



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバー時代におけるプライバシーの法理論（２）：私法上の問題を中心に
Author(s)	角本, 和理
Citation	北大法学論集, 67(5), 109-171
Issue Date	2017-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/64412
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no5_04.pdf



サイバー時代におけるプライバシーの法理論（二）

—— 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
第二節	課題設定と検討対象

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

(以上、六七卷四号)

第二節 プライバシーの権益に関する民法学説

第一款 プライバシー概念不要説

第二款 プライバシー概念肯定説(一元的構成)

第三款 プライバシー概念肯定説(二元的構成)

第四款 プライバシー概念肯定説(多元的構成の萌芽)

(以上、本号)

第五款 プライバシーの法的保護の限界

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

第二節 プライバシーの権益に関する民法学説

前節で検討したように、日本の最高裁判例ではプライバシー権の明確な定義が今なおなされておらず、解釈にゆだねられている余地が少なくない状況にある。そのこともあって、学説においては、単に日本の判例の展開や海外の理論動向を追うのみならず、論者ならではの複合的なプライバシー理解が展開されてもいる。そこで本節では、民法の体系書・基本書や判例評釈等に述べられるプライバシー権の理解やその相違点を検討することで、日本の民法学説におけるプライバシーの権益論の到達点を確認することとする。⁽¹⁾

本節の叙述は以下のとおりである。まず、第一款でプライバシー概念不要説を唱える少数説について触れた後で、第二款以降においてプライバシー概念肯定説を検討する。この肯定説について、より具体的には、概念構成を一元的に行うものを第二款で、その欠点を補うために二元的構成をとる見解を第三款で、更なる発展可能性を示す多元的構成を第四款で、それぞれ検討する。その後、第五款において、プライバシーの法的保護の限界として、加害者側の抗弁やその他の利益との衡量等について検討する。最後に第六款においては、近時の理論動向として、プライバシー概念のさらなる再構成を行うものと、現代社会におけるプライバシー権と人格的自律権（自己決定権）との関係性を追究するもの、そして、生命・身体・健康と結びついた「平穏な生活に関する権利・利益」の拡張現象を探究するものを検討する。

（1）債権各論ないし不法行為法に関する文献は相当多数にのぼるため、これらを網羅して詳述することはもとより不可能であるし、必須の文献についても見落としがあるかもしれない。また、本節で言及するそれぞれの見解についても、著作における記述を誤読し、その主張を曲解している可能性も否定できない。これらの点について、ご海容を願いつつ、併せてご教示を乞いたい。

第一款 プライバシー概念不要説

プライバシー概念を日本民法学にとりいれることについて消極的な見解は、研究の黎明期に比較的よくみられる。その代表的なものとして、例えば河原峻一郎（敬称略、以下同じ）の見解が挙げられる。河原はまず、日本民法（七

○九条ないし七一条が生命権、身体権、自由権及び名誉権といった人格権を認めていることから、類推によりプライバシーの権利を認め、民事上の保護を与えることも不可能ではないと思われる。しかしながら、結果的に同権利を日本法が導入することは時期尚早であるとした。⁽²⁾ なぜなら、母法であるアメリカにおいてプライバシーの権利によるほか救済の方法がない事件でも、日本民法においては名誉毀損が成立することが少なくないからである。

また、「我国の不法行為法において、『プライバシー』という概念は確立していないし、確立する見込みもなく、将来ともこの概念を使用するべきではない」とする見解がある。⁽³⁾ この見解は、前節においても検討し、本節の検討でも明らかにするように、プライバシー概念が多義的であり、捉えどころがないことを懸念するものである。

この論者によると、わが国ではプライバシー概念は未だ確立してないにもかかわらずそれが確立したとの常識ないし錯覚があり、訴訟において当事者からプライバシー概念を用いた主張がなされることも多く、このため裁判所は、その主張内容を探る努力をせねばならないという多大な負担を背負うことになるという。また、プライバシー概念を未消化のまま使用し続けることにより、真に保護すべき利益の実体が曖昧になり、適切な保護を妨げることもなりかねないという。

以上から明らかなように、プライバシー概念不要説は、名誉権との類似性やプライバシー概念の不明確性・非実用性を根拠としている。しかし今日では、プライバシー概念は名誉概念と別個のものであるとする見解が主流であり、その実用性も否定されてはいないことから、プライバシー概念不要説は少数説であるといえる。⁽⁴⁾

(2) 河原峻一郎『言論及び出版の自由』(有斐閣、一九五四) 一三四―一三六頁。河原は結果的にはプライバシー権の導入に

消極的であったものの、同権利の日本法への受容を検討する嚆矢であるという点で積極的な評価もできる。

(3) 菅野孝久「『プライバシー』概念の機能の検討——不法行為法における非実用性」ジュリスト六五三号(一九七七) 六〇頁。

(4) これは民法学説におけるほぼすべての肯定説が当てはまるといえよう。具体的には、プライバシー侵害は、世間の評価に悪い影響を与えない場合にも成立する点、真実を公表した場合にも違法たることを免れない点、法人については認められない点等から、名誉毀損(ないし侵害)と異なることに触れるものが多い(この点に触れる文献は多岐にわたり、後の引用との関係で煩雑であるため、ここでは以下で検討する文献の該当頁の引用を省略させていただく)。この点につき検討した初期のものとして、三島宗彦「日本民法とプライバシー」法律時報三二巻六号(一九五九)二九頁以下。

ただし、侵害利益や侵害態様の近接性からか、現在においてもプライバシー侵害は名誉毀損と連関的に論じられることが少なくないのも事実である。例えば、藤岡康宏「名誉・プライバシー侵害」星野英一(編集代表)『民法講座6』(有斐閣、一九八五)三八七頁以下や、建部(中島)雅「名誉・プライバシー」内田貴、大村敦志(編)『民法の争点』(ジュリスト、二〇〇七)三〇四頁以下等をはじめ、多くの基本書・体系書等において同様の記述がみられる。

一方で、このようなプライバシー権や名誉権といった各種人格権相互の関係を問い直す試みがないわけではない。フランス法を比較対象としたそのような試みの一つとして、曾我部真裕『自己像の同一性に対する権利』について「法学論叢一六七巻六号(二〇一〇)一頁以下。

第二款 プライバシー概念肯定説(二元的構成)

第二款では、プライバシー概念肯定説のうち、二元的構成をとるものを検討していく。より具体的には、「ほうつておいてもらう権利」の二元的構成、「ほうつておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四(引く二)分類」の

一元的重層構成、「自己情報コントロール権」の一元的構成、「ほうつておいてもらう自由」を基礎とした「自己情報コントロール権」の一元的重層構成、「自律権ないし自己決定権」の一元的構成、「自己イメージコントロール権」を基礎とした「プロロッサーの四（引く二）分類」の一元的重層構成のそれぞれについて、順に検討していく。

一「ほうつておいてもらう権利」の一元的構成

ここでは、プライバシー権を、マスメディア等による不当な詮索から逃れるための消極的な「ほうつておいてもらう権利」⁽⁵⁾として一元的に捉える見解を検討していく。比較的初期の学説と、近時のものであっても、体系書・基本書の方針ゆえか簡潔な記述にとどまったり、憲法上（と当の論者が捉えるところ）の問題を扱うことを躊躇したりするものに採用される構成である。⁽⁶⁾

このような意味でのプライバシーを日本民法に導入するにあたって積極的な役割を果たしたものとして、戒能通孝の一連の研究が挙げられる。彼の一九五五年の論考「人格権と権利侵害の類型化」⁽⁷⁾は、プライバシーという表現を明示的に使用していないものの、「プライバヴァシー権を論じたものとして先駆的な論文である」⁽⁸⁾と評されている。またその翌五六年の「新聞と人権」⁽⁹⁾では、概念の意義付けなどがされているわけではなく、中見出しに使われているにすぎないものの、プライバシーの語に触れられている。⁽¹⁰⁾

また、一九五九年の「プライバシー権とその保障」では、「プライバシイの権利」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、以下のように持論を展開する。⁽¹¹⁾「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、プライバシイ権の侵害である。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。従つてある人の名、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『プライバシイ

権』の侵害とならねばならない」。戒能はこの意味で、「プライバシー権」の問題もまた日本民法上の不法行為の課題として無視できないと信じているのである。

このような黎明期の研究や初期の裁判例を体系書において論じたものとして、まず、我妻栄のそれを挙げよう。

我妻は、「他人に損害を加える行為は、多くの場合、他人の権利を侵害する。」「そして、他人の権利を侵害する行為は原則として違法な行為である。」としつつも、「ただし、いわゆるプライバシー」「が無条件に権利と認めうるかどうかはなお疑問であろう」とする。⁽¹²⁾そこでは「侵害される利益の性質と侵害する行為の反公序良俗性（社会的指弾性）との相関関係がとくに慎重に考えられなければならない」ず、具体的には、「いかなる程度までプライバシーとして保護すべきか、またそれを侵害する行為の態様はどうであつたか、各場合につき、両当事者の職業・社会的地位その他一切の事情を考慮して決すべきである」。⁽¹³⁾もつとも、プライバシー保護の「限界を具体的に定めることはすこぶる難しい」。⁽¹⁴⁾このように、我妻はプライバシーの法的保護を必ずしも否定するものではないが、一九七一年という時期にあつてなお消極的な叙述が前面に出ていることには留意すべきである。ただ彼は一方で、別の概説書の注において『宴のあと』事件判決に触れつつ、「それにしてもわが国の週刊雑誌などの態度はひどい。日本人はこの問題について不感症なのであるうか」⁽¹⁵⁾と慨嘆していることから、マスコミによる個人の私生活の暴露については、その法的保護に積極的であると考えてよいのかもしれない。そこで本稿では我妻の見解を、「ほうつておいてもらう権利」としてのプライバシーを採用しているものとして整理する。

次に、広中俊雄の叙述をみよう。広中は、「今日、人間はすべて人間たるの資格に対する一切の侵害から保護されることを予定されており、日本の民法はこのことを『個人ノ尊厳』という言葉で表現していると解される。個人は、肉体的利益であると精神的利益であるとを問わず人間たるの資格にかかわる人格的利益の帰属の主体、すなわち人格権の主

体として保護され、その侵害は当然に違法であつて、侵害者に故意または過失があるかぎり——侵害の仕方いかんによつては過失がなくても——「不法行為責任を発生させる」としつつ、プライバシーの侵害の場面として『宴のあと』事件判決と、前科照会事件判決に触れる。⁽¹⁷⁾これら二つの事案に言及する以上、広中の念頭に置くプライバシー権が「ほうつておいてもらう権利」構成に基づいていることは否定できないであろう。

また、加藤一郎は、「報道・出版等に関しては、名誉毀損と別の不法行為の類型として、プライバシーまたはプライバシー権の侵害がわが国でも問題にされるようになってきた」⁽¹⁸⁾としつつ、『宴のあと』事件判決や、刑事上の最大判昭和四四年一月二四日に触れる。そして、後者の最高裁判決が「国家権力との間で、憲法一三条を根拠として承諾なしに撮影されない自由」⁽¹⁹⁾を認め、その制約にかなりきびしい条件を課していることは、注目される。これは直接には私人の写真撮影に及ぶものではないが、制約の条件はもつと緩やかになるにしても、私人間で私生活の自由をかってにおかされないプライバシーの権利を認めるにあたつての、間接的な手がかりになりうる」とこれを評価する。⁽¹⁹⁾この記述から加藤は、私法上のプライバシー権を「私人間で私生活の自由をかってにおかされない権利」と捉えていることがわかる。

さらに田山輝明は、「プライバシーとは、一般に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である」⁽²⁰⁾と『宴のあと』事件判決の定義を用いる。そして、青野博之は、「プライバシーは、人間の内面に関係する人格的利益である」⁽²¹⁾としつつ、「私生活をみだりに公開されない法的利益」をいうとする。青野はまた、「公開とは、本人以外の者に知られること」をいい、「プライバシーの対象となる事柄は、他人に知られたくない情報である」とする。⁽²²⁾そのほかに、加藤雅信は、「アメリカでは一九世紀の末以来、一人で放つておいてもらう権利、私事を不当に開示されない権利が、プライバシーの権利と呼ばれ保護されるようになった。このプライバシーの観念は、自己情報のコントロール等の憲法的な観点からも問題とされる」と学説の展開を簡単に述べた後に、「本書では民事法的な私事の不当開示という観

点からの検討にとどめよう」と、「自己情報コントロール権」構成に立つことに消極的な姿勢を示す。⁽²³⁾ ほかにも、田井義信⁽²⁴⁾、目崎哲久⁽²⁵⁾、森泉章⁽²⁶⁾、松尾弘⁽²⁷⁾らも、『宴のあと』判決やそこで示されたプライバシー権の定義に触れつつ、プライバシー侵害が不法行為となることに簡潔に言及する。

これらの見解の多くは、プライバシーの定義を『宴のあと』事件判決のそれに依拠して行い、情報を勝手に公開されない権利として捉える。そのため、加藤（雅）の言葉にも表れているように、プライバシーの「自己情報コントロール権」構成、つまり、より積極的な情報の開示・削除等請求権にまつわる問題を考慮に入れていないか、少なくともこれを私法上の問題とは考えていないと理解することができよう。

以上の諸見解が前提とする、プライバシーを「ほうっておいてもらう権利」と構成する古典的定義には、次の三点の欠陥があるとの有力な批判がある。⁽²⁸⁾ 第一に、それは「明らかに広汎に失する」もので、これでは「およそ自由一般ないし権利一般の意味合いを持ちうる」。もしプライバシーが、そのような諸自由・権利の総称に過ぎないなら、何故そもそもプライバシーという概念を用いるのか、その意義が問われねばならない。また第二に、かりにこの定義に沿ってプライバシーを理解したとしても、「ひとりで居させてもらえない」場合ではあるが、プライバシーの侵害とはいえない場合が多々生じてくる不都合がある。⁽²⁹⁾ 第三に、この古典的定義が、消極的な響きを持ちすぎている点である。プライバシー権が意味を持つためには、「人間がまさしく他者と接しなければならぬ存在であることを前提に、かかる人間の活動の場にも意味のあるものであることが必要である」というのである。われわれは、元来「プライバシーの問題意識が」「高度に複雑な相互依存的な現代社会にあって個人の自由を確保する人間の行動についての合理的ルールを確立する点にあった」⁽³⁰⁾ことに留意すべきなのである。

このような不都合を回避するため、のちに検討するように、民法上の学説の多くが「ほうっておいてもらう権利」構

成を基礎としつつ「プロッサーの四分類」に依拠してこれをより具体化したり、さらには「自己情報コントロール権」構成を併用したりするのであろう。⁽³¹⁾

(5) See, Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

(6) 一般的人格権概念そのものを肯定する見解としては、例えば、富井政章『民法原論(1) 総論(上)』(第二版)(有斐閣、一九〇三)一〇九頁や、鳩山秀夫『日本民法総論(上)』(岩波書店、一九二三)二九頁等、明治時代や大正時代の著作にもみられる。しかし、これらの著作では、生命、身体、名誉等が例示されるにとどまり、まだ秘密ないし秘密権には言及されていない。

プライバシー概念が日本においても一般化し、端的に名誉とは異なる法益であるとしてその保護を主張するのみならず、一般的人格権という、ひろく人格的利益を保護する包括的な権利の一部としてプライバシーの保護を論ずる研究が活発になるのは、一九六〇年代に入ってからのことである。そのような観点からの研究として、五十嵐清、松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護——一般的人格権理論の発展」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)一五〇頁以下、柳沢弘士「一般的人格権侵害の法的構成(一)(二・完)」日大法学二八巻三号(一九六二)五六頁以下、四号(一九六二)八八頁以下等。

(7) 戒能通孝「人格権と権利侵害の類型化」法律時報二七巻一一号(一九五五)二四頁以下。

(8) 戒能通孝(著)、戒能通厚(編集・解説)『戒能通孝著作集Ⅱ 人権』(日本評論社、一九七七)二九三頁(戒能通厚による解説部分)。

(9) 戒能通孝「新聞と人権」日本新聞協会(編)『新聞の責任』(岩波書店、一九五六)三三頁以下。

(10) この論考は三島宗彦によって、「プライバシー問題を抱った最初のものではなからうか」と(その正確性はさておき)位置づけられている(三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、一九六五)九一—一〇頁)。

(11) 戒能通孝「プライバシー権とその保障」民商法雑誌三九巻一・二・三合併号(一九五九)一三七頁。

- (12) 我妻栄『民法大意（第二版）中巻』（岩波書店、一九七二）四八五頁。
- (13) 同前、四八六―四八七頁。
- (14) 我妻栄『法学概論《法律学全集2》』（有斐閣、一九七四）一一〇頁。
- (15) 同前、一一〇―一一一頁。
- (16) 広中俊雄『債権各論講義（第6版）』（有斐閣、一九九四）四五三頁。
- (17) 同前、四五七―四五八頁。
- (18) 加藤一郎『不法行為（増補版第5刷）《法律学全集22Ⅱ》』（有斐閣、一九七六）二八一頁。
- (19) 同前、二八四頁。
- (20) 田山輝明『不法行為法（補訂版）』（青林書院、一九九九）七四頁。
- (21) 大島俊之、久保宏之、下村正明、青野博之『プリマール民法4 債権各論（第2版）』（法律文化社、二〇〇三）〔青野博之〕一九四頁。
- (22) 同前。
- (23) 加藤雅信『新民法体系V 事務管理・不当利得・不法行為（初版第二刷）』（有斐閣、二〇〇三）二四二頁。
- (24) 山口純夫（編）『債権各論』（青林書院、一九九二）二〇七頁〔田井義信〕。
- (25) 水本浩、遠藤浩（編）『債権各論（改訂版）』（青林書院、一九九三）二七五頁〔目崎哲久〕。
- (26) 森泉章『入門 民法（第3版）』（有斐閣、二〇〇五）二四一頁。
- (27) 松尾弘『民法の体系―市民法の基礎―第5版』（慶應義塾大学出版会、二〇一〇）一八頁。
- (28) 以下の三点の批判について、佐藤幸治『権利としてのプライバシー』ジュリスト七四二号（臨時増刊『情報公開・プライバシー』）一六〇頁。
- (29) 佐藤は、例えば嫌々ながら源泉徴収をされても「プライバシーの権利」の侵害とはいわないとする（同前）。
- (30) 佐藤幸治『現代社会とプライバシー』伊藤正巳（編）『名誉・プライバシー《現代損害賠償法講座Ⅱ》』（日本評論社、一九七二）六一頁。
- (31) この点、ここで検討した多くの文献が『宴のあと』事件判決に触れており、同判決が「プロッサーの四分類」と矛盾し

ない要件設定をしている以上、これらの見解は、後述の「ほうつておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の一元的重層構成を採用しているとも評価しうる。しかし、これらの論者がプロッサーの類型論に言及したうえでこれを明示的に評価しているわけではない以上、それを積極的に行う後述の竹田・五十嵐の両見解との区別のため、ここでは「ほうつておいてもらう権利」の一元的重層構成を採用していると整理させていただく。

二 「ほうつておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の一元的重層構成

この見解は、「ほうつておいてもらう権利」構成を基礎としつつ、プロッサーの四分類^{③②}——①他人の干渉を受けずに送っている私生活に侵入すること、②他人に知られたくない私的事項を公開すること、③ある事実を公開することによって他人に自己の真の姿と異なる印象を与えること、④氏名や肖像を他人が利得のために使用（盗用）すること——によって侵害場面の具体化を図るものである。

このような立場を明確に採用するものとして、竹田稔の見解と、これに修正を加える五十嵐清のそれが挙げられる。

竹田は、まず、「ひとりではうつておいてもらう権利」というような古典的なプライバシー概念はプロッサーの四類型^{③③}によって結実したとみてよいとする。

このうち、①と②は、（当時の）多くの国民が抱いているプライバシー侵害のイメージに示されたところと一致しており、判例にもその傾向が現れているため、「プライバシーの権利を情報コントロール権として把握する場合にも、①②の意味における私生活保護をプライバシーの権利の枠外とすることはできないであろう」と指摘する^{③④}。

しかし、③要件については、「虚偽の事実の公表により自己の真実の姿と異なる印象を与えることと理解すれば、それは個人の私生活や私的事項とは別個の範疇であり、プライバシーの権利概念からはずすが概念の明確性からみて妥

当である」とし、また、④要件についても、これは「氏名や肖像の営利的利用であって、パブリシティの権利と呼ばれており、氏名や肖像の持つ経済的側面に着目したものであって、もはや人格権の範疇ではない」と、プライバシー概念から除外することを提案する。⁽³⁶⁾

以上より、竹田は、プライバシーの権利を「みだりに私生活（私的領域）へ侵入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実、情報を公開されたりしない権利」と定義する。⁽³⁷⁾

また、五十嵐は、学説の展開について熟知しながらも、わが国の判例では、最高裁はこれまで（執筆当時まで）のところプライバシーという言葉を定義せずに使用していること、下級審裁判例ではプライバシー権を「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」と定義付ける『宴のあと』事件判決に従っていること、これに対して『逆転』事件一・二審判決は自己情報コントロール権説の影響を受けたような定義をしているが、実質的には『宴のあと』事件判決の示した要件に従って判断しており、この定義に大きな意味を与えることはできないことを指摘する。⁽³⁸⁾

そのため、「わが国の私法判例の分析を中心とする本書では、プライバシーの定義について新しい傾向に従わず、古典的な定義で満足したい」とする。⁽³⁹⁾この点、『宴のあと』事件判決の定義は、公表だけを問題としているが、プライバシーの侵害はすでに私的領域への侵入によって発生するので、五十嵐は竹田の前記提言に従い、プライバシー権を「みだりに私生活（私的生活領域）へ侵入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実、情報を公開されたりしない権利」と定義する。⁽⁴⁰⁾ただし、このことはプライバシー権を「自己情報コントロール権」や「自己決定権」とみる見解を排除するものではないとも付言する。⁽⁴¹⁾

このように、竹田・五十嵐の両見解は「ほうってにおいてもらう権利」構成を基礎としつつ、プロッサーの四分類に依拠してこれを具体化することで、「ほうってにおいてもらう権利」構成に対する批判を回避することを目論んでいるとい

える。しかし、情報社会の高度化が進展し、私企業による情報の利活用が盛んになる中で、公開を必ずしも伴わない情報の不正利用の事案についてどのように対応すべきか、つまり「自己情報コントロール権」構成の問題意識をどのように受容ないし批判するか、という点が、本構成に対する残された課題として存することは否定できないだろう。

- (32) William L. Prosser, *Privacy*, 48 Cal. L. Rev. 383 (1960).
- (33) 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）一六一頁。
- (34) ここで竹田は、関根義男「国民のプライバシー意識」ジュリススト七六〇号（一九八二）四〇頁を参照している。
- (35) 竹田・前掲書注（33）一六一頁。
- (36) 同前、一六二頁。
- (37) 同前。
- (38) 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、二〇〇三）二〇五頁。
- (39) 同前。
- (40) 同前、二〇六頁。
- (41) 同前。

三 「自己情報コントロール権」の一元的構成

科学技術の発展に伴い、個人に関する情報が国家等によって否応なく収集・利用され、従来想定されていたものとは異なるプライバシー侵害が問題とされるようになって、情報に関するプライバシーを自己情報コントロール権と考える

構成が有力化していった。⁽⁴²⁾ 日本におけるその主唱者は、憲法上のものとしては佐藤幸治であり、この見解を（個人情報保護法の制定に携わること等を通じて）公法私法に拘わらない一般的なプライバシーに関する見解として昇華したものであるとして、堀部政男が挙げられる。この点、堀部は、プライバシー権を、干渉阻止権という消極的・受動的定義に加えて（傍点本稿執筆者）、コントロール権、自己情報支配権という積極的・能動的定義が創造されるようになったとし、両概念を並列的に理解する。⁽⁴³⁾ それに対し、ここでは「自己情報コントロール権」の一元的構成を主として扱うため、以下では佐藤の見解をとりあげつつ、民法へのその受容を主張する見解を検討したい。

（42）アメリカ法を比較対象とした「自己情報コントロール権」構成のほかに、類似した問題意識を有するものとして、ドイツ法を比較対象とした「情報自己決定権」構成が憲法学説上有力に主張されているものの、民法学説に対する影響は必ずしも大きくはないようである。そのため、民法学説を主たる検討対象とする本稿では、その検討を省略せざるを得ない。

ドイツにおける情報自己決定権につき、木村弘之亮「行政手続及び行政訴訟法における手続基本権の保障」慶應義塾大学法学研究六二巻二二号（一九八九）一一〇頁以下、島田茂「西ドイツ警察行政における情報処理と個人の情報自己決定権」横浜一律大学論集四一巻（一九九〇）一四三頁、ユルゲン・マイヤー（著）、福井厚（訳）「ドイツ連邦共和国の刑事手続及び警察法における情報自己決定権」法政大学法学志林九〇巻二二号（一九九二）一頁以下等参照。

また、この学説の日本における主唱者としては、小山剛が挙げられる。その近時の著作であり、日本の判例との関係で情報自己決定権論を検証するものとして、小山剛「なぜ『情報自己決定権』か」全国憲法研究会（編）『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、二〇一五）三三二〇頁以下。

（43）堀部政男『現代のプライバシー』（岩波新書、一九八〇）五八頁。

三 主張

佐藤はまず、プライバシーの権利は、「自己についての情報をコントロールする権利」と定義できるのではないかと⁽⁴⁴⁾する。それは、単なる秘密でも社会からの隔離でもなく、「他人が自己についてのどの情報をもちどの情報をもちえないかをコントロールすることができ」る点に本質的な意義があるというのである。⁽⁴⁵⁾彼は、このようなプライバシーは、「何か他の利益または価値を保護するための手段としてではなく、それが人間の最も基本的な愛・友情・信頼といった関係と不可分に結び付いているが故に、つまりプライバシーなくしてはそのような関係はありえないが故に、保護されるべきだ」としている。⁽⁴⁶⁾その背後には、「人間の尊厳」あるいは「個人の尊厳」の価値が存在する。⁽⁴⁷⁾そして彼は、このような権利が台頭してきた社会的背景として、「社会の産業化・都市化に伴う私生活領域への侵入の危険性の増大」、「第二次世界大戦以降の政府による個人の情報収集の拡大」及び「技術革新による情報収集方法の変化」を挙げている。⁽⁴⁸⁾彼は、「いわゆるデータ・バンク社会の問題をも視野に入れた包括的定義にして、プライバシー保護法制定への規範的議論の基礎を提供するもの」として、「自己情報コントロール権」という構成を評価しているのである。⁽⁴⁹⁾

佐藤はさらに、ここにある「情報」の意義を、「本来個人に関するすべての情報ではなく、そのような情報のうち道徳的自律の存在としての個人の実存にかかわる情報を内容とする」⁽⁵⁰⁾「センシティブな情報」と理解する。彼は、このような情報をコントロールする権利の侵害が、プライバシー権侵害だというのである。そして、データ・バンクの問題に言及して、「公権力が、個人の道徳的自律と存在に直接かわらない外的事項に関する個別情報を、正当な政府目的のために、正当な方法を通じて取得・保有しても、直ちにプライバシーの権利の侵害とは言えない。が、かかる外的情報も悪用されまたは集積されるとき、個人の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の侵害の問題が生じる」と述べている。⁽⁵¹⁾このことは、個人に関する情報にも異なる性質のものがあることを示している。

従って、「自己情報コントロール権」としてのプライバシー権は、「文字通り個人に関するすべての『情報』のコントロールを意図しているものではなく、人権論的にいえば、個人が、『固有の尊厳』をもつ人格の自由な展開にとって重要な『情報』を、その展開を妨げられないような姿においてコントロールすることを可能ならしめることを内実とする権利⁽³²⁾」だという。彼はここで、プライバシーの主張を適切に行うための要件として、個人に関する情報に「プライバシー固有情報」と「プライバシー外延情報」の区別を設ける。前者は、まさにプライバシー固有のセンシティブな情報であり、「道徳的自律の存在としての個人の実存にかかわる情報」をさし、後者はその周辺情報をさす。⁽³³⁾「プライバシー固有情報」は、具体的には、「人の内部的な身体的状況・特徴とか精神過程にかかわる情報、思想・良心の基本にかかわる情報、きわめて不当な社会的差別の原因となる情報等⁽³⁴⁾」とされている。

このようにして佐藤は、固有情報については即プライバシーの権利侵害が問題となりうるのに対し、外延情報では即プライバシーの権利侵害の問題となるものではなく、ただ一定の形態での外延情報の収集・利用はプライバシーの権利の問題としようという二段構えの構成を構想している。そして、固有情報については収集されないこと、固有情報がやむにやまれない政府の利益によって収集される場合、その情報が同種のかかる利益によって正当化される範囲を越えて利用または提供されないこと、外延情報であっても、道徳的自律の存在としての個人の生存様式を危うくするような形で収集・利用または提供されないことが、確保されるべきだ⁽³⁵⁾という。

このように、プライバシー権を「自己情報コントロール権」として私法上一元的に捉えることを積極的に支持する見解としては、飯塚和之のものが挙げられる。彼はまず、私生活の公表（個人情報公表）や私生活への侵入事例では、裁判例の多くが「他人に知られたくない私的事項をみだりに公表されない利益」、「私生活の平穏の利益」をプライバシー利益又はプライバシー権として捉えていることを認める⁽³⁶⁾。しかしその一方で、判決文中で「自己情報コントロール権」

構成の影響を受けていると思われる言辭を用いる裁判例もみられること、また、学説にはそれらの判決を自己情報コントロール権説から説明するものもあることから、彼自身は、自己情報コントロール権説を支持し、民事法秩序に適合するかぎりでのプライバシー権の内容を構想できると考えている。⁽⁵⁷⁾

しかし、彼のようにプライバシーの「自己情報コントロール権」構成への一元化を狙う見解は必ずしも多くはない。「自己情報コントロール権」構成に肯定的な見解や、あるいはその積極的支持を表明する見解も、後で検討するように何らかの重層的ないし多元的構成を採用している。その理由を明らかにするために、次に、自己情報コントロール権説への批判をとりあげよう。

- (44) 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）」法学論叢八六巻五号（一九七〇）一二頁。
- (45) 同前、一二―一三頁。
- (46) 同前、一三頁。
- (47) 同前、一五頁。
- (48) 同前、一九―二三頁。
- (49) 佐藤・前掲注（28）一六二頁。
- (50) 佐藤幸治「プライバシーと知る権利」法学セミナー三五九号（一九八四）二四頁。
- (51) 佐藤幸治『憲法』（青林書院、一九八二）三一六―三一七頁。
- (52) 佐藤・前掲注（50）二四頁。
- (53) 同前、二五頁。
- (54) 同前。
- (55) 同前、二六頁。

(56) 飯塚和之「プライバシーの権利概念」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）一三八―一三九頁。

(57) 同前、一三九頁。

三二 批判

佐藤や飯塚のように、プライバシーの権利を「自己に関する情報のコントロール権」と定義した場合、まずそこにいう「情報」や、「コントロール」とは何かが明確にされなければならない。この点については、かねてより有力に批判されている。例えば憲法学者の阪本昌成は、自己情報コントロール権説には「本来コントロールできない性質をもつ知識・情報をプライバシー概念に取り入れようとしているところに、本質的欠陥」⁽⁵⁸⁾があり、そうであるがゆえに名譽とプライバシーの区別が不可能となっているとする。そのため、「プライバシー（利益）は、自己情報のコントロール全般に及ぶのではなく、そのうち一定範囲の保護にかかわるもの」であり、「それ故評価の対象となることのない生活状況または人間関係」という絞りをかけることが必要となるはずなのである。⁽⁶⁰⁾

佐藤はこの批判を一定程度受け入れ、自説をすでに修正しているが、なお「情報」ないし「コントロール」概念がらむ問題を解決するには至っていない。さらに近年、「自己情報コントロール権」の一元的構成という概念の画定手法によつて生ずる「侵害」概念の厳格さや、救済における焦点の相違も指摘されるようになっていこう。以下、順にみていこう。

（一）「情報」概念の広狭

第一に、「情報」の解釈に関する批判を検討する。

この点、「自己情報コントロール権」構成のうち、「情報」を幅広く捉える見解⁽⁶¹⁾に対する批判としては、個々人に関する情報には濃淡の差こそあれ、ある種の公共財的な側面があることは否定できないとの指摘が妥当しうる。

また逆に、「自己情報コントロール権」構成が抱える、「本来的に保護すべき情報カテゴリーの狭さ」⁽⁶²⁾について指摘するものもある⁽⁶³⁾。

この指摘によると、高度情報化社会においては、情報の保存・検索・連結・解析等が技術的・費用的にきわめて容易となり、氏名・住所・生年月日等、それ自体は単純な個人情報が必要な意味を持つようになる。しかし、「自己情報コントロール権」の一元的構成では、他者との関係性構築にとって直接的な影響を及ぼす情報のみが「プライバシー固有情報」としてまずは保護され、上述のような単純な情報は、「プライバシー外延情報」として二次的に、あるいは手段的にしか保護されない。「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」という佐藤の最近の発言も、このプライバシー権論の基本的性格をよく表していると評価することもできる⁽⁶⁵⁾。

(58) 阪本昌成『プライバシー権論』（日本評論社、一九八六）八頁。

(59) 同前、一九二、一九四頁。

(60) 同前、八頁。

(61) このような見解として、例えば、松井茂記のものが挙げられる。

松井は佐藤のようにプライバシーを道徳的人格と結び付けて構成することに躊躇を覚え、「プライバシーの権利が個人の尊厳に基づくものであり、そのようなものとして現在社会において保護されねばならないものであることは、その通りで

あろう。しかし、そのような視点からは、全ての個人情報についてプライバシーの権利の可能性を認めてもよいのではないだろうか」（松井茂記「プライバシーの権利について」法律のひろば四一巻三号（一九八八）三八頁）という。彼によれば、プライバシー固有情報と外延情報の区別は明確ではなく、一義的に外延情報の方が固有情報よりも保護の必要性が少なくともいえないことに留意すべきであることになる。

また、個人情報であってもその収集・保有・利用・提供が許される場合もあることに松井も気づいていないわけではない。しかしそれは彼によれば、「プライバシー情報であることを前提にして、正当な収集・保有・利用・提供として正当化されるかどうかで考えていけば足りる」（同前）のだ。

（62）中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」岩村正彦ほか（編）『情報と法《岩波講座現代の法10》』（岩波書店、一九九七）二七一頁。

（63）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）八二頁。

（64）佐藤幸治ほか「佐藤幸治憲法学との対話討論」法律時報八二巻五号（二〇一〇）五五頁〔佐藤発言〕。

（65）山本（龍）・前掲注（63）八二頁。

（二）「コントロール」の内実について

第二に、「コントロール」の内実に関する批判としては、まず、「そもそもの関心対象のずれ」について検討するものがある。

前述のように、「自己情報コントロール権」の一元的構成は、「いわゆるデータ・バンク社会の問題をも視野に入れた包括的定義」であることを自称し、その姿勢は近時の論考でも変わらない。⁽⁶⁶⁾しかし、それが主として依拠するフリード説は、（堀部が依拠する）ウェステインの情報プライバシー論とは異なり、高度情報化社会や、データ・バンク社会の問題を射程に入れたものではなかった。フリードが重視したのは電子盗聴器等、「取り付け型」装置の進化や小型化で

あった⁽⁶⁷⁾。現にフリードの一九六八年論文には、「コンピュータ」という言葉や、「データ・バンク」あるいは「データベース」という言葉は一度も出てこない。そのため、フリード説は、「自己情報コントロール権」というドライで現代的な名称を与えられながらも、その問題関心を専らウェットで人間的な——愛・友情・信頼の——関係の選択・形成に向けていた⁽⁶⁸⁾」のであり、コンピュータによるデータ処理に強い関心を示すものではなかったとの評価がある。つまり、フリードのいう「コントロール」は、相手と親密な関係を構築する際には自己の情報を隠すだけでなく敢えて開示することもある、という意味での「コントロール」なのであって、コンピュータ・ネットワークを飛び交う情報を「統制」するという意味は直接には有していなかったのである⁽⁶⁹⁾。

また、コントロール権の現実の薄弱性を指摘するものもある。

この批判によると、「そもそも、コントロールという言葉は、管理という言葉にやや近く、強い響きを持つているように感じられる。管理といえ、集められた個人情報进行管理する主体は、行政機関その他、自分とは別の所である。そうだとすると、行政機関などの他人情報管理権こそを重視すべきであろう。また、その背後には、情報を記した物などに対する所有権もあるはずである。さらに、情報の管理権者は、同時に、他人情報が流出したりなどしないようにそれを厳重に管理する義務を負っている。これは、場合により、契約上の義務として構成することもできよう。いずれにせよ、情報管理主体の法的地位に注目すべきなのである。それに比べると、自己情報コントロール権者は、情報物を自分で物理的に掌握していないということもあって、地位のより弱いものになりそうである⁽⁷⁰⁾」。そうであるならば、他人所有的な私的事柄に関する限り、プライバシーの内実は、「自己情報コントロール権」ではなく、「自己情報チェック権」という控え目なものとなるはずなのである。

さらに、「コントロール」の結果として民事法上行使できる権限の限界を指摘する批判もある。

その批判によると、『自己に関する記録を閲覧する権利』、『本来収集されるべきでない情報や誤った情報を発見した場合の訂正・削除請求権』は、原則的にこれを肯定する方向で検討する価値があるが、これをプライバシーの権利に包括することは、民法の見地からはきわめて困難である⁽⁷¹⁾。そのため、「むしろ、プライバシーの権利を明確に人格権の一つとして保障し、プライバシー侵害から被害者の救済を図るためには、個人情報情報の閲覧、訂正・抹消請求権はプライバシーの権利からはずして別途検討することが妥当である」ということになる⁽⁷²⁾。

- (66) 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、二〇〇八）四五一頁、四七七頁。
- (67) Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J., at 475-476 (1968).
- (68) 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）一四三頁。
- (69) 同前、一四三頁脚注（8）。
- (70) 内野正幸「プライバシー権についての控えめな考察」公法研究五八号（一九九六）八八頁。
- (71) 竹田・前掲書注（33）一六五頁。
- (72) 同前、一六六頁。

(三)「侵害」概念の厳格さについて

第三に、「侵害」概念の厳格さを検討しよう。

この点については、以下のような批判が、アメリカの議論を参照しつつなされている⁽⁷³⁾。例えば、事実とデータを収集

することによって行われる「データバイランス (dataveilance)」においては、「データは人の目に晒されることなく、人格を持たないコンピュータによって処理される」ため、運用それ自体によっては、特定個人の秘密が暴露されることも、特定個人が強い羞恥心を感じたり、具体的な不利益を被ることもない。⁽⁷⁴⁾ そもそも自らが実際の監視対象になっているかどうか不明確な場合も多いであろう。その意味で、高度情報化社会の問題は、特定個人への直接的で個別的な侵害によって生じるのではなく、「無数の、僅かな、おそらくはそれ自体は無害な行為の集積によって組織的に生じる」のである。⁽⁷⁵⁾ しかし、プライバシーを専ら個人的に捉える限り、「侵害」もまた特定個人に対するものを中心に査定されるため、このような構造上の問題ないしは抽象的な侵害 (generalized harm) を権利「侵害」と捉えることは困難となる。⁽⁷⁶⁾ そのため、何らかの形で「侵害」概念を広く捉えない限り、「自己情報コントロール権」の一元的構成では今日的な情報の多角的利活用の問題に対応できないというのである。

(73) 山本(龍)・前掲注(68) 一四三—一四四頁。

(74) DANIEL J. SOLOVE, *THE DIGITAL PERSON*, 43 (NYU Press, 2004).

(75) Neil M. Richards, *The Information Privacy Law Project*, 94 GEO. L.J. 1097 n.42 (2006).

(76) *Id.* at 1091.

(四) 救済における焦点の相違

最後に、救済における焦点の相違についてみる。

高度情報化社会におけるプライバシーの問題が、情報システムの脆弱な構造やアーキテクチャそれ自体によっても生じ得るとすれば、序章でも論じたように、「プライバシー訴訟における救済は、構造設計的・制度改革的な性格を帯びる必要」⁽⁷⁷⁾がある。しかし、プライバシーの権利を個人主義的に捉える限り、救済の焦点はあくまで特定の精神的苦痛等に当てられることになり、問題がある。そのため、この欠陥を克服するために、憲法学説によつてプライバシーの権益の公共的利益化が主張されているのであり、この構想を民法学説がいかに受容するかについても重要な争点となっている。

（77）山本（龍）・前掲注（68）一四四頁。

三―三 小括

以上のように、「自己情報コントロール権」の一元的構成も（憲法学説上は一般に通説的見解とされ、民法学説上も有力でありながら）多くの批判にさらされており、その批判に応ずることは困難な状況にあることがわかる。したがつて、プライバシー概念を単一的に自己情報コントロール権と捉えるべきではなく、複合的な構成をとるか、新たな構成をとるか、そのほかの道を模索すべきであるということになる。

四「ほうつておいてもらう自由」を基礎とした「自己情報コントロール権」の一元的重層構成

以上のように、「ほうつておいてもらう権利」構成も「自己情報コントロール権」構成も、その一元的構成では民事上の法的問題のすべてに対応できるわけではないことがわかる。そこで、次は、「ほうつておいてもらう権利」構成を基礎としつつ、その保護の具体的あらわれが「自己情報コントロール権」であると重層的に構成する見解をみる。⁽⁷⁸⁾

このような構成を主張するのは、山本敬三である。彼はまず、プライバシーの射程は『社会の正当な関心』がどこまで認められるかによって決まってくる」とする。⁽⁷⁹⁾これによると、プライバシーの射程に入るのは、社会が関心を持つことが正当とはいえない、つまり許されないとされる事柄だということになる。次に、この「社会の正当な関心」がどこまで認められるかという問題は、「規範的な評価の問題である」として、ここでは、「たとえば『私生活』という言葉の言語的ないし慣習的な意味の探求が問題となってくるのではない」とする。山本によれば、ここで問われているのは、「どのような事柄について社会が関心をもつことを正当とし、正当としないかという規範的な判断にほかならない」のである。⁽⁸¹⁾

このように、プライバシーが認められる前提には、どのような事柄について社会が関心を持つことを許し、また許さないとするかという点に関する社会的な決定があるとすると、第一に、当該「社会」とは何かという問題が生じる。この点について、山本は、「そこでいう『社会』」は、何か抽象的な単一の『社会』というよりも、むしろ地域的あるいは関係的に切り分けられた部分社会に近いものだと考えられる⁽⁸²⁾とする。また第二に、そこでプライバシーの射程に入るとされたことによつて、それぞれの個人にはいったい何が認められることになるのかという問題が生じる。この点について、山本は、「ごく単純にいうならば、これによつて個人は、その事柄について社会の関心からまぬがれる自由をもつということになる。ここでいう『自由』とは、その事柄に関する情報を開示してもいいし、開示しなくてもいいという自由だということができる」とする。⁽⁸³⁾

もつとも、こうした「自由としてのプライバシー」は、その事柄に関する情報の開示・不開示について法的な強制を受けないという状態に過ぎなくなってしまう。そこで、このような自由をさらに実効的なものにするために、山本は、実際にこの自由が侵される場合に一定の作為・不作為を要求できる権利が認められなければならないことを指摘する。⁽⁸⁴⁾例えば、国家がこの自由を侵すときには、国家に対してそうした行為をしないよう求める権利、つまり防禦権が認められなければならない。また、他の私人がこの自由を侵すときには、その加害者に対してそうした行為をしないよう求めると同時に、国家に対してその侵害からの保護を求める権利、つまり保護請求権も認められなければならない。少なくともこうした権利が、自由としてのプライバシーを補強する権利として認められるべきだといえるのである。さらに、政府機関や情報産業が保有する自己情報に対するアクセス権や訂正・削除要請という「給付権」まで認められるかどうかという問題も、この延長線上に位置づけられることになる。⁽⁸⁵⁾

いうまでもなく、ここに述べた山本のプライバシーの理解は、基本的に、自己情報コントロール権説のそれに対応している。ただ、そのプライバシーの射程は、「自己情報」のすべてを捉えるわけではないという。なぜなら、そこで捉えられる情報は、あくまでも「社会が関心をもつことが許されない」とされたものだけだからである。その意味で、自己情報のすべてをコントロールする権利と比べると、ここで認められる「プライバシー」は、それよりも限定されたものだということになる。

このように、山本の見解は、これまで「ほうっておいてもらう権利」として議論されてきたものを具体的な権利ではなく自由と捉えることでプライバシー概念の基礎に据え、この自由を守るための具体的な権利を「自己情報コントロール権」構成によって構築しているといえる。このような山本の見解は、場面に応じてプライバシーを構成する多元的なものではなく、単一の事案に対応するための重層的構成である。そのため、前述した「自己情報コントロール権」の一

元的構成に対する批判の多くがこの見解にもなお当てはまることになろう。

また、以上のような山本の見解独自の構想として、プライバシーの判断主体を社会、より具体的には地域社会と捉えることに對して、特に批判がなされている。この批判によると、「この問題を論じる際の少なくとも出発点としての主語というのは、社会とか公共とか、あるいは国家ではない」はずであり、「社会が承認するかどうか、あるいは国家が基本権をどう割り当てるのかといった話とは、問題の次元が少し異なるのではないか」⁽⁸⁶⁾というのである。

いずれにせよ、山本はこの議論を主として判例評釈において展開していることから、その射程が「表現の自由」という被告の基本権と、犯罪者の社会復帰にかかわる基本権の保護との衡量」を超えてどこまで及ぶのかについては、残された課題として検討されるべきである。

- (78) 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。
- (79) 同前、六三六頁。
- (80) 同前、六三七頁。
- (81) 同前。
- (82) 同前、六三七頁の注(17)(注の内容自体は六四三頁)。
- (83) 同前、六三七―六三八頁。
- (84) 同前、六三八頁。
- (85) 同前、六三八頁の注(19)(注の内容自体は六四三頁)。
- (86) シンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」私法七三号(二〇一一)三〇頁〔水野謙発言〕。

(87) この批判によれば、山本が評釈を行った「逆転事件」のような事例では、「むしろ出発点となるのは」、「社会と個人との『相互行為』の中で個人がどういうイメージを獲得してきたのか、それが被告の提示した異なるフレームの中でどう侵害されてしまったのかという、ここが」「一番ポイントとなる部分」なのである（同前、三〇―三二頁〔水野発言〕）。

五 「自律権ないし自己決定権」の二元的構成

「自律権ないし自己決定権」の一元的構成としてのプライバシーの可能性について嚆矢的に言及したのは、山田卓生である。山田は、プライバシー権がマスメディアの問題のみならず妊娠中絶や避妊の問題にも応用されるようになったアメリカにおけるその後の法発展⁽⁸⁸⁾に言及しつつ、日本においては自己決定権という意味でのプライバシー権の検討がなされておらず、その可能性を追究する必要性について指摘している。⁽⁸⁹⁾この点、彼自身は自律権ないし自己決定権としての私法上のプライバシー概念のあり方について、必ずしも詳細に論じたわけではないことについては、留意すべきであろう。が、彼の見解をそのパイオニア的研究であると位置づけることができることに変わりはない。⁽⁹⁰⁾

このようなプライバシー権の構成に対しては、次のような批判がある。

「自律権的なものはプライバシーの権利とは別個の範疇の権利として考えるべき」である。⁽⁹¹⁾なぜなら、そのように内容特定の個別化しないと、包括的基本権たる幸福追求権によってそれらの権利を保護することができないからである。また、アメリカにおいて、このような公権力による干渉からの自由をプライバシーの権利として扱うのは、実態的デュープロセスに端的に立ち戻ることとは回避したいという配慮が作用しており、歴史的事柄を異にするわが国にあっては、憲法一三条の幸福追求権の一内実としての「人格的自律権（自己決定権）」として考えていくべきである。⁽⁹²⁾

同様に、自己決定権としてのプライバシー、とりわけ人格の自由な展開に関する権利としてのそれは、その含意する

内容が包括的・一般的であるばかりか、人格の展開としての自己決定が社会における他者の行動に対するコントロールにまで及びうるものであることを指摘し、他者の権利・自由との衡量（さらには、公共の利益をも含めた衡量）のもとで自己決定権の内容と限界を確定することなく権利性を承認するのは適切ではないとする批判がある⁽⁹³⁾。

また、私的事柄とは何かという定義自体に困難を伴うだけでなく、広範な個人的自由といふべき自己決定の自由を民事法上の権利としてプライバシーの権利にとり込むことは、これまで述べてきた意味でのプライバシーの権利との統一的理解と法適用に著しい障害となりかねないとの指摘もある⁽⁹⁴⁾。さらに端的に、自己決定権は、もはやプライバシー権とは別個の権利として承認されつつあることに言及するものもある⁽⁹⁵⁾。

以上のように、「自律権ないし自己決定権」の一元的構成についても批判が根強い。しかし一方で、プライバシーの権利は、もともと私生活への侵入と私事の公開を排除する「ひとりではうっておいてもらう権利」として成立し、個人の人格的生存にとっての必要不可欠な基本的権利へと発展してきたのは確かなので、「自己決定権は、プライバシーの権利とまったく別個の権利というよりも、情報プライバシー権と並んで広義のプライバシーの権利を構成するもの、と解するのが妥当であろう⁽⁹⁶⁾」という評価もある。そのため、プライバシー権と自己決定権とは別個の権利であるとしつつ、高度情報社会における両者の具体的関連性を問うことが重要な課題として残されているといえる。

(88) アメリカの自律権としてのプライバシー権の展開については、橋本公亘「プライバシーの権利」芦部信喜ほか（著）『アメリカ憲法の現代的展開1 人権』（東京大学出版会、一九七八）三頁以下や、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）七頁以下等も参照。

(89) 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、一九八七）六頁、三四一頁。

(90) この山田の研究にも言及しつつ、憲法上の「自己決定権としてのプライバシー権」構成を論じたのが、橋本公巨である。橋本は、プライバシーの権利は、大きく分けると次の二つからなるという(橋本公巨『日本国憲法』(有斐閣、一九八〇)四一七頁以下)。

すなわち、第一に、個人は「その私生活に属する領域について公権力から侵害を受けない権利」を有する。憲法一三条、三三条、三四条、三五条、二二条二項後段は、この意味におけるプライバシーの権利を保障している。第二に、個人は「その私生活に属する領域について他の私人から侵害を受けない権利」を有する。これは私法上のプライバシーの権利ではあるが、この権利も究極においては憲法一三条に根拠を有するといえる。

憲法上のプライバシーの権利は、一つの総括的、包括的概念であって、権利の内容は多種多様である。それは、例えば自由権という語を用いる場合と同様である。

橋本は、プライバシーの権利を次のように定義する。すなわち、「憲法上のプライバシーの権利とは、個人が公権力に対し自己の私生活に関する自主的決定を主張し、公権力の干渉を拒否する権利」である(同前)。これを分説すると、さらに以下のようなになる(同前、四一七―四一八頁)。

①憲法上のプライバシーの権利であるから、個人が国家または公共団体に対して有する権利である。この点で私法上のプライバシーと区別できる。

②この権利は、公権力の介入を拒否する権利である。この点で自由権と共通する。ゲオルグ・イエリネク(Georg Jellinek)流の分類で言えば、消極的権利に属する。

③この権利の基本的な内容は、個人は他から介入されることなく自己の私生活のうち、ある種の領域について自ら決定できるということである。

④私生活のうちの、ある種の領域にどのようなものがあるかは、きわめて難しい問題である。通信のプライバシー、家宅のプライバシー、親密な関係、夫婦関係、家族関係についてのプライバシーその他いろいろ考えられる。

憲法上のプライバシーの権利の究極にあるものは、一体何なのであるのか。橋本によれば、それは、個人人格の尊重という民主主義の理念にある(同前、四一八頁)。個人生活のある領域について、個人が他から制約を受けることなく自ら決定でき、公権力がこれに介入できないとすることは、個人人格の尊重の理念の要請するところである。

プライバシー権をこのように捉えると、一般的自由権との関係が問題となる。このことについて橋本は、たしかに重複するところがあるとしつつも、この権利の発現形態や精神的内面の問題を特に重視する観点から、社会生活の変化に応じて新しい権利を認めるにあたって、前記の意味でのプライバシー権の観念を発展させることは十分に意義のあることであると(同前)。

- (91) 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』——その根拠と性質をめぐって」法学教室九八号(一九八八)七頁。
- (92) 佐藤・前掲注(28)一六一頁。
- (93) 潮見・後掲書注(131)二〇六頁。
- (94) 竹田・前掲書注(33)『プライバシー侵害と民事責任』一六七頁。
- (95) 飯塚・前掲注(56)一三九頁。
- (96) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第三版)』(岩波書店、二〇〇二)一一〇頁。

六「自己イメージコントロール権」を基礎とした「プロッサーの四(引く二)分類」の一元的重層構成
 プライバシー概念を「自己イメージ」のコントロールの問題を基礎に据えて理解する見解としては、佃克彦のものが挙げられる。

佃は、プライバシー権の定義を「人が通常公開を欲しない情報を収集され、または公表もしくは開示されない権利」と解する。⁽⁹⁷⁾そしてその侵害性の判断は「その情報が、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に収集、公表、ないし開示を欲しない情報かどうか」を基準にすれば足り、これ以上要件を加える必要はないとする。⁽⁹⁸⁾

また、上記の定義・要件は、情報を「収集」されない権利も含む点で、「侵入」類型、すなわち、プロッサーの分類における第一類型、及び竹田のいう定義の中の「私生活(私的生活領域)に侵入され」「ない権利」も含むものである。

「侵入」類型は、情報の収集行為にほかならないといえるからである。

以上の定義・要件に関する佃の見解は、『宴のあと』事件判決から四十五年以上経過した現在の裁判例のいわば最大公約数をカバーするものであるという。⁽⁹⁹⁾ また、かような意味でのプライバシー権を保護すべき本質的根拠は、「自己イメージコントロール権」であると彼は考えている。⁽¹⁰⁰⁾

このような、「自己イメージコントロール権」としてのプライバシー権を主張するのは、憲法学者の棟居快行である。棟居は、プライバシーの権利が前提とするプライバシーの概念自体が明確にされていないという立場から、自己情報コントロール権説を批判し、プライバシーの「基礎概念」自体を検討する必要があると強く主張する。⁽¹⁰¹⁾

そこで棟居は、プライバシーを多くの学説が想定しているような「社会関係からの自由」ではなく、「多元的な社会関係を形成する自由」から派生するものと理解しようとする。⁽¹⁰²⁾ そして社会関係の形成は「人間相互のシンボリックな相互作用」によってなされるものであり、⁽¹⁰³⁾ このような人間関係の本質に迫るため役割理論に着目しなければならないと考える。そして人は社会関係ごとに様々な役割を担い、社会関係の相手方からそれを期待されているが、他方人は期待されている役割を遂行するだけではなく、社会に対してシンボルを操作して自己表現し、自由に社会関係を形成していく存在でもある。すなわち、「人間は様々な社会関係において様々な役割期待を担いつつ、逆に主体的にシンボルを解釈し操作することによって、自己の『役割イメージ』を形成し、それを相手方に演じて見せる」のである。⁽¹⁰⁴⁾

そこで彼は、プライバシーを「人間が自由に形成しようとするところの社会関係の多様性に応じて、多様な自己イメージを使い分ける自由」、プライバシー権を「自由な社会関係を前提とした、自己イメージのコントロール権」と定義する。⁽¹⁰⁵⁾ つまり、プライバシーの問題は、「生の情報」ではなく「イメージコントロール」の問題だと再定義するのである。

以上からすると、佃の見解は、「自己イメージコントロール権」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の

一元的重層構成とまとめることができよう。

このような見解に対して、棟居の主張する「自己イメージのコントロール権」としてのプライバシー概念は、「プライバシー権行使の一つの効果・機能にすぎない」とする批判がある。⁽¹⁰⁾

また、棟居の見解それ自体に対する批判とは別に、佃がこれを私法上のプライバシー権の基礎理論としてとりあげる、その根拠の薄弱さを指摘することもできる。なぜ裁判例の最大公約数をカバーするプライバシー概念の基礎に「自己イメージコントロール権」が据えられることになるのか、佃は必ずしも積極的に論じていないように思われるのである。そのこともあつてか、佃のとする構成に賛同する見解は必ずしも多くはない。

そのため、「自己イメージコントロール権」の一元的構成も有力な見解として位置づけることは困難といわざるを得ない。

(97) 佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務(第2版)』(弘文堂、二〇一〇)五二頁。

(98) 同前。

(99) 同前、五三頁。

(100) 同前。

(101) 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〕一七四頁。

(102) 同前、一八五頁。

(103) 同前、一八五―一八七頁。

(104) 同前、一八七頁。

そこで彼は、四つの仮説命題を導く(同前、一八七―一九〇頁)。すなわち、

① 人が、その時々々の社会関係に応じて形成する役割イメージの多様性は、生の個人情報の選択的開示ではなくして、むしろシンボル、印象、記号の解釈、操作によって達成される（シンボリック相互作用の仮説）。

② 演技者としての人が、多様な社会関係、社会集団に帰属しつつシンボリックな相互作用をなすにあたっては、社会関係の多様性に対応した多様な役割イメージ（「マスク」、「仮面」）を使い分けることが許されている（役割イメージの使い分け自由の仮説）。

③ 演技者は、当該社会関係における役割が最も重要であると考えている、というイメージを相手方聴衆に与えたがるので、他のコンテキストにおける役割イメージが持ち込まれることにより演出上の失敗をおかしてしまう。これを防ぐためには、「観衆の分離」が必要なのである（観衆の分離の仮説）。

④ 人がシンボリックな相互作用を通じて誰と、どのような相互作用をいとなみ、いかなる社会関係に立とうとも、それは個人の自由である（社会関係形成の自由の仮説）。

このうち④の命題は最上位命題であり、そこから②③も導かれるものだとしている。

(105) 同前、一九二頁。

(106) 小林節「名誉権・プライバシーの権利とその保護」ジュリスト八八四号臨時増刊『憲法と憲法原理』（一九八七）一九四頁。

七 小括

以上、本款では、プライバシー概念肯定説のうち、概念の一元的構成を行うものを検討してきた。その結果得られた仮の結論としては、これまで日本において主張されてきた法的プライバシー概念の一元的構成は、民法上のプライバシー権のあり方として、必ずしも肯定的な評価を受けていないということである。

このように、プライバシー概念の一元的構成が学説の多くの支持を得られない理由は、これまでのプライバシー概念が、マスメディアによる報道や国家による情報収集といった特定の侵害態様を念頭に置いてアドホックに構築されてき

たがゆえに、単一の構成では技術の発展の結果多様化している侵害行為に対応できなくなっているからであろう。そこで、第三款では、プライバシー概念の二元的構成をとる見解を検討することで、プライバシー侵害の多様化に対して民法学説がいかに対応しているかを確認することにする。

第三款 プライバシー概念肯定説（二元的構成）

ここでは、プライバシー概念肯定説のうち、二元的構成をとるものを検討していく。より具体的には、「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成、「ほうつておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」と「自己情報コントロール権」の二元的構成、「社会の評価からの自由」を基礎とした、「ほうつておいてもらう権利」が「プロッサーの四（引く二）分類」に結実したプライバシーと「自己情報コントロール権」としてのプライバシーの重層的二元的構成について、それぞれ検討していく

一 「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成

この構成は、「ほうつておいてもらう権利」構成と「自己情報コントロール権」構成の並置を志向するものであり、自己情報コントロール権説の主唱者のうち、堀部の見解を基礎とするものであると評価できる。ただ、この見解を採用する民法上の学説には、微妙なニュアンスの差がある。⁽¹⁰⁾そのため、ここでは、この「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成の見解を、①なお前者に重点があるもの、②後者に重点をおくもの、③両者ともに重視するもの、以上の三つに分類したうえで検討していく。

（107）堀部・前掲書注（43）五八頁。

（108）そのため、この二元的構成というものも、さしあたりの整理であって、正確ではなく誤認を生じさせるおそれがある。より具体的にいえば、二元的構成ではなくむしろ「自己情報コントロール権」の一元の構成への過渡的構成と捉えられたり、並置ではなく重層的な理解を示していたりする見解がここには含まれうる。しかし、その叙述からはかかる見解が一元の構成を示唆しているのか、両構成の並置を目論んでいるのか、判別が困難なものもあるため、両構成に言及している以上ここではさしあたり二元的構成として整理している、そのような見解がいくつか含まれていることに注意を喚起しておく。

―― なお「ほうつておいてもらう権利」構成に重点があるもの

この見解は、「ほうつておいてもらう権利」構成を基本的には採用しつつも、今後論すべき新たな課題ないし近時の有力説として「自己情報コントロール権」構成に触れるにとどまるものが多い。しかし、ここで検討するように、この見解は時代を経るに従って、その重点が徐々に後者の構成に移行しつつあると読むこともできるように思われる。

このような、「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成をとりつつ、前者に重点をおく見解をとるものの嚆矢としては、前田達明のものが挙げられよう。

前田は、「プライバシー（権）」とは『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』といわれ、「近時の情報化社会においては、非常に重要な権利といえよう」とする。^{（109）}なぜかというところ、『私生活をみだりに公開されないという権利』は『静かにほうつておいてもらう権利』という消極的な内容もち、侵害の恐れあるときに差止請求権、侵害されたときは損害賠償請求権の発生を認めるというのが基本的な思考であるが、現代或いは近い将来においては、もっと積極的に『自己についての情報を自らコントロールしうる権利』として考える必要が出てくる」からであり、な

ぜなら「自らの知らないところで自己についての情報が収集管理されているとき、その開示を請求しうる（たとえば、患者のカルテ閲覧権）」といった内容も考えなければならない」からであるとする⁽¹¹⁾。

このように、前田は「自己情報コントロール権」構成を採用することに積極的な姿勢をみせるが、しかし、そうする必要があると彼が考えるのが「現代」ないし「近い将来」であって、決して「今日」とか「現在」ではないということには留意すべきであろう。

次に、平井宜雄の見解が挙げられる。平井は、プライバシー権はこれまで「私生活をみだりに公開されない権利」と解されてきたとする⁽¹²⁾。しかし、「最近では、個人に関する各種の情報を収集して電子的に記録・蓄積・再生し、コンピュータ・ネットワークを通じて利用するという行政上の需要が生じたため、この側面におけるプライバシー権の保護が新たな問題となっている。そこで、プライバシー権を」「自己に関する情報の流れをコントロールする権利」として理解すべきことが説かれるようになってきた⁽¹³⁾」として、堀部の論考を引用する。

以上のように、平井は、古典的な理解を提示しつつ、新たな問題として、「行政上の」問題が生じていることを指摘している。この点のみを重視すれば、平井は「自己情報コントロール権」構成を私法上のものとは考えていないようにも思われる。しかし、彼が引用している自己情報コントロール権説の論者が堀部であることに注意が必要である。なぜなら堀部は、自己情報コントロール権説を公法・私法の枠を超えた理論として積極的に主張しているのである。そのため、単にその学説の紹介にとどまっておき、なお伝統的理解に比重がおかれているものの、平井も自己情報コントロール権説に対する積極的な理解を示そうとしていると評価できよう。

また、「ほうつておいてもらう権利」構成と「自己情報コントロール権」構成の二つの見解を、前者は伝統的見解、後者は近時の有力説であるとして簡潔に触れるものとしては、以下のようなものがある。

まず、遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一の編著では、「プライバシー権を前述のように『靜かにほうっておいてもらう権利』として定義するのが通説であるが、これをもっと積極的に、『自己についての情報を自らコントロールする権利』と定義する有力説がある⁽¹⁹⁾」とする。次に、平井一雄は、「プライバシーとは、他人に知られたくないことを知られない、人格権であるが、最近では、自己の情報をコントロールする権利としてとらえられることが多くなってきた。IT時代において、個人情報価値が高まるとともに、情報の収集加工が容易になってきたことに鑑み、プライバシーの保護の要請は一層求められる⁽¹⁴⁾」とする。また、淡路剛久もこれらと同様の理解を示す⁽¹⁵⁾。

このように、学説の理解は時を経るにつれて、「ほうっておいてもらう権利」構成に軸足を置きながらも、「自己情報コントロール権」構成への比重を徐々に増していると読むことができる。

例えば、窪田充見は、「当初、プライバシーは、『ひとりで放っておいてもらう権利』として構想された。そこでは、他人に私生活をのぞき見されないといった利益が考えられていた」としつつ、「それに対して、現在では、こうした消極的な側面だけではなく、『自らに関する情報をコントロールする権利』（情報プライバシー権）といったように、より積極的な形でプライバシーの概念を規定するようになってきている⁽¹⁶⁾」とする。次に、近江幸治は、「『プライバシー』とは、『個人の私生活に関する事柄について他から干渉されない利益』であって、『一人にしておいてもらう権利観念が中心の人格的利益・人格的価値である』⁽¹⁷⁾とする一方で、『近年は、情報化の進展に伴う個人情報管理の場面において、『自己情報をコントロールする権利』（国家機関等に管理されている自己情報の訂正・削除を求めることができる権利）としてプライバシー権が使われている⁽¹⁸⁾』とする。また、川井健は、「プライバシーについては、もともと私事を公にさらすことによる人の不利益がその内容であったが、その後は、人が自らの情報を自ら管理するところにその保護の狙いがある⁽¹⁹⁾と見られている」とする。そして内田貴も、「プライバシーとは、本来は、私生活をみだりに公開されない権利（ひ

とりにしておかれる権利」で人格権の一種とされるが、今日では、人が自らの情報を自ら管理する権利という側面が重視されている⁽¹²⁰⁾とする。この四者の叙述からは、自己情報コントロール権説は憲法上の理論であるとして距離を置くような姿勢は感じられないうえ、この構成を「今日」の問題として扱っている。そのため、民法学説における比重が、「ほうつておいてもらう権利」という伝統的理解から「近時の有力説」へと、徐々に動いている様相を表しているように思われる。

最後に、吉村良一の見解に触れよう。吉村は以下のように述べる。「プライバシー権とは、『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』（東京地判）、あるいはより一般的に『ひとりにしておいてもらう権利』であり、私事にわたる事実の公表がプライバシーの侵害として不法行為となる場合がある。さらに最近では、プライバシーの権利を、そのような消極的な権利としてだけではなく、『自己についての情報をコントロールしうる権利』として構成する考えも有力になってきており、これによれば、自己に関する情報を勝手に第三者に伝達することもプライバシー侵害となる⁽¹²¹⁾」。なお自己情報コントロール権説を（通説ではなく）有力説として評価しつつも、その構成に基づくプライバシー侵害の可能性を認める吉村の理解も、この類型の当初の見解である前田のものと比べれば、より「自己情報コントロール権」構成への比重が増していることを示しているだろう。

以上の検討からも明らかのように、この分類においては、プライバシー概念における「ほうつておいてもらう権利」的要素と「自己情報コントロール権」的要素の関係が必ずしも明確とはいえない。が、しかし、前述のとおりその一元的構成に対して多くの批判が寄せられている「自己情報コントロール権」構成を、民法上のプライバシー権としてどうか受容しようという姿勢はみてとれるのではないだろうか。

- (109) 前田達明『民法Ⅵ2（不法行為法）《現代法律学講座14》』（青林書院新社、一九八〇）一〇二頁。
- (110) 同前。
- (111) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為（初版第3刷部分補正）』（弘文堂、一九九四）五一頁。
- (112) 同前。
- (113) 遠藤浩、川井健、原島重義、広中俊雄、水本浩、山本進一（編）『民法（7）事務管理・不当利得・不法行為（第4版第5刷）』（有斐閣、一九九九）一四五頁〔前田達明〕。上記の通り、執筆担当者が前田である点には留意。
- (114) 平井一雄『民法Ⅳ（債権各論）』（青林書院、二〇〇二）二六八頁。
- (115) 淡路剛久『入門からの民法——財産法』（有斐閣、二〇一一）四四〇頁。この点、淡路は正確には「自己情報のコントロール権ないし自己決定権としての面がある、と積極的に理解する見解が有力になっている」（同前）とする。この自己決定権の意義については、自律権としての自己決定権と、情報自己決定権の二つの意味に解釈しうるが、ここでは後者の意味を示していると理解することにする。もともと淡路は、「不法行為として争われるのは、多くは」私生活をみだりに公開されないという意味「での侵害である」（同前）とする。
- (116) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣、二〇〇七）一二三頁。
- (117) 近江幸治『民法講義Ⅳ 事務管理・不当利得・不法行為（第2版第2刷）』（成文堂、二〇〇八）一三六頁。
- (118) 同前、一三六—一三七頁。
- (119) 川井健『民法概論4（債権各論）（補訂版）』（有斐閣、二〇一〇）四二五頁。
- (120) 内田貴『民法Ⅱ 債権各論（第3版）』（東京大学出版会、二〇一一）三七五頁。
- (121) 吉村良一『不法行為法（第4版）』（有斐閣、二〇一〇）四八頁。

一・二 後者に重点をおくもの

一方で、「ほうっておいてもらいう権利」構成と「自己情報コントロール権」構成の二元的構成に立ちながら、後者の

要素を重視する見解もある。このようなものとしては、森島昭夫、西山井依子、水辺芳郎のそれが挙げられる。このうち、森島の見解は、論稿に求められる企画趣旨の影響が強いであろうことに留意すべきだが、私法上の「自己情報コントロール権」構成の構築に比較的早く着手した点で、重要である。

森島は、当時の世相として、週刊誌等による覗き見的な私事暴露は止まず、それどころかいつそう激しくなり、私事をみだりに公開されないという意味でのプライバシー権の重要性が減少したわけではないとしつつ、コンピュータの発達とそれに伴う情報通信技術の進歩による社会の情報化の進展が、新たなプライバシーの侵害の危険性を生み出したことを指摘する。佐藤や堀部が指摘するように、社会の情報化が進むと、個人情報とは当該個人が知らない間に蓄積、利用され、場合によっては誤った情報が保存されることもある。そこでは、思想・信条・犯罪歴・財産等、他人に知られたいくない情報が自分の手を離れたところで他人によってコントロールされているわけである。そのため、『宴のあと』で問題になった『私生活をみだりに公開されないという権利』としてのプライバシーは、すでに他人の手に握られ、それが第三者に公開される危険が著しく高まつて⁽¹²⁷⁾おり、このような問題領域では、私的生活に対する他人からの不当な干渉を排して個人の尊厳を回復するには、単に消極的に「ほつておいてもらいう権利」を主張するだけではならず、「自己に関する情報の流れをコントロールする権利」が主張されなければならないことになる。

森島は、「このようにして、情報化社会を迎えてプライバシーの権利の発現形態は変わってきた⁽¹²⁸⁾」として、「自己情報コントロール権」構成を重視する。しかし、「いずれの内容のプライバシー権をとつても、根底には、他から不当に干渉されることのない個人の自律という価値の尊重があることを忘れてはならない⁽¹²⁹⁾」として、「ほつておいてもらいう権利」と「自己情報コントロール権」の双方が重要であることを明記する。そのため、(企画の趣旨ゆえ)後者に重点を置きつつも、「ほつておいてもらいう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成をとっていることがわかる。

また、西山は、『宴のあと』事件判決に触れながら、プライバシーの利益又は権利は、「私生活をみだりに公開されない権利」と解されてきたとする一方で、「近年は、コンピュータ社会の到来により」「プライバシー権を『自己に関する情報の流れをコントロールする権利』と定義する考えが有力化し、通説化しつつある」⁽¹²³⁾（傍点引用者）とする。西山の見解は、森島のそれと比べると両構成の関係が明確ではないが、ノンフィクション『逆転』事件判決に触れながら、「自己情報コントロール権」構成を通説化しつつあるものと積極的に評価していることから、前述の「ほうっておいてもらう権利」構成に重点を置く見解とは一線を画することができる。

さらに、水辺は、「プライバシー」とは、『私生活をみだりに公開されない権利』をいい、その侵害に対して、侵害行為の差止・慰謝料請求を認めた判決がある。学説は、プライバシーをより積極的に『自己についての情報を自らコントロールしうる権利』とし、憲法二三条の個人の尊厳の思想に基礎をおき、その保護を判例より強く意識している」とする⁽¹²⁴⁾。判例は伝統的理解に立ちながら、学説は自己情報コントロール権説に立っているとすると水辺のまとめ方は、（その記述上の正確性はともかくとして）彼の後者への積極的な理解に根ざすものかもしれない。

(122) 森島昭夫「プライバシーの私法的保護」法学セミナー四〇四号（一九八八）五三一―五四頁。

(123) 同前、五四頁。

(124) 同前。

(125) 西山井依子『債権各論（改訂版）』（大阪経済法科大学出版部、二〇〇七）三三〇頁。

(126) 水辺芳郎『債権各論（第2版）』（三省堂、二〇〇六）三四五頁。

一三 両者ともに重視しているもの

この見解は、すでに一定程度後者の「自己情報コントロール権」構成が裁判例や学説に受容されるようになったところの論考にみられはじめ。特に、早稲田大学名簿事件判決のような、情報提供型の事案があらわれたことも大きいかもしれない。ここで検討する見解においては、前述の見解では不分明であった両構成の関係が、自覚的に整理されている。

(一) 民法上のプライバシーⅡ「ほうつておいてもらう権利」、個人情報保護法上のプライバシーⅡ「自己情報コントロール権」の二元的構成

このような見解をとっていると評価しうるものの一つとして、まず、円谷峻のものをみよう。

円谷は、「プライバシー権の展開」として、『宴のあと』事件判決において、プライバシーという法益がはじめて承認されたことに触れつつ、一方で、「特別法」という項目を設け、個人情報の保護の重要性を指摘しつつ、個人情報保護法の制定に触れる。⁽¹⁷⁾ この点、ここでは「自己情報コントロール権」としてのプライバシーに関する記述はみられないため、なおこの構成が明示されているとはいえない。そこで本稿では、円谷の見解を、民法上のプライバシーⅡ「ほうつておいてもらう権利」、個人情報保護法上のプライバシーⅡ「自己情報コントロール権」の二元的構成をとる、萌芽的見解であると位置づける。

一方で、橋本佳幸・大久保邦彦・小池泰の共著では、この二元的構成が自覚的にとられていると評価できる。

この著作において、橋本は、「伝統的理解によれば、プライバシーとは、私生活上の事実の公開や私的生活領域への侵入に対する保護（私生活の平穩・自由）を指す⁽¹⁸⁾」とする一方で、「個人情報の適正な取り扱い」という項を設ける。そこでは、プライバシー権として、自己情報コントロール権説が有力化していることに触れながら、「この議論によれば、

前記の類型とともに、個人情報の不適正な収集・管理・利用という高度情報化社会に特有の問題も、プライバシー侵害の一類型として捉えることができる⁽¹²⁹⁾とする。さらに、「個人情報の収集・管理・利用に対する関係で、自己情報コントロール権としてのプライバシーは、秘匿性の高い情報はもちろん、単純な個人情報（氏名・住所等）をも対象に含む。プライバシー侵害の不法行為とみなすべきは、これらの個人情報の漏えいや本人同意原則に反した収集・利用（不正手段による取得、無断での第三者提供など）である⁽¹³⁰⁾」として、個人情報保護法に言及する。

以上より、彼らは、民法上のプライバシーを「ほうつておいてもらう権利」として構成し、個人情報保護法上のプライバシーを「自己情報コントロール権」として構成することで、両者の関係を整理していると評価できる。

この点、自己情報コントロール権としてのプライバシーの射程を、端的に個人情報保護法上のものと捉えてよいかは疑問である。なぜなら、序章にも述べたように、個人情報保護法の二〇一五年改正により、不法行為法と個人情報保護法は一体的に適用される方向で定まったといえ、今後民法上のプライバシー権は、個人情報保護法を補充する役割を担いうるからである。そのため、不法行為法上のプライバシーの領域にも「自己情報コントロール権」にまつわる問題領域が含まれるのであり、その場面における法的構成をいかにして行うかが重要な争点となるのである。

(127) 円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得——判例による法形成——』〔第2版〕（成文堂、二〇一〇）八四頁。

(128) 橋本佳幸、大久保邦彦、小池泰『民法V 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、二〇一二）一二九頁〔橋本佳幸〕。

(129) 同前、一三〇頁。

(130) 同前。

(二) 民法上のプライバシー¹³²「ほうつておいてもらう権利」、憲法上の基本権としてのプライバシー¹³³「自己情報コントロール権」の二元的構成

このような構成をとるものとして、潮見佳男の見解がある。潮見は、前款で検討した山本敬三の見解を参照しつつ、これまでの民法上の裁判例・学説との接合を山本とは異なる形で図っている。

潮見は、プライバシーに関する学説の展開に簡単に触れた後で、プライバシーを「平穩生活権としての人格権・プライバシー」と「情報コントロール権としての人格権・プライバシー」に整理し、以下のように分析する。

(a) 平穩権としての人格権・プライバシー

まず平穩生活権について、潮見は、わが国では当初プライバシーが「一人にしておいてもらう権利」として捉えられ、裁判例においてもそれが受容されたことに触れながら、これを「平穩生活権としての人格権・プライバシーの位置づけであり」、「自己の私事・住居・肖像・思想等について不当な公表や侵入に服さない自由ということもできる」とする¹³⁴。

この文脈では、人格権・プライバシーとは「個人の私的生活空間（領域）や秘密とする事柄について、他者による干渉からの保護を求めることができる権利」を意味する¹³⁵。しかも、私生活の公開とは「公開されたことが必ずしも全て真実でなければならないものではなく、一般の人が公開された内容をもって当該個人の私生活であると誤認しても不合理ではない程度に真実にしく受け取られるものであれば、プライバシーの侵害として捉え」られる¹³⁶。なぜならこの場合には「私生活の精神的平穩が害される点において、真実の内容が公開された場合と差異がないからである」¹³⁷。

このようにして、潮見はプライバシーの消極的・受動的側面を平穩生活権として整理する。

次に、「権利」としての平穩生活権の輪郭¹³⁸として、もとより、「私事をみだりに公開されない」ことが「権利」と

して法的に保護されるためには、「問題の事項につき」「社会において生活する個々人が関心を持つことが正当とはいえないこと」が必要であり、これが平穩生活権としての人格権・プライバシーの内容であるとする。⁽¹³⁵⁾ こうして、「社会において生活する個々人の関心から免れる自由が規範的に承認されるときに、この自由がおかされれば、それに對して一定の作為・不作為を要求できる」と、前述の山本敬三の⁽¹³⁶⁾見解を引用する。平穩生活権としての人格権・プライバシーの意味をこのように捉えたときには、その権利の内容や外延は、他者の「知る権利」や言論・出版その他の表現の自由との衝突を考慮してはじめて確定することになる。

また、私事における精神的平穩は、その保護対象をとりまく私生活の範圍の拡張可能性が問題となっていることを指摘し、「囚われの聴衆」事件判決では「この点が正面から問題となる余地があつた」とし、伊藤正己裁判官の補足意見を注目すべきものと位置づける。⁽¹³⁷⁾

(b) 情報コントロール権としての人格権・プライバシー

また、潮見は、自己情報コントロール権説が憲法学説上有力化していることに触れながら、「憲法上保護された基本権として、個人情報については、情報主体である個人が排他的に支配し、管理できる権利が認められていると考え、私人間関係レベルにおいても、個人情報に排他的に支配・管理できる権利が憲法上保護された基本権として情報主体である個人に与えられていることにより、情報コントロール権としてのプライバシー権が不法行為法の保護対象となることが正当化される⁽¹³⁸⁾」とする。潮見は、いわゆる基本権保護義務論を援用することで、情報コントロール権としてのプライバシーも民法上の問題であると捉えるのである。⁽¹³⁹⁾ もっとも、保護対象とされる個人情報について、「これをすべての個人情報と捉え、一般的情報コントロール権を認めるか」、それとも、「個人の尊厳・個人人格の自由な展開を保護すると

の観点から、道徳的自律的な存在としての個人の实存にかかわる情報と考えるか」についてニュアンスのある見解が示されているとして、松井と佐藤の見解をそれぞれ引用する。

この点について、潮見は、情報コントロール権の対象となる個人の情報は、「個人の内面にかかわる秘匿性の高いセンシティブ情報（たとえば、前科）⁽¹⁰⁾」であるとする。

また、「秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない」個人情報（非センシティブ情報）も、平穩生活権としてのプライバシーには該当しなくても、情報コントロール権としての人格権・プライバシーの対象となりうる⁽¹¹⁾。そして、情報コントロール権の具体化として、自己の氏名を他人に冒用されない権利、氏名を正確に呼称される権利、通称や婚姻前の氏名を積極的に使用する権利、肖像権について検討する⁽¹²⁾。

以上のような潮見の見解は、必ずしも山本（敬）のような「ほうつておいてもらう自由」を基礎とした一元的構成をとっているとは評価できない。ここではあくまでも、「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の並置が志向されているのである。さらに、この潮見の構成は、私法上の情報プライバシー権のあり方の整理として、前述の橋本らの見解が個人情報保護法という特別法に依拠するのに対し、これを憲法上の権利と位置づけたうえで、基本権保護義務論を援用することで私法の問題としてとり込むところに特徴がある。

この点、結果的に民法上の問題と捉えるとはいえ、「自己情報コントロール権」構成にまつわる問題を第一義的に憲法上のそれと措定することが、私企業による情報分析の問題が前面化している今日において妥当であるかは疑問である。この点について、いかなる対応をするかというのが、この構成に残された課題であるといえるであろう。

- (131) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版第2刷〕《法律学の森》』（信山社、二〇一一）一九六頁。
- (132) 同前。
- (133) 同前、一九六一―一九七頁。
- (134) 同前、一九七頁。
- (135) 同前、一九八頁。
- (136) 山本（敬）・前掲注（78）六二六頁。
- (137) 潮見・前掲書注（131）一九九頁。
- (138) 同前、二〇〇頁。
- (139) この「基本権保護義務論」を日本民法学において積極的に展開しているのは、周知のように山本敬三である。同「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から」法学論叢一五四卷四・五・六号（二〇〇四年）二九二頁以下、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号（二〇〇八年）七七頁以下参照。
- 基本権保護義務論はドイツ法を参考とした議論であり、日本法への受容については賛否がある。これに批判的なものとして、例えば、藤岡康宏「不法行為と権利論——権利論の二元的構成に関する一考察——」早稲田法学八〇巻三号（二〇〇五）一五九頁以下等。賛同するものとして、例えば、道垣内弘人「民法七〇九条の現代語化と要件論」法学教室二九一号（二〇〇四）六〇頁等。
- (140) 山本・前掲注（78）二〇〇頁。
- (141) 潮見・前掲書注（131）二〇一頁。
- (142) 同前、二〇二―二〇六頁。

二 「ほうっておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」と「自己情報コントロール権」の二元的構成

前述の見解の一つの亜種として、プロッサーの分類を「囁ませて」いるものもある。あるいはまた、この見解は、「ほうつておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の一元構成と、「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成の折衷説であるとも位置づけられよう。

このような構成の嚆矢的なものと思われるのは、四宮和夫の見解である。四宮はまず、「伝統的な意味では、プライバシーの権利は『ひとりにしておいてもらう権利』である」とする⁽¹⁴³⁾。そして、その内容は単純ではないが次の二つが重要であるとして、私生活を覗かれないことと、私事を公開されないことを挙げる⁽¹⁴⁴⁾。このように伝統的なプライバシーの定義を提示する一方で、四宮は、「行政機関や民間部門における個人に関する情報の収集・蓄積が進行するとともに、近時は、『自己に関する情報をコントロールする権利』という意味の、新しいタイプのプライバシー権（データ・プライバシー）が、主張されるようになった」として、佐藤と堀部の見解を引用する⁽¹⁴⁵⁾。そして、「かような権利は、主として行政機関に対する憲法上の権利として機能することであるが、私法上としての権利も含んでいる」と「自己情報コントロール権」構成が憲法上の理論に限られないことを主張する⁽¹⁴⁶⁾。

次に、澤井裕は、一方で「ほうつておいてもらう権利」を「私生活非公開権」として、「私生活をのぞかれず、私事を公開されない権利である」⁽¹⁴⁷⁾とプロッサーの分類に従うような形で具体化し、他方で、「自己に関する情報をコントロールする権利」としてのプライバシー権を「私的情報非公開権」として、「行政や民間の機関が個人情報蓄積するにつれて」⁽¹⁴⁸⁾「注目されるようになっていく」とする。

そして、内田勝一は、プライバシー権に関するリーディングケースとして『宴のあと』事件判決に触れたうえで、プロッサーの四分類に言及する一方、「現代的・プライバシー権」（傍点引用者）が「自己に関する情報の流れをコントロールする権利」と定義されているとする⁽¹⁴⁹⁾。この点、内田がここで強いて「現代的」との修飾語を付しているのは、プライ

バシー権が現代において完全に「自己情報コントロール権」として構成されるようになったことを示唆しているのではなく、伝統的な事案と現代的な事案とが並置されるべきであるとの含みがあるのだろう。

さらに、藤岡康宏、磯村保、浦川道太郎、松本恒雄の共著を検討しよう。

ここでは、プライバシーという保護法益の下で救済されるべきものは多岐にわたるが、主に問題となるのは、①私的生活領域への侵入、②私的事柄の公開、③個人情報収集・管理・利用であるとされ、④類型に関する『宴のあと』事件判決で問題とされたプライバシーの内容は、実質的には「ひとりではっておいてもらう権利」と解すべきものであるとされる。⁽¹³⁾

そして、この伝統的な考え方に對して、近年は、「自己情報コントロール権」構成が通説化しつつあり、この権利が⑤類型以外にも当てはまる（つまり、①や②にも適用され、一元的構成となる）余地がある。⁽¹⁴⁾しかし一方で、「これによって従来の考え方が不要になるのではなく、新しい定義が必要とされるほど、プライバシー権に基づく保護のあり方は多様化しているとの認識が重要⁽¹⁵⁾」なのであるという。

以上に言及した見解は、それぞれ、「ほうつておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」と「自己情報コントロール権」の二元的構成を、判例や学説の整理を通じて採用するものと位置づけられる。これに對して、本構成を独自の観点から自覚的に展開したものととして、木村和成の見解が挙げられる。⁽¹⁶⁾

彼はまず、篠塚昭次の見解や自身の別の論考⁽¹⁷⁾を参照しつつ、プライバシー権は、「本質的な利益衡量の結果である人格権に立脚する権利であると考えるべきであり、そして、それは不法行為法上の保護法益としてではなく、そのようなものとして体系上の位置付けを与えられるべきものである」とする。彼のこのような問題意識からすると、プライバシーを保護することには「個人の尊厳や人格の尊重といった理念的意義⁽¹⁸⁾」が認められなければならない。この観点からすれ

ば、プライバシー権は「『みだりに私生活（私的生活領域）へ侵入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実、情報を公開されない権利』と定義されるのはもちろんだが、侵入や公開に『本人の意思に反すること』を付け加える必要が⁽¹⁸⁾ある。なぜなら、本人の意思に反しない侵入や公開は、個人の尊厳を冒すものではないからである。

この立場を前提に改めて本人確認情報とプライバシーの関係を検討すると、ここで問題にしなければならぬのは、「本人確認情報のプライバシー該当性や情報主体がそうした情報をみだりに開示されたくないと考えたかどうか」という「情報主体の秘匿欲求の法的評価」ではなく、「そうした私生活上の情報が本人の意思に反してみだりに開示された」という「客観的事実の存否⁽¹⁹⁾」であるという。彼によれば、「本人の意思に反した情報の開示」は、その情報の性質や秘匿性の欲求などを問題とするまでもなく、「個人の尊厳や人格の尊重」という理念に支えられたプライバシー権ないし人格権⁽¹⁰⁾を侵害する違法なものであると捉えられるべきなのである。

このような木村の見解を参照しつつ従来の議論との接合を行うのが、平野裕之である。

平野は、日本におけるプライバシー権法理の発展に触れながら、二十一世紀に入ってから、個人情報本人の知らない間に企業により売却され利用される状況に対して、いわゆる個人情報保護法が制定され、「個人情報が無断で流通・利用されることへの保護もされるようになり、判例でも個人情報保護の公的機関への提供等それ自体が不法行為と認められるようになっていくこと」に言及する⁽¹⁰⁾。

そこで彼は、プライバシーの権利について、五十嵐の見解を引きつつも、さらにこれに「自己情報コントロール権も含めて次の三つの保護を受ける権利」として構成する。すなわち、彼によれば、「①私生活への侵入、及び、②私生活上の情報の公表という侵害に対して保護されるだけでなく、③自己情報の違法な取得・提供に対してもプライバシーは保護されるべき」ものののである⁽¹⁰⁾。ここには木村の志向するような、「不法行為とは独立した人格権侵害としてのプ

「プライバシー侵害」という問題意識はみられない。一般的な不法行為法上のプライバシー権として、この構成が明確にとられている。

- (143) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（中）』《現代法律学全集10》（青林書院新社、一九八三）三三六頁。
- (144) 同前。
- (145) 同前、三二六―三二七頁。
- (146) 同前、三二七頁。
- (147) 澤井裕『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣、二〇〇二）一四六―一四七頁。
- (148) 同前、一四七頁。
- (149) 内田勝一『債権各論講義ノート』（成文堂、一九九四）三三六―三三七頁。
- (150) 藤岡康宏、磯村保、浦川道太郎、松本恒雄『民法Ⅳ 債権各論〔第三版補訂〕有斐閣Sシリーズ』（有斐閣、二〇〇九）二九一頁（藤岡康宏）。
- (151) 同前、二九二頁。
- (152) 同前。
- (153) しかし、後にすぐ検討するように、藤岡個人の見解はここに示されているプライバシー理解とは若干異なるため、ここでの記述には共著者の見解か藤岡の改説前の理解が含まれているであろうことに留意すべきである。
- (154) 木村和成「民法におけるプライバシー」撰南法学三六号（二〇〇七）六九頁以下。
- (155) 篠塚昭次『環境権 否定判決への疑問——受忍限度論の公害性』法時四六巻五号（一九七四）二二頁。
- (156) 木村和成「わが国における人格権概念の特質——その再定位の試み——（二・完）」撰南法学三五号（二〇〇六）一〇一―一〇六頁。
- (157) 木村・前掲注（154）九五頁。

(158) 同前、九五―九六頁。

(159) 同前、九六頁。

(160) 同前。

(161) 平野裕之『民法総合6 不法行為法〔第3版〕』（信山社、二〇一三）一一七頁。

(162) 同前。

三 「社会の評価からの自由」を基礎とした、「ほうつておいてもらう権利」が「プロッサーの四（引く二）分類」に結実したプライバシーと「自己情報コントロール権」としてのプライバシーの重層的二元構成

「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成の更なる発展形態として、「社会の評価からの自由」を基礎とした、「ほうつておいてもらう権利」が「プロッサーの四（引く二）分類」に結実しており、あわせて「自己情報コントロール権」としてのプライバシーも問題となるとする構成も主張されている。

この見解を自覚的に採用するものとして、藤岡康宏のそれが挙げられる。藤岡はまず、「プライバシーは私的事柄に關する権利であることはわかるが、名誉が人格的価値に対する社会の評価である」とすると、プライバシーは『社会の評価から自由な領域』である⁽¹⁶³⁾として、佐伯仁志の見解を引用する⁽¹⁶⁴⁾。

佐伯は、従来のプライバシー概念が明確ではなく、特に名誉との差異が明確にされていないと批判したうえで、名誉を「社会的评价に重要な事実」にかかわることとし、⁽¹⁶⁵⁾ プライバシーを「社会の評価から自由な領域」の保護として理解することを提言する⁽¹⁶⁶⁾。この意味でのプライバシーは「行動の自由それ自体」や「悪臭からの自由」や、さらに「正しい社会的评价を受ける利益（名誉権）」とは異なることになる⁽¹⁶⁷⁾。彼は、そのようなたちでのプライバシーの保護が必

要な理由として「社会的評価から自由な領域の存在は、自由で個性を持った人間と多元的で開かれた社会の必要条件だからである」と述べている。⁽¹⁶⁾そして、社会的評価から自由であるべき領域をどの程度認めるかは、「プライバシーの機能的価値を考慮して、規範的に判断されねばならない」が、それは「個人の人格の自由な発展と多元的な開かれた社会の存在を可能にするためには、どこまで社会的評価から自由な領域が必要か」という判断だとして⁽¹⁶⁾。

このような「社会の評価からの自由」を基礎としつつ、藤岡は、プライバシーの保護について、「私的事柄それ自体に保護されるべき価値を認める考え方」と、「人格的価値に係る情報のコントロールに焦点をあてる考え方」、二つの視点があるとする。⁽¹⁷⁾さらに、プライバシーに関する判例には前者の法理のさらなる発展を目指すものと、後者の情報のコントロールという新たな視点を問題意識の起点に捉えるものがあることを指摘する。⁽¹⁷⁾

このことを踏まえたうえで、彼はまず、「私的事柄は本来他人に知られたくないものであるから、プライバシー権の本旨は人格的価値を平穩の状態に維持することであり、その点において、プライバシー権とは、人格的価値を他人の干渉からまもる権利、すなわち防御的機能を保障する権利である」とする。⁽¹⁷⁾次に、「名誉が人格的価値に対する社会の評価である」とすると、プライバシーは社会の評価から自由な領域（私的事柄）をまもる権利である」と先ほどの定義を繰り返し、「プライバシーはこの私的領域をまもる権利であるが、そのような地位が保障されなければならないのは、私的事柄は人格的価値を表象するものであるからである」という。⁽¹⁷⁾

そして、この「社会から自由な領域」、すなわち「人格的価値を表象する私的事柄」はどのようなものであるべきかを続けて検討する。彼によると、プライバシーは人格的価値を表象する私的事柄であるため、人格的価値の評価（保護されるべき人格的価値であるか否か）に対応すべく、「開かれたもの」である必要がある。⁽¹⁶⁾そしてその標準型として彼があげるのは、①個人の私的生活領域、②個人の私生活・私事、③個人情報情報の三類型である。⁽¹⁶⁾この点、この場合の情報

はプライバシーにかかわる情報、すなわち「人格的価値を表象する私的事柄」にかかわる情報であると付言する。⁽¹⁷⁾

この点、プライバシーを「社会の評価からの自由」と捉える見解に対しては、次のような批判がある。

まず、社会的评价を問題とする見解について、そもそも何故「評価」を基軸としなければならないのか、はっきりしないという批判がある。⁽¹⁸⁾ この批判によれば、「評価から自由な領域」が何によってどう確定されるのか、定かではない。そこで、これでは結局、プライバシーの定義としてはあまり意味を持ち得ないのではないだろうかとする。⁽¹⁹⁾

次に、「社会の評価からの自由」としてのプライバシー構成のうち、「単にセンシティブな個人情報⁽²⁰⁾が他者によって知覚されてしまったこと自体」をプライバシーの侵害とは呼ばずに、その結果として「他者によって評価される可能性について心配せざるを得ない立場に置かれてしまったこと」がプライバシーの本質であるとする見解⁽²¹⁾に対する批判をみてみよう。

このような見解に対し、「プライバシーとは、それが他者に知られることによって当人の社会的评价が下がる可能性に対抗するものではなく、単に、『本人としては他者に知られたくもない自分に関する情報が他者の手中に入ってしまったこと』それ自体に対抗する利益及び法的力を意味するのではなからうか」と疑問が投げかけられる。⁽²²⁾ そして、この論者がプライバシーの本質としている「社会的评价を受けない人間関係が確立された状態」というものは、まさに、「プライバシーが保護されている効果の一つに過ぎない」のではないかとの疑念が呈される。⁽²³⁾ また、「他者による評価に晒される危険」は、まずプライバシーが侵害されたあとに、その情報の性質、その人の立場、その情報の公表のされかた、等の状況次第で生ずる場合もあるという問題を有していることも指摘される。⁽²⁴⁾

次に、「社会的评价からの自由」としてのプライバシー構成のうち、当人の人格の社会的评价にとって重要ではない情報の公表拒否権としてプライバシーを位置づけている見解について、そこである「当人の社会的评价」にとっていか

なる情報が「重要」であるか否かは、その情報の種類、当人の社会的立場、これまでに世間に知られてしまっている程度、時代、場所、等の諸要因の相互関係によって事例ごとに決まることであろうとする批判がある⁽¹⁸⁴⁾。従って、そのような不確定な概念を立てることにどれほどの実益があるかが、まず疑問であるということになる。

それに加えて、「私たちの国語的常識によれば、私に関する未公表の情報（であれば何であれ）が『他者によって知られてしまったことそれ自体』が、私にとってはしみじみ不快なのであり、それが、人間としての尊厳を害されたという思いを本人にもたらすのではなからうか」という批判もある⁽¹⁸⁵⁾。それによれば、まさに、本人の意に反して誰かに知られてしまったその「段階」で、それが公表には至っていないこともプライバシーは侵害されているのである。そのため「社会の評価からの自由」としてのプライバシー構成を支持する論者が注目する「当人の人格の社会的評価にとって重要な情報」は、プライバシーの対象となる情報の一部ではあっても、決してその全部ではないこととなる⁽¹⁸⁶⁾。

また、仮にプライバシーをそうした「評価からまぬがれること」と理解するとすれば、他人に対して「評価をするな」と要求する権利が導かれることになる。しかし、ある事柄について、それをどう「評価」するかは、それぞれの個人の思想や信条にかかわる自由に属する。一応の優先であれ、こうした人の内心領域にかかわる根本的な自由に対する優先を認めることは、やはり問題だろうとする批判がある⁽¹⁸⁷⁾。

以上のような批判に応えるために、藤岡は「社会の評価からの自由」を基礎としながらも、それに完全に依拠するのではなく、その他の構成との複合的多元的な構想を行うのであろう。が、しかしなお、個人情報利用の問題について「自己情報コントロール権」構成を素朴に採用する以上、そのような「コントロール権」がそもそも個人に帰属するのか、という疑問に応えておらず、この見解も近時の急速なICTの発展を踏まえた構成であるとは評価することができず、残された課題があるということになろう⁽¹⁸⁸⁾。

- (163) 藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』（信山社、二〇一三）二二三頁。
- (164) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（二）」法学協会雑誌一〇一卷七号（一九八四）九八一、九八六―九八八頁。
- (165) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護（四・完）」法学協会雑誌一〇一卷一―一〇一（一九八四）一七四二頁。
- (166) 同前、一六七五、一七三九頁。
- (167) 同前、一七三九頁。
- (168) 同前、一七四〇頁。
- (169) 同前。
- (170) 藤岡・前掲書注（163）二二三頁。
- (171) 同前、二二五―二二六頁。
- (172) 同前、二二九―二三〇頁。
- (173) 同前、二三〇頁。
- (174) 同前、二三〇―二三一頁。
- (175) 同前、二三一頁。
- (176) 同前。
- (177) 同前、二三二頁。
- (178) 松井・前掲注（61）三七頁。棟居・前掲書注（101）一七四―一七六頁。
- (179) 今日におけるプライバシー権のあり方を考える場合には、民間における情報産業の展開も無視しない。しかし、「社会の評価からの自由」を唱える学説は、明らかに報道機関による公表の文脈を想定してプライバシーを考えているように見受けられる。そのため、松井は、「これらの諸定義で、現代の情報化社会に特徴的な情報産業の発展とそこに於ける個人情報報の集積の問題に果たして適切に対処できるのか、報道機関によるプライバシーの公表だけでなく、私人による自己情報報の収集・保有・利用・提供の総ての側面を捉えてプライバシーの権利を構想すべきではなからうか」と批判する（松井・同前、三八頁）。この批判については尤もなところがある。そのため、ここで検討している藤岡も、「社会の評価からの自由」を基礎としつつも、プライバシーを二元的に構成しているのだろう。

(180) 阪本・前掲書注(58)六頁。

(181) 小林・前掲注(106)一九三頁。

(182) 同前。

(183) 同前、一九四頁。

(184) 同前、一九三頁。

(185) 同前、一九三―一九四頁。

(186) 同前、一九四頁。

(187) 山本(敬)・前掲注(78)六三九頁の注(22)(注の内容自体は六四三―六四四頁に記載)。

(188) なお、既述のような二元的構成をとる一方で、藤岡はこの構成のさらなる発展の可能性に言及してもいる。

彼によれば、人格的価値に係わるということであれば、プライバシー権には「①平穩生活権や②自己決定権と共通する問題が含まれている」のである(藤岡・前掲書注(163)二三二頁)。これらの権利について、彼は以下のように論ずる。

まず、「①平穩生活権としてのプライバシーは、プライバシーの侵害が違法となる理由を、被害者の平穩な私生活が失われたこと(私生活に対する精神的侵害)に求める。プライバシーの古典的理解では(ひとに知られないことを保障する権利)防御的機能を中心であったが、この考え方の特徴は、平穩生活圏ではプライバシーの権利を積極的に構成できる点にある(平穩な生活を確保する権利)」(同前、二三四頁)。

これに対して、②「自己決定権としてのプライバシーは、『自己情報コントロール権』説と類似性を持つが、情報のコントロールは本人の自己決定にゆだね、その自律的判断を確保することにプライバシー権の本来的意義を認めるものである。自己決定権は人格権の基礎にある権利として重要である」(同前)。

これらの権利と既述の二元的構成の関係は、ここでの叙述からは詳らかではない。あるいは三元的構成へと発展し、あるいはなんらかの包括的な定義に含まれ、二元、ないし一元の構成へと収斂するのかもしれない。その意味で、ここではこの展開可能性については言及するにとどめ、彼の見解は二元的構成であるとひとまず整理しておく。

五 小括

以上、本款では、プライバシー概念肯定説のうち、二元的構成をとるものを検討してきた。

本款における検討から明らかになったことは、プライバシー概念の二元的構成といつても、その多くが微妙な相異はあれども結局のところ「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」を並置する構成に収斂すると評価できることである。これは堀部政男の見解と大きく離れてはいないと評価してよいだろう。その意味で、この構成は一方で、マスメディアの放埒な報道等に対する消極的な防衛権のみならず、本来は私法上の問題とは別個独立の類型として検討されてきた情報の利活用の問題をも民法上の問題としてとり込んだと評価でき、そのことに大きな意義があるといえる。しかし他方で、この構成は、情報社会が真に高度化し、情報の利活用による利益の享受が公共的な問題となっている昨今の情勢を必ずしも反映しているとはいえず、この点にいかに対応するかについて、残された課題がある。また、ここでみた二元的構成に立つ見解のおおよそすべてが、(アトム的)個人主義を前提としたプライバシー観に(無意識的に)立っているであろうというところに、ここでもう一度注意しておくことは無駄ではないだろう。

第四款 プライバシー概念肯定説(多元的構成の萌芽)

プライバシー概念肯定説には、二元的構成を超える、より発展的な可能性を示唆する見解もないではない。ここではそのような多元的構成(の萌芽を感じさせるもの)を検討していく。

まず、「ほうつておいてもらう権利」、「自己情報コントロール権」、「自己決定権としてのプライバシー」の三元的構成の可能性を示唆する見解として、野澤正充のものが挙げられる。

野澤は、「プライバシー権とは、古典的には、『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』であると定義された」と『宴のあと』事件判決に言及しつつ、この権利がかつては消極的な権利として捉えられていたと⁽¹⁸⁾する。しかし、一九六〇年代以降、コンピュータの普及に伴い、個人情報とその利用という新たな事態が生じたことから、「自己の情報をコントロールする権利」という、より積極的な権利として定義されるようになったことを紹介し、この意味でのプライバシー権がアメリカでは一九七四年の個人情報保護法に結実したとする⁽¹⁹⁾。さらに、同国では一九七〇年代には自己決定権として、憲法上の権利であることが承認されたとする⁽²⁰⁾。

この見解は、日本における多数説である「ほうつてにおいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成のうち、民法上のプライバシー⁽²¹⁾「ほうつてにおいてもらう権利」、個人情報保護法上のプライバシー⁽²²⁾「自己情報コントロール権」の二元的構成をとったうえで、自己決定権としてのプライバシーの問題を合わせて考慮する必要性を主張する三元的構成であると理解しうる。しかし、野澤の以上の叙述はあくまでアメリカ法の紹介であって、日本法におけるプライバシー権のあり方を模索するものではない可能性も否定できない。

また、「ほうつてにおいてもらう権利」、「自己情報コントロール権」、「静謐のプライバシー」、「人格的自律（自己決定）のプライバシー」の四元的構成の可能性を示すものとして、吉田邦彦の見解が挙げられる。

彼はまず、プライバシーを「私生活をみだりに公開されない権利」として紹介しつつ、近時は、「『自己の情報をコントロールする権利』として捉えるべきだとする説が有力である」として、堀部の見解を筆頭に紹介する⁽²³⁾。そして、その具体的問題として、国民総背番号制、戸籍公開の問題——同和問題がらみ、エイズの問題、コンピュータ関連の問題等を挙げる。さらに、発展的な事案として、①電話などによるいやがらせ、非難攻撃からの保護、②地下鉄における商業宣伝放送の差止、③性関係を巡る執拗なストーカー行為、④信教の自由等の事案に触れ、これは、「静謐・平穏生活権

の問題」であるとし、佐藤の見解を紹介する。⁽¹⁹³⁾すなわち、「情報プライバシー」のほかに、「静謐のプライバシー」、「人格的自律のプライバシー」という分類を設けるのである。

この吉田の見解の特徴としては、第一に、自己情報コントロール権説の主唱者を、（すぐ後に佐藤の見解に触れるにもかかわらず）堀部であるとする点である。このことは、吉田が、情報コントロール権の問題を民事上の問題であると捉えており、かつ、「ほうつておいてもらう」構成と「情報コントロール権」構成を堀部同様に並存可能であると捉えていることを示していると理解できよう。

にもかかわらず、その後に佐藤の「情報プライバシー」、「静謐のプライバシー」、「人格的自律のプライバシー」の三分類を紹介することは、いかなる意味をもっているのか。同書の記述からでは必ずしも詳らかではないが、吉田がプライバシーに関する記述の冒頭で「もっとも、アメリカでは、abortion（妊娠中絶）、contraception（避妊）などを巡り、この権利は、実生活に定着している」ものの、日本では実態が異なるため、「日本人は、概して、プライバシーの権利に鈍感ではないか」としていることから、「人格的自律のプライバシー」をも重視していることが読みとれる。⁽¹⁹⁴⁾

このことと、「静謐のプライバシー」の問題を上記のように一般的なプライバシー侵害とは別個の事案として紹介していることを考え合わせると、吉田は、「ほうつておいてもらう権利」、「自己情報コントロール権」、「静謐のプライバシー」、「人格的自律（自己決定）のプライバシー」の四元的構成をとっていると理解しうる。

しかしこの理解も、同書の記述のみから読みとるのでは正確性に欠ける恐れがある。

以上からわかるように、プライバシー概念の多元的構成は、詳細に展開されているものは少なく、その可能性を示しているに過ぎないとも評価しうる。しかしここでの検討から、プライバシー権の対象領域が古典的なそれや多数説である二元的構成にとどまらず、より一層広がりをもって学説に受け止められつつあることがわかる。この傾向は、「近時

の理論動向」において後述する見解にも共通するものがある。ただ留意すべきなのは、これら多元的構成において、「自己情報コントロール権」構成が有力説ないし通説的見解として無批判的に受容されているくらいがあるということである。この点、「自己情報コントロール権」の二元的構成には、繰り返し述べるように克服を避けられない喫緊の課題があるものであり、このことは後にみる近時の動向でも、ときに強く意識されている。

また、プライバシーの概念構成として、アドホックに侵害事例を列挙し、多元的複合的に構成し続ける方向性が今日において適切であるか、という問題もある。高度情報化社会におけるプライバシー問題の実情を今一度見つめなおし、侵害類型それ自体を捉えなおすことによって、あるいは法概念の捕捉領域の再整理も可能となるかもしれないことに留意する必要がある。なぜなら、今日においては、これまでは別の問題領域とされてきた情報の（不正）取得・利用行為を、情報産業が分野をまたがって代替しつつあるからである。

- (189) 野澤正充『事務管理・不当利得・不法行為「セカンドステージ債権法Ⅲ」』（日本評論社、二〇一一）一五三頁。
- (190) 同前。
- (191) 同前。
- (192) 吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八）一二二頁。
- (193) 同前、一二五―一二六頁。
- (194) 同前、一二二頁。