

本書は、二〇〇八年に関西大学から課程博士(法学)を授与された博士論文である「プライバシー権の概念化と妊娠中絶の自由に関する考察」に、その後の研究に基づく加筆修正をしたものである。

もとの博士論文では、タイトルや論文構成においても、プライバシー権の概念化に独自のウェイトをおいていた。しかし、本書の本論では、「中絶権の新たな構成」を示すことに目的をしばり、プライバシー権の概念化に關しては、必要な限りで論じる論文構成としている。

本書の本論では、中絶権を中心に論じたこともあつて、補論では、本論と関連しながらも、中絶権に限らない、プライバシー権の概念化一般に關係する問題を取り扱っている。

さて、私がこの研究を始めたきっかけは、いまから振り返ると、龍谷大学法学部の卒業論文で、プライバシー権について、書いたことだと思う。

当時の私にとって、「プライバシー権」とは、名称から奇妙なものに映った。「プライバシー権」が「*right of privacy*」の邦訳であることはわかるが、「*right*」だけが「権(利)」と訳されて、「*privacy*」は、カタカナ表記になっているからである。普通、英語を日本語に訳すのであれば、「*privacy*」も日本語にすべきではないだろうか。

私は、結局のところ、それは、英語の「*privacy*」に相応しい日本語というものが、見当たらないためだろうと考えた。そこで、米国の「*the right of privacy*」とは何かを調べてみると、米国憲法上の「*the right of privacy*」は、連邦最高裁で争われていた事例をみる限り、日本の「自己決定権」の問題に関するものも多いことがわかった。日本で「プライバシー権」といえば、多くの場合、いわゆる「情報プライバシー」のことを意味しているところ、米国の「*the right of privacy*」と日本の「プライバシー権」とは、内容が異なっていたのである。

当時、大学生であった私にとって、まったくもって、「プライバシー権」は、不思議な概念であった。

その後、私は、運よく、関西大学大学院法学研究科へ進学することになった。そこでも、プライバシー権という不思議な概念が気になっており、博士課程前期課程でも「憲法上のプライバシー権」と題して、修士論文を執筆し、博士課程後期課程に進んでからも、プライバシー権に関して研究を続けていた。

プライバシー権概念についていえば、日本では、先ほど述べたように、いわゆる「自己決定権(あるいは、自己定義権)」と「情報プライバシー」とを区別し、後者をプライバシー権として概念化する立場が、一般的なように思われる。しかし、本書でも論じているように、私は、両者を一つのプライバシー権概念として理解するべきだと考えている。また、先ほど、「*the right of privacy*」について、米国の連邦最高裁で争われた事例の多くは、いわゆる「自己決定権」に関するものだと述べたが、より正確には、中絶権に関するものが中心である。

そのため、私の研究関心も、徐々に、中絶権に移っていったのである。

おそらく、ほとんどの人たちは、妊娠中絶が道徳的に望ましくないことだと思っているだろう。しかし、それにもかかわらず、様々な理由から、妊娠中絶を選ぶ、あるいは、選ばざるを得ない女性たちがいることも事実である。実際、妊娠中絶を考える女性の立場は、非常に個性的であり、一概に道徳的批判に値するとは限らないものである。しかし、多くの人たちは、そうした状況に立たされることも、具体的にそうした状況を想像することもないため、妊娠中絶を選ぶことを考える女性の立場を理解することは、非常に難しい。そこで、妊娠中絶を選ぶことを考える女性たちは、それぞれが少数者、マイノリティにあたり、そうした女性の立場や主張は、民主的な決定システムのなかで反映されることは難しい。

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

妊娠中絶を選ぶことを考える女性の立場や主張は、非常に個性的で、民主的な決定システムでは反映され難いという意味で、ある種の特異性をもっていると同時に、中絶権に関する問題は、ほとんどの人たちが関わり合いをもつかもしれないという意味で、一定の普遍性をもつものである。そうである以上、妊娠中絶を求める主張が正当な利益をもつ限り、憲法上の権利として中絶権を保障すべきだろうし、少なくとも、憲法論として、それに関する議論を深めていくべきだろう。

そのように考えると、中絶権に関する研究は、とても大切なものだと思えるのである。

しかし、日本では、そもそも、中絶権に関して議論を深めるまでもなく、妊娠中絶は比較的自由にできるのではないかと考えている人もいたためなのか、実際、権利の重要性の割には、これまで、憲法論として、それほど活発な議論が展開されてこなかったように思われる。

もともと、日本で比較的自由に妊娠中絶ができると考えられているのは、母体保護法の経済的理由条項が拡大解釈されて運用されているからであるが、その条項は、国の人口政策に深く関わって追加されたものであつて、必ずしも、女性の権利保障のために追加されたのではない。それに、たとえ、女性の妊娠中絶が母体保護法の運用によって比較的自由に認められているとしても、序章でも述べていることだが、中絶権に関する問題は、女性の生き方に深く影響を与えるものであり、単なる政策的配慮によつて、妊娠中絶の可否を決めてしまうことは、憲法原理として妥当なものとは思われない。また、もし、今日のわが国における妊娠中絶に関する状況が、単なる政策的配慮か

ら生じる反射的利益に過ぎないのなら、女性のおかれる立場は非常に不安定なものとなり、実践的な意味においても問題だといえるだろう。しかも、中絶権が広く保障されていると考えられているために、中絶権の規制に伴う様々な問題が見逃されているようにも思われる。

他方で、米国では、これまで、妊娠中絶に関する問題が盛んに議論されてきた。しかも、米国の連邦最高裁判所は、中絶権を憲法上の権利として承認しているのである。そのため、憲法論として、中絶権に関する議論を深めていくためには、米国での憲法判例やそれに関する議論を参考にすることが、有益だと考えるのである。

本書が、おもに米国での憲法判例などを踏まえた構成となっているのは、そのためである。ところで、中絶権やプライバシー権に関する解釈論を展開するにあたっては、それらに関する判例分析を行うだけでなく(あるいは、それらに関する判例分析を踏まえたうえで)、概念化の方法論(あるいは、アプローチ)や、法や人権はどうかあるべきかなど、法哲学の領域にも、議論が広がる可能性もある。つまり、憲法上の中絶権に関する研究は、憲法解釈学と法哲学との交錯領域にあるものだといえるだろう。

そのため、本書は、米国の憲法判例などを踏まえながらも、あくまで、日本国憲法の解釈論として執筆したものであるが、前述のような法哲学の領域に属するであろう議論にも言及している。本書のタイトルを、あえて、『中絶権の憲法哲学的研究——アメリカ憲法判例を踏まえて——』としたのは、そのためである。

* * * * *

龍谷大学での指導教授は、二回生後期から三回生前期にかけて、平野武先生で、三回生後期から四回生前期にかけては、中谷実先生であった。お二人とも、私の稚拙な疑問に、根気強く答えてくださり、その当時に思い出すたびに、感謝の気持ちで一杯になる。

関西大学大学院では、孝忠延夫先生のご指導を受けた。もともと、大学院に進学した動機は、もう少し勉強してみたいと思った程度のもので、研究者になろうなどと、大それた考えはなかった。しかし、孝忠延夫先生にご指導を受けているうちに、孝忠延夫先生のようになりたいと考え、研究者を目指すことになったのである。

孝忠延夫先生は、研究者としてはもちろんのこと、教育者としても、抜群の方である。それは、私のような者を指導し、ここまで育て上げたことが、何よりの証左だといえるだろう。孝忠延夫先生への感謝の気持ちは、言葉では言い表せるものではない。

大学院では、行政法学の亀田健二先生にも、大変、お世話になった。講義のあと、お酒を嗜みながら、講義の続きが行われ、熱心にご指導くださった。君塚正臣先生からは、厳しく叱責されたこともあったが、そのおかげで、いま、研究者として続けていられるのだと思っている。両先生はもちろんのこと、吉田栄司先生、村田尚紀先生、木下智史先生、小泉良幸先生にも、心から感謝している。

憲法・政治学研究会では、上田勝美先生をはじめ、多くの先生方がご指導してくださったこと、本当に有り難く思っている。なお、私の長男の名前は、私の祖父「義行」の名前から一字をもらった意味もあるが、実は、憲法・政治学研究会でお世話になっている澤野義一先生のようになってもらいたいとの思いから、澤野義一先生の一字を(勝手に)頂いた意味もある。そのことについても、あらためて、感謝をしるしたい。

そのほかにも、多くの先生方にご指導を受け、また、支えられ、研究を続けてくることができた。書き続けることができないうため、これ以上、書くことは控えるが、ここに書かなかった先生方にも、心から感謝を申し上げる次第である。

また、本書を出版するにあたって、法律文化社の梶原有美子氏には、大変、お世話になった。本書は、私にとつて、初めての単著となるもので、色々と分からないまま、ご迷惑をおかけしたと思う。何とか本書を出版することができたのは、ひとえに梶原有美子氏のおかげである。心から感謝している。

最後に、最愛のパートナーである禎子、義直(長男)、信智(次男)、勇太(三男)、亮太(四男)に感謝したい。五人の存在そのものが、私の何よりの支えである。

はしがき

二〇二二年二月 高知短期大学の研究室にて

小林 直三