

秘匿性（不快性）要件に関する覚書

梶原健佑

I. はじめに

1890年にSamuel D. WarrenとLouis D. Brandeisがプライバシーの権利を提唱して130年が経とうとしている¹⁾。この間、プライバシーの権利は、各国で制定法及び判例法の展開により確実に受け入れられてきたが、この権利がどこまでの性質的広がりをもつかは議論の一致を見ない。これにかかわって、不法行為法学の泰斗William L. Prosserがそれを次の4類型に類別したことは、もはや旧聞に属する²⁾。第一はUnreasonable Intrusion into Private Life（私生活への侵入）、第二はPublic Disclosure of Private Facts（私事の公表）、第三はFalse Light in the Public Eye（誤った印象の伝播）、第四はAppropriation（冒用、盗用）である。

本稿筆者は憲法学徒の末端にあつて、不法行為法によるプライバシー保護と表現の自由との調整法理のあり方を検討していきたいと考えている。かかる問題関心からすると、上記分類のうち第二、第三、第四類型が表現によって惹起される不法行為であつて筆者の視野に入ってくるころ、第三類型は虚偽情報の公表によるものとしてプライバシー侵害というよりも名誉毀損に包含して理解すべきとの声があり、また、第四類型もわが国でいう肖像権ないしパブリシティ権に相当するものであることから、本稿は検討の対象を第二類型に限定することにした（この類型を指してプライバシー侵害という呼称を用いてゆく）。

私事公表のプライバシー侵害をめぐる成立要件のあり方、表現の自由との調整をあり方等に関して日米ともに判例・学説が蓄積されてきている

1) Warren and Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

2) Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960).

ところ、本稿はそのうちプライバシー侵害の性質を画する「秘匿性の要件」「(高度)不快性の要件」に焦点を当てる。詳細は本文で追々確認していくけれども、当該情報を他人に「知られたくない」「知られれば精神的苦痛を被る」といった主観的な要素でそれは構成されており、その実態把握と分析は、筆者が取り組もうとする不快を理由とした表現規制をめぐる総合的研究を進める上で³⁾ 不可避的な検討課題である。では、我が国の法状況の確認から検討をはじめることにしてしよう。

Ⅱ. 日本における「秘匿性」要件

1. 不法行為の成否

我が国の不法行為法制にあっては、名誉、プライバシーいずれも「精神的人格権の代表的な保護法益であるが、名誉は民法により規定された保護法益であるのに対し、プライバシーは判例、学説によりつくりだされたものである⁴⁾」(民法710条参照)。また、名誉毀損の場合には刑法230条、230条の2の規定を参酌しつつ不法行為の法理を構築することができたのに対し、プライバシー侵害の場合にはプライバシーを侵害する表現行為を一般的に直接罰する刑法規定もなく、それゆえ、判例に委ねられた法創造の余地は名誉毀損の場合よりも大きい。

現時点の到達点として最高裁は、長良川リンチ報道事件において次のように判示してプライバシーを害する表現が不法行為となるための条件を示している⁵⁾。すなわち、「プライバシーの侵害については、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を比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立する」とまず一般的に述べられ、その判断に際しては、「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に関する諸事情を個別具体的に審理し、これらを比較衡量して判断することが必要で

3) 拙稿「ヘイトスピーチ・害悪・不快原理」阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』(成文堂、2015年)735頁以下。

4) 藤岡康宏『民法講義Ⅴ 不法行為法』(信山社、2013年)217頁。

5) 最二小判平成15年3月14日民集57巻3号229頁。

ある」というのである⁶⁾。この判示は、プライバシー侵害不法行為の成否を「全面的な個別衡量論⁷⁾」によって判断することを明らかにしたものと捉えられており、不法行為成立のための要件や阻却事由が個別に提示されることはなく、漠然としたものになっている⁸⁾。ケースバイケースの判断は事案ごとの適切な解決に資するかもしれないけれども、表現者に法的責任の予測可能性を与えないため、徐々に自由が萎縮する可能性もある⁹⁾。つまり、この判断は“私法上保護されるべきプライバシーの利益と、表現の自由保障の観点から重視されるべき公表の利益とを衡量すべし”と論じているだけで、憲法学の観点からは「表現の自由の理論を前提とした不法行為法上の判断基準の構築がほとんど見当たらない¹⁰⁾」ことが問題視されるのである。ところが、そもそもこの不法行為によって害されると評価される法益、つまり、「プライバシーの権利（利益）」の外延や内包も同判決中で明らかにされているとはいいい難い点に注意が必要である。

2. 権利・利益の輪郭と「秘匿性」

最高裁の判例法理がかように不定形である現状ゆえに、多くの判例・学説は、プライバシーの権利（利益）の法益としての輪郭をイメージさせるものとして、「宴のあと」事件東京地裁判決の次の判示部分を用いてきた¹¹⁾。

「プライバシーの侵害に対し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取られるおそれのあることがらであること、（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

6) かかる判断は、「プライバシー」の語に拠らず、「前科等にかかわる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比較衡量を説いた「逆転」事件最高裁判決（最三小判平成6年2月8日民集48巻2号149頁）から受け継がれたものである。

7) 阪本昌成『表現権理論』（信山社、2011年）134頁。

8) 参照、棟居快行「憲法解釈の応用局面（三）」阪大法學61巻5号（2012年）201頁。

9) See *Briscoe v. Reader's Digest Ass'n*, 4 Cal.3d 529, 542 n.18 (Cal. 1971).

10) 佐々木秀智「インターネット上の私事公表型プライバシー侵害とアメリカ合衆国憲法修正1条」法律論叢89巻6号（2017年）258頁。

11) 東京地判昭和39年9月28日判タ165号184頁。

であろうと認められることがらであること、(ハ)一般の人々に未だ知られていないことがらであることを必要とし、このような公開によつ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」

この判決にいう(イ)要件は「私事性の要件」、(ハ)要件は「非公知性の要件」と呼ばれるのが一般的である。他方で(ロ)要件の呼称は一定ではなく、「秘匿性の要件」とされることが多いものの、「秘事性」の要件¹²⁾、「感情侵害の要件¹³⁾」、「精神的苦痛の要件¹⁴⁾」などと命名されることもある(本稿では多数派に従って「秘匿性の要件」と表記する)¹⁵⁾。ここでは、秘匿性の要件が、表現による「心理的な負担、不安」という主観的要素を基準とする要件であることを確認しておきたい。

ちなみに、秘匿性をめぐっては最高裁も、プライバシー情報の公表ではなく開示・管理等が争われた事件においてははあるが、プライバシーとの関連性を示唆している¹⁶⁾。すなわち、早稲田大学江沢民講演会名簿提出事件ではこう述べられている¹⁷⁾。「学籍番号、氏名、住所及び電話番号は……秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。……しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示され

12) 渋谷秀樹『憲法〔第3版〕(有斐閣, 2017年) 402頁。

13) 阪本昌成『憲法2 基本権クラシック〔第4版〕(有信堂, 2011年) 164頁。

14) 松本昌悦「判批」『憲法判例百選I〔第5版〕(有斐閣, 2007年) 137頁、須加憲子「『宴のあと』事件 私法の視点から」田島泰彦ほか編『表現の自由とプライバシー』〔日本評論社, 2006年〕169頁。

15) また、引用部分末尾の「実際に不快、不安の念を覚えたこと」という表現は、秘匿性の要件と密接に関連しているように思われるところ、これを独立の要素とするか否かは、論者・判例により区々の状況にある。積極例として、たとえば、東京地判平成5年5月25日判タ827号227頁、東京高判平成17年5月18日判時1907号50頁、東京地判平成12年2月29日判タ1028号232頁、東京地判平成7年4月14日判タ907号208頁。また、佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務〔第2版〕(弘文堂, 2010年) 41~42頁も併せ参照のこと。栗田昌裕「民事裁判例におけるプライバシー」NBL1100号(2017年) 39頁は独立の成立要件というよりも、損害発生要件を示しているとするが、結局のところ、その損害は不可視であり計量困難であるから、損害の立証は緩められ、推定に拠ることとなろう。

16) 角本和理「サイバー時代におけるプライバシーの法理論(1)」北大法学論集67巻4号(2016年) 124~125頁。

17) 最二小判平成15年9月12日民集57巻8号973頁。

たくな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、原告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ふべきである。」ここでは情報の「私生活上の性質」がプライバシー情報の範囲を画する上で特段に重要な要素とはされておらず、「公開を欲しない」という性質にヨリ注意が向けられている¹⁸⁾。この判示の背景には、秘匿性が高いほどプライバシーとして要保護性が増すと理解があるものと思料される。

さて、上述の「宴のあと」事件判決の定式は確固たる判例法理となっているわけではなく、裁判所の考え方は実に多様である¹⁹⁾。また、早稲田大学江沢民講演会名簿提出事件以降、その三要件によらずに、「自己が欲しない他者にみだりに開示されたくないと考えるのが自然」な情報をプライバシー情報と評価して判断を進める裁判例もみられる²⁰⁾。ただ、いずれのアプローチにせよ、当該情報の「公表（開示）を欲しない」性質をプライバシーの重要な要素とみる点は、多くの判例・学説が受け入れるところとなっており、不法行為の成立にあたって秘匿性の要件を必要的とみる見解が大勢と評価して良いように思われる（なお、秘匿性の要件を考慮しない裁判例もみられる）。

3. 秘匿性は主観的か

では、この「公開を欲しない」という性質はどのように判定されるのだろうか。ここで共有されるべきは、不法行為の成立を被害者の主観的要素にゆだねてしまうことへの懸念である²¹⁾。具体的には、損害発生の有無の不可視、被害者の傷つきやすさの不可視、損害の程度の不可視という3つの不可視に起因する懸念がある²²⁾。すなわち、加害行為により被害者の内に実際に

18) また、住基ネット訴訟においては、「氏名、生年月日、性別及び住所……は、人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている個人識別情報であり……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」として、情報の秘匿性が考慮要素とされている。最一小判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。

19) 参照、個・前掲注15、30～45頁。

20) 参照、栗田・前掲注15、42頁。

21) 参照、能見善久「(新しい法益と不法行為法の課題) 総論——本シンポジウムの目的と視点」NBL936号(2010年)13頁。

22) 参照、沼崎一郎「客観的行為主義から主観的關係主義へ」法社会学60号(2004年)101

損害が発生しているかどうか外部から不可視であり、また、多くの場合、被害者の過敏さの程度も事前には分からず、それも相まって、どの程度の損害が生じたかも外部からは分からないこととなる。これでは濫訴の虞が否定できないし、裁判官の感覚と半ば当てずっぽうで損害発生と損害額・慰謝料額を認定することになりかねない。この点、「宴のあと」事件の東京地裁判決が純粹に被害者の主観に依拠するのを避け、注意深く、「一般人の感受性」を基準にしているのに対して、早稲田大学江沢民講演会名簿提出事件では、「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。これを文字通り素直に読めば、被害者本人を基準にプライバシー情報の範囲を決定することを是認するかのように読める²³⁾。つまり判決文中の「本人」をいかに解するかが問題となるところ、しかしながら、直前で確認した懸念と調査官解説の次の言明とを併せ考えると、最高裁も、被害者本人ではなく、一般人を基準としていると解するのが適切であろう²⁴⁾。

杉原調査官は「法的保護の対象は主観的な秘密主義や引きこもり願望ではないから、他人に知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」であり、保護対象として「①個人の私生活上の事実または情報で、周知のものでないこと、②一般人を基準として、他人に知られることで私生活上の（私生活における心の）平穩を害するような情報であること」の要件充足を要すると語る。その上で、不法行為の成否は、秘匿要請の強弱や私事性の強弱も含めた総合考慮で判定され、「プライバシーに該当する情報が一般人の感受性を基準にして私生活上の平穩を害する態様で開示されることが

頁以下、城内明「不法行為法における『傷つきやすい被害者』」早稲田法学84巻3号(2009年)403頁以下。

23) 「被控訴人がみだりに公開されることを欲せず、それが公開されると被控訴人に精神的苦痛を与える性質の私生活上の事実が記述されている場合には、本件小説の発表は被控訴人のプライバシーを侵害するものと解すべき」とする東京高判平成13年2月15日判時1741号68頁にも同じ懸念があげはまる。

24) 参照、角本・前掲注16、125頁。なお、同「サイバー時代におけるプライバシーの法理論(3)」北大法学論集67巻6号(2017年)155頁も参照。

必要」とまとめられる²⁵⁾。

我が国の不法行為法制における秘匿性要件の判断は、不法行為の成立を被害者の主観に依拠して行われるのではなく、「一般人の感受性を基準として」なされるべしと解されているとあって良さそうである。つぎに、「一般人の感受性」に照らして「公開を欲しない」情報として、どのようなものが認められてきたのか、裁判例から分析したい。

4. 裁判例からみる「秘匿性」

判決文中において秘匿性に論及された事例を、以下、性質別に眺めてみよう（なお、不法行為事案と発信者情報開示請求事案を区別していない）。

(1) 性的な事柄

性的な情報に関しては様々な事例が見られるところ、「原告の性的、肉体的特徴に関する事実」²⁶⁾、「性器の形状など秘匿性の高い身体的特徴及び性行為のときの具体的な言動等」²⁷⁾について秘匿性は肯定されている。また、「裸体を撮影した写真、特に性器部分に修整を施していない写真をみだりに公表されることによって……不快、羞恥等の精神的苦痛を受けることはいうまでもない」、「具体的にいかなる種類のアダルトビデオに興味を示して購入しているかなどといった具体的事実については、当該個人の性的趣向までも窺わせる事項ともなりうることからすれば、自己の最も私的な領域に属するものとして相当程度秘匿性の高い情報と解される」と判断した例もある²⁸⁾。

LGBTに関しても、同性愛者であることについて秘匿性を肯定する例がある²⁹⁾。一方で、性同一性障害で性別適合手術を行った者について、「子供の頃は普通の格好をした男の子だったという事実……は、その内容に照らし、一般人の感受性を基準とした場合、その公表によって心理的負担、不安を感じずるのが通常であるものとは考え難い」と判断した裁判例がある³⁰⁾。

25) 杉原則彦「判解」最高裁判所判例解説民事編・平成15年度（下）489頁、490頁。

26) 東京地判平成28年5月17日LEX/DB25536091。

27) 東京地判平成18年5月23日判時1961号72頁。

28) 東京地判平成2年3月14日判タ741号189頁、東京地判平成18年3月31日判タ1209号60頁。

29) 東京地判平成24年6月25日LEX/DB25494970、東京地判平成25年6月3日LEX/DB25513267。

30) 東京地判平成25年8月13日LEX/DB25514601。

(2) 健康

健康・病気に関する事柄は、たとえば、「個人の健康状態を記載した病院での診療記録等の個人の診療情報」、「アトピー性皮膚炎であること」、「肺結核でそれまでかなりの高熱を発していた」という事実など、一般的に秘匿性を肯定されているものの³¹⁾、HIV陽性について「HIV感染者に対する社会的偏見と差別の存在することを考慮すると、極めて秘密性の高い情報に属するといふべき」と、留保を付したように見える判決がある³²⁾。また、「原告が認知症に罹患していること、歯磨きや服の着替え等日常生活の動作を1人でこなすことができないこと、服薬の理由がわからなくなっていること、部屋を歩き回っていることなど、認知症を患っている原告の自宅における日常の様子を公開するものであって……一般人の感受性を基準とすれば、かかる事項は秘匿し、公開を欲しないであろうと認められるものであるといえる」と述べた判決がある³³⁾。

他方で、「〔原告が〕原因不明の発熱で入院しているというのであり……この程度の健康障害は、年齢を重ねるにしたがって発生しやすくなるものであって、それが公表された場合の被害は一般にはそれほど高くないと考えられる」と述べて、明確ではないものの、秘匿性を否定したと思しき判断も見られる³⁴⁾。

(3) 逮捕歴・前科・懲戒歴

逮捕歴は、「逮捕されたという事実やその嫌疑内容は、原告の名誉や信用に特に関わる情報であって、一般人の感受性を基準として、当該私人の立場

31) 順に、東京簡判平成16年11月2日判時1886号97頁、東京地判平成2年5月22日判時1357号93頁、東京地判平成2年5月22日判時1357号93頁。

32) 東京地判平成7年3月30日判時1529号42頁。HIV情報取得については、東京地判平成15年5月28日判タ1136号114頁も参照。

33) 東京地判平成27年9月4日25530884。

34) 前掲・東京地判平成2年5月22日。〔 〕内は筆者。

35) 東京地判平成28年7月21日LEX/DB25536867。同旨、東京地判平成27年9月30日LEX/D B25541496。なお、東京地判平成7年4月14日判時1547号88頁も参照。前科に関しては、前科照会事件：最三小判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁の伊藤正己補足意見が「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一つ」と述べていることが注目される。

に立った場合に公開を欲しない情報である」とされる³⁵⁾。また、類似の評価として、「かつて弁護士という社会正義を実現することを使命とする職業にあった者が、所属する弁護士会から除名処分を受けたというような経歴は、その者の名誉や信用に直接関わる事柄であって、一般人の感受性を基準とすると公開を欲しない事柄であるといえる」とした判決が挙げられる³⁶⁾。

(4) 経済状態

経済状態に関しては肯定例と否定例がある。「自己破産の事実」、「生活保護を受給しているとの事実」のように、世間でマイナスイメージの経済状態に関してはもとより、よりニュートラルな情報、たとえば、「収入の源泉……まして、そのような収入の源泉からの具体的な収入金額」についても肯定する例がある³⁷⁾。不動産購入価格については、「自宅の新築費用は、私生活上の事実にはかならないし、通常、自宅不動産の購入価格は個人の資産、収入と密接な関係を有するものであるから、一般人の感受性を基準とすれば、公開を欲しないであろう事柄というべき」と判断した判決があるかと思うと、「立派な家を構えた場合、その不動産の購入価格がいくらであったかということは、必ずしも一般人の感受性を基準として公開を欲しない事柄であるとまではいえない」とされることもある³⁸⁾。プラスイメージについてはほかにも、「高級な自動車に乗っていて、運転手もおり、同自動車で子供の送迎をしているといった程度の実事」、「原告が書籍購読料として毎月平均二万円を支出しているという事実」に関して否定した裁判例がある³⁹⁾。

秘匿性のレベルを問う判決もある。「本件記事は被控訴人の家計収支の具体的な用途や金額の記載を含むものであり、一般人を基準にして考えるならば、これらの事実は他人に知られたくない私生活上の事実である……本件記

36) 東京地判平成12年10月27日判タ1053号153頁。

37) 順に、東京地判平成28年1月29日LEX/DB2533500、東京地判平成29年1月19日LEX/DB25538701、東京地判平成21年9月29日判タ1339号156頁。なお、東京地判平成5年9月22日判タ843号234頁も参照。

38) それぞれ、東京地判平成21年9月29日判タ1339号156頁、東京地判平成21年9月29日判タ1339号156頁。

39) 順に、東京地判平成24年10月17日LEX/DB25498523、前掲・東京地判平成21年9月29日。

事によって公表された被控訴人の家計に関する個人的情報は、一般にも被控訴人にとっても、他人に知られたくない性質のものであると考えられる。しかし、これが公表されることによって、極度の羞恥、当惑のあまり、人の顔が見られなくなるというほどのものでもないであろう。その意味で、本件記事による被控訴人のプライバシー侵害が最高度のものであるとまではいうことができない」と判示した判決がそれである⁴⁰⁾。

(5) 離婚・不倫、家族関係

離婚・不倫については肯定する例が多い。たとえば、「婚姻前の妻と不倫関係にあったという事実」⁴¹⁾や、離婚、別居、再婚について肯定した例があるほか⁴²⁾、「自らの婚姻歴を不特定多数が閲覧可能なインターネット上で晒されることは、一般人の感受性を基準とすれば、通常望まないこととはいええるが、常にそうかどうかは、疑問である」と留保を付す判決もある⁴³⁾。また、家族の不仲について秘匿性を肯定した裁判例がある⁴⁴⁾。

(6) 居宅内での姿態

「自宅の室内においては、他人の視線から遮断され、社会的緊張から解放された無防備な状態にあるから、かかる状態の容貌・姿態は、誰しも他人に公開されることを欲しない事項」との判断がある⁴⁵⁾。

(7) 被差別部落との関係

被差別部落関連では、「原告が同和地区の出身者であるという事実……は、私生活上の事実であり……同和問題に関する歴史的経緯を鑑みれば、一般人の感受性を基準として原告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実」とした判決や、父親が被差別部落出身であることを「一般

40) 東京高判平成13年7月18日判時1751号75頁。

41) 東京地判平成21年1月28日判時2036号48頁。

42) 東京地判平成5年9月22日判タ843号234頁、東京地判平成21年9月29日判タ1339号156頁、東京地判平成24年12月13日LEX/DB255499181。

43) 東京地判平成28年3月4日LEX/DB25534121。

44) 東京地判平成27年6月24日判時2275号87頁。

45) 東京地判平成17年10月27日判時1927号68頁。なお、東京地判平成元年6月23日判時1319号132頁も参照。

人の感受性を基準として公開を欲しないと認められる事柄」と評価した判決がある⁴⁶⁾。

(8) 住所、電話番号、メールアドレス等

住所に関して裁判所の判断は分かれている。「個人の住所は……一般人の感受性を基準として公表を欲しない事柄とされ、プライバシーとして保護されるべき場合があることは否定しないが、多くの場合住所そのものを社会から秘匿したいというよりは、住所を開示することによる……第三者から居住地への不当な介入を回避するためであり……どうしても開示しなければならない場合以外は絶対に開示、公表を望まないのが一般人の感受性であるとは認められない」と判断する判決⁴⁷⁾がある一方、原告が芸能人であるとか嫌がらせ電話に悩み情報の公開を拒んでいた、公開の媒体がネットである等の事情に鑑みて秘匿性を肯定する例⁴⁸⁾や、より一般的に「個人の氏名、住所及び生年月日は……コンピューターやネットワーク等を用いた情報の管理流通技術の発展により、個人に関する情報が容易に収集・利用されている現状においては、これらの情報が、自らの与り知らない人や場所において利用されることによって、好ましくない者からの電話や郵便などを受れたり、場合によっては、これらの情報によって新たな個人情報が引き出されることもあり得るのであり、そのような事態への危惧は、既に一般的なものになっているとすることができる。そうすると、これらの情報は、社会一般の人々の感受性を基準として、当該個人の立場に立った場合、みだりに公開されることを欲しない情報であると考えられる」と判断された例もある⁴⁹⁾。携帯電話の番号、メールアドレスについても肯定する裁判例が見られる⁵⁰⁾。

46) それぞれ、大阪地判平成27年10月5日LEX/DB25541393、高知地判平成4年3月30日判タ788号213頁。

47) 東京高判平成18年8月31日判タ1246号227頁。

48) 東京地判平成16年7月14日判タ1180号232頁、東京地判平成10年1月21日判時1646号102頁、神戸地判平成11年6月23日判時1700号99頁。

49) 松山地判平成15年10月2日判時1858号134頁。

50) 東京地判平成28年10月7日LEX/DB25537739、東京地判平成27年11月6日LEX/DB25534763。

(9) 容姿

「身体のうち通常衣服をまとっている腹部について……以前に比べて太ったことを表現したものである。このような個人の容姿に関する情報は……周囲にいる者以外の第三者には知られたくないと欲することは、決して不合理なことではない」との判断に対して上訴審では、「通常の場合、以前と比べて太ったか否かは外形から分かることであり、特段の事情のない限り殊更に秘匿しなければならない……一般人の感受性を基準として判断した場合に、強いて公開を欲しない事項であるとまでいえるかどうか、甚だ疑問であるといわざるを得ない」と覆された例がある⁵¹⁾。

(10) 学歴等

「どのような動機で大学を受験したのか、あるいは、受験した大学や学部への入学試験に不合格となったかどうかという事実は……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は、公開を欲しないであろうと考えられ〔る〕」とした裁判例が見られる⁵²⁾。

(11) 遊興

遊興に関しては、「競馬などの適法なギャンブルをしたことがあること」について「金銭によって慰謝すべきほどの精神的苦痛が生ずるものとまでは認めら……ない」とした例⁵³⁾がある一方、「頻繁にキャバクラへ行っていること」について秘匿性を肯定した例がある⁵⁴⁾。

(12) その他

これらのほか、実父が暴力団員であったという事実⁵⁵⁾、お見合いパーティー等に参加しているとの事実⁵⁶⁾、「出生時の状況、身体的特徴、家族構成、性格、学業成績、教諭の評価等」⁵⁷⁾について秘匿性を肯定した裁判例が

51) 東京地判平成5年5月25日判タ827頁および東京高判平成5年11月24日判時1491号99頁。

52) 東京地判平成28年10月4日LEX/DB25537281。

53) 東京地判平成29年3月28日LEX/DB25448742。

54) 東京地判平成28年9月8日LEX/DB25537227、東京地判平成16年2月19日LEX/DB28090989。

55) 大阪地判平成28年3月30日LEX/DB25542836。

56) 東京地判平成24年11月30日LEX/DB25497897。

57) 前掲・東京地判平成12年2月29日。

ある。また、「整形手術をしたのかどうかは一般的に私生活上の事実に関する情報であり、原告がソーブランドに勤務する女性であることからすれば、原告の立場に立った場合、一般人の感受性を基準として公開を欲しない情報である」との判断もある⁵⁸⁾。他方、「被告が無職であるとか、一人暮らしであるといった事実は、一般人の感受性を基準にして公開を欲しない事柄であるとは認め難い」、「義姉及び義妹が存在することは、他者に開示されることを欲しない情報であるということまではできない」とした例もある⁵⁹⁾。

5. 小括⁶⁰⁾

以上の裁判例の羅列からは、プライバシー侵害を肯定するには単に「公開を欲しない」というレベルでは足りないと考える判決もあること、情報内容の性質に基づく単純な類型的判断ではなく原告の職業や事実関係・文脈等に照らして判断する例も見られることが分かるものの、総じて、比較的広範なものが「公開を欲しないであろう」との評価の下、秘匿性要件の充足を認められているということが窺い知れる。してみれば、わが国の裁判所は不法行為の成立のための秘匿性のレベルにつき、さほど高い閾値を設定しているわけではないことを露見させているといえよう。現状において、「社会通念上は損害とは認められない程度のものであっても、通常人を基準とした精神的な苦痛が認められない程度のものであっても、極めて抽象的な不安にすぎない程度のものであっても、損害であると認定され、損害の発生が認められ」つつあるとの評価も見られるところである⁶¹⁾。しかし、プライバシー侵害不法行為に関しては表現の自由との調和的法理の構築が求められることを想起すれば、安易な要件充足の判断は控えられるべきことと考えられ、要件の適切さ、要件充足の判断のあり方につき、さらなる検証の余地があるように思われる。かかる検証のための比較の素材とすべく、節をかえてプライバシー

58) 東京地判平成27年12月8日LEX/DB25532352。

59) 東京地判平成25年3月26日LEX/DB25512151、名古屋地判平成26年3月7日LEX/DB25540380。

60) 松尾剛行『最新判例にみるインターネット上のプライバシー・個人情報保護の理論と実務』（勁草書房、2017年）103～109頁が詳しい。

61) 升田純『現代社会におけるプライバシーの判例と法理』（青林書院、2009年）405頁。

権の母国アメリカの法状況を見てみることにしたい。

Ⅲ. アメリカにおける「高度不快性」要件

1. 私事公表 (Public Disclosure of Private Facts) 不法行為の概略

アメリカの不法行為法は基本的に州裁判所の判例の積み重ねに委ねられた判例法であって、州ごとにその内容は異なっており、さらに、州法(制定法)で規律するところもある等、実に複雑である。プライバシー侵害についても例外ではない。そもそもプライバシー侵害を不法行為と認めない法域もなお存在しているものの、現在では相当数の法域で承認されているという⁶²⁾。各法域において、どのような成立要件や阻却事由を形成しているかを一様に語ることは不可能であるが、その最大公約数的内容はアメリカ法律協会(ALI)がまとめた第2次不法行為法リステイトメントに示されているとあってよい。リステイトメント § 652Dは次のように整理してみせている。

「他人の私生活にまつわる事柄を公表したる者は、公表された事柄が次のような条件を充たす場合には、プライバシー侵害の故に、責任を負う。

- (a) 合理的人間にとって高度に不快である (highly offensive) こと、そして、
- (b) 公衆の正当な関心事 (legitimate concern to the public) でないこと。⁶³⁾

ここから読み取れる要素は、①公表、②私事性、③高度の不快性、④公衆の正当な関心事でないことの4点である(④は、しばしば「ニュース価値 [newsworthiness] が存在しないこと」と互換的に表記される)。かかる要件の明確化は、彼の国の名誉毀損法の場合と比較したときには不十分との評価を免れないものの、要件事実の明確化・予見可能性の点から考えるとき、わが国の最高裁が示している個別的利益衡量の枠組みに比べれば優れている

62) 2001年の論文でMcNultyは40以上とカウントしており (Patrick J. McNulty, *The Public Disclosure of Private Facts: There is Life after Florida Star*, 50 *DRAKE L. REV.* 93, 93 (2001)). DANIEL J. SOLOVE AND PAUL M. SCHWARTZ, *INFORMATION PRIVACY LAW* 111 (5th ed. 2015) は現在まで不法行為として認めていない州をネブラスカ、ニューヨーク、ノースカロライナ、ノースダコタ、ロードアイランド、ユタ、ヴァージニアとする。

63) *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS* § 652D (1977).

とひとまず評し得るように思われる。要件それぞれに論じるべき内容は詰まっているものの、本稿の狙いに沿って秘匿性（感情侵害性）との比較に適していると考えられる③の要件に絞り分析を深めることとしたい。

2. リステイトメントと“highly offensive”

要件③については、リステイトメント自身が次の補足説明を用意している。

「このセクションが扱うルールは、通常の合理的な人間（ordinary reasonable man）にとって高度に不快な性質をもつ、不当な（unreasonable）公表に対してのみ保護を与えるものである。原告のプライバシーの利益に対する保護は、時代・場所の慣習、原告の職業、隣人や周囲の市民たちの習慣とも関連するものでなければならない。この世界に——砂漠にいるのでもない以上は——完璧なプライバシーなど存在しようもなく、世捨て人でもない限りは誰もが、彼が属しているコミュニティでの生活に通常随伴する出来事を予期し、また耐えなければならないものだ。……通常の合理的な人間であれば、彼が訪問先から帰ったとか、森にキャンプに行ったとか、自宅で友人を招いてパーティを催したとかいうことを新聞が報じてても不快と受け取ったりはしない。また、例えば、階段で無様に転んで足の骨を折ったという事実を公表されて、原告の内に僅かで中程度の不快感（minor and moderate annoyance）が生じたとしても、それは本節で扱う準則の下で訴訟の提起を可能とするにはじゅうぶんでない。訴訟提起できるのは、自身についての当該公表行為によって真剣に憤慨を覚える（feeling seriously aggrieved）のも尤もだ、と合理的な人間が思う程度のものだけである。⁶⁴⁾」

この補足説明からは、リステイトメントが③の要件につき2つの限定を施していることが見て取れる。第一に、不快の度合いについて高いレベルのものを要求していることである。「高度の（highly）⁶⁵⁾」、「真剣に憤慨を覚える」といった表現で、単なる不快では成立要件を充たさないことを示そうとしている。第二は、不快性充足の判定を被害者本人の感受性に委ねるのではなく、「通常の合理的な人間ならば」という指標によってできるだけ客観的に

64) *Id.* § 652D cmt. c. See also Prosser, *supra* note 2, at 396-97.

65) 阪本・前掲注7, 135頁以下は「極めて」と訳している。

判断しようとしていることである。ちなみに、この要件の充足は事実マターとして陪審員の判断に委ねられると解されることも多い⁶⁶⁾。

さらにリステイトメントは、③の要件（以下、「高度不快性の要件」という）の肯定例と否定例を挙げてみせている。否定例として紹介されているのは、A新聞がその地域版のコラムで“昨日、B夫人が洗濯をした”との真実情報を公表した場合と、ごくごく親しい人だけを招待して行われたAの娘の結婚式について、B新聞社が招待客から聞き出して、式の正確な描写を公表した場合の2つである。他方で肯定例とされているのは、本人の同意なしに自身の子どもを看護する様子の写真を公表した場合と、Aはその出産にあたり帝王切開が必要とされ、医学生への教育目的で観覧させるために手術の様子を映像に止めることに承諾していたところ、Bが公衆に向けて商業映画館でそれを公開した場合の2つである。

リステイトメントの記述は執筆当時の各州のコモンローの最大公約数を示したものと考えられるが、具体的に高度不快性要件がどのように機能しているのか、幾つかの裁判例から探ってみることにしたい。まずは肯定例から。

3. 肯定裁判例

私事性と高度不快性の両要件を充足する情報は、一般に、性に関する事柄、犯罪、健康といった限定された領域に収斂するといわれている⁶⁷⁾。

(1) 性・裸体に関する事柄

(1-1) 交際相手に撮影されたヌード写真を勝手に成人誌に投稿され掲載されるに至った事案で連邦地裁は「誰かがヌードになっている写真の公開は高度にセンシティブな問題だ」とし、掲載誌はその「公開は、仮に適切な同意

66) *Vassiliades v. Garfinckel's, Brooks Bros.*, 492 A.2d 580, 588 (D.C. 1985); *Miller v. Motorola, Inc.*, 560 N.E.2d 900 (Ill. App. Ct. 1990); *Doe v. Mills*, 536 N.W.2d 824 (Mich. Ct. App. 1995).

67) T. BARTON CARTER ET AL., *THE FIRST AMENDMENT AND THE FOURTH ESTATE* 223 (11th ed. 2012). See also Jasmine E. McNealy, *The Emerging Conflict between Newsworthiness and the Right to be Forgotten*, 39 N. KY. L. REV. 119, 125 (2012); Jonathan B. Mintz, *The Remains of Privacy's Disclosure Tort: AN Exploration of the Private Domain*, 55 MD. L. REV. 425, 439 (1996); *Goerd v. Tribune Entertainment Co.*, 106 F.3d 215, 220 (7th Cir. 1997).

が与えられていない場合、高度に不快なものであると知っていたか、あるいは、知っているべきであった」と述べ、（同意のない）ヌード写真の公表は高度に不快なものと判断した⁶⁸⁾。また、相手の許可なく隠しカメラで性交の様子を撮影し、知人らと鑑賞した等の行為が争われた事件がある。州裁判所は（下級審において陪審員による高度不快性の判断はなされなかったもの）被告の行為が通常の感性をもった合理的な人間にとって高度に不快であることを示す十分な証拠がある、と述べた⁶⁹⁾。あるいは、性交の音声を録音したテープの公開の差止めが求められた事件では、テープに記録された内容は合理的人間であれば公開を不愉快（objectionable）と考えるであろう私事であると判断された⁷⁰⁾。

これらほど露骨ではなくとも、性関係を結び、相手の身体の状況に無頓着に性交渉を求めたといった記述、さらには、あれはレイプだったのではないかといった回想を含む書籍の販売について、そうした公表情報は極めて親密で（intimate）パーソナルな性質のものであり、原告の描かれ方は「合理的な人間にとって高度に不快である」とした判決もある⁷¹⁾。

（1-2）LGBT関係でも幾つか裁判例が見られる。まずは、男性として生まれたが性別違和に悩み、最終的に性別適合手術を受けた原告に関して、新聞に原告が男性として生まれた旨が掲載されてしまったため、手術の情報を家族やごく親しい人以外には秘匿していた（名前も各種記録も変更して生きていた）にもかかわらず、その事実が露見してしまった事件がある。トライアル・コートは、当該事実の公表が通常的感受性をもった合理的な人間にとって高度に不快なものであると認定し、上訴を受けた州控訴裁判所もこれを前

68) *Gallon v. Hustler Magazine, Inc.*, 732 F. Supp. 322, 324 and 325 (N.D.N.Y. 1990).

69) *Boyles v. Kerr*, 806 S.W.2d 255, 261 (Tex. Ct. App. 1991).

70) *Michaels v. Internet Entm't Group, Inc.*, 5 F. Supp. 2d 823, 840 (C.D. Cal. 1998). See Erwin Chemerinsky, *Privacy Versus Speech in the Hulk Hogan Sex Tape Trial*, L.A. TIMES (2016.3.14), <http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-0314-chemerinsky-hulk-hogan-gawker-20160314-story.html> (last visited 2018.2.28).

71) *Bonome v. Kaysen*, 2004 Mass. Super. LEXIS 172, at 13 (Mass. 2004).

提に議論している⁷²⁾。他方、同性愛者であることの暴露については、本稿の関心から取り上げるに足る裁判例は意外なほど少ない⁷³⁾。僅かな例外は、同性パートナーがいるということを本人が秘密にしているのに他者（当該事案では所属会社）が勝手に公開したならば、合理的な人間はそれによってきつと「傷つけられる（be offended）」ことだろうと（傍論のような形であるものの）述べた判決くらいである（IV-3参照）。

(2) 過去の犯罪事実

前科の事実の不快性については、著名なBriscoe判決が次のように論じている⁷⁴⁾。「陪審員は前科を全ての人々に知らせることは、アメリカの殆どの人々にとって大いに不快なことだと判断するだろう。確かに、犯罪の経歴は、屈辱的な病気やビジネス上の借金の存在よりももっと秘匿されてきた。本件での暴露の結果……は、多くの人々にとって前科がいかに深く不快であって、前科者が過去の軽拳に関する情報をいかに秘密にしておく必要があるかということ非常に明らかに示している。」

(3) 健康

(3-1) 摂食障害のために入院中の女性の写真を、「飢餓の食家（STARVING

72) Diaz v. Oakland Tribune, Inc., 188 Cal. Rptr. 762 (Cal. Ct. App. 1983).

73) Sipple v. Chronicle Publishing Co., 201 Cal. Rptr. 665 (Ct. App. 1984) では、原告が同性愛者であることは一定程度認識されていたため「私事性」を充たさないとされた。同判決は、性的指向公表のプライバシー侵害性と表現の自由との関係が初めて争われた事件とされるが (See Jon E. Grant, Note, "Outing" and Freedom of the Press: Sexual Orientations Challenge to the Supreme Court's Categorical Jurisprudence, 77 CORNELL L. REV. 103, 128 (1992)), 高度不快性については全く論じられていない。また、男性司祭が別の男性たちと同性愛行為を行っているホームメイドビデオがひょんなことから他者の手に渡り公になったことで訴訟となったCinel v. Connick 15 F.3d 1338 (5th Cir. 1994) は、公衆の正当な関心事であるかに焦点を当てて論じられており、当該事実の公表が高度に不快であることは前提とされているようにみえる (at 1346)。

74) Briscoe v. Reader's Digest Ass'n, 4 Cal. 3d at 542. なお、「過去の」という条件は私事性との関連で不可欠である。See Stephan Bates, *The Prostitute, the Prodigy, and the Private Past*, 17 COMM. L. & POL'Y 175, 216 (2012). ただし、前科情報は公的な記録に掲載されているため、Cox Broadcasting Co. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975) 以降は、そもそも情報が「私事ではない」との理由から（時の経過を問題にすることなく）プライバシー侵害不法行為の成立が否定される傾向にある。See Gates v. Discovery Communications, Inc., 21 Cal.Rptr.3d 663 (Cal. 2004).

GLUTTON)」のタイトルの下、氏名、居住地、病状などの情報と共に記事として公表したことがプライバシー侵害にあたるかが争われた事件で州裁判所は、通常的感受性の人間にとって不快な場合、礼節の限界を飛び越えてしまうような場合でなければ不法行為は成立しないと述べつつ原告勝訴の判決を下した。判決文中で不快性云々は直接論じられていないものの、論理展開からすると、当該情報の公表が不快であるとの判断が当然前提されているはずである⁷⁵⁾。

(3-2) 子宮摘出手術を受けた事実の公表について、当該内容に私事性を肯定し、同意のない公表は基本的に原告勝訴となると判断した判決がある⁷⁶⁾。

(3-3) HIV陽性の事実の公表については、患者の個人情報の公表を制定法で禁止する州も存在する一方、それ以外に、不法行為として争われた事件もみられる⁷⁷⁾。その中には「この種の情報の公開は、同性愛者にもエイズにも依然として強いスティグマが存在しているので、合理的人間にとって不愉快なもの (objectionable) である」と述べた判決があるほか⁷⁸⁾、とある個別意見において、当該事実は受け手にとっては不快 (offensive) であり、エイズ患者にとっては恥ずかしい (embarrassing) ものだとの認識が示された例もある⁷⁹⁾。

(4) その他

子どもとアトラクションに入ったところ、エアジェットによってドレスがめくれ上がり、腰から下が下着姿になってしまったところを無断で撮影さ

75) Barber v. Times, 159 S.W.2d 291 (Mo. 1942). 事柄の性質ではなく写真撮影の態様によって不快性の充足が帰結されたとの理解もある。See Diane L. Zimmerman, *Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Private Tort*, 68 CORNELL L. REV. 291, 361 (1983), IV-2参照。

76) Young v. Jackson, 572 So. 2d 378, 382 (Miss. 1990).

77) See Keith J. Hilzendeger, *Unreasonable Publicity: How Well Does Tort Law Protect the Unwarranted Disclosure of a Person's HIV-Positive Status?*, 35 ARIZ. ST. L. J. 187 (2003).

78) Borquez v. Robert C. Ozer, P.C., 923 P.2d 166, 173 (Colo. Ct. App. 1995).

79) Multimedia WMAZ, Inc. v. Kubach, 443 S.E.2d 491, 499 (Ga. App. 1994) (Beasley, J., concurring).

れ、この写真が新聞に掲載されたことが争われた事件で州裁判所は、「この写真は正常な感性の者を恥ずかしがらせる (embarrassing)」と述べた⁸⁰⁾。

4. 否定裁判例

(1) 否定例としてよく挙げられるのは、職場でイチャイチャしている男女の写真の公表についての判決で、当該写真自体には無礼であったり彼らの評判を下げたりするようなものは認められず、礼節の限界を超えて不愉快であって (objectionable) 公表が通常感性を持った人間を不快にさせるようなものでもないとしたものである⁸¹⁾。

(2) 舌でタバコの火を消したり、ボディサーフィンをする時間を確保すべく失業保険受給のため自傷したり、喧嘩したり、虫を食べたりした事実が公表されたことがプライバシー侵害といえるか論じられた事件で、連邦地裁は、そうした事実は一般に悪い印象を与えるもので、恥ずかしいもの (embarrassing) かもしれないけれど、それらは病的で扇情主義といえるほどに不快だとは全くいえず、高度に不快なものではないと結論づけた⁸²⁾。

(3) teddyといわれるランジェリーの一種をまとい、ティディベアを抱いた状態の女性の腰から上の写真が本人の意図せぬ範囲に頒布された事件で、州裁判所は、それがランジェリー姿だと証言する者がなければ、写真を見た者が、下着姿であると認識できるかは疑わしく、「写真は高度に不快なものではなく、それを人に見せることも通常感受性をもった合理的人間にとって不愉快なもの (objectionable) ではない」と述べた⁸³⁾。

(4) グーグルマップに掲載された道路上から撮影された家屋敷の画像について、あまりに過敏な人間でもない限り、それが恥辱を覚えさせるようなものとは認められないと判示した判決がある⁸⁴⁾。

(5) これらのほかアメリカのプライバシー侵害を論ずる上で常に参照され

80) Daily Times Democrat v. Graham, 276 Ala 380, 383 (Ala. 1964).

81) Gill v. Hearst Publishing Co., 253 P.2d 441 (Cal. 1953).

82) Virgil v. Sports Illustrated, 424 F. Supp. 1286, 1289 (S.D. Cal. 1976).

83) Scroggins v. Bill Furst Florist & Greenhouse, Inc., 2004 Ohio App. LEXIS 75 at 21 (Ohio Ct. App. 2004).

84) Boring v. Google, Inc., 598 F. Supp. 2d 695, 700 (W.D. Pa. 2009).

るSidis判決も不快性を否定した裁判例のように読める⁸⁵⁾。原告は11歳の時に著名な数学者相手に講演し、16歳でハーバード・カレッジを卒業するなど、当時の新聞紙上で取り上げられるような神童であった。ところが、それ以降、彼の動向はニュースとして取り上げられることはなく、彼自身も衆目を避けようと努力してきた。しかし、雑誌が「あの人は今？」コーナーにおいて、若い頃に数学分野において成功をおさめ広く注目を集めたことと、後の不遇とを記事にした。記事の中には、原告が自身のアイデンティティを隠そうとしてきたこと、並外れた数学の才能を使うこともなく一介の被用者として働いてきたこと、そして、路面電車の乗り換え切符の収集や計算器の熟達という突飛なやり方で彼の才能が開花したことが紹介され、最後は彼の現在の粗末な下宿先でのインタビューで結ばれる。具体的には、部屋が散らかっていること、原告の笑い方、話し方、習慣の奇妙さが描かれ、“俺はエイプリル・フル生まれだ”と笑顔で語ったと締めくくられていた。判決は結論として不法行為の成立を否定しているが、その理由は記事のニュース価値の故だという。そう述べた後、判決はいう。「被害者の立場に立つと、暴露があまりにも個人的（intimate）なもので、不当なものであるため、コミュニティの礼節の観念を蹂躪する場合もあろう。しかし……衣服、話しぶり、癖、人格の普通の側面に関する真実のコメントは、通常、この一線を越えることはないだろう。」この判示をリステイトメントにいう高度不快性に関する判断とみるか、ニュース価値に関する判断とみるかは議論の分かれるところであるものの、リステイトメントを執筆したProsserは記事内容に「通常人にとって不愉快なところはない」と断じている⁸⁶⁾。

5. 小括

後述するように高度不快性の要件は、それ単独ではなく他の要件と一体的に判断される傾向があり、この要件について丹念に検討した裁判例はそれほ

85) Sidis v. F-R Publishing Co., 113 F.2d 806 (2d Cir. 1940).

86) Prosser, *supra* note 2, at 397. これに対してニュース価値の観点から理解するHarry Kalven Jr., *Privacy in Tort Law -- Were Warren and Brandeis Wrong?*, 31 LAW & CONTEMP. PROBS. 326, 338 n.68 (1966).

ど多くない。サンプル数が少ない分だけ断定的な結論を導くのは困難であるが、これら裁判例から確認できることを挙げてみたい。第一に、我が国の裁判例であれば「秘匿性」が認められそうな内容でも要件充足に足りないと判定される例があることである。第二に、「不快」が様々に言い換えられていることが目を引く。第三に、「高度の」という限定が付されていたりいなかったりすることにも気づく。それぞれにつき、幾ばくか検討を加えてみよう。

(1) 不快さのレベル

まず、第一点と第三点に関してである。本稿が導きの糸としてきたリステイトメントが第2版であることは既に述べたが、1939年刊の初版にもプライバシー侵害についての記載がある。そこでは、プライバシー侵害の不法行為責任は「被告の行為が通常の感性の人にとって不快となることを認識しておかねばならない場合にのみ存在する⁸⁷⁾」とされ、「高度の」という限定は付されていない。そのため、とりわけ古い裁判例では「不快性」のみが問われることが多い。ところが、単なる不快性だけでは些細な感情侵害でも不法行為の成立が認められる可能性が生じることを危惧したProsserの手によって、第2版においては（同じく感情侵害が損害の本質であるIIEDとの釣り合いを考へて）「高度の不快性」が求められるようになったといわれる⁸⁸⁾（成立要件をいかに構築するかは既述の通り州の裁判所に委ねられているため、リステイトメント〔第2版〕の厳格化を採用しない判決が存在しても何ら問題とされることはない）。

要件をかく厳格化することにより、“一線を越えた”といえる程度のレベルが求められることになって⁸⁹⁾、些細な感情侵害や不適切な私事公表の全てが不法行為責任の対象とされることはなくなり、不法行為が成立する範囲も

87) RESTATEMENT OF THE LAW OF TORTS § 867 cmt. d (1939).

88) See Danielle Keats Citron, *Mainstreaming Privacy Torts*, 98 CAL. L. REV. 1805, 1828 n.196 (2010). Prosserの懸念については、Prosser, *supra* note 2, at 422の私生活への侵入Intrusionに関する記述を参照されたい。また、V-3を併せ参照のこと。

89) Sonja R. West, *The Story of Us: Resolving the Face-Off Between Autobiographical Speech and Information Privacy*, 67 WASH. & LEE L. REV. 589, 630 (2010).

理論上、絞られることとなる⁹⁰⁾。「個人の行動、嗜好、価値観に関する公開はほとんど高度不快性を充たすことはない」と言われたり⁹¹⁾、高度不快性の要件は「満足することの難しい基準⁹²⁾」と評価されたりもしている。他方、責任範囲の限定により許される表現の領域は対照的に拡大することとなり、表現の自由保障の観点からも、この限定は価値あるものと評価される⁹³⁾。

(2) 改めて「不快さ」の性質について

侵害の程度に関してはこの辺りに留めるとして、「不快 (offensive)」が様々な語で言い換えられたりしている点に移ろう。裁判例や学説を眺めていて、しばしば見られるのは、「不愉快な (objectionable)」「当惑させる、恥ずかしい (embarrassing)」であり、「精神的苦痛、恥辱、屈辱 (mental suffering, shame or humiliation)⁹⁴⁾」「良心とかけ離れた (unconscionability)⁹⁵⁾」「コミュニティの礼節の観念を蹂躪する (outrage the community's notions of decency)⁹⁶⁾」「ショッキングな (shocking)」といった表現にも出くわす。最後者については、Richard Posnerがとある裁判例のなかで述べた「単に困惑させられ、痛みを覚える (painful) というだけではダメで」、「平均的な人間に大きな衝撃を与えるような (deeply shocking to the average person)」との表現に依拠するもので⁹⁷⁾、「高度に

90) See Rachel L. Braunstein, *Note, A Remedy for Abortion Seekers under the Invasion of Privacy Tort*, 68 BROOKLYN L. REV. 309, 335 n.155 (2002); Josh Blackman, *Omniveillance, Google, Privacy in Public, and the Right to Your Digital Identity: A Tort for Recording and Disseminating an Individual's Image over the Internet*, 49 SANTA CLARA L. REV. 313, 364-65 (2009); Robert C. Post, *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, 77 CAL. L. REV. 957, 983-84 (1987).

91) Ingrid Schupbach Martin, *The Right to Stay in the Closet: Information Disclosures by Government Officials*, 32 SETON HALL L. REV. 407, 442 (2002).

92) Blackman, *supra* note 90, at 364.

93) Citron, *supra* note 88, at 1850.

94) Logan v. Sears, Roebuck & Co., 466 So. 2d 121, 124 (Ala. 1985); Daily Times Democrat v. Graham, 276 Ala. at 382.

95) Alfred Hill, *Defamation and Privacy under the First Amendment*, 76 COLOM. L. REV. 1205, 1262 (1976).

96) Sidis v. F-R Publishing Co., 113 F.2d at 809.

97) Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc., 8 F.3d 1222, 1234-35 (7th Cir. 1993).

不快」よりもこちらの方が表現として相応しいかもしれないとの指摘もある⁹⁸⁾。

表現の巧拙はさておくとして、概ね共通しているのは、財産的・身体的ダメージではなく、精神的なダメージを表現する語であるという点である。精神的ダメージは基本的に不可視であり、計量的把握も困難であることから、アメリカのコモンローは長らく精神的苦痛の発生のみを理由とする不法行為を拒否する姿勢を示してきた⁹⁹⁾。この伝統と高度不快性を成立要件とするプライバシー侵害不法行為法制との整合性をどう考えればよいのか。また、精神的なダメージは公表内容によってもたらされるのか、それとも公表行為によってもたらされるのか。高度不快性要件をめぐることは、さらに詳しい検討が必要なようである。新たに節を起こすことにする。

IV. 誰がどのように高度不快性の要件を判断するのか？

1. 判定者および判断の基準・観点

アメリカにあっては陪審員の判断事項とされることが多い旨、先に示しておいたが¹⁰⁰⁾、それでも陪審員に対して裁判官が、その判断をどのような基準・観点で行うよう指示するかの問題はなお残る。リステイトメントが「通常の合理的な人間ならば」という観点を示していたことは既述の通りであり、裁判例では「通常の人間」「通常感受性」「合理的な人間」「礼節の限界」といった表現が用いられてきている。こうした定式は、不快に関する社会の見方を重視するものであり¹⁰¹⁾、プライバシー侵害不法行為法制が「過敏な被害者 (the hypersensitive) を保護するためのものではない¹⁰²⁾」ことを明らかにしようとするものだといえる¹⁰³⁾。これに関して2つの論点を示そう。

98) DAN DABBS ET AL., THE LAW OF TORTS § 581, at 367 (2d ed. 2011).

99) 参照, 拙稿「Tortious Speech (不法行為言論) の憲法学・序説 (上)」山口経済学雑誌61巻1号 (2012年) 105~106頁。

100) 「ときに陪審の仕事とされ、ときに法律問題とされる」といわれることもある。DABBS ET AL., *supra* note 98, at 386.

101) McNealy, *supra* note 67, at 125-26.

102) PROSSER AND KEETON ON TORTS 857 (5th ed. 1984).

103) DON R. PEMBER AND CLAY CALBERT, MASS MEDIA LAW 297 (19th ed. 2014).

第一、この基準・観点の土台となる「社会」とは何を指すか。第二、この基準・観点による判断は主観性をどれほど排除できるのか。第一の論点は、「社会」を当該公表行為が行われた地域社会と解するか、それともより広く国内一般あたりまでイメージするのか否かということである¹⁰⁴⁾。陪審員の判断となれば、多くの場合、当該公表の行われた場所の特定のコミュニティの慣習に従って決定されていることは想像に難くない¹⁰⁵⁾。しかし、表現行為がインターネットを通じて国内全般はおろか世界に向かって直ちに拡散される時代にあつて、特定のコミュニティの慣習に依拠し続けて良いかには議論の余地がある。むろん、特定コミュニティにあつても時代に応じた意識の変化は生じるであろうけれども¹⁰⁶⁾。

第二の論点は、この基準に拠れば誰もが等しい判断・結論を導き出せるのかどうか、仮にそうでないとすれば、コミュニティ内の支配的グループの考え方が押し付けられるのではないか¹⁰⁷⁾、ということである。前者に関してアメリカの多くの論者は、この判断は「規範的判断」だという¹⁰⁸⁾。そのことは「合理的な (reasonable)」という表現からも窺える。後者の点に関連する1つの裁判例を紹介する。同性愛者を示す「クイア (queer)」という語を用いて第三者に原告について話をしたことが争われたLogan v. Sears, Roebuck & Co.において、アラバマ州最高裁は、プライバシー侵害で勝訴するには「当該行為が同性愛者たちにとってのみ受け入れられないと考えられる行為ではなく、通常感受性を持った人間の内に精神的苦痛・恥辱・屈辱を惹き起こすような行為でなければならない¹⁰⁹⁾」と述べて、比較的些細な侮

104) Post, *supra* note 90, at 977.

105) Eric K.M. Yatar, *Defamation, Privacy, and the Changing Social Status of Homosexuality: Re-Thinking Supreme Court Gay Rights Jurisprudence*, 12 LAW & SEX. 119, 128-29 (2003).

106) See Citron, *supra* note 88, at 1852.

107) Post, *supra* note 90, at 977.

108) C. Calhoun Walters, *A Remedy for Online Exposure: Recognizing the Public-Disclosure Tort in North Carolina*, 37 CAMPBELL L. REV. 419, 443 (2015); West, *supra* note 89, at 648; Post *supra* note 90, at 977.

109) 466 So. 2d at 124.

辱にすぎないと結論づけている。基準・観点をこうして被害者の主観に依拠させないことにより、コモンロー伝統との正面衝突を回避しているのである。

2. 内容の性質か行為の性質か

次の課題は、高度の不快さは、公表された内容、つまり事柄の性質によって生み出されるのか、内容とは関わりなく、公表行為の性質・態様・それを取りまく状況等から生じるのか、あるいは両方なのか、である。議論は一枚岩ではない。たとえば、日本のとある論者は、高度不快性要件は「通常人にとって非常に不快な (highly offensive) 事柄¹¹⁰⁾」であるかを判断するものとしており、内容として把握しているようにみえる。リステイトメントの § 652Dも事柄それ自体の不快性を問うているように読める。しかし、内容だけでは判断が難しいこともある。例えば、性的情報や医療情報は私事性と高度不快性を充たす典型と目されていることは既に確認した。ところが、被害者によっては高度不快性を否定すべき場合がある。つまり、ヌード写真の公表は通常は高度不快性を肯定されるべき事案であるものの、アダルトモデルにとっては高度不快とはいえない場合もある。逆の例もある。住所や電話番号などは情報それ自体は不快とはいえないところ、アメリカにあっては殺害脅迫のターゲットとなっている中絶提供者の場合には、その提供行為は高度に不快なものとなるかもしれない、という具合である¹¹¹⁾。実際、電話番号や住所を、性的関係を募集するネットサイトに勝手に書き込んだことが争われた事件で、連邦地裁は、電話番号や住所自体の不快さではなく、当該情報を、性的関係を目的とする異性に無断で提供する行為が「通常的感受性をもった合理的な人間にとって高度に不快¹¹²⁾」といえると判断した例もある。

だとすると、内容ではなく、行為の性質として高度の不快を判定すべしとする立場がみられることも当然であろう¹¹³⁾。我が国におけるプライバシー権

110) 阪本昌成『プライバシー権論』(日本評論社、1986年) 312頁。

111) West, *supra* note 89, at 631-32.

112) Benz v. Wash. Newspaper Publ'g Co., 2006 U.S. Dist. LEXIS 71827 at 27 (D.D.C. 2006).

113) See Ronald F. Wick, *Out of the Closet and Into the Headlines: "Outing" and the Private Facts Tort*, 80 GEO. L.J. 413, 424 (1991).

論の先駆者・伊藤正己は、本稿のいう高度不快性の要件に関して「侵害の態様の要件として最後のものは、侵害が通常人の感覚からみて受忍しえない程度のものであることである」としつつ、offensiveを「攻撃的」と訳している¹¹⁴⁾。行為の態様に軸足を置いた解説であるといえる。あるいは、どちらかを択一するのではなく、両睨みで判断するとの立場も成り立つ。「伝達される内容のみならず、当該行為のタイミング、理由（justification）、場所、形式、全般的文脈等の様々な側面を評価する¹¹⁵⁾」との見解や、高度不快性の要件は、情報の内容の不快性で限定をかける役割と、行為者の目的・理由が報道目的か／単なる覗き趣味か、プライバシーに対する侵害度のヨリ少ないやり方で伝えたい内容・ストーリーの伝達ができないか、で限定をかける役割とを同時に担うとする見解がその一例である¹¹⁶⁾。

しかし、行為の性質・態様から判断するといっても、実際どこに注目するかは様々である。幾つか裁判例を挙げる。とある整形外科が患者の女性の整形手術のビフォーアフター写真を宣伝のためにテレビで公表したことがプライバシー侵害に該当するか争われた事件がある（女性は撮影された写真を病院内で使用することには同意していた）。トライアル・コートでは当該写真は高度に不快なものではないと判断されたものの、控訴裁判所は次のように述べて高度不快性要件の充足を肯定した。『『フェイスリフトや整形外科手術といった主題はもはや通常の感性の人間にとって、確かに、不快さを惹起するよう企図された主題ではない』……とのトライアル・コートの結論には賛同できない。……トライアル・コートは、この写真には『無礼なものも道義に反したものも』ないことを理由に高度に不快ではないと結論づけた。しかし、写真が無礼でも道義に反したものでもなかったとしても、Vassiliades夫人の手術の事実公表が合理的な人間にとって高度に不快であるかどうかが論

114) 伊藤正己『プライバシーの権利』（岩波書店、1963年）109、110頁。

115) Post, *supra* note 90, at 979.

116) West, *supra* note 89, at 630-34. 新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』（成文堂、2000年）33頁が「一般の人の感受性を基準にして、公表することを望まないと考えられる事実を、本人の意思に反して無断で公開する行為をもってして、プライバシー侵害となる」とするものも両方に注目する例である。

点なのである」と¹¹⁷⁾。この判示は、実際に公表された情報の内容や主題だけが問題なのではないと言わんとするもので、ある論者の解釈によれば、フルコンテキストにおける高度不快性の充足を尋ねているとされる¹¹⁸⁾。また、他人の性的指向に関する情報を記した手紙を、悪意をもって各所にばら撒いた行為が極めて悪質であることから、当該行為は「極めて不愉快な性質 (highly objectionable kind)」を備えたものだったと結論づけた例がある¹¹⁹⁾。Ⅲ-4-(2)で挙げたVirgil判決も、同時掲載の原告のコメント等、公表を取り巻く状況を考慮して高度不快性の判断をしている¹²⁰⁾。ほかにも、公表のトーンが原告に同情的か、敵対的に配慮を見せる見解もある¹²¹⁾、情報の入手方法を重視する見解もある¹²²⁾。

おそらくは内容以外の要素を含めて検討する最後の立場が適切と思料されるものの、判断は次第に総合考慮のアプローチの様相を帯びてくる。また、内容を主として考えるか、一要素とするかによっても要件充足の判断の性格は若干異なってくるように想像される。

3. 同性愛暴露 (outing) をめぐって

ここで、脇道に逸れるが、上記2つの論点とも絡んでoutingをめぐり論点に触れておきたい。同性愛者であることを公にせずにいる原告に関して、その性的指向を暴露することがプライバシー侵害にあたるか否かという論点である。同性愛者であるということは性的欲望や選好と関わっており、また、

117) *Vassiliades v. Garfinckel's, Brooks Bros.*, 492 A.2d at 586-88.

118) Post, *supra* note 90, at 983.

119) *Simpson v. Burrows*, 90 F.Supp.2d 1108, 1125 (D. Or. 2000).

120) *Virgil v. Sports Illustrated*, 424 F. Supp. at 1289.

121) *Bates, supra* note 74, at 217-18. See also *Bernstein v. Nat'l Broad. Co.*, 129 F. Supp. 817, 836 (D.D.C. 1955).

122) Jennifer R. Scharf, Note, *Shooting for the Stars: A Call for Federal Legislation to Protect Celebrities' Privacy Rights*, 3 BUFF. INTELL. PROP. L.J. 164, 175 (2006). 確かに、Intrusionの裁判例のなかには、動機が高度不快性を緩和するとの見解や他行為可能性と高度不快性との連関を示唆するものがみられる。*Shulman v. Group W Prods., Inc.*, 955 P.2d 469, 493 (Cal. 1998); *Med. Lab. Mgmt. Consultants v. Am. Broad. Cos.*, 30 F. Supp. 2d 1182, 1190 (D. Ariz. 1998). ただし、Intrusionの場合、ニュース価値が独立の要件とされていないことに留意が必要であろう。

通常outingは「異性愛者として偽装している」との主張も含んでいることからすると、高度不快性要件を充たすといえそうである¹²³⁾。さらに多くの論者は、社会においてホモフォビア、同性愛者に対する社会的差別が現存しており、同性愛者に対するスティグマが存在していることが、高度不快性の要件の充足を支えると指摘する^{124) 125)}。そこで「内容／行為態様」の区別が関わってくる。すなわち、ある人物が同性愛者だという公表が高度に不快だとすることは、同性愛ないし同性愛者が高度に不快だということと同じかどうか¹²⁶⁾が論点として浮かび上がるのである。換言すると、スティグマがあることが高度不快性の根拠なのだとしたら、将来、同性愛に対するスティグマが弱まるといって高度不快性は認められなくなり、プライバシーの保護から外れることになるのだろうか¹²⁶⁾。

このテーマは同性愛誤同定 (misidentifying homosexuality) に対する名誉毀損不法行為の成立如何の問題とよく似ている。ここでは、社会におけるスティグマの存在が誤同定を受けた人間の社会的評価を低下させている現実と、同性愛が社会的評価を低下させると考えるべきではないという理念・規範の選択が議論されている¹²⁷⁾。そして、プライバシー侵害に関しても、同種の構造を見て取る論者がある¹²⁸⁾。Outing事例で高度不快性を肯定すること

123) Barbara Moretti, *Outing: Justifiable or Unwarranted Invasion of Privacy? The Private Facts Tort as a Remedy for Disclosures of Sexual Orientation*, 11 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 857, 863-64 (1993).

124) *Id.* 872; Wick, *supra* note 113, at 424; Yater, *supra* note 105, at 151ff.

125) スティグマに関しては人工妊娠中絶の公表（提供者・患者等）もアメリカでは問題となり得る。高度不快性の存在を弱く示唆するDoe v. Mills, 536 N.W.2d 824 (Mich. Ct. App. 1995) のほか、Braunstein, *supra* note 90, at 335, Alice Clapman, *Note: Privacy Rights and Abortion Outing: A Proposal for Using Common-Law Torts To Protect Abortion Patients and Staff*, 112 YALE L.J. 1545 (2003) など参照。

126) See Kathleen Guzman, *About Outing: Public Disclose, Private Lives*, 73 WASH. U. L. Q. 1531, 1587 and 1590 (1995); Anita L. Allen, *Privacy Torts: Unreliable Remedies for LGBT Plaintiffs*, 98 CAL. L. REV. 1711, 1716 (2010).

127) 詳細は、拙稿「誤同定と社会的評価に関する覚書」山口経済学雑誌66巻5号掲載予定を参照。

128) David H. Pollack, *Comment, Forced out of the Closet: Sexual Orientation and the Legal Dilemma of "Outing"*, 46 U. MIAMI L. REV. 711, 732 (1992).

は同性愛そのものへの（不自然なものだという）否定的評価を強化するだろうというのだ¹²⁹⁾。たしかに、高度不快性を内容単独で判断するのであれば、社会の当該情報に対する価値評価が雌雄を決するのであるから、理屈の上では、こうした懸念にも理由がある。しかし、高度不快性を公表行為で判断し、さらに「原告の立場に立って想像するならば」と条件づけるとき、事情は異なってくるように思われる¹³⁰⁾。

4. 私事性・ニュース価値の要件との関連性

さて本筋に戻ろう。高度不快性要件の充足は、「通常の感受性を持った合理的な人間」の観点から、公表の内容及び態様の性格をみて判定される。また、この高度不快性要件が、公表の要件、私事性の要件、ニュース価値の要件と並んで不法行為の成否を基礎づける独立の要件であることも、Ⅲ-1で確認した。本項では、要件相互の関連について検討する。

(1) 私事性の要件との関係

私事性はプライバシー侵害の核となる要素であるところ、リストイットメント¹³¹⁾は私事（private matter）の代表例として、性的な関係性、家族内の喧嘩、不愉快で不名誉で屈辱的な病気、極めて親密な（intimate）個人的手紙、自宅内部での生活の詳細、忘れてしまいたい過去の出来事を挙げる。他方、これに含まれない例として、誕生日や婚姻の事実といった公的記録に載っている情報や公道上での出来事が示される¹³²⁾。私事性をめぐる裁判例も多いも

129) Hilary E. Ware, Note: *Celebrity Privacy Rights and Free Speech: Recalibrating Tort Remedies for "Outed" Celebrities*, 32 HARV. C.R.-C.L. REV. 449, 483 (1997).

130) 公表行為の性質を「性的指向を公表された」と把握すれば、多数派のヘテロセクシュアルにとっては自身を被害者に置き換えても高度不快性を基礎づけられないかもしれないけれども、「秘匿している性的事項を公表された」と性質把握すればスティグマの有無とは差し当たり関係なく議論できる。See *Id.* at 483; *Greenwood v. Taft*, 105 Ohio App. 3d at 303-04.

131) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652D cmt.b.

132) アメリカにおいて住所の公表がプライバシー侵害となるかが殆ど問われていないのは、公的記録に載っている情報が私事だとは認められないためである。Intrusionの事例ではあるが *Busse v. Motorola, Inc.*, 813 N.E.2d 1013, 1018 (III. App. Ct. 2004) 参照。さらに公的記録にはない電話番号等の個人情報に関しても、それ単独では些末で intimate でもないことから、私事性または高度不快性を否定されるようである。関連して、こちらもいずれもプライバシー侵害の事例ではないものの、*Shibley v. Time*,

の、概ね私事性の要件は (a) 情報が non-public であること、(b) 内容が intimate な性質をもっていること、にまとめ得るように思われる¹³³⁾。(a) は、公道上やコンサート会場などパブリックな性質をもつ場で行われた行為の描写や写真・動画、既に多くの人に知られた情報、各種公的記録に掲載されており、そこから合法的に入手した情報等について私事性が認められないことを指す¹³⁴⁾。他方 (b) はより積極的な定義であり、intimate とは、「親密な・人目につかない」「性的な・懇ろな」というニュアンスをもつ。リステイトメントは、public figure のように一部私事性を制限される人物であっても intimate な事柄に関しては private fact といえるだろうと説明している¹³⁵⁾。ある論者は、この「intimacy」が私事性の定義的限定であると同時に、不快性にも意味と実質を与えるのだと述べて、高度の不快性が公表事実の性質とリンクすると論じている¹³⁶⁾。つまり、intimate であり本質的にプライベートとされる事柄で、非公知の情報であれば、その暴露行為は高度に不快といえることが通常であろうから、私事性と高度不快性は intimacy を媒介項として一体的に判断されることも多いはずだというのである¹³⁷⁾。

Posner も不快性と intimacy との関係をこう説明する。「合理的にいつて恥ずかしがるようなものをもたない人間であっても、その生活の intimate な詳細の公表によって辱めを受けることがある。体形を維持しており、醜いところのない多くの人間であっても、そのヌード写真が新聞や書籍に公表されれば、深く動揺することだろう。それがたとえ『ノーマルなもの』であっても、性行為の写真、そうした行為の物語、医療記録の公表についても同様である。人間誰も排便することは周知のことだが、社会の大人はその排便シー

Inc., 341 N.E.2d 337, 339-40 (Ct. App. Ohio 1975); Department of State v. Washington Post Co., 456 U.S. 595, 600 (1982) 参照。

133) 参照、阪本・前掲注110, 321~322頁, 同・前掲注7, 138~139頁。

134) Cox Broadcasting Co. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975); Smith v. Daily Mail Pub. Co., 443 U.S. 97 (1979); Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989)。

135) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652D cmt.h.

136) McNulty, *supra* note 62, at 104.

137) Mintz, *supra* note 67, at 438-41.

ンを写した写真を新聞に載せられることを望まないものだ。かかる例が描き出すプライバシーの願望は、ミステリアスではあるものの、人間性 (human personality) についての深遠な事実である。それは我々の社会において法的保護に値する。¹³⁸⁾」

(2) ニュース価値の要件との関係

次に、ニュース価値の要件 (「公衆の正統な関心事でないこと」「ニュース価値がないこと」との関係に移ろう。リストイットメントは、公衆の「正当な」関心事であるか否かの線引きは、「コミュニティの慣習と慣例 (customs and conventions)」にかかっており、「コミュニティの習律 (mores)」 「一般の礼節 (common decency)」に照らし、コミュニティの合理的な (reasonable) メンバーならば「病的で扇情的 (morbid and sensational)」なものとも考えるかどうか、という枠組みで判断されるという¹³⁹⁾。しかし、コミュニティの品位・礼節の規範に照らして高度に不快と判定される私的な事柄について、知りたいと考えることがコミュニティの慣習からみて不適切とは言えない、と判断されることは稀であろう。他面、コミュニティの慣習上、報道される価値があると目される出来事について、その公表がコミュニティの品位・礼節の規範に照らして高度に不快だと判定されることも期待薄である。さらにいえば、コミュニティにとって何ら関心を引くことのない intimate な情報が公開されたとき、人間は最も傷つけられるのかもしれない¹⁴⁰⁾。すると、「不快性の要件は、実際のところ、ニュース価値の基準や正当な公衆の関心事の基準とかなりの程度オーバーラップする¹⁴¹⁾」といえる¹⁴²⁾。実際、Ⅲ-3- (1-2) で紹介した Diaz 判決は、高度不快性の判断には「非常に intimate なこと」、「コミュニティの礼節の観念を蹂躪するほどで不当な」

138) *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F.3d at 1229-30. See Eugene Volokh, *The Troubling Implication of a Right to Stop People From Speaking About You*, 52 STAN. L. REV. 1049, 1094 (2000).

139) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652D cmt. h.

140) See *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F.3d at 1232; Wick, *supra* note 113, at 430.

141) McNulty, *supra* note 62, at 106.

142) See Mintz, *supra* note 67, at 441-42; Moretti, *supra* note 123, at 870-71.

という要素が重視されるかに示唆しつつも、ニュース価値の要件に関して「公表が『それ自体が病的かつ扇情的な私生活へ覗き見』といえるほど高度に不快であるならば、それは公衆の正当な関心事に資するものとはいえず、保護に値しない」とも述べていた¹⁴³⁾。しかし、これでは「結局のところ、不法行為を構成するか否かは……高度な感情侵害性をもつ公表か否かという一回限りの判断でよいことになる¹⁴⁴⁾」。アメリカにあつては、高度不快性の有無は陪審員の判断、ニュース価値の有無は裁判官の判断にそれぞれ委ねられるのだとすれば、それなりの意味合いをもつともいえるものの¹⁴⁵⁾、ニュース価値の要件をあくまで別個の要件として¹⁴⁶⁾、その表現の自由保障にとっての意義を再度捉え直し、判例・学説の分析を通じて適切な判断のあり方を探ってみる必要がある¹⁴⁷⁾。

5. 客観的な判定は可能か

以上を総合すると、プライバシー侵害不法行為の成否は、それぞれの要件の充足如何ではなく、コミュニティにおける時代の慣習のものさしを用いて、全状況を総合して見たときに、当該intimateな私事を公表する行為が合理的人間の感情を酷く害する類のものであるか否か、という枠組みによって判断されがちであることが分かる。こうしてみると、要件化・準則化の手法からスタートしたアメリカ法にしても、実際の思考は総合考慮の枠組みに浸潤されてきているようにも見える¹⁴⁸⁾。

143) Diaz v. Oakland Tribune, Inc., 188 Cal. Rptr. at 767.

144) 阪本・前掲注110, 327頁。

145) Moretti, *supra* note 123, at 871.

146) MARC A. FRANKLIN ET AL., MEDIA LAW 304 (9th ed. 2016) は、高度不快性とニュース価値を一体的に判断するのは通例ではなく、「裁判所は通常、それらを独立の変数として分析している」という。See also Clay Calvert, *Protecting the Public from Itself: Paternalism and Irony in Defining Newsworthiness*, 50 NEW ENG. L. REV. 165, 183 (2016).

147) 参照、佃・前掲注15, 19, 52～53頁。公衆の正当な関心事 (legitimate public concern) については、藤田尚則の詳細な研究が進行中である。藤田「表現の自由と『公的関心事項』(1)～(6)」創価法学44巻3号, 同45巻1号, 2号, 3号, 同46巻1号, 2=3号 (2015～2017年)。

148) Patricia Sanchez Abril, *Recasting Privacy Torts in a Spaceless World*, 21 HARV. J. LAW & TEC. 1, 21 (2007).

また、こうした、「通常的感受性をもった合理的人間にとって高度に不快」、「コミュニティの慣習」、「品位・礼節の限界」等の用語に頼った判断には批判も多い。複数の論者が、「あまりに概念として漠然としており、何らの指針を与えない¹⁴⁹⁾」とか、「絶望的に曖昧¹⁵⁰⁾」である等の厳しい批判を向けており、こうした不定形な基準に則った判断では結局、主観的になり、裁判所ごとに異なった解釈を生むことになるともいわれる¹⁵¹⁾。それは、いかなる場合にプライバシー侵害の不法行為責任が発生するのかについての予測可能性を与えず、将来の表現者に負担をかけるものとなる¹⁵²⁾。

V. プライバシーの保護と表現の不快な性質と

ここまで日米のプライバシー侵害不法行為制を眺めてきた。両者の異同や検討の方向性などを考えてみたい。

1. 主観的な要素をめぐって

両国ともに主観的な要素を成立要件に組み込んでいることが確認された。日本の「公開を欲しない」、アメリカの「不快」がそれである。また、それぞれに被害者個人の主観に依拠してしまうことのないよう、「歯止め」が設けられていた。日本では「一般人の感受性を基準として」といわれ、アメリカでは「通常的感受性を持った合理的な人間にとって」といわれるものがそれにあたる。いってみれば、主観的要素の客観化である。

すなわち、「プライバシーは、決して本人の放胆な情報秘匿要求に屈するような仕方では操作されることがあってはならない」のであって、「何がプライバシーであるかは、“私が知られたくない事柄である”かどうかにより定められるべきではなく、「あなたが知られたくないと人々が考える」かどうか〔でもなく〕……あなたが知られたくないと考えることが正当な事柄で

149) Zimmerman, *supra* note 75, at 301.

150) Randall P. Bezanson, *The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change, 1890-1900*, 80 CAL. L. REV. 1133, 1171 (1992).

151) Zimmerman, *supra* note 75, at 362.

152) Bezanson, *supra* note 150, at 1171; McNulty, *supra* note 62, at 119.

あるかどうかにより決せられるべき」との考えに基づく¹⁵³⁾。こうして被害者の主観によらず、「客観的要件が籬を嵌め¹⁵⁴⁾」ることは、「法の機能からして望ましいことである¹⁵⁵⁾」とも評されるところである¹⁵⁶⁾。また、「一般人の感受性」「通常の感受性」といった表現は日米に共通しているが、批判も受けている。その理由としては、結局、「“その地域社会の”一般人」「“当該社会集団内部の”通常の感受性」で測られることとなることから、コミュニティの慣習や規範によって許される表現の領域が左右されるためである。否、むしろ、裁判官がそうだと考える慣習・規範によって決せられると理解するのが正確かもしれない¹⁵⁷⁾。

ちなみに、コミュニティの価値観に照らして表現のもつ不快性を判定し、これを表現規制の根拠とする点は、アメリカにおけるわいせつ物規制の法理と同じである¹⁵⁸⁾。わいせつ規制におけるコミュニティ・スタンダード・ルールは強く批判されることも多いが、そうであるならば、同型のプライバシー侵害の局面でも等しく批判されるべきだ、との声もある¹⁵⁹⁾。既に我が国でも両者の相似に留意しつつ、「コミュニティの良識または道徳水準の価値判断問題となる¹⁶⁰⁾」といい、「あいまいで……表現の自由にとって危険であるといわざるをえない¹⁶¹⁾」と批判を試みる論者も出ている。

153) 山野目章夫「私法とプライバシー」田島泰彦ほか・前掲注14, 23~24頁。同旨、右崎正博「憲法とプライバシー」同書15頁。〔 〕内は筆者。

154) 山本龍彦=阪本昌成ほか「(座談会) プライバシー」ジュリ1412号(2010年)99頁〔山本発言〕。

155) 竹田稔『[増補改訂版] プライバシー侵害と民事責任』(判例時報社, 1998年)183頁。

156) 城内明はセクハラの文脈ではあるが「社会通念上」とか「一般的感受性」を基準することによって「予見可能性を担保し、法的安定性を高めるものとして、一定の評価が可能である」という(城内・前掲注22, 441頁)。なお、山崎文夫『改訂版 セクシュアル・ハラスメントの法理』(労働法令, 2004年)414~418頁, 同『セクシュアル・ハラスメント法理の諸展開』(信山社, 2013年)第2章参照。

157) 参照、城内・前掲注22, 443頁の注87, 梓澤和幸・右崎正博・山野目章夫・田島泰彦「〔座談会〕表現の自由とプライバシーの現状と課題」田島泰彦ほか・前掲注14, 329頁〔梓澤発言〕。

158) *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413, 418 (1966); *Miller v. California*, 413 U.S.15, 24 (1973)。

159) McNulty, *supra* note 62, at 138.

160) 阪本・前掲注7, 140頁。

161) 阪本・前掲注110, 333頁。

さて、共通点がみつかる一方で、要求される感情侵害性のレベルには両者に相違も見られた。日本が特に限定を付していないのに対して、アメリカは「高度の」という条件を付している。日本法の定式に関しては、「人が通常公開を欲しない私生活上の事実を保護することが必要であり、法的保護としてはそれで十分である¹⁶²⁾」との肯定的評価がある一方で、否定的評価もある。曰く、「日本法における『不快性』の要件は、アメリカ法でいう『極めて不快』または『重大な憤慨の感覚』とは違って、厳格ではない。日本法は、主観的で多様なプライバシー選好の保護に拡張されている。¹⁶³⁾」かかる評価は、アメリカ法に関する次の理解に基づいている。「個人のプライバシー選好は主観的かつ多様であって客観化しがたいところを、《コミュニティ・スタンダードに照らして、あまりにショッキングで許容度を超過しており、原告の憤慨感も納得できる》と境界線を引くためである。『極めて不快』とは、だれであっても公表されたくない、ということの言い換えになっている。こうすることによって、判例は、表現の自由との調整を試みているのである。¹⁶⁴⁾」表現の自由保障を重視する観点からは、不快感を理由とする規制を安易に肯定することは許されず、後者の評価が正当ということになろう。

2. 不快言論と表現の自由の保障

では、なぜ不快を理由にする表現規制に最大限の警戒をもってあたらなければならないのだろうか。「不快言論」を規制することは憲法上どのように評価されるのか。日本の最高裁がこの問いに直接答えた例は管見の限り見当たらない。他方、アメリカの連邦最高裁は、この問いに度々率直なことばで自らの考えを示してきている。例えば、次のようである。

- (a) 「わが憲法の下において、思想 (ideas) の公然たる表明が、その思想が聞き手にとって不快であるというだけでは禁止され得ないというのは確固たる法理となっている¹⁶⁵⁾」 Street v. New York (1969)

162) 竹田・前掲注155, 183頁。

163) 阪本・前掲注7, 153頁。

164) 同上, 139頁。

165) 394 U.S. 576, 592 (1969).

- (b) 「ある人にとっては下品なもの (vulgarity) であっても、別の人にとっては叙事詩であるということは、じゅうぶん起こり得る事態だ¹⁶⁶⁾」 *Cohen v. California* (1971)
- (c) 「社会がその言論を不快に感じるという事実は、その言論を規制する理由としてはじゅうぶんではない。話し手の意見が不快なものだということは、むしろ、その言論に憲法上の保護を与える理由となる¹⁶⁷⁾」 *FCC v. Pacifica Foundation* (1978)
- (d) 「最高裁が『不快 (offensive)』で『高圧的 (coercive)』だと認める言論は、修正1条の保護を受ける¹⁶⁸⁾」 *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* (1982)

これら判示をみるだけでも、連邦最高裁が不快言論の規制に消極的な姿勢を示しており、少なくとも表現の不快性を単独の理由として当該表現を規制することを峻拒していることがよく理解できる¹⁶⁹⁾。では、連邦最高裁がかように厳しい姿勢を示すのは何故なのか。ある論者のまとめを借りよう。「連邦最高裁は不快言論を2つの理由で保護している。第1に、公衆の関心事に関する言論は、それが不快な方法で伝達されるときであってその価値をなお保っているため。第2に、不快言論を罰しようとの試みは、高い頻度で不人気なアイデアの検閲とつながっているため。¹⁷⁰⁾」また、精神的ダメージのみに基づいて言論に対する法的責任の賦課を肯定すれば、萎縮が生じかねず、民事訴訟が言論抑圧の潜在的手段となってしまうかねないともいわれる¹⁷¹⁾。そもそもアメリカのコモンローでは精神的苦痛の発生を理由とする不法行為の承認に極めて消極的な伝統があり（すぐ後で紹介するIIEDは例外中の例

166) 403 U.S. 15, 25 (1971).

167) 438 U.S. 726, 745 (1978).

168) 458 U.S. 886, 911 (1982).

169) See Volokh, *supra* note 138, at 1113; John A. Humbach, *Privacy and the Right of Free Expression*, 11 FIRST AMEND. L. REV. 16, 19 (2012); Jared Lenow, *First Amendment Protection for the Publication of Private Information*, 60 VAND. L. REV. 235, 256-57 (2007).

170) Christina Wells, *Regulation Offensiveness: Snyder v. Phelps, Emotion, and the First Amendment*, 1 CAL. L. REV. CIRCUIT 71, 75 (2010).

171) *Id.* at 85-86.

外である), 憲法学的視点からは如上の観点を踏まえて, とりわけ表現行為による精神的苦痛で不法行為責任を認めることには大いなる慎重さを要すと解されるのである¹⁷²⁾。

だとすると, プライバシー侵害不法行為法はアメリカの法理の体系においてある種異質なものと評価できる¹⁷³⁾。ただし, 不快性を理由とする規制であることと憲法上の表現の自由保障を損なわないことを両立させるための工夫がアメリカ法には2点あるように思われる。繰り返しを厭わず再言するならば, 第一は, 規制の範囲が過度に広がり過ぎることのないよう, 「高度の」という限定を意図的に付していること, 第二は, 表現の不快性だけを成立要件とせず, 私事性など他の要件を同時に充足しない限り不法行為とならないと制度化していることである。しかし, 特に後者の工夫は土台が揺らぎつつあるとすると (IV-4参照), リステイトメント以上に客観的で表現の自由保

172) Zimmerman, *supra* note 75, at 324-26. 翻って日本では, 「被害者個人の主観的な不快感」を不法行為法上の権利利益として積極的に捉えていくべきではないかとの主張 (人格権の主観化の肯定) が見られるようになっていく。参照, 木村和成「個人の『主観』に民法・民法学はどう向き合うべきか」法の科学48号 (2017年) 28頁以下, 同「近時の裁判例にみる『人格権』概念の諸相」立命館法学2015年5・6号153~154頁, 能見善久・私法73号 (2011年) 35頁。そこでは, 「本人が強い不快感を覚えたとしても, 『客観的』基準に照らしてそれは弱い不快感にすぎないと評価することが, 本当に妥当なのであるか」と問題提起され, 侵害行為の悪質性によって違法性を決すべきとされるのである (木村「個人の『主観』と不法行為法」立命館法学2016年5・6号142頁以下)。門外漢の筆者はこれら議論に容喙する資格を持ち合わせないけれども, 少なくとも表現行為との関わりを有する局面では否定的に解すべきであり, 要件を厳格化していくべきと考える。

173) アメリカでは, プライバシー侵害不法行為法制が一種の表現内容規制として, 厳格審査基準をパスするか議論されたりもしている。まずはプライバシー保護が「やむにやまれぬ政府利益」かが問われることとなるが, *Smith v. Daily Mail Pub. Co.*では非行少年の匿名性保護について更生の必要性等を訴える州に対して, それは重要なものと認めつつ, 修正1条をクリアするほどのレベルではないと結論付ける一方 (443 U.S. at 104), *Florida Star v. B.J.F.*では, 性犯罪被害者のプライバシーや安全を保障し, 被害者が性犯罪被害を届け出るよう促進するとの諸利益は「極めて重要 (highly significant interests)」であると判断した (491 U.S. at 537)。連邦最高裁はプライバシーを一括りにしてその保護を目的審査の対象とする姿勢を採っていない。学説にあっては, 覗き趣味的な私事の暴露から州民を保護しようとする州の利益はやむにやまれぬものといえたと解する者がある一方 (West, *supra* note 89, at 634), 「プライバシー不法行為の領域について, 何が最高ランクの州の利益を構成するか, 手掛かりはほとんどない」と冷淡な見方もある (Zimmerman, *supra* note 75, at 320)。

護的な基準としてどのようなものが考えうるだろうか。

3. より表現保護的な基準はありうるか？

既に許された紙幅を大きく超過しており、可能性のある代替案を幾つか列挙するに止める。まず、「一般人の感受性という心理的な基準が採用されるべきではなく、当該公表内容が『私生活上の事実』を微に入り細にわたり、具体的かつ露骨に、読者の好奇心に訴える手法で描写されたものか否かという外形的事実を基準とすべきであろう¹⁷⁴⁾」という提言がある。

次いで、アメリカにおいてリステイトメントよりも表現保護的な基準を検討した裁判例をひとつ紹介しよう。アリゾナ州控訴裁判所判決Rutledge v. Phoenix Newspapers, Inc. は、プライバシー侵害事案及びFalse Light in the Public Eye（誤った印象の伝播）において救済を得るには当該行為が悪逆非道なもの（outrageous）であることの立証が必要だと断じた¹⁷⁵⁾。冒頭に紹介したProsserの4類型のうち、False Light in the Public Eyeとして勝訴を勝ち取るためにも高度不快性の要件が求められるというのがリステイトメントの示すところだったのだが¹⁷⁶⁾、同判決は二類型ともに成立には悪逆非道性が必要だとした。「高度な不快」よりも厳格な指標である「悪逆非道」を採用すべきとした論理は¹⁷⁷⁾、False Light in the Public Eyeだけが問題となった同裁判所のGodbehere v. Phoenix Newspapers, Inc.で詳しく展開された¹⁷⁸⁾。すなわち、まず、False Light不法行為法制の保護法益が公表によって生じる精神的苦悩や苦痛（mental anguish, distress）であると認定する（Rutledge判決は、私事公表のプライバシー侵害もまた精神的苦痛に救済を与えるものと論じていた¹⁷⁹⁾）。次に、リステイトメントの中には、被害者によって生

174) 阪本昌成「名誉・プライバシーの侵害と表現の自由」ジュリ959号（1990年）40。

175) 148 Ariz. 555, 558 (Ct.App.1986)。

176) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652E. Intrusionでも必要とされる。Id. § 652B. 注122を併せ参照。

177) 高度不快より悪逆非道の方が厳格であることにつき、Med. Lab. Mgmt. Consultants v. Am. Broad. Cos., 30 F. Supp. 2d 1182, 1189 (D. Ariz. 1998) 参照。

178) 746 P.2d 1319 (Ariz. Ct. App. 1987)。ただし、同裁判所はGodbehere v. Phoenix Newspapers, Inc., 783 P.2d 781, 785 (Ariz. 1989)において、判例変更し、False Lightにおいて「悪逆非道」を求める必要はなく、「高度不快性」で足りるとしている。

179) 148 Ariz. at 558。ただし、ここは議論のあるところである。See Nimmer, *The Right*

じた精神的苦痛を理由とする不法行為としてIIED (Intentional Infliction of Emotional Distress) が認められており、この不法行為の成立に必要とされているのが、被告の行為が「極端かつ悪逆非道なものであること」である¹⁸⁰⁾。この2つを前提にすると、同じ法益保護のためであれば、IIEDの基準がFalse Lightでも採用されるべきはず、というのである。リステイトメントのIIEDの箇所によると、悪逆非道な行為といえるためには、その本質において悪逆非道であり、非常に極端な程度で、品位・礼節の境界を超えていってしまうほどでなければならず、文明化されたコミュニティにおいて極悪非道で全く耐えられないものだと捉えられるようなものとされている。

このほか、被告の悪意の立証を要件として付加すべしとの主張¹⁸¹⁾や、高度の不快性に関する現実の悪意（被告が故意または無謀にも無視して公表に踏み切ったこと）の立証を原告に求めよとの議論¹⁸²⁾もみられる。これらは総じて表現保護的なものと評価できる。あるいは、医学的・心理学的判定方法を参酌する道行きも考えるかもしれないが、議論を膨らませるだけの準備は筆者になく、自らの今後と課題と心得るに留めおく¹⁸³⁾。

VI. 結びにかえて

本稿は日米のプライバシー侵害不法行為法制を憲法学的視点から評価すべ

to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy, 56 CAL. L. REV. 935, 958 (1968); Prosser, *supra* note 2, at 398; Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U.L. REV. 962, 970-71 (1964).

- 180) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 46. 参照, 拙稿・前掲注99, 106~109頁。RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW, TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 46 (2012) でも要件自体に変更はない。
- 181) Lucy Noble Inman, *Survey of Developments in North Carolina Law, 1988: XII. Tort Law: Hall v. Post; North Carolina Rejects Claim of Invasion of Privacy by Truthful Publication of Embarrassing Fact*, 67 N.C.L. REV. 1474, 1493-94 (1989).
- 182) *Briscoe v. Reader's Digest Ass'n*, 4 Cal. 3d at 542-43.
- 183) 参照, 米国精神医学会(高橋三郎ほか訳)『DSM-IV-TR 精神疾患の診断・統計マニュアル(新訂版)』(医学書院, 2004年) 446~451頁, 黒木宜夫=杉田雅彦編『PTSD 医の診断と法の判断』(中外医学社, 2009年), Timothy Jay, *Do Offensive Words Harm People?*, 15 PSYCH. PUB. AND L. 81 (2009)。

く、その一端を明らかにしようと努めてきた。本来、憲法研究者であれば、アメリカ法に関してならば「ニュース価値の要件」を分析することが、日本法であれば最高裁の個別的総合考慮図式のどこに表現の自由保護を押し込んでいくのかを考究するのが王道なのであろう。また、憲法学からのプライバシー研究の中心はデータ保護法制のあり方に移っている。その意味で本稿は「横道」を歩んできた。

山本龍彦は、データベース、ビッグデータ時代の新しいプライバシー問題が生み出すものを「鈍痛」と表記する一方で、本稿が扱ってきた伝統的プライバシー問題は、「羞恥心や屈辱感など、強く激しい精神的苦痛を被害者に与える」、「激痛 (acute pain)」にかかわるものであった、という¹⁸⁴⁾。筆者もその対比自体はよく理解するところ、いってみれば本稿は、現状の不法行為法制が本当に「激痛」(のみ)に対処するものとなっているか、すなわち、責任賦課の対象が重大な害悪をもたらす悪質なものに限定されているかどうかを検証しようとするものであった。かかる限定は、プライバシー侵害不法行為に係る法理が表現の自由を害さない程度に精巧に彫琢されているかの評価にかかわる。しかし、その検証を進めるうえで、この小稿によって得られたものは少なく、対して、残された論点は多い。

確認されたことは大凡次のとおりである。言論規制の根拠として被害者が感じる不快感を不法行為法制に直接導き入れることは日米ともに控えられており、その代わりに、「一般人の感受性」や「通常の感受性をもった合理的人間」といった基準・観点が定立されている。ただし、この観点からの評価は（裁判官〔や陪審〕が考える）「社会の慣習や規範」に強く基底されており、また、妥当な結論を得るために表現内容自体の不快性のみならず、表現を取り巻く諸要素を勘案した表現行為の不快性を評価するものとなってきている。その結果、アメリカ法の高度不快性の判断もいきおい表現行為の違法性を総合考慮の枠組みの下で評定するものとなりがちであり、独立の要件としての切れ味はそのぶん鈍ることになる。その限りで日本の個別的利益衡量

184) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）48頁。

の図式に近づく。他方で、アメリカでは「単なる不快」のレベルでは不法行為の成立を根拠づけ得ないと解されている。

他方で行論中の各所に多くを積み残してきた¹⁸⁵⁾。それらの解明は全て他日を期すほかない。

〔付記1〕本稿は、中・四国法政学会第53回大会（2012年11月10日、於山口大学）公法部会における筆者の報告原稿を基に全面的な加筆修正を施したものである。なお、同報告は平成24年度に山口大学経済学部学術振興基金から得た助成による研究成果の一部であった。改めて感謝申し上げたい。

〔付記2〕脱稿後に、性的指向・性自認に関するoutingを禁止する（罰則はない）「国立市女性と男性及び多様な性の平等参画を推進する条例」が2018年4月1日に施行されることを知った。

185) 大きく三点ある。第一は、V-1でわずかに言及した、わいせつ規制におけるコミュニティ・スタンダード・ルールとプライバシー侵害に関する高度不快性基準との比較検討であり、この論点はV-2で扱った不快言論の総論的検討と併せて考究することが必要となる。第二はV-3で列挙するにとどめたオルタナティブの評価である。IIED法の実態解明から糸口を掴みたい。最後に、プライバシー侵害不法行為と表現の自由の調整法理のあり方の解明には、不快性以外の要件、すなわち私事性の要件（日米）、ニュース価値の要件（米）、各々の詳細な検証が当然必要となる。