

忘れられる権利とプライバシー

上 机 美 穂

はじめに

- 1 情報技術の発展と理論の限界
- 2 忘れられる権利の出現
- 3 日本への示唆～忘れられる権利に基づく個人の救済
- 4 循環する理論と将来像

おわりに

はじめに

個人情報保護が重視される現在、プライバシーという語を頻繁に耳にする。いうまでもなく、これは情報技術発展の産物であろう。情報技術の発展は、情報の収集、保管（保存）、公開を容易にした。一方で個人は、自らに関する事柄に「情報」という意味での価値を見出した。この価値は、個人にとって有益なこともあれば、不利益になることもある。

さらに、技術発展は、これまでのプライバシーあるいはプライバシー侵害の理論に限界を生じさせた。このようななか、近年、プライバシーの理論について中心的な役割を果たしているといえるアメリカにおいて、新たな理論が構築されるようになった。D. Soloveによる理論は、技術発展に伴い変貌するプライバシーに新たな定義を付し、各国で受け入れられた。

受け入れられた理論は各国でいかに運用されているか。本論は、プライバシーの新たな類型として台頭しつつある、忘れられる権利（right to be forgotten）の生成と現状から、わが国における個人の情報の扱いやプライバシーの今後の行方を検討するものである。

1 情報技術の発展と理論の限界

①Prosser理論と個人情報

1960年、W. Prosserは論文「Privacy」において、プライバシーの定義を述べた¹。

Prosserはプライバシーの定義を、その侵害様態から、4つに分類した。すなわち、プライバシー侵害とは①私的領域への侵入、②私的な事柄の不本意な公開（公開を欲しない私的な事柄の公開）、③個人に関する誤った事柄の公開、④営利目的での肖像を含む私的な事柄の公開、である。

この論文の発表以来、数十年にわたり、Prosserによるプライバシーの定義は多くの国々で採用されることとなった。採用された理論は、各国で独自の発展を始めた。たとえばわが国では、④冒用については、肖像権侵害というかたちで、そして、③誤った事柄の公開は、名誉毀損として扱われるようになった²。

そのため結果的に、①私的領域への侵入、②公開を欲しない私的な事柄の公開のふたつが、プライバシーを侵害する行為様態であると徐々に解釈されるようになってきた。ところが、ここに新たな問題が生じることになる。新たな問題における要素は、大別すると3つある。それは情報技術の発展、社会情勢の変化、個人の意識変化、である。

まず私的領域の侵入については、個人において「私的領域」の捉え方が変化してきた。その結果、法益性の有無が不明確な事柄や利益について、いわば「私的領域＝プライバシー」ととらえることで、プライバシー侵害に基づく損害賠償請求がなされることになった。たとえば、自己決定などがその例である。これは、プライバシーとされる個別事柄（事象）が増加する一因となった³。

1 W. L. Prosser, Privacy, Cal. L. Rev. (1960).

2 五十嵐『人格権概論』(有斐閣)195頁。

3 山田卓生『私事と自己決定』(日本評論社・1987)6頁以下。

情報技術、特にコンピューターの登場と発展は、「私的な事柄」の扱いに大きく影響するようになった。コンピューターの持つ情報蓄積技術は、それまでの紙媒体による情報の蓄積とは比較にならないほどの膨大な情報量の蓄積を可能にした。

情報の蓄積は同時に、情報の収集技術も発展させた。そして、収集・蓄積された情報は、「プライバシー」というよりもむしろ「個人に関する事柄を集約したもの（個人情報）」として、それ自体で新たな価値を付されることとなった。たとえば、名簿の売買などがその例であろう。

「個人に関する事柄」は、単に個人の内にあるときは、私的な領域である。一方で、さまざまな理由により、これを他者に向けて公開したとき、他者にとっては、「ある者の情報」ということになる。これが現在いわれる「個人情報」である。

②Soloveの理論の出現

個人情報の取り扱いは、収集者と利用者が異なっていたり、技術の発展により情報の複合化の精度が上がることで、より複雑化してきた。情報技術のさらなる発展、そしてインターネットの発展は、留まるところがなく、それに伴い、情報の流出という新たな問題も出現することとなった。

また情報通信技術は、2000年代に入ると、単に企業などのみならず、個人における情報収集・蓄積などの技術も高めることとなる。それにより、それまでは企業や行政と個人との関係において規制などがなされていたものが、個人間において私的な情報の扱いをめぐる問題が出現するようになった。

このようななかで、インターネットやコンピューター上の「私的な事柄」の扱いにつき、Prosserの定義をできる限りいわば拡大解釈をするような、飽和状態が生じた。

この状況に一石を投じ、新たなプライバシーの定義、あるいは分類がDaniel Soloveにより提唱された。Soloveは、「Taxonomy of Privacy」において、Prosserによる分類がされてから約半世紀が過ぎ、情報社会

にはついてこれなくなっていると、定義の限界があると指摘したうえで、プライバシーを次のように分類した⁴。

まず情報の扱いという観点から、情報が扱われる3つの段階（収集・処理・流布）において生じる問題をさらに細分化し、それぞれをプライバシーの侵害であるとした。

一方で、私生活の干渉も、「情報の扱いによる侵害行為ではないが、他者による、情報を介さない個人に対する侵害・干渉であり、プライバシー侵害である」とした⁵。

③情報プライバシーの保護 (information privacy) とSNS

Soloveの理論が発表された頃から、「information privacy」あるいは「情報プライバシー」という新たな語が登場し、「私的な事柄」あるいは「個人情報」の扱いは、それまでのプライバシーの定義や考え方から徐々に独立していくこととなる。

それまで、「personal data」とよばれていたものは、「personal information」と称されるようになった。すなわち、個人に関する事柄は、単に個々の事柄 (data) であったのに対し、informationとなることで、単なる事柄ではなく、その事柄の背後（あるいは内部）にある情報の引き出しを可能にする事実へと変化したのである。

「information privacy」という語が認識されるようになったのは、2000年代に入ってからではあるが、この考え方あるいは定義は、EUを中心としたヨーロッパ各国と、アメリカでは異なる理解の下発展してきている。

アメリカのプライバシー法は、個人情報や私的事柄の「利用される状況」に着目し、領域ごと (sectoral) にプライバシー保護が形成される。EU諸国では「私的な事柄」あるいは個人の利益としてプライバシーを形

4 D. Solove, A taxonomy of Privacy, 154 Penn. L. Rev. 477(2006).

5 本論作成中、大谷卓史訳『プライバシーの新理論』（みすず書房・2013）が出版された。本論は、本書11頁以下の翻訳も参考にした。

成することで、それ自体に着目し、「私的な事柄」の収集・保管・移動の条件について包括的（omnibus）に、プライバシー保護を形成する⁶。

information privacyの保護は、わが国でも個人情報保護法という形で具体化され、諸外国でその保護を図るようになった。

日本を含め多くの法制度では、情報の保持者を行政や企業であることを前提として制定されている。この段階では、個人を保有者とするのはあまり想定していなかったといえる。個人は、行政や企業に自身の情報を提供する際、「相手はこの情報を適切に扱ってくれるだろう」といういわば信頼のもとに提供する。個人情報保護法のような法制度は、この信頼の保護として機能しているともいえる。

ところがブログやツイッター（twitter）やフェイスブック（Facebook）などに代表される、ソーシャルネットワーク（SNS）の出現により、この前提に限界が生じることになる。個人はSNSやブログを通じ、自らの私的な事柄や私生活を容易に公開するようになった。

SNSは企業が宣伝活動に利用することもあるが、多くは、個人同士の交流を目的として利用している。情報の提供者が個人であり、受け手も個人である。受け手は提供された情報を、「シェア」などと呼ばれる形で他者と共有する。いったん共有された情報は拡散する可能性がある。拡散は、最初の情報提供者が想定あるいは意図しないところに至ることもある。

個人情報保護法のもとでは、情報の受け手が行政や企業であれば、個人情報取扱者として一定の義務を課せられることになる⁷。しかし、受け手が個人の場合、個人情報取扱者には該当しない。また情報の拡散は、現在の情報技術のもとでは阻止することがほぼ困難である。

このような状況のなかで発生したのが、忘れられる権利（right to be forgotten）という考え方である。

6 Solove=Schwartz, "Information Privacy Law", 995(2009).

7 個人情報保護法2条3項において定める「個人情報取扱事業者」とは、「個人情報データベース等を事業の用に供している者」である。

2 忘れられる権利 (right to be forgotten) の出現

① Da Cunha Virginia v. Yahoo and Google 事件⁸

information privacyの保護が重視されるなか、近年、新たにプライバシーとしてright to be forgottenという考え方が出現した。日本語では「忘れられる権利」などと訳されている。忘れられる権利の保護について、初めて裁判に現れたのは、アルゼンチンの判例であるといわれる⁹。

原告のVirginia Da Cunhaは提訴当時31歳の国内では大変有名な女性タレントである(ダンサー、歌手、モデル、人気テレビ番組の司会者であった)。Da Cunhaは、自らのホームページ、ツイッター、フェイスブックに自分自身で多数の写真を掲載した。これらの写真には、自らの10～20代頃の水着姿や露出部分の多い服装などの写真が多く含まれていた。このうちの「少なくとも1枚は」性的に挑発するポーズの写真が含まれていた。また、ホームページにも同様に露出部分の多い服装の写真が掲載されていた。

Da Cunhaは、検索サイトである被告Google ArgentinaとYahoo Argentinaの検索機能により彼女の氏名を検索すると、当該写真を広告として利用した性的なサイトが表示されることを知った。さらにそれらのサイトにはリンクがあり、リンク先でもまた同様の写真が用いられていた。

そこで彼女は被告Google ArgentinaとYahoo Argentinaに対し、検索結果は、彼女の承諾なしにできたものであるとし、Da Cunhaのモデル、歌手、女優、テレビ司会者としてのキャリアを傷つけるものであることから、人格権とプライバシー侵害および名誉毀損に基づき200,000アルゼンチンペソ(約350万円)を請求した。

彼女は請求の根拠として、掲載された写真が印刷され、本などにして

8 本事件の詳細な説明として、Edward L. Carter, Argentina's Right to be forgotten, 27 Emory Int'l L. Rev. 23(2013).

9 Jeffery Rosen, The Right to Be Forgotten, 64 Stan. L. Rev. ONLINE 99 (Feb 13,2012).

無断で拡散することで著作権侵害が生じると述べた。さらに、性的コンテンツが表示されるという検索結果について、性関連の活動をしないという自らの信条やタレント活動における信念に合わないと主張した。

これに対し被告Google ArgentinaとYahoo Argentinaは、仮に原告Da Cunhaに損害が生じているとしても、その損害と検索結果あるいは性的なコンテンツというリンクには関連がなく、検索結果は、原告のいかなる権利も侵害していないと主張した。

i 一審判決（2009年7月29日アルゼンチン第一審裁判所）¹⁰

判決はまず、検索結果の削除可能性について述べた。すなわち、被告検索サイトには元来、検索結果として性関連サイトを判別する機能を持ち合わせているとした。特にYahooには、成人向サイトを遮断する機能を有していることを指摘した。さらに、いずれの検索サイトにおいても、いくつかのサイトに関しては、政府の命令や利用者との契約に基づき検索結果に表示されないことがあると指摘した。

そのうえで、自らの肖像を扱う権利（以下肖像利用権）について論じた。まず肖像利用権の性質について、アルゼンチンの法律上、権利として明示されていないものではあるが、名誉権とプライバシー権に包含されるとした。そして、肖像利用権は他者による肖像の無断収集、無断利用、変容を防止する権限であるとした。さらに肖像利用に関する権限は、本人を連想させる印象（イメージ）の保護も包含するとし、仮に時間の経過とともに元の肖像のイメージが変化しても、第三者において他者の肖像やイメージを無制限に利用することは許されないとした。

以上のことから、過去の写真と共にアダルトサイトや売春関連のサイトが検索結果になることは、原告の現在のイメージを害する侵害するものであるとした。そして、原告において重大な損害は発生していないことを考慮し、道徳的賠償（moral damages）として、50,000アルゼンチ

10 Juzgado de Primera Instancia [1a Inst.] [Court of First Instance], 29/7/2009. "Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina s/ Daños y Perjuicios".

ンペソ (約84万円) の支払いと、原告の写真が利用されている性関連サイトについて、検索結果から削除することを命じた¹¹。

ii 二審判決 (2010年8月10日アルゼンチン連邦民事上訴裁判所)¹²

一審判決とは一変し控訴審は、当該検索サイトは、インターネットユーザーが性関連サイトに投稿した原告の写真により原告自身に生じた、いかなる損害の発生にも責任を負わないと判断した。そのうえで、原審の検索結果削除命令の取消を命じた¹³。

判決は、検索結果として出てくるサイトやリンク先が存在しているということと、Da Cunhaに生じた損害の間には十分な因果関係はないことを指摘した。さらに、画像はもともと原告自らが率先して掲載したものであるから、被告において掲載による損害の責任を負わないと述べた。

そして検索サイト自体に責任が生じない根拠として、米国通信品位法 (U.S. Communication Decency Act) 230条¹⁴と、2000年のEU電子取引指令 (EU's 2000 Electronic Commerce Directive) における、プロバイダの責任制限を引き合いに出した。すなわち、検索サイト自体をプロバイダと同視し、検索サイトは単に情報を提供 (列挙) する場であり、列挙された情報の性質については、それを作成した者に責任が及ぶものとする。それにより、検索サイトには責任が生じないこととなる。一方で、検索サイトにおいて、掲載された情報がある者の名誉を毀損したり、利益を違法に侵害したりすることを知らないながら削除しなかった場合には、免責されないことも指摘した。

このように、一審は肖像利用に着目したのに対し、二審はあくまでも検索サイトの責任を中心に判断をしたものといえよう。

11 Id 8, Carter.

12 10/8/2010 National Court of Civil Appeals of Federal Capital(Argentina)

13 上訴審は、裁判官3名の投票 (vote) による判断である。3名のうち2名が原審棄却の判断をした。

14 No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

検索機能の特性という観点から、ひとりの判事が判決に反対した。Sanchez判事は、検索機能の作成者は、単に情報提供をするという消極的な機能のみを備えているのではなく、検索する者の興味を惹くように、情報を描くという形で積極的に関与している点を指摘した。さらに検索機能は、検索結果としてある者の情報を提供することで、その者に損害が発生するのを誘発する機能を備えていることから、一審の判決を支持した。

二審判決に賛成しながらも、Brilla de Serrat判事は補足意見を付した。すなわち、個人は忘れられる権利（right to be forgotten）という保護法益を有しているというものである。

判事は、「放っておいてもらう権利」とされるプライバシー権には、自己情報コントロール権が包含されていると主張する、Stefano Rodotàというイタリアの法律家の理論を引用した。これは、刑期を終えた者の犯罪内容に関する情報を公表することを禁じたイタリア法に基礎を置く考え方である。

さらに、情報記憶機器の発達および普及が著しいなかでは、人がある事柄を記憶し続けることが、当然化していると指摘した。そして、忘れられる権利という考え方は、今日では個人を守るうえ不可欠な考え方であるとし、忘れられる権利の価値を説いた。

一審において指摘された肖像利用権の考え方が、このような形で指摘されたことにより、Da Cunhaの過去の情報を公開されない利益は、right to be forgottenを扱った代表的な裁判として知られるようになった¹⁵。

15 2審において削除命令は取り消されたが、Yahoo Argentinaの検索機能を用いて「Da Cunha」の氏名を検索すると、検索結果は何も表示されない状態になるのは現在も変わらない。http://ar.search.yahoo.com/search_ylt=A29D4jHBFvFSl5gAWxOGaLt_ylc=X1MDMjE0Mjk4ODQyMgRfcgMyBGZyA3lmcC10LTcyNQRuX2dwcwMwBG9yaWdpbgNhci55YWhvby5jb20EcXVlcnkDVmlyZ2luaWEgRGEGQ3VuaGEEc2FvAzE?p=Virginia+Da+Cunha&toggle=1&cop=mss&ei=UTF-8&fr=yfp-t-725 (2014年2月4日確認)。

②Da Cunha Virginia v. Yahoo and Google事件とアルゼンチンの忘れられる権利

忘れられる権利を検討する多くのアメリカの論文が、Da Cunha Virginia v. Yahoo and Google事件を取り上げる。しかし、本判例において「忘れられる権利」を明示したのは、二審における、補足意見のみである。それにもかかわらず、本判例に焦点が集まるのにはいくつかの理由が考えられる。

ラテンアメリカ諸国では、1990年代頃からhandes data運動が起きた。handes dataとは、情報の所有者の権利を示すものである¹⁶。アルゼンチンは、憲法43条に情報所有者の権利を保障する規定を設けることで、この運動に賛同した。この規定は、政府に提供された自己の情報の修正、廃止あるいは更新する権限を情報提供者本人に付与することを保障している¹⁷。

Handes dataは、その後、アルゼンチン知的財産法と結びつくこととなる。アルゼンチン知的財産法では、商用目的による個人の肖像の無断使用を禁じている。この規定の根底には、肖像の無断使用は、個人の尊厳への攻撃であるという考え方がある¹⁸。

そして2000年以降このような考え方を根拠に、アルゼンチンの数人の有名人 (celebrities) らが、インターネット上でほぼ永久的に存在する自己の情報について、消去することを請求する裁判が提起されることとなった。Da Cunha Virginia v. Yahoo and Google事件もそのひとつである。

アルゼンチンの有名人による同様の訴訟は、世界的に有名なサッカー選手である、ディエゴ・マラドーナをはじめ、2010年8月時点で130件以上あったとされる¹⁹。このうち、忘れられる権利についての理論展開を

16 伊藤英一「情報社会と忘却権—忘れることを忘れたネット上の記憶—」慶應義塾大学法学研究84巻187頁。

17 アルゼンチン憲法英語版、http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94_e.html#firstpartch2(2014年2月4日確認)。

18 Id 8.

19 Richard J. Peltz-Steele , The New American Privacy , 44 Geo. J. Int'l L. 367 (2013).

するものは、Da Cunha 事件判決以外には存在していないようである。

Da Cunha事件や、イタリアの犯罪者の経歴公表の禁止の原則などがあるとしても、多くの原告は肖像利用の侵害を根拠に、損害賠償あるいは削除を請求する傾向にある。裁判所もまた、忘れられる権利が出現しようとも、結果的には、知的財産侵害、プライバシー侵害、個人情報保護の観点から判断している²⁰。

New York Times紙は、Da Cunha事件の二審判決を報道した²¹。そのなかで、合衆国の技術系企業において、ラテンアメリカの重要性の高まりがあることを指摘している。これは、handes dataのような規定を設けるラテンアメリカ諸国における、インターネット利用者の扱い方という点についての注目であるといえよう。このことは、同日の社説でも論じられている²²。

Da Cunha判決には、アメリカやEUが素早く反応した。それは、ほぼ同時期に、right to be forgottenをプライバシーの新たな類型として、導入しようとする動きがあったためである。

③アメリカ合衆国およびEUの忘れられる権利

前述のように、アメリカのプライバシーの法理論は、個人情報や私的事柄の「利用される状況」に着目し、領域ごと（sectoral）にプライバシー保護を形成する。EU諸国では「私的な事柄」あるいは、個人の利益としてプライバシーを形成することで、それ自体に着目し、「私的な事柄」の収集・保管・移動の条件について抱き合わせ（omnibus）による法形成がされている²³。

20 Id 8、Carterは、このような状況について、Brilla de Serbest判事の忘れられる権利に関する「格言（dicta）」は、Da Cunha事件と共に「皮肉にも世界中で有名になってしまった」と評している。

21 <http://www.nytimes.com/2010/08/20/technology/internet/20google.html> (2014年2月4日確認)。

22 <http://bits.blogs.nytimes.com/2010/08/20/no-safe-harbors-in-argentina/> (2014年2月4日確認)。

23 Id 6.

しかしいずれも、忘れられる権利をプライバシーに包含される利益として、導入しようとする動きを見せた。

i アメリカ

アメリカの忘れられる権利は、修正法1条における犯罪歴の出版公表の保護から導かれるとされる²⁴。アメリカでは、公人のプライバシー侵害と時の経過という関係で、古くから議論されていた²⁵。

プライバシーが侵害される領域（あるいは状況）に応じ、プライバシー保護を図ろうとした結果、アメリカには、包括的にプライバシーを保護する法が存在しない²⁶。そこで、消費者のプライバシーを包括的に保護する目的で、2012年2月に消費者プライバシー権利憲章（Consumer Privacy Bill of Right）の枠組みが発表された。この計画では、消費者の情報を扱う事業者の自主規制や、データ取扱いに関する技術の構築を促進している²⁷。

この権利憲章では、消費者自身が提供した情報について、提供者の意図する形で利用されることを期待する権利が保障されている。そして、これが転じて、期待通りの利用がされない場合には、提供した情報を消去などという方法で操作できるという意味で、忘れられる権利が構成される。

すなわち、アメリカにおける忘れられる権利とは、個人に関する情報を消去する権利を意味するに過ぎないということになるであろう²⁸。

24 Id 9.

25 アメリカの「時の経過」理論について、吉野夏己「民事名誉毀損訴訟における『公的人物』と『時の経過』」岡山大学法学会雑誌60巻2号19頁（2010年）。

26 宮下紘「忘れられる権利—プライバシー権の未来」時の法令1906号47頁（2013年）。

27 Id 19.また、アメリカの消費者プライバシー権利憲章に関する詳細として、前掲註24、井樋三枝子「立法情報 アメリカ 消費者プライバシー保護に関する権利章典」外国の立法。立法情報・翻訳・解説（252-1）、18-19頁（2012年）など。

28 この点について、Robert Kirk Walker, The Right to be Forgotten, 64 Hastings L.J. 257 (2012)では、忘れられる権利の限界という観点から、アメリカにおける忘れられる権利の理論構成を論じている。

ii フランスの忘却権とEUデータ保護規則

一方EUの忘れられる権利は、フランスの忘却権（right of oblivion, le droit à l'oubli）から導かれるとされる²⁹。忘却権が着目するのは、単に「情報を消去する」という点ではない。情報の消去により、個人は私生活、あるいは人間の尊厳領域を保護するという点に着目するものである³⁰。

ラテンアメリカ諸国のhandes dataのほか、南アフリカなどにおいても、この忘却権の考え方にに基づき、個人の情報を保護する動きがある³¹。

EUでは、1995年にEUデータ保護指令（EU Data Protection Directive）が出された。

指令の適用範囲は、最終的にEU加盟国内で発生する情報処理に限定されることとなった。その結果、アメリカに拠点を置くGoogleやFacebookのような膨大な情報を生成する企業や、EU圏外に拠点を置く企業には、ごくわずかな義務を課すことしかできなかった³²。

このような限定的な指令は、世界規模で発展する情報技術に後れをとることとなり、加盟国内であっても十分に対処が図れなくなった。そこで、2012年2月15日、EUデータ保護規則が公表された。保護規則では、その規則の適用範囲を、指令時のEU加盟国からより広範囲にした。また、国際的な情報移転についても一定のルールを設けた。

そして最大の特徴として、忘れられる権利に関する条項を新設したことが挙げられる。EUにおける忘れられる権利は、情報を消去する権利により、望まない情報の処理をされた、情報の保持者（主体）である個人の人権の回復と権利の強化を図ることを可能にするものである。このような理念を前提に、情報管理者への情報消去請求権や第三者へのデータ配布をやめさせる権利を規定した。

アメリカ、EUのいずれも忘れられる権利の保護に前向きな姿勢はある。しかし、両者が保護する射程範囲は異なっている。すなわち、アメ

29 Id 9.

30 前掲註16,185頁。

31 前掲註16,187頁。

32 Id 19.

リカは公開された「事柄の扱い」あるいは「間違った情報の使われ方から生じた問題の処理」に着目している。他方EUは、個人の情報はその者の私的領域を構成する、という観点から、情報を消去することで、私的領域あるいは人格に生じた不利益をも救済すると考えているようにみえる。

このようなふたつの流れは、日本においてどのように作用するのだろうか。

3 日本への示唆～忘れられる権利に基づく個人の救済

忘れられる権利が、プライバシーが包含する新たな利益として確立しつつあるのは、Soloveの理論や上述の判例からも理解できよう。一方で、わが国のプライバシー法理論は、未だ明確ではない。このようななかで、忘れられる権利あるいは利益に基づく救済は可能であろうか。

①プロバイダ責任制限法

インターネット上の情報の削除請求の根拠となりうる法として、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及びは新車情報の開示に関する法律（以下、プロバイダ責任制限法）が挙げられる。プロバイダ責任制限法上の削除請求は、送信防止措置を意味するものである³³。いかなる情報が削除対象となるかについては、本法の成立直前に公表された、「プロバイダ責任制限法名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン」に依拠する。そのため、ガイドラインからは判別し難い事柄に関しては、専門家に対処することが望ましいとされている。

たとえば、一般私人の氏名や連絡先などが掲載された場合は、原則としてプロバイダ側が削除をすることとなる。また、病歴や犯罪歴などについては、情報が開示された本人の削除要請をプロバイダ等に伝え、プ

33 堀部政男監修『プロバイダ責任制限法実務と理論—施行10年の軌跡と展望—』36-42頁。

ロバイダ等から発信者に削除を要請する。発信者が削除に応じない場合、プロバイダ等が削除することとなる。

Da Cunha事件のような肖像の削除は、肖像の無断公表であることがプロバイダ側から見て明白な場合、公開者や本人へ事実の照会をせずとも、プロバイダ側が自主的に削除できる。ただし、肖像が著名人である場合、プライバシーを一部放棄しているとみなされ、削除の責任を免れることがある。

このようなプロバイダ責任制限法に基づく削除請求は、アメリカにおける忘れられる権利の保護に類似すると思われる。プロバイダ責任制限法は、情報を公開された本人に、単に消去を請求する権利ないしは利益を付与しているのみである。いいかえれば、削除イコール本人の救済となり、プロバイダ側が削除請求に応じなければ、本人は救済されないことになるであろう。

②忘れられる権利は保護法益か？

i 名誉毀損に基づく原状回復

プロバイダ責任制限法による救済は、一定の条件を満たさなければ、削除という形での救済はなされない限定的なものである。

アルゼンチンやEUのように、忘れられる権利がプライバシーに含まれる利益であるとすれば、わが国においては、プライバシー侵害として不法行為に基づく損害賠償請求が可能なのにも思える。また、公表された内容が、社会的評価を低下させるようなものである場合、名誉毀損に基づく原状回復として、削除を構成することも可能かもしれない。

しかし民法723条の原状回復は、社会的名誉に対する違法な侵害と実質的な損害の発生を要件とする。ここにいう損害とは、社会的信用の低下であり、精神的苦痛とは異なる³⁴。Da Cunha事件の一審判決は、性関連サイトに写真が掲載されたことを、「重大な損害」としなかった。この

34 和田真一「名誉毀損の特定の救済」、山田卓生・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 2』118-119頁（日本評論社・1998年）。

ことを考慮すれば、単に、過去の情報を公開されたのみでは社会的信用の低下は認められないであろう。

東京地判昭和62年2月27日は、週刊誌に性的な写真を掲載された原告（歯科大学教授）が、出版社（サンケイ出版）に対し名誉毀損に基づく原状回復（謝罪広告）と損害賠償を求めた事件である³⁵。掲載された写真は、原告の海外旅行先のホテル室内での写真であった。いずれも、現地女性との性行為前後に女性と戯れる様子が撮影されていた。

原告は、本件写真の公開を承諾していなかったこと、公開は嫌悪、羞恥、不快等の精神的苦痛を生じさせたことを理由に、肖像権侵害を主張した。さらに、掲載記事が原告の性的行為に関するものであることから、社会的評価が著しく低下したと主張した。

これに対し被告は、原告は「歯科医師として社会的に要請される倫理を指導すべき立場」の者であることを主張した。さらに、原告の行為（現地女性との売春行為および違法入国幫助）は刑事事件に準ずるものであり、行為者を特定し、社会的非難をする必要性があったとして、「専ら公益を図る目的」で掲載したもので、名誉毀損、肖像権侵害には当たらないと主張した。

判決は、本件写真は、一般人が公表されることを欲しない写真であるとし、写真自体は名誉を毀損、肖像権を侵害するものであるとした。しかし週刊誌に掲載については、記事の内容及び写真は、海外における原告の行為を裏付けるものであること、原告は社会的地位もあり、一部において著名なものであったことも考慮し、記事の掲載は公共の利害に関する事柄であるとして原告の請求を棄却した。

性的行為という、本来きわめて秘匿性が高く、社会的評価を低下させるような写真の掲載であっても、その公開状況次第で名誉毀損や肖像権侵害が否定されることとなる。このことを踏まえれば、Da Cunha事件のような写真公開は、Da Cunhaの社会的地位や著名性という観点からも忘れられる権利は否定されることになるであろう。

35 東京地判昭和62年2月27日 判時1242号76頁。

以上のことから、忘れられる権利を名誉毀損構成で保護することは困難であると思われる。

ii 不法行為に基づく損害賠償請求

わが国のプライバシー侵害は、不法行為に基づく損害賠償により救済される。忘れられる権利をプライバシーの一類系として理解することは可能であろうか。

本論で紹介した諸外国の多くは、プライバシーを絶対権として、あるいは人格権を絶対権とし、そこにプライバシーを包含している。このため、各国にプライバシー法が存在し、広く保護を図る傾向にある。

一方日本は、包括的なプライバシー保護規定を設けていない。このことが、プライバシーの性質を曖昧なものにする一因ともなっている。このような曖昧さのなかで、忘れられる権利ないしは利益を保護法益として認めれば、忘れられる権利がプライバシーとは乖離し、一人歩きをする危険性があるのではなからうか。しかし、例えばEUデータ保護規制が、EU圏外においても効果を及ぼすことになろうとしているなかで、忘れられる権利の位置づけを検討することは、非常に重要であろう。

このような状況をふまえ、わが国のプライバシー保護はいかに発展すべきであろうか。

4 循環する理論と将来像

①法の循環とプライバシー保護

いかなる法も一度制定されれば、数百年の間少しの変化もなく残り続けるということはまずない。大なり小なり形を変化させながら、存在している。この変化は、現存する法に何らかの作用や働くことで生じるものである。

これを法理論の循環と考えることはできないだろうか。循環という語について、大半の国語辞書は「繰り返す同じ所をめぐる」「ひとめぐり」などと説明する。

英語に目を転じれば「circulation」あるいは「rotation」ということになる。「circulation」とは、ある物事が、ある範囲内を巡ることを意味する。一方で「rotation」は、中心を軸に回転することを意味する。

循環器という体内の血液流動を考えれば、心臓から押し出された血液が、体内をめくり、二酸化炭素を含み、それを浄化した血液がさらに循環するということになる。

これをある事柄に関する理論の展開で考えると、次のように仮定することができよう（文末図参照）。すなわち、ある理論が確立、生成（build up）される。この理論は、さまざまな形で採用あるいは受け入れられる（adopt）。そこにさまざまな要素が付加されることで、もとの定義が変容し、場合によっては、定義に限界が生じる（limit/transform）。そこで、各国や各状況において、定義を独自に運用することとなる（original use）。その独自運用は、もとの形を大きく変化させ、それがさらに新たな理論を確立、生成するという流れができるということである（restructure）。

すなわち、不明確な定義という身体において、まず、心臓部である定義が作られる①。定義は世界各国、あるいは事象、事件において受け入れられる。一方で、受け入れられた定義は、さまざまな要素や問題が付加される。そこで定義は、変容や拡大解釈をすることとなる②。変容した定義は、受け入れ先で独自に運用され③、それが醸成すると、また新たな定義が発生してくる④。

プライバシーにおける法の循環を見れば、それは単に定義に関する循環ではなく、定義に伴い、プライバシーとして保護される事象も循環していくことがわかる。

これは、定義づけが保護法益を明確にすることを意味しているように思える。一方で、あいまいな定義は、保護法益の拡大させることにもなる。すなわち、さまざまな保護要請や、保護された事象が新たな定義を生み出すということである。プライバシーにおける法の循環とは、定義と保護の両輪により行われているのではないだろうか。

この前提を踏まえると、現在のプライバシーは、その理論の出現当初

から、数度の循環を経ているものである。そして、現在、プライバシーの保護はちょうど「limit/transform」から「original use」の状況にあると仮定できよう。

プライバシーを初めて学問領域に登場させ、同時に定義を確立した、WarrenとBrandeisによる論文、「The Right to Privacy」を出発点にすれば³⁶、現在は3度の循環を経たところであろう。

つまり、WarrenとBrandeisの限界を経て、Prosserの理論が台頭した（第一循環）。そしてProsserの理論の限界から（第二循環）、Soloveの理論が確立した（第三循環）。これを受けて、あるいは情報技術が、定義にさらなる要素を加えた。忘れられる権利などがそれであろう。そして、前述のように、各国でさらなる要素を加えた形で独自の運用がなされているということである。

②日本におけるプライバシー保護のこれから

法の循環という観点から、わが国のプライバシー法理論を見れば、EUやアメリカなどと比較して、その制度設計が立ち遅れているように見える。現在、日本が位置しているのは、第二循環と第三循環を右往左往しているような場所であるようにみえる。

いかなる要素を取り入れれば、迷走を克服できるであろうか。解決策のひとつは、法制度、あるいは独自の定義の確立にあると思う。その際、指針となるのが、EUもしくはアメリカにおけるプライバシー保護のあり方ではなかろうか。

いずれを指針とするかにより、法制度の在り方も異なる。いずれも指針とせず、独自の法形成を選択することは、情報共有が世界規模になっている現代では極めて困難である。さらに指針の選択は、忘れられる権利の保護を議論するうえでも有用となるであろう。

また、EUあるいはアメリカいずれかのアプローチを採用するかで、プライバシー侵害に対する救済方法にも変化を生じさせる可能性がある。

36 S. D. Warren & L. D. Brandeis, The Right to Privacy, Harv. L. Rev. 193(1890).

このように、迷走状態から脱することが、わが国のプライバシー保護の発展に必要なことではなかろうか。

おわりに

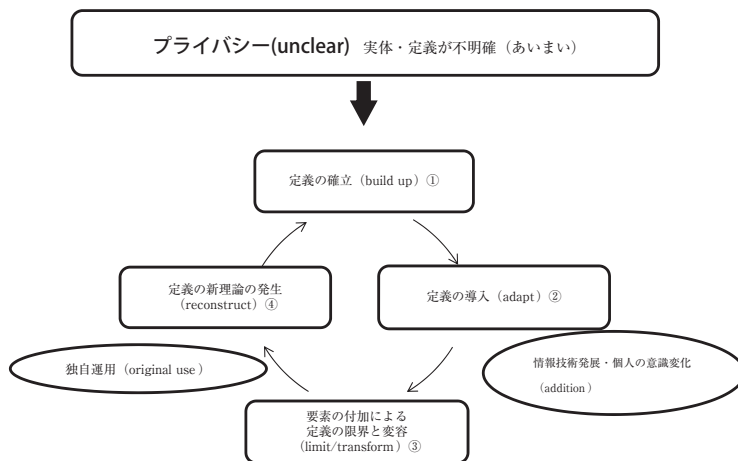
プライバシーの定義や保護法益の変化はめまぐるしく、留まるところがない。この変化に追い付こうと、目先のあるいは目新しい問題に焦点が絞られがちである。

数度の循環を経ても、不変のプライバシー類型がある。それは、私的領域である。特に2000年代以降、個人情報の取扱を中心に発展したことで、私的領域の干渉に関する議論は少ない。

Soloveは私的領域の侵害を、情報の扱いを介さないプライバシー侵害とし、私的領域への干渉と自己決定を包含すると主張する。プライバシーにおける自己決定は、私的な事柄に対する決定である³⁷。循環や新たな理論構成の観点から、プライバシーを論じることも有用であるが、このような伝統的な観点から検討することの重要性も常に意識するべきであろう。今後の検討課題としたい。

37 前掲註3。

〈プライバシー保護における法の循環図〉



本論文は、平成24年度札幌大学研究助成による成果の一部である。