

論説

不法行為法におけるプライバシー

——その権利性と受忍限度——

2016年4月入学

溝端俊介

- I. はじめに
- II. プライバシー概念について
 - 1 概観
 - 2 「自己情報コントロール権」
 - (1) 佐藤幸治の自己情報コントロール権
 - (2) プライバシーと個人情報
 - (3) 氏名等の保護
 - 3 捜査か否かでの区別——刑事訴訟法の議論
 - (1) 情報の質
 - (2) プライバシー侵害の程度?——二つの判例から
 - (3) 捜査か否かという視点
 - (4) 自由としてのプライバシー
 - (5) 小括
 - 4 判例
 - (1) 前提
 - (2) 前科
 - (3) 氏名等
 - (4) 容ぼう等
 - (5) 小括
 - 5 プライバシーの類型
- III. 受忍限度論
 - 1 公害における被侵害利益の公益性
 - (1) 鳩山秀夫・権利濫用論
 - (2) 受忍限度論
 - (3) 大阪空港訴訟

- (4) 国立マンション訴訟
- 2 「人格的利益」と公益性
 - (1) 前提
 - (2) 精神的苦痛
 - (3) プライバシー
 - (4) 小括

IV. おわりに

I. はじめに

不法行為法上の法律上保護された利益の一つとして、プライバシーが挙げられる。しかし、プライバシー侵害を理由とする不法行為の成否判断には、二つの点で、不明瞭な点がある。

第一は、どのようなものがプライバシーとして保護されるのかが明らかでない点である。

その混乱の原因は、プライバシーの概念が、いくつかの法分野で発展してきたにもかかわらず、そこで問題とされていることの差異に無自覚であったことと考えられる。

プライバシーは、日本では主に憲法学者によって論じられてきた。憲法学においては佐藤幸治が唱えた自己情報コントロール権説が通説であるとされており¹⁾、不法行為法学に

1) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第6版)』123頁(岩波書店, 2015), 長谷部恭男『憲法(第7版)』149頁(新世社, 2018)など。

においても憲法学の議論が参照され、説明がなされることが多い²⁾。

しかし、情報の取得主体が、私人か公権力か、公権力の中でも刑事手続に関わるものか否か、という点は、プライバシー概念の展開において大きな差異を生み出してきた。具体的には、次章以下で述べるように、情報の質を問題とするのか、否か、である。

本稿では、情報の取得・公開にまつわる問題をプライバシーの問題として議論する。その中で、憲法、行政法、刑事訴訟法でなされてきたプライバシーの議論を概観し、それらがなにを問題とし、どこにプライバシーの要保護性を見出してきたかを確認する。それによって、今までプライバシーの保護として語られてきたものにはそれぞれ別の根拠があることを示したい。それをもとに最高裁判例を改めて読むことで、実際にもその文脈に応じた形で、プライバシー侵害の議論が展開されていることを示す。

このような作業を通じて、私人間における不法行為法上保護されてきたプライバシーにも複数の文脈があることを示し、その混乱を解きほぐすことが、本稿の第一の課題である。

第二は、プライバシーの侵害が認められたとしても、直ちに不法行為の成立が認められるわけではない点である。

昭和60年代以降の判例は「権利侵害ないし法的利益侵害」を不法行為の独立の要件として扱っているとされる³⁾。しかしそこで権

利侵害・法的利益侵害と認められたとしても、プライバシーのような人格的利益は、「違法性」要件により免責される。

違法性判断を行う立場として伝統的なものは、我妻栄の相関関係説である⁴⁾。被侵害利益の種類と侵害行為の態様とを相関関係的に衡量して決めるこの立場⁵⁾は、あくまで権利侵害がなくとも行為の悪性次第では不法行為が成立しうる、という方向での議論であった。これに対し、公害における受忍限度論⁶⁾は法益侵害が認められても不法行為の成立が制限されることを明示的に示した。両者の落ち着くところは同じであると思われるかもしれない。しかし、受忍限度論に歯止めがきかなければ、権利さえも蝕みかねない⁷⁾との指摘があるほか、実際にも、証明責任は被害者にあるとされる⁸⁾。

そして、この従来は公害訴訟に使われてきた、「社会生活上受忍すべき限度」を超えるかどうかという基準を、容ぼう等の撮影⁹⁾や精神的苦痛¹⁰⁾、に用いる判例が現れた。

このような利益については、どんな侵害であつても不法行為となるのは問題である¹¹⁾から、なんらかの調整は必要であるとされてきた。しかし、その枠組みとして公害訴訟で用いられた枠組みを用いたことが適切であったらうか。プライバシーには、受忍限度論は妥当しないのではないか。

このような問題意識のもと、人格権・人格的利益の制限についての判例・学説を参照し、権利利益侵害があつてもなお受忍を強い

2) 窪田充見『不法行為法(第2版)』130頁(有斐閣, 2018), 潮見佳男『債権各論Ⅱ 不法行為法(第2版)』187頁(新世社, 2009), 藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』223-225頁(信山社, 2013), 吉村良一『不法行為法(第4版)』48頁(有斐閣, 2010)など。

3) 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリ1126号36頁, 39頁参照(1998)。

4) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ(第2版)』68-69頁(信山社, 2009), 窪田充見編『新注訳民法(15)』288頁(有斐閣, 2016)〔橋本佳幸〕など参照。

5) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』125-126頁(日本評論社, 1937)。

6) 加藤一郎「序論」同編『公害法の生成と展開』1頁, 26-28頁(岩波書店, 1968)。

7) 原島重義「わが国における権利論の推移」『市民法の理論』446頁参照(創文社, 2011)。

8) 具体的には、「受忍限度外であること」が請求原因事実になってしまう。伊藤滋夫『要件事実の基礎(新版)』48-49頁(有斐閣, 2015), 岡口基一『要件事実マニュアル第2巻(第5版)』574頁(ぎょうせい, 2016)等参照。

9) 最判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁(手錠・腰縄をかけられた状態の被告人を写真撮影したことが問題となった事例。以下、「平成17年判決」)。

10) 最判平成23年7月15日民集65巻5号2362頁(テレビ番組の出演者が、弁護団に対して懲戒請求をするよう呼び掛けた行為が問題となった事例。以下、「平成23年判決」)。

11) 能見善久「総論」NBL936号, 8頁, 13頁(2010)。

るための必要条件を探る。そして、それを基準とすることで、従前は総合考慮が当然視されていた人格権・人格的利益の侵害を受忍しなければならない局面を限定する。これが、本稿の第二の課題である。

以上のように、プライバシー侵害を理由とする不法行為法上の請求には、権利侵害と違法性阻却のそれぞれの点に検討すべき課題がある。以下、Ⅱ及びⅢにおいて、各課題について検討し、それらを踏まえて、Ⅳにおいてはプライバシー侵害を理由とする不法行為法上の請求がどのような場合に認められるのかを整理することとする。

Ⅱ. プライバシー概念について

1 概観

不法行為法では、憲法における議論を参照してきた。両者は一見全く別領域であるが、こと自己情報コントロール権については、後述するように、不法行為法への接続を見出すことができる。しかし、問題は、そこでいう「自己情報」なるものがなにを指しているかである。自己情報コントロール権の提唱者たる佐藤は、そこに一定の限定を付していた。そして、その限定こそが、不法行為法との接続において重要である。

一方で、その限定から外れる個人情報があることになる。しかし、そのような情報についても、保護が図られてきた。氏名等を問題とした、早稲田江沢民事事件がそれである。これについては、情報の質を問題としてこなかった、刑事訴訟法におけるプライバシー概念から説明できる。

また、個人情報保護法も、自己情報コントロール権の表れであると説明される。しか

し、これもまた、別の論理で説明されるものである。

以上のことを、次節以下で詳論する。

2 「自己情報コントロール権」

(1) 佐藤幸治の自己情報コントロール権

すでに述べたように、憲法学では自己情報コントロール権説が通説とされている。これを批判し、社会的評価から自由な領域の保護¹²⁾や自己イメージのコントロール¹³⁾を説く学説も存在するが、それらは自己情報コントロールが持つ価値を論ずるものに過ぎないとの指摘¹⁴⁾もあり、不法行為法学で主に参照されるのも自己情報コントロール権説である。あくまで不法行為法における混乱を解くという趣旨から、ここでは自己情報コントロール権について論じる。

まず、佐藤の自己情報コントロール権が本来なにを目指して提唱されたものなのかということを確認したい。佐藤がプライバシーの権利について自身の立場を明らかにしたのは、1970年の「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察」¹⁵⁾においてであった。そこでは、伊藤正己等の研究を「主として私法上の観点からなされ、対国家権力との関係において私的生活領域の保護に憲法上どのような配慮がなされるべきかについては、詳しく論ずる機会はまだ十分には熟していなかったように思われる」¹⁶⁾と評したうえで、あくまで「公法的側面」について論じている。しかし、以下のように、佐藤の議論には、不法行為法との接続を見出すことができる。

佐藤は、プライバシーの権利を「自己についての情報をコントロールする権利」¹⁷⁾と定義し、プライバシーの関心は、「高度に複

12) 佐伯仁志「プライバシーと名誉権の保護(1)～(4・完)」法協101巻7号981頁・8号1158頁・9号1406頁・11号1675頁(1984)。

13) 棟居快行「プライバシー概念の新構成」『人権論の新構成』173頁、192-194頁(信山社、1992)。

14) 宇賀克也＝長谷部恭男「情報公開・個人情報保護」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』129頁、137頁〔宇賀発言〕(有斐閣、2003)。

15) 佐藤幸治「プライバシーの権利(その公法的側面)の憲法論的考察」『現代国家と人権』259頁(有斐閣、2008)〔初出1970-1975〕。

16) 佐藤・前掲注15)265頁。

17) 佐藤・前掲注15)271頁。

雑な相互依存的社会にあつて個人が自己に関する情報をコントロールする自由を確保することによって現代社会にみあった人間の行動についての合理的なルールを確立し、もつて人格の自由なる発展の道を確認しようとする努力から生じている」¹⁸⁾とする。

「高度に複雑な相互依存的社会」について、佐藤が懸念していたことはほぼ同時期の論文¹⁹⁾に示されている。情報化社会において、「公的および私的組織における個人情報への関心は、コンピュータ技術の進展に伴って増幅され、しかも公的および私的情報システム間の連結ないしその容易な可能性によって、公的領域と私的領域との区分」²⁰⁾は曖昧化する。「道徳的自律の存在としての人間のこのようなあり方を侵す場合に、プライバシーの権利の侵害が認められるもので、その人の意思に反して接触を強要し、その人の道徳的自律と存在にかかわる情報を取得または利用することがプライバシーの侵害となると解される。」公権力が「個人の道徳的自律と存在に直接かかわる情報（例えば、個人の思想・良心等に直接かかわる情報）を取得・保有することは、この権利を侵害するものとして原則として許されない。」「直接かかわらない外的事項に関する個別情報を公権力が正当な目的のために正当な方法を通じて取得しても、直ちにはプライバシーの侵害とはいえないが、それが悪用されまたは集積されるとき、道徳的自律と存在に影響を及ぼすものとして、プライバシーの権利侵害の問題が生ずる」²¹⁾と論じた。このように、プライバシーについての要保護性の根拠として人格の自由な発展及び道徳的自律と存在に基礎を置く限り、人格権として民法上も保護を図ることができるだろう。佐藤は、プライバ

シーの価値を人間の尊厳価値に収斂させることで、「不法行為法上のプライバシーと公法上のそれとの共通のリンクを見出す」²²⁾のである。この限りにおいて、公法的側面として論じられた佐藤のプライバシー論は、不法行為法とも接続ができるのである²³⁾。

佐藤は、個人の心身の基本に関する情報をプライバシー固有情報と呼び、これ以外の情報、すなわち道徳的自律性に直接かかわらない外的事項に関する個別的情報をプライバシー外延情報と呼ぶ²⁴⁾。ここでの問題として、ここでいう外延情報につき、どこまでが含まれるのかというものがある。佐藤の述べる保護根拠からすれば、道徳的自律と存在に影響を及ぼし得る情報でなければならないはずである。実際に、後に佐藤は、「正直に言えば、当初は、電話番号帳などもあり、人の氏名・住所・電話番号などは自己情報コントロール権として保護されなければならないなどとは思ってはいませんでした。」²⁵⁾と告白している。一方で、このような氏名等について問題になった住基ネットについては、「やがて外延情報だけでなく固有情報も連結することになりはしまいかと心配しています。」²⁶⁾と問題設定をしている。

氏名等だけであればいくら集積しても道徳的自律と存在には影響を与えないように思われる。にもかかわらず、これらもプライバシーの対象とするのであれば、別の保護根拠が必要になってくるのではないだろうか。氏名等について固有情報との連結可能性を以て問題視するのであれば、それは当初の自己情報コントロール権とは性質を異にしないか。

この点につき、個人情報保護法は、氏名等を保護の対象としている。その保護根拠は自己情報コントロール権なのか、別のところ

18) 佐藤・前掲注15)271頁。

19) 佐藤幸治『『情報化社会』の進展と現代立憲主義』・前掲注15)424頁〔初出1980〕。

20) 佐藤・前掲注19)430頁。

21) 佐藤・前掲注19)438頁。

22) 佐藤・前掲注15)274頁。

23) 山本龍彦ほか「日本国憲法研究第10回・プライバシー」ジュリ1412号91頁、93頁以下（2010）の議論も参照。

24) 佐藤幸治「プライバシーの権利と個人情報の保護」・前掲注15)490頁。

25) 佐藤幸治ほか「佐藤幸治憲法学との対話・討論」法時82巻5号49頁、55頁〔佐藤発言〕（2010）。

26) 佐藤ほか・前掲注25)55頁〔佐藤発言〕。

あるのか。次節では、自己情報コントロール権の射程を明確にするため、個人情報保護法についての議論を参照する。

(2) プライバシーと個人情報

個人情報保護法制定時には、「個人情報すべてがあたかもプライバシーであるかのような感じをみんなが持ってしまった」ことへの懸念²⁷⁾が示されていた。個人情報とプライバシーとの関係はどう理解すべきなのだろうか。

個人情報保護法1条によると、この法律は「個人の権利利益を保護することを目的」としている法律である。そこでは、権利利益が何を指すのか規定されていないのだが、「自己情報コントロール権」という文言が目的規定に明記されていないことにつき、宇賀克也は、プライバシー権の意味についての共通理解が定まっていなかったためとしつつも、第三者提供に関しての本人同意原則(23条1項)、利用目的の通知の求め(27条2項)、開示・訂正等・利用停止等の求め(28～30条)を指して自己情報に対するコントロールの仕組みを導入しているとする²⁸⁾。しかし、佐藤の発言を踏まえると、佐藤の想定以上の情報までコントロールの対象としており、個人情報の要保護性を、佐藤説では説明できない。

この点につき、宍戸常寿も、行政による私人間の秩序形成を憲法解釈によって統制するという意識が希薄だったこと、単なる個人識別情報にも自己情報コントロール権の保護が及ぶと考える場合、いかなる観点からの違憲審査が求められるのかが突き詰められて検討されることは乏しかったことを挙げ、憲法上のプライバシー権と個人情報保護法制との接点が見出しにくいことを指摘する。そして、

住基ネット判決以降、強く保護すべき権利の内実を親密な人間関係にあると考え、個人識別情報の保護をひとまずそれとは切り離す方向性が出てきた、と言う²⁹⁾。

ウエットな、とも言われる佐藤の自己情報コントロール権³⁰⁾に端を発した日本のプライバシー論としては、初心に立ち返った、妥当な指摘と言えるだろう。

(3) 氏名等の保護

では、個人情報保護法における氏名等の保護はどう説明されるのか。宍戸は二つの説明を提示する。

一つは、蟻川恒正が提唱する、プライバシーを「個人に関する情報をみだりに情報管理システムに接続されない自由」の問題とすることである³¹⁾。蟻川は、京都府学連事件³²⁾や指紋押捺拒否事件³³⁾を引用し、この自由が日本のプライバシー判例の中に存在を見出すことができると主張する。情報の連結、という問題を直視した点で、上記座談会での佐藤発言の立場を言語化したものとして評価できるだろう。しかし、両事件についてはあくまで取得時中心主義であるという見方もされ³⁴⁾、連結まで視野に入れられているのか疑問であり、このような権利構成は未だ市民権を得ていないように思われる。

もう一つは、「個人情報をみだりに収集されない自由」と構成する限りにおいては、権利侵害の論理よりは、法律の留保といった実質的法治国のルール強化、あるいはセキュリティ構造の確保に関する「構造審査」を行うべきだとするものである。宍戸は、法改正が対処しようとしたのはこちらであるとする³⁵⁾。

後者の立場のように、個人情報保護法が、

27) 棟居快行ほか「プライバシーをめぐる今日的状況とプライバシー理論の現在」法時78巻4号4頁、5頁〔本橋発言〕(2006)。

28) 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説(第5版)』32-33頁(有斐閣、2016)。

29) 宍戸常寿「個人情報保護法制」論ジュリ13号37頁、46-47頁(2015)。

30) 山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリ1412号80頁、82頁参照(2010)。

31) 蟻川恒正「プライバシーと思想の自由」樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす(新版)』78頁、82頁(日本評論社、2011)。

32) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

33) 最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁。

34) 山本・前掲注30)86頁。

35) 宍戸・前掲注29)47頁。

権利侵害の論理に依るものではないとすれば、個人情報保護法違反は当然にはプライバシー侵害を意味しない³⁶⁾。氏名等が個人情報保護法の保護対象となるからという理由では、不法行為法上プライバシーとして保護を受けるわけではないのである。

3 捜査か否かでの区別——刑事訴訟法の議論

(1) 情報の質

以上のような自己情報コントロール権の理解によれば、プライバシーとして保護されるか否かは情報の質が基準となる。

しかし、刑事訴訟法の文脈においては、情報の質は問題とされていない。そうである以上、京都府学連事件も自己情報コントロール権とは別の枠組みのものとして理解すべきである。本節ではその基準を明らかにしていくことを目的とする。

刑事訴訟法においては、捜査の適法性及びそれに付随する問題としての違法収集証拠排除が問われる場面でプライバシーの議論が展開されてきた。強制処分を「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」と定義し、任意捜査につき「強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性などをも考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」と判示した判例³⁷⁾の下、

有形力行使を伴わない捜査についても対象者の意思に反してその重要な権利・利益を実質的に制約する処分を強制処分とする有力説³⁸⁾が展開された。そして、その枠組みの中でプライバシー侵害を伴う捜査を判断しようとするために、当該プライバシー侵害が「重要な権利・利益を実質的に制約」しているかが問われてきたのである³⁹⁾。

以下、プライバシーが問題になった事例につき、任意処分の限界を検討することで、刑事訴訟法上、どのようなプライバシーが重要と判断されてきたか、ひいてはプライバシーがどのような権利として想定されているかを論じる。

(2) プライバシー侵害の程度?——二つの判例から

プライバシー侵害の強制処分性につき、ここで注目したいのは米子銀行強盗事件⁴⁰⁾とエックス線検査事件⁴¹⁾ある。

前者は職務質問に伴う所持品検査について、「捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある」としたうえで、「所持品検査の緊急性、必要性が強かつた反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為であるから、これを警職法二条一項の職務質問に附随する行為として許容される」としたものである。

施錠されていないバッグのファスナーを開披して内部を一べつした行為は、捜索に至らず強制にわたらない、との判断といえる。

一方でエックス線検査事件は、「本件エッ

36) 個人情報保護法違反の事件で損害賠償を認めた、福岡高判平成27年1月29日判時2251号57頁、及びそれが引用する福岡地裁久留米支部判決平成26年8月8日判時2239号88頁は「本件情報共有が行われた当時において、HIV感染者に対する偏見・差別がなお存在していたことが認められ、HIV感染症に罹患しているという情報は、他人に知られたくない個人情報であるといえる」であることを述べる特殊な事例であるといえる。

37) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

38) 井上正仁『強制捜査と任意捜査(新版)』12頁(有斐閣, 2014)。

39) もっとも、通信傍受についての最決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁は、プライバシー侵害を理由に強制処分としながらも、昭和51年決定を引用しない。

40) 最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁。

41) 最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁。

クス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分当たるとの解される。」と判示し、施錠されているわけでもない宅配物のX線検査を強制処分であるとした。

この差をどう見るかについて、エックス線検査は、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であったという点で、所持品検査の態様でいえば、バッグのチャックを開けて内部を一瞥したという程度にとどまるものではなく、所持品の梱包を解いて開披し内容を見分したに等しいから、それによるプライバシー侵害の程度において強制処分にあたりと評価されたという説明がされる⁴²⁾。しかし、「対象者の意に反してその所持品を開披したり、その内容を点検・検査する行為態様の検査型所持品検査であって搜索または検証に至らない程度の行為などあり得るとは思われない⁴³⁾」との批判がある。行為態様で区別できない以上、強制捜査と任意捜査の限界はどのように判断すべきか。

(3) 捜査か否かという視点

この点について、稲谷龍彦が興味深い議論⁴⁴⁾をしている。稲谷は、刑事手続法の意義を、資源の適正配分とエージェンシース

ラックの封じ込めを両立し、『力の支配』の排除と『法の支配』の実現を通じて、「弱者の尊厳が暴力や圧政によって踏みじられること無く、社会的強者同様に『個人として尊重される』民主主義社会の実現」に見出す⁴⁵⁾。プライバシー権という概念に積極的意味は見出し難いとし、刑事手続における適正なプライバシー保護を実現するために、プライバシー権という概念を解釈指針とするのではなく、国民利益の最大化を目指した政府による情報の取得・保存・利用のあり方という問題の実質そのものについて、直截に判断を求める、とする⁴⁶⁾。そしてこのような観点から、米子銀行強盗事件で問題となる憲法35条は「政府が犯罪捜査に名を借りて支配領域へ侵入し、文書の渉猟的搜索・押収を通じて『敵』の特定・弾圧を行うことや、誤った判断に基づく不適切な権限行使によって、生活拠点の破壊など、健全な民主制の前提たる市民生活に重大な支障が出ることを、令状審査を通じて抑止しようという規定だと解することができる。」「この事件における所持品検査は、爆発物や銃器を有していることが疑われる人物に接触するにあたり、捜査官や周囲の安全を確保するために、それに必要な限度で所持品を開披したというものであったから」憲法35条によって規律すべきではないとする⁴⁷⁾。

逆に、エックス線検査事件においては、このような事情はないから、原則通り強制捜査となる。

笹倉宏紀は、伝統的な立場と稲谷の立場の相違について、ホイットマンの論文⁴⁸⁾を参照せよという⁴⁹⁾。笹倉は、伝統的な立場を個人の主観的利益を保護するもの、稲谷の立場を政治的自由に一元的に還元し、制度的、

42) 増田啓祐「判解」最判解刑事篇平成21年度371頁、389頁。

43) 酒巻匡『刑事訴訟法』45-46頁（有斐閣、2015）。

44) 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護』274頁以下（弘文堂、2018）。

45) 稲谷・前掲注44)317頁。

46) 稲谷・前掲注44)318頁。

47) 稲谷・前掲注44)326-327頁。酒巻も「仮にこの結論を正当化できる要素があるとすれば、対象者が猟銃とナイフを所持した銀行強盗事件の犯人である疑いが濃厚であった事情、すなわち質問を実施する警察官の生命・身体の安全確保の強い要請が認められる事情が重視されるべきであろう。」とする（酒巻・前掲注43)46頁）。

48) James Q Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L. J. 1151 (2004).

49) 笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権」法時87巻5号70頁、74頁（2015）。

客観的な価値を保護するもの、と対置し⁵⁰⁾、ホイットマンの語彙に従えば前者を **Dignity**、後者を **Liberty** に対応させているように思われる。ホイットマンの議論について、詳しく見ていきたい。

(4) 自由としてのプライバシー

ホイットマンは、プライバシーについて、アメリカは国家からの自由への権利という発想なのに対して、ヨーロッパ大陸では個人の尊厳への権利という発想という違いがあるとす⁵¹⁾。大陸的な観点では、プライバシーの権利は(もしそうしたいなら、堂々と裸を見せつける権利を含みうる)パブリックイメージをコントロールする権利である。対照的にアメリカにとっては、家の中での主権が問題であって、家の壁を取り払われた人は裸であるのと変わらない。そういう人は「プライバシーの合理的期待」が奪われた人である、と言う⁵²⁾。家の中の主権が害されることがアメリカでのプライバシーである、との主張である。

家の中の主権、ということであれば、それが脅かされること自体が権利侵害であり、実際にどのような情報を取得されたか、ということとは関係ない。

このようなプライバシー理解は、自己情報コントロール権とは異質である一方、刑事手続におけるプライバシー権とは重なる。

参考のため、簡単にアメリカの判例に触れる。「プライバシーの合理的期待」⁵³⁾は第4修正該当性判断テストとしても知られている。プライバシーの合理的な期待テストは、アメリカ刑訴判例において重要な役割を果たしてきたが、**Katz** 判決は、プライバシーが

いかなるものか定義していない。連邦最高裁が初めてプライバシーに言及したのは、**Olmstead** 判決⁵⁴⁾でのブランドアイ反対意見である。判事としてのブランドアイは、プライバシーの権利を「(もっとも包括的でもっとも重要な権利である)政府に対しての放っておかれる権利」と定義した。この定義は近年の判例の法廷意見にも採用されており⁵⁵⁾、アメリカ憲法判例のプライバシー観に通底した発想と言ってもよいのではないだろうか⁵⁶⁾。そして、スカーリアも、この権利は憲法上の権利、政府に対する権利であって、コモンロー上の権利利益に一般化されるものではないと改めて指摘する⁵⁷⁾。

(5) 小括

捜査の局面で問題になるプライバシーは、憲法35条に基づく⁵⁸⁾ものであって、佐藤が言うようなものではない。佐藤の自己情報コントロール権は道徳的自律と存在にかかわることを要求する以上、取得される情報の質が問題になるはずであるが、捜索においてはそのような区別をしない。バッグに大量の野球ボールしか入っていない場合を考えてみよう。中身を全部取り出してそれが何かを確認しようと、野球ボールをみられたところで自己情報コントロール権からはプライバシー侵害に当たらないであろう。しかし、それを捜索でないというのは困難であろうというのが率直な感想ではないか。逆に、不要物として公道上のごみ集積所に排出されたごみについて、その内容物に道徳的自律と存在にかかわる情報が含まれていたかによってプライバシー侵害の有無が左右される、ひいては強制処分該当性が左右されるということは受け入

50) 笹倉・前掲注49)74頁。

51) See Whitman, *supra* note 48, at 1161.

52) See *id.* at 1162.

53) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967), Harlan 意見。

54) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

55) Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000).

56) California v. Ciraolo, 476 U.S.207 (1986) や、Florida v. Riley, 488 U.S.445 (1989) は警察による上空からの観察を修正4条違反としない。同じ情報を、塀から侵入して得たのであれば修正4条違反になると思われ、このことは得られる情報の質ではなく、侵害の態様からプライバシーを定義するという発想の手がかりになると思われる。しかし、本稿ではこれ以上扱わない。

57) *Supra* note 55, Scalia 反対意見。

58) 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁(GPS判決)参照。

れられないだろう⁵⁹⁾。

ここで問題になっているのはホイットマンがいうところの自由としてのプライバシーである⁶⁰⁾。このような包括的な権利のことをプライバシーと呼ぶならば、「家の中」への干渉があるかどうか問題となる。情報の性質如何ではない。そして、ブランドイスやスカーリアの定義に従うなら、それは政府に対する権利であって、私人に対して拡張されるものではない。

さらに、稲谷の指摘は、刑訴法において、弱者の尊厳保護を中心に置くことで、特定・弾圧のおそれのない行為であれば対象外とする道を開いている。すなわち、捜査目的でなければ、干渉は許されるのである。

このような捜査目的と行政目的との区別は、川崎民商事件⁶¹⁾及び成田新法事件⁶²⁾で判例も採用するところであった。近時、プライバシーについても同様の判断を下した判決⁶³⁾があるので紹介する。平成28年判決は、税関職員が「郵便物の外装箱を開披し」「外装箱から2本のボトルを取り出し、ボトルの外蓋、内蓋を開け、中に入っていた白色だ円形固形物を取り出して重量を量り、その様子を写真撮影するなどした後、上記固形物の破砕片からごく微量を取り出し」た事案であり、憲法35条違反及び違法収集証拠排除が問題となった。捜査目的であれば当然に捜索と評価された事案であろう。にもかかわらず最高裁は、関税法の規定は「関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正円滑な処理という行政上の目的を、大量の郵便物について簡易、迅速に実現するための規定である」とし、「憲法35条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その

手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断することは相当でない。しかしながら、本件各規定による検査等は、前記のような行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない。また、国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行われており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行う時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利が制約される程度は相対的に低いといえる。また、税関検査の目的には高い公益性が認められ、大量の国際郵便物につき適正迅速に検査を行って輸出又は輸入の可否を審査する必要があるところ、その内容物の検査において、発送人又は名宛人の承諾を得なくとも、具体的な状況の下で、上記目的の実効性の確保のために必要かつ相当と認められる限度での検査方法が許容されることは不合理といえない。前記認定事実によれば、税関職員らは、輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物を開披し、その内容物を目視するなどしたが、輸入禁制品である疑いが更に強まったことから、内容物を特定するため、必要最小限度の見本を採取して、これを鑑定に付すなどしたものと認められ、本件郵便物検査は、前記のような行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であった」(下線は筆者による)として合憲判断をした。総合考慮の枠組みで様々なことが言われているが、エックス線検査事件と比較すると提示を求められるのが郵便事業者で

59) 最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁参照。川出敏裕「物の占有とプライバシー」研修753号3頁、8頁(2012)参照。

60) 川出・前掲注59)があくまで占有を問題にすることとも平仄が合うのではないと思われる。

61) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁。

62) 最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁。

63) 最判平成28年12月9日刑集70巻8号806頁。

あることは意味を持たないだろう⁶⁴⁾。プライバシー等への期待が低いというのは、税関検査に対してであって、捜査に対しては別異に解しうる。本件では必要かつ相当かという枠組みで審査されているが、捜査目的であれば捜索としてそのような枠組みには乗らず当然に令状を要するところであろう。結局、捜査目的か行政目的かが結論を左右していると思われる。

以上のように、捜査目的の場合に問題となる権利は、刑事手続にみだりに接続されない権利とでもいうべきものであり、情報の質を問題としない点で、自己情報コントロール権とは異なる、捜査固有のものである。

4 判例

(1) 前提

以上の検討から、以下のような結論が得られる。対公権力・対私人を問わず自己情報コントロール権は保護されているが、氏名等はその保護の対象外である。氏名等は個人情報保護の文脈でのみ保護される。さらにそれとは別に、刑事手続にみだりに接続されない権利とでもいうべきものが存在し、刑事手続上保護が図られている。

以下に引用する判例群は、「みだりに」という要件で絞りをかけるが、なにがみだりになのかどうかの判断には、どのような根拠に基づく保護なのかの検討が不可欠である。上記検討に基づき、個人の情報の取得・開示を保護した判例について保護の根拠を検討していく。

(2) 前科

公知情報の取得・公表が問題となった類型として、前科の公表をまず取り上げることとする。対公的機関と対私人それぞれが問題となり、同じように保護された類型である。

a 前科照会事件⁶⁵⁾

最高裁の、前科等は「人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者も

これをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有するのであって、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯罪人名簿に記載されている前科等をみだりに漏えいしてはならない」という判示は有名であるが、一方で「中京区長が本件報告をしたことと、本件照会の申出をした猪野弁護士との依頼者である訴外株式会社ニュードライバー教習所の幹部らが中央労働委員会及び京都地方裁判所の構内等で、関係事件の審理終了後等に、事件関係者や傍聴のため集っていた者らの前で、被上告人の前科を摘示して公表したこととの間には相当因果関係があるとした原審の判断は、正当として是認することができる」とも述べている。そこでこの部分についての原審を見ると⁶⁶⁾、「ところで、不法行為の成立するためには、違法な行為と損害との間に相当因果関係の存在を要件とする。そして前記認定のような照会があつた場合に、これに対する報告により、控訴人に前科の存在することが対立当事者である訴外会社に知らされ、かつ、労働委員会及び裁判所に訴訟資料として提出される等により公表されること、これによつて、控訴人の名誉が毀損されることは十分予見することが可能であつたということができ、これによつて控訴人が精神的打撃を受けたことは明らかである」と述べている。

控訴審も上告審も、中京区長による報告と、法廷における前科の摘示・公開との相当因果関係を判断しており、中京区長の報告だけでは損害が生じていないと解している。一方で、前科を開示したのは中京区長であるが、法廷において名誉毀損行為を行ったのは弁護士であり、中京区長に名誉毀損を認めることは直接には導きづらい事案だとも思われる。そこで、名誉毀損とは区別した、「前科等をみだりに公開されない利益」を保護したと解することができるのではないだろうか。ここでは、名誉毀損とのバランスから、「名誉、信用に直接にかかわる事項」であるこ

64) アメリカの第三者法理につき、稲谷・前掲注44)263頁以下参照。

65) 最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁。

66) 大阪高判昭和51年12月21日判時839号55頁。

とが保護の要件となっていると考えられる。

b ノンフィクション「逆転」事件⁶⁷⁾

私人による前科の公表についての判決である。「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するものというべきである」。「この理は、右の前科等にかかわる事実の公表が公的機関によるものであっても、私人又は私的団体によるものであっても変わるものではない。そして、その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益を有するというべきである。」とし、前科の公表が私人によるものでも同様に判断できると、いわゆる時の経過基準を示した。

前科照会事件と異なり、「プライバシー情報を特定人に開示した者」と「不特定多数に公表し、名誉を毀損した者」との分離がない。そのため、名誉毀損だけでも構成できうる事案であったと思われる。そのような状況において前科照会事件の定式を引用したため、評釈においては「前科をみだりに公表されない利益を、前科が人の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であることから導くが、この論理は、保護法益（名誉）を侵害されないことを保護法益（前科をみだりに公表されないこと）とするという、屋上屋を重ねる類のものというほかない。」との指摘もなされた⁶⁸⁾。これに対し、調査官は、「前科等にかかわる事実の公表は、それが真実であればこそ許さ

れないという意味で、後述するとおり、名誉棄損の成否とは別に考察されるべき要素もある。前科等が名誉あるいは信用にかかわる事項であるということから、直ちにその公表の是非が名誉棄損の成否として検討されるべき問題であるということにはならないはずである。」⁶⁹⁾と応答する。このような考慮から、本件はプライバシーの問題としたのである。そして、時の経過基準を持ち出し、非公知性を説明した。

非公知性は、プライバシーを定義した裁判例で有名な、「宴のあと」判決⁷⁰⁾でも要求されていた。しかし、公知の事実が時の経過によって私事になることはないのではないかという指摘⁷¹⁾がある。

また、名誉棄損において真実性ゆえに免責がされるのは、「その行為が公共の利害に関する事実に係りもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたとき」⁷²⁾である。公益性を考慮する以上、真実であればこそ許されないから考慮すべき事由と重なる部分が多いと考えられ、区別を図ることが適切だったか疑問が残る。

ともかく、本判決は「名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから」保護をするのであり、そのことは調査官の「それが真実であればこそ許されない」という表現からも読み取れる。

c 検索結果削除請求事件⁷³⁾

児童買春についての逮捕歴を持つXが、Yの運営する検索サービスにおいてその逮捕歴が表示されることについて、忘れられる権利を一内容とする人格権に基づく妨害排除請求権としての差止請求権を被保全権利とし、検索結果の削除を求めた事案である。

最高裁は、検索結果の提供について、検索事業者自身による表現行為という側面を有す

67) 最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁。

68) 山口成樹「判批」法教168号144頁、144頁(1994)。

69) 滝沢孝臣「判批」最判解民事篇平成6年度105頁、138頁。

70) 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁。

71) 阪本昌成「判批」重判昭和63年度(ジュリ臨増935号)24頁、25-26頁(1989)。

72) 最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁。

73) 最決平成29年1月31日民集71巻1号63頁。

ること、現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている⁷⁴⁾ことを挙げ、「検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL等情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該事実の性質及び内容、当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、その者の社会的地位や影響力、上記記事等の目的や意義、上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、上記記事等において当該事実を記載する必要性など、当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができるものと解するのが相当」と判示した⁷⁵⁾。

前科というプライバシーの枠組みで、削除請求をとらえている。

しかし、ここでの問題を、情報の公開に伴うものとみるべきではない。削除請求で問題になるものは、基本的に公知情報であるからである。本決定が時の経過基準に触れなかったのはそのためだと思われる。検索エンジンによる検索は、住基ネット判決で問題となったデータマッチングや名寄せに類似する。検索エンジンを用いると、名前と住所を打ち込むだけでその人の様々な情報が手に入る。氏名と住所がわかっているならば、その住所付近に赴き、聞き込みでもすれば前科程度の情報は手に入れられるかもしれない。しかし、検索エンジンによる検索は、極めて容易に、それと紐づけられた大量の情報を得られるという

点で大きく異なる。蟻川の言葉を借りると、ここでの問題は「計画的であると否とを問わず、権限と責任が多元化して全体を見透すことができなくなっている情報管理のネットワークシステムにおいて、個人の情報が殆ど自動的にやりとりされ、当該個人ですら、その時々において自己に関する情報が、どの範囲で流通し、自己に関する他の情報とどこまで結合されて自己の統合された像が組み立てられているかを捕捉することが不可能であるような事態それ自体」⁷⁶⁾である。

このような懸念に対して考案された「個人に関する情報をみだりに情報管理システムに接続されない自由」は、権利として広く承認されているわけではないことは既に述べた。また、蟻川がこの権利を導く際に参考とした判例は京都府学連事件と指紋押捺拒否事件である。いずれも国家との関係であって、私人によるネットワークシステムに直ちに適用できる判例ではない。個人情報保護法によってカバーされているとしても、それが個人の権利を付与するものではないことも前述した。

日本で削除請求が問題になるのは、前科についてのものが多いがために、プライバシーの問題と構成でき、一般論としては削除を認めうる裁判例が出てきている。しかし、本決定のように、プライバシーの枠組みでは公知性や公共性によつての免責がなされてしまう。問題は検索で表示される情報それ自体の質ではなくて、プロファイリングされていることにありと思われる。本稿の立場からは、削除請求の問題は伝統的なプライバシーから切り離して議論すべきと思われる。

d 小括

前科照会事件においては、名誉毀損との因果関係を認めるために、「名誉あるいは信用に直接にかかわる事項」であることが必要とされた。ここでは、前科は公知情報であることが前提になっていたと思われる。一方でノ

74) 最高裁は「知る権利」という言葉を出さなかった。最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁(レベタ事件)は知る権利の根拠につき人格の形成・発展と民主主義社会における基本的原理に資することの2つを挙げた。本件における児童買春についての逮捕歴は、後者の根拠に欠けるということだろうか。

75) 当てはめにおいて、逮捕されたことはプライバシーに属する事実だが今なお公共の利害に関する事項である、という二段階の議論をしたことは本稿での議論と軌を一にするものであるといえるだろう。

76) 蟻川・前掲注31)87頁。

ンフィクション「逆転」事件においては、時の経過基準により非公知性を導き、プライバシー性を認めた。このことにつき、「前科は(完全な)私事とはいえないとしても、前科は私事性を含むとはいえるのではないか。」「時の経過によって、私事でなかったものが私事に転ずるのではなく、当初は低かった(しかし存在はしていた)私事性の程度が高まると考えられる」「私事か否かを二者択一的に考えるのでなければ、時の経過(状況の変化)によって私事性が増減するということはおかしなことではない」⁷⁷⁾との指摘がある。

しかし、プライバシー性の判断について、古典的な発想にこだわり非公知性あるいは私事性に拘泥する必要はない⁷⁸⁾。あくまで公知情報であることは認めたくて、前科の公表がみだりに許されない理由を考えることで足りる。実際に、前科照会事件は非公知性に触れずに「名誉あるいは信用に直接にかかわる」ということを提示し、不法行為を認めているのである。これは、個人の道徳的自律と存在に根拠をおく佐藤の自己情報コントロール権から説明できる事態である。そうである限り、公的機関に対してでも私人に対しても、要保護性は同様に語ることができる。

(3) 氏名等

次に、氏名等について検討する。氏名や住所は「名誉や信用に直接にかかわらない公知事項である。これについて、下級審の判示⁷⁹⁾をもとに住居情報も特段の事情を要せずにプライバシーと保護すべきことが明らかになったとする論者もいる⁸⁰⁾。しかし、2で述べたように、これらは佐藤の自己情報コ

ントロール権の対象にならない情報である。氏名等がプライバシーであるから保護されるのか、ほかの考慮により保護されるのかを明らかにするため、これらを保護したかに見える二つの最高裁判決⁸¹⁾を検討する。

a 早稲田江沢民判決⁸²⁾

「本件個人情報、早稲田大学が重要な外国国賓講演会への出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供を求めたものであるところ、学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行うための単純な情報であって、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えすることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである。」とし、氏名等につき自己情報コントロール権を認めた判例と位置づけられることもある⁸³⁾。

しかし、この判決は「早稲田大学は、警視庁から、警備のため、本件講演会に出席する者の名簿を提出するよう要請され」「本件講演会の警備を警察にゆだねるべく、本件名簿を提出することとした。」事案である。学生らが自治会所属の活動家だったこともあり、警察による捜査活動として行われたと評価できうる事案であった。

b 住基ネット判決⁸⁴⁾

京都府学連事件を参照し、「憲法13条は、

77) 大村敦志『不法行為判例に学ぶ』192頁(有斐閣, 2011)。

78) 佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務(第2版)』12頁(弘文堂, 2010)参照。

79) 東京地判平成10年11月30日判時1686号68頁, 東京高判平成14年1月16日判時1772号17頁。

80) 佃・前掲注78)71頁。

81) なお、潮見・前掲注4)201頁は最判平成元年12月21日民集43巻12号2252頁を「氏名・年齢・電話番号が『私生活の平穩』に関する人格的利益と捉え」る判決だとしているが、この判決は「電話、葉書、スピーカーによる嫌がらせや非難攻撃を繰り返し受け、家族に対してまで非難の宣伝をされた者があり、その余の者も右事実を知り同様の攻撃等を受けるのではないかと落ち着かない気持ちで毎日を送ったこと」を私生活の平穩の侵害と判断していると解される。氏名の公表それ自体を問題とするものではないと判断し、ここでは検討の対象としない。

82) 最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁。

83) 潮見・前掲注4)201頁。

84) 最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。

国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」とした。続けて、次のように言う。

「そこで、住基ネットが被上告人らの上記の自由を侵害するものであるか否かについて検討するに、住基ネットによって管理、利用等される本人確認情報は、氏名、生年月日、性別及び住所から成る4情報に、住民票コード及び変更情報を加えたものにすぎない。このうち4情報は、人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている個人識別情報であり、変更情報も、転入、転出等の異動事由、異動年月日及び異動前の本人確認情報にとどまるもので、これらはいずれも、個人の内面に關わるような秘匿性の高い情報とはいえない。これらの情報は、住基ネットが導入される以前から、住民票の記載事項として、住民基本台帳を保管する各市町村において管理、利用等されるとともに、法令に基づき必要に応じて他の行政機関等に提供され、その事務処理に利用されてきたものである。」住民票コードについても、「上記目的に利用される限りにおいては、その秘匿性の程度は本人確認情報と異なるものではない。」と述べ、本人確認情報の非公知性を確認した。原審がデータマッチングや名寄せの危険性の存在によりプライバシー侵害を認めたことに対しては、「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずに又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」ことを理由に合憲と判断した。

一方で、「都道府県知事は、同法別表に掲

げる国の機関等、区域内の市町村の市町村長その他の執行機関又は他の都道府県の執行機関等から、法令又は条例によって規定された一定の事務の処理に関し求めがあったときは、政令又は条例で定めるところにより、本人確認情報を提供する（同法30条の7第3項～6項）。」ことは認められており、現に総務省や厚生労働省などに提供されていた⁸⁵⁾ ことについては、問題とされていない。

c 検討

早稲田江沢民判決の調査官は、「個人識別情報が警察機関に開示されることに推定的同意を定型的に認められるかは疑問であろう⁸⁶⁾」と述べるが、定型的な判断をするのであれば、同意を問題とすることなく、警察に開示しない利益を認めれば足りる。職務質問における所持品検査と同様、個人識別情報自体に要保護性を見出すのではなく、警察による捜査だから保護されると考えればよい。4で指摘したように、警察の捜査の文脈においては干渉それ自体が問題となりうるのである。こう解すれば早稲田江沢民判決は捜査機関への情報提供をした事案として限定的に解されるべきだ、ということになる⁸⁷⁾。

一方で、住基ネット判決は、データマッチングや名寄せの危険があれば違憲の余地があるとも読める⁸⁸⁾。実際に、住民基本台帳が流出した事件としてこの判決以前の下級審には、「氏名、性別、生年月日及び住所は、社会生活上、被控訴人らと関わりのある一定の範囲の者には既に了知され、これらの者により利用され得る情報ではあるけれども、本件データは、上記の情報のみならず、更に転入日、世帯主名及び世帯主との続柄も含み、これらの情報が世帯ごとに関連付けられ整理された一体としてのデータであり、被控訴人らの氏名、年齢、性別及び住所と各世帯主との家族構成までも整理された形態で明らかになる性質のもの」と判示し、宇治市に対し損害

85) 「指定情報処理機関における本人確認情報の提供状況に関する公告」2003年8月14日 (http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/jichi_gyousei/c-gyousei/daiyo/pdf/h1408-h1507.pdf, 2019年9月18日最終閲覧)。

86) 杉原則彦「判解」最判解民事篇平成15年度478頁, 491頁。

87) 松井修「判批」田島泰彦ほか編『表現の自由とプライバシー』242頁, 247頁参照(日本評論社, 2006)。

88) 佐藤も、「本判決をもって、住基ネットが無条件に合憲とされたと解してはならないであろう。」と述べる。(佐藤幸治『日本国憲法論』185頁(成文堂, 2011))。

賠償を認めたものがある⁸⁹⁾。この問題は2で指摘したところである。名寄せの問題は個人情報保護法がまさに問題とするところであり（同法2条1項⁹⁰⁾、あくまでその問題として判断すべきものである。現段階では権利侵害のルールに乗るものではない。

住基ネット判決の調査官解説は、個人に関する情報が「みだりに」第三者に開示又は公表されたか否かについて、「憲法13条が個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利・自由を保障したものと解されることからすれば、個人の人格的生存ないしその尊厳が脅かされるような態様で開示等が行われたか否か、又はその具体的な危険があるか否かという観点から判断されるべきものと考えられる⁹¹⁾」という。確かにこのような場合には、なんらかの権利侵害があるように思われる。しかし、氏名のような単純情報の開示であつて、個人の人格的生存ないしその尊厳が脅かされるような態様として考えられるのは、ストーカーや「名簿屋」、逮捕等の刑事手続への利用等ではないか。この場合、ストーカーについては、ストーカー自身を規制法で対処し、氏名等をストーカーに伝えた者には共犯関係がある場合にストーキングの共同不法行為として対処すれば足りる。名簿屋については個人情報保護法の規制がかかる。また、その開示により逮捕勾留されうるとしても、それは刑事手続との関連で議論すればよい。つまり、氏名等の情報につき、氏名等の情報だからという理由で議論する必要性は薄い。

(4) 容ぼう等

以上の考察を基に、容ぼうの写真撮影に関する判例を見ていきたい。容ぼうは、公の場である限りは非公知性を満たさないにもかかわらず、一定の場合にはその取得・公表から保護される。最後に容ぼうをとりあげるのは、捜査との関係だから保護された場合と、道徳的自律と存在にかかわるから保護された

場合、すなわち自己情報コントロール権として保護された場合が並存していると考えられるからである。

a 京都府学連事件

「憲法一三条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定しているのであつて、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するものといふべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法二条一項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。」とし、その正当化には現行犯的状况などを考慮要素とした。

犯人のみならず、写りこむ第三者が警察に写真撮影されることでも「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が侵害されると捉えている⁹²⁾。犯人の容ぼう・姿態は、

89) 大阪高判平成13年12月25日判自265号11頁。上告受理申立てがなされたが、不受理。

90) 宇賀・前掲注28)38頁参照。

91) 増森珠美「判解」最判解民事篇平成20年度141頁、164頁。

92) この点につき、強制処分の特外であることから、客観法的構成をとった判決だと理解する論稿もあるが（小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論ジュリ1号118頁、122-123頁（2012））、任意捜査としての拘束がかかる以上、権利侵害は存在するというべきである。

まさに犯行を行っている状況である以上、道徳的自律と存在にかかわる事項とも言いうるが、映り込んだに過ぎない第三者についても撮影を問題視することは、それからは説明できないようにも思われる。これは、容ぼう・姿態がそれ自体道徳的自律と存在にかかわる特別な意味を有しているからなのか、あるいは警察による捜査の局面だからなのか。「少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されない」とする判示が判例の射程においてどこまでの意味を持つのか。比較するために、私人との関係で容ぼう・姿態が問題になった判決を見ていきたい。

b 石に泳ぐ魚判決⁹³⁾

様々なことが名誉・プライバシー侵害と主張されているが、ここでは私人による容ぼうの公表についての部分を取りあげる。この部分につき上告審は原審を是認したにとどまるので、原審⁹⁴⁾を引用する。

「控訴人らは、被控訴人の顔に大きな腫瘍があることは本来秘匿できない外貌にかかる事柄であるから、プライバシーの侵害など起きようがない旨主張する。

しかし、個人の障害や病気の事実は、個人に関する情報のうちでも最も他人に知られたくない類のものである。特に外貌に関わる障害の事実は、その障害が本件のように類症例が少ないものである場合、その人物の他の属性等と合わせて公表されれば、それ自体が周囲の好奇の対象となるであろう。そして、このような事態がその者の社会的行動に多くの制約や悪影響をもたらすであろうことは容易に推測される。」

「このようなことから、顔に腫瘍がある者は、その障害の事実や手術歴等を殊更に公表されることを欲しないのである。そして、心ある人々は、心の痛手が拡大しないよう配慮をめぐらせ、それらの善意ある行動もまた、個人の平穏な日常生活や社会生活の支えになっているものと認められる。そうであるの

に、これを無断で公表することは、障害それ自体の苦痛のうえに、更に、他人の好奇の眼や差別によって苦しめられている者の精神的苦痛を倍加する不法な行為であって、人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たるというべきである。日常生活に必然的に付随する私生活の領域で被控訴人の外貌に関わる事実が知られているからといって、第三者が被控訴人の了解もなく、小説の出版という方法によってより広い領域で右のような事実を公表する行為は、許されるべきものではない。

以上の次第であって、本件小説中の顔に大きな腫瘍があることに関する記述部分は、被控訴人の障害の事実を公表されない利益を侵害するものである。」

腫瘍について、「知られたくない類のもの」「他人の好奇の目や差別によって苦しめられている」などの評価を加え、「本来秘匿できない外貌にかかる事柄」であるという認定を覆している。また、「人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たる」という認定を行う。容ぼうの公開によって精神的苦痛を受けたことを人格権の著しい侵害とし、それゆえにプライバシー侵害があるとす。容ぼうの公開を直接にプライバシー侵害としたわけではないことは、下級審ながら注意すべき判示であると思われる。

c 平成17年判決

私人による容ぼうの撮影、そのイラストの公表を問題とした事案であるが、撮影についての部分を取りあげる。

「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する」(京都府学連事件参照)。「もっとも、人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合

93) 最判平成14年9月24日裁判集民207号243頁。

94) 東京高判平成13年2月15日判タ1061号289頁。

考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである。

これを本件についてみると、前記のとおり、被上告人は、本件写真の撮影当時、社会の耳目を集めた本件刑事事件の被疑者として拘束中の者であり、本件写真は、本件刑事事件の手続での被上告人の動静を報道する目的で撮影されたものである。しかしながら、本件写真週刊誌のカメラマンは、刑訴規則 215 条所定の裁判所の許可を受けることなく、小型カメラを法廷に持ち込み、被上告人の動静を隠し撮りしたというのであり、その撮影の態様は相当なものとはいえない。また、被上告人は、手錠をされ、腰縄を付けられた状態の容ぼう等を撮影されたものであり、このような被上告人の様子をあえて撮影することの必要性も認め難い。本件写真が撮影された法廷は傍聴人に公開された場所であったとはいえ、被上告人は、被疑者として出頭し在廷していたのであり、写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものではない。以上の事情を総合考慮すると、本件写真の撮影行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて、被上告人の人格的利益を侵害するものであり、不法行為法上違法であるとの評価を免れない。そして、このように違法に撮影された本件写真を、本件第 1 記事に組み込み、本件写真週刊誌に掲載して公表する行為も、被上告人の人格的利益を侵害するものとして、違法性を有するものというべきである。」

京都府学連事件を私人間の事例でも引用し、みだりに撮影されない自由を肯定した。調査官解説では、「肖像写真に関する人格的利益が認められるとはいっても、承諾なく他人の容ぼう等を撮影する行為が社会生活上直ちに違法になるとは解されない。運動会等の行事の写真を撮影する行為、私人が平穏な態

様でスナップ写真を撮影する行為などは、社会生活上許された行為といえ、その写真に他人の容ぼう等が写り込んでいたとしても、被撮影者の承諾がなければ不法行為が成立するというものではないといえよう⁹⁵⁾とする。結論には同調するが、それがどうして許されるのか。

本判決は、撮影者の行為態様も含めた総合考慮により「違法」が判断されている。そのため、必ずしもどのような権利利益を問題としているのか明らかではないが、被撮影者側の事情として「手錠をされ、腰縄を付けられた状態の容ぼう等」の撮影であることと、「写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものではない」ということを認定している。そのうち、後者については、「傍聴人に公開された場所」である以上、決定的な意義を有するとは考えづらい。たとえば、法廷における証人の撮影がされたとしても問題にならなかったのではないかと。手錠をされ腰縄を付けられた状態であることが社会生活上受忍の限度を超えたかの判断において重要であったと考える。

d 小括

容ぼうの取得は、人の身体そのものに向けられたものであるために、それだけで道徳的自律と存在にかかわるとも評価しうる。たしかに、警察による撮影が問題となった京都府学連事件は、容ぼう等になんらの限定をかけていない。ところが、私人による撮影・公表が問題になった両事件では、顔の腫瘍や、手錠・腰縄といったことが権利侵害を判断するうえで重要になっている。これらのことは、障碍者に対する差別すなわち社会内部における不承認⁹⁶⁾や、罪人として受動的身分⁹⁷⁾への格下げを前提に、**dignitary harm**⁹⁸⁾が問題になっているともいえる。石川健治によれば、『人間の尊厳』や不可侵性とは、その実践的な自己関係の全側面において、主体が社

95) 太田晃詳「判解」最判解民事篇平成 17 年度 773 頁、789-790 頁。

96) 石川健治「人権享有主体論の再構成——権利・身分・平等の法ドグマティック」法教 320 号 62 頁、67 頁 (2007)。

97) 石川・前掲注 96) 64 頁。

98) 石川健治「人格と権利——人権の観念をめぐるエチュード」ジュリ 1244 号 24 頁、28 頁 (2003)。

会から承認されている事態にほかなら⁹⁹⁾ない。不承認を助長する行為は、尊厳に対する攻撃であり、佐藤の言う道徳的自律と存在にかかわることにもなる。

これらを踏まえると、容ぼうについての判例は、以下のように整理できる。まず、容ぼうはそれ自体が道徳的自律と存在にかかわるものとまではいうことができない。京都府学連事件は捜査だから保護される局面であったから、客体の性質には立ち入らずに権利侵害を認めることができたのであり、石に泳ぐ魚事件及び平成17年判決はそうではなかったから、客体の性質が道徳的自律と存在にかかわることを論証せねばならなかったのである。

(5) 小括

以上、自己情報コントロール権の視点と、刑事手続にみだりに接続されない権利の視点、そして個人情報保護の視点とから最高裁判例を分析してきた。この試みにより以上の最高裁判例は、自己情報コントロール権が問題になったものとして前科についての2判決と石に泳ぐ魚事件と平成17年判決、刑事手続にみだりに接続されない権利として早稲田江沢民事件と京都府学連事件、というように分類できる。

自己情報コントロール権は、個人の道徳的存在と自律に基礎を置く限り、対公権力、対私人を問わず保護される。前科照会事件とノンフィクション「逆転」事件から読み取れるところである。一方で、住基ネット事件で問題となった氏名等は、個人情報保護の文脈で語られるべきものであり、私人に対して権利として保護されるものではない。

刑事手続にみだりに接続されない権利として問題になった以上、二つの判決が述べたことは、私人間に一般的に拡張すべきではない。実際に、容ぼうについての私人間についての判例は、要保護性を語るに際し、単に容ぼうというのではなく、腫瘍であったり手錠腰

縄であったりと制限を加えているのである。

これらは、「プライバシー」という言葉で一括りにされながらも、異なる内容のものとして併存しているのである。

5 プライバシーの類型

性質の異なる二つのプライバシーが、日本の議論において併存している。

佐藤が述べる自己情報コントロール権は、アメリカの判例分析に端を発しながらも、ドイツの人格権についての議論を参考にし¹⁰⁰⁾、人間の尊厳価値に収斂させたドイツ的、大陸的なものである。

それとは別に、刑事手続にみだりに接続されない権利、というアメリカ的な「自由」のプライバシーが存在している。この権利は判例上も確認できるものであるが、政府に対する権利と構成されるアメリカと異なり、捜査機関に対するものとして限定されている。それは、稲谷の言を借りれば特定・弾圧のおそれの有無により説明できる。

従前から、「国家に対しては私的領域における行動や思想や情報の開示に関する放棄できない自己決定の自由を意味し、また国家と区別される社会に対しては情報の相互の獲得と利用に関する行為規範の遵守を要求できることを意味する」¹⁰¹⁾といったように公法と私法とにおける差異として語られてきた¹⁰²⁾ものは、この自由由来のものと尊厳由来のものとの差異であったと整理できよう。

さらに、この二つに加えて個人情報保護の要請が存在する。これは、従前からプライバシーからの区別が意識されてきたが、なお混乱が見られた領域であると言える。氏名等の個人情報については、あくまでこの要請に基づいて保護されるに過ぎないものであり、自己情報コントロール権が及んでいるわけではない。

99) 石川・前掲注98)28頁。

100) 佐藤・前掲注15)271頁。

101) 浅野有紀「プライバシーの権利における公法と私法の区分の意義」佐藤幸治古稀『国民主権と法の支配(下)』179頁、207-208頁(成文堂、2008)。

102) 松井茂記「個人情報保護基本法とプライバシーの権利」ジュリ1190号40頁、42頁(2000)参照。

以上の三つの事柄を、ひとくくりに「プライバシー」の言葉で議論してきたために、混乱が生まれてきた。問題領域の区別をすることなく、どこまでがプライバシーとして保護されるのかを議論してきたがために、巨大な「プライバシー」が観念され、本来それぞれの領域が問題としたものとは無関係なものまでがそれに含まれてしまっていた。容ぼうの撮影や氏名の公表が、無制限にプライバシー侵害であるとされるような議論が展開されてきたのである。

自己情報コントロール権は、対公的機関、対私人を問わず保護されるものであるが、対象となる情報は尊厳にかかわるもの、道徳的自律と存在にかかわるものに限られる。それらの内容の追究は本稿では行うことができなかったが、少なくとも、健常者の容ぼうや、氏名はそれに含まれない。刑事手続にみだりに接続されない権利は、単純情報の取得公表をも保護しうるが、それはあくまで捜査との関係においてのみである。個人情報保護の要請は、権利侵害の論理によるものではなく、それだけでは不法行為を構成しない。もし権利として保護したいのであれば、「情報システムにみだりに接続されない」という問題について正面から向き合い、その危険性を論じ、権利として成熟させていくことが求められるだろう。しかしそうだとすると、それは「情報システム」を相手にする場合に限られる。一人の私人が行う場合は、プライバシー侵害には当たらないのである。

Ⅲ. 受忍限度論

以上のような基準のもとで、プライバシー侵害が認定されたとしても、受忍限度論により、不法行為が成立しないことがある。さらに、公害問題と同じであれば、受忍限度外であることを被害者が主張しなければならない。

公害問題について展開されてきた受忍限度論が、プライバシー侵害にも適用される点につき、「表現行為の正当性という視点を取り込んで位置付けられている点に注目される。そこには、地域環境等を考慮しながら、被害者の利益の要保護性を判断していくという受忍限度の基本的な考え方と共通の視点を見出すことができる」との指摘¹⁰³⁾がある。しかし、「表現行為の正当性」とはなにを指すのか。表現の自由があるからといって、すべての表現行為が「正当」というわけではないであろう。

以下では、公害問題における受忍限度論の展開を概観しながら、権利を侵害されても受忍すべきとされる根拠を探る。

そして、「正当」か否かの判断について、侵害行為だけでなく、被侵害利益自身の性質にも着目すべきことを示す。

1 公害における被侵害利益の公益性

まず、公害問題において発展した学説上の受忍限度論について検討する。そして受忍限度論が、公害を不法行為の問題と捉えつつもどのような考慮のもとで、「受忍すべき」かどうかという基準を導入したのかを明らかにしたい。その上で、判例の議論として、大阪空港訴訟がどのような判断をしたかを確認し、被害者に受忍を強いるための必要条件を探ることとする。

(1) 鳩山秀夫・権利濫用論

今日の受忍限度論の原型ともいえるべき違法論を鳩山が述べたとされる¹⁰⁴⁾。鳩山は、セメント工場からの降灰事件をきっかけに、公害問題の権利濫用論による解決を論じている¹⁰⁵⁾。「セメント製造は、法律に於て認許せられたる営業行為なり、換言すれば権利の実行なり、縦令他人に損害を加ふることありと雖も権利の実行なるが故に不法行為を構成

103) 窪田・前掲注2)61頁。

104) 原島・前掲注7)467-468頁。

105) 鳩山秀夫「工業会社の営業行為に基く損害賠償請求権と不作為の請求権」同『債権法における信義誠実の原則』425頁以下(有斐閣、1955)[初出1911]。

することあるべからず」¹⁰⁶⁾とする見解を排し、「個人の権利を以て絶対と為すべきにあらず、社会団体の維持と発達を害せざる範囲に於て即ち善良の風俗に反せざる範囲に於てのみ権利の存在あり其適法なる行使あり」¹⁰⁷⁾とする。違法性論の勃興以前であるし、当時の鳩山が、不法行為の要件としての権利侵害は絶対権に限るとしていたこともあってか¹⁰⁸⁾、侵害された住民の権利からではなく、侵害行為の側から問題をたて、それが権利行使であるにもかかわらずどのような場合に不法性を有するかという思考方法がとられている。このことについては、「住民の権利を侵害すれば原則として不法行為となり、何らかの阻却事由が存在する場合にのみ適法性が確保されるというのとは逆転された論理が取られている」との批判がある¹⁰⁹⁾。しかし、権利の実行は不法行為を構成しないとの見解¹¹⁰⁾を排した点で、当時としては十分に公害被害の救済に意義がある見解であったといえる¹¹¹⁾。

その鳩山説が、受忍限度論の原型であるとはどういうことか。それは、権利濫用の基準を善良の風俗に求め、さらにそれを国民一般の観念で決する¹¹²⁾こととした点にある。このことが、「国民一般にとって、言い換えれば殖産興業政策の上から、その有用性が大きいと見られれば、被害者のあるていどの損害は受忍されねばならぬ、という利益衡量であろう」との評価を受けたのである¹¹³⁾。

(2) 受忍限度論

その後発展した受忍限度論はどのようなもので、受忍を強いる根拠はどこにあるのだろうか。まず、受忍限度論の代表的主張者であ

る加藤一郎の主張を検討する。加藤は、「ばい煙がまっすぐに上らずに、土地の境界線をこえて、他人に被害を与えた場合には、所有権ないし営業権の範囲をもととこえていることになり、むしろ原則としては違法である。ただ、社会共同生活を営んでいる以上は、おたがいにある程度までは受忍しなければならない範囲というものがある。つまり、原則としては違法性があり、一定の受忍限度以下の部分については、例外的に違法性がないと考えるべきだというわけである」¹¹⁴⁾と述べる。ここでは「社会共同生活を営んでいる」ことが権利侵害を受忍する根拠となっている。しかし、それ以上の説明はなく、その意味するところは不明瞭である。

その意味を探るにあたり、まず、侵害行為の公益性は受忍の根拠となるかという議論を参考にしたい。原島による鳩山説の評価は侵害行為の公益性を受忍の根拠としているが、受忍限度論においてはどうかだろうか。

加藤は、被害の程度により、「つねに受忍限度をこえる」場合、「事情によって受忍限度をこえたりこえなかつたりする」場合、「つねに受忍限度をこえない」場合があることを認める¹¹⁵⁾。そこで、総合考慮がなされるのは二番目の場合のみであるのだが、加藤は公益性を考慮要素とするかどうかにつき、「公益性のために被害者に受忍を強いることは不当」であるから賠償すべきであるというのが原則であろうとしつつ、「公益性があるということになると、被害者としてはある程度まではがまんすることになり、被害感情が小さくなる」から間接的に考慮の対象となるにとどまる¹¹⁶⁾、とする。

106) 鳩山・前掲注 105)428 頁。

107) 鳩山・前掲注 105)432 頁。

108) 我妻栄「序」鳩山・前掲注 105)1 頁、26 頁。

109) 吉村良一『公害・環境私法の展開と今日的課題』146-147 頁 (法律文化社、2002)。

110) 大判明治 35 年 5 月 16 日民録 8 輯 5 卷 69 頁、大判明治 38 年 12 月 20 日民録 11 輯 1702 頁などがあげられる。

111) 吉村・前掲注 109)147 頁。

112) 鳩山・前掲注 105)434 頁。

113) 原島・前掲注 7)468 頁。

114) 加藤・前掲注 6)27-28 頁。

115) 加藤・前掲注 6)31 頁。

116) 加藤・前掲注 6)32 頁。

加藤以外の受忍限度論者においても侵害行為の公益性、公共性は、損害賠償において考慮することに批判が強い¹¹⁷⁾。「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」という民法1条1項規定も、解釈指針とすることは批判される¹¹⁸⁾。侵害行為の公益性があるからと言って「社会共同生活を営んでいる以上は受忍しなければならない」わけではないのである。

次に、受忍限度論を公害一般に対して適用することに対して向けられた批判¹¹⁹⁾を、考察の参考にする。それは「受忍限度や認容限度が認められる実態関係とは、市民法的関係における立場の互換可能性の有無によって異なる」とする。そして、個人対個人では立場の互換可能性を認めるが、個人対企業、個人対国家では立場の互換可能性は認められないとし、受忍限度論は妥当しないというものである。

互換性の問題は、沢井裕¹²⁰⁾がより詳しく論じている。「市民法的利益衡量が妥当しうるのは、当事者間に市民的平等が確保され、加害者と被害者の間に立場の互換性が存在する場合に限られる」とする。そして、「われわれが諸活動をなすにあたり、試合しうる領域を超えて他人に被害をもたらした場合には、原則として違法とみななければならないが、それでも社会生活を送る以上、ある程度の騒音・煤煙・臭気等生活妨害が領域外に及ぶことは不可避であり、相互受忍は差止・賠償のいずれにおいても必要である」「しかしこれはあくまで相互の受忍であるがゆえに公平が担保されるのである」とする。互換性のある平等な市民相互間では、「たまたま当該事件では活動を抑圧される隣人にとっても、結局は」「利益をもたらすのだという価値観」があれば足りるが、「市民生活相互から、市民対小企業、市民対大企業、市民対コンビ

ナートと移るにつれて、互換性は乏しくなっ
てゆき、そしてこれに対応して、利益衡量の
判断基準は被害者に傾かなければならぬとい
う点で、疑問の余地はない」とするのであ
る。

たしかに、公害における個人と企業との関
係は、企業が受忍することはないのだから相
互の受忍という要件は欠く。しかし、結局は
利益をもたらすことについては、企業や国家
からも、個人は利益を受けることはありう
る。公益性を考慮要素とすることに反対する
野村も、「一般人の被害感情がそれほど強く
なく、損害の転嫁の可能性が少なく、さらに
その活動の存在によって被害者自身も恩恵を
こうむっている、というような場合には、損
害賠償を認めなくてもよいことがあり得るか
もしれない¹²¹⁾」と述べるのである。

以上の検討を踏まえて受忍の根拠の問題に
戻ろう。社会生活を営む以上は受忍しなければ
ならないとはいうのであるが、そこに互換
性はない。にも関わらず受忍を強いるのであ
れば、少なくともこの「被害者自身も恩恵を
こうむる」関係があつて初めて説明できるの
ではないか。

(3) 大阪空港訴訟¹²²⁾

大阪空港訴訟は、この視点を示唆する。
「これら住民が空港の存在によつて受ける利
益¹²³⁾とこれによつて被る被害との間には、
後者の増大に必然的に前者の増大が伴うとい
うような彼此相補の関係が成り立たないこと
も明らかで、結局、前記の公共的利益の実現
は、被上告人らを含む周辺住民という限られ
た一部少数者の特別の犠牲の上でのみ可能で
あつて、そこに看過することのできない不公
平が存することを否定できない」と判示す
るのである。

判旨が暗に指摘しているように、利益衡量
のためには、少なくとも被害と利益の彼此相

117) 淡路剛久『公害賠償の理論(増補版)』239頁(有斐閣, 1978)など。

118) 川井健「民事紛争と『公共性』について」判例時報797号3頁, 3-4頁(1976)。

119) 平野克明「受忍限度と民事責任」法セミ221号95頁, 98頁(1974)。

120) 沢井裕『公害差止の法理』91-93頁(日本評論社, 1976)。

121) 野村好久「故意・過失及び違法性」加藤編・前掲注4)411頁。

122) 最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁。

123) 航空機による迅速な公共輸送の必要性, を指す。

補の関係が必要であると解すべきであろう¹²⁴⁾。ある利益の消費(被害)によって、必然的に被害者も含めた多数者の利益が生じる、この関係にあることを「被侵害利益の公益性」がある、と呼ぶこととする。被侵害利益の中に、そのような公益性が組み込まれていない限り、受忍するいわれはない。従前は、侵害行為の公益性が受忍の考慮要素となるか、という議論がなされていたが、その議論をする前提として、被侵害利益の公益性が必要なのである。

(4) 国立マンション訴訟¹²⁶⁾

公害問題ではないが、広く環境問題として、「良好な景観の恵沢を享受する利益」を法律上保護された利益として認めた国立マンション訴訟についてもここで検討する。「被侵害利益である景観利益の性質と内容、当該景観の所在地の地域環境、侵害行為の態様、程度、侵害の経過等を総合的に考察して判断すべき」旨を示し、「本件建物の建築は、行為の態様その他の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くものとは認め難く、上告人らの景観利益を違法に侵害する行為に当たるといふことはできない」としたのである。

「本判決は、公害・生活妨害で従来受忍限度といわれていた要素を掲げているというよりも、我妻博士の(古典的な)相関関係説を重視し」「『侵害行為の態様』を重視している」¹²⁷⁾という指摘があるが、「それとともに、従来受忍限度の要素とされてきたものを幾つか挙げている」¹²⁸⁾のであって、そのことは

大きな差異ではないであろう。

ここでもやはり、景観利益は、公益的なものであるといわれる¹²⁹⁾。しかし、そこで行われる公益的の意味は異なる二つのものが混在していたと思われる。

第一は、「特定の個人に排他的に帰属するものではない」¹³⁰⁾という意味における公益性である。これは、不法行為法上保護される利益であるかどうかという問題意識のもとで注目されていた側面であって、本稿でいう被侵害利益の「公益性」とは異なるものである。

第二は景観利益の「一定地域の土地や空間の利用のあり方に関わる」¹³¹⁾性格としての公益性であり、これが本稿で着目する「公益性」である。都市開発のためには、ある程度景観利益を犠牲にせざるを得ない。しかし、景観利益を享受できなくなった住民は、都市開発による便益を享受できるようにもなる。このように、景観利益と都市開発による便益は彼此相補の関係に立ち、かつ、それは大阪空港訴訟と違い密接なものである。景観法が景観保護によって「国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与すること」(1条)を目的とすることも、それを示しているであろう。

景観利益は、このような公益としての側面があるとともに、「形成された良好な景観は、一定地域の住民が事故の生活のアメニティに関わって個人として享受しうる、その意味で私的な利益」でもある、「すなわち、それは公益としての側面と私益としての側面を併せ持っており、公私のオーバーラップが見られ

124) 調査官解説は、このような考慮をした理由について、公共性考慮否定説をとると「加害行為の帶有する積極的、一般的価値が違法性の評価に反映しないことになり、違法性の評価において被害の救済の観点が強調される反面、どのような行為をどの範囲で許容するのが相当かという視点が後退することになるという点に問題がないとはいえないように思われる」(加茂紀久男「判解」最判解民事篇昭和56年度659頁,819頁)とする。しかし、これは否定説の批判に答えていないし、受忍限度を超えれば違法というものは単なるトートロジーであろう(原島重義「法と権利に関するひとつの試論」同・前掲注7)53頁,60頁)。

125) 厚木基地訴訟(最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁)も、彼此相補の関係を要求し、それを検討しなかった審理不尽があるとして原審に差し戻した。

126) 最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁。

127) 大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリ1323号70頁,79頁(2006)。

128) 大塚・前掲注127)79頁。

129) 窪田編・前掲注4)688頁〔吉村良一〕,大塚直「環境訴訟における保護法益の主観性と公共性・序説」法時82巻11号116頁,122頁(2010),潮見・前掲注4)249頁など。

130) 窪田編・前掲注4)688頁〔吉村良一〕。

131) 吉村良一「判批」法時79巻1号141頁,143頁(2009)。

る」とされる¹³²⁾。つまり、公益としての側面は、私益性が認められたとしても消えるわけではないのである。ここでも、ある人の景観利益を犠牲にすることによって、その人も含めた人間が土地・空間の利用についての利益を受ける彼此相補の関係が認められるのである。

判旨が、「景観利益の保護は、一方において当該地域における土地・建物の財産権に制限を加えることとなり、その範囲・内容等をめぐって周辺の住民相互間や財産権者との間で意見の対立が生ずることも予想されるのであるから、景観利益の保護とこれに伴う財産権等の規制は、第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されているものということができること」を「ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められると解するのが相当」との判旨を導くことに用いていることも、この後者の意味での公益性を意味すると解することができるだろう。

2 「人格的利益」と公益性

(1) 前提

公害問題において発展した受忍限度論は、広く「人格的利益」についての法理として発展していくこととなる。平成17年判決は容ぼう・姿態を撮影されない利益について、受忍限度を超えるかどうかという基準を採用した。平成23年判決は精神的苦痛について、総合考慮のもと受忍限度を超えないと判断したし、調査官解説により「受忍限度論は、表

現行為と人格的利益の対立場面における違法性についての判断基準として、判例法理上幅広く展開する基準であると評価することができる¹³³⁾と宣言されたのである。

このような利益について、「人格的利益」だからとまとめて論じることには疑問もあろう。「人格的利益」という概念は、名誉やプライバシーなど個々に検討された利益を記述的に称するだけであって、包括的に考察し、その法的性質が一般理論のレベルで検討されてきたものではないからである¹³⁴⁾。判例においても、ある権利を「人格権」であると宣言しつつもその保護の態様は様々ではない¹³⁵⁾。たとえば、氏名権について、「人格権の一内容を構成する」としながらも、「氏名を正確に呼称される利益は、氏名を他人に冒用されない権利・利益と異なり、その性質上不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえないから、他人に不正確な呼称をされたからといって、直ちに不法行為が成立するというべきではない」とした判例¹³⁶⁾（以下、「昭和63年判決」）がその例であろう。公害で問題になる騒音に晒されない権利や景観利益と、プライバシーの利益などは、同じく人格的利益とされても、その性質が異なるものだと考えは充分成り立つ。

しかし、その個々の利益が侵害されたときに、総合考慮を容れる素地には共通するものがあると考えられる。従前は、それは権利の弱さに由来するものと考えられてきた。昭和63年判決もその旨を述べているようにも見える。しかし、弱さ、という概念は「絶対権ではない」という意味である¹³⁷⁾から、「権利が弱いから総合考慮を要する」というのはトートロジーであろう。

一度認められた権利が総合考慮を容れうるかどうかについては、受忍を強いることができるかという問題と同じである。損害が軽微

132) 吉村・前掲注131)143頁。

133) 中島基至「判解」最判解民事篇平成23年度568頁、575頁。

134) 米村滋人「人格権の権利構造と『一身専属性』(1)」法協133巻9号1頁、3頁(2016)参照。

135) 藤岡康弘「人格権法理の新潮流」『損害賠償法の構造』118頁、122頁参照(成文堂、2002)。

136) 最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁。

137) 潮見・前掲注4)73-74頁。

であるとしても、賠償額を少額にしつつ不法行為の成立を認めれば足りるはずである。それでもなお不法行為の成立自体否定するような総合考慮をするのであれば、前節で述べたような被侵害利益の公益性が必要であろう。氏名の呼び方も、「漢字によつて表記された氏名を正確に呼称することは、漢字の日本語音が複数存在しているため、必ずしも容易ではなく、不正確に呼称することも少なくない」以上は、自己の氏名の読み間違いを受忍することで、頻繁に犯しかねない他人の氏名の読み間違いについて非難されずコミュニケーションが図れるという利益を受けるのであるから、公益性が認められ、総合考慮によることができているのではないか。

このような視点から、平成17年判決、平成23年判決を中心に、人格的利益侵害に関する判例を検討し、それらのうちに被侵害利益の公益性の観点が存在していることを述べる。そして、従来は人格権の中でも弱い権利とされてきたものの中にも、総合考慮を容れないものが存在することを示したい。

(2) 精神的苦痛

平成23年判決は、弁護士であるテレビ番組の出演者において特定の刑事事件の弁護団の弁護活動が懲戒事由に当たるとして上記弁護団を構成する弁護士らについて懲戒請求をするよう視聴者に呼び掛けた行為が、名誉毀損もその他の不法行為も構成しないとされた事例であり、「精神的苦痛」が問題となった。

平成23年判決については、「本判決の受忍限度論は、従来の判例とは、やや異なっている」¹³⁸⁾とされることがある。従来の受忍限度論の多くは、一方で、加害者が原則的には社会で是認される行為をしており、他方で、被害者に法律上保護される利益がある場合に用いられてきた、とされるが、本件では呼び掛け行為自体は軽率であり、原則として社会で是認される行為とは言い難いというのである。しかし、軽率であるとはいえ表現行為の一環である以上社会的に是認されている正当

な権利行使であるとの見方¹³⁹⁾もある。また、被侵害利益の公益性という観点から見れば、従前のケースとの連続性は示すことができると考える。

この判決を検討するに際し、調査官解説が受忍限度論を採用した先例としてあげる、平成元年判決¹⁴⁰⁾をまず検討することとした。

a 嫌がらせされないことの公益性？

平成元年判決の事案は、公立小学校における通知表の交付をめぐる混乱についての批判、論評を主題とするビラの配布行為が名誉毀損としての違法性を欠くとされた事例である。しかし、それと異なるものとしての人格的利益については侵害が認められ、その判断において「社会通念上受忍すべき限度内にある」かどうか判断された。そこで問題とされたのは「上告人の本件配布行為のうち、被上告人らの中には、電話、葉書、スピーカーによる嫌がらせや非難攻撃を繰り返し受け、家族に対してまで非難の宣伝をされた者があり、その余の者も右事実を知り同様の攻撃等を受けるのではないかと落ち着かない気持ちで毎日を送ったこと」による精神的苦痛であり、「本件配布行為に起因して私生活の平穩などの人格的利益を違法に侵害されたものというべき」とされた。

そして、本件事案は「被上告人らの社会的地位及び当時の状況等にかんがみると」「社会通念上受忍すべき限度内にあるということ」はできないとされた。「社会的地位」とは、「長崎市内の公立小学校に勤務する教師」であることを指すのであろう。「当時の状況」がなにを指すのかは定かではない。しかし、このような被害が受忍限度内とされることがありうるのだろうか。個人を対象とした嫌がらせを受忍すべきいわれはないとするのが素朴な理解ではないか。

これを被侵害利益の公益性という観点から考えてみたい。教師が（教育とは関わりのない）嫌がらせや非難攻撃を受けることで、そ

138) 水野謙「判批」重判平成23年度（ジュリ臨増1440号）82頁、83頁（2011）。

139) 能見善久・加藤新太郎編『論点体系判例民法7 不法行為I（第2版）』353-354頁〔前田陽一〕（第一法規、2013）。

140) 最判平成元年12月21日前掲注81）。

れによってなにかの利益が増大する関係にはない。被侵害利益に公益性はないのである。このような利益については、総合考慮を入れる余地はなく、本来は受忍限度論の総合考慮は及ばない事案であって、総合考慮をするまでもなく違法と解すべき事案であった。そのことは、判決の規範・あてはめの薄さにも現れていると思われる。

特定個人に向けられている攻撃である場合には、総合考慮をするまでもなく違法と判断されるべきである。

b 弁護活動の公益性

平成23年判決の事案ではどうか。判旨は「本件呼び掛け行為は」「その態様、発言の趣旨、第1審原告らの弁護士としての社会的立場、本件呼び掛け行為により負うこととなった第1審原告らの負担の程度等を総合考慮すると、本件呼び掛け行為により第1審原告らの被った精神的苦痛が社会通念上受忍すべき限度を超えるとまではいい難く、これを不法行為法上違法なものであるということとはできない」と述べる。

調査官解説では、2つのことが「特に重要である」¹⁴¹⁾とされる。それは、弁護士懲戒制度の意義と、刑事弁護活動の意義である。そして、「本判決は、本件呼び掛け行為が刑事弁護活動の根幹に関わる問題の重要性についての慎重な配慮を欠いた軽率な行為であると指摘しつつも、その趣旨が懲戒請求の趣旨目的に必ずしも反するものとはいえないところなどを踏まえ、」不法行為該当性を否定したものである。しかし、今までの検討に即して言えば、いくら侵害行為に懲戒請求の趣旨目的にかなうという公共性があるとしても、受忍の基礎がなければ違法となるのである。その受忍の基礎としての被侵害利益の公益性を示すものとして、「社会の耳目を集める本件刑事事件の弁護士であって、その弁護活動が、重要性を有することからすると、社会的な注目を浴び、その

当否につき国民による様々な批判を受けることはやむを得ない」という判示がなされている。このことが総合考慮を入れるに際し決定的に重要であろう。このような被侵害利益の公益性がなければ、総合考慮によって適法となることはない。このことが、平成元年判決と平成23年判決の結論を分けたのではないか。

c 小括

公害問題と精神的苦痛の問題は、同様に語ることはできない。精神的苦痛には、公益としての側面がもともと存在しているわけではないからである。星野英一は、自衛官合祀訴訟¹⁴²⁾について「人と人との物理的接触を不可避とする社会生活においては、その接触から生ずるこれまた不可避の苦痛につき、各社会において受忍すべき限度があると言わざるを得まい」としつつ、「質的な問題である純粋に精神的な問題（宗教、思想、信条等）については」「まさに各自の自由に考え信ずるところのものが尊重されるべきであって、その侵されることについての受忍限度などはないというべきではないか」と批判する¹⁴³⁾。基本的にはその通りであろう。そのような精神的苦痛に対する総合考慮を正当化し、受忍限度を持ち込むためには、被害者の社会的地位などにより被侵害利益に公益性が組み込まれることが必要不可欠である。

(3) プライバシー

被侵害利益の公益性の有無は、いわゆるプライバシー侵害の事例においてはより重要な問題となる。従前は、プライバシーは相関的権利である¹⁴⁴⁾と言われ、その全てが総合考慮の対象になるとされてきたように思われる。確かに、プライバシー性それ自体が論争的であって、範囲の画定は困難であるかもしれない。しかし、そのことと免責を容れる余地があるかどうかという議論は切り離されるべきであろう。プライバシー性が認められることと、それが総合考慮すべきものかどうか

141) 中島・前掲注133)575-578頁。

142) 最判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁。

143) 星野英一「自衛官合祀訴訟の民法上の諸問題」法教96号12頁、19頁(1988)。

144) 山本敬三「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の立法的課題」NBL1056号17頁、18-21頁(2015)。

ということは別の問題としてそれぞれ検討することで、より綿密な議論ができると考える。本稿の理解に即していえば、一度プライバシー性が認められた利益には、それ自体に公益性があれば総合考慮の対象となるが、公益性がない利益の侵害があった場合には総合考慮による免責の余地はないのである。

a 平成 17 年判決の事案

平成 17 年判決は、本件写真週刊誌のカメラマンが、小型カメラを法廷に隠して持ち込み、刑事事件の手續における被上告人の動静を報道する目的で、閉廷直後の時間帯に、裁判所の許可を得ることなく、かつ、被上告人に無断で、裁判所職員及び訴訟関係人に気付かれないようにして、傍聴席から手錠をされ、腰縄を付けられた状態にある被上告人の容ぼう、姿態を写真撮影した事案である。判旨は「人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべき」と述べる。

調査官解説は、「運動会等の行事の写真撮影する行為、私人が平穏な態様でスナップ写真を撮影する行為などは、社会生活上許された行為といえ、その写真に他人の容ぼう等が写り込んでいたとしても、被撮影者の承諾がなければ不法行為が成立するというものではないといえよう」¹⁴⁵⁾との認識を示す。そして、このような結論を導くために、「最高裁は、人格権ないし人格的利益と表現の自由の調整が問題となる局面においては、一般に比較衡量の基準によっていると解される」とし、本件でも比較衡量の考え方を採用したと思われる、としている¹⁴⁶⁾。

では、そこでいう比較衡量の基準によっているとされる裁判例は何を指していたか。あげられているのは、ノンフィクション「逆転」事件¹⁴⁷⁾と長良川推知報道事件¹⁴⁸⁾の2つである。

b 犯罪歴の公益性

ノンフィクション「逆転」事件判決の要旨は、「ある者の前科等にかかわる事実が著作物で実名を使用して公表された場合に、その者のその後の生活状況、当該刑事事件それ自体の歴史的又は社会的な意義その者の事件における当事者としての重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性を併せて判断し、右の前科等にかかわる事実を公表されない法的利益がこれを公表する理由に優越するときは、右の者は、その公表によって被った精神的苦痛の賠償を求めることができる。」というものである。

同判決は、このような要旨を導くために、「ある者の前科等にかかわる事実は、他面、それが刑事事件ないし刑事裁判という社会一般の関心あるいは批判の対象となるべき事項にかかわるものであるから、事件それ自体を公表することに歴史的又は社会的な意義が認められるような場合には、事件の当事者についても、その実名を明らかにすることが許されないとはいえない。また、その者の社会的活動の性質あるいはこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによっては、その社会的活動に対する批判あるいは評価の一資料として、右の前科等にかかわる事実が公表されることを受忍しなければならない場合もあるといわなければならない」というのである。調査官解説も、前科の「非プライバシー性」¹⁴⁹⁾について触れる。すなわち、前科には「これが公開されて社会的評価に委ねられることに公共的な意義があるという側面も認めざるを得ない」というのである。このように前科が私事とは単純に言えないことに

145) 太田・前掲注 95)789-790 頁。

146) 太田・前掲注 95)792 頁。

147) 最判平成 6 年 2 月 8 日前掲注 67)。

148) 最判平成 15 年 3 月 14 日民集 57 卷 3 号 229 頁。

149) 滝沢・前掲注 69)131 頁。

については学説においても指摘がある¹⁵⁰⁾。そして、「従来、私事とはいえないとされていた事柄」は、「私事性を含むとしても、(完全な)私事とはいえない」から、「それが本来持っていたはずの公共的な機能は正当に評価しなければならない」とされるのである¹⁵¹⁾。

長良川推知報道事件も同様であって、差戻審¹⁵²⁾においては「少年による凶悪かつ残虐で重大な犯罪であり、その犯罪内容は社会一般の関心あるいは批判の対象となるべき事項にかかわるものであって、本件犯罪行為及び犯罪に至る経緯はもちろん、犯人の経歴等も含め、これらを公表することに社会的な意義を認め得るといふべきである。そして、本件犯罪行為における社会に対する影響力を考慮すると、被控訴人の行動に対する批判ないし論評の一資料として、被控訴人はこれら犯罪事実等が公表されることを受忍しなければならない、本件記事により将来の被控訴人の更生に妨げとなる可能性を否定できないとしても、本件記事の公表の必要性は認めざるを得ない」旨の判示がなされている。

このように、犯罪歴に関する情報は、公共的な機能を持つことが強調される。このことが、被侵害利益の公益性を意味する。

また、大阪空港訴訟に関して行った先述の分析に照らせば、この公共的な機能は、「必然的」なものでなければならない。他人の私生活を知ることに関心を持つ人間は少なからず存在するだろうが、それだけでは被侵害利益の公益性を基礎づけられない。彼此相補の関係が「必然的」というためには、社会の正当な関心事でなければならない。私事性が認めら

れる情報が、社会の正当な関心事であるとの論証を加える必要がある。

c 名誉毀損の免責法理との連続

(a) 真実・相当性の法理

以上のように、調査官解説が引用する判例は、プライバシー性が認められつつも、非プライバシー性が認められる事案であった。公共利害に関係する事実についてはプライバシーと評価されない、とする整理¹⁵³⁾は、ノンフィクション「逆転」事件をプライバシーの問題とする限り¹⁵⁴⁾採用することはできないと思われる。

非プライバシー性を受忍の基礎とすると、名誉毀損の免責法理と連続する部分がある。

名誉毀損においては、「その行為が公共の利害に関する事実に係りもつばら公益を図る目的に出た場合には、摘示された事実が真実であることが証明されたときは、右行為には違法性がなく、不法行為は成立しない」¹⁵⁵⁾というのが免責の要件である。この法理は、「真実・相当性の法理」と呼称されることが多いが、ここでは公共の利害要件に着目したい¹⁵⁶⁾。どうしてこのことが免責の要件となっているのであろうか。

(b) 情報の公益性

そもそもこの免責法理はいかにして正当化されているのか。判例によれば、「人格権としての個人の名誉の保護と、憲法 21 条による正当な言論の保障との調和をはかったもの」¹⁵⁷⁾であるとされる。このことにつき、奥平康弘の分析を参考にしたい。

第一に、名誉は極めて重大な保護法益である¹⁵⁸⁾。表現の自由の名において、他人の名誉を傷つける権利は、誰も持たない¹⁵⁹⁾。

150) 中島徹「ノンフィクション『逆転』事件——憲法の視点から」田島ほか編・前掲注 87)198 頁,202 頁,大村・前掲注 77)191 頁など。

151) 大村・前掲注 77) 192-193 頁。

152) 名古屋高判平成 16 年 5 月 12 日判時 1870 号 29 頁。

153) 潮見・前掲注 4)216 頁。

154) 潮見・前掲注 4)197 頁はこれをプライバシーの事案とする。

155) 最判昭和 41 年 6 月 23 日前掲注 72)。

156) 刑法 230 条の 2 においては「公共の利害に関する」とは一般多数人の利害に関することを意味する。(大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法 12 卷 (第 2 版)』43 頁〔中森喜彦〕(青林書院, 2003))。

157) 最大判昭和 44 年 6 月 25 日刑集 23 卷 7 号 975 頁。

158) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論 (1) (増補版)』348 頁 (有斐閣, 2000)。

159) 奥平康弘『憲法Ⅲ』192 頁 (有斐閣, 1993)。

第二に、表現の自由の社会的な効果を問題にすると、表現が公衆にどんな意味を与えるかが否応なしに問題にならざるをえない¹⁶⁰⁾。言論の社会的・客観的・公共的な意味が検討されることになる。審査の結果、このメッセージが公共性の強いもの・とりわけ民主主義政治過程につながりが深いものと判定された場合は、当該情報は公共情報だと認定される。

このような「情報の公共性」こそが名誉毀損表現の免責法理の中核である。奥平は、「どんなに公共性の強い、民主主義のための言論であっても、虚偽の事実によって人格権が傷つけられるのを我慢すべきいわれはない」とする¹⁶¹⁾。あくまで情報の公共性に着目して初めて、このようなことが言えるのである。

(c) 名誉毀損法理の独立性

名誉毀損法理は、不法行為法から独立していくような状態が生じたとされる¹⁶²⁾。不法行為法上の名誉毀損が問題とされる場合、名誉毀損法理以外の考慮要素が明示されなくなるという結果が生じた、というのである。しかし、情報の公共性を主張するのであれば、名誉毀損のみの免責法理にとどまる理由はない。

名誉毀損は真実であれば免責されるが、プライバシーは真実であればこそ許されないものであるから異質だ、という指摘¹⁶³⁾があるが、名誉毀損が免責されるにも、まず公共の利害に関わることが必要であることに注意すべきである。そして、事実の摘示という点で、2つの差異は大きくない。免責法理がことさらに異なると解するのはむしろ不自然であろう。名誉毀損であってもプライバシー侵

害であっても、公共の利害に関わる事項でなければ免責されるわけではない¹⁶⁴⁾のである。

d 容ぼう・姿態の公益性

では、平成17年判決の事案はどうか。撮影されたのは「本件写真の撮影当時、社会の耳目を集めた刑事事件の被疑者として拘束中の者」である。犯罪歴が公共の利害にかかわる事項とされてきたことに照らせば、このような者の容ぼう・姿態も非プライバシー性が認められるということであろう。それゆえ、本件で受忍限度論を採用したことは一応妥当であったといえることができる。

しかし一方で、すべてのプライバシー性が認められる容ぼう・姿態について、公益性が認められるということではないだろう。たとえば、石に泳ぐ魚事件は、公益性のない容ぼう・姿態が問題になったものと思われる。最高裁¹⁶⁵⁾は原審¹⁶⁶⁾の判断を是認し、特段の判断を示していないので、原審を引用する。原審は、「個人の障害や病気の事実は、個人に関する情報のうちでも最も他人に知られたくない類のもの」として、腫瘍がある容ぼう・姿態のプライバシー性を認定する。犯罪者でもなく著名人でもない一般市民のこのような容ぼう・姿態を公表されない権利に公益性があるとは思われない。社会の正当な関心事ではなく、単に民衆の好奇心をみだすに過ぎない¹⁶⁷⁾ものであろう。本稿の検討からすれば、総合考慮による免責の余地はなく違法となるはずである。そしてそれを裏付けるように、東京高裁も容ぼうを「無断で公表することは」「人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たる」(下線は筆者)とするのである¹⁶⁸⁾。このように、侵害

160) 奥平・前掲注159)193頁。

161) 奥平・前掲注159)194頁。

162) 建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』86頁(有斐閣、2014)。

163) 滝沢・前掲注69)129頁。

164) 同旨、潮見・前掲注4)216頁。

165) 最判平成14年9月24日前掲注93)。

166) 東京高判平成13年2月15日前掲注94)。

167) 伊藤正己『プライバシーの権利』193頁参照(岩波書店、1963)。

168) なお、侵害行為が報道目的か娯楽的表現かという差異はここでは問題になっていないと解する。私見に従えば、その前段階の被侵害利益の公益性の問題だからである。また、そのような形式ではなくそこに含まれる公けの価値に着目すべきと指摘するものとして、伊藤・前掲注167)201頁。

行為の公益性がない場合に、総合考慮には進む可能性はあり、ただ、総合考慮が被害者側に傾くことと、被侵害利益の公益性がない場合に、総合考慮を容れる余地が無いこと、は区別される。

表現の自由がかかわらない例として、ストリートビューを検討しよう。ストリートビューのサービス自体によって、多くの人々が利益を受けているのは間違いないであろう。その意味で、行為の公益性はある。しかし、それだけで総合考慮が容れられるわけではない。プライバシー性が認められつつも被侵害利益の公益性が認められるとすれば、それは地図として必要な限りであって、通常道路から見えるようなものに限られる¹⁶⁹⁾。通常道路から見えないような自宅の様子が写っていれば、そのプライバシーを公開しても必然的には地図としての利益を得る関係にはない。それは社会の正当な関心事と評価される契機がないのである。もし家の中が撮影・公開されていけば総合考慮するまでもなく違法と解すべきであろう。

(4) 小括

以上、受忍限度論における総合考慮による免責を行うためには、被侵害利益に公益性があることが必要であることを述べた。これは、被侵害利益の公益性が免責の十分条件であることを意味しない。その後控える総合考慮によって違法となることも想定されるのである。このように被侵害利益に公益性がなければ、侵害が免責されることはないと解することによって、受忍限度論が抱える問題、すなわち、法的保護の拡大を目指していたはずの「権利侵害から違法性へ」のテーゼが「権利侵害があっても必ずしも違法ではない」というかたちで法的保護を制限しうる可能性¹⁷⁰⁾に歯止めをかけることができると考える。

被侵害利益の公益性の論証は比較的容易であって、それさえすれば総合考慮に乗る、というのであれば現状とさして変わらないとい

う反論がありうる。しかし、対立利益が表現の自由のようにどれほど重要であっても、それだけでは侵害が正当化されることがないということが改めて意識されることになる。被侵害利益に公益性があって初めて総合考慮に移るのであり、総合考慮においては表現の自由の重要性は大きく考慮されることになるだろうが、この枠組み自体は対立利益が表現の自由でなくても同様に解される。

また、景観利益やプライバシーの項では、ある利益には私益と公益の両側面がありうることを述べた。このことは、特にプライバシーについて考えるときに重要であると考えられる。プライバシー性が認められることと、それが持つ公益性によって総合考慮の余地が残ることとを分けて考えることによって、公益性がないプライバシーの保護を厚くすることができる。

従前は、侵害行為の公益性は着目されていても、被侵害利益に公益性がそもそも組み込まれているのかという視点は希薄だったように思われる。しかしそれではマジョリティの利益のためにマイノリティから私的な利益をも剥奪することも許容されることがありえてしまう。この枠組みによれば、総合考慮をするまでもなく、そのようなことを防ぐことができるかと主張するものである。

IV. おわりに

以上、プライバシーの類型化と、受忍限度論の検討によって、プライバシー侵害が不法行為となる局面の明確化を図った。

Ⅱで論じたように、自己情報コントロール権は人格の自由な発展のために保護されるものである。それゆえ、そこでいう情報は、個人の道徳的自律と存在に直接かかわる情報に限られる。そうでない情報は、個人情報保護という文脈で保護されるにとどまる。一方で、刑事手続からの保護、という文脈で、情報が保護されてきた事例もある。

169) ベランダに掛けられているものがストリートビューに写っているが、具体的に何かまではわからない場合に受忍限度の範囲内であったとした裁判例として、福岡高判平成24年7月13日判時2234号44頁がある。

170) 原島・前掲注7)446頁。

そうすると、従前プライバシーの問題として議論されてきたものには、自己情報コントロール権としての保護、個人情報保護、刑事手続からの保護、の三種類が存在するが、このうち、私人間で問題となるプライバシーは自己情報コントロール権のみである。

続けて、Ⅲでは、権利利益侵害が認められてなお、受忍すべきかどうかの判断がされる条件について検討した。その条件とは、被侵害利益に公益性があること、である。プライバシー、すなわち自己情報コントロール権については、対象となる情報は道徳的自律と存在にかかわる情報に限られるから、基本的には公益性は認められないが、前科のように、その情報が公益性を持ちうることはある。受忍限度論が登場し、総合考慮による免責の余地が残るのは、そのような場合のみなのである。

* 謝辞

本稿は、2016年度及び2017年度に執筆したリサーチペーパー2本を併せ、加筆修正したものである。

リサーチペーパーの指導教員を引き受けていただいた米村滋人教授には、構想の初期の段階から、様々なアドバイスをいただいた。先生のご指導なくしては到底本稿の完成には至らなかったものであり、この場を借りて心より感謝申し上げます。

言うまでもなく本稿の至らない部分は、すべて筆者の責めに負うところである。他方、少しでも見るべき点があるとすれば、米村先生をはじめ、多くの方のご助力なしには生まれえなかったものである。重ねてお礼申し上げます。

(みぞばた・しゅんすけ)