主張が正当なものである限り、憲法上の権利として中絶権を保障すべきであろうし、少なくとも、憲法論として、それに関する議論を深めていかなければならない。

しかし、近時、米国では胎児の人格化がすすめられている。そして、そのことは、行き着くところ、中絶権の否定になりかねない。したがって、中絶権を擁護する立場からすれば、あらためて胎児の人格性を否定するか、あるいは中絶権を胎児との対立図式から脱構築しなければならぬ。また、妊娠中絶反対派の病院が、妊娠中絶を行う考えのある医師を意図的に雇い入れることで、妊娠中絶を行う医師が減少してしまうことを考えるなら、たんに胎児の人格性を否定し、中絶権を胎児との対立図式から脱構築するだけではなく、政府が安全な妊娠中絶への実質的アクセスを積極的に保障するように、根拠づけなければならぬ。そして、これらのことは、わが国においても、中絶権を憲法上の権利として構成するにあたって、あるいは中絶論争を憲法論として深化するにあたって、多かれ少なかれ必要なことだといえる。

そこで、本稿では、これらの問題意識を前提として、(D・コーネルの理論にしたがって) 中絶権を身体的統合性への権利として理解し、そして、(D・コーネルと異なつて) それをプライバシー権概念に位置づけるべきだとした。^{④6}

もちろん、本稿での結論は、決して胎児の生命尊重の要請を否定するものではない。むしろ、胎児が憲法上の人ではないにも関わらず、その生命尊重の憲法的要請を拡大するものである。

また、そもそも、安全な妊娠中絶への実質的アクセスを否定することが、胎児の生命を尊重する唯一の方法というわけではない。しかも、そうした方法は、妊娠中絶の現実的必要性をなくすものではない。そうだとすれば、そうした方法では、かえって非合法で危険な妊娠中絶を増やし、胎児の生命ばかりか、女性の生命さえも危険に曝すことになるだろう。その意味で、それは非建設的な方法だといえる。本稿は、そうした非建設的な方法を否定することで、いつそう建設的な方法を促すものでもある。中絶権の保障と胎児の生命尊重の要請とを両立させる建設的な方法は、性

教育や女性や子供の福祉の向上など、いくつも考えられるはずである。

もちろん、たとえそうだとしても、本稿の考えは、ア・プリオリに胎児の憲法上の人（格）としての地位を排除するものとして批判されるかもしれない。

しかし、現在の人権論が、われわれの個体化を前提としており、また、日本国憲法が個人の尊重を定める以上、原則として、いまだ誰かの身体の一部である存在を、憲法上の人（格）として扱うことはできない。その意味で、本稿に投げかけられるそうした批判は、たんに中絶権の保障の是非だけに関わるものではない。つまり、その批判は、これまでの人権論や日本国憲法のもつとも基本に関わる原理に対するものとして位置づけられなければならないだろう。

本稿は、こうした批判的視点を否定するものではない。しかし、そうした批判を行うことも、そうした批判に応えることも、本稿で考察できるほど、容易なものではない。そのため、この問題は、将来の課題としておきたい。⁴⁷⁾

- (1) コーネルは、「個体化のための条件は社会的で象徴的なものであるゆえ、身体的統合性への権利は、プライバシーの権利が一人で放っておかれる権利であると了解されるとすれば、そのような権利であるとは考えられない」としている (Drucilla Cornell, *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography & Sexual Harassment* (Routledge, 1995) at 33, なお、同著の邦訳書として、仲正昌樹監訳『イマジナリーな領域——中絶、ポルノグラフィ、セクシャル・ハラスメント——』（御茶の水書房、2006年）を参照のこと。本稿では、事情がない限り、同邦訳書の訳にしたがう）。

- (2) ソロブのプラグマティック・アプローチに関しては、そのほか、拙稿「プライバシー権の概念化へのアプローチに

関する「考察」関西大学法学論集五四巻六号一〇六頁(二〇〇五年)、同「プライバシーベータな領域の確定とプラグマティック・アプローチ」人権と社会(岡山人権問題研究所紀要) 一号四五頁(二〇〇五年)、同「プライバシー権の概念化と新たな分類—プラグマティック・アプローチとその具体化—」大阪経済法科大学法学研究所紀要四〇号二七頁(二〇〇七年)を参照のこと。

- (3) たとえば、令状のないペン・レジスターの設置とその使用とが争われたスミス判決(Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 1979)では、連邦最高裁はプライバシー権の概念化に関して、次のような判断枠組みを示すに留まっている。すなわち、本件での「修正四条の適用は、その保護を求める人がプライバシーの『正当な(justifiable)』、『合理的な(reasonable)』または『合法的な(legitimate) 期待』を主張し得るか否かに依存する」とし、このことは次の二つの別個の問題を内包するとしている。まず、「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」。そして、「第二の問題は、プライバシーに対する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」(Id. at 740)。つまり、スミス判決は、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、を判断枠組みとし、具体的なプライバシー権の定義を避けたのである。

- (4) Daniel J. Solove, Conceptualizing Privacy, 90 California Law Review 1087(2002) at 1094.
- (5) Id. at 1099.
- (6) その意味で、ソロブのプラグマティック・アプローチは、いわゆる「関係性志向の権利論」に属するものである。「関係性志向の権利論」に関しては、差し当たり、以下の文献を参照のこと。高井裕之「関係性志向の権利論・序説」(『民商法雑誌九九巻三号三三八頁(一九八八年)、同(『民商法雑誌九九巻四号四五九頁、同(『完)民商法雑誌九九巻五号六二三頁、高井裕之「憲法における人間像の予備的一考察」——アメリカにおけるFeminine Jurisprudenceを手がかりに——』産大法学二二三巻四号一頁(一九九〇年)、同(『産大法学二四巻三・四号四三頁(一九九一年)、同(『産大法学二五巻三・四号二六一頁(一九九二年)、同(『産大法学二六巻三・四号四一頁(一九九三年)、同「自己決定能力と人権主体」公法研究六一号、一九九九年)。そのほか、大江洋「関係的権利論——子供の権利から権利の再構成へ」(勁草書房、二

〇〇四年)も併せて参照のこと。

- (7) *Supra* note 4 at 1127-1129.
- (8) *Id.* at 1130.
- (9) *Id.* at 1132.
- (10) *Id.* at 1141.
- (11) *Id.* at 1142-1143.
- (12) *Id.* at 1144-1145.
- (13) *Id.* at 1146.
- (14) *Id.* at 1147.
- (15) Daniel J. Solove, A Taxonomy of Privacy, 154 *U. Pa. L. Rev.* 477 (2006) at 508-509, なぎ抄訳紹介として、拙稿「ダニエル・J・ソロブ『プライバシーの分類』——Daniel J. Solove, A Taxonomy of Privacy, 154 *U. Pa. L. Rev.* 477 (2006)』関西大学大学院法学ジャーナル第七号一頁(二〇〇六年)も併せて参照のこと。
- (16) *Id.* at 533.
- (17) *Id.* at 537.
- (18) *Id.* at 558.
- (19) *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977).
- (20) *Supra* note 15 at 554.
- (21) *Id.* at 555-556. ところで、仲正昌樹によれば、「ホブズ以降の西欧の政治哲学は、自己の『利害』を最大限に追及する『利己』的な個人の間に成立する『共通の利害』関心」関係によって、『政治』の本質を説明しようとしてきた。もちろん、ここでいう「共通の利害」関心」が普遍的なコンセンサスとして成立し得るものとするのか、それともローカルで可謬的なものに過ぎないものだと考えるのかは、モダン／ポスト・モダンを巡る重要な論点である。しかし、いずれにしても、諸個人は何かしらの「利害」をもつものだとされてきたのである。ところが、大衆社会に生きる人々は、

政治に先行して自己にとつての「利害」をもっているとは限らない(あるいは、少なくとも理解しているとは限らない)。ハンナ・アーレントの議論を踏まえて、仲正は次のように述べる。「大衆人たちは自分たちにとつての目標を見失ひ、『世界』への関心を減少させていく」。そして「このような大衆社会では、特定の『世界観』を掲げて現れてくる、ナチスのような『政党』が、『自己』を位置付ける座標軸を失つた人々に、新たな方向性らしきものを提供するようになる」。つまり、本来、諸個人がもつ自己にとつての「利害」が先行して、政治が成立するはずが、実のところ、大衆社会では、ナチスのような世界観政党あるいは政治が先行し、それによつて自己にとつての「利害」が与えられるのである。その結果、人々は「党の提供するイメージに従つて、画一的な振る舞いをするようになる。『利害』をなくして浮遊する諸個人の不安を利用する全体主義の支配は、人々の『間 between』に成立していた『空間 space』を破壊していくのである」。そして「『個』と『個』が接近しすぎて、『一つ』に接合されてしまった時、人々は『世界』を客観的に認識する能力を失う。つまり、「たつた『一人の人』が感性的データとして知覚したものは主観的で、移ろいやすく、不安定であるが、他者との『関係』の中で『間主観的』に認識されたものは、確固とした客観性を得て、『存在』するようになる。人・間が『複数』として存在することが、『共通感覚』に基づいた客観的認識の成立する条件であるはずだが、一九世紀後半の西欧社会で、この条件が次第に掘り崩されていった」のである(仲正昌樹『法の共同体——ポスト・カント主義的「自由」をめぐる——』(御茶の水書房、二〇〇二年)一一三—一一五頁)。したがつて、現代社会の一つの課題として、われわれは人・間の複数性の(再)構築に取り組まなければならない。ソロブのイントロダクションに関する主張は、こうした人・間の複数性にとつて必要な物理的・心的空間を生み出すことにも関わるものだといえる。

(22)
たとえば、米国連邦最高裁判事クラレンス・トーマスの承認問題を思い出して欲しい。アニータ・ヒルからセクシャル・ハラスメントの告発を受けて行われた司法委員会の公聴会で、トーマスは、(その告発が行われるまで、むしろ個人的な経験を強調していたにも関わらず)論争の中心となるはずの生活領域の多くをブライヴェートな領域として踏み込ませなかった。それに対して、ヒルは、その主張の信頼性を評価されるにあつて、動機や性格にまで踏み込まれることになった。こうした公／私の歪な線引きは、それぞれの具体的なコンテクストに即したブライヴァシーの利益やその対立利益を捉え損ねたためになされたように思われる。トーマスに対する追及は、(ソロブの分類でいうところの)市民

による「監視」であって、その冷却効果が社会的に望むべきものかによって判断されなければならない。それに対して、ヒルに対する追及は、「公表」や「暴露」であって、それが彼女の正確なポートレイトを作るのに必要不可欠なのか、あるいは、それが、彼女から尊厳を奪い、社会への参加能力を妨げたとしても、必要とされるもののかによって判断されるべきだろう。従来のアプローチでは、具体的コンテキストから切り離して抽象的にプライバシー権を定義してしまつたため、こうしたコンテキストに即した複雑性を把握し損ねてしまうように思われる。もちろん、従来の考えでも、場合によっては、「公的存在」論によって、ある程度、コンテキストに応じた修正が可能かもしれないが、この事例では、アニータ・ヒルも公的存在といえるため、それによる修正にも限界があるといえるだろう。このトーマスの承認問題に関しては、Nancy Fraser, Sex, "Lies, and the Public Sphere: Reflections on the Confirmation of Clarence Thomas" in *Justice Interruptus: Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition*, (Routledge, 1997) など、同書の邦訳書として仲正昌樹監訳『中断された正義: 「ポスト社会主義的」条件をめぐる批判的省察』（御茶の水書房、二〇〇三年）も併せて参照のこと。

(23) See, William L. Prosser, *Privacy*, 48 *California Law Review* 383 (1960).

(24) なお、わが国の憲法上のプライバシー権の根拠規定に関する学説は、憲法上の無名権説、一三条説、三二条説、三三条・三五条説に分けることができる。このうち、一三条説が通説といつてよい。ここでいう一三条説は、必ずしも排他的に一三条に根拠づけるわけではなく、他の個別条項に直接の根拠を求められない場合に一三条に根拠を求めるものである。しかしながら、一三条説に対する批判もないわけではない。たとえば、新保史生は、「一三条前段は、具体的な権利を保障する規定としてではなく、一般原理として個人の尊重について述べているにすぎ」ず、また、一三条後段に関しては、「一三条が、一四条以下に列挙されていない権利を包括的に保障している規定として、合衆国憲法修正九条及び修正一四条のデュー・プロセス条項と同じ趣旨の規定であると考えらるならば、修正九条が個別具体的な権利を保障する規定としては機能していないこと、そして、修正一四条のデュー・プロセスについても、その規定の趣旨からすると、日本国憲法一三条よりはむしろ、三二条と趣旨を同じくするものであると解するほうが妥当ではないか」として、三二条説の可能性を指摘している（新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』、成文堂、二〇〇〇年、九六頁）。また、

かつて阪本昌成は、いわゆる「幸福追求権」に根拠づけることに対して、それは結局のところ觀念論に過ぎないし、そもそも「プライバシー」という、それだけでなくも包括的な権利を、それよりもいっそう包括的な幸福追求権に組み入れてはたして意味があるのか」と批判していた(阪本昌成「憲法とプライバシーの権利」神戸法学雑誌二卷一頁六二頁、一九七二年)。また、プライバシー権が freedom from の権利だと考えた上で、いわゆる「幸福追求権」に根拠づけることに対して、「この権利が freedom to であり、プライバシーの権利とは異質であること、の理由で賛成できない」としていた。その上で、「修正四条の働きにかんがみて、同条こそプライバシーの権利の淵源だ、と考えるのが適切であろう。そのことは修正四条の歴史からも証明されている。そしてまた修正四条を根拠とする見解は、プライバシーの権利をわが国に移植する際、つまりわが憲法三三条・三五条がプライバシーの権利の根拠と考える際、もつとも適した土壌となるであろう」として、三三条・三五条説を主張していた(同上、七二頁。ただし、その後、阪本は「あえて憲法上の根拠を問うとすれば、プライバシー権は、独得の構造的性格をもつ憲法上の無名権と考えるのが、一番素直な理解だろう」としている(阪本昌成「プライバシー権」法学教室四一頁一〇頁、一九八四年)。しかし、当然のことながら、わが国の憲法規定を、それと類似する米国の憲法規定の解釈にしたがつて、解釈しなければならぬわけではない。したがって、新保のように、修正九条が個別具体的な権利を保障しないものであったとしても、日本国憲法一三条も同じように考える必要はないし、日本国憲法三二条が、米国のデュー・プロセス条項と同じように解釈できるとは限らない。また、阪本は、「プライバシーの権利に言及された過去の諸判例をみると、『……からの自由』という意味での権利の総称としてのプライバシーの権利という概念が用いられてきた。その意味で、『産むか産まないかを選択する権利』という『……への自由』を、従来の判例を援用して、プライバシーの権利の枠内に組み入れることは誤りではないだろうか」などとして、「中絶の権利はプライバシーの権利ではない」ことを前提としている(阪本昌成「堕胎とプライバシー」政経論叢三二卷三・四号一二三・一二四頁、一九七二年)。阪本の freedom from & freedom to の理解が適切かはさておき、本稿の考えでは、中絶権も含めてプライバシー権を構成しているのであって、その立場からすれば、三三条・三五条説は、明らかに狭過ぎるといえるだろう。また、かつては、日本国憲法一三条を宣言規定とする見解(たとえば、美濃部達吉『日本國憲法言論』(有斐閣、一九五二年)一六六・一六七頁)もあったが、現在は、同上を包括的人権規定と理解

する立場が一般的であるように思われる。そして、プライバシー権概念は作業仮説であって、つねに変化していくものだと考えるならば、こうした権利の根拠として、もつとも相応しいものは、やはり一三条ということになるのではないだろうか。なお、プライバシー権概念のなかでも、とくに中絶権の日本国憲法上の根拠規定については、拙稿「中絶権の新たな構成——身体的統合性への権利としての中絶権とプライバシー権への位置づけ（二）」大阪経済法科大学法学論叢第六七号八九頁（二〇〇九年）の脚注37を参照のこと。

前掲注24・拙稿の脚注24を参照のこと。

(26)

たとえば、佐藤幸治は、「個人が自己に関する事柄を公権力から干渉されることなくどこまで自由に決定できるかは、個人の『行為の自由』に関する重要事項であるが、この問題を『プライバシーの権利』の問題とすることは、その問題の真の性質を曖昧ならしめる危険があるとともに、『プライバシーの権利』をも曖昧なものとする危険がある」として、「この種の問題は、日本国憲法一三条の『幸福追求権』の一内実としての『人格的自律権（自己決定権）』の問題として考えて行くべきものと思われる」としている（佐藤幸治「権利としてのプライバシー」ジュリスト七四二号一六一頁、一九八一年）。また、松井茂記も、「アメリカのように自律権ないし自己決定権にまでプライバシー権を拡大することには、私も疑問を感じざるをえない」と述べ、そのように拡大するならば、「プライバシー権は一般的自由と殆どかわらないものとなってしまい、概念の規定性という点で、一つの統一的定義は望めないように思われ」、「また、とりわけ裁判所によるプライバシー権保護という側面で考えると、情報プライバシーと自己決定権では大きな差異があると思われる、私は前者については裁判所が憲法上の基本的人権と承認すべきだと考えるが、後者については躊躇を覚えるをえない。もし自己決定権まで含めてプライバシー権を理解するなら、逆に情報プライバシー権の権利性まで否定されてしまうのではないかという疑問もある」として、「やはり、せめて情報プライバシー権と自己決定権とは区別して、プライバシー権の概念は情報プライバシー権に限定すべきではなからうか」と主張している（松井茂記「プライバシーの権利について」法律のひろば四一卷三三五頁、一九八八年）。そのほか、阪本昌成「墮胎とプライバシー」政経論叢二二卷三・四号九九頁（一九七二年）も、妊娠中絶の自由をプライバシー権に含めることに反対している。

(27)

かつては、菅野孝久のように「我国の不法行為法において、『プライバシー』という概念は確立していないし、確立す

(28)

る見込みもなく、将来ともこの概念を使用するべきではない」(菅野孝久「『ブライヴァシー』概念の機能の検討」ジュリスト六五三三六〇頁、一九七七年)とする見解もあつたが、「現在では、その侵害が不法行為となることについては異論がない」(幾代通『現代法学全集二〇二・不法行為』、筑摩書房、一九七七年、九二頁)とされ、さらに、「この権利は……公法の領域でも妥当すべきものと解されるに至った」(佐藤幸治『現代法律学講座5・憲法〔第三版〕』、青林書院、一九九五年、四五三頁)とされている。

なお、芦部信喜『憲法(新版補訂版)』(岩波書店、一九九九年)は、情報ブライヴァシー権と並んで広義のブライヴァシー権に位置づけている。同旨のものとして、長谷部恭男『新法学ライブラリー2 憲法(第3版)』(新世社、二〇〇四年)。ところで、わが国では、母体保護法一四一条一項で、指定医師は「本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる」と定め、妊娠中絶に配偶者の同意要件を課しているにも関わらず、そのこの問題に関心が薄いように思われる。身体的統合性への権利として中絶権を理解し、それをブライヴァシー権概念に位置づけるなら、配偶者の同意要件はもちろんのこと、配偶者への通知義務であつたとしても、慎重に判断されなければならないだろう。また、わが国の母体保護法二七条では、「人工妊娠中絶の施行の事務に従事した者は、職務上知り得た人の秘密を、漏らしてはならない。その職を退いた後においても同様とする」とし、同三三条は「第二七条の規定に違反して、故なく、人の秘密を漏らした者は、これを六月以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する」と定め、一定の情報保護を図っている。しかしながら、同法二五条では、「指定医師は……人工妊娠中絶を行った場合は、その月中の手術の結果を取りまとめて翌月十日までに、理由を記して、都道府県知事に届け出なければならない」と定めている。もちろん、その届出によって、必ずしも妊娠中絶手術を受けた女性個人が識別できるわけではない。しかし、妊娠中絶を行う医師に冷却効果が生じる可能性がある」とすれば、やはり問題であろう。実際、もし、都道府県知事が、妊娠中絶に対して、否定的な立場だとすれば、医師に冷却効果が生じる可能性は低くもないかもしれない。また、「死産の届出に関する規定」によって、妊娠四ヶ月以降に妊娠中絶を行った場合、市町村長に対して、「死産の届出を、父がこれをなさなければならない。やむを得ない事由のため父が届出をすることができないときは、母がこれをなさなければならない」(同規定七条)とされている。しかし、こうした届出を強制することが、妊娠中絶の決定に冷却効果をもつことは、想像に難くないところだと思われる。

(29) たとえば、フェミニズムの代表的論者の一人であるキャサリン・マッキノンとは、「プライヴァシー法が守るものは、い
 まある私的領域内の権力と富の配分である。そして、プライヴァシー教義が覆いかくすものの核心は、女の服従の中心
 をなすとフェミニズムが考えるもの、つまり女の体という場所であり、異性愛という関係であり、性交と生殖という行
 為であり、親しさという感情である。プライヴァシーという法的概念は殴打、夫婦間の強姦、女性労働の搾取の場所を
 隠すことができるし、隠してきたのだ」と主張する (Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life
 and Law*, Harvard University Press, 1987, at 101)。なお、同書の邦訳書として、奥田暁子、加藤春恵子、鈴木みどり、
 山崎美佳子訳『フェミニズムと表現の自由』(明石書房、一九九三年)を参照のこと。本稿では、事情がない限り、同邦
 訳書の訳にしたがう。

(30) マッキノン以外にも、たとえば、シルビア・A・ローは、司法審査基準として、女性の抑圧などを継続させるか、そ
 れがやむにやまれぬ利益をもつか、をあげ、妊娠中絶の禁止は、そのテストが当てはまるものだとしている。See,
 Sylvia A. Law, *Rethinking Sex and the Constitution*, 132 *U. Pa. L. Rev.* 955 (1984).

(31) See, Rachael N. Pine & Sylvia A. Law, *Envisioning a Future for Reproductive Liberty: Strategies for Making the Rights
 Real*, 27 *Harv. C. R.-C. L. L. Rev.* 407 (1992), at 414.

(32) オルムステッド判決 (*Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438, 1928) では、修正四条の保障を受ける要件として、①
 捜査や押収の対象が有体物であること、②捜査や押収が物理的侵入によってなされたこと、が必要とされたが、第一ナ
 ードン判決 (*Nardone v. United States*, 302 U. S. 379, 1937)、第二ナードン判決 (*Nardone v. United States*, 308 U. S. 338,
 1939)、『ネロビ』、シルバーマン判決 (*Silverman v. United States*, 365 U. S. 505, 1961) を経て、カツツ判決 (*Katz v.
 United States*, 389 U. S. 347, 1967) において、オルムステッド判決の要件が放棄されるに至っている。

(33) この点に関連して、いわゆるバッファ・ゾーン規制が争われたものと、以下の判例を参考のこと。See, *Madsen
 v. Women Clinic Center Inc.*, 512 U. S. 753 (1994), *Hill v. Colorado*, 530 U. S. 703 (2000). さらに、ビル判決では、フロレーニ
 ング・バッファ・ゾーン規制を合憲とした点に注目される。なお、マドセン判決については、大沢秀介「アボーシヨ
 ン抗議活動と表現の自由」——Madsen v. Women Clinic Center Inc., 114 S. Ct. 2516 (1994)』ジュリスト一〇七五号一六

五頁(一九九五年)を、ヒル判決については、蟻川恒正「表現の自由」法律時報七二卷一一号八八頁(二〇〇〇年)も併せて参照のこと。

(34)

こうした本稿の権利構成は、森脇健介の考えに近いものである(森脇健介「いわゆる『中絶の自由』に関する一考察——「女性の自己決定権」対「胎児の生命権」——梓組の転換のために——」早稲田法学会雑誌五五卷三一九頁、二〇〇五年)。森脇は、法的構成として、高井裕之などの関係性志向の権利論を採用しながらも、その理論構成が、場合によっては女性への社会的抑圧を正当化するかもしれないことから、それに先立つ公論形成の倫理的基準として、胎児がどのような存在かにまで遡って、女性の葛藤を評価する良心の自由説を用いるべきだとしている。しかし、胎児の存在の意味づけまで含めた女性の葛藤を、公論形成にあつての倫理的基準に留めることには、疑問を感じざるを得ない。もし、たんなる倫理的基準という不安定なものに留めるのなら、結局のところ、森脇自身が懸念したように女性の葛藤は省みられなくなるのではないだろうか。そうだとすれば、むしろ、そうした女性の葛藤こそ、法的構成として先行する問題とされなければならないはずである。そして、そのことを前提とした上で、関係性志向の権利論の要素が中絶権に組み込まれるべきだろう。そのことによって、女性に対する社会的抑圧を防ぎながら、それを解放する形で、関係性志向の権利論のアプローチを活かすことができるように思われる。そのため、本稿では、身体的統合性への権利として中絶権を意味づけることで、森脇が倫理的基準とした良心の自由説を、法的権利として構成することを強調している。それは、われわれが人格となるためのミニマムな条件であり、他の諸権利より先行するものである。そのように考えるなら、われわれが望むべき社会的展望は、そうした中絶権の実質的保障を積極的に促すものでなければならない。その上で、そうした中絶権を、プラグマティック・アプローチに基づくプライバシー権概念に位置づけることで、関係性志向の権利論の要素を取り入れることが妥当な構成だと考える。こうした構成をとることによって、胎児の人格化傾向に抗いながら、妊娠中絶への実質的アクセスの積極的保障を導くことができるのではないだろうか。たしかに、本稿の立場は、森脇の考えと問題意識を共有しているものと思われる。しかし、森脇の考えは、良心の自由説を倫理的基準に留める点で、なお不十分なものと考えられる。それに対して、本稿は、妊娠中絶の自由を身体的統合性への権利として、他の諸権利よりも先行するものとして法的に構成することで、ある意味では、女性と胎児とを取り巻く関係性について、女性

の見方を法的に特権化するものである。そのことを前提としなければ、関係性志向によって、かえって女性の社会的抑圧が正当化されかねないように思われる。なお、関係性志向の権利論に関しては、前掲注6を参照のこと。また、良心の自由説に関しては、玉國文敏「生命科学・生殖技術の進歩と新しい人権」ジュリスト一〇一六号二六頁（一九九三年）を参照のこと。なお、そのほか、近時、わが国で注目される学説として、井上達夫や上田健二の考えがあげられるだろう。井上は、胎児の生命権を「一応の権利（a prima facie right）」とした上で、女性の妊娠中絶の自由と胎児の生命権との道徳的葛藤を強調する。しかし、井上達夫のように、胎児の生命権を「一応の権利」だと考えることは、胎児に生命権があるとすることにも関わらず、その生命権は、われわれの生命権とは異なるといったように、生命権の保障に強弱を認めることになり、やはり無理があるように思われる。少なくとも、生命権の保障に強弱があるとすることは、われわれの直観に反するだろうし、憲法論においても、おそらく支持できないだろう。あるいは、それは、われわれが考える「生命権」とは異なるものだといえるかもしれないが、そうした主張は、あまりにレトリカルなように思われる。上田（健）は、胎児の生命権を認めた上で、妊娠中絶に関して、「処罰に代わる援助」を指導理念として、女性の良心的決断を尊重する「窮迫状態に方向づけられた対話モデル」を主張している。その上で、上田（健）は、妊娠中絶を行うに先立って、公的施設による相談の義務づけを行うなど、妊娠中絶規制に関する具体的提案を述べている。こうした上田（健）の考えは、あくまで胎児に生命権を認めることを前提としたもので、そのため、女性に答責意識を強制する。しかし、このような形で答責意識を強制されることは、それにも関わらず、妊娠中絶を決断した女性に対する社会的抑圧を生み出しかねないものであり、妥当だとは思われない。なお、井上に關しては、井上達夫「人間・生命・倫理」江原由美子編『生殖技術とジェンダー』（勁草書房、一九九六年）三頁、同「胎児・女性・リベラリズム——生命倫理の基礎再考——」同書八一頁を参照のこと。また、上田（健）に關しては、上田健二『生命の刑法学——中絶・安楽死・自死の権利と法理論——』（ミネルヴァ書房、二〇〇二年）を参照のこと。

- (35) Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (Random House, 1994) at 113. なお、同書の邦訳書として、水谷英夫・小島妙子訳『ライフズ・ドミニオン：中絶と尊厳死そして個人の自由』（信山社、一九九八年）を参照のこと。本稿では、事情がない限り、同邦訳書の訳にしたがう。

(36)

奥田純一郎は、「最初の合意に基づく性交の段階で、生命誕生につながりうることを承認している。言わばこの段階で既に受精卵→胚→胎児→新生児となる存在には二人称的な承認が与えられ、固有領域としての自己が形成されていると言える。この二人称的承認が付与されていないのは、性交時に合意がなく、したがって生命誕生について女性に自己決定権が保障されなかった場合である。このような場合は胎児には未だ『人間の尊厳』は備わっていないと解しうる。したがって女性に性交時には欠けていた生命誕生に関する自己決定権の行使⇨胎児への二人称的承認の付与・拒絶の機会を与えるべきであり、ここでの承認付与を得て初めて『人間の尊厳』を備えるものと解する」(奥田純一郎「ヒト胚・生命倫理・リベラリズム——自己決定権は生命科学技術研究に何を・どこまで言えるか?——」思想九六五号二〇四頁(二〇〇四年))と述べる。本稿は、憲法上の人(格)として胎児を認めるには、女性による二人称的承認が必要だと考える点で、奥田の考えに賛成するものである。しかしながら、奥田が、合意に基づく性交による場合には、ただちに承認が付与されると考える点で、賛成できない。たとえ合意に基づいたとしても、不本意な妊娠はあり得るもので、したがって、合意に基づいたとしても、必ずしも胎児に二人称的承認が付与されているとは限らないだろう。また、それを擬制することは、女性のイマジナリーな領域を侵すことになるように思われる。

(37)

森岡正博『生命学への招待——バイオエシックスを超えて』(勁草書房、一九九八年)二〇一頁。パーソン論に関しては、小竹聡「人工妊娠中絶と胎児の『生命に対する権利』(1)」『社会科学論集(愛知教育大学地域社会システム講座)三九号一〇三頁(二〇〇一年)、同(2)・(完)』、社会科学論集(愛知教育大学地域社会システム講座)四〇・四一合併号百一一頁(二〇〇三年)も併せて参照のこと。

(38)

Michael Tooley, *Abortion and Infanticide*, 2 *Philosophy & Public Affairs* 37(1972)邦訳として、森岡正博訳「嬰兒は人格を持つか」加藤尚武・飯田亘編『バイオエシックスの基礎——欧米の「生命倫理」論』(東海大学出版会、一九八八年)を参照のこと。

(39)

Hugo Tristram Engelhardt, Jr., "Medicine and the Concept of Person" in Tom L. Beauchamp & LeRoy Walters(eds), *Contemporary Issues in Bioethics* (Wadsworth Pub. Co., 1982) なお、邦訳として、久保田顕二訳「医学における人格の概念」加藤尚武・飯田亘編『バイオエシックスの基礎——欧米の「生命倫理」論』(東海大学出版会、一九八八年)を参照

611a。

- (40) Roland Puccetti, "The Life of Person", in William B. Bondeson et al.(eds), *Abortion and the Status of the Fetus* (Kluwer, 1982) なお、邦訳として、片桐茂博「ひとのいのち」加藤尚武・飯田亘編『バイオシックスの基礎——欧米の「生命倫理」論』（東海大学出版会、一九八八年）を参照のこと。

- (41) 前掲注37・森岡、二二二―二二三頁。

- (42) 同上、二二六―二二七頁。なお、胎児自身の利益の始期に関するドウオーキンの考えも、パーソン論の亜種といつてよいだろう。

- (43) 同上、二二三頁。

- (44) 同上、二三四頁。

- (45) なお、こうした考えは、井上達夫の「相補論」と誤解されるかもしれない。しかし、それとは、まったく異なるものである。井上は、「生死の法理の根本問題は生命権の発生条件と消滅条件である」とした上で、「両者を統合的に捉える視点として、実体論的アプローチと関係論的アプローチとが区別できる。前者は一定の実体的な能力ないし属性の獲得と喪失を、生命権の発生と消滅の条件とする。後者は生まれ出づる者、死にゆく者への他の人間による共生関係の取り結びと解きほぐし自体を、生命権の発生と消滅の条件とする」と述べる。そして、井上は、一方で、「実体論は……無能者の冷酷な切り捨ての論理を内容している」が、他方で、「関係論は……『姥捨て』に象徴されるように、『他者の都合』や社会的有用性を算出する費用便益計算に、個人の生き死にが左右される危険を内包している」と指摘する。したがって、井上によれば、「このことは実体論と関係論とを相補的に結合する立場の可能性と必要性を示唆して」おり、そのため、井上は、「相補論」を提唱している。それは、「実体論的な能力条件と関係論的な承認の少なくともどちらか一方が成立することをもって、生命権の発生・存続（未消滅）の十分条件とする」ものである。ここでいう実体論的アプローチがパーソン論にあたり、関係論的アプローチが他者理論にあたることは明らかだろう。エンゲルハートの考えも、ある意味では二つのアプローチを結合したものであるが、井上によれば、「エンゲルハートによる『厳密な意味での人格』と『社会的人格』との区別は前者の後者に対する優位を強調する狙いがある」もので、「実体論的能力要件と関係的承認要件を相互的な歯止

(46)

めとして解釈する相補論」とは区別されるものである(井上達夫『生と死の法理』シンポジウム発言要旨——実体論・関係論・相補論——日本法哲学会編『生と死の法理・法哲学年報一九九三』(有斐閣、一九九四年)一〇五・一〇六頁)。しかし、本稿の考えにおいて、嬰兒も人間だとして、その生命権を認めるのは、実体論的アプローチに依拠したからではなく、そのことに法的整合性と正当性があるからである。また、関係論的アプローチ(他者理論)によって、胎児を、われわれと同じように道徳的に配慮されるべき存在とみなす場合もあるとしたのは、女性幸福追求に値する存在だと考える限り、中絶権は、身体的統合性への権利として理解され、その結果、イマジナリーな領域の保障が求められると考えたからである。井上のいうように、実体論と関係論とを相補的に結合する必要性のためではない。

では、わが国の妊娠中絶規制は、どのように考えられていくべきなのだろうか。これまで述べてきたことと重なる点もあるが、その概略をまとめておきたい。わが国では、刑法二二条以下の「堕胎の罪」によって、妊娠中絶は原則的に禁止され、その例外が母体保護法によって定められている。しかしながら、妊娠中絶の自由を憲法上の基本的権利だと考えるなら、それを原則的に禁止することは許されないだろう。むしろ、それは例外的に禁止できるだけである。もちろん、そもそも妊娠中絶は女性の健康にとって危険なものであって、したがって、原則的に禁止することが許されるべきだと考えられるかもしれない。本稿の立場でも、二二五条の「不同意堕胎」や二二六条の「不同意堕胎致死傷」は必要だと考えている。また、二二三条後段の「同意堕胎致死傷」や二二四条後段の「業務上堕胎致死傷」に關する規定も、認められるように思われる。しかしながら、経口中絶薬などの開発によって、自己堕胎であっても、ごく初期でなら、きわめて安全に行われることを考えるなら、これらの規定を除いては、母体保護法によって、例外的に禁止される事項を定めるべきだと思われる。しかし、原則として禁止した上で、その例外を定めるのか、それとも、原則として許容した上で、例外的に禁止規定を設けるのか、といった規定の仕方だけでなく、当然のことながら、規制内容に關しても、議論を深めていかなければならないだろう。母体保護法二二条一項では、「この法律で人工妊娠中絶とは、胎児が、母体外において、生命を保持することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出することという」と定めている。刑法二二条以下の堕胎の罪で、妊娠中絶が原則的に禁止されていることからすれば、現行法で許される妊娠中絶は、胎児の独立生存可能性が生じる以前に限られることになる。また、母体保護法二二条一項は、

指定医師が「本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる」と定め、配偶者の同意要件の例外を同条三項で「配偶者が知れないとき又はその意思を表示することができないとき」としている（ここでいう配偶者には、同法三条一項で、「届け出をしていないが、事実上婚姻関係と同様な事情にある者を含む」とされている）。さらに、同条二項では、適応事由として、「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの」（同項一号）と「暴行若しくは脅迫によって又は抵抗若しくは拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したもの」（同項二号）を定めている。しかし、本稿の考えからすれば、配偶者の同意要件を課すことは許されない。それは、配偶者に事実上の拒否権を認めることであり、その女性に配偶者の見方を押しつけることになるからである。また、ケイシー判決でオコナー判事が懸念したように（*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833[1992] at 892-893）、配偶者間の日常的な暴力の可能性を考えるなら、配偶者の同意要件は、なおのこと、問題だといえるだろう。もちろん、いくらかの人たちの直観は、配偶者の利益を保護したいと考えるかもしれない。しかし、われわれの直観がそのように考える状況の下では、法律によって規定するまでもなく、すすんで配偶者間で話し合いが行われるように思われる。法律で同意要件を課さなければ、話し合いがもたれない状況（たとえば、配偶者による暴力が行われていたり、事実上、破綻した婚姻関係の下で、半ば強姦のような形で妊娠させられたといったような状況）の下で、そうした要件を課すことは、かえって、多くの人たちの直観にも反するものではないだろうか。第二に、現行法では、胎児の独立生存可能性という期間枠組みを用いているが、本稿の立場からすれば、胎児の独立生存可能性ではなく、女性が自己を再想像したであろう合理的な期間で枠組みをつくるべきだと思われる。なぜなら、その期間を過ぎても、女性が妊娠中絶を行わなかったとするならば、その女性は胎児を道徳的配慮の払われるべき他者と考えたときとみなすことができる、したがって、それ以降の胎児には生命権が認められなければならないからである。また、現行法では、さらに同法一四条一項一号及び二号で、適応事由を定めているが、本稿の立場からすれば、そもそも、そうした限定を加えるべきではないことになる。第三に、同法一四条一項は、妊娠中絶を行うことができる者を「指定医師」に限定しているが、この「指定」医師に限定することの問題は、母体の健康保護のためとしても、今日の医療技術の発達などを考えれば、その必要性を、あらためて考え直さなければならぬだろう。また、経口中絶薬の開発を考えるなら、そもそも医師に

限定することなく、薬剤師などにも広げてよいのではないだろうか。第四に、本稿の立場のように、中絶権をプライバシー権として位置づけるなら、それに関わる情報保護も重要な問題となる。母体保護法一七条では、「人工妊娠中絶の施行の事務に従事した者は、職務上知り得た人の秘密を、漏らしてはならない。その職を退いた後においても同様とする」とし、同三三条は「第二十七条の規定に違反して、故なく、人の秘密を漏らした者は、これを六月以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する」と定め、一定の情報保護を図っている。しかしながら、同法二五条では、「指定医師は……人工妊娠中絶を行った場合は、その月中の手術の結果を取りまとめて翌月十日までに、理由を記して、都道府県知事に届け出なければならない」と定めている。もちろん、その届出によって、必ずしも、妊娠中絶手術を受けた女性個人が識別できるわけではない。しかし、それによって、妊娠中絶を行う医師に冷却効果が生じる可能性があるとするば、やはり問題であろう。実際、もし、都道府県知事が、妊娠中絶に対して、否定的な立場だとすれば、医師に冷却効果が生じる可能性は少なくないように思われる。また、「死産の届出に関する規定」では、妊娠四ヶ月以降に妊娠中絶を行った場合、市町村長に対して、「死産の届出を、父がこれをなさなければならない。やむを得ない事由のため父が届出をすることができないときは、母がこれをなさなければならない」(同規定七条)とされている。しかしながら、こうした届出を強制することによって、女性の妊娠中絶の決定に冷却効果が生じることは、想像に難くないところだろう。もちろん、他の制度との関連もあるところだが、これらの報告・届出制度に関しても、慎重な判断が求められるように思われる。そして、最後に、妊娠中絶へのアクセスを実質的に保障していくためには、保険適用など、様々な施策も要請されるものと思われる。たとえば、妊娠中絶を行うことができる医師が不足している地域に対しては、実質的アクセスを保障していくための特別な配慮が求められるだろう。具体的な社会的コンテクスト次第では、米国のようなバッファ・ゾーン規制も必要となるかもしれない。また、自己の再想像のためには、様々な情報が利用可能な形で必要だと考えられる。そうだとすれば、女性が主体的にそうした情報を得ることができなければならない。そのため、たとえば、病院図書館などの整備も求められなければならないだろう。もちろん、そこでの情報は、利用可能なものでなければならぬ。したがって、専門の司書の育成も課題となるだろう(病院図書館のあり方に関しては、木幡洋子・石井保志「権利としての健康／医療情報へのアクセス」日本の図書館における実践と法的理論構築の試みとして)。愛知県立大学

文学部論集社会福祉学科編五四号一頁（二〇〇六年）を参照のこと。また、いわゆる新自由主義政策との関係においては、木幡洋子「事例報告…規制緩和政策のもとでのオーストラリアの病院図書館」『医学図書館五三巻三二九〇頁（二〇〇六年）も併せて参照のこと。プライヴァシー権は、かつてのような消極的な権利概念ではない。そして、プライヴァシー権の概念化が社会をどのように構築するかに関わる問題だと理解し、かつ、女性に対する社会的抑圧を踏まえるなら、プライヴァシー権概念に位置づけられる中絶権には、これらの積極的側面も含めて理解されなければならないように思われる。

(47)

なお、本稿では、あくまで中絶権に限定して検討してきたが、しかし、われわれが社会の関係性のなかで生きている以上、中絶権に限らず、さまざまな権利概念に、そうした社会の関係性を取り込むべきか、あるいは、どのような形で取り込むべきかは、これからの憲法学における重要な課題だと思われる。本稿でのプライヴァシー権の概念化におけるブラグマティック・アプローチの考察は、そうした問題に対しても、一定の示唆を与えたものといえるのではないだろうか。