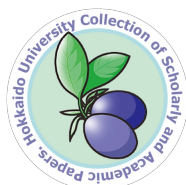




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバー時代におけるプライバシーの法理論（１）：私法上の問題を中心に
Author(s)	角本, 和理
Citation	北大法学論集, 67(4), 55-127
Issue Date	2016-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63740
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no4_02.pdf



サイバー時代におけるプライバシーの法理論（一）

—— 私法上の問題を中心に ——

角 本 和 理

目 次

序章

第一節 問題の所在

第一款 問題状況と検討の視角

第二款 プライバシーに関する近時の研究とその残された課題

第二節 課題設定と検討対象

第一款 課題の設定

第二款 好個の検討対象としてのリベラル・コミュニティアニズムの理論

第三節 叙述の順序

第一章 日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題

第一節 プライバシーの権益に関する判例法理

第一款 最高裁判例にみるプライバシーの意義

第二款 判例にみるプライバシー侵害の成立要件

第二節 プライバシーの権益に関する民法学説

第二章 実社会のサイバー化とエツイオーニのプライバシー理論

第三章 若干の考察——情報のサイバーネーションとプライバシー

(以上、本号)

序章

第一節 問題の所在

第一款 問題状況と検討の視角

本稿は、情報通信技術 (Information and Communication Technology, ICT) の発展とプライバシーの法的保護に

まつわる問題を、いわゆる「コミュニティ」との関連から捉えなおして論じるものである。従来プライバシー権は、マスコミによる報道やインターネット上の表現行為、あるいは国家や私企業による情報収集に対抗する法的手段として、主に個人によつて活用されてきた。これに対して本稿は、情報の多角的利活用とプライバシー保護の両立の問題について、一方でICTによつて得られる利益の社会性を重視しつつ、他方でこれを事業者の経済活動に対する地域社会ないしコミュニティによる受容、あるいは反発という観点から捉えなおし、検討していくものである。そしてそのうえで、事態に適合的な理論の構築を目指すものである。

一 情報通信技術の発展とプライバシー

ICTの発展について、最近特にもてはやされているものの一つが、「モノのインターネット」(Internet of Things, IoT)と呼ばれる事象である。このIoTとは、コンピュータ等の情報通信機器だけでなく、世の中に存在する様々な物体(モノ)に通信機能を持たせ、インターネットに接続したり相互に通信したりすることにより、自動認識や自動制御、遠隔計測等を行うことをいう。⁽¹⁾

具体的には、自動車の位置情報をリアルタイムに集約して渋滞情報を配信するシステムや、人間の検針員に代わつて電力メーターが電力会社と通信して電力使用量を申告するスマートメーター、大型の機械等にセンサーと通信機能を内蔵して稼働状況や故障箇所、交換が必要な部品等を製造元がリアルタイムに把握できるシステム等が考案されている。⁽²⁾

また、「ビッグデータ時代の到来」等と喧伝される事象も重要である。この「ビッグデータ時代」とは、従来のコンピュータの性能では処理することの到底不可能だった膨大な量の情報(ビッグデータ)が、技術の進歩の結果、とうとう解析され、活用されるようになってきていることを表す標語である。具体的には、IoTと相まって、われわれのDNA

情報、診療記録、電車の乗降記録、携帯電話や自動車等の位置情報、監視カメラの映像の顔貌識別、インターネットの閲覧記録、買物記録等、多様な情報の収集・統合・分析がなされており、それに基づく宣伝活動や新事業・研究の展開が広く計画・実施されているのである。

さらに、人工知能の劇的な発達も、これらの変化に大きな役割を果たしている⁽⁴⁾。われわれにとって人工知能とは、あるいはSFのデリストピア作品⁽⁵⁾に登場するものであったり、あるいは将棋のプロ棋士と対決するプログラミングソフトであったり、何かと娯楽・文化面にかかわるものであるイメージが未だに強いようにも思われるが、実社会の多くの場面においてすでに有効に活用されるようになってきている。その用途は多岐にわたりその全てを紹介する余裕はないが、例えば、ビッグデータの分析を行っているのはある種の人工知能であり、より具体的には、現在実用化に向けて法整備等に関する議論かまびしい自動車の自動運転にも、人工知能が深くかかわっている。

そして、以上のような様々な情報の収集・分析の多くが、ピア・ツー・ピアの型式で分散して行われているのではなく、サーバ・クライアント方式を利用した一極集中型のサービスとして展開していることも見逃せない。我々がよく利用する情報技術を提供しているのはグーグル(Google)やマイクロソフト(Microsoft)、アップル(Apple)、アマゾン(Amazon)等アメリカの企業であるが、そのサービスの利用履歴等の情報は各企業のデータベースに集積され、様々な用途に利用されている。また、この情報一極集中の傾向が、クラウド・コンピューティングの発達によって一層加速しつつあることも見逃せない⁽⁶⁾。

そのうえ、このような各種ICTをふんだんに活用した「まちづくり」が、「スマートシティ構想」等という触れ込みで世界各国において行われていることも特筆すべきである⁽⁷⁾。これは日本も例外ではなく、「ICT街づくり」推進事業と銘打った再開発が、二〇一二(平成二四)年度より産官(学ほか)一体の事業として各地で展開されている⁽⁸⁾。この

事業では、子供や高齢者の「見守り」や、災害時の情報伝達・避難誘導、医療情報の統合や、食品のトレーサビリティの確保等のシステム構築を目指して実験が行われている。さらに、この「ICT街づくり」推進事業の成果を有する地方公共団体は、二〇一三（平成二五）年度より、それぞれの取組を更に高度化しつつ、地方公共団体間で強力・連携し、これまでの成果を広く普及するための共有基盤を形成するため、「ICT街づくりプラットフォーム形成事業」を実施している。このプラットフォーム形成事業に参画している地方公共団体は、東京都三鷹市、千葉県柏市、長野県塩尻市、愛知県豊田市、静岡県袋井市、以上の五団体である。

これらの事業は二〇一四（平成二六）年度以降の「成功モデル・共通プラットフォームの実現」を目指して展開され、さらに二〇一八（平成三〇）年度以降には、その他の地方公共団体への「ICTスマートタウン」の普及展開が目論まれている。この段階になると既述の各種情報システムが、日本全国の各地域において必要性に応じた形で複合的に運営されることとなるのだろう。⁹⁾

また一方で、「まちづくり」という問題と密接に関連している新たな技術として、グーグルやアマゾン等による行動ターゲティング広告の発展、ドローン（小型無人飛行機）配達の実験といったものも挙げられる。これらは新たな技術を利用した市場をいかにして「まち」へ取り込むかの問題である。この技術に関連した日本の近時のニュースとしては、千葉市が国家戦略特区に指定され、航空法の規制を緩和して、ドローン配達の実業化を目指すこととなったというものがある。¹⁰⁾

このように、ICTを多角的・複合的に応用したシステムが、産官（学ほか）主導のまちづくりの一環として、現に日本の各地域で開発・実施されているのである。そこでは、大勢の人々の状態・行動等に関する様々な情報が、ワールドワイドウェブ（特にSNS等）に蓄積される情報と相まって収集・統合・分析されることで、これまで誰も思いもよ

らなかったような革新的な——単に一企業ないし一個人にとつての利益にとどまらない可能性を秘めた——発見が日々なされようとしている。しかしその一方で、われわれの情報が事業者等にいわば好き勝手に使われている状況にあるともいえるかもしれない。「これはもしかしたら、自分のプライバシーが侵害されているのではないだろうか——」、そう感じる者がいたとしても不思議ではないだろう。実際に日本においても、事業者の情報利用ないし提供行為に消費者が反感を示した例として、JR東日本が「Suica」の乗降履歴を日立製作所に対して販売しようとした際の騒動や、JR大阪駅における監視カメラの顔貌識別・追跡実験の延期の問題が発生しており、グーグル・ストリートビューの写真撮影については、実際に訴訟にまで至っているのだ。⁽¹⁾

(1) この事象はほかにもI o E (Internet of Everything) 等、様々な用語で呼ばれているが、ここでは近時よく言及される「IoT」との表現によった。IT用語辞典 e-Words「IoT [Internet of Things] モノのインターネット／インターネット オブシングス」〈<http://e-words.jp/w/IoT.html>〉参照（最終アクセス二〇一五年十二月一三日）。

この点、特定通信・放送開発事業実施円滑化法（最終改正：平成二八年四月二七日法律第三二二号）の附則五条二項一では、この「インターネット・オブ・シングスの実現」について、「インターネットに多様かつ多数の物が接続され、及びそれらの物から送信され、又はそれらの物に送信される大量の情報の円滑な流通が国民生活及び経済活動の基盤となる社会の実現」として定義されている。

(2) IoTについて解説する文献としては、例えば、坂村健（監修）『コンピュータがネットと出会ったら モノとモノがつながりあう世界へ』（角川学芸出版、二〇一五）等。また、ピア・ツー・ピア型のIoTが普及することによって資本主義社会は限界費用ゼロ社会に到達し、共有型経済が台頭するとの議論もある。See JEREMY RIFKIN, THE ZERO MARGINAL COST SOCIETY: THE INTERNET OF THINGS AND THE RISE OF THE SHARING ECONOMY (St Martin's Press, 2014). 邦訳「じゅー・シェン・ミー・リフキン」(著) 柴田裕之(訳)『限界費用ゼロ社会 〈モノのインターネット〉と共有型経済の台頭』(NHK出版、

二〇一五)。

- (3) ビッグデータないしビッグデータ時代について法政策的観点から論じた日本の論考として、例えば、安岡寛道(編)、曾根原登、穴戸常寿ほか(著)『ビッグデータ時代のライフログ——ICT社会の人の記憶』(東洋経済新報社、二〇一二)等。

また、ビッグデータに関する海外の論考としては、以下のようなものがある。VICTOR MAYER-SCHONBERGER & KENNETH CUKIER, *BIG DATA: A REVOLUTION THAT WILL TRANSFORM HOW WE LIVE, WORK, AND THINK* (John Murray Publishers Ltd., 2013). 邦訳として、ビクター・マイヤー＝ショーンベルガー、ケネス・クキエ(著)、斎藤栄一郎(訳)『ビッグデータの正体 情報の産業革命が世界のすべてを変える』(講談社、二〇一三)・RAJAT PAHARIA, *LOYALTY 3.0: HOW TO REVOLUTIONIZE CUSTOMER AND EMPLOYEE ENGAGEMENT WITH BIG DATA AND GAMIFICATION* (McGraw-Hill Education, 2013). 邦訳として、パハリア・ラジャット(著)、稲垣みどり(訳)『ビッグデータ時代襲来 顧客ロイヤルティ戦略はこう変わる』(アルファポリス、二〇一四)。

- (4) 人工知能研究に関する日本の第一人者による概説書として、例えば、松尾豊『人工知能は人間を超えるか デイープラーニングの先にあるもの』(角川EPUB選書、二〇一五)。そのほかに、小林雅一『クラウドからAIへ アップル、グーグル、フェイスブックの次なる主戦場』(朝日新書、二〇一三)、同『AIの衝撃 人工知能は人類の敵か』(講談社新書、二〇一五)等。

また、海外の論考としては、次のようなものがある。

特に、人工知能技術の発展に肯定的なものとして、RAY KURZWEIL, *THE SINGULARITY IS NEAR: WHEN HUMANS TRANSCEND BIOLOGY* (Penguin Books, 2005). 邦訳として、レイ・カーツワイル(著)、井上健(監訳)、小野木明恵、野中香方子、福田実(共訳)『ポスト・ヒューマン誕生 コンピュータが人類の知性を超えるとき』(NHK出版、二〇〇七)。逆に、これに否定的なものとして、JAMES BARAT, *OUR FINAL INVENTION: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE END OF THE HUMAN ERA* (Thomas Dunne Books, 2013). 邦訳として、ジェイムズ・バラット(著)、水谷淳(訳)『人工知能 人類最悪にして最後の発明』(ダイヤモンド社、二〇一五)。

この点、カーツワイルは人工知能技術のみならず、ナノテクノロジーやバイオテクノロジーの発達が相まって人類社会

さらに、日本の総務省情報通信政策研究所では、平成二八年二月よりＡＩネットワーク化検討会議（旧称…ＩＣＴイン

「インターネット化の影響とリスク―智連社会（WINSウインズ）の実現に向けた課題」を取りまとめている。

龍口直太郎（訳）『一九八四年』（文藝春秋社、一九五〇）

で、ニコラス・G・カー（著）、村上彩（訳）『クラウド化する世界 ビジネスモデル構築の大転換』（翔泳社、二〇〇八）。

月九日。

八頁以下等。

総務省「平成二四年度補正予算『ICT街づくり推進事業』に係る委託先候補の決定」
http://www.soumu.go.jp/menu_

news/s-news/01tsushin01_02000099.html) 参照 (最終アクセス二〇一五年二月二四日)。また、平成二五年度補正予算事業として、群馬県前橋市(二回目の採択)、奈良県葛城市(二回目の採択)、鳥取県南部町、一般社団法人岡山中央総合情報公社、株式会社三菱総合研究所が追加された。同「平成二五年度補正予算『ICT街づくり推進事業』に係る委託先候補の決定」〈http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01tsushin01_02000139.html〉参照 (最終アクセス二〇一五年二月二四日)。

(9)「ICT街づくりプラットフォーム形成事業」として展開される前述の五地方公共団体の事業の成果を導入し、発展的に応用している地方公共団体として、北海道ニセコ町、札幌市、室蘭市、小樽市、長野県富士見町、石川県羽咋市、静岡県牧之原市、鳥取県、山口県山口市、長崎県壱岐市、神奈川県横須賀市が挙げられる。総務省「ICT街づくりプラットフォーム形成事業(全体概要)」七一六頁〈<http://www.soumu.go.jp/main/content/000262896.pdf>〉参照 (最終アクセス二〇一六年九月一五日)。

(10)朝日新聞デジタル「世界初ドローン宅配は千葉で、特区指定、アマゾン参入へ」〈<http://www.asahi.com/articles/ASHDH2SWLHDHULFA005.html>〉(最終アクセス二〇一五年二月一六日)。

(11)福岡地判平成二三年三月一六日(第一審)LEX/DB文献番号25443368、福岡高判平成二四年七月一三日(控訴審)LEX/DB文献番号25482451。

二 プライバシーの法的保護

この点、そもそもプライバシーとはどのようなものであり、なぜ法的に保護されるようになったのだろうか。その歴史を簡単に紐解いてみると、次のようにいえる。

プライバシーという権益が人口に膾炙したきっかけとなったのは、一九世紀末のアメリカにおいて、大衆紙による著名人のゴシップ報道等が問題になったことから、コモン・ロー上の「ほうつておいてもらう権利」(the right to be let

alone)として主張されたことに求められる。⁽¹²⁾ この観念を手がかりに、戦後日本の裁判例や学説においてもプライバシーは不法行為法上の保護法益として認められるに至っている。⁽¹³⁾ このようなプライバシー概念が誕生し、人々に受け入れられたのは、「撮影・印刷技術の発達」によって、今日の我々が一般に想起する形での「秘密の保護」が求められたからである。

その後、二〇世紀半ばには、情報技術の発達に伴って国家や私企業が情報を収集するようになったことに対する人々の不安感・危機感を踏まえて、「自己に関する情報をコントロールする権利」として、プライバシーが理解されるようになった。⁽¹⁴⁾ この権利は、他人が保有する自己情報の開示・訂正・削除、さらには第三者への提供の禁止を積極的に求めることを内容としている。⁽¹⁵⁾ このような権利が認められるようになった背景には、人々が提供する——その意味では「秘密」ではない——情報の蓄積や取引が問題視されたことがある。

さらに最近では、右に述べたように、ICTの高度化により、個人の情報が「これまで以上に大規模かつ容易に収集・検索・結合」され、しかもそれが「広汎な人々に利用されるおそれ」が高まってきている。そしてその不当な利活用の結果、いったいどのような不利益が生じるのか、非常に不透明な状況にある。⁽¹⁶⁾

この点、以上のうち、第一の「秘匿としてのプライバシー」は、まだ秘密を秘密として隠し通せる時代のプライバシーのあり方であったといえる。第二に、「自己情報コントロール権としてのプライバシー」は、自分に関する情報を完全には隠し通せないことを前提に、その不当な収集・利用・流通を何とか本人がコントロールしようということが問題だった。それに対して現在では、ICTの急速な発展に法制度も対応し、プライバシーをより厚く保護することが求められる一方で、これまではプライバシーだと考えられてきた情報であっても、その社会的・経済的価値を認めて、適切な流通・利活用を認めるべきであるとの要請もある。このように、情報の多角的利用による利益とプライバシーの保護

のバランスを取る必要があるという課題が生じているのが、今日の問題状況である。

このような昨今の情勢について、「ついに真の情報化社会の到来を意味する」という評価がみられる。ビッグデータ分野の世界的第一人者として知られるビクター・マイヤー＝ショーンベルガー(Victor Mayer-Schönberger)及びケネス・クキエ(Kenneth Cukier)は、「我々が蓄積してきたデジタル情報は、ついに斬新な方法でまったく新たな用途に生かされ、そこから新しい価値が生まれる」という⁽¹⁷⁾。これは一見、素晴らしいことであるように思える。が、しかし一方で彼らは、そのためには新しい考え方が必要だともいう。なぜなら、このような情報の利活用を行うと「我々の慣習はもろろん、自らのアイデンティティさえも変わってしまう」からであるという⁽¹⁸⁾。そして本当に注目すべきは、「データ自体が語りだしたときに、いったい何が起るのか」なのである——と、彼らは不吉な予言めいたことを述べている⁽¹⁹⁾。

- (12) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). 邦訳として、サミュエル・D・ウォーレン、ルイス・D・ブランドイス(著)、外間寛(訳)「プライバシーの権利」戒能通孝・伊藤正己(編)『プライバシー研究』(日本評論社、一九六二)一頁以下。

この論文は、時代の進歩に伴い、秘密の保護が必要になった所以を説き、その権利の基礎をイギリス伝統のコモン・ローに求めうることを立証し、あわせてその限界を明らかにし、新たな権利の樹立を試みたものであった。ウォーレンとブランドイスは、名誉毀損、財産権侵害、信賴・黙示契約の違反等を根拠に救済が与えられた、過去の多数の判決を分析し、それらは別個に承認を受けるに値する、より広範な法原則に基づいているという結論に達した。それがプライバシーの権利である。

また日本でも、プライバシーに相当する利益の法的保護そのものについては、第二次世界大戦前には着目されていた。その先駆的業績として、末延三次「英米における秘密の保護(一)(二・完)」法協五三卷一―号(一九三五)一頁以下、

一二号（一九三五）五〇頁以下が挙げられる。末延（敬称略、以下同じ）はこの論考において、イギリスとアメリカにおける「秘密権」（right to privacy）の保護について論じ、イギリスでは未だ秘密権そのものについては判決として何らの回答を与えていない一方、アメリカでは正面から議論が戦わされているとし、プライバシーの保護を認めるいくつかの判例と、ウォレンとブランドイスの論文を紹介している。

さらに宗宮信次も、人格権の保護の対象として「秘密」を挙げている（宗宮信次『名誉権論』（有斐閣、一九三九）二三〇頁以下）。一般的人格権の一部としての秘密について、彼は以下のように論ずる。「秘密（Geheimsphäre）とは、私生活又は営業上他人に知得されざることを欲する事実であり、私生活に関する秘密（Privatgeheimnis）中には、手紙・日記・家計簿等を含み、営業秘密（Geschäftsgeheimnis）中には、商業帳簿・諸種の設計図・流行調等を含む」（同前、二三〇頁）。侵害の方法は、「（一）自ら秘密を知ること、（二）既に知れることを公布すること、（三）これを具体化すること（例えば秘密の手紙を複写し、秘密の写真の模写等）により成立する」（同前、二三〇―二三一頁）。

（13）日本において裁判所が民事上初めて明示的にプライバシー権の保護を認めたのは、いわゆる『宴のあと』事件判決（東京地判昭和三九年九月二八日下民集一五卷九号二三一七頁）である。

本判決は、三島由紀夫のモデル小説『宴のあと』で、元外務大臣Xと料亭の女将Aとの関係（接吻、同衾、足蹴にしたこと）が描かれ、これがXのプライバシーを侵害したとして争われた事案に関するもので、まず、プライバシー権を「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」として定義し、日本国憲法によつて立つところである個人の尊厳という思想からは、「正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならない」という原則が導き出されるとした。

さらに、今日のマスコミの発達した社会では、「その尊重はもはや単に倫理的に要請されるにとどまらず、不法な侵害に對しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的法益であると考えるのが正当であり、それはいわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれをひとつの権利と呼ぶことを妨げるものではないと解するのが相当である」とし、従来の比較法研究を総合する役割を果たした。

そして、「プライバシーの侵害に對して法的な救済が与えられるためには、公開された内容が（イ）私生活上の事実、または私生活上の事実らしく受けとられるおそれのある事柄であること。（ロ）一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に

立った場合、公開を欲しないであろうと認められる事柄であること。(ハ)一般の人々に未だ知られていないこと。を必要とし、このような公開によって当該私人が実際に不快・不安の念を覚えたことを必要とするが、公開されたところが当該私人の名誉・信用という他の法益を侵害するものであることを要しないのは言うまでもない」とし、名誉毀損との区別も設けたのであった。

(14) このようなプライバシーの理解を主張するアメリカの論考としては、次のようなものが挙げられる。

Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962 (1964).
William M. Beaney, *The Right to Privacy and American Law*, 31 LAW & CONTEMP. PROB. 253 (1966). Hyman Gross, *The Concept of Privacy*, 42 N.Y.U. L. REV. 34 (1967). Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1968). Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, 25 WASH. & LEE L. REV. 166 (1968). ARTHUR R. MILLER, *THE ASSAULT ON PRIVACY—COMPUTERS, DATA BANKS, AND DOSSIERS* (Univ. of Michigan Press, 1971). 邦訳「プライバシー・アサルト」アーサー・ミラー(著)・片方善治、饗庭忠男(監訳)『情報とプライバシー』(ダイヤモンド社、一九七四)。

日本においてこの見解を主張する代表的なものとしては、佐藤幸治「プライバシーの権利(その公法的側面)の憲法的考察(一)(二)」法学論叢八六巻五号(一九七〇)一頁以下、八七巻六号(一九七〇)一頁以下等一連の著作と、堀部政男『現代のプライバシー』(岩波新書、一九八〇)が挙げられよう。これらの見解は、現在の民法学説においても、民事上のプライバシー概念の一つのあり方として(賛否の別はあるにしても)一般に受け入れられるようになっていく。

(15) この点、一口に「自己情報コントロール権」といっても、論者によって微妙なニュアンスの違いもある点に留意する必要がある。この違いは、佐藤が主としてアメリカのグロス、フリード、ウェスティン、ミラー等の見解を参照しているのに対して、堀部がブラウステイン、ビーニイ、ウェスティン、ミラーの見解に依拠しているという違いがあることに加え、前者が特にフリード説の強い影響下にあることに求められよう。

(16) その不利益は、もはやプライバシーへの悪影響に止まらず、人間性そのものをも変容させてしまうとの指摘もある。例えばニコラス・G・カーは、人間の脳の可塑性を実証する神経科学の研究や、文字や地図、書籍が人間の思考様式に重大な構造変革を生み出してきたことを示す歴史研究を踏まえつつ、人々が「知を必要とする作業」をインターネットに任せられるようになると、これまで人間を人間たらしめていた根幹的な要素に大きな変質が生じるかもしれないと危惧する。See,

NICHOLAS CARR, *THE SHALLOWS: WHAT THE INTERNET IS DOING TO OUR BRAINS* (W. W. Norton & Co. Inc. 2010). 邦訳として、ニコラス・G・カー（著）、篠儀直子（訳）『ネット・バカ インターネットがわたしたちの脳にしていること』（青土社、二〇一〇）。

(17) ショーンベルガー、クキエ（著）、斎藤（訳）・前掲書注（3）二八〇頁。なお、日本語訳については、訳書を参照している。

(18) 同前。

(19) 同前。

三 真の情報社会への対応——民法からのアプローチ

いみじくも西洋の情報社会論者が一九六〇年代から主張していたように、今、われわれの社会が、われわれのまちが、われわれの生活が、情報の多角的利活用によって本当に抜本的総合的に変わろうとしている。ひいてはそこに暮らすわれわれのプライバシー意識も、また変わらざるを得ないのかもしれない。しかしわれわれは事実上ただ為す術もなく、「便利」「安全」「安心」のための技術の発展に流されていくのみのだろうか。何らかの形で主体的に、「ICT街づくり」等を中心とする新たなICTの発展とプライバシーの問題について、どうにか方向付けをおこなうことはできないのだろうか。この疑問に対する手がかりを得るために、以下では当の情報社会論者がそもそどのような問題意識を持っていたかを簡単にみてみよう。

三ー一 ダニエル・ベルの『脱工業化社会の到来』

情報社会論の代表的な見解としては、まず、「脱工業社会」(post-industrial society)という概念をベースとした、ダ

ニエル・ベル (Daniel Bell) のそれが挙げられよう。⁽²⁰⁾ 彼は、『脱工業社会の到来』⁽²¹⁾と、その続編にあたる『資本主義社会の文化的矛盾』⁽²²⁾において、脱工業社会は「新しい基軸構造および基軸原理の誕生」を意味すると主張する。

ベルはまず、社会の段階を「工業化以前の社会」、「工業社会」、「脱工業社会」の三種類に分類する。⁽²³⁾そして、この「脱工業社会」の分析に際して、社会を三つの領域に分割して考えることの必要性を提唱している。第一の領域は、経済・技術・職業体系からなる「社会構造」である。第二の領域は、権力の分配を規制し、個人と集団の相対立する主張と要求を仲裁する「政治形態」である。第三の領域は、表現的シンボリズムと意味ないし価値にかかわる「文化」である。

ベルは以上の三つの領域がそれぞれ相異なる基軸原理によって貫かれていることを指摘する。⁽²⁴⁾まず、近代西洋の「社会構造」の基軸原理は、「経済化」(economizing)である。経済化とは、端的にいえば、「効率性」とか、「効用」ということができる。次に、近代政治形態の基軸原理は、「合法性」である。⁽²⁵⁾ここで暗黙裡に認められてきた条件は平等思想であり、むしろこの「平等」を政治形態の基軸原理として解することも可能である。最後に、文化の基軸原理は、「自我の達成と高揚」、つまり「自己充足」や「自己実現」の欲求である。具体的には、絵画、詩、小説、あるいは祈禱、礼拝、儀式といった宗教的形態をとって、人間存在の意味を探り、それを何らかの想像力豊かな形式で表現しようとする努力のことである。

これら「効率性」、「平等」、「自己実現」といった原理は異なった変化のリズムを持っている。ベルによれば、現代社会内部の様々な矛盾は、これらの領域の間に存在する不調和が原因なのである。

ベルは以上のような観点を前提に、脱工業社会の到来に伴い出現する諸問題のいくつかを検討しているが、その問題関心は包括的であって多方面にわたるため、ここでは本稿の問題意識との関連から、共同社会の成立と合意の達成の至難性について検討する。⁽²⁶⁾

ベルは、脱工業社会——すなわち人間同士の相互関係が（人間対自然や人間対物質の関係等よりも）相互作用の主要な様式となる社会——では、個々人が勝手に自分の気まぐれを押し通そうとしても利害の衝突が起こることから、効果的な社会的行動を可能にするためには必然的に、（個人の自由を制限して）集団的規則の制定と抑圧の強化が必要となるという⁽²⁷⁾。そして各人が自分の生活に影響する決定事項に欠かさず参加しようとするれば、情報取得のための費用は上昇し、行動について合意に到達するまでの個々人の間の折衝に一層多くの時間をとられることになる。

必然的に、意思決定の政治化は——経済、文化の両面において——ますます多くの集団構想を招く⁽²⁸⁾。そのため、共同社会にとつての死活問題は、政治的政策設定を導くことができる価値の共通枠組みがあるか否かであることになる。個人の衝動を追求するために人間は「自由」でなくてはならないとする単純な考えは、生活の物質的条件を規制するようにとのコミュニティに対する増大する圧力との対立を招く。政治的には、共同社会は誕生しかけているといえるかもしれない、しかし共同的倫理は存在しているだろうか、またそれはもともと可能なものであるうか。ベルはそう疑問を投げかける。

(20) 情報化社会論の起源がどこに求められるかというのは、それだけで一つの問題となる。本稿では、ひとまず、フリッツ・マッハルプ (Fritz Machlup) による以下の著作をその発端と措定する。FRITZ MACHLUP, THE PRODUCTION AND DISTRIBUTION OF KNOWLEDGE IN THE UNITED STATES (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1962). 邦訳として、フリッツ・マッハルプ (著)、高橋建男ほか (監訳) 『知識産業』（産業能率短期大学出版部、一九六九）。マッハルプのこの著作は、知識や情報を経済全体の中で数量的にあらわそうという試みである。彼は知識産業の例として教育、研究開発、メディア、情報機械、情報サービスをあげ、これら五つの産業分野の規模について試算した。彼によると、知識産業の経済成長率が全体の成長

率を上回り、知識を生産する労働者の割合も、労働者全体の中で大きな割合を占めるようになっていくということであった。

マッハルプの研究を継承し、発展させたものとして、マーク・ポラト (Marc Uri Porat) の著作が挙げられる。1-5 Marc Uri Porat, *The Information Economy: Definition and Measurement* (Washington DC: United States Department of Commerce, 1977)。邦訳として、マーク・ポラト (著)、小松崎清介 (監訳) 『情報経済入門』(コンピュータ・エージ社、一九八二)。彼の問題意識は、アメリカ経済に占める情報活動 (情報財、情報サービスの生産、処理、流通において消費されるすべての資源) の割合を少しでも正確に計量することにあった。

マッハルプやポラトの研究は、社会全体を対象としているというよりは、経済的・産業的側面に重点を置いていたといえ、厳密に言えば「情報社会論」というよりもむしろ「知識産業論」や「情報経済論」への分類が妥当しうる。しかし、彼ら (特にマッハルプ) の用いた数量的手法は、ダニエル・ベルの「脱工業社会論」等の社会学に大きな影響を与えた。

これら情報社会論の系譜については、田畑暁生『情報社会論の展開』(北樹出版、二〇〇四) 参照。

- (21) DANIEL BELL, *THE COMING OF POST-INDUSTRIAL SOCIETY: A VENTURE IN SOCIAL FORECASTING* (New York: Basic Books, 1973)。邦訳として、ダニエル・ベル (著)、内山忠夫ほか (訳) 『脱工業社会の到来：社会予測の一つの試み (上・下)』(ダイヤモンド社、一九七五)。

- (22) DANIEL BELL, *THE CULTURAL CONTRADICTIONS OF CAPITALISM* (New York: Basic Books, 1976)。邦訳として、ダニエル・ベル (著)、林雄二郎 (訳) 『資本主義の文化的矛盾 (上・中・下)』(講談社、一九七六、一九七六、一九七七)。

- (23) ベル (著)、内山ほか (訳)・前掲書注 (21) (上) 二二―二三頁。また、ベル (著)、林 (訳)・前掲書注 (22) (上) 三三―三七頁。

- (24) ベル (著)、内山ほか (訳)・前掲書注 (21) (上) 二二―二三頁。また、ベル (著)、林 (訳)・前掲書注 (22) (上) 三七―四一頁。

- (25) 政治形態の基軸原理について、ベルは、かつては「参加」としていた (ベル (著)、内山ほか (訳)・前掲書注 (21) (上) 二三頁)。しかし、その後の著作においては「合法性」と改められ、「参加」は政治形態の原理ではなく、構造の一部分として言及されている (ベル (著)、林 (訳)・前掲書注 (22) (上) 四〇頁)。そのため、ここでは、後者の著作によった。

(26) ベルは他にも、技術エリートによる新しい階級制度、科学の官僚制化、メリットクラシー（能力主義）と平等、敵対的文化からの道徳律廃棄論的攻撃の問題を検討している。

(27) ベル（著）、内山ほか（訳）・前掲書注（21）（下）六三六頁。

(28) 同前、六四六頁。

三―二 アルビン・トフラーの『第三の波』

現代社会の変化の総体的な記述を目指したものとして、アルビン・トフラー（Alvin Toffler）の『第三の波』も重要である。⁽²⁹⁾ トフラーは、人類の文明の発展を第一の波（農業社会）、第二の波（工業社会）、そして第三の波とまとめ、現在の変化は第二の波から第三の波への移行によるものだという。⁽³⁰⁾

トフラーは、第二の波の特徴を、経済における大量生産および大量販売制度、生活における大家族から核家族への変化、コミュニケーションにおけるマス・メディア、政治における国家並びに超国家帝国の出現等とまとめている。また、第一の波では統合されていた生産と消費が市場によって分離され、男と女の生活圏も分断されたとしている。

さらに、行動様式においては、能率のための規格化、分業の進展による専門化、機械生産に対応した同時化、資源の偏在と都市化を中心とした集中化、大量生産の利益追求による極大化、そして権力の中央集権が特徴であるとしている。また、権力は、財産の所有者から、経営者、企画者、まとめ役へと移ったと述べている。思想面でも、自然の征服、進歩原則、時間と空間の直線化・規格化等、産業主義的現実とでも名づけられるものが社会を覆っているとトフラーはまとめる。

ではなぜそのような「第二の波」が危機に曝され、「第三の波」へと向いつつあるのか。その原因や因果関係については、

エレクトロニクス革命を軸に、再生可能なエネルギー、遺伝子産業、宇宙開発といった技術体系、そしてそれに伴う情報環境の変化を主たる要因とし、まとめて「技術体系と情報体系の二大潮流」と述べている。

このような第三の波に対応するために、トフラーは、「精神体系」、「人間性」、「政治体制」を刷新する必要があると論じている。本稿の問題意識との関連から、ここでは、そのうちの「新しい精神体系の必要性」に関するトフラーの所説を検討する。

来るべき明日の文明に向かって、満ち足りた情緒生活と健全な精神体系をつくり出すために、トフラーは、以下の三つの基本的必要条件があるということを理解しなければならないと主張する。⁽³¹⁾それは、「コミュニティへの帰属意識」、「世の中の構造の認識」、そして「人生の意味の把握」である。

トフラーは、まず、「健全な社会では、どこでもコミュニティへの帰属意識が涵養される」ということを主張する。⁽³²⁾コミュニティは人々に、生きていく上で絶対に必要な帰属意識を与えるのである。

ところが、現代の工業技術一辺倒の社会になって、コミュニティを成り立たせてきた慣習がどんどん崩れていき、孤独という名の病が蔓延してしまった。現代社会が極度に多様化していることも、孤独感が蔓延する一つの原因になっているという。⁽³³⁾画一化の時代は終わり、人々は共通点よりも相違点を強調するようになった。個性を発揮しやすい時代になったのである。しかし、それとともに、それぞれの個性・意見がぶつかるために、人間的な触れ合いがますます困難になってくる。

したがって、画一化された大衆社会が崩壊すると、人々は自分の好みに合った生き方を選べるようになる反面、少なくとも当面は、孤独の苦しみが一般化することになる。

そこでトフラーは、このような問題に対応するためには、「コミュニティの復興」を図らなくてはならないとし、長

期的社会政策のレベルでみると、これからのコミュニティは、情報化時代に適応したコミュニティを目指すべきである⁽³⁴⁾という。

第三の波を健全で、民主的なものにするためには、新しいエネルギーの供給源を開発したり、新しい技術を実用化したりするだけでは十分なのである。しかし一方で、コミュニティを復活させればよい、というでもない。第三の波の文明を構築していくにあたって、われわれは孤独への挑戦にとどまらず、人生に秩序と目的を与えることから始めなければならないと、トフラーはいうのだ。

- (29) ALVIN TOFFLER, THE THIRD WAVE (Bantam Books, 1980), 邦訳として、アルビン・トフラー(著)、鈴木健次ほか(訳)『第三の波』(日本放送出版協会、初版一九八〇、改訂新版一九八五)、また、徳岡孝夫(監訳)『第三の波』(中公文庫、一九八二)。ここでは鈴木健次ほかの訳を参照しつつ、一部を改めている。
- (30) トフラーはこの著作においてはまだ「情報社会」という言葉を使っていない点には留意すべきである。
- (31) トフラー(著)、鈴木ほか(訳)・前掲書注(29) 五二三頁。
- (32) 同前、五二四頁。
- (33) 同前、五二六頁。
- (34) 同前、五三〇頁。

三・三 情報社会と私法上のプライバシー

科学技術の発展によって、社会の抜本的構造変化が起きるとき、われわれに何ができるのか、あるいは何をすべきな

のか。⁽³⁵⁾以上にみた西洋の情報社会論者が、「コミュニティ」という観点を重視している点に、改めて目を向ける必要があるだろう。⁽³⁶⁾

実は、このような観点から新たなプライバシーの問題にアプローチする手ごかりは、民法にすでに規定されている。具体的には、相隣関係に関する二三五条がそれである。⁽³⁷⁾ここには、「境界線から一メートル未満の距離において他人の宅地を見通すことのできる窓又は縁側（ベランダを含む。）を設ける者は、目隠しを付けなければならない」との規定があり、実際にいくつかの下級審裁判例で、この点に関する請求が認容されている。そしてその裁判例では、続く二三六条において定められる、「前二条の規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う」との規定もときに考慮されている。

この二三五条と二三六条は、①「プライバシー」やそれに類似する権利の保護を明示することなく、②事実上他人のプライバシーを侵害する恐れがある行為を、③一定の取り決めによつて事前に防止する行為規範を定めている、と評価することができる。⁽³⁸⁾この一定の取り決めとは、すなわち、国家による標準的判断基準の提示（「境界から一メートル未満の距離」「他人の宅地を見通すことのできる窓」等）と、慣習によるその修正の認可という二段階の取り決めである。

その後、この相隣関係におけるプライバシーの問題は二三五条を離れ、不法行為法上のプライバシー権侵害の問題へと昇華し、マンションの施工業者等に対する請求に応用されるようになった。

例えば、仙台地決昭和五五年一月二五日は、⁽³⁹⁾住宅地域に四階建てマンションを建設しようとした業者に対し、「こういう地域においては、住環境の保持の観点から特に個人の住宅内におけるプライバシーが十分保護されるべきである」として、四階建テラス部分の半減を命じている。また、熊本地決平成六年二月一五日では、⁽⁴⁰⁾マンション業者にに対し、プライバシー侵害予防のため、目隠しとして型入りガラス（すりガラス）の設置が命じられている。

これらの事案は、従来のプライバシー研究においては、いわゆる「プライバシーの四類型」のうち、「私生活への侵入」類型の「覗き見」事案として整理されてきた。そこではこれらの事案に共通するある種の「まちづくり」的特徴に触れられながらも、プライバシーは個人に帰属する権益であるとの先入観の故なのか、特殊の類型としての地位を与えられることはなく、形式的に当てはまる「覗き見」事案に配置されることが一般的であった⁽⁴²⁾。しかし上に見た仙台地決や熊本地決の事案においては、この「覗き見」という言葉から感じる「じつとり」とした「嫌な感じ」とそれに対する被害者の本能的嫌悪感とはほど問題となったのだろうか。むしろ、マンション建設という事業者の「有無を言わさない経済活動」に対する地域住民からの「抗議の声」を擲り上げたという要素が前面に出ていないだろうか。

本稿はこれらの裁判例（及び二三五条等の起草者）の問題意識をいわば掘り起こし、再評価することで、今日的な「まちづくり」とプライバシーの問題に応用しようとするものである。現在進みつつある「ICT街づくり」という名の再開発も、この観点から見ると、あるいはわれわれの権益侵害だと考えるべき場合もあるのではないだろうか。

と、そうは思いながらも、ただ闇雲にその侵害性を訴えていても仕方がないのも事実である。なぜなら、このような技術の進歩はわれわれ全ての者にとって利益となるのもまた確かだからである。重要なのは、情報の利活用によって得られるわれわれの利益と、一方で情報を提供することによって被る不利益とを比較衡量すること、ひいてはその比較のための基準、方法を模索することである。この点、本稿はこの問題を、基本的には二三五条の発展形としての——つまり二三五条を離れた——不法行為法上のプライバシーの問題として論じるものだが、しかし、そうであっても、二三六条に定められる精神を忘れるつもりはない。この規定は、地域社会への新たな技術の導入がプライバシー侵害に当たるかどうかの判断を、国家ではなくわれわれ地域住民の理解に一定程度委ねていると理解することができるからである。

本稿は以上のような問題意識の下で、ICTとプライバシーの問題について、主として「まちづくり」の場面を念頭

に置きつつ、情報の多角的利活用に基づく社会的経済的利益と、地域住民の權益の保護とのバランスをいかなるかたちでとるべきかについて、私法上の不法行為の観点から一つの方向性を示すことを第一の目的とする。⁽⁴³⁾そしてそのうえで、従来の研究を踏まえつつ、コミュニティに配慮しながらも個人の權益の不当な抑圧は回避する、そのようなプライバシー保護のあり方を、より総合的な観点から定立することを試みる。⁽⁴⁴⁾

(35) この点について、法学者による情報社会に関するまとまった検討としては、奥平康弘「情報化社会論」同ほか(著)『未来社会と法 現代法学全集54』(筑摩書房、一九七六)二六五頁以下。

(36) これに対して、日本の情報社会論者は、村落共同体や日本人の「公」意識へのネガティブなイメージゆえか、「コミュニティ再編」という方向性はそこまで前面に出していない。例えば、林雄二郎は、ベルの訳書の解説において、「今日の日本人の意識の中にも依然として滅私奉公は生きているのであり、つまり個が個として確立するにいたっていない」ため、「まづ個の確立、つまりいいかえれば、同質社会の異質化がどうしても必要であり」、「それは一見逆コースのように見えるが逆コースではない」と主張する(ベル(著)、林(訳)・前掲書注(22)(下)二四七頁)。林のこの意見にも尤もなどところがある。しかし、従来は「家」ないし「家庭」や地域社会に委ねられてきた「子や高齢者の見守り」がICTを活用する産業に担われつつある昨今においては、むしろ林のような日本のネガティブなコミュニティ理解を相対化する時期に来ているのではないだろうか。

(37) 周知のとおり、本条は、『宴のあと』事件判決の中でも、プライバシー権保護の片鱗の一つとされている。本判決は、プライバシー保護の「片鱗はすでに成文法上にも明示されているところ」であると述べて、他人の住居のぞき見の禁止(軽犯罪法第一条第二項二三号)、相隣地の眺望の制限(民法第二三五条第一項)、信書開被罪(刑法二三三条)を挙げているのである。

(38) 同旨、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』(成文堂、二〇〇〇)七頁。

(39) 判時九七三号一一五頁。

(40) 判時一五三七号一五三頁。

(41) プライバシー権については、保護利益の性質や侵害行為の多様性に鑑み、一つの権利概念へ統一することが困難であるとも指摘されてきた。そのような状況の中でプライバシーの保護を論じるにあたってわが国の模範となったのが、ウィリアム・L・プロッサー (William L. Prosser) による、プライバシー侵害の四分類である (William L. Prosser, *Privacy*, 48 Cal. L. Rev. 383 (1960))。これによると、「私生活への侵入」、「私的事実の公への曝露」、「真実でない陳述の公表による公衆への誤解」、「氏名や肖像等の営利的な利用」、以上の四つの場面でプライバシーが侵害されるという。

この分類に従ってプライバシーについて論ずる日本の論考の嚆矢として、例えば、伊藤正己『プライバシーの権利』(岩波書店、一九六三)、三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、一九六五)等が挙げられる。

(42) 例えば五十嵐清は、「マンシヨンの建築をめぐる紛争の一環として、高層住宅からの眺望による隣家のプライバシーの侵害が争われる例が多い」として、仙台地決昭和五五年一月二五日等に言及している (同『人格権法概説』(有斐閣、二〇〇三)二〇七―二〇八頁)。しかし、その特殊性を強調するにはいたっていない。

(43) このような問題については、もはや私法ないし民法が(単独で)取り組むべき課題ではないとする向きもあるかもしれない。しかしこれに対して、固定的でない「私的空間」と「公共空間」の境界について、時代にあわせて境界線を引き、また、ある行為や事実が現時点でどちらの空間に属するかを判断する「役割を果たすことは、現代における不法行為法の重要な任務の一つなのである」(大村敦志『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』(有斐閣、二〇一一)二〇六頁)との立場もある。本稿はこのような理解に与するものである。

ただ他方で、不法行為訴訟の限界については、①一件当りの(精神的)損害賠償額が小額であること、②(財産的)損害の程度・原因・加害者の特定とこれらの因果関係被害者自身が立証することが困難であること、③救済に長い時間が求められること等、つとに指摘されてきたところではある(①について、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』(増補改訂版)〔判例時報社、一九九八〕二二五―二二九頁。②について、同前二一九―二二〇頁。③について、最高裁判所ホームページ資料「21世紀の司法制度を考える」二頁 <http://www.courts.go.jp/about/sihou_21_2/index.html>) (最終アクセス二〇一五年一月二八日)等)。

これらの点については、無論、真摯に対応する必要があるだろう。

（44）このような「地域社会」の価値観を重視する観点から表現の自由とプライバシーの関係について検討する先行研究として、山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由——ノンフィクション『逆転』訴訟を手がかりとして——」民商法雑誌一一六巻四号（一九九七）六一五頁以下が挙げられる。山本の見解については詳しくはのちに検討するため、ここでは、本稿が山本の研究の驥尾に付しつつも彼の検討とはまた異なる問題領域に取り組むものであること、そしてそのうえで物理的な覗き見や表現行為、さらには情報の多角的利活用といった問題領域を跨る、より総合的な観点からの検討を目論んでいることに触れるにとどめる。

第二款 プライバシーに関する近時の研究とその残された課題

個々人の情報が多様な形で利活用されつつあるという社会的背景の変化に応じるために、プライバシーに関する法的研究は、相も変わらず非常に活発になされている。その近時の傾向を大きく分類すると、以下の三つの方向性に分けられよう。

第一に、プライバシーの理論的再構成の動きである。これはさらに、（一）脱人格権の試み、（二）脱アトムの個人主義の試み、（三）脱権利論の試み、（四）「監視社会」論の観点からの議論に分けられる。第二に、情報技術の発展によって生じた新たな問題に対する個別具体的検討が挙げられる。第三に、個人情報保護法改正の動きに併せて、立法論や、欧米諸国の最新の法状況の比較法研究がなされていることも特筆すべきである。これらについて、以下に略述ながら検討し、現在のプライバシー研究の到達点と残された課題を確認することにする。

一 プライバシーの理論的再構成

—— 脱人格権の試み—— プライバシー問題の市場化 ——

プライバシーの理論的再構成の動きとしては、第一に、脱人格権の試みがみられる。⁽⁴⁵⁾ この動きを牽引するのは、情報プライバシーの財産権説と、事業者等の契約責任の内実を追究する見解である。

前者の一連の見解は、個人に関する情報が現実問題として市場で取引されていることに対応するために、これまでは人格権に基礎をおく権利であると理解されてきた情報プライバシーを、ある種の財産権と構成することを主張する。⁽⁴⁶⁾ そうすることで、情報取引のインシアチブを情報主体（多くは消費者）の手に取り戻すことができ、なおかつ、現状では彼ら情報主体が背負っているといえる社会的費用を事業者内部化することができるというのである。⁽⁴⁷⁾ この観点に立つた法政策論を日本において積極的に展開しているものとしては、著作権（人格権と財産権のハイブリット）型構成をとる見解、⁽⁴⁸⁾ 著作者人格権構成とライセンス構成のあわせ技を主張する見解、⁽⁴⁹⁾ 消費者選好に関する実証分析の進展等の実社会の発展を踏まえつつ、消費者保護を前提とした財産権的アプローチを採用する見解を⁽⁵⁰⁾ 挙げる⁽⁵¹⁾ ことができる。

これらの見解の狙いは鋭く、それゆえに魅力あふれる構成であるといえる。しかし、その手段としてプライバシー権の財産権化を選んだことについては、批判も根強い。⁽⁵²⁾ なぜなら、これらの見解は、プライバシーを財産権と構成し、市場の問題としてしまうがゆえに、結果として副作用が出るどころか、そもその狙いを達成することすら困難となつているのである。より具体的には、①結局のところ市場がうまく機能しない可能性がある、②情報の公共財的性格をうまく考慮できない恐れがある、③財産権化したとしても、下流（downstream）における情報交換を制限できない、④既存の知的財産権制度との整合性を保てない危険性がある、⑤財産権の帰属主体をいかに決定するか明らかなでない等の課題が指摘されている。⁽⁵³⁾ さらに、いたずらに市場の問題とするのは適切ではなく、弱者保護の観点を忘れるべきではないとの指摘もある。

また、もう一つの方向性が、契約責任アプローチである。この見解は、個人情報の「情報主体と情報提供者間において何らかの契約が存在する場合」、「情報主体の同意の範囲を超えて、情報提供者が第三者に対して情報提供した場合は債務不履行責任を構成する」と考える⁽⁵⁴⁾。ある契約が締結された場合、債務者は債権者に当該契約の目的とされた給付義務の他に信義則に基づく付随義務（又は独立した保護義務）を負う⁽⁵⁵⁾。契約責任アプローチは、この付随義務に着目し、契約の目的と異なった範囲の第三者に対し、情報主体に無断で情報提供がなされた場合、付随義務に反した債務不履行責任を問うものである。この見解は、結局のところ情報主体と契約関係にある事業者にしか適用されない構成であるために、情報が激しく流通している現代社会においてはその限界は明らかである。しかし、事業者と消費者の間に契約関係があればむしろ不法行為責任よりも責任追及が容易な場合もあり、その意味で優れた構成であるといえる。

また最近では、契約責任構成の欠点を克服するため、事業者の信認ないし忠実義務（つまり信託）⁽⁵⁶⁾の問題として構成することで、契約外の第三者に対する問題についても責任追及することを目論む見解もあらわれている。この見解のうちの一つは、新たな視点からの情報保護法制として、以下のような構想を打ち立てる。まず、何よりも個人の様々な情報を、それぞれの個人を中心として収集し、安全に管理する情報基盤が必要となり、さらに、すべての個人がそれらを管理することは不可能であるから、それら個人に代わって、当該個人の利益を図る忠実義務を事業者に負わせるべきである⁽⁵⁷⁾。それに加えて、従来の個人情報保護法においては、個人情報の利用目的の事業者による開示と目的外利用に対する情報主の「同意」が求められているが、これはビッグデータ・ビジネスをかえって阻害するとして、以下のように主張する。すなわち、ビッグデータ時代には、むしろ個人情報の利用を促進させるために、個人情報取扱事業者に対しては単なる情報「開示」ではなく、個人もまた利用できるような形で情報提供を義務付けるとともに、ビッグデータによって何らかの利益が生じた場合には、個人もまたその利益に与ることのできるような方向性を打ち出して、そのよう

な意味での「同意原則」の強化を図るべきであるとする。⁽⁵⁸⁾

以上のように、(その発端は財産権と結び付けられつつ論じられたものの) 人格権としての確固たる地位を築き、およそ「財産」や「市場」という観念とは距離を置いてきたプライバシー権が、今日では翻ってある種の市場の問題として捉えられるようになってきている。これは、現実問題として個人の情報が「報道による秘密の曝露」や「行政による収集」を超えて、広く市場で取引されていることを踏まえたものであり、今日においては全く無視することはできない動向である。しかしそうであるからといって、人格的利益と切り離すことができず、広汎な公共的利益の帰趨という課題も帯びつつある情報の利活用の問題を、個人間の(特に自由主義的な)市場の問題として限定的に捉えるのは、理念型としては格別、実際の法政策論としては行き過ぎの恐れなしとしない。そこで本稿では、これらの見解を一定程度踏まえ、事業者の義務ないし責任をより具体化することを狙いつつも、その他の途を探ることとする。ICT街づくりの特質上、ここでも求められるのは、個人のみならず、コミュニティにも配慮する契約のあり方ではないだろうか。⁽⁵⁹⁾

(45) 技術の発展に伴い活発化する情報取引について、契約法の観点から財産権的に規律することはできないかという問題意識やそれに基づく検討は、日本においても、一九七〇年代ごろから継続的にみられる。

そのような研究のうち、民法学者のものとして、古くは、北川善太郎「取引の目的としての情報」NBL二四号(一九七二)二七頁以下等、近時のものとしては、野村豊弘「情報——総論」ジュリスト一二六号(一九九八)一七五頁以下、大村敦志『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、二〇〇九〔初出、二〇〇七〕二七〇頁以下、吉田克己「財の多様化」法律時報八三卷八号(二〇一一)八九頁以下等。また、法分野の垣根を越えた総合的な視野からの検討の必要性を論じるものとして、吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法的規制」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣、二〇〇〇〔初出、一九九八〕四六五頁以下。

しかしこれらの研究は、必ずしも人格権たる情報プライバシー権（自己情報コントロール権）の財産権化をねらうものではなくったように思われる点に留意すべきであらう。

- (46) アメリカの「情報プライバシー」の財産権説は、「自己情報コントロール権」構成によって「情報プライバシー」を保護することを批判する。

この学説を主張している代表的な論者としては、リチャーズ・S・ブーフィー (Richard S. Murphy, *Property Rights in Personal Information An Economic Defense of Privacy*, 84 GEO. L. J. 2381, 2383 (1996).) ハーリン・P・メル (Patricia Mell, *Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness*, 11 BERKELEY TECH. L. J. 1, 26-41 (1996).) ショーリー・カン (Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193 (1198).) ローレンス・レッシング (Lawrence Lessig, *Code Version 2.0* (Basic Books, 2006), 邦訳として、山形浩生 (記) 『CODE VERSION 2.0』(翔泳社、二〇〇七)。また、一九九九年のオリジナルバージョンの訳書として、山形浩生、柏木亮二 (訳) 『CODE——インターネットの合法・違法・プライバシー』(翔泳社、二〇〇一)がある。See also, Lawrence Lessig, *The Architecture of Privacy*, 1 VAND. J. ENT. L. & PRAC. 56, 63-65 (1999).) A・マイケル・フルームキン (A. Michael Froomkin, *The Constitution and Encryption Regulation: Do We need a "New Privacy"?*, 3 N. Y. U. J. LEGIS & PUB. POL. 25, 34 (1999).) ポール・M・シュワルツ (Paul M. Schwartz, *Privacy, Property, and Personal Data*, 117 HARV. L. REV. 2055, 2076 (2004).) 等がある。

また、典型的な財産権理論については批判立場をとるものとして、パメラ・サミュエルソン (Pamela Samuelson, *Privacy, as Intellectual Property?*, 52 STAN. L. REV. 1125 (2000).) が挙げられる。

- (47) アメリカの情報プライバシーの財産権説について検討している日本の論者としては、阪本昌成「情報財の保護か、知識の自由な流通か——プライバシーの権利と個人情報保護の保護」同『表現権論』(深山社、二〇一〇)「初出、二〇〇八」四七頁以下、村上康二郎「情報プライバシー権に関する財産権理論の意義と限界——米国における議論の紹介と検討——」Info Com REVUE 五五号 (二〇一〇) 四五頁以下が挙げられる。

- (48) 林紘一郎「個人データ」の法的保護：情報法の客体論・序説」情報セキュリティ総合科学第一号 (二〇〇九) 六七頁以下。

(49) 橋本誠志『電子的個人データ保護の方法』(信山社、二〇〇七)。

(50) 高崎晴夫「パーソナライゼーションサービスにおける個人情報保護について——新しい制度的提案に関する考察——」情報ネットワーク・ローレビュー九巻一号(二〇一〇)六七頁以下。

(51) 日本における情報プライバシーの財産権説を批判的に検討したものととして、石井夏生利「プライバシー・個人情報の『財産権論』——ライフログをめぐる問題状況を踏まえて」情報通信政策レビュー第四号(二〇一二)一頁以下。

(52) 阪本・前掲注(47)八五―八八頁、橋本・前掲書注(49)一四六―一四九頁。また、日本の学説においてもこのデメリツトがなお克服されていないことを指摘するものとして、石井・前掲注(51)二七頁。

(53) 石井は、「財産権」といえば、排他的権利を想像し、一見強い権利を与えるようにみえるが、「実際は、取引の名の下に自己責任を加重させるという側面が存在することを無視してはならない」と弱者保護の重要性を指摘する(同前、二七頁)。この指摘自体は尤もであるが、しかしこの「契約における弱者保護の観点の重要性」は、すでに星野英一「現代法における契約」同『民法論集第三巻』(有斐閣、一九七二〔初出〕一九六六)三頁以下で指摘されている点には留意。

(54) 吉野夏己「民間における個人情報の保護」クレジツト研究No.22(一九九九)一四四頁。この見解と後述の信託構成が、ともに「プライバシー」ではなく「個人情報」の保護について論じている点には留意。

(55) 付随義務については、奥田昌道(編)『新版注釈民法(10)Ⅱ 債権(1) 債権の目的・効力(2)』(有斐閣、二〇一二)〔北川善太郎・潮見佳男〕一七頁以下等参照。

(56) 佃貴弘「信託法理による個人情報保護の可能性」情報ネットワーク・ローレビュー一三巻一号(二〇一四)八一頁以下。また、特に日本における医療情報等個別法の立法への提言を行うものとして、樋口範雄「ビッグデータと個人情報保護——医療情報等個別法を論ずる前提として」長谷部恭男ほか(編)『現代立憲主義の諸相(下)』(有斐閣、二〇一三)二三―二四頁以下。

この点、信託が一般に、「ある者(委託者)が法律行為(信託行為)によって、ある者(受託者)に財産権を帰属させつつ、同時に、その財産を、一定の目的(信託目的)に従って、社会のためにまたは自己もしくは他人——受益者——のために、管理・処分すべき拘束を加えるところに成立する法律関係」(四宮和夫「信託法〔新版〕《法律学全集33Ⅱ》」(有斐閣、一九八九)七頁)と定義される以上、信託構成はある種の財産権説を前提としていると評価しうる点に留意。

(57) 樋口・同前、二四五―二四六頁。

(58) 同前、二四六頁。

(59) このような観点から契約を捉えるものとして、内田貴『制度的契約論——民営化と契約』（羽鳥書店、二〇一〇）が挙げられる。内田は、介護契約、保育契約、学校教育契約、企業年金契約等、民営化が進みつつも従来の取引的契約のパラダイムが妥当しない契約を「制度的契約」と名付けて括りだし、「個々の制度的契約は、不可避免的に、ほかの主体の同種の契約や、潜在的当事者集団、さらには社会一般に影響を与えるため、一方当事者は、個別契約の締結や履行において、当該契約の相手方当事者のみならず、それ以外の（潜在的）当事者への配慮が要求される。そのような配慮が要求されるかどうかを決めるのは、ある共同体に属する人々の政治的判断である」（同前、八八頁）とする。

この内田のいう「制度的契約」に、介護契約や保育契約、学校教育契約が含まれていることは重要である。なぜなら、これらの分野は、ICTを利用した「見守りシステム」の構築等といったかたちで、民営化、市場化が急速に進んでいる分野だからである。

この点、内田は『制度的契約論』において、アメリカのコミュニタリアンのうち主としてマイケル・ウォルツァーの見解(MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (Basic Books 1983). 邦訳として、マイケル・ウォルツァー(著)、山口晃(訳)『正義の領分——多元性と平等の擁護』（而立書房、一九九九））に依拠している。それ故、配慮すべきコミュニティの価値観を、ある種多数決的に捉えてしまっている点には留意すべきである。これに対して本稿は、後述のようにコミュニタリアニズムの観点を重視するものであるが、必ずしも上記のような立場に立つものではないことを付言しておく。

一―二 脱アトムの個人主義の試み——社会化した個人像、公益性の重視——

第二に、脱アトムの個人主義の試みがある。これまでプライバシー権は、一般に、コミュニティや国家等の人間集団による不要な詮索に対する個人の自由（ないし意思）を重視する、（アトムの）個人主義を前提として構成されてきた

といえる。⁽⁶⁰⁾しかしその個人の自由のあくなき追求が、「個人情報保護至上主義」⁽⁶¹⁾あるいは「個人情報ファシズム」⁽⁶²⁾とも呼ばれる状況にいたるとき、情報の公共財的性質上、その他の重要な利益が損なわれることとなる。そのため、理論のレベルにおいても、過度の個人主義的傾向を抑制する動きがみられるようになっていく。

この動きを牽引するのは、マクロの観点から、対国家と対社会のプライバシーを別個のものと捉え、それらの機能を別のものとして析出する見解と、⁽⁶³⁾よりミクロの人間関係における情報のやり取りに着目した観点から、情報の公共的性質に配慮した社会化した個人像を前提に、⁽⁶⁴⁾プライバシーを再構成する見解が挙げられる。これらの見解は、前述の脱人格権化の試みとは異なっており、必ずしも情報の多角的利活用の問題のみを念頭に置いた研究ではないものもあるが、しかし、本問題にも示唆のある検討であるといえる。

この潮流のうち、前者の見解は、近時のアメリカにおけるコミュニティアニズムの観点⁽⁶⁵⁾からのプライバシーの再構成の動きを踏まえて、既述のようにプライバシーを対国家のそれと対社会のそれに分けて考える。そして、この見解は、対国家のプライバシーを「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」を意味すると考えりベラリズムを維持しつつ、⁽⁶⁶⁾対社会のプライバシーを「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」を意味すると構成することで、⁽⁶⁷⁾コミュニティの価値観への配慮をうかがわせる。このことによって、有益な社会協働を阻害することにつながりかねない権利の個人主義的、硬直的な理解を避けることができると同時に、国家の恣意に対しては明確な抵抗の基礎を個人に提供することができ、さらに全般的な社会的礼節ではなく、現代情報化社会の実情に応じた「情報の獲得と利用に関する」社会的行為基準の維持と継続的な改善を図ることができるというのである。

この点、この見解の「行為規範の遵守」としてのプライバシーという捉え方は、後述するように、脱権利論の見解（社

会公共的利益としての「プライバシー」に一定の示唆があると思われる。しかし他方で、本稿が主として念頭に置く「IT街づくり」の場面では、既述のように国家と企業と地方公共団体、そして地域社会が協力して事業を展開しており、そこではおそらく、様々な情報の共有も行われうるに違いない。従ってこのような問題において、対国家と対社会のプライバシーを分けて論ずることにどのような意義があるのか、特に市場の位置付け如何については残された課題として留保されるべきである。

また、脱アトムの個人主義の潮流のうちの後者の見解は、現実社会の人間個人は決して原子論的な「個人」ではなく相互に依存しており、そのような社会関係の形成は「人間相互のシンボリックな相互作用」によってなされ则认为⁽⁶⁸⁾立場を前提に、一方で外向きの「社会生活におけるプライバシー」なるものを自己決定権の一種に類似したかたちで構想し、社会における役割や印象といった、「自己のイメージをコントロールする権利」として構成する⁽⁶⁹⁾。しかし他方で、そのような社会化した個人にあっても、内向きの「個人の尊厳を重視したプライバシー」というものを想定するべきであり、これらふたつのプライバシーを複眼的に保護する必要があるとする⁽⁷⁰⁾。この見解は、現代のような情報の多角的利活用が活発化した世の中にあっても、やはり個人の私的な領域はどこに残されるべきであるとの立場であると理解でき、その意味で一定の意義がある。

しかしながら、従来ならば私的空間であったといえる領域における多くの行動が、様々なサービスを通じてデジタルデータとして収集・統合・分析されつつある昨今において、この想定がどこまで有効であるのか、そのような領域をどのように決定するのは、残された課題といえるだろう。

つまるところ、マクロの視点にせよ、ミクロの視点にせよ、社会というものを強く意識するこれらの見解にとって、「われわれはどのような社会を構成したいのか」という問いが、最も重要な課題となるだろう⁽⁷¹⁾。

(60) 例えば、プライバシー研究のパイオニアのひとりとしてしばしば言及される戒能通孝も、「プライバシーの権利」をもって「幸福追及の権利」の一作用であるとみる見解に非常に興味があるとしつつ、以下のようにその個人主義的思想を明確にしている。「ゴシップが原則として本人の同意なしに発表された場合には、プライバシー権の侵害である。それは私生活に介入し、その人の『幸福追及の権利』を阻害する。従ってある人の名、肖像、その人の書いた手紙などを同意なしに発表することは、どうみても『プライバシー権』の侵害とならねばならない」(同「プライバシー権とその保障」民商法雑誌三九卷一・二・三合併号(一九五九)一三七頁)。さらに、『宴のあと』事件においては、「個人のサンクチュアリー(聖所)に踏み込んだ叙述が明らかにみられている。あのような場合には、文芸作品という抗弁は、当然のこととして問題にならない。プライバシーは『個人法益の問題である』(同「プライバシーとその範囲」法律時報三三卷五号(一九六一)一五頁)。

(61) 水野謙「プライバシーの意義——『情報』をめぐる法的な利益の分布」NBL九三六号(二〇一〇)三〇頁。

(62) 棟居快行ほか「座談会 プライバシーをめぐる今日の状況とプライバシー理論の現在」法律時報七八卷四号(二〇〇六)五頁(山野目章夫発言)。

(63) 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」初宿正典ほか(編)『国民主権と法の支配(下巻)』(成文堂、二〇〇八)一七九頁以下。この論考は、プライバシー権は結婚制度等、伝統的な共同体的価値を保護するためのものと説くサンデルの見解(Michael Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration*, 77 Cal. L. Rev. 526 (1989))と、共同体の道德的規範であるシヴィリティ・ルールを維持するためのものと説くボストの議論(Robert C. Post, *The Social Foundations of Privacy*, 77 Cal. L. Rev. 957 (1989))を比較検討することで、プライバシーの対象別の機能を明らかにすることを目的としている。

(64) 公法の観点からの論考として、石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男、金泰昌(編)『公共哲学12 法律から考える公共性』(東京大学出版会、二〇〇四)一八一頁以下。これは、イエリネックと尾高朝雄について検討することを通じて、「私」性をこれまでの憲法学がどのように定位してきたのかを反省することを通じて、その陰画像として憲法学における「公共性」を浮き彫りにすることを狙った論考である。

また、私法の観点からの論考として、水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察…人は自分の姿とどう向き合う

のか」学習院法学会雑誌四五巻二号(二〇一〇)一頁以下。水野は、石川の議論を踏まえつつ、不法行為帰責論の文脈では、「情報」について一方当事者の排他的な支配を認めることは不適切であるという立場を前提としたうえで、プライバシーの問題について論じている。

- (65) ここにいうコミュニケーションズとは、ジョン・ロールズの『正義論』(JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (Harvard University Press, 1971, revised ed. 1999), 邦訳として、矢島鈞次(監訳)『正義論』(紀伊國屋書店、一九七九)、川本隆史・福岡聡・神島裕子(訳)『正義論』(紀伊國屋書店、二〇一〇)を巡る一九八〇年代以降の英米圏における論争の中で、リベラリズムの個人主義的人間観を批判した思想の総称である。

- (66) 浅野・前掲注(63)二〇六頁。

- (67) 同前、二〇七頁。

- (68) EYING GOFMAN, THE PRESENTATION OF SELF IN EVERYDAY LIFE (Doubleday, 1959), 邦訳として、石黒毅(訳)『行為と演技——日常生活における自己呈示』(誠信書房、一九七四)。また、日本の論者のものとして、船津衛『シンボリック相互作用論』(恒星社厚生閣、一九七六)等。さらに、ゴッフマンの見解に依拠しつつ、日本におけるプライバシー権の再構成を図り、「自己イメージのコントロール権」としてのプライバシーを主張したものとして、棟居快行『人権論の新構成(第1版改版)』(信山社、二〇〇八〔初出一九八六〕一七三頁以下)。

- (69) 石川・前掲注(64)二〇二頁。

- (70) 同前、二〇二頁。また、水野・前掲注(64)一五頁。

- (71) この点について、川岸令和は以下のように述べる。「プライバシーへの相矛盾する傾向は、その基盤がそれほど強固なものではないことを示している。そのことをわれわれは直視するべきである」。「結局、プライバシー権の構想は、われわれ自身がどのように生きたいのか」、また、「どのような社会を構成したいのかという問いに直結しているのである」。そしてその解答は、「論争を通じて社会的に構成される合意に必然的に依拠するはずである」(川岸令和「プライバシー権とは何のための権利なのか」阪口正二郎(編)『自由への問い3 公共性』(岩波書店、二〇一〇)一〇六頁)。

一三 脱権利論の試み——プライバシの公共的利益化——

第三に、脱権利論の試みがみられる。この動きを牽引するのは、脱アトムの個人主義の動きを前提としつつ、プライバシを「表現の自由」のような社会公共的利益と考えることを構想する見解である。⁽⁷²⁾

この見解は、従来はもっぱら個人に帰属する利益であると考えられてきたプライバシの問題が、昨今では「情報システムの管理」の問題になってきていることを根拠に、これをもはや個人を離れた公共的な問題となっていると考える⁽⁷³⁾ほうが、むしろ事態適合的であると主張する。⁽⁷⁴⁾この点について、より具体的には、「人びとのプライバシへの関心は、いまでは個人そのものとそれを取りまく生活世界よりも、その個人情報が蓄積され、その使用や流通が管理されているデータベースや情報システムの方にある」としたうえで、「プライバシの保護にとって重視されるのは、個人の自宅や部屋の壁よりもむしろ、情報システムのファイアーウォールであり、暗号システムである」との指摘がみられる。⁽⁷⁵⁾さらに、自己情報コントロール権説の限界を指摘しつつ、現代のプライバシ権論においては「全体のシステムの中身を問題にすべきで」、「全体をだれが、どういうふう管理しているか、そこから先はどういう透明性の高い、フェアなシステムをとっているのか」、「制度上のセキュリティがどこまで図られているのか」といった「構造的デュー・プロセス」が重視される必要があるとの指摘もある。⁽⁷⁶⁾

以上の指摘を踏まえて、この試みは、プライバシを「表現の自由」のような社会公共的利益⁽⁷⁷⁾と捉えることで、結果として個人の利益を守ることを狙う。このようにプライバシ侵害の場面でも社会的価値を強調することにより、「侵害」概念の拡張・変容や、救済における焦点の変更等が期待されるという。⁽⁷⁸⁾

もちろん、社会公共的利益の強調は、権利の切り札性を否定することによって、時に権利制約的に作用することもある。しかし、情報技術を駆使した現代的管理技術・監視技術の「柔らかさ」を踏まえれば、むしろ「侵害」概念を拡

張し、プライバシー権を実質化する方向に作用することが多いであろうことに、この試みは期待する⁽⁷⁹⁾。

この見解は基本的には憲法学者による主張である。が、民法学においても昨今、「不法行為領域で『被侵害利益の公共化』という事態が生じている」との指摘がみられ、景観利益等の分野では非常に影響力のあるものとなっている⁽⁸⁰⁾。そのため、私法の観点からの検討である本稿においても、この試みは無視することの難しい潮流であるといえよう。しかしこの「社会公共的利益としてのプライバシー」構成を私法領域に受容するとして、これをいかなる根拠で構成するか、またいかなる範囲で認めるかは、残された課題であるといえる。より具体的には、プライバシーの利益を完全に公共化させる方向性、個人の権益の保護と公共的利益の保護の二段構えをとる方向性、公共的な利益もあえて権利に一元化して救済することを狙う方向性等がありうると評価できるが、これらのいずれを採用するかは残された課題である。同様に、そのようなプライバシー概念を採用することによって、実際にどのような情報システムを構築することになるのか、具体的につめていく必要もあるう⁽⁸¹⁾。

- (72) 山本龍彦「プライバシー…核心はあるのか」長谷部恭男(編)『人権論の再定位3…人権の射程』(法律文化社、二〇一〇)一三七頁以下。
- (73) このような議論の構造転換を牽引するアメリカの見解として、DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON 43 (NYU Press, 2004), Neil M. Richards, *The Information Privacy Law Project*, 94 GEO. L.J. 1097 n.42 (2006).
- (74) 山本(龍)前掲注(72)一四四頁。
- (75) 阪本俊生『ポスト・プライバシー』(青弓社、二〇〇九)二七頁。
- (76) 棟居ほか・前掲注(62)二二頁〔棟居発言〕。
- (77) 表現の自由に個人的なるものを超えた『社会的利益』を強調することによってその保障を拡張しようと試みたのは、ゼ

カリア・チェイフィー (Zechariah Chafee, Jr.) とある。See, ZECHARIAH CHAFEE JR., FREEDOM OF SPEECH 37 (Harcourt, 1920).

(78) 山本(龍) 前掲注(72) 一四四頁(脚注10)。

(79) 山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト一四二二号(二〇一〇) 八八頁。

(80) 吉田克己「現代不法行為法学の課題——被侵害利益の公共化をめぐる——」法の科学三五号(二〇〇五) 一四三頁。また、その基礎となる理論として、広中俊雄『民法綱要第1巻総論(上)』(創文社、一九八九) 三頁以下。この点に関する吉田の論考は多岐にわたるが、「被侵害利益の公共化」という観点から問題を整理した初期のものとして、ここではこの論考に触れるにとどめる。

(81) 「被侵害利益の公共化」ないし権利ではない「秩序」を構想する吉田(克)の見解に対し、権利論を擁護する立場から批判を行うものとして、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号(二〇〇八) 七七頁以下。山本(敬)は、共同体が形成する規範を重視するというのであれば、「権利」保護と区別される「秩序」保護の領域では、実体的な共同体秩序の目的にしたがった規制が広く認められることになることになると警戒感をあらわにする。

(82) このような具体的対応策として、プライバシー・バイ・デザインや、「プライバシー影響評価」(Privacy Impact Assessment, PIA)等の手法を突き詰めていくことも重要だろう。

前者の手法は、プライバシー保護を目的として利用される技術及び対策を、システム設計及びその構築段階から検討・実装し、ライフサイクル全般において体系的かつ継続的に取り組む仕組みである。主唱者の論考を翻訳したものとして、アン・カプキアン(著)、堀部政男、日本情報社会推進協会(編)、日本情報社会推進協会(訳)『プライバシー・バイ・デザイン』(日経BP社、二〇一一)。

また、後者の手法は、行政情報システムにおける個人情報保護の適正な取り扱いを確保し、個人のプライバシーを保護するために最適な方策を講じるために実施するための評価手法として考案されたものである。この手法を積極的に評価しているものとして、例えば、新保史生「ネットワーク社会における個人情報・プライバシー保護のあり方」HEICE Fundamentals Review 六卷三号(二〇一一) 一九九頁以下等。

一四 「監視社会」論の観点からの議論——「個人の自由」のみならず、「個人」の消滅?——

第四に、いわゆる「監視社会」論の観点からプライバシー保護のあり方を論ずる試みがある。この見解としては、本稿では、以下二つの方向性を踏まえて検討を進める。

このような議論のうちの一つは、基本的にはこの問題を「国家による監視」と「その被害者たる個人」の間のそれであると捉えつつ、その中にも私法上の問題がありうるとして、これを検討するものである。⁽⁸⁴⁾ここでは、「国家による安全」という公共的な利益と、自由・プライバシーという個人の利益をいかに衡量するかということが問題とされ、具体的検討を絡めつつ、様々な情報技術の利用の是非やその際の保護利益、救済方法に関する私法上の争点が提示される。⁽⁸⁵⁾

そこで提示された課題は、より詳しくいえば、次のようなものである。第一に、国民に制約を課すことができる、安全を脅かすような「脅威」または国家が目的とする公的な利益、権利を制限できる根拠とされる公共の利益とは何か。第二に、国家安全のための制約と国家社会の便宜といった公共の利益のための制約の場面で、国民のいかなる権利ないし「利益」が問題になるか。第三に、公共的な目的のために国民の権利、利益の制限が許されるか否かの判断にあたり、その正当性を判断する「基準」ないし「手法」をどう考えるべきか。第四に、このような問題における個人の利益が、そもそもプライバシーの権利として保護されるのか。第五に、かりに保護すべき利益であるとすれば、いかなる救済が認められるべきか。

この見解はこれらの課題に必ずしも回答を与えていないわけではないが、本問題における主要な争点を抽出したという点で、意義あるものである。より具体的な私法上の問題解決の方途については、さらなる検討が待たれる状況にある。

監視社会論にまつわるもう一つの議論は、この問題を、むしろ「監視を望んでいるのはわれわれ自身でもある」とする観点から、基礎法的な検討を行うものである。⁽⁸⁶⁾この見解は、昨今の監視技術の発達の結果、われわれはもはや「自己

決定し判断する主体」ではなく、情報分析の結果なんらかのグループに類別化された、「一定の確率や法則性に基づいてその行動を予測することのできる対象」として把握されていると主張する⁽⁸⁷⁾。そして、このような電子的な監視に基づく確率的な支配と、物理的空間的に人々の行動を事前的にコントロールする「アーキテクチャ」⁽⁸⁸⁾（例えば特定の人物しか認証されない門扉）が有機的に機能すれば、われわれはもはや「個人」とか「自律」とか「自由」というフィクションを利用する必要がなくなるかもしれないと指摘する⁽⁸⁹⁾。

この立場を前提とすると、本稿の主たる検討対象としている「ICT街づくり」推進事業は、公共的利益というお題目のもとで、人々を支配するアーキテクチャを創造する準備段階であると捉えることができるかもしれない。

仮にそうであるとして、われわれにできることは何なのだろうか。この点、前者のような国家の捉え方については、後者の見解も指摘するように、その役割・機能を悪し様に捉えすぎている嫌いがあることは否めない⁽⁹⁰⁾。前者の見解も自ら認めるところではあるが、われわれは技術の発展と国家等によるその利用を一定程度受容しながら、その問題点を論じていかなければならない。また、後者の見解については、これも当の論者が認めるように、ひとまずわれわれは個人や自律といったフィクションを維持する方向で問題を検討する必要があるだろう。重要なのは、個人とか国家とか市場、コミュニティ、あるいは科学技術といったものの間の均衡点をどこに見出すか、なのである。

(83) DAVID LYON, SURVEILLANCE SOCIETY: MONITORING EVERYDAY LIFE (Open University Press, 2001, 邦訳として、デイヴィッド・ライアン(著)、河村一郎(訳)『監視社会』(青土社、二〇〇一)。

ライアンは、ダニエル・ベルらによる情報社会論に対して、情報社会の負の側面を一貫して主張してきた人物である。彼は、一九八八年の『新・情報社会論』で、情報社会論が一般に技術決定論(技術が社会に一方的に影響を与えるという

議論)に陥りがちであると批判し、むしろ、人間や社会の側も技術に影響を及ぼすこと、さらに、技術に従属するのではなく、人間的価値に技術を従わせるべきだと論ずる。See, DAVID LYON, *THE INFORMATION SOCIETY: ISSUES AND ILLUSIONS* (Polity Press, 1988) 邦訳として、デイヴィッド・ライアン(著)、小松崎清介(監訳)『新・情報化社会論——いま何が問われているか』(コンピュータ・エージ社、一九九〇)。

そして、今後の課題の一つは、社会的探求が果たす古典的役割を再度強調することになるが、こうした探求は「公共哲学」の一つの形態をとって作用することになると彼は主張する(同前訳書、二六八頁)。この点、「公共哲学」の語について、ライアンがコミュニティアニズムの代表的著作の一つである、ROBERT NEELLY BELLAH, RICHARD MADSEN, WILLIAM M. SULLIVAN, ANN SWIDLER, AND STEVEN M. Tipton, *HABITS OF THE HEART: INDIVIDUALISM AND COMMITMENT IN AMERICAN LIFE* (University of California Press, 1985) 邦訳として、ロバート・N・ベラーほか(著)、島蘭進・中村正志(訳)『心の習慣』(みすず書房、一九九一)を引用していることは示唆的である。

(84) 山田卓生「サーベイランス社会とプライバシー——私法的考察——」森島昭夫、塩野宏(編)『変動する日本社会と法』(有斐閣、二〇一一) 九七頁以下。

(85) 「公共の安全」という価値について、公法の観点から理論的に検討するものとして、森英樹(編)『現代憲法における安全 比較憲法学的研究をふまえて』(日本評論社、二〇〇九)等。

(86) 大屋雄裕「自由とは何か——監視社会と「個人の消滅」(ちくま新書、二〇〇七)。

(87) 同前、一一一一—一二三頁。

(88) アーキテクチャによる支配と法によるその統御の必要性を論じた先駆的論考としては、レッシグ・前掲書注(46)が挙げられる。また、立憲主義の立場からアーキテクチャによる規制について論ずる日本の近時の論考として、松尾陽「アーキテクチャによる規制と立憲主義の課題」法律時報八七巻四号(二〇一五) 八四頁以下。

一方で、このようなアーキテクチャによって排他的支配可能性が付与されているインターネット上の無体財については、現実の有体物と同様に所有権ないし財産権によって保護すべきであるとする議論もある。

そのような米中の学説の展開と日本法におけるその保護のあり方につき、拙稿「いわゆる「仮想財産」の民法的保護に関する一考察(一)」(三・完)「北大法学論集六五巻三号(二〇一四) 七七頁以下、同六五巻四号(二〇一四) 三九頁以

下、同六五巻五号（二〇一五）二八七頁以下。

(89) このような状況をむしろ肯定的に捉えるものとして、安藤馨「統治と功利——人格亡きあとのリベラリズム」創文四九四巻（二〇〇七）三三頁があるが、大屋はむしろこの見解を批判的に捉える（大屋・前掲書注（86）二〇四頁）。

(90) 例えば田島泰彦は、「国民の安全を守る」という目的でセキュリティが強化されていくことを「市民的法理の構造転換」と呼び、強く批判している。彼によれば、本来「人権」などの法理は国家権力を制約しその濫用を防止するためのものであるはずなのに、最近ではその「人権」を守るために国家の市民社会への介入が強化されている。それによって市民的法理は換骨奪胎され、官による民の支配手段になってしまったというのである（田島泰彦『監視社会』と市民的自由——その批判的考察」法律時報七五巻一二号（二〇〇三）二九頁以下等参照）。

これに対して大屋は、「他者を監視すること、それによって自らの安全その他を確保しようという欲望」はむしろ国民のものであり、国家の独占物ではないという。大屋によれば、営業の自由をもたすためには国家がギルド社会に介入せざるを得なかったように、個人の自由は国家によって侵害される側面と国家によって守られる面とを、最初から持つており、そこには何の転換もありはしない。そもそも国家が設立された動機は、「他者のもたす危険性から我々を守ること」にあるのである（大屋・前掲書注（86）九〇―九三頁）。

二 新たな問題に対する個別的具体的対応

前述の、プライバシーの理論的再構成の動きとは別に、新たな技術的問題に対する、個別具体的対応も多くみられる。ここで羅列的に例示するならば、そのテーマとしては、顧客リスト⁽⁹¹⁾、遺伝情報⁽⁹²⁾、生体情報⁽⁹³⁾、医療情報⁽⁹⁴⁾、位置情報⁽⁹⁵⁾、監視・追跡技術⁽⁹⁶⁾、住基ネット⁽⁹⁷⁾、ライフログ⁽⁹⁸⁾、スマートメーター⁽⁹⁹⁾、Webサービス⁽¹⁰⁰⁾、情報セキュリティ⁽¹⁰¹⁾、パーソナルデータ⁽¹⁰²⁾、オープン（ガバンメント）データ等⁽¹⁰³⁾が挙げられる。

この点、以上のような個々のICTとプライバシーの問題について、それぞれを詳細に論ずることは、無論非常に意

義のあることである。しかしその一方で、昨今においては、問題状況をある程度統合的に論じ、これに包括的に対応できる理論枠組みないし判断基準を探索する必要があるように思われる。なぜなら、現に展開されている「ICT街づくり」なる事業では、次に挙げるように、それらの技術がまさに複合的に結合されんとしているからである。

例えば、〈医療・健康、エネルギー〉をテーマとする千葉県柏市は、疾病予防・予防医療による「健康長寿都市モデル」構築を目指して、母子手帳サービス・地域ポイントサービス、リアルタイムの健康情報、その他の行政情報を共通IDで管理し、公・民・学（行政・民間・大学）相互のデータ活用、自由なアクセスを達成しようとしている。

また、〈見守り・地域情報〉をテーマにする長野県塩尻市は、各種センサー等から収集したデータに時間、場所に関する情報を附加したものを総合クラウド上でビッグデータとして蓄積・分類し、天候、防犯、防災、政策、観光、歴史、文化、農業、健康、福祉等の情報を処理し、以上の分析から得られた情報を住民に提供する時空間プラットフォームを構築することを目指している。

さらに、〈医療・健康、交通〉をテーマとする愛知県豊田市は、交通・医療統合カードを作成し、ここに医療情報、電子決済機能、位置情報等を結合し、これを活用することで、中山間地域や中小都市における超高齢化社会への対応と減災機能の向上を図ろうとしている。

これらの事案では、個々の技術の統合体が、もはや一つのシステムとなつていえるといえる。加えて、前述のように、これらのシステムは今後その他の地域でより複合的に利活用されることが予定されている。そのため、実際に開発事業に携わる者や、何らかの問題が起きた場合にその対応に当たる者、あるいは司法関係者、そして無論、当該地域に暮らす人々にとっても、包括的観点からの保護基準を検討したほうが、見通しがよくなるように思われる。

また、以上のような個別的検討は、個々の論者がそれぞれに検討しているため、プライバシーの理論的再構成の動き

を踏まえた視野からの検討がなされていないきらいがあることも、残された課題であるといえよう。
そこで、本稿は、包括的な観点から問題を論ずる方向性を志向することとする。

- (91) 例えば、松本恒雄「ダイレクト・マーケティングにおける顧客対象者リストとプライバシー」ジュリスト八四〇号（一九九四）七頁以下。
- (92) 例えば、山本龍彦『遺伝情報の法理論』（尚学社、二〇〇八）、同「遺伝子プライバシー論——『遺伝情報』は例外か？」憲法理論研究会（編著）『憲法学の最先端（憲法理論叢書17）』（敬文堂、二〇〇九）三九頁以下等。
- (93) 例えば、石井夏生利「生体情報の利用とプライバシー保護」堀部政男（編著）『プライバシー・個人情報保護の新課題』（商事法務、二〇一〇）三〇九頁以下等。
- (94) 例えば、山本龍彦「医療分野におけるビッグデータの利活用と法律問題」ジュリスト一四六四号（二〇一四）六五頁以下等。
- (95) 例えば、松前恵環「位置情報技術とプライバシー——GPS機能による追跡がもたらす法的課題を中心として」堀部（編著）・前掲書注（93）二三五頁以下、湯淺塾道「位置情報の法的性質——United States v. Jones 判決を手がかりに——」情報セキュリティ総合科学四号（二〇一二）一七一頁以下等。
- (96) 例えば、新保史生「監視・追跡技術の利用と公法的側面における課題」堀部（編著）・前掲書注（93）一九三頁以下等。
- (97) 例えば、田島泰彦、齊藤貴男、山本博（編）『住基ネットと監視社会』（日本評論社、二〇〇三）等。
- (98) 例えば、石井夏生利「ライフログをめぐる法的諸問題の検討」情報ネットワーク・ローレビュー九卷一号（二〇一〇）一頁以下、新保史生「ライフログの定義と法的責任——個人の行動履歴を営利目的で利用することの妥当性」情報管理五三卷六号（二〇一〇）二九五頁以下、小向太郎「ライフログの利活用と法律問題」ジュリスト一四六四号（二〇一四）五三頁以下等。
- (99) 例えば、湯淺塾道「スマートメーターの法的課題」社会文化研究所紀要六九卷（二〇一二）三五頁以下等。

(100) 例えば、小向太郎「Webサービスの高度化とプライバシー・個人情報保護」堀部（編著）・前掲書注（93）二八七頁以下等。また、従来の表現行為によるプライバシー侵害の問題の延長線上として、検索サービスの問題も広く論じられている。例えば、新保史生「ネット検索サービスとプライバシー——道路周辺映像提供サービスを中心に（第三四回法とコンピュータ学会研究会報告 特集 ネット検索サービスの諸問題）」法とコンピュータ二八号（二〇一〇）七一頁以下、石井夏生利「忘れられる権利のめぐる論議の意義」情報管理五八巻四号（二〇一五）二七一頁以下等。

(101) 例えば、岡村久道「内部統制システムと情報セキュリティ」堀部（編著）・前掲書注（93）一二七頁以下等。

(102) 例えば、穴戸常寿「パーソナルデータに関する『独立第三者機関』について」ジュリスト一四六四号（二〇一四）一八頁以下等。

(103) 例えば、奥村裕一「オープン（ガバンメント）データ」ジュリスト一四六四号（二〇一四）四五頁以下等。

三 個人情報保護法改正の動き

また、ここ数年、「パーソナルデータの利活用」と「プライバシー保護」の間のバランスをとることを目的として、個人情報保護法改正に関する議論が盛んであった。ここでは、欧米の最近の立法状況の紹介や立法論的提案が精力的になされており、これらの活動が日本法におけるプライバシー研究の水準を高めたのは紛れもない事実だろう。⁽¹⁰⁴⁾

本改正法は最終的には二〇一五（平成二七）年九月三日に可決・成立した。⁽¹⁰⁵⁾ ここでは、「個人情報の適正かつ効果的な活用が新たな産業の創出並びに活力ある経済社会及び豊かな国民生活の実現に資するものであることその他の個人情報の有用性に配慮しつつ、個人の権利利益を保護することを目的とする」とし、単に情報に関する個人の權益を守るのではなく、情報の利活用とのバランスにも配慮する方向性を以前よりも強く打ち出している。このことは、これまで厳格に運用されてきたという「利用目的制限」（二五条、一六条）が緩和されていることから明らかである。

また、従来の個人情報（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）の範囲を明確化するためとして、以下のような新たな定義が盛り込まれている。すなわち、「身体の一部の特徴をデジタル化した符号」及び「個人がサービスを利用したり商品を購入したりする際に割り当てられ、又は個人に発行される書類に付される符号」をいう「個人識別符号」（二条一項一号、二号）、人種、信条、病歴等が含まれる、いわゆるセンシティブな情報をいう「要配慮個人情報」（二条三項⁽¹⁰⁶⁾）、個人情報を加工して特定の個人を識別することができないようにする等した「匿名加工情報」（二条九項）である。

この点、いうまでもなく、行政的規制である個人情報保護と司法的救済である民法上のプライバシー保護は、本来は別の問題である。しかしながら、個人情報の保護法益がプライバシーを基礎としていることは否定すべくもなく、利用目的制限等に違背する事業者に対する開示等請求権（二八条、二九条、三〇条）が裁判上の権利として明確化されたこともあり、従来は不明確だった個人情報保護法と不法行為法の関係性は、一体的に適用される方向で定まったといえる。そこで、今回の改正により打ち出された方向性それ自体あるいはその欠缺を補完する役割が、民法の不法行為理論には求められることを意識しなければならない。

(104) ビッグデータないしパーソナルデータの利活用に関する個人情報保護法の改正の動向に関する論考として、例えば、「特集ビッグデータの利活用に向けた法的課題」ジュリスト一四六四号（二〇一四）一一頁以下が挙げられる。これは、データの利活用を巡る法的課題と、ルール作りについて、欧米の状況等も含め、概観するものである。また、「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し方針」について検討しつつ、立法論的提言もみられるものとして、岡村久道「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し検討課題（上）（中）（下）」NBL一〇一九号（二〇一四）一七頁以下、一〇二〇号（二〇

一四) 六八頁以下、一〇二二号(二〇一四) 四九頁以下等。特に、医療情報の保護と利活用の問題に関するものとして、宇賀克也「医療情報の保護と利用」情報公開・個人情報保護vol.51(二〇一三) 五五頁以下等。

(105) 二〇一五(平成二七) 年改正個人情報保護法に関する概説書として、日置巴美・板倉陽一郎『平成27年改正 個人情報保護法のしくみ』(商事法務、二〇一五) 等。

(106) この「要配慮個人情報」の解釈について、第189回国会内閣委員会第7号(平成二七年五月二〇日)において、向井審議官は以下のように答弁している。

「より詳しく言うならば、まず『人種』は、『人種、それから民族的もしくは種族的出身』を広く意味するものであって、例えばアイヌ、在日韓国人等の情報が該当する。これに対して、『単純な国籍』は法的地位であって、人種には該当しない。次に、『信条』は、個人の『基本的な物の見方、考え方』を意味するもので、『思想』と『信仰』の双方を含むものと考えられる。そして、『社会的身分』は、例えば、いわゆる『被差別部落出身であること』や『嫡出でない子であること』などがこれに当たり、単なる『職業的地位』は含まない。さらに、『病歴』とは、『病気に罹患していた経歴』を意味するものまたは『特定の病歴を示した部分』、『特定の個人ががん罹患している』事実等である。それから、『犯罪の経歴』は、いわゆる『前科』、『有罪の判決を受け、これが確定した事実』が該当する。衆議院「第189回国会内閣委員会第7号」〈http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigirokusu/html/kaigiroku/000218920150520007.htm〉(最終アクセス二〇一五年二月二四日)。

このような答弁をうけて、「要配慮個人情報」は確定のものに限定される。特定宗教の信者という情報は要配慮個人情報となるが、特定宗教の本の購入や教会や寺に行ったという情報は該当しない」とする見解が現れている(関啓一郎「一〇年ぶりの改正―個人情報保護法の読み解き方 第一回 何が個人情報になるのか」(日経コンピュータ、二〇一五年一〇月五日)〈<http://itpronikkeibp.co.jp/atcl/column/15/092800231/092900002/?ST=management&P=6>〉)(最終アクセス二〇一五年二月一日)。

第二節 課題設定と検討対象

第一款 課題の設定

以上のような多分野にわたる近時の研究動向や立法作業をも踏まえつつ、本稿は、情報の多角的利活用とプライバシーの関係について、民法の相隣関係に関する規定及びその起草者意思から読み取れる精神を基礎としつつ検討していく。この点、民法の相隣関係に関する規定はそもそも、ICTを利用した現代的な問題に対応できるような規定とはなっていないうえ、そこではプライバシーに関する定義も、その保護を要請する規範の根拠も明確には述べられていない。そのため、これらの問題に対処するために、以下のような課題を設定する必要がある。

まず、「ICT街づくり」のような、ICTが複合的に利用されている事案において、情報の利活用を現に行う事業者等にかかる行為規範の遵守が要求されるかを明らかにする必要がある（二三五条にこめられた起草者意思の応用）。次に、情報の利活用に関するイニシアチブを、①どのような「情報主体」に、②どの程度持たせるかが問題となる（二三六条にこめられた起草者意思の応用）。

ここにいう①の問題は、具体的には、個人なのか、世帯なのか、組織なのか、地域社会なのか、という問題である（二三六条では「慣習」となっているため、およそ純粹な意味での個人ということにはなるまいが）。また②の問題は、個人に関する全ての情報の自由取引を認めるのか、ある種の情報についての取引を禁止することの決定権限を認めるのか、あるいはプライバシーのある部分の解釈について権限を与えるのか、といった問題である（例えば二三五条では、主として目隠しの材質や住宅間の距離に関する地域性を参考にする事となる）。

そして、利活用による公共的利益と情報主体の権益のバランスを、われわれはどのように規範づけ、具体的にどのように調整するべきかが問題となる（マンシヨン紛争事案判決の問題意識の応用）。

以上の三点を、本稿の課題とする。

先に検討した近時の研究とより引き付けた形でこれらの課題を提示するならば、以下のようになる。

まず、理論的再構成の動きとの関連で、以下の五点の課題がある。

① そもそも今日の情報の利活用が活発化している社会においても、個人の私的領域としてのプライバシーというものはあるのか。何らかの形であるとして、どのように守るのか。

② 「社会公共的な利益としてのプライバシー」を構想する見解について、かりにこれを私法上の問題として受容するとして、一体われわれのプライバシーに関するどのような利益ないし要素が公共的なものとなり、事業者にどのような規範の遵守を要求できるのか、より具体化する必要がある。

③ 前記②の見解への示唆があるともいえる、対国家のプライバシーを「情報に関する放棄できない自己決定」とし、対社会のプライバシーを「行為規範の遵守の要求」とする見解は、国家に対する自由を重視するリベリズム、かつ地域社会に配慮するコミュニタリアニズムの発想であると評価できる。この見解の課題を検討するためには、そのことを踏まえるべきである。そしてそのうえで、「ICT街づくり」のような、国家と市場と地域社会の要求が入り乱れている問題について、この観点からいかに取り組むことができるか、検討する必要がある。

④ 前記③の後段とも関連するが、われわれは市場における情報の自由取引という手段によらずして、しかし情報主体の選好やコミュニティの価値観にもある程度配慮しながら、情報の利活用を行う事業者等に社会的費用を負担させ

る必要がある。

- ⑤ 特に監視社会とプライバシーという観点から議論される、公共の利益（公共の安全等）とプライバシー保護の両立の具体化を図る必要がある。われわれはいかなる理由でプライバシー保護を抑制され、いかなる場合に保護されるのだろうか。

また、個別具体的検討との関連で、

- ⑥ 以上の理論的再構成の動きを踏まえたうえで、具体的問題に対してある程度包括的な観点から対応する必要がある。

さらに、個人情報保護法改正との関連で、

- ⑦ 情報の活用という側面をより重視した理論構成を行い、改正個人情報保護法と一体的に適用されるような不法行為法上のプライバシー理論を構築することが求められている。

第二款 好個の検討対象としてのリベラル・コミュニタリアニズムの理論

以上の課題を克服するための好個の題材として、本稿では、アメリカのリベラル・コミュニタリアニズムの観点に基づくプライバシー理論、なかんずく社会学者アミタイ・エツィオーニ（^前Amitai Etzioni）の見解を主たる検討対象とする。彼は二〇世紀末頃から、本稿で扱う問題について、アメリカの有力な法理論や一般的なプライバシー意識が個人の権益保護に傾きすぎていると批判しつつ、情報の活用によって得られる公共の利益＝共通善（common good）と、個人

のプライバシーの保護のバランスをいかにとるかについて検討を重ねている⁽¹⁰⁸⁾。また彼の比較的近時の論考は、人々のあらゆる行動がデジタル情報化され、プログラムによって自動処理される「サイバー時代」におけるプライバシー保護のあり方について法政策的提言を行っており、さらには本問題におけるコミュニティないし市民社会の役割を重視している点で注目される⁽¹⁰⁹⁾。彼の見解について、先取りのに述べるならば、以下のようになる。

(107) アミタイ・エツィオーニは、ハーバード大学教授、コロンビア大学教授を経て、現在、ジョージ・ワシントン大学教授であり、一九九四—一九九五年にアメリカ社会学会会長を務めた経歴を有する。

エツィオーニはコミュニティアニズムの名称を前面に掲げ、より実践的な社会改革を目指す「応答するコミュニティアニズム」(responsive communitarian movement)を主導し、それ以前はアカデミズム内部の理論的な論争に止まっていたコミュニティアニズムの思潮を、実践的な社会運動へと拡大することに重大な役割を果たした人物である。彼の基本的立場は、いわゆる「右派」(社会保守主義、新自由主義、リベタリアニズム)と「左派」(上記立場と対極にあるリベラリズム)の道の対立構造の中にあつて、そのいずれにも与さない「中道」である。彼は国家と市場の役割を認めながらも、「互恵」性に基づくコミュニティを重視するという方向性をとる。つまり、「国家と市場とコミュニティを均衡させる(善き)社会」の実現を目指すのである。

コミュニティアニズムに関するエツィオーニの初期の著作としては、次の論考が挙げられる。AMITAI ETZIONI, *THE SPIRIT OF COMMUNITY: RIGHT, RESPONSIBILITIES AND THE COMMUNITARIAN AGENDA* (Crown Publishers Inc. 1993)。

エツィオーニが自身の政策論を一般向けに論じたものとして、以下の著作が挙げられる。AMITAI ETZIONI, *NEXT: THE ROAD TO THE GOOD SOCIETY* (Basic Books, 2001)。邦訳として、アミタイ・エツィオーニ(著)、小林正弥(監訳)、公共哲学センター(訳)『ネクスト——善き社会への道』(麗澤大学出版会、二〇〇五)。

さらに、コミュニティアニズムを、リベラリズムと社会保守主義という両極の中道ないし第三の道と定位し、新しい公共哲学として提示したものとして、以下の著作が挙げられる。AMITAI ETZIONI, *THE NEW GOLDEN RULE: COMMUNITY AND*

MORALITY IN A DEMOCRATIC SOCIETY (New York: Basic Books, 1997). 邦訳として、アミタイ・エチオーニ（著）、永安幸正（監訳）『新しい黄金律 「善き社会」を実現するためのコミュニタリアン宣言』（麗澤大学出版会、二〇〇一）。

(108) AMITAI ETZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* (Basic Books, 1999).

(109) AMITAI ETZIONI, *PRIVACY IN A CYBER AGE* (Palgrave Macmillan, 2015).

一 エッイオーニの問題意識

エッイオーニは、本問題に対処するための問題意識として、①情報の一次的収集から二次的利用へと着眼点をシフトする必要があること、②公私（国家と市場）の領域が曖昧化しているため、それに対抗するためにコミュニティの役割が重要となること、③リベラル・コミュニタリアニズムに依拠する個人の自己像を踏まえる必要があることの三点を挙げる。

①については、まずエッイオーニは、一般的には、情報取得についての同意がある等最初の収集が合法であれば、その後の利用は不問に付されることが多いことを指摘する。しかし昨今では情報技術の発展によって、些細な情報からセンシティブな情報（思想信条や医療情報等）が推測できるようになった。そのため、情報のセンシティブさを重要な基準としつつも、そのみに依拠しない、技術の変化と不当な二次的利活用に対応できる理論が必要であるとする。

次に、②については、情報技術によるプライバシー侵害の問題においては、公的機関も私企業もともに多角的な情報の利活用を行いつつあり、互いの間を情報が流通しうるため、もはや公と私二つの領域の曖昧化が起きていることを指摘する。そのため、問題解決には従来の枠組は役に立たない可能性がある。そこで、第三の領域としてのコミュニティないし市民社会（「様々な中間的組織」とその社会運動が肝要であるとする。この発想は、西洋の情報社会論の問題意

識を引き継ぐものであるといえる。

また、③については、「個人主義的な『強い』自己像」や「消費活動等における恣意的な選好」の想定は現実的ではないとする。個人は社会に構造化され、様々な選好もコミュニティの共同決定的な影響を受けている。そのため本問題に対処するためには個人と社会の関係を踏まえる必要があるのである。この点、エッイオーニは、社会には個人の自律と社会の秩序がともに必要であり、その適度なバランスが求められるとする。そして、このバランスを整える際、自律と秩序の結合には以下の関係があると指定すべきであるという。すなわち、両者はある程度まではお互いを高め合い、一方が優勢になるとその直接的効果として他方も強くなっていくが、そのまま一方が強くなりすぎると他方は弱体化し始め、ついには相互に反目するように転換してしまう「逆転共生」(inverting symbiosis) 関係である。

二 プライバシー権の理解と個人的領域

このような問題意識を前提にし、エッイオーニは、アメリカのプライバシーに関する判例を整理し、一八九〇年代は全体が強すぎたためプライバシーの権利が誕生したが、時代が下がつて一九八〇年代には個が強くなりすぎたとし、その間の諸判決をプライバシー理解の範とする。そこで、この時期の判決にあらわれたプライバシー権を、さらに、「詮策の免除に関する社会的認可を受けた領域(社会の信頼が根拠)」としての「プライバシー」と、「規制の撤廃、学校の選択、生殖に関する選択等(社会の無関心が根拠)」の「私的選択」に分類し、前者の過剰保護を控えて共通善(単なる国家や市場の利益ではなく、われわれの、という意味での「公共の安全」や「公衆衛生」)を達成しつつ、後者の抑圧を回避することを主張する。

そして、急激な技術発展の時代においては、人が実際にどこにいたかということ自体は重要ではなくなっているとし

て、物理的空間の保護ではなく、どのような情報がどの程度集められどれくらい処理されているかという、そういう意味での「個人的な領域」の保護を徹底する必要があるとする。

具体的には、①情報のセンシティブさ（このランクづけは単に立法や司法に従うのみならず、共有された社会的価値をも反映すべきであるとする。また、匿名化された情報はセンシティブ情報ではない）、②収集されたボリューム（収集された情報の単純な「量」と、一つの対象からの、その対象に関する、異なるタイプの情報の収集の程度を指す「帯域幅」から構成される）、③サイバーネーションの程度（プログラムによる情報の自動的な結合、分析、流通の程度に着目するものであり、情報の開示や譲渡行為に関する同意の有無等の態様ではなく、その後の情報処理を重視する基準）、④アカウンタビリティ（情報収集者が管理システムの暗号化や、変更追跡記録の導入を行っているか等）の四点の複合的考慮によって保護すべきであるというのである。

三 保護の具体的方向性

さらに、プライバシー保護の具体的方向性として、エッジオーニは以下のような方針をあげる。それは、①一次的なライセンストと二次的利活用の規制の逆転関係、②センシティブな情報の不要な発見につながるセンシティブでない情報の使用の禁止という二つの方向性である。

この点、まず①については、一次的情報の収集、サイバーネーションについては個人主義的な過剰な保護を回避する一方で、流通の結果要保護性の高くなった情報の扱いについては、「情報主体が利用に同意した」という事実を振りかざす現状より厳格な保護を志向することを主張する。この点、プライバシー保護の要件としては、前記三要素が複合的・一体的に考慮されるが、そのうちサイバーネーションの程度が特に重要となるという。

つぎに、②については、現在では、センシティブではない買物情報等を収集して、センシティブな医療情報や政治理念を特定し悪用することが可能であるため、このような行為は違法とされるべきであるとする。

四 得られる示唆——見通しとして

以上のようなエツイオーニの検討は、日本における議論に一定の示唆があるといえる。結論を先取りして簡潔に言えば、つぎのようになるう。

まず、脱アトムの個人主義の試みへの示唆としては、第一に、対社会のプライバシーという分類における「社会」の内実を問う必要性を明らかにしてくれる。本問題では対国家と対市場の問題が複雑に絡み合っていることに留意すべきであり、対国家＋対市場、対社会＝コミュニティ（市民社会）という形で検討する意義もあることを、エツイオーニは示唆している。

第二に、「社会的生活におけるプライバシー」と「個人の尊厳を重視したプライバシー」の複眼的保護の議論に対しては、結局のところこの見解は報道による侵害を典型例として想定しているものの、現代では情報の利活用の問題重要性がより前面化していることに注意を喚起する。

そして第三に、公共による個人の抑圧の危険性への配慮についても、エツイオーニは詳細に論じている。具体的には、「自律と秩序の逆転共生」という基本的発想に基づき、秩序が強すぎても自律が強すぎても両者の理想的な共生は達成されないとし、そもそも秩序の過度の強調を肯定せず、プライバシー保護のための社会政策モデルを提示し、警戒（予防）原則のプライバシーに対する濫用を抑止するのである。

また、事業者の責任に関する議論への示唆として、プライバシー侵害となり得る場面を、①センシティブでない情報

を利用したセンシティブな情報を特定する行為、及び、⑥情報に一定以上のセンシティブさ・ボリュウムがあり、高サイバーネーション・低アカウンタビリティの場合、以上の二場面に限定することは、責任の明確化に寄与するだろう。この点、特に⑥の場面については、サイバーネーションという要件を基軸として、その保護の程度について詳細な議論が展開されていることも特筆すべきである。また、サイバーネーションを行うプログラム、なかんずく人工知能の飛躍的発達とその統御の必要性を指摘することも、事業者の責任の明確化に寄与するものである。

さらに、プライバシーの社会公共的利益化の議論に対しては、情報の多角的利活用が合理性の観点から人々の類別化を進めていること（監視社会）に留意しつつ、不当な差別の防止のため、前記⑤の理屈では必ずしも権利侵害といえなくとも、前記④を不法行為とする必要があるとする点が示唆を有している。ここにおいては、情報のセンシティブさというものが、ある種の情報獲得手法に対する障壁となっている。これが、エツイオーニが主張する、企業等に遵守を要求する「行為規範としてのプライバシー」の一つであるといえ、一種の公共的なプライバシー保護の一形態だと考えられるように思うのである。そしてそこにおいて重要な役割を演ずるのがコミュニティなのである。つまり、二三条に示される「慣習」の役割の一つは、センシティブさの理解にかかわるものであるということになる。

そのうえ、「監視社会」論との関連では、「監視」によってわれわれが利益を受ける無視できない場面として、公衆衛生に決定的な役割を果たす各種検査ないし当該情報の提供の重要性を教えてくれる⁽¹⁰⁾。彼は、例えば公衆衛生に適う食品の管理状況・疾病の流行等に関する情報を、積極的に提供させることを志向するのである。このことは、具体的には、インフルエンザ等の感染症の流行予測の場面のみならず、「ICT街づくり」の実例にもみられる原発近隣地区の被災時の適切な避難誘導の場面のよう⁽¹¹⁾な、ある種のカタストロフィにおける（場合によっては「安全」概念では掬いきれない）情報の透明性についても理論的基礎を提供しうるため、われわれ市民にとっても有用な観点であると思われる。

最後に、以上のようなエツイオーニの議論は、包括的な対応を志向するものであるため課題⑥に対応しており、かつ情報のセンシティブさやサイバーネーションに着目する点で改正個人情報保護法の方向性と帰一し、なおかつ安全管理措置や利用目的制限といった、なおその内容が明確でない個人情報保護法上の事業者の責任について、示唆を提供することが明らかとなるう。

(110) 公衆衛生という公共的利益と個人の利益との考量を検討する日本の法学上の論考が全く存在しないわけではない。例えば、須藤陽子「公衆衛生と安全（生活と安全）」公法研究六九号（二〇〇七）一五六頁以下が挙げられる。しかし、その検討はなお限定的なものに止まり、残された課題があることは否めないだろう。

(111) このようなまちづくりを推進する事業は、福岡県糸島市の「ICTを活用した見守りの街 糸島」と佐賀県唐津市の「唐津ブランド戦略支援型、防災・減災システム」である。両地域はともに玄界原発から二〇キロ圏内に位置している。

第三節 叙述の順序

本問題にはICTの複合的発展の実態や多分野にわたる研究が相互に関連しているため、前置きが長くなってしまったが、本稿の第一章以下の構成は主要つぎのとおりである。

まず、第一章においては、日本民法学におけるこれまでのプライバシー研究を、権益論・侵害要件論を中心に検討していく。そのことによって、プライバシーに関する様々な基礎理論が、日本の民事上の判例・学説一般にどのように受

容されているかを確認し、その現在の到達点を明らかにする。そしてそのうえで、本稿の序章に掲げた課題を民法学説が克服するには尚、理論の一層の彫琢が必要であることを指摘する。つぎに第二章では、アメリカのエツイオーニの議論を中心に検討し、その限界を見極めつつ、日本民法学への示唆を抽出する。それをうけて第三章では、試論として日本法におけるプライバシー保護の今後の方向性について一管見を示し、残された課題に言及したうえで、本稿を結ぶこととする。その方向性を先取的に示すならば、近時の議論を踏まえると、地域社会の必要性に応じたICT街づくりの進展によって、プライバシーのあり方は地域社会をベースとして多様化していくのではないか、そのため、地域社会に焦点を当てたプライバシー保護の方向性を具体的につめていく必要性があるのではないか、との基本的発想があるのである。

(112) アーキテクチャ論等、すでに触れた議論のほかに、デジタルネイティブ論も重要である。この議論は、新たなICTに幼い頃から接している世代と、そうでない世代との間には、その利用の仕方に有意な差があらわれることを論じるものである。この問題を取り扱っている日本の論考として、木下晃伸『デジタルネイティブの時代 2000万人があなたの味方になる、新ネット戦略とは?』（東洋経済新報社、二〇〇九）、橋元良明ほか『ネオ・デジタルネイティブの誕生 日本独自の進化を遂げるネット世代』（ダイヤモンド社、二〇一〇）、木村忠正『デジタルネイティブの時代 なぜメールをせずに「つぶやく」のか』（平凡社、二〇一二）等。

第一章 日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題

本章では、プライバシー（及びこれと同視しうる法益）について判示した日本の最高裁判例と、（プライバシーに関

する記述が一般的にみられるようになる) 一九七〇年代ごろから現在までの民法の体系書・基本書その他論考に述べられるプライバシー権の理解を検討することとする。そのことによって、現在の民法学の到達点をまずは明らかにする。そしてそのうえで、本稿の序章に掲げた、情報の多角的利活用とプライバシーの法的保護の両立という課題を克服するには尚、民法理論の一層の彫琢が必要であることを指摘する。

第一節 プライバシーの権益に関する判例法理

本節では、日本の最高裁判例にあらわれているプライバシーの意義及び、その侵害に基づく不法行為責任の成立要件を、日本で民事上初めて明示的にプライバシー権の保護を認めた東京地判昭和三十九年九月二八日(いわゆる『宴のあと』事件判決)⁽¹¹⁾のそれと適宜比較しながら、検討していく。⁽¹²⁾

(11) 本判決の概要については、注(13)にて略述している。

(12) 日本のプライバシーに関する裁判例を詳細に検討した民事上の先行研究として、竹田稔『名譽・プライバシー侵害に関する民事責任の研究』(酒井書店、一九八二)、同『プライバシー侵害と民事責任(増補改訂版)』(判例時報社、一九九八)、竹田稔、堀部政男(編)『新・裁判実務体系(9) 名譽・プライバシー保護関係訴訟』(青林書院、二〇〇二)、五十嵐・前掲書注(42)、川井健、田尾桃二(編集代表)『転換期の取引法——取引法判例10年の軌跡』(商事法務、二〇〇四)四二七頁以下〔前田陽一〕、能見善久、加藤新太郎(編著)『論点体系 判例民法7 不法行為Ⅰ』(第一法規、二〇〇九)二八四頁以下〔前田陽一〕、能見善久、加藤新太郎(編著)『論点体系 判例民法8 不法行為Ⅱ〔第2版〕』(第一法規、二〇一三)四七二頁以下〔澤野和博〕等がある。ここでの検討はこれらの先行研究に負っているところも大きい。

第一款 最高裁判例にみるプライバシーの意義

最高裁は、プライバシーの意義について必ずしも詳細に判示をしているわけではないが、少なくとも「他人にみだりに知られたくない事柄」をプライバシーと捉えていることは明らかである。

最高裁が最初にプライバシーに言及したのは、刑事事件に関する最判昭和五三年九月七日だと思われる⁽¹⁵⁾。この事件は、警察官による職務質問に付随して行われる所持品検査の許容限度が問題となった事例であり、判決は、巡査が被告人の承諾なくしてその上着の内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出して検査した行為につき、「一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において搜索に類するものであるから」「相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に付随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である」とし、その所持品検査に始まる押収手続を違法であると判断した。もつとも同判決は、そのように違法な所持品検査によって採取された証拠につき、捜査官に「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではない」とい等の理由から、その違法は「必ずしも重大であるとはいえない」として、証拠能力を肯定している。

この判決は、既述のように所持品検査の許容限度の判断の中で一言「プライバシー」と言及したのみであつて、プライバシー権に関し特に先例的意義のある規範を示したわけではない。しかしこれに言及したという意味で一定の意義があるものである。

その一方で、民事事件における判例は、さらに長い間、プライバシーへの言及に慎重であつた。最高裁が法廷意見として「プライバシー」侵害の不法行為について判示したのは、比較的近時になってからであり、当初は、伊藤正己裁判官の補足意見の中に「プライバシー」侵害について言及したものが散見されるにとどまつた。

そのような事案として、例えば、京都市中京区長が弁護士会からの照会に基づいて特定の市民の前科前歴を回答したことが、当該市民のプライバシーを侵害するのではないかが問題となったいわゆる前科照会事件が挙げられる。

この事案に関する大阪高判昭和五一年二月二日⁽¹⁷⁾は、「何人も自己の名譽、信用、プライバシーに関する事項については、不当に他に知らされずに生活する権利を有し、前科、犯罪経歴は右事項に深い関係を有するものとして、不当に他に知らされてはならず、これは人の基本的権利として尊重されなければならない」とし、結論として、前科を回答した区長の本件行為は違法であるとした。

その上告審である最判昭和五六年四月一日⁽¹⁸⁾の法廷意見は、損害賠償を認めた大阪高裁の判断を結論においては認したが、その判断において「プライバシー」という言葉は一切用いず、本件で問題となった利益につき、「前科等」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」とした。一方で、この判決において、伊藤正己裁判官の補足意見は、「他人に知られたくない個人の情報は、それがたとえ真実に合致するものであつても、その者のプライバシーとして法律上の保護を受け、これをみだりに公開することは許されず、違法に他人のプライバシーを侵害することは不法行為を構成するものといわなければならない」としたうえで、「本件で問題とされた前科等は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないもののひとつであ」とした。

また、地下鉄の商業宣伝放送の差止が請求された、いわゆる「囚われの聴衆」事件に関する最判昭和六三年一二月二〇日⁽¹⁹⁾で、法廷意見は、当該行為は違法ではなく不法行為責任等は生じないと判示するにとどまった一方で、伊藤補足意見は、個人は「他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を乱されない利益を有しており、これを広い意味でのプライバシーと呼ぶことができる」とした。しかしながら同補足意見は、本件市営地下鉄は公共の場所であるため、その保護の程度は下がるを得ないとしている。

このように長らく慎重だった民事事件に対する最高裁の法廷意見において、最初に「プライバシー」という文言が用いられたのは、最判昭和六二年四月二四日⁽¹⁹⁾であろう。

これは、いわゆるサンケイ新聞意見広告事件に対する上告審判決であり、判決は、「いわゆる反論権の制度は、記事により自己の名誉を傷つけられあるいはそのプライバシーに属する事項について誤った報道をされたとする者にとつては、機を失せず、同じ新聞上に自己の反論文の掲載を受けることができ、これによつて原記事に対する自己の主張を読者に訴える途が開かれることになるのであつて、かかる制度により名誉あるいはプライバシー保護に資するものがあることも否定し難いところである。」「反論権の制度は、民主主義社会において極めて重要な意味をもつ新聞等の表現の自由」「⁽²⁰⁾」に対し重大な影響を及ぼすものであつて、たとえ「日刊全国紙」「の記事が特定の名誉ないしプライバシーに重大な影響を及ぼすことがあるとしても、不法行為が成立する場合にその者の保護を図ることは別論として、反論権の制度について具体的な成文法がないのに、反論権を認めるに等しい」「⁽²¹⁾反論文掲載請求権をたやすくみとめることはできない」と、反論権制度に関する解釈論を展開する中で「プライバシー」という言葉を登場させた。もつともこの判決は、いかなる事由がプライバシー侵害になるか等、プライバシーに関する最高裁の解釈を明らかにしているわけではない。

その後、「プライバシー」という用語によらないものの、実質的にはこれにほぼ相当する法益の侵害について判示したものと⁽²²⁾して、最判平成元年一二月二二日は、公立小学校教諭を批判するビラの中でその氏名・電話番号等が記載されて電話等による嫌がらせを受けたことについて、「私生活の平穩などの人格的利益」を違法に侵害したとして不法行為の成立を認めた。また、いわゆるノンフィクション『逆転』事件に関する最判平成六年二月八日⁽²³⁾では、私人であるXの前科等にかかわる事実をYが著作物の中で実名を使用して公表したことにつき、第一・二審判決がプライバシー侵害による不法行為の成立を認めたのに対し、上告審判決は、「みだりに」「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（判決後や服役後に社会復帰して新しく形成している「社会生活上の平穩」を害されその更生を妨げられない利益）を有する等とし、その侵害による不法行為の成立を認めた。

このように、一方で「プライバシー」という文言への言及のみにとどまる判決が出、他方でその文言に触れることなくプライバシーに相当する法益を実質上保護している判決が出る中で、最高裁の法廷意見が民事事件においてプライバシー侵害の判断につき最初に言及したのは、最判平成七年九月五日である⁽¹²⁾。

この事案は、Y社が、社員Xらが特定政党の黨員又はその同調者であることのみを理由として、職制等を通じてXらを継続的に監視する態勢をとってXらを職場で孤立させる過程の中で、退社後に尾行したり、ロッカーを無断で開けて私物を写真撮影したことについて、会社の不法行為責任を認めたものである。判決は、Y社の上告を棄却して、「Xらに対する行為はそのプライバシーを侵害するものであって、同人らの人格的利益を侵害するものというべく」、「Yの各Xらに対する不法行為を構成するものといわざるをえない」とした。

本件で問題となったのは、「プライバシーの四類型」のうちの「侵入」類型にあたるものであり、この侵入類型につき最高裁はプライバシー侵害にあたる旨明言したということになる。

また、「公表」類型に関して法廷意見がはじめてプライバシー侵害の判断をしたのは、いわゆる『石に泳ぐ魚』事件に関する最判平成一四年九月二四日である⁽¹³⁾。

この事案は、Aが執筆してYが発行する雑誌で公表された小説の登場人物B（Xと同定可能）について、顔面に完治の見込みのない腫瘍があること、父が韓国でスパイ容疑により逮捕された経歴があること、高額寄付を募ることに問題があるかのような団体として記載されている新興宗教に入信したという虚偽の事実等が述べられたものである。これに対し、判決は、「公共の利益に係らないXのプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的

立場にないXの名誉、プライバシー、名誉感情が侵害された」等として、出版等の差止を認めた。

かくして民事事件における最高裁の法廷意見はようやく被侵害利益としての「プライバシー」に言及するようになったが、結論としてプライバシー侵害であることを肯定するにとどまり、プライバシー権の定義や要件を明らかにしたわけではない。そのような中出された以下の二つの判決は、あまり明確ではないものの、この点にかかわる判示をしている。一つは、少年による殺人事件の推知報道に関する最判平成一五年三月一四日であり、いま一つは、早稲田大学名簿事件に関する最判平成一五年九月一二日である。⁽¹⁵⁾

前者の事案は、殺人事件を起こした少年につき週刊誌が、仮名ではあったが、同少年が当該殺人事件を起こしたことや同少年の経歴・交友関係等の詳細な情報を掲載したというものである。これについて判決は、「本件記事に掲載された犯人情報及び履歴情報は、いずれも」「他人にみだりに知られたくないXのプライバシーに属する情報であるといふべきである」として、プライバシー侵害の成立を肯定した。

後者の事案は、Y大学が中国国家主席（当時）の講演会を開催するにあたり、その出席者Xらの氏名・住所・電話番号・学籍番号が記載された名簿を事前に警備当局である警視庁に渡した行為のプライバシー侵害性が問われたものである。これについて判決は、「学籍番号、氏名、住所及び電話番号」は、Y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が、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、X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」として、プライバシー侵害の成立を認めた。

また、高度情報化社会におけるプライバシーの理解について、「セキュリティ構造の問題」を浮き上がらせた判決が

出されている⁽¹²⁶⁾。最判平成二〇年三月六日がそれである⁽¹²⁷⁾。

本判決は、行政機関が住民基本台帳ネットワークシステムによりXらの個人情報情報を収集、管理、利用等することは、憲法一三条の保障するXらのプライバシー権その他の人格権を違法に侵害するものである等と主張して、XらがYに対し、Xらの住民票コードの削除等を求めた事案に関するものである。

この点につき、最高裁は、まず、「憲法一三条は、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」として、最大判昭和四四年二月二十四日を引用する⁽¹²⁸⁾。そして、「行政機関が住基ネットにより住民であるXらの本人確認情報を管理、利用等する行為は、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表するものということはできず、当該個人がこれに同意していないとしても、憲法一三条により保障された上記の自由を侵害するものではないと解するのが相当である。」とした⁽¹²⁹⁾。さらに、「住基ネットによりXらの本人確認情報が管理、利用等されることによって、自己のプライバシーに関わる情報の取扱いについて自己決定する権利ないし利益が違法に侵害されたとするXらの主張にも理由がない」とした。

これらの判決からは、不十分ながらも、「他人にみだりに知られたくない事柄」の「公表・開示」がプライバシー侵害にあたるとする旨を判示しているとみることができる⁽¹³⁰⁾。そしてその姿勢は、情報システムの構造が問題となりつつある昨今においてもなお変わらないといえる。この点、『宴のあと』判決の提示したプライバシー理解（「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」）にみられる、「私生活」という要素がどれほど最高裁において絶対視されているかは明白ではない。前掲平成元年判決が「私生活上の平穩の利益」を認め、平成二〇年判決が「私生活上の自由」の一つとしてこれを捉える以外に、この「私生活」という要素をプライバシーの定義に含める判決はみられない一方で、前

掲平成一五年三月判決が、「プライバシー」に関する先例として前掲平成六年判決を引用していることから、「社会生活上の平穩の利益」をプライバシーにかかわる利益の範疇に含めることもできる状況にある。

以上より、日本の最高裁判例に現れるプライバシー概念は、必ずしも公的空間と私的空間の峻別を前提としておらず、私的空間のみにかかわる利益であるとは当初より構成されていないように読めるのである。このことは、本稿の方向性とも合致する。しかし、情報の不当な「公表・開示」のみがプライバシー侵害に当たるといえるのかという点については、情報システムの運用のあり方が問題となっている昨今にあつては、再検討されるべきであろう。このことは、すぐ後に見るように、最高裁の態度には変化がみられるとも評価しうる。そこで、次款では、プライバシー侵害の成立要件について検討していくこととする。

- (115) 判時九〇一号一五頁、判タ三六九号一二五頁。
- (116) 判時八三九号五五頁。
- (117) 判時一〇〇一号三頁、判タ四四二号五五頁。
- (118) 判時一三〇二号九四頁、判タ六八七号七四頁。
- (119) 判時一二六一号七四頁、判タ六六一号一一五頁。
- (120) 民集四三卷一二号二二五二頁。
- (121) 民集四八卷二号一四九頁。
- (122) 裁時一一五四号一頁、判時一五四六号一一五頁、判タ八九一号七七頁。
- (123) 裁時一三三四号、判時一八〇二号六〇頁、判タ一一〇六号七二頁。
- (124) 民集五七卷三号二二九頁。

(125) 民集五七巻八号九七三頁。

(126) このような評価をするものとして、山本龍彦「番号制度の憲法問題——住基ネット判決から考える」法学教室三九七号(二〇一三)五八頁。この点、山本は正確には、本判決を「《セキュリティ構造》の問題と《デモクラシー》の問題の二つを浮き上がらせ」たものと評価する。

(127) 民集六二巻三三六六五頁、判時二〇〇四号一七頁、判タ一二六八号一一〇頁。

(128) 刑集二三巻一二号一六二五頁。

(129) 本件に関する最高裁判例解説は、本判決に提示された自由が「従前の判例の延長にある」ことを強調している(「最判解民事篇・平成二〇年度」(法曹会、二〇一一)一六一、一六三頁)。

(130) 能見、加藤(編著)前掲書注(114)二八八頁(前田陽一)。

第二款 判例にみるプライバシー侵害の成立要件

人格権・人格的利益が侵害された場合、判例では、被害者の権利・利益と加害者の権利や行動の自由(表現・報道の自由や経済活動等の自由)との相互の調整を行いつつ、不法行為責任の成否を決する傾向にある。この判断は、以下のように、いくつかの類型に分かれている⁽¹³¹⁾。

まず、名誉毀損(最判昭和四一年六月二三日、最判平成二六年七月一五日)⁽¹³²⁾の場合のように、権利侵害によって原則として違法性を認めつつ、例外として、一定の定型的な要件を満たした場合に、違法性等が阻却されるとするものがある。つぎに、「氏名を正確に呼称される利益」(最判昭和六三年二月一六日)⁽¹³³⁾や「景観利益」(最判平成一八年三月三〇日)⁽¹³⁴⁾の場合のように、被侵害利益としての強さと、侵害行為の態様・程度との相関関係判断によるものがある。そし

て、「自己」の容ぼう等を撮影されない人格的利益」(最判平成一七年一月一〇日)⁽¹³⁶⁾のほか、古くは「日照」(最判昭和四七年六月二七日)⁽¹³⁷⁾や「騒音」(最大判昭和五六年二月一六日)⁽¹³⁸⁾の場合のように、侵害が受忍限度を超えるかどうかによるものがある。そのほか、訴えの提起(最判昭和六三年一月二六日)⁽¹³⁹⁾や弁護士会への懲戒請求(最判平成一九年四月二四日)⁽¹⁴⁰⁾の場合のように、制度の趣旨に照らして相当性を欠く場合に違法とするものがある。

それでは、プライバシー(ないしそれと同視しうる法益)については、最高裁はどのような判断をしているのだろうか。それは一言でいえば、侵害された利益と侵害する利益ないし理由との個別的・等価的な比較衡量である。

前掲平成一五年三月判決は、実名類似の仮名を用いた少年犯罪の報道に関して、犯罪情報・履歴情報を「プライバシー」としたうえで、「公表されない法的利益」と「公表する理由」とを比較衡量して、前者が後者を優越する場合には不法行為が成立する旨の判示をした。なお、この判決の引用する前掲平成六年判決は、「プライバシー」という用語によっていないが、「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」としたうえで、「その事実を公表されない法的利益」と「これを公表する理由」との(等価的かつ個別的な)比較衡量をし、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立すると判断していた。

判例が、名誉毀損については、一定の定量化された要件を充たせば違法性(又は故意・過失)が阻却されるという定型的衡量による違法性判断をしているのに対して、既述のように、プライバシー侵害については、被侵害利益と侵害行為との個別的・等価的な衡量による違法性判断をしているのはなぜだろうか。これは、プライバシーに関する紛争においては、被害者の利益と加害者の利益が拮抗する重要なものであるとともに、(いみじくも最高裁が明確な定義を避けていることにあらわれているように)侵害された権利ないし利益の外延が必ずしも明確ではなく、個別的な判断を要するために、このような判断方法がとられたとみることができる。⁽¹⁴¹⁾このことに、プライバシー権に関する事案の特徴があ

と考えることもできよう。⁽¹⁴⁾

ただし、前掲平成一五年九月判決は、プライバシー侵害の不法行為の成否について、個別的・等価的な比較衡量によらず、侵害によって原則違法となるような判断をしている。すなわち、同判決は、大学が外国要人の講演会の出席者名簿を警察に提出したことにつき、学籍番号・氏名・住所・電話番号のような個人識別情報は「秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない」が、「プライバシーに係る情報として法的保護の対象となる」としたうえで、開示について承諾を求めることが困難であった特別の事情がないにもかかわらず、Xらに無断で個人情報警察に開示した行為は、「プライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものであり、Xらのプライバシーを侵害するものとして不法行為を構成する」とした。

この点については、前掲平成一五年三月判決が表現の自由・報道の自由との衡量が問題となった事案であつたのに対し、九月判決はそのような衡量が問題とならない事案であつたことが、その要因とみることもできる。後者は表現行為のかかわらない、情報の不正提供の事案だったからである。

一方で、平成一五年九月判決同様、表現行為にかかわらない事案である住基ネットに関する前掲平成二〇年判決は、不法行為の成立について、「利用等されない利益」と「利用等する利益」を比較考量している。より具体的には、「住基ネットによって、管理、利用等される本人確認情報は」、「個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえない」としつつ、「住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等は、法令等の根拠に基づき、住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われているものといえることができる」とする。この判断枠組みは、前掲平成一五年三月判決の延長線上にある。

同判決はまた、「住基ネットにシステムの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」と、情報システムの法的統御に関する判示をしている点に特徴がある。ここでは、以下のようにより具体的な検討がなされている。すなわち、本システムの運用がプライバシー侵害に当たらないのは、「住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと」、「受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもって禁止されていること」、「住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていること」等に照らせば、そのような危険はないからであるというのである。

この判決は従来の判例の中にどのように位置づけられるだろうか。その鍵は、平成二〇年判決では情報の不正提供ないし開示が未だなされていないという点に求められよう。このような事案では、プライバシー侵害の不法行為の成否について、情報の利活用によって原則違法となるような判断によらず、個別的・等価的な比較衡量によると考えられるのである。

以上に言及してきた最高裁判例では、かつて『宴のあと』事件判決が提示したプライバシー侵害の成立要件のうち、「私生活上の事実または私生活上の事実らしく受けとられるおそれのあることがらであること」のような、「私生活上」という限定は必ずしも問題とされていない。これに対して、『宴のあと』事件判決のいう「一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つた場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによつて心理的な負担、不安を覚えるであろうとみとめられることがらであること」については重きが置かれている。つまり最高裁は、問題となった情報が単に私生活にかかわるかどうではなく、「公開を欲

しない」ようなものか、つまり「秘匿性の高い」ものかどうかという性質を重視している。

この「秘匿性」要件と関連して、平成二〇年判決が、プライバシー侵害成立の是非について、システムの安全性、罰則等による禁止措置、監視機関の設置等について具体的に検討し、システムの脆弱性を審査したことの意義は小さくない。本判決は、構造の脆弱性ゆえに個人情報のみだりに開示等される具体的危険が認められれば、現実にもそのような開示等がなされていない段階でも、前記自由の侵害が肯定されうると判断したと読むことができ、プライバシー侵害の新たな成立要件を示しているとも考えられるからである。⁽¹⁴⁾

他方、『宴のあと』事件判決が、公開を欲しない人の判断の基礎として「一般人の感受性」を基準としているのに対し、前述の最高裁判決のうち平成一五年九月判決は、「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」としていることからすると、被害者本人の感受性を基準にしているように読めなくもない。仮にそうであるとすると、それは法的安定性を害するといわざるを得ないとの評価もありうる。⁽¹⁵⁾しかし一方で、ここにいる「本人」とは請求者本人を指すのではなく、当該氏名・学籍番号等の帰属主体を一般的に指しているとも読め、そうであるならば、開示されたくないか否かについては、一般通常人の感覚を基準として判断しているとも考えられる。⁽¹⁶⁾このことは、前掲平成二〇年判決が、「当該個人がこれに同意していない」情報の利用等であっても必ずしも自由を侵害するものとはならないとしていることから読み取れる。しかしその「一般通常人」というものをいかに指定するかについても、これまで問題となった事案の多くが週刊誌や小説、ノンフィクションといった全国に流通しうるメディア、あるいは公的に提供されるデータベースと、その全国的展開がもはや前提となっている技術に関するものである点には留意すべきである。なぜなら、本稿が主たる検討対象とする、地域社会の必要性に応じて複合的に提供されるICTの問題においては、この「一般人の感受性」をどのように判

断すべきかは明確ではないからである。

- (131) 以下の類型については、能見、加藤（編著）前掲書注（114）三一七―三一九頁〔前田陽一〕を参照。
- (132) 民集二〇卷五号一一一八頁。
- (133) 民集五八卷五号一六頁。
- (134) 民集四二卷二号二七頁。
- (135) 民集六〇卷三号九四八頁。
- (136) 民集五九卷九号二四二八頁。
- (137) 民集二六卷五号一〇六七頁。
- (138) 民集三五卷一〇号一三六九頁。
- (139) 民集四二卷一号一頁。
- (140) 民集六一卷三号一一〇二頁。
- (141) 具体的には、被侵害利益として、前者の判決は経済的・精神的負担等を、後者の判決は名誉・信用等に対する侵害の恐れや対応の負担等を問題とする。
- (142) 能見、加藤（編著）前掲書注（114）三一八頁〔前田陽一〕。
- (143) これに対して、前述の「違法性阻却」型の判決は、侵害された利益の権利性が高く、権利の外延も明確であることや、報道・表現の自由が萎縮しないように定型的で明確な、従って予測可能性の高い判断が要請されるためにそのような判断方法をとっていると考えられる。また、「受忍限度」型の判決は、加害者側の行為が原則的には社会的に是認されている正当な権利行使であるために、「相当性型」の判決は、基本的には制度上尊重されるべき行為が問題となっているために、それぞれ判断方法をとったものと考えられる（これらの点につき、能見、加藤（編著）前掲書注（114）三一七―三一八頁〔前田陽一〕）。

(144) このような指摘をするものとして、高橋和之（編）『新・判例ハンドブック憲法』（日本評論社、二〇一二）五二頁（「戸常寿」、山本（龍）・前掲注（126）五三頁等。

(145) 山野目章夫「私法とプライバシー」田島康彦ほか（編）『表現の自由とプライバシー——憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』（日本評論社、二〇〇六）二三頁等。

(146) 平成一五年九月判決に関する最高裁判例解説も、「他人にいられたくないかどうかは、一般人の感受性を基準に判断すべきである」としている（最判解民事篇・平成一五年度（下）」（法曹会、二〇〇六）四八九頁）。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一六年三月二十四日授与）「サイバー時代におけるプライバシーの法理論——私法上の問題を中心に——」に対し、加除・修正を施したものである。