

GLOCOM Review

Volume 9, Number 1
March 2004

今号の内容

プライバシーの法環境

..... 青柳武彦

2004年3月15日発行（第9巻第1号通巻79号）
発行人 公文俊平 編集人 豊福晋平
発行 国際大学グローバル・コミュニケーション・センター
Copyright (C) 2004 Center for Global Communications

GLOCOM Review は、国際大学グローバル・コミュニケーション・センター（GLOCOM）と著者が共同著作権を有するものであり、著作権法上の例外を除き許可なく全文またはその一部を複写・複製・転載することは法律で禁じられています。

プライバシーの法環境

青柳武彦

【目次】

1. プライバシーの概念整理
2. 法益としてのプライバシー権
3. 日本国憲法とプライバシー権
4. 刑法とプライバシー権
5. 民法とプライバシー権
6. 結語(まとめと提言)

(本稿は、2003年11月27日に行われたGLOCOM個人情報研究会において筆者が発表したペーパーを元にして、その折の討論とディスカッサントの牧野二郎弁護士のご助言を得て一部修正・加筆したものである。)

[要旨]

プライバシーが法益として社会的に認知されるに至ったのは、近代以降になって個人の人格権が市民権を得るようになってからである。したがって比較的新しい、高級な、それゆえに基本性はあまり高くない脆弱な人格権であるというべきである。もちろんプライバシー権は正当に尊重されて保護されるべきであるが、同時に行き過ぎや拡大解釈は排されるべきである。概念に混乱があることも、その一因であると考えられるので、この辺で概念の整理を行うことには意味があるだろう。

プライバシー権の概念は、動物や原始時代の人類にも共通のある種の領域概念から徐々に生成されてきたと考えることができる。そこで、筆者はプライバシー権を不可侵私的領域(Untouchable Personal Domain)^{*1}における個人情報を守り、かつその領域に属する事柄についての自律権を確保する権利と考えて、妥当で汎用性のある定義を定めることを提唱したい。「不可侵」という言葉を使って侵入を限定する概念を定義するのはトートロジー(同義反復)のように響くかもしれないが、これは私的領域の一部のみを不可侵として、他は原則公開可であることを意味するものである。個人情報は何が何でも利用させないという姿勢では円満な社会生活は成り立たない。

従来からほぼ定説化している「自己情報をコントロールする権利」という定義は、プライバシー権保護の手段・方法が自己目的化しているものである。のみならず、「自己情報は本人のものである。したがって本人がコントロールできなくてはいけない」という、情報化社会ではすでに成立していない二つの命題が前提となっている。また、あまりにも広い定義なので乱用の危険が存在し、妥当ではない。

米国では1890年のウォーレンとブランダイスの論文、日本では1964年に判決が下された「宴のあと」事件をきっかけとして、法益としてのプライバシー権が確立されるにいたった。しかし、日本の法体系の中ではプライバシー権についての成文法上の明文規定はない。根拠法としては憲法第13条の「幸福追求の権利」が優勢であるが、これとても適用条文についての異説(第33・35条説等)が多く、かつ私人間(しじんかん)効力の問題が解決されていない。現実の裁判においてはプライバシー権を認める多くの判例があるが、日本のような大陸法系の国家においては判例の法源性には疑問があり、法的安定性は小さい。

刑法上は、プライバシー権は名誉毀損罪と侮辱罪の隣接犯罪として扱われているが、適用例は少なく、かついずれも親告罪であることから、あらかじめ取締りを行って予防を行うことは不可能である。したがって盗視、盗聴、パパラッチ行為などは野放しのままになっているのが実情である。

したがってほとんどの場合、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求によって救済を求めるのが一般的となっている。債務不履行に基づく損害賠償請求の場合もあるが、例は多くない。いずれにせよ、当然ではあるが事後救済となることから一旦暴露されたプライバシーの完全な回復は不可能なこと、立証責任が被害者側にあること、賠償額が最近になって例外的に高額補償が認められつつあるとはいえ相変わらず低額補償でしかないこと、などがあいまって問題が多い状況である。

このような現状を打破して立法論的対応を行うことによって、プライバシー権を限定的かつ明確に規定し、その代わりにしっかりとこれを護る体制を作り上げることが必要と思われる。

[Abstract]

Privacy rights only began to be recognized as an established legal concept during the period of the modernization. Therefore, privacy rights are considered to be new, luxurious, fragile, and rather low in terms of priority among many other fundamental human rights and competitive freedoms. A society where privacy rights would not give way to more fundamental rights and freedom, would be an unhappy society.

Of course, privacy should be respected at all times, but in the appropriate way. Therefore, the interpretation of these rights should not be stretched. However, there seems to be some confusion over the concept of privacy rights, which sometimes causes overuse, or even unreasonable rejection.

This writer feels doubtful about the seemingly established definition that privacy is an individual's right to control the circulation of information relating to oneself. The writer's criticisms are firstly that the definition is taking the means and method to realize privacy as an objective of the definition, vis-a-vis privacy. Secondly, the definition is subject to two premises; namely information relating to oneself should belong to the person therefore the person is entitled to control the circulation of such information. Neither of them is realized in this highly advanced information society. Moreover, the definition is so broad that an abuse of the privacy rights could possibly be caused.

Privacy rights have been gradually formed from a certain domain concepts, which both animals and human beings had kept to keep away from others, especially enemies, in a primitive age. The writer wishes to propose to define privacy as "a right to protect personal information and also the right to self-determination, in relation to the matters that belongs to an untouchable personal domain". This implies that personal information outside such domain should be open in principle, and not to be treated as private information. Society would not be harmonious if each people insist on privacy all the times about any personal information regardless of the social responsibilities.

The first legal recognition of privacy rights is said to be an essay by Warren and Brandise in the "Harvard Law Review 1890" in the United States, and a case of *Utage-no-ato* (After the party is over), 1964 in Japan. In the Japanese legal system, however, there still is no written stipulation about the privacy.

Article 13 of the Japanese Constitution declares the right to pursue happiness, and is often referred to as an applicable stipulation. However, many different opinions have been raised about the applicability of the article. Also, the writer points out that the

Constitution is hard to be applied to determine relations between and among the private parties without expressed social law. The Constitution is regarded as a kind of instruction to government people and organizations, and the matters by the private parties should be completely free according to the autonomy principle, unless otherwise stipulated by the law.

There are considerable judicial precedents, but in the Japanese legal system, which is not common law based, the effectiveness of case law is sometimes doubtful.

In Japanese Criminal Law there is no expressed stipulation about the right to privacy, and privacy intrusions have been treated on the basis of a crime similar to libel or contempt, but the law has seldom been applied. Therefore, at the present time, wire-tapping, paparazzi-type action, etc., are hard to check beforehand by the law.

In most cases, privacy infringements have been treated on the basis of post-facto claims for damages based on an illegal act under the Civil Code. Even when the action is successful the relative compensation is small as compared to awards in the United States, for example, and have less preventative effect. At any rate, once privacy is damaged by exposure, there is no restoring it in real terms.

Such being the case, privacy should be defined in a narrower way which is necessary for the purpose of realizing reasonable respect for the privacy, for which purpose some legislative measure is indispensable in the field of social law.

1. プライバシーの概念整理

プライバシーが法益として社会的に認知されるに至ったのは、近代以降になって個人の人格権が市民権を得るようになってからであるので、比較的新しい、高級な、それゆえに基本性はあまり高くない脆弱な人格権であるというべきである。筆者はプライバシー権が正當に尊重されて保護されることを願うものであるが、同時にその行き過ぎや拡大解釈にも懸念している。概念に混乱があることも、プライバシー権の行き過ぎや拡大解釈の一因であるので、この辺で概念の整理を行うことが必要である。

プライバシー権を考えるにあたって常に意識しなければならないことは、プライバシー権ばかりが大手を振ってまかり通るような社会は、もしかしたら他の基本性がより高い人権が不当に侵されたり、公共の利益も不必要に制限されたりしているのかもしれないという疑いを持つことである。いふならば、プライバシー権を主張するにあたって極めて重要なことは、情報主体者がどこまで権利を譲れるのか、あるいは放棄できるのかを、社会の調和の観点から慎重に考えることなのである。

最近、住民基本台帳ネットワーク(住基ネット)論議や個人情報保護法の成立に関連して、プライバシー権に関する論議が盛んになってきた。大変に結構であるが、概念の整理が十分でないために混乱や誤解が生じていることも否めない。そこで、本稿ではまず、プライバシーに関する概念の整理を試み、次にプライバシー権がおかれている法環境について考察を加える。

1.1 プライバシーの権利概念の発生

プライバシーの概念は、人間が狩猟や農耕によって生活を営んでいた原始時代、つまり集団の一形式である国家という存在よりも以前から、限定的な形ではあるが存在していたと考えることができる。すなわち他の固体の侵入を許さない、あるいは許したくない固有の領域感覚は存在していたと思われる。電線に止まるツバメでも、それぞれ一定の間隔を空けて止まるのである。

船越一幸・北海学園北見大学教授は、プライバシーの発生について動物社会学的、動物行動学的見地から極めてユニークな考察^{*2}を行っている。すなわち「動物は一般に、固体の周りに目に見えないバブルのような空間を持っていて、それが敵との遭遇においても仲間との群れ生活においても、さまざまな機能を果たしていると、ホール^{*3}は報告している。この各個体の周りにある目に見えないバブルのような空間は、相手が発する情報を受信し処理する空間であり、その情報処理の結果、自己の行動が引き起こされるスペーシング機構である」というのである。

そして、逃走するのか攻撃するのかを選択する臨界距離(Critical Distance)が全ての生物にあること、及び固体や集団に特有のナワバリともいうべき生活領域があるがスペーシングは可変的であることを説明した。人間の場合には、これに文化的背景が加わる。

そのようなスペーシング機構は、現代人の意識の中では不可侵私的領域(Untouchable Personal Domain)の意識として生きており、これこそがプライバシーの概念の由来であると考えることができる。ただし、そのような意識は極めて相対的かつ個別的である。

不可侵私的領域の相対性は範囲の相対性、すなわち平面的な広がりやそれと、レイヤー別の相対性、すなわち垂直的な層のそれとがあると考えることができる。範囲の相対性は一般的にいて、①社会環境、②情報主体、③開示対象、あるいは④情報収集の目的とその態様、等によって大きく異なる(ただし後述するデータ・プライバシーの場合は、相対性は薄れ、代わりに範囲の絶対サイズが縮小・均一化される)。法益としてのプライバシー権は、領域を侵されることの精神的・物質的な被害が著しい場合に、法律により保護されるものである。

レイヤー別の相対性は次の通りである。一番上の層は、プライバシーがないか、あっても極めて最も軽微なもので、ここには氏名、住所、電話番号(公開のもの)、年齢、外形的容姿等が分類される。次のプライバシーの度合いがもう少し強い層には、健康保険証番号、運転免許証番号等がある。さらに次の層に属するのは、より詳細な個人情報(家族関係、収入、職業、趣味、嗜好、著作、購買記録等)である。ただし、電子商取引の観点からは極めて価値が高い情報である。この種の情報を過度に押さえると、かえって社会的な便益が低下することがある。現実問題としては、むしろある程度までの「承諾による個人情報権の放棄」が必要な場合があるだろう。

さらにその下の層には個人重要情報(医療情報、破産歴等の信用情報、資産情報、前科等)があって、これらは原則的に公開すべきではない。最下層には、原則的に収集することさえもが禁止されている個人情報(思想信条にかかわる情報、宗教的信念にかかわる情報、DNA情報、エイズ等の疾病情報、身体的ハンディキャップ等)等があり、こうしたセンシティブなデータをディープ・データ(Deep Data)と称している。たとえ本人の合意があっても、法的根拠なしには収集してはならないものである。

牧野二郎氏は「プライバシーとは場所的・空間的領域概念であり、茫漠たる多数の権利を包摂する最も価値の高い部分である。プライバシー権とはこうした空間に無断で介入することを拒否し、みずからの情報を提供することの可否を決定する権利(自己決定権)を包摂するものである」^{*4}と述べている。筆者もプライバシーを領域概念としてとらえることに賛成である。

1.2 概念整理の必要性

議論を先に進める前に、現在若干混乱を見ている概念の整理を行っておきたい。まず、プライバシーには、必ずしも法の保護を受けることはない道義的・倫理的な領域の問題としてのプライバシー(Privacy to respect)がある。さらに、法によって保護されたり規制を受けたりする法益としてのプライバシーにかかわる権利(Privacy rights for legal protection)もある。本稿においては前者を単に「プライバシー」、後者は「プライバシー権」と、それぞれ表現することにする(ただし引用文の場合は原文通りとする)。

次にデータ・プライバシーとインフォメーション・プライバシーの区別がある。情報に関するプライバシーの場合は、当該情報の態様、すなわちデータかインフォメーション^{*5}かによって、さらに分けることができる。当該情報がデータすなわち無機質の単語や数値によって構成されていて、それ自体では具体的な意味を持たないけれども、情報主体が公開を欲しないデータが含まれている場合にかかわるプライバシーを、データ・プライバシーという。その保護には多数の情報主体がかかわるので一括処理をする必要上、その範囲は限定的かつ均一的であらざるを得ない。

これに対してインフォメーション・プライバシーは、単語や数値などのデータが、有機的なつながりを持っていてストーリー性のあるインフォメーションを構成する場合にかかわるプライバシーである。その範囲は、極めて相対的かつ個別的である。米国におけるプライバシー関連のほとんどの文献は、双方を同一概念として扱っている^{*6}。例えば、米国の「プライバシー保護法」は、そのタイトル名にもかかわらず内容は個人情報に関するデータ・プライバシー保護法である。

2003年5月にようやく成立した個人情報保護法に対してマスコミなどのメディアがあればほど執拗に反対した一つの要因は、同法がデータ・プライバシーのみならず報道の生命であるインフォメーションにかかわるプライバシーをも規制するという誤解からである。法律起案者は「検索性のない個人情報^{*7}(インフォメーション・プライバシーのことと思われる)の取り扱いに伴うプライバシー問題などは、この法律の対象とすべき本来的な問題とはならない」といつているが、条文^{*8}を見る限りでは必ずしもそのようには読み取れないので、法律立案者側にも責任の一端がある。対象としないという意図だったのであれば、そのように明文化すればよかつたのである。

プライバシーの概念が混乱していることの一つの原因は、個人情報保護とプライバシー保護があたかも等価であるかのごとき誤解がまかり通っていることである。上に述べた個人情報保護と極めて関連が深いデータ・プライバシーとインフォメーション・プライバシーが区別されないでいることも一因である。個人情報保護とプライバシー保護は、互いに共通に交わり合っている部分もあるが、概念的にはそれぞれ独立したものである。個人情報保護はあくま

でも“情報”の保護であり、プライバシー保護は“プライバシー”の保護なのである。

さらにプライバシーには不可侵私的領域に属する事柄について自己決定をするという、ある種の自律権も含まれる。

1.3 プライバシーの定義

現在最も一般的になっているプライバシー権の定義は「自己情報をコントロールする権利」である。これは、コロンビア大学のウェスティン(Alan F. Westin)教授が1967年に著した「プライバシーと自由」の中で「プライバシー権とは、個人、グループ又は組織が自己に関する情報を、何時どのように、またどの程度に他人に伝えるかを自ら決定できる権利である」^{※9}と述べたことがきっかけとなっている。

しかし、この定義には多くの問題点がある。まず何よりも「自己情報をコントロールする」ことはプライバシーを保護する手段・方法であって、その達成目標対象であるプライバシーそのものではない。手段・方法が自己目的化しているものである。さらに、この定義は「自己情報は本人のものである。したがって本人がコントロールできなくてはいけない」という、情報化社会ではすでに成立していない二つの命題が前提となっている。また、あまりにも広い定義なので乱用の危険がある。

そこで筆者の定義だが、まず「プライバシー(Privacy to respect)とは、互いに尊重しあうべき不可侵私的領域である」と簡単に規定しておく。次に、「プライバシー権(Privacy rights for legal protection)とは、不可侵私的領域における個人情報の公開の可否、公開する場合の程度と対象を自ら決定する権利、及び不可侵私的領域に属する事柄について行動や決定を行うにあたり、公権力や他者から介入を受けたり、あるいは妨げられたりすることのない権利をいう」と定義したい。

次に不可侵私的領域とは何かを明らかにしておかなければならないが、筆者はそれが法益として保護されるに足る次の4要件を満たす事柄と考える。すなわち、

- ① 私生活上の事実、またはそれらしく受け取られるおそれのある事柄であること
- ② 一般人の感受性を基準として当事者の立場にたった場合、公開を欲しないであろうと認められるべき事柄であること
- ③ 一般の人にまだ知られていない事柄であること
- ④ 公開によって当該私人が現実に不快や不安の念を覚えたこと

実は、この4要件は「宴のあと」事件において、1964(昭39)年9月28日に東京地裁の石田哲一裁判長が下した判決の中で述べられたものである。以後、プライバシー権に関する裁判

の判決において繰り返し引用されている。

情報に関するプライバシー権が侵害されるとは、こうした不可侵私的領域における個人情報、氏名、住所、職業、電話番号などの個人識別情報と結び付けられて公開されることをいう。個人識別情報は、プライバシー権侵害情報の必要不可欠な部分品であるが、それ自体だけではプライバシー情報とはいえない。なぜならば個人識別情報は不可侵私的領域の情報ではないし、多くの場合公開されていることが多いからである。プライバシー権を考えるにあたって、上記③の「公知の事実」^{*10}(Matters of common knowledge)にはプライバシー権は認められない」という点が大きな意味を持っている。

■公知の事実はプライバシーではない

一般に住所・氏名・電話番号のように電話帳で公表^{*11}されているようなデータは公知の事実であるから、それ単独ではプライバシー権は認められない。不可侵私的領域の事実と結び付けられて公表されたときに、初めてプライバシー権侵害が成立する。そのような“結び付け行為”をゴフマン^{*12}はアンカリング(Anchoring=投錨)と呼んだ。

南山大学の阪本俊生助教授は次のように述べている。「フィクションと特定の個人との結び付けを、ゴフマンの用語を借りてプライバシーにおけるアンカリング(投錨)の問題と呼ぶことにしよう。アンカリングとは、ある解釈枠組み(フレーム)のなかで一定の解釈を受けている存在と、その解釈対象のリソースあるいはモデルとみなされる存在との結びつきのことである」^{*13}。その上で、「読者たちはモデルにされた人々について、舞台に立つ役者のように物語に登場しているとは考えずに、まさにその人自身であると想像しがちなのである」と述べ、「明らかに特定の個人のイメージが使用され、しかもそのイメージが本人とは全く別のコンテキストで使用されたとき、プライバシーが問題となってくるのである。(中略)ここにプライバシーが個人に関する情報暴露の問題ではないこと的一端が示されている。問題は、個人についての事実や情報よりもむしろ、アンカリングなのである。アンカリングさえ保証されれば、物語が現実の個人に関する情報でなくともプライバシー侵害はいつでもおこりうる」と指摘している。

つまり、プライバシー侵害になるかどうかは、対象となる事物の本質そのものに内在しているのではなく、個人が暴露されたくないかどうかという問題との関係性にあるというものである。つまり、本人が秘匿したい事柄と本人識別情報としての住所・氏名との結び付け(アンカリング)をされると、全体としてプライバシー権侵害^{*14}が成立する。

例えば東京都杉並区××番地に甲野太郎という人物が住んでいるという情報も、杉並区の○ビデオレンタル店でアダルトビデオを非常に頻繁に借りる客がいるという情報も、どちらもプライバシー権侵害には何の関係もない。ところがひとたびこの二つがアンカリングされると、重大なプライバシー権侵害情報となるのだ。

このことは、住所・氏名(これに限らないが)などの個人識別情報はプライバシー権侵害情

報の必要不可欠の部分品であること、及び本人が公開を欲しない事柄などの上記4要件にそれがアンカリングされることが、プライバシー権侵害行為に他ならないことを意味している。

2. 法益としてのプライバシー権

プライバシー権(Privacy rights for legal protection)は、いまだに成文法に明文規定がなく、現状では「宴のあと」事件において有田原告が援用した憲法第13条の「幸福追求権」を準拠法とする説が最も有力であるが、後述するように他の条項を推す学説もあって確定的ではない。

プライバシー権の概念は、時代の変遷、社会情勢の変化に伴って変遷してきたが、特にマスコミと情報通信技術の発達と普及により大きく影響を受けてきた。イエロー・ジャーナリズムによる個人の私生活の暴露問題が社会問題化していることは、19世紀から現在に至るまで解決されていない。別に恥ずかしいことをしているわけではないが、公にはしたくないような私生活はあるものである。これを護るためには旧来からの名誉毀損という概念だけでは不十分であったので、より広範囲な個人の尊厳を護る法的な権利概念が求められるようになった。

2.1 法益としてのプライバシー権の生成

■ウォーレンとブランドイスの論文

プライバシー権の概念が形成されるに至ったきっかけ^{*15}は、1890年に刊行された『ハーバード・ロー・レビュー 193』に、ウォーレン(Samuel B. Warren)とブランドイス(Louis B. Brandeis)^{*16}が発表した論文 "The Right to Privacy" であるというのが定説となっている。

同論文の中で、プライバシー権とは "Right to be let alone" (ほうっておいてもらう権利)と規定されている。米国においては現在でも判例にしばしば引用されている論文であり、その後のプライバシー権の生成と確立に極めて大きな働きをした論文である。この論文はプライバシー権という新しい概念を主張しているが、単なるプライバシー賛歌ではない。プライバシー権は、いかなる状況下では制限されるべきかをも同時に論じたバランス感覚に優れた論文である。

ウォーレンは元弁護士の事業家であったが、当時、地元の新聞にウォーレン夫人の盛大なパーティの状況などがこと細かに掲載されたことで夫人は悩んでいた。そこでウォーレンは元同僚のブランドイスに相談したものである。彼らは、こうしたことを報道されても社会的評価が下がるわけではないから名誉毀損にはならないだろうが、公衆の好奇の目に曝したくないという願望は社会的に認められて良い筈であると考えた。そこで、両者はこれを護るために

は新しい法益の概念が必要であるということに意見が一致して、論文の共同執筆に至ったものである。

同論文は、「プライバシー権の限界や、権利の実行にあたりどのような救済が可能か等の問題については、より一層の検討が必要ではあるにしても、一般的にはすでに行われている名誉毀損罪や侮辱罪、又は文学や芸術についての知的財産権(肖像権を含む)関連法との法的アナロジーによって一般的な原則が取り出せるのではないか」として、次の6点を主張している。いたずらにプライバシー権を主張するのではなく、公共の利益や他の種類の法益との調和が重要であることを指摘するバランス感覚のある論文である(訳文筆者。カッコ内は筆者の注釈)。

- ① プライバシーの権利の故に、公共または一般の利益となる事柄を公開することが妨げられることは、いかなる場合でもあってはならない(公共の利益がプライバシー権に優先することをうたっている)。
- ② 名誉毀損の法の下で特別に許されたコミュニケーションとして、あることが曝露された場合には、その内容が私的な性質のものであっても、プライバシー権の名のもとにそれが妨げられることはない(特別に許されたコミュニケーションとは、名誉毀損罪の適用除外とされた裁判所、立法府、議会等における事実の公開等を意味する。プライバシーの権利は特権的なものではなく、名誉毀損の罪が適用されない場面ではプライバシー権もまた適用されないことをうたったもの)。
- ③ 口頭の公開によるプライバシーの侵害に対しては、もし実害がないのであれば法は如何なる救済も認めないであろう(軽度の口頭によるプライバシー権侵害などの実害のないものは、言論の自由を尊重する立場から救済をする必要はないと論じたもの。プライバシー権の基本性はそれほど高くはないものであることを指摘している)。
- ④ 本人により、または本人の同意に基づいて事実の公開が行われたときには、プライバシーの権利は消滅する(プライバシー権は非公知の事実に限ることをうたったもの)。
- ⑤ 曝露された事柄についての真実の抗弁は成立しない(プライバシー権侵害者が「本当のことだからいわれても仕方がないのではないか」という言い訳をするのは認められない)。
- ⑥ 公開するものに「悪意」がなかったことは抗弁とはならない(悪気がなかったといっても、プライバシー権侵害の罪を免れることはできない。被害者も、加害者に悪気があったかどうかを証明する必要はない)。

なお、この論文の主たる執筆者と見られるブランダイスは、当時は一介の弁護士に過ぎなかったが、後に最高裁の裁判官として迎えられた。ホームズ裁判官^{*17}と並んで進歩的自由

派の裁判官として有名であり、言論の自由の保障について力を注いだことで知られている。

■規範的概念としてのプライバシー権

世界で初めてプライバシー権が規範的概念として認識されたのは、同論文にも述べられていることであるが、これよりずっと前である。ユダヤ教の口伝律法で「隣人の窓の向かい側に壁を作るなら約2メートル以内に立ててはならない」としたのが最も早く出現した規範的概念であるとする説^{*18}がある。

米国でもウォーレンとブランダイスの論文(1890年)より前の1881年に、ドゥ・メイ事件があった。これは医師が妊婦の出産に若い男を助手として立ち合わせたのが、後日、男が医師ではなかったことが判明して夫婦が医師と男を訴え、勝訴したもので、その裁判の中でプライバシーという表現が明示的に使われた。ただし、不法接触(Battery、暴行殴打という不法行為の表現)として扱われたのであり、「プライバシー権」という権利の侵害行為として扱われたものではない。

1890年のウォーレンとブランダイス論文以降で初めての訴訟「ロバーソン(Roberson)事件」が、1902年にニューヨークで行われた。原告の女性が、自分の写真が無断で製粉業者のポスターに使われて、2万5,000枚も小売店、問屋その他の公の場に送られ展示されたので、身体と精神に多大の苦痛を蒙ったとして1万5,000ドルを請求して訴えたものである。原審はプライバシー権の侵害を認めたにもかかわらず、ニューヨーク州最高裁の法廷は、プライバシー権についての判例が存在しないことから、「プライバシーなどという権利は存在していない」としてこの訴えを退けてしまった。

後にこの裁判は、「先行判例が存在しないことを理由としたのは、コモンロー体系において重要な役割を果たしてきた新しい法の創造機能の面において消極的過ぎる」として法曹界と学界、及び「ニューヨーク・タイムズ」をはじめとする新聞界から大きな批判を浴びることとなった。そこでニューヨーク州はこれを受けて、1903年に特別法を制定して、氏名・肖像などを無断で営利目的に使用するのを軽犯罪を構成することにした。かくしてニューヨーク州においては、プライバシー権が裁判による判決の過程を経ずに制定法により認知されるに至ったのである。たったの2条しかない法律なので引用しておく(伊藤正己博士による翻訳^{*19}をもとにして筆者が微調整したもの)。

第1条 個人、会社、あるいは法人が、広告の目的または営業の目的のために、現存の人の氏名、肖像、あるいは写真を、その者の書面による同意(未成年者の場合は、親または後見人の同意)を得ないで使用したときは軽犯罪に問われる。

第2条 前条に規定された書面による事前の同意を得ずに、自己の氏名、肖像、あるいは写真を広告の目的または営業の目的で使用される者は、その使用を差し止める

ために衡平法上の訴訟を提起することができる。また右のような使用のため損害を受けたならば、損害賠償請求をおこない、回復することができる。(以下、略)

この法律は、後日幾多のプライバシー権判決を産み出すことになったばかりでなく、違憲論争のたねにもなった。しかしこの考え方は、究極的には米国の連邦最高裁によっても受容されて現在にいたっている。

■法的規範としてのプライバシー権

ウォーレンとブランダイスの論文以降で、初めて法廷がプライバシー権を承認したのは、前述のニューヨーク州の2カ条法制定のきっかけとなった「ロバーソン事件」から3年後、すなわち1905年の「ペイブジック事件」である。ロバーソン事件と同じ肖像権が争われた事件であって、原告が保険会社の広告に無断で写真を使用されたのを不当として訴えたものである。ジョージア州最高裁は、原告のプライバシー権が侵害されたという理由で損害賠償請求を認めた。

■プローサーの四類型

1890年のウォーレンとブランダイスによる "Right to be let alone" 論議から70年経過した1960年に、当時の著名な法律学者で不法行為論の大家と目されていたカリフォルニア大学のプローサー(William L. Prosser)教授^{*20}は、『カリフォルニア・ロー・レビュー 383』に発表した論文「プライバシー」の中で、ウォーレンとブランダイスの "Right to be let alone" 論を支持し、かつプライバシーは米国の憲法下では存在を認知されてはいないが、すでにいろいろなプライバシー侵害が起きていることを指摘した。

そしてプライバシー権侵害は単一の概念ではなく、次の四つのタイプの全部もしくはいくつかが複合しているものであると主張した。現在でも広く援用されている類型である。

- 1) 個人の隠遁や孤独の侵害、又は私事への侵入
(intrusion upon the individual's seclusion or solitude, or into his private affairs)
- 2) 個人の、恥ずかしい私的事実の公開
(public disclosure of embarrassing private facts about the individual)
- 3) 個人を、誤った印象で公衆の目にさらすパブリシティ
(publicity that places the individual in a false light in the public eye)
- 4) 個人の名前やその他を、他人の利益のために利用する(他人の氏名や肖像を営利目的のため無断で使用すること等)

(and appropriation, for another person's advantage, of the individual's name or likeness)

このうちの1)と2)は、古典的なプライバシー権すなわち "Right to be let alone" に合致するものである。この時代においては、プライバシーとは個人の尊厳の拠点となる領域の問題であり、かつ侵害から護られるべき人格的法益の問題であった。すなわち民事責任としての消極的かつ受動的なプライバシー権の概念が中心であった。つまり、救済は全て事後でしかない。3)はむしろ名誉毀損の範疇に近い。4)は、今日ではパブリシティの権利として把握されている。

プローサーのこのような類型化の試みは、英米法下の不法行為法における権利侵害を追求する場合の定型的方法論になっている。コモンローを重視する英米法下においては、まずいくつかの包括的な不法行為の類型を設定して、そのいずれか、あるいはいくつかに該当することをもって不法行為が成立するとする基本的な考え方がある^{*21}。

これに対して大陸法の影響を受けた日本においては、いくつかの要件を充たすことにより不法行為が成立すると考える。すなわち、「個別的な特殊化を捨象して、不法行為の要件が定められている」^{*22}のである。なお、日本における不法行為の要件は、①権利侵害(違法に他人の権利を侵害)があること、②加害者に故意、または過失があること、③現実に損害が発生していること、及び④損害と権利侵害の間に相当因果関係があること、の4点である。

その後、情報化が進展するにつれ、個人情報外部世界へ積極的に開示する、あるいは開示せざるを得ないケースが多くなった。その結果、後述するように外部世界に残った個人情報データを収集したり目的外に利用したりすることがプライバシー権侵害になることがあるので、これを本人がコントロールできるようにすべきであるという考え方が導入されてきた。当時は順位が低かった第四の類型が表面に躍り出てくるのである。

■米国のプライバシー権の根拠

米国において、プライバシー権が立法措置により明確に確立されたのは、1974年の「プライバシー法」であるが、その内容はデータ・プライバシー保護的なものであり、プライバシー権一般についてのものではない。この法は、連邦政府及び州政府が収集した情報によるデータベースの運用にあたって、一般国民のデータ・プライバシー権を保護することを規定したものである。

米国の憲法においても、日本と同じくプライバシー権についての明文規定はない。憲法上の根拠として引用されるのは、1791年に制定された権利章典(Bill of Rights)と呼ばれている合衆国憲法の最初の10カ条の修正を包括する部分である。それは国民の基本的権利である、信教・言論・出版・集会の自由、請願権、不合理な搜索と押収の禁止、自己負罪拒否

特権、法の適正過程(デュー・プロセス)の保障、迅速な陪審裁判の保障、過大な保釈金及び残酷で異常な刑罰の禁止、等を保障している。

プライバシー権の根拠としては、修正1条^{*23}(言論・出版の自由、信教の自由)説、修正4条(不合理な捜査・押収の禁止)説、修正5条(自己に不利益な供述を強要されない権利)説、修正14条(デュー・プロセス条項)説、及びこれらの諸条項の複数に求める説があるが、現在最も定説化しつつあるのは下記の修正4条説である。原文は次の通りである。

"Amendment IV: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

「修正4条:国民は、その身体、住居、書類及び所持品について不当な捜索や押収(逮捕)からの安全を保障されており、その権利は何人も侵害することを許さないし、そのような令状の発行もしてはならない。ただし、宣誓または確約の証が付されていて、かつ捜索されるべき場所及び逮捕押収されるべき人または物が特定して記載された、相当な理由に基づく令状がある場合は、この限りではない。」(訳:筆者)

この修正4条は、公権力が私的領域に侵入してくるというプライバシー権侵害から個人を保護するという公法的な側面を特に強調しているので、プライバシー権の局所的な根拠としては極めて強力である。しかしながら、近代以降に至って極めて広い意味を持つに至った私人間(しじんかん)の関係を含むプライバシー権を包括的に規定しているとは言いがたい。結局、米国においてもプライバシー権保護の法的根拠となっているのは、本修正4条をはじめとする権利章典の諸条項、関連法規、及び諸判例が総合的に確保している包括的な法益であるといえることができる。

コモンロー^{*24}を重視する英米法系国家としては、成文法において統一かつ整合性を有するプライバシー権に関する実体法がないということは、さほど問題にならない。しかしシビルロー^{*25}を重視する大陸法系に属し、制定法を重視する日本にあっては、明文規定を欠く状況は好ましくない。また、修正4条が意図しているものは、「公権力の不当な侵害から生命・自由、及び財産を保護することであるから、プライバシー権の保障の根拠規定としては、之を解釈すべきではない」という学説^{*26}もある。

2.2 日本におけるプライバシー権の生成

■プライバシー権認識の黎明期

日本においては、実質的にプライバシー権的要素を含む名誉毀損に関する法律、「讒謗律(ざんぼうりつ)」が1875年に布告されている。「凡ソ事実ノ有無ヲ論セス人ノ荣誉ヲ害スヘキ行事ヲ摘発公布スル者」を処罰の対象とした。明治維新における廃藩置県(1871年)、地租改正(1873年)、西南戦争(1877年)という一連の維新改革の中で行われたもので、欧米諸国における名誉毀損規定を考慮にいたした近代的な立法措置であった。しかし後年、新聞雑誌に対する言論弾圧の根拠として利用されたため悪法として知られるようになった。

日本におけるプライバシー権に関する最初の裁判は、次項に述べる三島由紀夫著「宴のあと」事件である。モデルとされた元外務大臣・有田八郎は、「どうしても腹がおさまらないので、せめて損害賠償請求でもできないか」と、友人の戒能通孝・東京帝国大学教授(当時)に相談した。戒能教授は「名誉毀損の訴えをおこしても、恐らくフィクションであるとして逃げられてしまうだろうから、思い切って新しい型の人格権侵害としてのプライバシー侵害を正面から提出して、プライバシー擁護の判例を獲得すべきではないか」^{*27}と助言した。

結局、有田八郎は次項に述べるように1961年に訴訟を提起し、1964年に判決が下されたものだが、この判例によってわが国においてはプライバシー権が初めて法律的に認知され、かつその侵害が不法行為として成立する要件が打ち立てられたのである。

■「宴のあと」事件

三島由紀夫著「宴のあと」は、『中央公論』に連載後、1960(昭35)年新潮社により単行本として刊行された。この小説の主人公の野口雄賢と福沢かつが、有田八郎と再婚相手(59年の落選後、離婚)の料亭「般若園」の女将・畔上輝井をモデルとしたものであることはあまりにも明らかであった。またこの二人の出会いから、恋愛、接吻、同衾、夫婦喧嘩を経て、離婚に至るまでの私生活が執拗に描かれていた。なお、有田八郎は、1955(昭30)年と1959(昭34)年の二度にわたり東京都知事選に社会党から立候補して落選した。

当初、原告の有田は中央公論社にこれを単行本としないように申し入れたが、新潮社が強行出版したために、原告は1961(昭36)年3月15日、三島と新潮社に対して、本件は憲法第13条に定める「幸福追求の権利」に基づくプライバシー権の侵害で、民法上の不法行為に当たるとして損害賠償100万円と謝罪広告を請求して訴訟を起こしたものである。

被告の三島は、芸術的表現の自由が原告のプライバシーに優先すると主張したが、第一審東京地裁の1964(昭39)年9月28日、石田哲一裁判長は判決において次の通りに述べた。

「小説なり映画なりがいかに芸術的価値においてみるべきものがあるとしても、そのこと

が当然にプライバシー侵害の違法性を阻却するものとは考えられない。それはプライバシーの価値と芸術的価値の基準とはまったく異質のものであり、法はそのいずれが優位に立つものとも決定できないからである。例えば、無断で特定の女性の裸身をそれと判るような形式、方法で表現した芸術作品が、芸術的にいかに秀れていても、通常の女性の感受性として、そのような形の公開を欲しない社会では、やはりプライバシーの侵害であって、違法性を否定することはできない。」

著者は原告の実際の私生活を見て書いたものではないから、著者のイメージ上の創造であるといえることができる。それにもかかわらず著作がプライバシー権の侵害となってしまうのは、プライバシー権侵害は必ずしも不可侵の私生活の秘密を曝露することとは限らないことを意味する。著者の主観的意思とは関係なしに、小説の主人公がモデルと同定される印象を結果的に読者に与えてしまうこと、つまりゴフマンのいうアンカリングが問題なのである。この点について判決は次のように述べている。

「たとえ小説の叙述が作家のフクションであったとしてもそれが事実すなわちモデルの私生活を写したのではないかと多くの読者をして想像をめぐらせ(しめ)るところに純粋な小説としての興味以外のモデル的興味というものが発生し、モデル小説のプライバシーという問題を生むものであるといえよう。」

石田裁判長は、この判例によって「言論、表現の自由は絶対的なものではなく、他の名誉、信用、プライバシー等の法益を侵害しないかぎりにおいてその自由が保障されているものである」と断じた。そして、プライバシー権侵害の要件は次の4点である、と判示した。すなわち、

- ① 私生活上の事実、またはそれらしく受け取られるおそれのある事柄であること
- ② 一般人の感受性を基準として当事者の立場にたった場合公開を欲しないであろうと認められるべき事柄であること
- ③ 一般の人にまだ知られていない事柄であること
- ④ このような公開によって当該私人が現実に不快や不安の念を覚えたこと

この4要件は以来、現在までの40年近くもの間、ほとんど訂正されずに踏襲されてきている(筆者のプライバシー権の定義の中でも使用している)。

判決は原告を勝訴とするもので、80万円の慰謝料支払いを命じた。当時の大学卒の初任給は2万円前後であったから、この80万円という金額は現在の10倍以上の価値があり、当時

としては高額の慰謝料であった。なお謝罪広告の請求は、民法に直接規定がないとして退けた。

これを不満として被告は控訴したが、原告が1965(昭40)年3月4日に死亡したので、被告は遺族の希望を受け入れて、1966(昭41)年11月28日に東京高裁で和解により訴訟を終結した。この判例は、日本の法曹界においてプライバシー権の概念を確立しただけでなく、たとえ文芸作品であっても絶対的な表現の自由はありえないことを明確にした画期的なものであった。

3. 日本国憲法とプライバシー権

憲法とプライバシー権の関係を考えるに当たり、まずクリアしなければならない問題が二つある。一つは憲法の「私人間(しじんかん)効力の問題」、二つ目は、憲法の第何条がいかなる理由でプライバシー権の根拠とされるのか、という問題である。一般的には、プライバシー権の根拠法は憲法であるとされているにもかかわらず、憲法には「プライバシー」または同等の概念についての明文規定はない。

3.1 ^{しじんかん}私人間効力の問題

■近代立憲主義

憲法は、国や地方自治体及び公務員を律するものであって、一般国民は関係がないという基本的な構造をもっている。ただし、これは基本構造の話であって、現実的効果として一般国民には無縁のものであるというわけではない。

近代以降に制定された世界各国の憲法のほとんどは、それぞれの国の市民革命を経て近代立憲主義の原理に基づいて制定されたものである。そこには国民主権、権力の制限(権力分立)、国民の自由(基本的人権)等の保障が盛り込まれている。そして各国家機関(各国家組織)は憲法によって創設されかつ権限が授けられており、憲法に明記されていない権限は原則として認められない。近代立憲主義の原理はこのように、一方では国家権力を制限して国民の生活、国民の自由を確保しておいて、他方で、私人間(しじんかん)の問題は私的自治優先の原則に任せるというものである。

基本的には、憲法は国家と国民との関係を規律する公法であるから、私人同士の関係には効力を及ぼさないと考えるのが原則である。憲法第99条は「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」とのみ述べられており、一般国民には言及がない。

しかしながら現実問題として、全く国家が介入しないのでは弱肉強食の世の中になってし

まって、雇用条件、男女の差別、出身による差別、思想による差別、その他、憲法が究極の目的としている国民の幸福、個人の尊厳、平等原則などを効果的に達成することができないという矛盾が生じる。

そこで、個人の尊厳の原則や平等原則などについては、国家が介入するのは憲法の精神に則って正当化されてしかるべきではないか、という考え方が生じた。これを「私人間(しじんかん)効力の問題」という。最近では、私法と公法の中間の新カテゴリーに属する多くの社会法が浮かび上がってきて重要な働きをするようになってきている。これは、社会の発展に伴って顕在化してくる多くの矛盾や問題点に対応するもので、社会的弱者の保護や福祉の見地から、国家権力が本来は自由な筈である私人の間の関係に強制力をもって干渉することを根拠づける法律である。

例えば、本来は自由な筈の雇用関係に介入する「労働基準法」や「男女雇用機会均等法」などの労働関連法、本来自由な筈の経済活動に介入する「独占禁止法」、「外為法」、「下請代金支払遅延等防止法」、「公害紛争処理法」、「環境基本法」などの各種の経済活動関連法、その他、私人の自発的善意や生活態度を補完する福祉関連法、健康保険法などがある。

■無適用説、間接適用説、及び直接適用説

原則通り、憲法は私人同士の関係には全く適用しないとする説を無適用説、直接には適用しないが憲法の趣旨に沿って運用・解釈・立法措置等で間接的に適用するという説を間接適用説、そして直接に適用することができるとする説を直接適用説とっている。現在ではほとんどの判例は、一部を除いて両端の無適用説と直接適用説を採用しておらず、中間の間接適用説を採っている。

間接適用説においては、憲法の諸規定は私人間(しじんかん)の関係には直接は及ばないが、その代わりに私法の一般的原理、すなわち信義則、権利濫用の禁止、公序良俗の維持、不法行為に対する損害賠償請求権等の解釈と運用は、憲法の定める精神に基づいて行うとする。したがって、憲法の規定は私人間(しじんかん)の関係にも間接的にはあるが実質的に適用されていると考えるものである。なお、これ以外の分野では憲法の規定は直接には適用しないので、社会法的な立法措置が必要であるとする。

間接適用説の代表的な判例には、三菱樹脂事件、日産自動車事件、昭和女子大事件、百里基地事件等がある。例えば、1968年の三菱樹脂事件^{*28)}は、企業が個人と雇用契約を結ぶという私法的領域における法律行為において公権力がどこまで介入できるか、その憲法上の根拠は何かについての判例である。具体的には、会社は新規採用にあたって応募者に採用基準を示す法的義務があるかどうか、また会社が応募者の思想・信条を調査し、その結果、会社の事業計画に沿わない者の採用を拒否することが合憲であるかどうかを争ったもの

である。

結局、判決においては、会社は採用にあたり応募者への採用基準を示す法的義務はないこと、会社も応募者も労働契約締結の自由があり、互いに労働契約の締結を強制されることはないこと、したがって労働者を雇用するにあたり、いかなる者を、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる、「採用の自由」を確認した。そして憲法の規定は、「国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」と述べた。

■憲法で定める条文に基づくプライバシー権の範囲

したがって、憲法に根拠をおくと解釈されるプライバシー権というのは、私人間(しじんかん)の関係には及ばないから、厳密にはプライバシー権の一部でしかないのだ。この点について松井茂記・大阪大学教授は次のように指摘^{*29}している。(用語は原文のまま)

「憲法上の基本的人権としてのプライバシーの権利はあくまで国や地方公共団体などの政府に対して向けられたものであり、明かに憲法上の基本的人権としてのプライバシーの権利と民法上の権利としてのプライバシーの権利とでは性格が異なっている。前者については、行政機関にはそれを侵害することは許されない。行政機関に個人のプライバシーの権利の侵害を防ぐために規制を加えたとしても、行政機関の権限を不当に制約することにはならない。これに対し後者については、憲法的には、私人間におけるプライバシーの権利の侵害を禁止すべき義務は政府にはない。そして、すでに述べたように、私人による個人のプライバシーを保護するために政府が法律で規制を加えることは、規制の対象とされる国民から一定の自由を制約することになるため調整が必要となる。その結果、国が法律で行政機関による個人のプライバシー情報の取扱いに制限を設ける場合と、国が法律で私人による個人のプライバシー情報の取扱いに制限を設ける場合とでは、問題の枠組みが異なり、当然必要な調整の在り方が異なる。」

結局、憲法第13条または他の条項が保障すると解釈されるプライバシー権は、私人同士の関係におけるプライバシー権を除外するものでしかない。したがって、私人間(しじんかん)のプライバシー問題は結論としては、

- ① “憲法の精神に基づいて”民法上の不法行為論の運用で扱うか、
- ② 刑法上の名誉毀損罪や侮辱罪の隣接犯罪で扱うか、

③ それでも不十分であれば適当な立法措置をとるか、のいずれかになる。常に憲法の条文を援用するというわけにはいかないのである。なお、立法措置をとる場合には明確かつ限定的なものが望ましいと筆者は考えている。プライバシー権のような高級かつ脆弱な人格権は、狭く定めて摩擦を最小限にして、その代わりにしっかりと護るのが望ましいのだ。

3.2 憲法の根拠条文

■プライバシー権に関連のある条文

行政機関や地方自治体が一方の当事者となるプライバシー問題を律する根拠法として、または他の法律の運用における精神的規定として、憲法は依然として関係が深い。そこで、直接的であれ間接的であれ、日本国憲法の第何条がプライバシー権の根拠条文としてふさわしいかということが問題になる。すでに述べたように、第13条の「幸福追求の権利」を根拠とする説が最も優勢である。しかし、その他にもいくつかの学説があるので、概観してみよう。その主なものは、第13条全体説の他には、第13条前段説、第13条後段説、及び第33・35条説がある。

その他にも、ここでは詳しく言及しないが、第19条(思想及び良心の自由は、これを侵してはならない)、第21条第2項後段(通信の秘密は、これを侵してはならない)、第23条(学問の自由は、これを保障する)、第31条(何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない)、第34条(何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない)。又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない)、第38条第1項(何人も、自己に不利益な供述を強要されない)等がプライバシー権に関係する条項として指摘されている。

この他、憲法以外にも民法第235条第1項(疆界線ヨリメートル未満ノ距離ニ於テ他人ノ宅地ヲ觀望スヘキ又ハ椽側ヲ設クル者ハ目隠ヲ附スルコトヲ要ス)、刑法第133条(正当な理由がないのに、封をしてある信書を開けた者は、1年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する)、及び軽犯罪法による規定^{*30}がある程度である。

これらの条文のいずれを取っても、また全体を包括的に見ても、これらは「不可侵私的領域における個人情報の公開の可否、公開する場合の程度と対象を自ら決定する権利、及び不可侵私的領域に属する事柄について行動や決定を行うにあたり、公権力や他者から介入を受けたり、あるいは妨げられたりすることのない権利」(筆者の定義)、及び今後ますます重要性を増す積極的かつ能動的なプライバシー権を護る根拠法としては、あまりにも局部的で不

足である。

■第33・35条説

第33条は「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない」とするものである。また、第35条は「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第33条の場合を除いては、正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。2 搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ」とするものである。

これを主たる根拠とする学説^{*31}は、米国においてプライバシー権の根拠として合衆国憲法修正4条、すなわち不合理な捜査・押収の禁止条項が最も有力であるに至った論理的展開を採用して、日本における修正4条に相当する第33・35条が中核的な根拠規定たり得ると考えるものである。特に第35条の私的領域への不可侵規定を重視し、これがプライバシー権における私的領域への不可侵を主張できる中心的根拠であると説く。

つまり、プライバシーの権利の保障は、ある不可侵領域が存在することを法的に認知することを前提としているものであると考え、日本国憲法第35条や合衆国憲法修正4条が規定している保護法益はそのような不可侵領域の存在を現実化していると考え。したがって、これらの条項がプライバシーの権利の根拠規定として、中核的な役割を果たしていると考えられるものである。

3.3 実体法上の根拠法の必要性

■プライバシー権は実体法^{*32}で規定すべきである

世界各国の憲法の中には、プライバシー権について明示的に規定しているものも数多くある。しかし、日本国憲法に第9条があるから平和が確保されているわけではないように、憲法にプライバシー権について明示的に規定したからといってプライバシー権が保障されるわけではない。

1990年代に入ってから制定された65カ国の新憲法のうち、44カ国もの新憲法がプライバシー権について言及^{*33}している。これらの国は、1990年代に入ってから新憲法を制定したアフリカの新興国を含む発展途上国が多かったという特殊事情がある。当時これらの国々においては人権意識が高揚していたので、プライバシー権の保障についても高邁な理想主義的文言を盛り込んだのである。しかし現実には、貧困、伝染病、劣悪な住居環境、食糧問題を抱えているそれらの国においては、プライバシー権どころの話ではないので、空文となっている場合が多い。

もしプライバシー権を、憲法上保障されるべき基本的人権の一部として承認するのであれば、表現の自由その他の衝突・競合する他の権利との調整を行って法的救済を与える実体法上の根拠規定も同時に定めるべきである。

筆者は、憲法にプライバシー権についての明文規定を設けるべきであるという意見に対しては積極的に反対するわけではなく、どちらでも良いと思っている。より重要なのは実体法レベルでプライバシー権を成文化すること、それを実行する社会制度を完備することである。情報通信社会の健全な発達と社会生活の円満な成熟のためには、プライバシー権についても明確に規定して保護すると同時に、一定の歯止めをかけることが望ましい。そのためにも実体法で規定することが必要なのである。全ての人が無条件に何でもプライバシー権を主張したら、世の中は成り立たない。

■プライバシー権保護は判例法では不十分

プライバシー権保護に関する判例は、「宴のあと」事件後、すでに数百のオーダーで出ている。判例法の利点は、時代の流れや社会構造の変化に伴って人々の考え方が変わるときにでも柔軟に対応できることである。元来、判例は特定の個別的な事件だけを拘束するものであるから、一般的かつ普遍的な法則は導き出し難い。それに裁判所が、判例違反と目される判決を下すのは別に違法ではない^{*34}。不服の者は、より上級の司法機関において判断を争えば良いだけの話である。全く同一のケースにおいてさえも、第一審で下された判決が控訴審で覆ることなどは日常茶飯事である……というか、上級審はそのためにあるわけである。長らく支配的であった一つの判例における考え方が、その後の新しい判決によって一挙に覆されることもある。

こうして、判例法の体系は常に世の中の新しい考え方に基づいてレビューされつづけて変遷するから、常に最新の法的合理性を実現しつづける機会が大きくなる。その反面、法的安定性に欠けるから、紛争が起きて裁判になった時の判決がどのようになるか予測をつけ難い。

そもそも法律制度というものは、一般的に規定されている法律の条文を具体的に実生活に応用して正義と合理性を実現しようとするものであるから、演繹法的類推^{*35}の論理構造を持っている。しかるに判例法を実際の事件に応用する場合には、まず多くの判例から帰納法的類推^{*36}を行って一般的法則を導き出して、今度はその一般的法則を演繹法的に実生活に応用するという論理過程を経るわけなので、論理的に不合理な部分が入り込む余裕はいくらでもあると考えた方が良さそうだ。生き残れない判例も数多くあり、判例の集合体の内容も時代や環境とともに変遷する。判例法の限界である。

成文法の場合には、条文の規定は語数も限られているので必ずしも網羅的ではないが、演繹法的論理の展開は自由自在に行えるから、内容の適用可能性は極めて広範囲である。実務的には、成文規定さえあれば、必ず法解釈学が発達して条文の網羅性の不足部分を埋め

てくれるものである。

従来のような民法上の不法行為論中心のプライバシー権保護では、仕掛けカメラ等による盗撮、監視カメラ、パパラッチ行為、盗聴器を使った盗聴等によって不可侵私的領域を侵される危険性があっても、事前に取り締まってはもらえない。刑法は公序良俗に関する行為規範であるから、もし刑法にプライバシー権保護に関する規定を設ければ予防的措置や強制的是正措置をとることが可能である。覗き見や付きまとい等についての軽犯罪法違反程度では、事前取締りへの行政的優先度は極めて低いから実効がないのだ。

4. 刑法とプライバシー権

■名誉毀損罪・侮辱罪とプライバシー権侵害の関係

刑法には名誉毀損^{*37}罪と侮辱^{*38}罪があり、プライバシー権侵害はその隣接罪とされている。それぞれ全く異なる性格のものであるにもかかわらず、裁判になった場合に原告はこのうちの複数に言及して訴訟を行い、裁判所も同時に複数に言及して明確な区別もなしに判決を下している例が多い。そのために混同が生じやすい。法益としてのプライバシー権を確立するためには、名誉毀損罪・侮辱罪の添えもの的位置から脱却して、刑法に新たな条文を規定するなり、社会法的な立法的対策をとるなりすることが望ましい。ただし繰り返して述べているように、プライバシー権は高級かつ脆弱な人格権で、基本性は低いものであるから、条文は明確かつ限定的なものが望ましいと考えている。

名誉毀損罪と侮辱罪はいずれも親告罪^{*39}であるので、その隣接犯罪であるプライバシー権侵害罪も親告罪であると推定される。ということは、事前取締りは不可能であることを意味する。しかしデータ・プライバシーの場合には、データベースの存在を本人が知らない場合の方が多いため、侵害が生じて本人が親告することは不可能である。

立法的対応を行う場合でも、受動的プライバシー権については被害者の「告発をしない自由」も尊重して親告罪としておくのはやむを得ないが、データ・プライバシー権などの能動的プライバシー権については親告罪とせずに、請求・告発・告訴がなくても公訴を提起することができるようにするのが望ましい。

4.1 名誉毀損罪

■恥辱の概念から出た名誉毀損罪

名誉毀損とプライバシー権侵害は相互に極めて密接な関係にあるが、概念的には異なるものがある。名誉毀損罪は人の人格的価値に関する社会的評価を下げる行為であるから、本来は人格的価値とは関係のない、例えば人の出自などは暴露しても名誉毀損にはならな

いという判例^{*40}がある。また、例えば豪華な結婚式の詳細などの事実を公然と摘示しても社会的評価を下げるわけではないから名誉毀損は成立しない。しかし一般人の感受性を基準として公開を欲しないと認められる内容を暴露した場合には、プライバシー権侵害が認められる。

また、名誉毀損は「恥辱」に関する一般の第三者も主体として含めた感覚的概念であるから、一般の平均的な人がどう思うかが極めて重要なポイントであるのに対して、プライバシー権は、一般人ではなく“本人”がどう思うかが重要なのである。ただし、その侵害の程度については一般人の感受性を基準として判断される。

さらに会社などの法人、団体も名誉を有しているわけであるから、名誉毀損罪は成立し、損害賠償請求が認められる。しかし自然人でない企業や団体は精神的苦痛を覚えることはないから、精神的苦痛が問題となるプライバシー権は認められない。なお産業機密保護は、プライバシー保護とは異なる概念である。

名誉毀損は、民法及び刑法の双方の対象とされている。民法上は、明文規定はないが第709条^{*41}の不法行為に該当し、損害賠償請求の対象となる。刑法上は、刑法第230条^{*37}の名誉毀損罪を構成するが、現実に刑事犯として起訴されるケースは極めて少なく、ほとんどは民事事件として処理されているのが実情である。なお米国では、プライバシー権についての事件はほとんど全部が民事の不法行為訴訟で取り扱われている。米国では損害賠償の額が高額であること、及び損害とは別に懲罰的賠償を課する制度があることから、不法行為論で対応しても十分に制裁的・抑止的效果がある。

不法行為としての名誉毀損も、刑法上の名誉毀損と同様に表現が真実か虚偽かを問わない。不法行為としての名誉毀損が刑法上の名誉毀損と異なるのは、事実を公然と摘示することは要件ではないことである。特定の人だけに摘示したときでも、意見を表明しただけでも、不法行為としての名誉毀損は成立するのである。

戦後のマスメディア関連の人権訴訟は約1,000件あったが、そのうち実質的にプライバシー権が問題になった訴訟は、民事事件が122件(うち被害者勝訴は86件)であったのに対して、刑事事件になったのはたったの16件(うち被害者勝訴は14件)に過ぎなかった^{*42}。しかし近年、インターネットの書き込みに関連して刑法上の名誉毀損罪の適用が増えていることは注目に値する。

■「本当のことではないか」は通用しない

刑法が保護している名誉は、個人の他人に知られていない「真価」を保護するものではなく、虚飾を含めたあるがままの社会的評価を保護するものである。マイナスの真価を持っている者、すなわち悪人でも、刑法が保護する名誉はある。したがって摘示された事実がたとえ真実であっても、刑法第230条により罪を免れることはできない。「本当のことだから、いわ

れても仕方がないのではないか」という言い訳は通用しないのである。

例外は、公共の利害に関する事実を摘示した場合である。もっぱら公益を図る目的で摘示が行われた場合には、その事実が真実であるとの証明をしさえすれば刑法第230条の2^{*43}により、違法性阻却事由^{*44}を構成するので処罰されない。

例えば、公務員または公選による公務員の候補者の経歴などは、公共の利害に関する事実と見なされる。したがって、候補者の経歴詐称があった場合に、これを摘示することは公益を図る目的で行ったということができる。ただし、真実の証明ができなければならない。野村沙知代^{*45}が1996年の衆院選に出馬したときに、選挙運動で米・コロンビア大学留学と称していたことを女優の浅香光代が暴露して非難したが、これは公共の利害に関することであるから違法性は阻却されてプライバシー権侵害は成立しない。

しかし私人の単なる経歴詐称を暴いた場合には、公共の利害や公益には関係がないから、たとえ暴露事項が真実であっても名誉毀損罪が成立する。また暴行された婦女子の氏名を新聞雑誌上で挙げたような場合には、公益を図る目的があるとまではいえないから、たとえ暴露事項が真実であっても名誉毀損罪(及び民法上の不法行為)が成立する。

このため、新聞や雑誌の報道記事が人の社会的評価を低下させる性格の報道であっても、次の条件が整えば原則として民事・刑事上の責任は生じないことになる。すなわち、①摘示事実が公共の利害に関する事実で、②かつ公益を図る目的で摘示が行われ、なおかつ③その事実が真実であるか、少なくとも事実であると信じるに足る十分な理由があること、である。

4.2 侮辱罪

■侮辱罪は軽罪

侮辱罪単独の適用例は極めて少なく、法定刑も極めて軽く、拘留または科料^{*46}にしかない。したがって同時に名誉毀損罪も成立する時には、侮辱罪を吸収して名誉毀損罪のみを成立せしめているのが通例である。刑法上は、侮辱罪は名誉毀損罪の規定に続く第231条^{*38}に規定されている。名誉毀損罪と異なって、具体的な事実を指摘しなくても、「アホ」、「まぬけ」、「腰抜け」などといって人を罵倒したり、嘲弄したりして、相手の体面、名誉、感情を害するような行動をとると侮辱罪となる。ただし名誉毀損罪と同様、大勢の人または不特定の人が見聞きできるような状況下で行われることが必要である。したがって二人きりの密室で相手に罵倒されても、侮辱罪は成立しない。

この場合の事実とは悪事・醜業に限らず、また公知の事実でも非公知の事実でもよい。また事実の真実性の抗弁は成立しない。相手を公衆の面前で「詐欺師」と呼ぶと、たとえ本人が本当の詐欺師でも侮辱罪になるのである。

5. 民法とプライバシー権

民法を適用して相手の責任を問うということは、具体的には損害賠償責任を追及することであり、その法律的枠組みは図1のチャートの通りである。枠組みは契約の有無によって大きく異なる。プライバシー権侵害事件のほとんど全部が一般的不法行為責任の追及ベース、すなわち図1のチャートの右半分の「契約なし」の「一般的不法行為」のケースとなるのであるが、「契約あり」の「債務不履行」のケースもないわけではない。「一般的不法行為」の場合の責任追及は、左半分の「債務不履行」の場合と比較して後述の立証責任の関係で係争が著しく困難であるので、法廷戦術的にはできるだけ民法第415条^{*47}に基づく「債務不履行」にもっていったほうが得策である。

「契約あり」の場合には、瑕疵(かし)担保責任による場合と、債務不履行責任とに分かれる。「契約なし」の場合には、一般的不法行為責任と製造物責任いわゆるPL(Product Liability)に分かれる。さらにそれぞれに無過失責任主義、過失責任主義のどちらかが採用され、立証責任がどちらにあるかが分かれることになる。

プライバシー権侵害については一般的不法行為の責任を追及する場合、債務不履行責任を追及する場合、いずれの場合においても過失責任主義が取られる。したがって、この限りにおいては、一般的不法行為路線でも債務不履行路線でもたいした変わりはない。しかし、大きな差を生じるのはどちらに立証責任があるかの問題である。

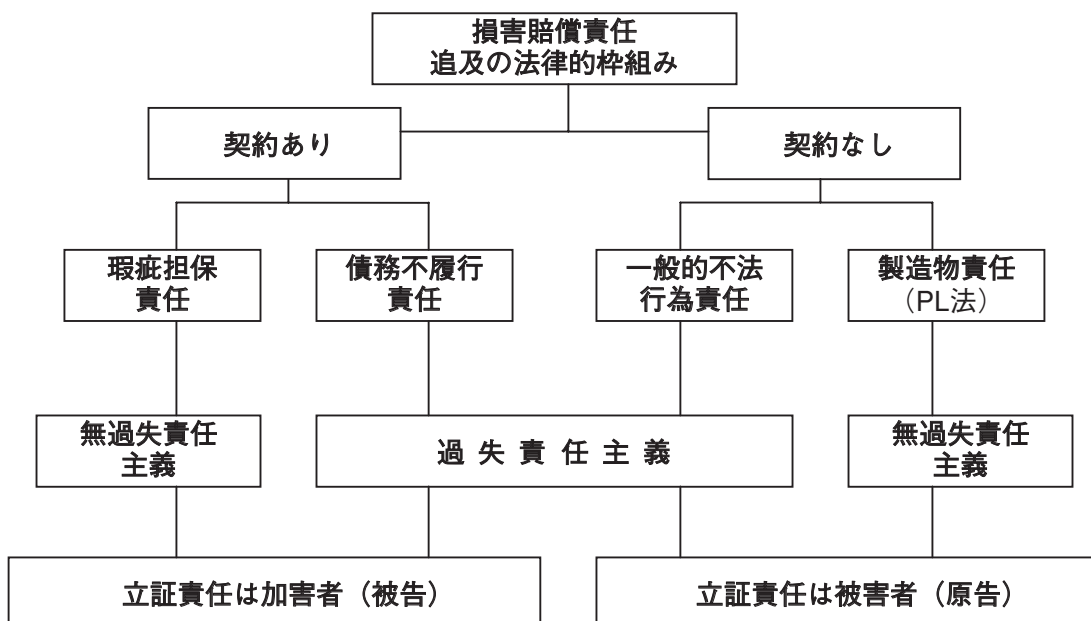


図1 損害賠償責任追及の法律的枠組み

5.1 不法行為としてのプライバシー権侵害

■損害賠償は事後救済

刑法上の名誉毀損罪や侮辱罪が成立したり、あるいは憲法の「幸福追求権」に関連してプライバシー権侵害が成立したりした場合には、民法第709条^{*48}の不法行為についての一般規定が適用される。民法第709条が適用されれば自動的に第710条^{*49}が適用されて、財産以外の損害、例えば精神的苦痛等に対しても賠償責任が生じる。名誉毀損の場合には民法第723条^{*50}に基づいて名誉回復も併せて命じられることがある。

損害賠償による救済は、金銭という代替的手段による事後的救済である。プライバシーは一旦曝露されると、もとに戻すことは不可能なので、実質的な救済は困難である。いずれにせよ消極的かつ受動的なプライバシー権に関する被害は、一旦個人情報が開示されて被害が発生してしまっただけからでは、被害を回復する可能性はあまり大きくない。しかし、積極的かつ能動的なプライバシー権^{*51}に関する被害の場合は、個人情報の使用差止めや、謝罪、賠償等、ある程度の回復の可能性が大いにあるといえる。

5.2 不法行為における立証責任

■立証責任の負担

損害賠償を求める根拠としては民法上の不法行為の他に、契約違反などの債務不履行、瑕疵担保責任、及び製造物責任等がある。民事上のプライバシー権侵害事件はほとんどの場合、一般的な不法行為ベースとなる。

不法行為ベースの場合に実務上大きなハンディキャップとなるのは、立証責任^{*52}を被害者が負わされているという事実である。さらにそれを証明するためには、加害者が故意・過失によって他人の権利を侵害し、損害を与えることを要件としているという過失責任主義がとられている。

したがって被害者は、権利侵害の事実、損害、因果関係、及び加害者の故意・過失の有無を証明しなければならない。もし、プライバシー権侵害事件の被害者が消費者個人で、加害者が大企業の新聞、テレビ、出版社などで企業の法務部や顧問弁護士などの支援を受けている場合には、被害者が単独で立証責任を全うして勝訴することは極めて困難であるといわざるを得ない。同じ損害賠償責任のケースといっても、無過失責任を認めたPL法に基づく場合や、瑕疵担保責任の場合と大きく異なる。

その意味で、「EUは1995年10月に(中略)、いわゆるEU指令 95/46 を採択し、OECD-8原則をさらに強化した立場で、個人は商用データベースの情報処理を拒否できるようにしたり、損害が発生した場合の立証責任をデータベース管理者に転換したりするなど、自己情報

コントロール権をさらに進展させている」⁵³ことの意義は大変大きいといえる。この立証責任転換の問題は、将来わが国において実体法ベースでプライバシー権擁護に関する立法措置が行われる場合の要点の一つであろう。

■死者のプライバシー

民法上の不法行為論の中では、死者のプライバシー権も護るべきであるという直接保護説と、これを否定する間接保護説とがある⁵⁴。これは死者の名誉毀損の場合と本質的に同じ考え方である。直接保護説は、人間の尊厳や人格の自由な発展のためには死者の人格権も保護しなければならないという説で、これを侵害すると近親者などの一定の身分関係にあるものが死者を代位して、あるいは死者の権利を相続して権利を行使することができるという説である。

間接保護説においては、プライバシーを含む人格権は一身専属であり、自然人の権利能力は死によって失われて誰にも相続されずに消滅すると考える。ただし、死者の人格権を侵す行為が近親者などの一定の身分関係にある者の名誉感情、敬愛追慕の情、プライバシーを侵害することがあるので、それを侵害する行為を遺族に対する不法行為として認めることにより、死者の人格権は間接的に保護され、遺族も救済されるというものである。最近の判例は、次項の「エイズ死者プライバシー」事件のように間接保護説を採用しているものが多い。

なお刑法においては、プライバシー権侵害に関しては明示的規定はないが、名誉毀損罪や侮辱罪の隣接犯罪と扱われていることはすでに述べた通りであるが、死者についての名誉毀損については刑法(名誉毀損)第230条に次のように規定されている。

「公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処する。

2 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。」

つまり、死者についての名誉毀損は、それが真実であれば刑法上は罰しないが、それは死者に対する名誉毀損に関してだけのことであって、近親者・遺族に対するものは別なのである。

■「エイズ死者プライバシー」事件

わが国で初のエイズで死亡した女性の葬儀が行われた際に、写真情報誌『フォーカス』の専属カメラマンが町内商店会の者と身分を偽って葬儀の会場の教会に入り込み、葬儀で献花が行われている間に二階に忍び込んで遺影を盗み撮りし、これを無断で『フォーカス』に無

修正の写真を掲載し、その上、女性がバーに勤めていて客をとっていたなどという話を記事にした。

このため両親が『フォーカス』のカメラマン、編集長、及び出版社である新潮社に対して、死者の名誉を傷つけ、プライバシーを侵害し、肖像権を侵害し、さらには両親の名誉権とプライバシー権、敬愛追慕の情、平穩に宗教儀式を行う権利を侵害したとして慰謝料500万円と謝罪広告の掲載を求めて訴えを起こした。

1989(平成元)年12月27日、大阪地裁は判決^{*55}において、死者の名誉権やプライバシー権等の人格権については、一身専属であるから人の死亡により喪失するとして認めなかった。また、両親の人格権に関しては、敬愛追慕の情を著しく侵害したことを認めたが、両親の名誉毀損・プライバシー権侵害に関しては、記事においては、両親名は匿名であったことを理由として原告の主張を退けた。つまり死者の人格権は認めなかったが、記事が匿名でさえなかったら両親の人格権を認めるところだったという意味で、本判例は間接保護説を採用したと解釈されている。

ただし、判決は「『フォーカス』は人物を特定して報道する必要はなかったし、こうした報道姿勢はエイズに対する無用の不安をいわずらに煽り、偏見、差別を助長させる」としてこれを厳しく批判した。また被告の一連の取材行為については、「通常許されるべき範囲を著しく逸脱したことはいうまでもない」として不法行為の成立を認めた。筆者は、死者を実名で報道したのであるから、その両親も容易に特定できるわけで、この判決が匿名記事を理由として両親のプライバシー権侵害を認めなかったのは妥当性を欠くと考えている。

宗教的行事を平穩に行う権利の侵害については、「未だ前夜式を妨害し、又はその平穩を著しく害したとまではいえない」と判示して、権利の侵害を認めなかった。船越一幸教授は、この点は取材撮影の相当性を否認したと矛盾していると指摘し、これでは取材の過程と結果が平穩ならば、望遠レンズによる盗み撮りなどという不適切な方法をとっても権利侵害が成立しないことになる、と批判^{*56}している。同感である。以上により判決は、被告に慰謝料100万円、弁護士費用10万円の支払いを命じたが、原告の謝罪広告請求は棄却した。

5.3 債務不履行としてのプライバシー権侵害

プライバシー権侵害について民法上の損害賠償請求を行う場合には、不法行為に基づく場合と、債務不履行に基づく場合とがあるが、前述の通り法廷戦術的にはできるだけ民法第415条^{*47}に基づく「債務不履行」に持っていったほうが得策である。契約の中に何らかの形でプライバシー権を護るといふ条項が明示的に存在するか、あるいは契約に付随する義務に対する違反行為がある場合には、債務不履行責任を追及して、契約を解除したり損害賠償を請求したりすることが可能である。その場合の立証責任は、図1に示した通り加害者にある

から、基本的に加害者が、権利侵害の事実はないこと、損害は生じていないこと、因果関係がないこと、及び自らの故意・過失がないことを証明しなければならない。

実際には、一つ一つの事実の法律要件に従って立証責任の分配が行われたり、立証責任の転換が行われたりするるので簡単ではないが、原則的に加害者に立証責任があるということは力の弱い被害者個人にとっては極めて大きなメリットになる。

■債務不履行によるプライバシー権侵害

債務不履行には、①履行遅滞、②履行不能、及び③不完全履行があるが、いずれの場合でも損害賠償請求の権利と契約解除権が認められている。また、契約そのものの違反でなくても、契約に当然付随すると思われる義務に違反している場合でも、民法第1条^{*57}第2項(信義則)に基づいて債務不履行責任を追及することができる。

信義則とは、権利の行使や義務の履行は互いに信義に従い誠実にこれを行うべきものとするもので、その具体的な内容は本体の契約の目的やその時々⁵⁸の社会通念によって異なるという極めて漠然としたものである。プライバシー権に関する社会的通念はまだ固まっているとはいえないので、これに関する信義則の具体的な内容も現状では極めて流動的で相対的であると言わざるを得ない。

契約の目的を遂行するにあたって、プライバシー情報に触れる可能性がある場合には、当事者はプライバシー情報が侵されないようにする安全管理の義務を負う。契約の債務者は、合意された契約に定められた内容を履行するだけでなく、こうしてプライバシー権を護るなどの付随的義務を負うわけであるが、それは契約目的にその性質上必然的に伴う債権者の利益についても、債務者は信義則上配慮すべきと考えられるからである。なお、プライバシー情報の性質上、契約の履行が終了した後であっても、一方の当事者は他方の当事者のプライバシー権を護るという付随的義務(余後的義務)を負う。

例えば雇用契約においては、就業規則上や労働契約に明示的な規定がなくても、労働関係継続中は、労働者は労働契約の付随的義務の一種として使用者の営業上の秘密を保持すべき義務を負っているが、同時に使用者も人事管理上知り得た労働者のプライバシー情報について護る義務を負っていると解すべきである。

電子商取引、健康、医療など多くの面において、消費者は好むと好まざるとにかかわらずプライバシー情報を開示せざるを得なくなっており、これを保護する必要から2003年5月に個人情報保護法が成立した。しかし、この法律は結果的に消費者のプライバシー権を護る役に立つとはいえ、第一義的な目的は“プライバシー”の保護ではなく“情報”を保護する構造をとっている。そのために対象とする情報の範囲が漠然としており、かつ広すぎるという問題点があり、かえってプライバシー権の保護の観点からは問題なしとしない。

昨今、プライバシー問題の意識が高い企業は「プライバシー・ポリシー」を発表して、プライ

バシー問題に対する当該企業の基本的な方針と姿勢を明確にしている場合が多い。消費者は、このポリシーを信頼して当該企業との取引契約を結んでいるとすることができるから、企業側にもしポリシーに違反する行為があった場合には、プライバシー・ポリシーという約款契約の違反、または契約に付随するプライバシー権保護義務違反として債務不履行責任を追及することが可能であろう。

6. 結語（まとめと提言）

以上を整理すると表1の通りとなる。

表1 名誉毀損罪・侮辱罪・プライバシー権侵害罪の比較表

	名誉毀損罪	侮辱罪	プライバシー権侵害
適用法	刑法第230～232条、民法第709条の不法行為。	刑法第231条、民法第709条の不法行為。	憲法第13条（幸福追求権）根拠説があるが、私人間（しじんかん）効力問題などがあって疑問。民法第709条の不法行為、または第415条の債務不完全履行に基づく損害賠償請求。刑法には明文規定はなく名誉毀損罪や侮辱罪の隣接罪として扱われるが、適用は多くなく現状では予防措置や事前取締りは困難。
原因	刑法上は事実を公然と摘示して社会的評価を下げることに。	公然と他人の人格を侮辱することだが、事実の摘示は不要。	承諾を得ずに個人の不可侵私的領域に侵入し個人情報に触れ、使用し、あるいは私的案件的決定や行動に介入したり妨げたりする。名誉を損ない社会的評価を下げるかどうかは無関係。
真実性の抗弁による違法性阻却事由の成立可能性	成立しない。	成立しない（詐欺師を「詐欺師」と呼ぶと、侮辱罪となる）。	成立しない（むしろ真実である方が侵害の損害は大きくなる可能性がある）。
事実の公知、非公知	公知、非公知、いずれの場合も成立。	公知、非公知、いずれの場合も成立。	非公知の事実についてのみ成立。
刑法の援用	親告罪（刑法第232条）	親告罪（刑法第232条）	名誉毀損の隣接犯罪故、親告罪扱いと推定。本人が知らない盗視・盗聴などは取り締まれない。
公共の利益を理由とした違法性阻却事由の成立可能性	真実性の証明または真実と信じる合理的理由があれば違法性が阻却される（刑法第230条の2）。	左に同じ。名誉毀損罪との差は、事実の摘示の有無による故、第230条の2準用説が成立。	真実性の証明または真実と信じる合理的理由があれば違法性が阻却される（犯罪捜査の場合の、個人の秘密へのアクセス、凶悪犯人や逃亡犯人の写真の公示など）。
法人、団体	認められる。	認められる。	認められない（プライバシー侵害は自然人の精神的な問題故）。

（作成：青柳武彦）

■提言

最近、住基ネットや個人情報保護法の成立をめぐって、プライバシーについての関心が高まり、国民的な規模での議論が行われている。それはそれで大変結構なことではあるが、プライバシーについての過保護、行き過ぎ、あるいは逆に拒否反応が見受けられる。それは、日本におけるプライバシーをめぐる法環境が極めて曖昧で概念が混乱していることにも一因があるように思われる。

そこで、筆者はプライバシー権を「不可侵私的領域における個人情報の公開の可否、公開する場合の程度と対象を自ら決定する権利、及び不可侵私的領域に属する事柄について行動や決定を行うにあたり、公権力や他者から介入を受けたり、あるいは妨げられたりすることのない権利」と定義したい。

日本においては、成文法上はプライバシーについての明文規定がない。憲法第13条の幸福追求権が根拠法として挙げられているが、それは私人同士の関係におけるプライバシー権を除外した局部的な規定でしかない。プライバシー問題を扱った多くの判例はあるが、法的安定性は小さいといわざるを得ない。

したがって、現状では私人間(しじんかん)・政府機関全てを含めたプライバシー問題は、①“憲法の本質に基づいて”民法上の不法行為論の運用で扱うか、②刑法上の名誉毀損罪や侮辱罪の隣接犯罪で扱うか、③それでも不十分であれば適当な立法論的対応をとるか、を選択することになる。

筆者は、情報化社会を迎えて今後ますます複雑化してゆくプライバシー権問題に対応するために、立法論的対応を行うべきであると考えている。データ・プライバシーや、本人が気づいていない類のディープ・データにかかわるプライバシーなどは、従来のような「ほうっておいてもらう」という類の消極的かつ受動的なプライバシー権についての判例や考え方ではもはや対応しきれなくなっているからである。

それは公法と私法の間をゆく社会法的立法がよいだろう。受動的プライバシー権の場合には、被害者の人権に配慮して親告罪のままにしておく必要があるが、データ・プライバシー権などの能動的プライバシー権の場合には、親告罪として扱うのではなく、予防的措置も可能なものにすることが望ましい。いずれの場合でも、立証責任を一方的に被害者に負わせるのではなく、リスクと責任の社会的配分を考慮した規定とすべきである。また、プライバシー権が高級かつ脆弱な人格権であることを考慮して、対立・競合する可能性の強い表現の自由その他の自由・権利との調整については円満な社会関係を考慮して、プライバシー権はできるだけ限定的に規定し、その代わりにしっかりと保護することが望ましいと考えている。

青柳武彦(あおやぎ・たけひこ)
教授・主幹研究員

注

- ※1 不可侵私的領域(Untouchable Personal Domain):筆者が命名。
- ※2 船越一幸[2001]『情報とプライバシーの権利』北樹出版
- ※3 E.T. Hall [1966] "The Hidden Dimension"
- ※4 牧野二郎「プライバシーとは何か」1999.8.28
- ※5 データとインフォメーション:それ自体では意味のないデータを有機的に接続して意味のあるストーリーに仕上げたものをインフォメーションという。例えば、「企業名:××会社、役職:部長、氏名:A、年俸:1,000万円、住居:持ち家、債務:700万円」はデータ、「××会社のA部長の年俸は1,000万円だが、住宅ローンの返済残額が残っているので生活は苦しい」はインフォメーションである。
- ※6 双方を同一概念として扱っている:欧米においては個人情報保護とプライバシー保護を全く同一に扱っているため、双方を同一概念として扱っても「混乱」とはいえないだろう。しかし日本においては、個人情報保護法は個人"情報"を保護するものとして、"プライバシー"保護とは区別している。プライバシー保護の効果があるとしても、それは結果的にそうだとしているのみである。したがって、この二つを同一視するのは「混乱」と言わざるを得ない。
- ※7 検索性のない個人情報:『Q&A 個人情報保護法』個人情報保護基本法制研究会編(前内閣官房個人情報保護担当者による執筆)p.2には「検索性のない個人情報の取り扱いに伴うプライバシー問題などは、この法律の対象とすべき本来的な問題とはなりません」との記述がある。しかし、索引を必要としない全文検索技術が普及している現在においては「検索性の有無」は意味が曖昧である。
- ※8 第2条 この法律において「個人情報」とは、生存する個人に関する情報であつて、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの(他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができることとなるものを含む。)をいう。
- ※9 Alan F. Westin [1967] "Privacy and Freedom"「プライバシーと自由」
- ※10 公知の事実:書籍の刊行や新聞やテレビの報道などによって誰でもがこれを知る可能性があれば足りるのであつて、事実問題として100%の人がこれを知っている必要はない。「通常の知識経験を持つ社会の一般人がその存否の確実なことについて少しも疑いを挟まない程度に知れわたっている事実」(『新法律学辞典』第三版、有斐閣、p.430)であればよい。
- ※11 公表:第三者が本人に断りなしに不当に公表してしまった場合に、それをもってプライバシー権が喪失したとまではいえない。あくまでも、本人が公表するか、第三者が正当に公表した場合に限られると解すべきである。
- ※12 ゴフマン:Erving Goffman(1922~82)カナダ生まれの米の社会学・人類学者。1949年から51年にかけてシェトランド島でフィールドワークを行い『日常生活の自己呈示』(1956~59)を発表した。これは、社会行動を他者との相互作用の中で自己を提示するドラマトゥルギーとして捉え、社会生活を劇場と見る探求方法の古典となっている(『社会学事典』弘文堂)。なお、ドラマトゥルギーの元の意味は劇作術であるが、ゴフマンは「本当の自分が他者とのかわりにおいて自己を装うときの演出上の戦略」という意味で用い、爾来、専門用語として定着した。

- ※13 阪本俊生[1999]『プライバシーのドラマツルギー』世界思想社、p.59
- ※14 「公知の事実」とプライバシー権の関係に関する事件としては、宇治市住民基本台帳データ大量漏洩事件、住宅地図事件、眼科医プライバシー権侵害事件、及び「エロス＋虐殺」事件等がある。
- ※15 田中英夫他編『英米法辞典』東京大学出版会、p.664
- ※16 Louis B. Brandeis:ブランダイスはプライバシー権を憲法上の権利として主張したが、当時としては少数意見であった。
- ※17 Holmes 裁判官:1919年のSchenck vs. U.S.事件において、Holmes裁判官は「言論の自由はそれに関して生じるとされる明白かつ現存する危険(Clear and present danger)がある場合に限って規制が許される」と述べた。この言葉は、どのような場合には言論の自由は規制されても良いかを判断する基準として、ある時期までは使われた。なおこの表現は、後にハリソン・フォード主演の映画「今そこにある危機(邦題)」の題名としても使われた。
- ※18 Warren Freedom [1987] "The right of privacy in the computer age"
新保史生[2000]『プライバシーの権利の生成と展開』成文堂、p.7
- ※19 伊藤正己[1963]『プライバシーの権利』岩波書店、p.40
- ※20 "Options for Promoting Privacy on the National Information Infrastructure"
by Information Policy Committee National Information Infrastructure Task Force, April 1997
- ※21 伊藤正己[1963]『プライバシーの権利』岩波書店、p.20
- ※22 同上、p.20
- ※23 米国憲法修正1条:Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.
- ※24 コモンロー:Common Law は、狭義には判例法を意味し、制定法(Statutory Law)に対比して用いられる。広義には英米法を意味し、大陸法(Civil Law)に対比して用いられる。語源的には英国中世のコモンロー裁判所が発展せしめた法分野を意味する。ノルマン征服王が統治にあたって、古来イングランドの慣習を尊重しながら王国統治との調和を図った故事に由来する。
- ※25 シビルロー:Civil Law とは、ローマ法国家を淵源とするヨーロッパ大陸諸国において伝統的に行われてきた大陸法系の法体系のことをいい、コモンローに対比して用いる。狭義には、民事法一般を意味し、公法や刑事法に対比して用いられる。稀に軍事法に対比して、通常法の意味で用いられることがある。
- ※26 W. A. Parent [1983] "A New Definition of Privacy for the law", 2 Law and Philosophy 305, 329
- ※27 戒能通孝[1970]「肖像権と警察権」『法学セミナー』169
- ※28 三菱樹脂事件:最高裁判決(昭和43(オ)第932号)
- ※29 松井茂記[2000]「個人情報保護基本法とプライバシーの権利」『ジュリスト』No.1190、12月1日号、p.43
- ※30 軽犯罪法 第1条 左の各号の一に該当する者は、これを拘留(1日以上30日未満の拘留)又は科料(100円以上1万円未満)に処する。

十四 公務員の制止をきかずに、人声、楽器、ラジオなどの音を異常に大きく出して静穏を害し近隣に迷惑をかけた者

二十三 正当な理由がなくて人の住居、浴場、更衣場、便所その他人が通常衣服をつけないでいるような場所をひそかにのぞき見た者

二十八 他人の進路に立ちふさがつて、若しくはその身边に群がって立ち退こうとせず、又は不安若しくは迷惑を覚えさせるような仕方他人につきまとつた者

三十二 入ることを禁じた場所又は他人の田畑に正当な理由がなくて入つた者

※31 第33・35条説：阪本昌成「憲法とプライバシーの権利」『神戸法学雑誌』22巻、1号、p.72

※32 実体法：事柄の実体を規定した法。これを実現する手続きを規定した訴訟法などの手続法に対比する表現。

※33 西修[1999]『日本国憲法を考える』文藝春秋社、p.27

※34 但し刑法においては下級裁判所が最高裁の判例(ない場合には高等裁の判例)に違反したときは上告理由となる(刑訴405)。

※35 演繹法的類推：一般法則を個別的な例に当てはめて類推すること。例えば全ての人間は死ぬという一般的法則から、Aさんという人間もいつかは死ぬという個別的結論を導き出す。前提さえ正しければ、その結論は絶対的に正しい。

※36 帰納法的類推：多数の個別法則から一般法則を導き出すもの。例えば「雀も燕も鶯も皆空を飛ぶことができる」という個別法則から、「イヌもネコも空を飛ぶことができる」という法則を得ようとする。正しいかもしれないという蓋然性があるだけで、正しいという保証はどこにもない。

※37 刑法(名誉毀損)

第230条 公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処する。

2 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。

※38 刑法(侮辱)

第231条 事実を摘示しなくても、公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に処する。

※39 親告罪：検察官が公訴するための要件として、被害者その他一定の者の告訴が必要とされる犯罪を親告罪という。強姦罪、名誉毀損罪、器物損壊罪は刑法で「告訴がなければ公訴を提起することができない」と定められている。また一定の者の請求(刑法第92条 外国国章損壊罪)や告発(独禁法第96条)がなければ公訴を提起することができない犯罪も、親告罪の一種である。被害者の意思に反してその犯罪を起訴して公にすることがかえって被害者の不利益になることがあり、また被害が軽微な場合には被害者の意思を無視してまで訴追する必要がないので、親告罪の規定がある。

※40 人の出自：「小学校女性教師出自公開事件」同和地区出身者を父に持つ小学校女性教師が、同女性教師と同和団体連絡協議会長との往復書簡の写しを校長会や同僚へ郵送されたこと、及び同和団体機関紙に同女性教師の父親の出身地等の記事を掲載されたことについて名誉毀損とプライバシー侵害を理由として損害賠償倍を請求した事件(なお、これに対して同連絡協議会長はこの提訴によって社会的信用を害され名誉を毀損されたとして反訴請求を行ったが、退けられた)。高知地裁は、同和出身者であるということは人の人格的価値とはかかわりのない事実であるから名誉毀損には該当しないが、この行為は一般人の感受性を基準として公開を欲しないと認められるとしてプライ

バシーの侵害に当たると判断して、損害賠償請求を認めた(高知地裁・1992平4.3.30判決 判時1456号135頁)。

- ※41 民法第709条 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
- ※42 村上孝止[2001]「プライバシー権の起源と日本の法体系における位置付け」『プライバシーと出版・報道の自由』青弓社、序章、p.26
- ※43 刑法(公共の利害に同する場合の特例)
第230条の2 前条第1項の行為(注:公然と事実を摘示して人の名誉を毀損する行為)が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。
2 前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす。
3 前条第1項の行為が公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係る場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。
- ※44 違法性阻却事由:犯罪の成立要件としては、①構成要件該当性(事実が犯罪構成要件に当てはまるか)、②違法性、及び③有責性があり、どの一つを欠いても犯罪は成立しない。このうちの違法性を欠くことを違法性阻却事由という。必ずしも積極的に合法的であるということではなく、一応、違法性があるが、特別の事情があるために違法性が消滅する、あるいは罰を免除されることを、違法性阻却事由と称する。違法性阻却事由としては、正当行為(法令に因る行為、及び正当業務行為)、緊急避難、正当防衛等がある。
- ※45 野村沙知代経歴詐称事件:野村沙知代氏は、1996年10月の衆院選で東京5区から新進党(当時)公認で出馬して落選したが、選挙運動の際に名刺に「米・コロンビア大学留学(精神心理学専攻)」と記していた。これを、経歴を偽ったとして女優の浅香光代氏=本名・北岡昭子=から公選法違反の罪で告発された。東京地検特捜部は、当時の出入国状況やパスポート発給の記録を調べたが、コロンビア大学には聴講生の記録などは残っておらず、留学が偽りだとまで断定する証拠は見つからなかったとして「嫌疑不十分」で不起訴処分とした。なお野村氏は2001年の暮に、脱税のかどで逮捕されてしまった。
- ※46 科料:1,000円以上1万円未満の刑罰で、金額の点で罰金と区別される。最も軽い刑罰で、拘留と同じく主として軽犯罪に対して科せられる。
- ※47 民法第415条:債務者カ其債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ亦同シ
- ※48 民法第709条 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
- ※49 民法第710条 他人ノ身体、自由又ハ名誉ヲ害シタル場合ト財産権ヲ害シタル場合トヲ問ハス前条ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ対シテモ其賠償ヲ為スコトヲ要ス
- ※50 民法第723条 他人ノ名誉ヲ毀損シタル者ニ対シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名誉ヲ回復スルニ適當ナル処分ヲ命スルコトヲ得

- ※51 積極的かつ能動的なプライバシー権:プライバシー権の撃的、動的、能動的、積極的な概念。単にほうっておいてもらったり、外からの働きかけを排除したりするだけでは護りきれないプライバシー権で、情報通信時代の特徴的な側面。本人が知らない間に蓄積されているデータベースにかかわるデータ・プライバシー、その他のDNA情報やHIV情報等の本人も知らない情報にかかわるプライバシー権がこれに相当する。
- ※52 立証責任の分配については、成文法が定めている法律要件を基準とする法律要件説が定説である。原告が権利の存在を主張している場合は、その権利の発生を定めている法律要件を構成している事実(権利根拠事実)については、原告が立証責任を負う。逆にその権利の消滅を定めている法律要件を構成している事実(権利消滅事実)及び、権利が有効に発生しないことを定めている法律要件を構成している事実(権利障害事実)については、被告が立証責任を負う。
- 権利根拠事実とは、例えば、売買契約の締結とか、不法行為を構成する故意・過失、権利侵害(違法性)、損害発生、因果関係などのことである。権利消滅事実とは、弁済や消滅時効の時の経過や権利を行使しないこと、権利障害事実とは、売買契約に錯誤があるとか、通謀虚偽表示などのことである。
- ※53 船越一幸[2001]『情報とプライバシーの権利』北樹出版、p.132参照。
- ※54 静岡県弁護士会編[2000]『情報化時代の名誉毀損・プライバシー侵害をめぐる法律と実務』ぎょうせい、p.136
- ※55 判時1341/53
- ※56 船越一幸[2001]『情報とプライバシーの権利』北樹出版、p.164
- ※57 民法第1条:私権ハ公共ノ福祉に遵フ
- 2 権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義に従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス
 - 3 権利ノ乱用ハ之ヲ許サス