

近年の人権判例(1)

安 藤 高 行

はじめに

筆者は平成17年11月に『基本的人権（総論・精神的自由権・経済的自由権）』（改訂増補版）を著した（以下この著書を単に「拙著」という）。そこでは判例を手掛りに自分の考えをのべるという方針に従って、下級審判例も含めてその年の前半までのかなり多くの判例が取り上げられている。

むろん紙幅の関係もあり、一定の重要と思われるもののみが言及されているが、その後現在（平成19年7月）までの2年余の間にも同様の重要性をもつ判例が相当数出現している。そこで本稿においてこれらの新しい重要な判例を紹介・解説して、現時点での拙著の不足を補うことにしたい。

またこういう次第であるので、本稿で取り上げる人権判例は、総論と精神的自由権に関わるものに限られることを予め断っておきたい（拙著に関係する経済的自由権に係る判例でとくに取り上げたいと思うものは目につかなかった）。

なお取り上げる判例を大まかに分類し、叙述の順に従って最初にまとめて掲げておくと、幸福追求権関係（Ⅰ）、平等権関係（Ⅱ）、思想・良心の自由関係（Ⅲ）、信教の自由関係（Ⅳ）、表現の自由関係（Ⅴ）である。そして以下をそれぞれをさらに、国立「大学通り」高層マンション訴訟（Ⅰ-1）、住基ネット訴訟（Ⅰ-2）、被疑者・被告人の容ぼう、姿態の撮影・掲載公表とイラスト画の掲載公表に対する肖像権侵害訴訟（Ⅰ-3）、治療法に関する患者の自己決定権訴訟（Ⅰ-4）、その他の幸福追求権判例（Ⅰ-5）、参議院議員定数配分規定違憲訴訟（Ⅱ-1）、沖縄入会権者資格差別訴訟（Ⅱ-2）、国籍法違憲訴訟（Ⅱ-3）、君が代訴訟（Ⅲ-1）、判事補任官拒否事件（Ⅲ-2）、靖国訴訟（Ⅳ-1）、その他の信教の自由関係判例（Ⅳ-2）、記者の取材源証言拒絶事件（Ⅴ-1）、

公立図書館職員図書廃棄事件（V-2）、防衛庁宿舍立入・ビラ投函事件（V-3）、学校施設利用不許可事件（V-4）、生徒会誌掲載の教論寄稿文削除事件（V-5）、その他の表現の自由関係判例（V-6）に分けて論述することにする。

いうまでもなく、一つの判例が複数の人権規定にまたがることも多く、上に掲げた判例の場合にもそうしたケースは間々あるが、その際には当該判例の判断の中心になっている人権規定によって分類している。またここで取り上げている判例は判例集や最高裁のホームページ等によって直接筆者がみることができたものに限定されている。その存在は知りながら、判決文を直接確かめることができず、本稿ではふれることができなかった場合もあるし、さらにはその存在そのものに気がつかなかった例もおそらくはあるであろう。このことも予め断っておきたい。

I 幸福追求権関係判例

I-1 国立「大学通り」高層マンション訴訟

この事件は東京都国立市のJR国立駅から南に延びている通称「大学通り」の南端に、住宅地・工業用地の開発・造成・販売等を業とする会社（以下単に「会社」という）が高層の分譲・賃貸マンション（以下単に「マンション」という）を建設しようとしたことに端を発するものである。

すなわち、当初このマンション建設予定地には建築物の高さに関する特段の規制は存在しなかったため、こうした計画が可能だったのであるが、それが全国的にも知られた大学通りの美しい景観を損なうとの市民の声を受けて、国立市は会社が建築確認を得て根切り工事（基礎を造成するために行う掘削）を始めた平成12年1月5日の直後に、建設予定地一帯の建築物の高さを20メートル以下とすることなどを内容とする地区計画を告示し、さらにこうした都市計画法による地区計画が定められている区域について、そのなかの建築物の敷地、

構造、建築設備または用途に関する事項で当該地区計画等の内容として定められたものを、条例で、これらに関する制限として定めることができるとの建築基準法68条の2第1項により、「国立市地区計画の区域内における建築物の制限に関する条例」を改正して（この改正条例を以下単に「建築条例」という）その規制対象区域にマンション建設予定地一帯も加え、マンション建設予定地一帯に建築できる建築物の高さを20メートル以下に法的に制限することをやったのである（当初の計画ではマンションの高さは18階建55メートルであったが、最終的には14階建43.65メートルになった）。

そしてこのような高層マンション建築をめぐる会社と国立市・市民との対立は訴訟に発展し、市民によるマンションの建築禁止を求めた仮処分申請、所轄の建築指導事務所長と建築主事に対し、法律・命令・条例等に違反した建築物に対する措置を定めた建築基準法9条1項に基づく建築禁止命令および除却命令を発しない不作為が違法であることの確認を求めるとともに、各命令を発することを求め、また検査済証を交付してはならないという不作為を求めるなどした訴訟、会社による国立市や国立市長に対し、建築条例の無効確認や国家賠償を求める訴訟など、双方の応酬があった⁽¹⁾。

本件もこうした訴訟の1つであり、マンションの近隣に学校を設置する法人、当該学校に通学している児童・生徒とその教職員、近隣に居住する市民、および大学通りの景観に関心をもつ者などが原告となって提起したものである。

訴えは最初は会社および請負契約により設計・工事を担当した建設会社（以下単に「建設会社」という）に対し、①マンションが20メートルの高さの制限を定めた建築条例に違反することの確認、②マンションの高さ20メートルを超える部分の建築禁止、③マンションの高さ20メートルを超える建築中の部分の撤去、④日照や景観などの権利・利益を侵害する不法行為に基づく慰謝料と弁護士費用相当額の支払い、を求めたものであったが、その後マンションが完成し、分譲が開始されるに伴って、①②の訴え、および③のうち建設会社に対す

る訴えが取下げられるとともに、会社に対する③④の請求につき分譲マンションの買受人らに対する訴訟引受けの申立てがなされ、その旨が決定された。したがって本件訴訟は結局原告が会社と買受人（マンションの区分所有者）に対し完成したマンションのうち高さが20メートルを超える部分の撤去を、さらにこの両者と建設会社に対し慰謝料および弁護士費用相当額の支払いを求める事案ということになったのである。

このような本件訴訟の争点を1審判決に従って整理すると、①マンションが建築基準法に違反するか、②原告らの権利侵害があったか、③受忍限度、の3つにまとめられるが、先ず1審判決⁽²⁾と2審判決⁽³⁾のこの三点についての判旨をまとめて紹介し⁽⁴⁾、その後最高裁判決⁽⁵⁾についてのべることにする。

第一点は要するに建築条例が適法であり、また当該マンションにそれが適用されるとすれば、その高さ制限に反するため当然マンションは建築基準法上違法な建築物に当たることになるわけであるが、はたしてそのように解すべきかということである。

この点につき被告らは地区計画や建築条例はマンションの建築を阻止する目的で制定されたものであって違法無効であり、またマンションは建築基準法3条2項の経過規定により救済されるとして、マンションが違法建築物には当たらないと主張するのであるが、1審判決は前者の主張は退け、後者の主張は認めている。

すなわち1審判決は先ず地区計画や建築条例に被告らがいうような目的があったことは否定できないとしつつ、大学通り沿道の建築物が並木の高さである20メートルを超えないものであることはいわば暗黙の合意、制約とされてきたものであって、それにもかかわらず会社が公法上の高さ規制が存在しないことのみを拠りどころとして、並木の2倍以上の高さのマンションの建築を強行しようとしたことから、急遽、それまでの暗黙の合意、制約を公法上の強制力を伴う高さ制限に高める必要が生じたことが、地区計画および建築条例制定の動機であって、結局地区計画は国立市の従来の景観政策の延長上にあり、した

がって建築条例の制定も建築基準法の定める目的を逸脱するものではないとするのである。

しかしながら1審判決は、「この法律又はこれに基く命令若しくは条例の規定の施行又は適用の際…現に建築…の工事中の建築物…がこれらの規定に適合せず、又はこれらの規定に適合しない部分を有する場合においては、当該建築物…に対しては、当該規定は、適用しない」との建築基準法3条2項の規定によって、マンションは建築基準法に違反する建物ではないとの被告らの主張については、それを認める。

この点に関し原告らは、「現に建築…の工事中の建築物」に該当するというためには、配筋工事がなされていることなど、「建築物」の一部が存在することが必要であり、単なる根切り工事の段階は未だこのレベルに達していないから、本件においては建築条例制定時、「現に建築…の工事中の建築物」なるものは存在しないと主張するのであるが、1審判決は、「『現に建築…の工事中の建築物』とは建築物の完成に至っていない建築工事途中の状態を指し、これに該当するというためには、建築物の完成を直接の目的とする工事が開始され、建築主の建築意思が外部から客観的に認識できる状態に達しており、かつ、その工事が継続して実施されていることを要するが、建築物の一部が構築される程度に達していることを不可欠の要件とするものではないと解するのが相当である」として、それを退ける。

そして本件マンション建築工事に係る根切り工事は、その完成を直接の目的とする工事に当たり、かつ、外部から客観的に建築主の建築意思を把握できる工事が継続中であると評価できる状態にあったというべきであるとし、したがってマンションは建築条例施行の時点で建築基準法3条2項の「現に建築…の工事中の建築物」に該当する状態にあり、建築条例が規定する高さ20メートルの制限に適合しない建物ではあるが、建築基準法に違反する建物ではないと結論する。なお2審判決もこの点については1審判決を支持している。

このように1審判決は第一の争点については、マンションに建築条例は適用

されないとして原告らの主張を退けるのであるが、このことはしかし第二、第三の争点についても同様の結論になることを意味するものではない。1審判決は、「しかしながら、建築基準法は、国民の生命、健康及び財産を保護するための建築物の構造等に関する『最低の基準』…にすぎないから、本件建物が同法上の違法建築物に当たらないからといって、その適法性から直ちに私法上の適法性が導かれるものではなく、本件建物の建築により他人に与える被害と権利侵害の程度が大きく、これが受忍限度を超えるものであれば、建築基準法上適法とされる財産権の行使であっても、私法上違法とされることがある」というのである。こうして判決は、別名「国立景観訴訟」ともいわれる本件のいわば本論＝景観利益などの権利・利益の侵害という第二の争点と、その受忍限度という第三の争点に進むことになる。

この第二の争点については原告らは、日照被害、プライバシー侵害、圧迫感その他、景観被害の4つを主張するが、1審判決は前三者については重大な被害や受忍限度を超える被害が発生しているとは認められないなどとして、比較的簡単に退け、景観被害についてのみ詳細に検討する。2審判決も同断であるが、しかし景観に関する権利・利益の侵害があったか否かの具体的判断においては1審判決は積極、2審判決は消極、と決定的に異なっている。このことが両判決の最大の相違点であることはいうまでもないであろう。

もっとも1審判決の積極的判断は、憲法13条、25条に基づいて景観利益ないし景観享受権を有するところ、マンションの建設によってそれが侵害されたとする原告らの主張に応じるものではない。判決は、「このような景観利益ないし景観享受権については、これを定める実定法上の根拠がなく、対象となる景観の内容、権利の成立要件、権利主体の範囲等のいずれもが不明確であり、また憲法13条、25条は個々の国民に対し直接具体的な権利を付与するものではないから、法的保護の対象となる利益として認めることはできない」との、環境権論などを否認する際の常套句を並べて、このような主張を明確に否定するのである。

代りに判決が指摘するのは、特定の地域内の地権者らが当該地域内に建築する建築物の高さや色調、デザインなどに一定の基準を設け、互いにこれを遵守することを積み重ねた結果として、その地域に独特の都市景観が形成され、かつ、広く一般社会においても良好な景観であると認められることにより、地権者らの所有する土地に付加価値を生み出している場合の地権者らの利益である。少々長くなるが、判決の言をそのまま引用すれば、「特定の地域内において、当該地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続により、相当の期間、ある特定の人工的な景観が保持され、社会通念上もその特定の景観が良好なものと認められ、地権者らの所有する土地に付加価値を生み出した場合には、地権者らは、その土地所有権から派生するものとして、形成された良好な景観を自ら維持する義務を負うとともにその維持を相互に求める利益（以下『景観利益』という。）を有するに至ったと解すべきであり、この景観利益は法的保護に値し、これを侵害する行為は、一定の場合には不法行為に該当すると解するべきである」とされるのである。

確かにこうすれば、「対象となる景観の内容」、「権利の成立要件」、「権利主体の範囲」のいずれもが明確になり、また「土地所有権から派生するもの」とすることによって、「実定法上の根拠」という要件もクリアできることになる。人権＝幸福追求権の一つとして主張される通常の景観権（利益）論とは異なるが、巧みな理論構成といえよう。

しかし反面ではその技巧性にかかなりの危うさを感じられるのも否めない。例えば、地権者らによる土地利用の自己規制の継続によって人工的な景観が形成・維持されたと、判決のようにストレートに断言できるのか、あるいは良好な景観が地権者らの土地に生み出したとされる付加価値とは具体的には何か、など直ちにいくつかの疑問が浮ぶのである。

2 審判決は後にみるようにこうした疑問から 1 審判決のこのような判旨を否定し、結論としてそれを取消するのであるが、ともあれ、こうした 1 審判決の立論からすれば当然続いて、地権者らが現実にかこうした景観利益を有するにい

たっているか、有する場合それが侵害されたか、さらにはその侵害は受忍限度を超えるものか、などの検討に進むことになる。そして判決は一部の原告についてはそれらをすべて認めるのである。

詳細は省略してこの点についての1審判決の結論部分のみを紹介すると、大学通り誕生以来の歴史からすれば、大学通りのうち少なくともそのほぼ中央にある一橋大学から南側の地域においては通りの両側少なくとも20メートルの範囲内の土地の地権者らが、自ら高さ20メートルを超える建築物を建設しないという土地利用上の犠牲を払いつつ、広幅かつ直線の道路、直線道路の沿道に沿う高さ20メートルの並木、直線道路の両側少なくとも20メートルの範囲に存在する建築物がその並木の高さを超えないものであること、という3つを要素とする特定の人工的な景観を70年以上も保持し、かつ、社会通念上もその特定の景観が良好なものとして承認され、その所有する土地に付加価値を生み出した場合であると認められるから、当該地権者らは景観利益を有するにいたったと認められるとされ、したがって原告らのうちでこのような地権者に該当する3名は、4棟のマンションのうち、その大部分が大学通りとの境界線から西側20メートルの範囲内に位置する東側の1棟（以下「本件棟」という）の建築によって、こうした景観利益を侵害されたといえるとされる。

また会社が住民や行政の反対に耳を貸さずに建築を開始し、周囲の環境を無視し、景観と全く調和しない本件棟を完成させ、しかも周辺地権者らが築いてきた景観利益を売り物としてマンションの販売に踏み切ったことなどからすれば、その侵害は受忍限度を超えるものとされ、結論としてマンションの建築は、不法行為に当たると判示されるのである。

かくして会社と買受人らに対し本件棟のうち、地盤面から高さ20メートルを超える部分についての撤去が、会社に対し前記地権者3名に対する慰謝料と弁護士費用の支払いが命じられるのである（買受人らと建設会社の慰謝料と弁護士費用の支払い責任に関しては、一連の経緯、事情を踏まえれば、当該責任を負わせるのは相当ではないとされている）。

しかし2審判決はこうした判断を真向うから否定する。その理由については、景観被害について論じた部分の冒頭で、「良好な景観は、我が国の国土や地域の豊かな生活環境等を形成し、国民及び地域住民全体に対して多大の恩恵を与える共通の資産であり、それが現在及び将来にわたって整備、保全されるべきことはいうまでもないところであって、この良好な景観は適切な行政施策によって十分に保護されなければならない。しかし、翻って個々の国民又は個々の地域住民が、独自に私法上の個別具体的な権利・利益としてこのような良好な景観を享受するものと解することはできない」と要約されているが、その後に改めて展開されている具体的な説明はきわめて詳細である。

例えば、現行法上個人について良好な景観を享受する権利等を認めた法令は見当らないこと、景観は対象としては客観的な存在であっても、これを観望する主体は限定されておらず、その視点も固定的なものではなく、広がりのあるものであること、景観の対象の捉え方にも広狭があり得、また大学通りの景観の外延も明確なものではないこと、景観には時間的、歴史的に変化する要素もあること、原告らの大学通りの景観との関わりもさまざまであること、大学通りの景観について大学通りの沿道の地権者らがその形成、維持に協力したことはあったとしても、もっぱら地権者らによって自主的に形成、維持されてきたものとは認められないこと、などが縷縷のべられ、最後に、「一定の価値・利益の要求が、不法行為制度における法律上の保護に値するものとして承認され、あるいは新しい権利(私権)として承認されるためには、その要求が、主体、内容及び範囲において明確性、具体性があり、第三者にも予測、判定することが可能なものでなければならないと解されるが、当裁判所としては、1審原告らが依拠する意見書・学説を参酌しても、景観に関し、個々人について、このような法律上の保護に値する権利・利益の生成の契機を見出すことができないのである」とされて、マンションの建築により、原告らについて社会生活上受忍すべき限度を超える権利・利益の被害が生じているとは認められないとの結論が導かれるのである(さらに会社の土地の取得およびマンションの建築がそ

の目的や形状において相当性を欠く違法なものかどうか、これもくわしく論じられているが、この部分については省略する)。

このように1審判決が一般的な景観利益や景観享受権については、内容、権利の成立要件、権利主体の範囲などが不明確であるとして否定しつつ、それとは区別して、特定の地域内の地権者については、法的保護に値する景観利益を認めるのに対し、2審判決はこうした区別をせずに、各人について、それが国民一般であれ、地域住民であれ、一律に、良好な景観に対する要求はその主体、内容、および範囲において明確性、具体性をもたず、したがって法律上の保護に値するものとはいえないとするのである。ここでは一定の地域内の地権者も特段の意義をもつ存在ではない。

こうして両判決の展開はかなり対照的であるが、しかし最高裁判決は両者のいずれにも与せず、さらに新しい展開をみせている。

この最高裁判決の基礎になっているのは、「都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合には、客観的な価値を有するものというべきである」という認識と、こうした良好な景観を形成し、保全することを目的とする景観条例の制定が全国的にかなりポピュラーになり、また平成16年には同様の目的をもつ景観法が公布・施行されたという景観立法の進展である。すなわち最高裁判決は両者を結びつけ、近年の良好な景観が有する価値を保護することを目的とする国および地方公共団体の景観立法の進展からすると、「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（以下「景観利益」という。）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」とするのである。

この部分が最高裁判決の最大のポイントであることはいうまでもないが、良好な景観が「客観的（な）価値」を有するとしつつ、それでとどまらず、さらに一定の者はそれを享受する私法上の利益を有するとするこの判旨の理解は必

ずしも容易ではない。

一見すると、公益と私益が分けられず、両者が接合されているようにみえるため、公益と私益を峻別する従来の一般的な立場からすれば、説明の不十分さや論理の飛躍が感じられ、本判決に関する批評が結論には好意的であっても、判旨の不明確さを指摘したり、その意味するところを忖度するのは当然といえよう。

筆者のみるところ、こうした判旨の分り難さを解く鍵は、「客観的（な）価値」という言葉の意義の理解にあるように思われる。これを通常そうされるように、公益や公共的利益の意に解すると、確かに判決の流れは、景観のもつ公益性の承認からそのまま無媒介的に個人の私法上保護される景観享受の利益を導き出すかのようにみえて、上述のような疑問や批判を生むのであるが、しかし最高裁判決のいう「客観的（な）価値」というのは、単なる公益や公共的利益ということではないと理解すべきであろう。

すなわちそれは判決全体の文脈において読むと、むしろ良好な景観は人間生活の充実に寄与するものであり、すべてのひとにその維持が求められる（したがって消極的評価に基づきそれを損なう行為は許されない）ことについて、社会的コンセンサスが形成されているとの謂であるように思われる。2審判決は、「良好な景観とされるものは存在するが、景観についての個々人の評価は、上述したとおり極めて多様であり、かつ、主観的であることを免れない性質のものである」といっているが、最高裁判決のいう良好な景観の「客観的（な）価値」とは、こうした把握を退ける趣旨と思われるのである。そしてこれもまた判決全体の文脈で読めば、良好な景観の人間生活の充実への寄与（良好な景観の恵沢）とは、歴史的・文化的環境や豊かな生活環境によってもたらされる精神的な慰藉や活力であり、こうした利益はとくに良好な景観に近接した地域に住み、日常的にその恵沢を享受している者にとっては貴重な生活利益ともいべきものになっているから、少なくともこのような人々にとってはその侵害は民法上の不法行為になるということであろう。再び2審判決との対比でいえ

ば、2審判決は、「個々の国民又は個々の地域住民が、独自に私法上の個別具体的な権利・利益としてこのような良好な景観を享受するものと解することはできない。もっとも、特定の場所からの眺望が格別に重要な価値を有し、その眺望利益の享受が社会通念上客観的に生活利益として承認されるべきものと認められる場合には、法的保護の対象になり得るものというべきである」として景観利益と眺望利益を区別し、後者にのみ法的保護の対象になり得る生活利益を認めているが、最高裁判決は前者にも同様の性格を認めているといつてよいであろう。

良好な景観を享受する利益の権利性や法的保護利益性を認める説には周知のようにさまざまなものがあるが、この最高裁判決の判旨はそれらのいずれとも完全には重ならない独自のものであるようにみえる。むしろこうした景観利益と眺望利益を重ね合せているという筆者のような理解には異論もあろうし、また仮に最高裁判決が重ね合せているとすれば、両者を区別しないことについて批判もあるのであろうが、筆者には最高裁判決の趣旨はこのように読めるし、また1審判決のような土地所有権に根拠づける説など、多かれ少なかれ技巧的な印象を与える従来の説⁽⁶⁾に対し、こうした最高裁判決の論旨の方が簡明ではあるが、自然で、却って説得力があるようにみえる。

ただ良好な景観に近接する区域内に居住する者がもつ、良好な景観の恵沢を享受する利益なるものは、やはりいささか抽象的であることは否めない。そこで最高裁判決も、それは「現時点においては、私法上の権利といい得るような明確な実体を有するものとは認められず、景観利益（先にのべたように、この言葉は最高裁判決では法律上保護に値する、良好な景観の恵沢を享受する利益のことである—筆者）を超えて『景観権』という権利性を有するものを認めることはできない」とするのである。

さらに最高裁判決はこうした判旨を受けて、景観利益はそれが侵された場合も被侵害者の生活妨害や健康被害を招来するものではないことや、景観利益の保護は反面では当該地域における土地・建物の財産権に制限を加えることにな

り、周辺の住民相互間や財産権者との間で意見の対立が生じることも予想されるのであるから、第一次的には景観利益の保護とこれに伴う財産権の規制は民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されていることなどからすれば、「ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められると解するのが相当である」という。

こうして最高裁判決においては、良好な景観の恵沢を享受する利益は法的保護利益とされるものの、実際にある行為がこうした景観利益を侵害する不法行為とされるケースはかなり限定されることになる。事実本件でも大学通り周辺の景観に近接する地域内の居住者は法律上保護に値する景観利益を有するとされるものの、会社によるマンションの建築が当時の刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなどの事情は窺われず、上告人らの景観利益を違法に侵害する行為に当たるといえることはできないとして、結局原審東京高裁の判断が是認されているのである。

したがって最高裁判決の射程距離についてはそれほど大きな期待はもてないが、ただ最高裁判決のいうように、景観利益の保護は必然的に土地や建物といった財産権の規制につながるなどからすれば、このような最高裁判決の判旨が景観利益と財産権のバランスをはかった妥当な判断といえるのではないだろうか⁽⁷⁾。

註

- (1) なお第1事件については第1審東京地八王子支決平成12・6・6判例集未登載が却下決定をし、抗告審東京高決平成12・12・22判時1767号43頁もこの原決定を是認し、第2事件については1審東京地判平成13・12・4判時1791号3頁は請求の一部を認容したが、控訴審東京高判平成14・6・7判時1815号75頁はすべての請求を不適法として退け、最決平

成17・6・23判例集未登載も上告を棄却した。第3事件については東京地判平成14・2・14判時1808号31頁は無効確認請求は却下したが、国家賠償請求は認容し、控訴審東京高判平成17・12・19判時1927号27頁もそれを維持した（ただし賠償額を4億円から2500万円に減額した）。

また大学通り付近の高層ビルに関する東京都と国立市を被告とする国家賠償請求訴訟として、東京地八王子支判平成13・12・10判時1791号86頁（請求棄却）、その控訴審東京高判平成15・2・27判例集未登載（原判決維持—ただし国立市については和解成立）もある（なおこの事件の提訴は平成8年であり、本件マンション建設を直接の発端とするものではない）。

- (2) 東京地判平成14・12・18判時1829号36頁。
- (3) 東京高判平成16・10・27判時1877号40頁。
- (4) この1・2審判決についてはすでに拙著で簡単に言及しているが（121～122頁）、ここで改めてくわしく紹介する。なお拙著122頁ではこの事件の最高裁判決がすでに平成17年6月23日に言渡されているように記しているが、この最高裁判決は註(1)にも記しているように、本件マンションに関する第2事件、すなわち建物除却命令等請求事件に関する判決なので誤りを訂正しておく—すぐ次にのべているように、本節で扱っている事件の最高裁判決は平成18年3月30日に言渡されている。
- (5) 最判平成18・3・30民集60巻3号948頁。
- (6) 大塚教授の整理によれば、景観の恵沢に享受する利益の権利性や法的利益性を認める立場としては、①環境権を根拠とするもの、②自由権ないし「拡張された人格権」を根拠とするもの、③本件第1審判決のように、土地所有権から派生した利益であるとするもの、④人格権にも土地所有権にも還元され得ない生活環境利益の一種であるとするもの、⑤地域的ルールを根拠とするもの、⑥慣習上の法的利益を根拠とするもの、などがある（大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリスト1323号70頁—上の整理は74頁でなされている）。また同教授には「国立景観訴訟最高裁判決」（NBL834号4頁）もある。

なお大塚教授の論文の他に筆者が参照した関係の文献を順不同で挙げておくと、吉田克己「『景観利益』の法的保護」（判タ1120号67頁）、同「景観利益の侵害による不法行為の成否」（平成18年度重判解83頁）、吉村良一「国立景観訴訟最高裁判決」（法律時報79巻1号141頁）、前田陽一「景観利益の侵害と不法行為の成否」（法の支配143号88頁）、富井利安「国立高層マンション景観侵害事件」（環境法判例百選162頁）、松尾弘「景観利益の侵害を理由とするマンションの一部撤去請求等を認めた原判決を取り消した事例（国立景観訴訟控訴審判決）」（判タ1180号119頁）、等である。

- (7) なお景観利益にふれた最近の判例としては、東京地判平成17・11・28判時1926号73頁もあるが、そこでは、「景観法は、景観計画の策定とこれに基づく行為規制等の手法を通じて、良好な景観の形成を目指しているものと考えられる。加えて、景観は、その周辺地域の土地の利用権者の土地利用及びその地上の構築物の利用権者のその利用の集積の

結果もたらされたものであるから、それ自体固定的に存在するものではなく、流動的なものであり、しかも、その景観の形成には多数の者が関係しているのである。そして、そのようにして形成された景観に対する評価は、人により様々である。したがって、良好な景観を維持していくためには、このように流動的で、必ずしも評価が一致しない事項について、多数の関係者の権利関係を調整することが必要になる。こうしたことをも総合的に考慮すると、良き景観の形成、維持については、基本的には、上記景観法が定める手法を通じて、その目的を達することが期待されているというべきである」として、景観法による景観利益の形成と維持が説かれている。

I-2 住基ネット訴訟

はじめに

周知のように、住民基本台帳ネットワークシステムの設置と運用に関する訴訟（住基ネット訴訟）の数は多数に上り、したがってそこに含まれている請求の内容も一様ではないが、大別すると、損害賠償請求と差止請求の2つに分けられる。

そのうち前者は平成11年の「住民基本台帳法の一部を改正する法律」（以下この法律を「改正法」といい、改正後の住民基本台帳法を「住基法」という）により設置された住民基本台帳ネットワークシステム（以下「住基ネット」という）は違憲であるとし、こうした国会の立法行為や、この改正法の附則1条2項で、「この法律の施行に当たっては、政府は、個人情報保護に万全を期するため、速やかに、所要の措置を講ずるものとする」と定めるにもかかわらず、その「所要の措置」を講じない国会の立法不作為、および「所要の措置」を講じることなく改正法を施行した内閣総理大臣や総務大臣の行為等について国に対し、さらに市町村長が本人確認情報を都道府県知事に通知し、知事が国の機関や法人等に対しこの通知を受けた本人確認情報を提供するが、知事はこれらの提供事務を総務大臣が指定した指定情報処理機関に委任することができる（委任の前提として当然知事から指定情報処理機関への本人確認情報の通知が

ある)、現に全都道府県知事が指定情報処理機関である財団法人地方自治情報センター（以下「センター」という）に委任しているという住基ネットの基本態様と運用の現状を受けて、こうした自治体の長やセンターの本人確認情報の通知、提供等について、市、府県、およびセンターに対し（町村および東京都と北海道に対する訴訟を筆者はみていないので、このように記しておくー以下同じ）、国家賠償法や民法に基づきなされたものである。

他方差止請求は、前者の場合と同様住基ネットを違憲とし、市に対して本人確認情報を知事に通知しないこと、府県に対して本人確認情報の提供を行わないこと、センターに本人確認情報処理事務を委任しないこと、同じくセンターに本人確認情報を通知しないこと、およびセンターに対して受任した本人確認情報処理事務（国の機関や法人等への本人確認情報の提供等）を行わないこと等を請求するものであり、併せて市に対して住民基本台帳から住民票コードを削除すること、および府県とセンターに対して住基ネットの磁気ディスクから本人確認情報を削除することも請求されるのが例である。

なお住基ネットについての違憲の主張は、それが憲法13条に違反するとするものであるが、具体的には住基ネットがプライバシー権の一内容としての自己情報コントロール権、プライバシー権ないし人格権の一環である公権力による包括的な管理からの自由と平穏生活権、および人格権に含まれる氏名権を侵害するとするものである。

判決はいずれも損害賠償請求については比較的簡単に退け、また差止請求についても、多くは公権力による包括的な管理からの自由と平穏生活権、および氏名権に基づく請求に先行して、プライバシー権＝自己情報コントロール権に基づく請求について論じ、またそれが判決の結論を決めているのが常例なので、本節ではプライバシー権＝自己情報コントロール権に基づく差止請求に関する判断を中心に判決をみることにする。

考察の順序としては、最初にこれまでの住基ネット訴訟のうちで、住基ネットを控訴人（原告）らに運用（改正法を適用）することは、そのプライバシー

権（自己情報コントロール権）を侵害するものであり、憲法13条に違反するものといわざるを得ないとし、あるいは自己のプライバシーの権利を放棄せず、住基ネットからの離脱を求めている原告らに対して適用する限りにおいて、改正法の住基ネットに関する各条文は憲法13条に違反すると結論づけるのが相当であるとして、請求（の一部）を認容した大阪高裁判決⁽⁸⁾と金沢地裁判決⁽⁹⁾を検討し、その後この2つの判決と対比しながら、違憲の主張を退けて差止請求を棄却した残りの判決の代表例として名古屋高裁金沢支部判決⁽¹⁰⁾（上の金沢地裁判決の控訴審判決）をみることにしよう。

（1）違憲判決

初の高裁としての違憲判決である大阪高裁判決は、先ず、「他人からみだりに自己の私的な事柄についての情報を取得されたり、他人に自己の私的な事柄をみだりに第三者に公表されたり利用されたりしない私生活上の自由としてのプライバシーの権利」は、いわゆる人格権の一内容として、憲法13条によって保障されていると解するのが相当であるとする。しかし判決はそれにとどまらず、こうしたプライバシーの権利の保障を実効的なものにするには、自己のプライバシーに属する情報の取扱い方を自分自身で決定することがきわめて重要になってきており、今日の社会にあっては、この「自己のプライバシー情報の取扱いについて自己決定する利益（自己情報コントロール権）は、憲法上保障されているプライバシーの権利の重要な一内容となっているものと解するのが相当である」とする。

このようにいわゆる「自己情報コントロール権」にポジティブなことがこの判決の最大の特色であって、それが判決全体の姿勢を決定している。むしろ現在にあっては、「自己情報コントロール権」説はプライバシー権論に関する有力な理論となっており、後に指摘するように差止請求を退けた判決の多くも、それを一概には否定せず、その説くところに一定の理解を示している。そのた

め住基ネット訴訟の判決の結論の分岐は、自己情報コントロール権を認めるかどうかによるものではないとの指摘もなされるのであるが⁽¹¹⁾、しかしこれ後にみるように、差止請求を退けた判決の「自己情報コントロール権」への言及には、明らかにそのコミットの度合において大阪高裁判決や金沢地裁判決とは差があり、「自己情報コントロール権」説にポジティブであるか否かは、やはり判決の結論を左右する重要なポイントになっているとみるべきであろう。

次いで大阪高裁判決は、「氏名」「生年月日」「男女の別」「住所」「住民票コード」「変更情報」という本人確認情報がプライバシー権性（自己情報コントロール権の対象性）をもつか否かを検討し、結論としてはそれらはいずれもプライバシー権に係る情報として、法的保護の対象となり、自己情報コントロール権の対象となるというべきであるとする。ただ判決は語を継いで、本人確認情報は地方公共団体や行政機関において、行政目的実現のために必要な範囲で個人識別情報として収集、保有、利用等する必要がある場合があることはいうまでもなく、このような個人識別情報としての本人確認情報の性質を考慮すれば、「その収集、保有、利用等については、①それを行う正当な行政目的があり、それらが当該行政目的実現のため必要であり、かつ、②その実現手段として合理的なものである場合には、本人確認情報の性質に基づく自己情報コントロール権の内在的制約により（もしくは、公共の福祉による制約により）、原則として自己情報コントロール権を侵害するものではないと解するのが相当である」というが、しかしまた直ちに、本人確認情報の漏えいや目的外利用などによるプライバシーないし私生活上の平穩の侵害の具体的危険がある場合は、②の実現手段としての合理性がないものとして、自己情報コントロール権を侵害することになるとのべ、住基ネットによる本人確認情報の利用が違憲になる場合もあること、およびそのような場合には利用の差止めをすべきケースも生じることを指摘する。

こうして判決はとくに②の住基ネットの行政目的実現手段としての合理性に判断の重点を置くことを示唆するわけであるが、その前に①について検討し、

「住基ネットの導入による住民サービスの向上や行政事務の効率化（経費削減）がどの程度実現できるかについては不透明なところがあり、特に市町村に求められる効率化以上の負担を課すというところもなきにしもあらずという実態が窺えるが、…住民サービスの向上及び行政事務の効率化に役立つところがあることも否定できないところであり、住基ネットの行政目的の正当性及び必要性は、これを是認することができるというべきである」と、いくらか及び腰ながら、一応①については肯定する。

しかし②については、さらにその一（住基ネットによる本人確認情報漏えいの危険性の有無）とその二（住基ネットによるデータマッチング等の危険性の有無）に分けて検討し、前者については、本人確認情報が漏えいする具体的危険があるとまでは認めることができないとして、危険性を否定するが、後者についてはその危険が相当あるものと認められるとし、したがって住基ネットは、その行政目的実現手段として合理性を有しないものといわざるを得ないと結論する。

このデータマッチング（複数の個人情報ファイルに含まれる電子データを比較、検索、および結合すること⁽¹²⁾）等の危険性を認めた判断部分は相当に多くの理由が挙げられていて、入り組んだものとなっている。判決は先ず改正法や「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」（以下「行政機関個人情報保護法」という）で、本人確認情報の受領者は、その受領の目的である事務の処理の遂行に必要な範囲内でそれを利用または提供（以下では原則として両者を合せて「利用」という）すること、本人確認情報や個人情報の目的外の利用の禁止、その違反行為に対する罰則、および違反行為に対する監視機関等について規定されており、また現行法上指定情報処理機関が国の機関等が保有する個人情報を結合することは不可能であり、国の機関等が保有する個人情報を統一的に収集し得る主体もシステムも制度化されていないこと等を考慮すれば、「住基ネットの運用によって…データマッチングや名寄せが行われることは考え難いといえなくもない」とする。

判決はこのように幾分微妙な表現で、一応データマッチング等の危険は考え難いとするのであるが、こうした表現は、それでも子細にみれば、やはりその危険性を否定できないという次の展開の伏線をなしている。判決はデータマッチングの防止等の観点からすれば、現在の住基ネット制度には上記のような改正法や行政機関個人情報保護法の規定にもかかわらず、なお無視できない欠陥がいくつか存在するというのである。

例えば行政機関個人情報保護法 8 条は 1 項で保有個人情報の目的外利用を原則禁止しつつ、2 項でそれが例外的に許容されるケースを挙げているが、続く 3 項で、「前項の規定は、保有個人情報の利用又は提供を制限する他の法令の規定の適用を妨げるものではない」と規定しているところ、住基法は上にもふれたように 30 条の 34 で、「受領者は、その者が処理する事務であってこの法律の定めるところにより当該事務の処理に関し本人確認情報の提供を求めることができることとされているものの遂行に必要な範囲内で、受領した本人確認情報を利用し、又は提供するものとし、当該事務の処理以外の目的のために受領した本人確認情報の全部又は一部を利用し、又は提供してはならない」と規定しているため、この規定は上述の行政機関個人情報保護法 8 条 3 項に定める「他の法令の規定」に該当すると解され、本人確認情報の目的外利用は禁止されることになるのに対し、一定の場合に保有する個人情報の利用目的を変更することを許容する行政機関個人情報保護法 3 条 3 項には上記の 8 条 3 項のような規定は置かれていないから、目的を変更した個人情報の利用には住基法 30 条の 34 の制限は及ばず、またこうした目的変更による利用については監視機関も置かれていない等、利用目的変更の適切な運用が厳格になされる制度的担保が存在しないと指摘する。

さらに本人確認情報を利用できる事務は今後益々拡大していくことが予想されるが、このように拡大すれば、住民が本人確認情報の利用対象事務を把握することは実際上困難となり、開示・訂正請求や利用停止請求等の改正法や行政機関個人情報保護法が定める救済手段をとることが、事実上不可能になるとも

指摘する。

また第三者が他人の住民票コードのついた住民票の写しの交付を求めることや業として行う行為に関し住民票コードの告知を求めることができないことが定められ（住基法12条2項や同30条の43第2項）、住民票コードの民間における利用も禁止される（30条の43第3項）等、住民票コードの秘匿がはかられているが、本人や家族が住民票の写しを請求して第三者に交付したり、住民票コードを告げたりすれば、第三者は他人の住民票コードを知ることができるし、あるいはまた個人情報が商品価値をもち、個人情報の収集や流出が少なからずみられる社会の現状からすれば、住民票コードの民間利用禁止の実効性も疑わしい等として、住民票コードの秘匿が万全かにも疑問を呈し、さらに行政機関個人情報保護法8条2項は例外的に保有個人情報の目的外利用が可能とし、その要件として、「相当の理由があるとき」とか「必要な限度で」とかいった条件を掲げているが、それでは行政機関が目的外利用の要件の有無を自ら判断することになり、実際には実効性のある利用制限の歯止めにならず、行政機関が住基ネット上における本人確認情報の利用を事実上自由に行い得ることになってしまう危険性が高い等、目的外利用禁止のための制度的担保は十分とはいえないと批判を続ける。

しかし判決の住基ネットによるデータマッチング等の危険性の指摘はそれで終らず、目的外利用が可能な場合も外延は明らかとはいえず、したがってその外延目的情報については複数の行政機関の間で関連性が競合することがあることも十分予想され、そうなれば行政機関の間でデータマッチングが進められる等、行政機関が個別に保有する個人情報の範囲が拡大して、少数の行政機関によって、行政機関全体が保有する多くの部分の重要な個人情報が結合・集積され、利用されていく可能性は決して小さくないが、住基ネットの運用についてこうしたデータマッチングや名寄せを含む目的外利用を中立的立場から監視する第三者機関は置かれていないことや、これまでの市町村の防衛庁（当時）に対する自衛官募集に関する適齢者情報の無原則的な提供の事実からすれば、住

基ネットの本人確認情報を利用して当該本人に関する個人情報に際限なく集積・結合されて、それが利用されていく危険性が具体的に存在することを窺わせること、市町村長は住基カードを検診・健康診断の申し込み等のさまざまなサービスのために使用することができるが、住民が住基カードを使ってそうしたサービスを受けた場合には、その記録が行政機関のコンピュータに残り、それらの記録を住民票コードで名寄せすることも可能であること等を詳述する。

その結果判決は結論として、「これらの諸点を考慮すれば、住基ネット制度には個人情報保護対策の点で無視できない欠陥があるといわざるを得ず、行政機関において、住民個々人の個人情報が住民票コードを付されて集積され、それがデータマッチングや名寄せされ、住民個々人の多くのプライバシー情報が、本人の予期しないときに予期しない範囲で行政機関に保有され、利用される危険が相当あるものと認められる。そして、その危険を生じさせている原因は、主として住基ネット制度自体の欠陥にあるものといえることができ、そうである以上、上記の危険は、抽象的な域を超えて具体的な域に達しているものと評価することができ、住民がそのような事態が生ずる具体的な危険があると懸念を抱くことも無理もない状況が生じているというべきである。したがって、住基ネットは、その行政目的実現手段として合理性を有しないものといわざるを得ず、その運用に同意しない控訴人らに対して住基ネットの運用をすることは、その控訴人らの人格的自律を著しく脅かすものであり、住基ネットの行政目的の正当性やその必要性が認められることを考慮しても、控訴人らのプライバシー権（自己情報コントロール権）を著しく侵害するものといえるべきである」といい、住民票コードによって本人確認情報を管理、利用するという住基ネットの性格からすれば、こうした控訴人4名についての個人情報のデータマッチングや名寄せの危険による権利侵害状態の排除は、住民票コードの削除によって最も実効性があるといえるとして、箕面市等被控訴人3市に住民基本台帳から4人の住民票コードを削除することを命じている。

しかしこうした大阪高裁判決は必ずしも説得的ではないし、また判旨も判然

としないくらいがある。例えば上記のように住基ネットの運用においては住民票コードがきわめて重要な役割を果たし、それゆえその秘匿の必要性は高いとしたうえで、本人や家族が住民票の写しを請求して第三者に交付したり、自らの住民票コードを告げたりすれば、第三者が他人の住民票コードを知ることができるとして、住民票コードの秘匿が実際には損なわれる危険があるとするが、はたしてこのような立論が妥当であろうか。自らの住民票コードを第三者に明らかにする者は住民票コードに関するプライバシー権を自らの意思で放棄しているわけで、そういう事態が出現する可能性があることを制度の欠陥というのは論理の飛躍というべきではなかろうか⁽¹³⁾。

また住民票コードの民間利用禁止も現今の個人情報大量に収集され、また流出している状況に照らせば、その実効性は疑わしいというが、当然のようにこうした予測をするのもいささか安易な推論ではなかろうか。これらのことを欠陥というのなら、当事者が自らの住民票コードを明らかにするのを防ぐ術はないし、それらの集積の防止も困難であるから、結局住基ネットそのものを廃止する以外、有効な方策はないことになるであろう。

さらに行政機関個人情報保護法の問題点（と判決がする点）が、そのまま住基ネットの問題点、すなわち欠陥と考えられている節があるが、住基ネットに係る本人確認情報はいうまでもなく個人情報のごく一部であって、行政機関個人情報保護法でいう個人情報とそのまま重なるわけではない。この点の区別が必ずしも明確に意識されず、行政機関の保有する個人情報保護一般の問題と、住基ネットに係る本人確認情報の取扱いの問題が単純に同一視されているようにみえ、そのため判旨が理解しにくくなっていることも、この判決について指摘すべき点であろう。

さらにまたこの行政機関個人情報保護法の問題点、すなわち住基ネットの問題点として、上述のように、例えば行政機関が個人情報の目的外利用や目的変更の権限を悪用・濫用する場合、それを防止する制度的担保がないことが指摘されているが、いかなる制度であれ、どのような監視機関や罰則を設けても、

それに携わる者がそのシステムを悪用・濫用する危険性を全面的に排除することはできないから、それでもなお危険性を除去しようとすれば、制度の構築を断念するしかないように、この場合も住基ネット自体を廃止するしかないであろう。

それにそもそも大量の個人情報を保有すれば行政機関は必然的にそれらの統合をはかるであろうという推論（それを支える例としては個人情報保護法や行政機関個人情報保護法成立前の自衛官募集に関する市町村の対応のデータが挙げられているのみである）を判決の結論の決定的な証拠として用いることが、はたして妥当であろうか。

なお付言すると大阪高裁判決は行政機関個人情報保護法の条文の意義の理解においてかなり強引でもあって、その文言のみの形式的な解釈操作によって結論を導き出すというやり方をしている。例えば前述のように、例外的に行政機関が保有する個人情報の目的外利用を認めている行政機関個人情報保護法8条2項には、この規定は保有個人情報の利用を制限する他の法令の規定の適用を妨げるものではないとの3項が付いており、受領本人確認情報の目的外利用を禁止した住基法30条の34がここでいう他の法令の規定として適用されて、結局本人確認情報の目的外利用は禁止される仕組みになっているのに対し、一定の場合に行政機関が保有する個人情報の利用目的の変更を認めた行政機関個人情報保護法3条3項には8条3項に相当する規定が置かれていないため、行政機関による目的を変更した個人情報の利用には歯止めがかからないとしていること等がそれである。

しかし住基ネットの運用の中心である都道府県知事とセンターは、市町村長と都道府県知事から通知された本人確認情報を住基法の定める場合以外は利用してはならないとされ、また繰り返しのべているところであるが、国の機関等の本人確認情報の受領者もその目的外利用が禁止されていることが示すように（住基法30条の30第1項、第2項、上述の同30条の34）、本人確認情報は住基法が認める場合、およびこの認められた事務の処理のためにのみ利用され得る

というのが、住基ネットのいわば基本原則であって、判決のいう行政機関個人情報保護法における制限規定の欠如にもかかわらず、本人確認情報に関する限り、その利用目的の変更が認められないのは自明のことというべきではなかろうか。

このように大阪高裁判決には多くの疑問が残るが、この高裁判決の約1年前に言渡された最初の違憲判決である金沢地裁判決も行論では異なるところがあるものの、基本的な着眼点と判断はほぼ同様である。

すなわち、プライバシーの権利は憲法13条によって保障され、そこには自己情報コントロール権が重要な一内容として含まれると解すべきであること、本人確認情報はこの自己情報コントロール権の対象となること、ただし本人確認情報に対する自己情報コントロール権も無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受けることはやむを得ないことを先ずのべたうえで、住基ネットがこの許容される制限に当たるか否かを検討するのである。

この検討は具体的には、①本人確認情報の秘匿を要する程度、②システムのセキュリティ、③本人確認情報の通知、保存、提供の態様が個人の人格的自律を脅かす危険の有無、程度の検討としてなされるが、①と②に関しては比較的簡単に済ませ、①については、「氏名」「生年月日」「男女の別」「住所」の4情報は社会通念上一般的には秘匿を要する程度が高いということとはできないものの、「住民票コード」と「変更情報」の秘匿を要する程度は相当高いというべきであるとし、②については、「疑問はあるものの、本訴において、住基ネットのセキュリティが不備で、本人確認情報に不当にアクセスされたり、同情報が漏洩する具体的危険性があることが立証されたとまでいうのは困難である」と結論したうえで、③の検討に進むのである。

この部分が大阪高裁判決の、住基ネットの行政目的の正当性および必要性の検討、ならびに行政目的実現手段としての合理性の検討のうちのその二、すなわち住基ネットによるデータマッチング等の危険性の有無の検討に相当するわ

けであるが、金沢地裁判決は先ず住基ネットの稼動や今後の法律・条例による本人確認情報提供事務の拡大によって、行政機関がもっている膨大な個人情報データマッチングされ、住民票コードをいわばマスターキーのように使って名寄せされる危険性が飛躍的に高まったというべきであるとする。もちろんこれまでに繰り返しのべたように、住基法30条の34は受領者が本人確認情報をその提供を求めることができる事務の処理以外の目的のために利用してはならない旨を定めているが、これがデータマッチングや名寄せを禁じるものかは文言上判然とせず、仮にそうだとしても、その違反行為に対する罰則は定められていないし、第三者機関の監視システムもないから、その実効性は疑わしいとし、また行政機関個人情報保護法も個人情報の利用目的の変更や目的外利用を認めているから、データマッチングや名寄せを防止できるとする根拠にはなり得ないとするのである。

ここでも行政機関は多くの個人情報を保有すれば、必然的にその統合をはかると当然のように推論されているが、さらに住基カードについても、住民が住基カードを使って各種サービスを受ければ、その記録が行政機関のコンピュータに残るのであって、これに住民票コードが付されている以上、これも名寄せされる危険があるとする。この点も大阪高裁判決と同様である。

さらにまた金沢地裁判決はそれで終らず、なお同旨を繰り返して、行政機関は住民が届出、申請等をするに当たって開示した膨大な個人情報をもっているが、これらの情報に住民票コードが付され、データマッチングがなされ、住民票コードをマスターキーとして名寄せがなされると、住民個々人が行政機関の前で丸裸にされるが如き状態になるのであり、実際にこうした事態が生ずれば、あるいは生じなくても、住民においてそのような事態が生ずる具体的危険があると認識すれば、住民一人一人に萎縮効果が働き、個人の人格的自律が脅かされる結果となることは容易に推測できるという。

要するに住基ネットの運用に携わり、また本人確認情報を受領する行政機関が住民票コードを使い、保有するさまざまな個人情報を名寄せして、住民の全

生活状態を把握する具体的危険が存在するというのであるが、そうした推論についてとくに根拠が示されているわけではない。こうした立論からすれば、いかに罰則を設け、あるいは監視機関を置こうと、行政機関の行動を外部から完全に縛るのは不可能であるから、大阪高裁判決についてのべたように、具体的危険を回避するには、住基ネットそのものを廃止するほかはないであろう。

しかし金沢地裁判決はそうに論を進めず、住基ネットの運用によって達成しようとしている行政目的が正当であり、住基ネットを運用することについて、住民のプライバシーの権利を犠牲にしてもなお達成すべき高度の必要性がある場合には、住基ネットのシステムを運用することが許されるとして、住基ネットの目的とその必要性の検討に移るのである。

前述のように大阪高裁判決は最初にこの住基ネットの目的の正当性と必要性の判断を行い、ともにそれを肯定した後、住基ネットの行政目的実現手段としての合理性の検討を行うのであるが、金沢地裁判決は検討の順序を異にするわけである。そして金沢地裁判決は、この住基ネットの目的の正当性と必要性の判断において、それをともに肯定した大阪高裁判決とは異なる見解をのべている。

すなわち住基ネットの目的については、さまざまな疑問もないではないが、一応の理由はあり、正当なものと評価できないではないとしながら、さらに語を継いで、その目的はつまるところ、「住民の便益」と「行政事務の効率化」であるところ、「住民の便益」は、それを享受することを拒否し、それよりもプライバシーの権利を優先させて住基ネットからの離脱を求めている原告らとの関係では、正当な行政目的たり得ず、本件においては「行政事務の効率化」のみが正当な行政目的として是認できるとして、この「行政事務の効率化」という目的達成のための住基ネットの必要性を検討し、結論としてそれを否定するのである。その理由は端的に言えば、住基ネットによって行政と住民が受ける経費削減の利益がその構築の費用およびその後の運用経費を上回るか、あるいはそれがどの程度かという費用対効果が未知数であるということである。

費用対効果という問題は前述のように大阪高裁判決でもふれられているが、強調はされていないから、この点は金沢地裁判決のユニークな点であるが、こうして、「住民基本台帳に記録されている者全員を強制的に参加させる住基ネットを運用することについて原告らのプライバシーの権利を犠牲にしてもなお達成すべき高度の必要性があると認めることはできないから、自己のプライバシーの権利を放棄せず、住基ネットからの離脱を求めている原告らに対して適用する限りにおいて、改正法の住基ネットに関する条文は憲法13条に違反すると結論づけるのが相当である」とされ、被告石川県に対し、住基法所定の国の機関および法人に原告らに関する本人確認情報を提供してはならないこと、センターに原告らに関する本人確認情報処理事務を委任し、本人確認情報を通知してはならないこと、および原告らの本人確認情報を、保存する住基ネットの磁気ディスクから削除することが、センターに対し、原告らに関する本人確認情報処理事務を行ってはならないこと、および原告らに関する本人確認情報を、保存する住基ネットの磁気ディスクから削除することが命じられるのである。

このように一応形の上では、「行政事務の効率化」という行政目的実現のための住基ネットの必要性が認められないことが違憲の理由とされているのであるが、判決が求める必要性は上述のように単なる必要性ではなく、原告らのプライバシーの権利を犠牲にしてまでも維持されるべき高度の必要性、判決のコンテキストでいえば、明確かつ大幅な経費削減効果である。しかし不確定な諸要素が絡んでいるためその効果の費用上の計算は元々きわめて困難であり、判決もそうしたように、結局経費削減効果は未知数＝確定困難といわざるを得ないであろう。したがって実は判決が費用対効果についての高度の必要性を合憲性判断の基準にしたときに、違憲の結論はすでに決ったも同然であったといつてよいであろう。換言すれば、住基ネットがプライバシーの権利を侵害するとの判断によって実際には結論はすでに決せられているのであり、必要性の言及は蛇足の観を免れないということである。

したがってまた行論をやや異にしているが、結局金沢地裁判決は住基ネット

が住民のプライバシー権を侵害する具体的危険性があるとの判断によって結論を導いた大阪高裁判決と実質的には同様であり、途中でもふれたように、大阪高裁判決についてのべた疑問や批判がそのまま当てはまるのである。

(2) 合憲判決

冒頭にのべたように、以上にみた大阪高裁判決と金沢地裁判決以外の判決はいずれも原告の違憲の主張を退け、損害賠償や差止めの請求を棄却しているが、それらの判決のうちでは名古屋高裁金沢支部判決（以下単に「金沢支部判決」という）が2つの違憲判決のほぼすべての根拠にふれつつ、それを否定していて、最も対照的なので、最初に予告したように以下住基ネットの設置や運用を容認した判決の代表例として、この金沢支部判決をみることにしよう。

金沢支部判決は冒頭、「住基ネットの目的等」と、制度面と技術面に即した「個人情報保護のための対策等」についてくわしく事実認定をしたうえで、先ずプライバシー権の意義についてふれ、憲法13条は、「幸福追求権の一内容をなす憲法上の権利として、個人の人格的自律ないし人格的生存の基盤をなす個人の私生活上の自由及び平穩を国家機関等の公権力の行使から包括的に保障する」とし、したがって、「国家機関等の公権力といえども、正当な理由がなく、社会生活上当然に受忍すべき限度を超えて、上記のような私生活上の平穩を害し、あるいは、その自由・自律に干渉するような態様において、個人の私生活上の情報を収集し、管理し、利用（他者への開示を含む。）することは、憲法13条が保障するプライバシー権を侵害するものとして許されない」という。そしてこのことを受けて、住基ネット規定が国家機関等の公権力にこうした憲法13条が保障するプライバシー権の侵害を許す内容のものである場合はもちろん、住基ネット規定そのものは当然にプライバシー権の侵害を許す内容のものではないが、システムの安全に関する規定やプライバシーの保護を担保する規定を欠くなどのために、住基ネット上の本人確認情報が簡単に漏えいし、ある

いは流出する具体的な危険のある場合も、住基ネット規定は憲法13条に違反して無効となることがあるとし、このような違憲状態が生じた場合においては、その権利を自己情報コントロール権と称するか否かは別として、本人確認情報に係る住民は、人格権としてのプライバシー権に基づく妨害排除請求権または妨害予防請求権により、これを差し止める権利をもつという（ただしそれに先立って、本人確認情報のプライバシー権の対象性について検討し、「本人確認情報は、憲法13条が、国民に対して保障するプライバシー権の中核をなすところの、個人の人格的自律ないし人格的生存に必要不可欠な、個人の私生活上の自由及び平穩に関する利益…には直接に関わるものとはいえないが、その高度な個人識別性の故に、これに密接に関連する利益として、なお憲法13条が国民に保障するプライバシー権の内容となり、それによる保護の対象となるものと解するのが相当である」と結論している）。

金沢支部判決はこうして自己情報コントロール権説に対する明確な評価は回避しつつ、これまでにのべたような趣旨と範囲で被控訴人（原告）ら主張のプライバシー権（自己情報コントロール権）は肯定できるとするが、こうしたいわば総論ともいうべき判示に続いて、金沢支部判決は自らが指摘したいいくつかのチェックポイントや被控訴人らの主張について具体的な検討を行う。

この検討の最初は住基ネットの基本態様についてであるが、金沢支部判決は、「住基ネットは、住民サービスの向上と行政事務の効率化を目的とするものであり、また、都道府県知事及びその委託を受けた控訴人センターによる本人確認情報の保存及び国の機関等に対する提供、国の機関等によるその利用は、いずれも住基法所定の事務の処理に関して必要なものである上、その利用は、上記事務に係る住民の居住関係の確認等の住基法所定の目的に限定され、住基法が定める以外の利用は許されないものとされているのであって、住民の本人確認情報がみだりに公開されたり、上記事務の処理以外の用途で利用されるものではないのであるから、控訴人らが住基法に従って住基ネットにおいて本人確認情報を取り扱うことについては、正当な理由があり、その方法も正当

である」といい、「したがって、住基ネット規定がその内容自体において憲法13条に違反するものということとはできない」とする。

すなわち大阪高裁判決や金沢地裁判決とは異なり、住基ネットの基本態様に関する諸規定を適切なものと評価するのであり、また問題をもっぱら住基法上の問題として取り扱っていて、大阪高裁判決が繰り返し指摘した行政機関個人情報保護法の規定の「欠陥」についての言及は全くない（このようにもっぱら住基法について判断してその規定を妥当とし、行政機関個人情報保護法に言及しないのは他の請求を棄却した判決にも共通する態度である）。

金沢支部判決はさらに住基法の本人確認情報を含む個人情報保護を目的とする多数の規定等からすれば、住基ネットについて、そのセキュリティの不備や管理および運用面での不備があるため、本人確認情報が漏えいし、流出する具体的な危険があるとは認められないとして、ここでも住基法の諸規定を適切妥当としている。

また大阪高裁判決や金沢地裁判決が強調した住民票コードを使用してのデータマッチングの危険についても、住基法や行政機関個人情報保護法はそれを防止する規定を置いており、したがって、「被控訴人ら主張の本人確認情報を使用したデータマッチングは、住基ネットに係る都道府県知事、国の機関等あるいはその職員がこれら法律の定めを遵守する限りは実現しないのであり、これらの者がこれら法律の定め違反することを当然の前提として、上記データマッチングの具体的な危険があるとするのは、当を得たものということとはできない」とする。こうして行政機関は多くの個人情報を保有すれば、必然的に法の規定に反してでもその統合をはかるという大阪高裁判決や金沢地裁判決の推論を当を得ていないと、真向うから否定するわけである（判決のなかには直截に、住民票コードが個人情報を結合させる起点として利用される証拠もなく、住民票コードが割り振られたことにより公権力による国民個人の情報の一元的管理が可能となるものではないとしたり⁽¹⁴⁾、都道府県知事が提供するのは本人確認情報のみに限定されており、受領者も本人確認情報の目的外利用

が禁止されていることからすれば、住民票コードは効率的かつ正確に本人確認をするための役割を果たすものととどまり、それを超えて本人確認情報以外の個人情報と結合し、一元的に管理することは予定されていないというべきであり、したがって住基ネットの稼動が現時点において行政機関等の保有する個人情報の統合につながる具体的危険はないとするもの⁽¹⁵⁾もある)。

関連して、データマッチングを防止するための第三者機関として、都道府県にあつては「本人確認情報の保護に関する審議会」、指定情報処理機関にあつては「本人確認情報保護委員会」が置かれているから、住基法が行政機関による個人情報の目的外利用禁止の制度的担保を設けていないということではできないともいう。ここでも大阪高裁判決や金沢地裁判決の、監視機関の不存在との判断を退けるのである。

さらにまた住基ネットの必要性についても、住民サービスの向上と行政事務の効率化を目的とするものであつて、その導入の必要性を否定することはできないとしたうえで、費用対効果の問題にふれ、「被控訴人らは、住基ネット導入に伴う行政事務の効率化が導入に伴うコストに遠く及ばないとも主張するが、この点は、国又は地方公共団体における行政事務の処理に関する立法政策又は行政上の施策の当否の問題として、立法府又は行政府が広範な裁量権を有する事項であるから、被控訴人に指摘のような事情があるとしても、そのことから直ちに住基ネットについてその導入の必要性がないと断定することはできないというべきである」として、金沢地裁判決のような、費用対効果が未知数であるから、住基ネットの強い必要性は認められないという判断を退ける。

こうして金沢支部判決は結論として、「以上によれば、住基ネット規定が、その内容自体において憲法13条に違反するものということではできないのみならず、住基ネットに使用されるシステムの安全に関する規定や住基ネットの管理運営に関してプライバシーを保護する規定を欠くなどのために、使用されているシステムについて安全上無視し得ない欠陥があつて、容易に外部からの侵入を許すものであつたり、住基ネットの管理及び運営が著しく杜撰になされ、

住基ネットの管理運営に従事する者が不正に本人確認情報にアクセスするなどして、本人確認情報が簡単に漏えいし、あるいは流出する具体的な危険があるという場合にも当たらないため、控訴人らが住基ネットにおいて本人確認情報を取り扱うことが憲法13条に違反するものということもできない」とするのである。

格別目新しい理論や指摘が展開されているわけではないが、繰り返しのべたように、大阪高裁判決や金沢地裁判決がかなり強引で粗いという印象を与えるのに対し、金沢支部判決はごく通常の無理のない判断をしていて、この判決の方が、少なくとも住基ネットに関し特段の問題が生じていない現時点では、妥当といえよう。

なお最後に筆者がみた損害賠償請求や差止請求を棄却した金沢支部判決以外の判決のプライバシー権（自己情報コントロール権）論をごく簡単にまとめておくことにするが、そのためには先ず従来判例のプライバシー権論と自己情報コントロール権説との関係を整理しておくのが便利であろう。

従来判例はプライバシー権の一般的な定義としては、「個人の私生活上の自由」という概念を用いてきたが（大阪高裁判決と金沢地裁判決でもそれは維持されている）、そのように定義されるプライバシー権の概念の下で具体的な保障対象事項は相当に拡大しており、その保障は指紋、前科、所属団体・政党、自宅や実家の所在地等に及び、遂には周知のように、氏名、住所、電話番号、生年月日等の本件と重なる事項にまで及ぶとされるにいたっている。むしろそれらの事項の公表等が直ちにプライバシー権の侵害として違法になるわけではなく、一定の要件に該当する場合にのみ違法となるわけであるが、ともあれこのようにプライバシー権の保障が及ぶとされる事項は判例においても次第に拡大されてきているのである。そしてこれまでの判例はプライバシー権の保障を具体的には、「個人の私生活上の自由」というその定義が示唆するように、主として上記のような事項についての他人の介入や干渉を排除する自由権として位置づけてきたのである。

他方自己情報コントロール権説はごく概括的にいえば、こうした判例理論をより進めて、保障の対象事項の範囲をさらに広げるとともに、保障の態様として請求権をも加えようとするのである。すなわち自己情報コントロール権説は従来の判例理論と対立したり、それを否定したりするものではなく、一部それと重なり合いつつ、さらにプライバシー権の保障が及ぶ事項の範囲を拡大し、またその保障手段を多様化しようとするものと位置づけられよう。

これらのことを受けて住基ネット訴訟で問題になっている都道府県知事やセンターによる本人確認情報の収集、管理、利用、提供等の行為、およびこうした行為の差止めの請求等をみると、自己情報コントロール権説からすれば、当然それらの行為はプライバシー権の対象となる事項に関わる行為であり、また差止めの請求等はその主張する保障手段の一つということになる。要するに住基ネット訴訟の原告らの主張は自己情報コントロール権説からすれば容易に根拠づけられるのであるが、しかし実は従来の判例理論からしても、上述のようにその保障対象範囲を拡大しつつある今日においては、本人確認情報やその収集、利用等をプライバシー権に関わるものとするのはさほど無理なことではなく、また収集や利用等の行為が違法な場合、そうした行為の差止め等を認めることも、その枠を超えるものではないのである。

換言すれば、住基ネットの本人確認情報の取扱いをめぐる問題は、プライバシー権についての従来の判例理論と近年主張されている自己情報コントロール権説の双方がほぼ重なり合う部分に属するのであり⁽¹⁶⁾、したがっていずれの立場に立つにせよ、原告らの主張は根拠づけられ得るのである。判例の多くが請求を最終的には棄却しながら、原告らの自己情報コントロール権の主張をとくに否定することなく⁽¹⁷⁾、あるいはそれを受けて判断をスタートさせるのはそうした理由によるとみるべきであろう。

ただそれらの判例は自らのそうした態度が自己情報コントロール権説の全面的な受容と受取られることを避けるために、金沢支部判決同様、「原告らが主張するような自己情報をコントロールする権利がプライバシー権として認めら

れるか否かは別としても、本人確認情報…についても、これをみだりに収集、開示されたくないと思えるの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であるから、これをみだりに収集、開示されないという限度での法的利益は認められる」といったり⁽¹⁸⁾、同様に本人確認情報をみだりに収集、開示されないという限度での人格的利益は認めつつ、「原告らが自己情報コントロール権と称する権利が憲法13条によって保障されるプライバシー権の一内容であるか否かは別としても」とかいったりしている⁽¹⁹⁾。さらには判例のなかにはこうした態度をさらに進めて、現代の情報化社会において個人の私生活上の自由や人格的自律を保障するためには、個人に関する情報について、行政機関等から不当に収集されたり、利用されたり、他に提供されたりしないように保護するにとどまらず、そうした違法状態がみられる場合は、それを差し止めたり、その情報の抹消を求めたりする権利も保障される必要があるとし、自己情報コントロール権はこのような内容の権利として憲法上保障されているというべきであるとしつつ、これらの権利を原告らの主張する権利内容と区別するためとして、態々「自己情報管理権」と表現するものもある⁽²⁰⁾。

このように多くの判例は自らの立場が自己情報コントロール権説と一部重なり合うことを認めつつ、しかしそれをすべて受容するわけではないことを表現するのに苦心しているのであり、したがってこうした苦心を無視して単純に、多くの判例は自己情報コントロール権説を認めているとすることは妥当ではないであろう。やはり自己情報コントロール権説に全面的にコミットしているのは大阪高裁判決と金沢地裁判決のみであり、その他の判決のコミットの度合は、従来の判例理論と重なり合う限度でその主張に理解を示すという程度のもので理解すべきである。そしてこの差が結局は原告らの主張全体の評価の差、すなわち請求認容と棄却という結論の違いとなっていて表れているとみるべきであるから、やはり自己情報コントロール権説をそれとして認めるか否かは、判決の重要な岐れ目となっているといえよう。

註

- (8) 大阪高判平成18・11・30判時1962号11頁。
- (9) 金沢地判平成17・5・30判時1934号3頁。
- (10) 名古屋高金沢支判平成18・12・11判時1962号40頁。
- (11) 右崎正博「住基ネット関連判例の総合的研究」(法律時報79巻12号)89頁。
- (12) さいたま地判平成19・2・16判例集未登載の採用している定義。
- (13) 住基法12条4項は、住民基本台帳に記録されている者から自己または自己と同一の世帯に属する者に係る住民票の写しの請求があったときは、市町村長は特別の請求がない限り、住民票コードの記載を省略した写しを交付することができるとしており、筆者が住民登録をしている佐賀市は実際には住民票コードが記入された住民票の写しは交付しないこととしている(特別の請求があったときは、本人確認のうえ、別途住民票コード通知票を無料で交付する)。同様の措置をとっている市町村は多いと思われるが、だとすれば、ひとが自分や家族の住民票の写しを請求し、それを第三者に渡すことによって住民票コードの秘匿が守られなくなるという推論は、そもそもその前提を欠くことになる。
- (14) 名古屋地判平成17・5・31判時1934号34頁。
- (15) 大阪地判平成18・2・9判時1952号127頁。
- (16) 岡村久道「住基ネット関連判例の研究(下)」(NBL816号32～33頁)が、表現が異なるが同旨かと思われる指摘をしている。
- (17) もっとも註(12)掲記のさいたま地裁判決は、「原告のいう自己情報コントロール権なるものは、未だこれが認められる範囲、権利の内容等について不確定な要素が多く、これを直ちに憲法13条に基づく権利として認めることは困難である」との否定的見解をのべている。
- (18) 註(14)掲記の名古屋地裁判決。
- (19) 福岡地判平成17・10・14判時1916号91頁。
- (20) 註(15)掲記の大阪地裁判決。

I-3 被疑者・被告人の容ぼう、姿態の撮影・掲載公表とイラスト画の掲載 公表に対する肖像権訴訟

周知のように刑事事件である京都府学連事件で最高裁は、「警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」と判示して⁽²¹⁾、ひとは正当な理由なく自己の容ぼう等を撮影されない憲法的保障を受けることを認めた。この保障は当然正当な理由なく撮影された写真を公表されない保障も含み、一般

に肖像権と称されているが、最近民事事件でこの肖像権の侵害が争われたのが、いわゆる和歌山カレーライス毒物混入事件等の被告人（以下「X」という）に関する写真週刊誌（以下「週刊誌」といい、この週刊誌を発行している株式会社新潮社を「会社」という）の記事をめぐる紛争である。

事案はXの被疑者段階における勾留理由開示手続が行われた際、週刊誌のカメラマンが小型カメラを隠して持ち込み、裁判所の許可なく、またXに無断で閉廷直後と推定される法廷内におけるXの容ぼう、姿態（手錠および腰縄を付けられていた）を撮影し、会社が週刊誌にこの写真を主体にした、「法廷を嘲笑う『X』の毒カレー初公判 この『怪物』を裁けるのか」というタイトルの記事（以下「第1記事」という）を掲載・発行したことについて、Xが会社および週刊誌の編集長・発行人に対し肖像権の侵害を主張して慰謝料の支払いと謝罪広告の掲載を請求した事件（以下「第1事件」という）と、その後会社がさらに週刊誌に、『肖像権』で本誌を訴えた『X』殿へー絵ならどうなる？』というタイトルの下に、Xの法廷内の容ぼうや挙動を描いたイラスト画3点（1点はXが手錠、腰縄により身体の拘束を受けている状態を描き、2点はXが訴訟関係人から資料を見せられている状態、およびXが手振りを交えて話しているような状態を描いている）と文章よりなる記事（以下「第2記事」という）を掲載・発行したことについて、Xが会社、週刊誌の編集長・発行人、および会社の代表取締役に対し、肖像権の侵害、名誉の毀損、侮辱等を主張して慰謝料の支払い等を求めた事件（以下「第2事件」という）よりなっている。

第1審判決⁽²²⁾は第1事件につき、まず、「個人の私生活上の自由として、みだりに自己の容貌ないし姿態を撮影され、これを公表されない人格的な利益は、被撮影者が刑事事件の被疑者や被告人であるか否かに関わりなく法的に保護されるものと解される」とし、証拠および弁論の全趣旨からすれば、本件写真の撮影、この写真を主体にした第1記事の掲載および頒布は、法的に保護された利益である肖像権を侵害するものというべきであるとする。ここではこのように従来の一般的な理解に従って、みだりに自己の容ぼうないし姿態を撮影

され、これを公表されない利益は人格的利益であり、法的保障を受けること、およびこうした利益は肖像権と観念されることがのべられている。

ただし1審判決はこうした肖像権の侵害の認定から直ちに不法行為の成立を認めるわけではなく、報道の自由が表現の自由の保障の下にあることはいうまでもなく、また報道のための取材の自由も憲法の精神に照らして十分に尊重されなければならないことからすれば、「ある取材行為ないし報道行為が他者の肖像権を侵害する結果となる場合、権利者である被撮影者自身が肖像権の侵害を承諾するか、諸般の事情から黙示の承諾が認められる場合はもちろん、そうでなくとも当該取材報道がただちに違法となるということはできず、双方の権利を比較衡量した上で、一定の場合にはその違法性が阻却されると解するのが相当である」という。

そして1審判決はこの違法性阻却事由として、①当該取材報道行為が公共の利害に関する事項に関わること（事実の公共性）、②もっぱら公益をはかる目的でなされたこと（目的の公益性）、③当該取材ないし報道の手段方法が、その目的に照らして相当であること（手段の相当性）、の3つを挙げ、本件写真の撮影、記事の掲載、ならびにその頒布についてこれらの要件を充足するか否かを検討し、①と②の要件は充たしているが、③の要件を充たさず、したがって本件写真の撮影、記事の掲載、ならびにその頒布の違法性は阻却されないと結論する⁽²³⁾。

この手段方法が相当性を欠くとの判断の理由を写真の撮影にしばって紹介すると、その中心になっているのは、前記した週刊誌のカメラマンが法廷に小型カメラを隠して持ち込み、刑事訴訟規則に反して裁判所の許可なくXを撮影したという事情である。

ややくわしくいうと、この事情は3つに分けて説明されている。すなわち、その1は撮影場所であって、1審判決は、「法廷内においては、その秩序を保持して審理への悪影響を排除する必要があるとあり、また、被告人や証人等訴訟関係人の名誉権ないし肖像権に配慮する必要があることから、裁判所の許可なく写

真を撮影することは許されないものとされている（刑事訴訟規則215条参照）ところ、本件写真が裁判所の許可なくして撮影されたものであることは、前提事実のとおりである。したがって、本件写真は、その撮影場所の点について、相当性を欠くといわなければならない」という。さらにこのことに関し付言して、公判廷における秩序を乱し、訴訟関係人の正当な利益を不当に害するようなものは、たとえ取材活動であれ、もとより許されないところであるから、刑事訴訟規則215条は合理的であって憲法に反するということはできず、また裁判長が開廷を宣言する前や閉廷を宣言した後についても、写真撮影を規制なく放置することができない場合があるから、「公判廷における写真の撮影、録音又は放送は、裁判所の許可を得なければ、これを行うことができない」と定めている刑事訴訟規則215条の「公判廷」とは、裁判長の開廷宣言から閉廷宣言までに限らず、法廷の開廷中およびこれに接する前後の時間帯をも包含するものと解するのが相当であって、本件写真撮影は同条に違反するとのべて、その趣旨を敷衍し、また被告の刑事訴訟規則215条が憲法違反であるとの主張、撮影が閉廷後であるとの主張を退けるのである。

1 審判決は次いで写真撮影の手段方法が相当性を欠くとの判断の第2の根拠として、写真の撮影時期を挙げる。これは上の第1の根拠とも関連するが、被告が本件写真は閉廷後に撮影されたものであるから、その撮影が刑事手続に影響することは考えられないと主張するのに対し、「裁判長が閉廷を宣言し、法廷から退出した後であっても、その直後の時間帯においては未だ法廷に訴訟関係者が残っていること等もありうるのであって、そうした状況下で無制限に写真撮影がなされるとすれば、訴訟関係者の肖像権等が害され、ひいては、刑事手続全体の秩序が保たれなくなることは明らかである」とのべ、原告本人の姿が写真に捉えられていることからすれば、仮にその撮影が被告らの主張どおり閉廷宣言および裁判長の退廷後であったとしても、それはまさに閉廷宣言の直後であったと考えられるのであって、本件写真の撮影行為は刑事手続全体の秩序に影響を及ぼすような相当性を欠くものというべきであると結論する。

さらに第3に会社のカメラマンが特殊なフィルムを収めた小型カメラを隠して持ち込み、原告の容ぼうを隠し撮りした撮影方法も、同様に写真撮影の手段方法が相当性を欠くとの判断の根拠とされている。

こうして1審判決は第1事件について、本件写真の撮影および第1記事への掲載ならびにその頒布行為は原告の肖像権を侵害するものであり、不法行為を構成すると認められるとするのであるが、学説は必ずしもこのような判旨に好意的ではない。

批判は二点あって、1つは法廷のような公開が義務づけられた場では、訴訟関係人のプライバシーや肖像権は制限されるとし、1審判決が第1記事について不法行為の成立を認めたことを問題にするものである。「公開の法廷は、誰でも傍聴することができる。被告人の姿は誰でも見ることができる。これは裁判が公共の関心事であるからである。実際に法廷にいなくても、すべての国民は裁判に関心を持っている。それゆえ、すべての国民は本来法廷の中で行われることを見る権利がある。このような場においては、被告人はプライバシーの権利を期待しえないと考えられる。したがって、被告人の写真撮影は、刑事訴訟規則に違反するとしても、何ら被告人のプライバシーの権利としての肖像権を侵害するものではないと考えるべきだったように思われる」とか⁽²⁴⁾、「公共の利害に関する事実については、明らかに表現の自由の方がプライバシーの権利に優越するというべきなのではなかろうか」とする⁽²⁵⁾松井教授の説などがそれである。

もう1つの批判は、刑事訴訟規則215条は法廷の秩序維持を目指す規定であるとし、1審判決が同条違反をストレートに不法行為法上の違法性に結び付けたことを疑問とするものである。同じく松井教授の、「刑事訴訟規則が法廷の秩序維持等のため写真撮影に許可を求めているとすれば、それはあくまで法廷の秩序維持等のためのものであり、それに違反したからといって、私法上も違法だということになるわけではない。…しかも本判決は、手段が違法であれば相当性を欠くとしているが、違法性の程度にも違いがあるはずである。手段の

違法性の程度を無視し、ただ単に刑事訴訟規則違反だから違法であり、手段が相当性を欠き違法性阻却は認められないと結論するのは、あまりに短絡した考え方といわざるとえまい」という批判⁽²⁶⁾などがその例である。

しかしこうした批判には賛成できない。第1の批判についていうと、それは憲法82条が謳う裁判の公開の趣旨を、ストレートに国民の関心に応えるためのもの、そのための裁判報道の自由を保障したものとするところから出発しているが、いうまでもなく82条のねらいは何よりも裁判の公正の確保である。公正な裁判の実現のためには密室裁判を排して公開で裁判を行うことが必須であるとするのが82条の趣旨なのであって、それは人権保障を確実にするためのものである（周知のように憲法には公開裁判に関しもう一つ条文があるが、それは被告人の諸権利を定めた37条のなかに置かれている）。

むろん公開とは具体的には傍聴の自由の保障であり、この自由は報道の自由を含むが、上述したところからこの報道の自由もあくまでも裁判の実態を公にすることによって、公正な裁判の実現に資するものであることが、その本旨である。国民の裁判に対する関心は多様であり、とくに話題をよんだ事件であればなおさらそうであるが、報道機関がその性格上そうした受け手の関心に最大限応えようとすることは自然であるとしても、裁判の実態と直接関係ない「裁判」報道までが、裁判報道の自由の名の下に当然の保護を受けるわけではない。報道内容の必要性や相当性も、報道の自由の保障を受けるか否かの重要な判断要素である。

こうした観点からすれば、手錠および腰縄を付けられている状態のXの写真は確かに生々しい画像的インパクトはあるにせよ、それは裁判の実態の報道という類のものではなく、一部のひとびとの好奇心に応えるという類のものであり、Xにとっては屈辱感のみがもたらされるのである。すでにXのそうした姿は傍聴人にさらされているという反論もあろうが、そのことと、写真という形で広く、永くそうした姿が伝えられることは別問題であって、報道の自由を強調することによって第1記事について不法行為の成立を否定することは妥当で

はないであろう。ただこうした内容の相当性や必要性という視点が1審判決にはみられないのも事実であって、単なる手段方法の相当性の検討を超えて、写真の内容にもふれた判断をした方がより適切だったと思われる⁽²⁷⁾。

また第2の批判についていうと、1審判決は上述のように刑事訴訟規則215条を単なる法廷の秩序維持のための規定とはみなしていない。法廷の秩序維持とともに訴訟関係人の名誉権ないし肖像権を保護する趣旨の規定でもあるとしているのである。そうしたうえで、したがって同条に反して裁判所の許可なく法廷におけるXの容ぼう・姿態を撮影した本件写真はXの肖像権を侵害をしているのであるから、法廷の秩序維持のための規定違反から単純に私法上の違法を導いているとする批判も妥当とはいえないであろう。

次いで第2事件に移ると、1審判決はイラスト画3点についても、肖像権の侵害を認める。すなわち判決は先ず一般論として、「何人たりとも肖像権を有することは先に述べたとおりであるが、この権利を保障すべき実質的な根拠は、個人が、自己の意思に反して自己の容貌や姿態という情報を取得され、或いは利用されるとすれば、その個人の自律性が害され、無視し得ない人権侵害を招来するという点にある。然らば、個人の容貌や姿態等の情報を獲得する手段が写真であるかイラスト画であるかは肖像権侵害の有無を決定する本質的な問題とはいえず、イラスト画による容貌の描写であっても、その描写の正確性・写実性故に、そこに描かれた容貌がある特定の人物のものであると容易に判断することができる場合、すなわち、イラスト画が人物の特定機能を果たす場合には、当該イラスト画は、その個人との関係で、肖像権を侵害するといわなければならない」として、写真とイラスト画には本質的な差はないとする。そのうえで本件イラスト画はXの容ぼうを捉えたものと容易に判断できるから、本件イラスト画はXの肖像権を侵害するという。ここでは人物の特定機能をもてば、写真はもちろん、イラスト画も基本的に肖像権を侵害するものとされており、やや肖像権の定義が広範過ぎるのではないと思われるが、判決はそれは違法性阻却事由の有無の判断によって調整されるべきものとしているよ

うである。

その違法性阻却事由について判決は、第2記事全体のそれとイラスト画のそれとの2つについて言及しているが、いずれも挙げられているのは第1事件の場合と同様、事実の公共性、目的の公益性、手段の相当性の3つである。イラスト画については写真の場合の撮影場所・時期等のような手段の相当性が問題になる要素は存在しないと思われるから、ここでは写真の場合よりもさらに内容の相当性や必要性を考慮要素とし、そのことについて判断すべきではなかったかと思われるが、1審判決はそうはせず、先ず第2記事全体について、こうした第1事件と同様の3つの違法性阻却事由の有無を上述の順序で判断し、一応事実の公共性を有するとはいえるが、記事を全体としてみれば、Xが第1事件を会社らに提訴したことを揶揄する意図に出たものであることが明白であるから、とうていそこに目的の公益性を認めることはできないといい、違法性は阻却されないとする。すなわち第2要件の検討までで違法性阻却事由の有無の検討は終るのである。そして続いてイラスト画についても、「本件イラスト画が、本件第2記事全体とは別箇に独自の公益目的を有すると認めるに足りる証拠もないから、本件イラスト画による肖像権侵害の違法性は阻却されない」と結論する。

1審判決はこのように、第1記事はXを「怪物」とよぶなど不適切な表現もあるものの、内容は裁判報道であって公益目的が認められ、写真の撮影や掲載もこうした記事の一環として同様に公益目的が認められるのに対し、第2記事は裁判報道を目的とするものではなく、単にXを揶揄するためのものであるから、記事全体も、それと不可分一体のものとしてイラスト画も公益目的を有するとはいえないとするのである。しかし第1記事と第2記事は連動しているのであるから、前者に目的の公益性が認められるなら、後者にも同様に認められる余地はあるであろうし、またXの名誉毀損あるいは侮辱が問われた第2記事全体についての判断と、肖像権の侵害が問われたその一部であるイラスト画についての判断を判決のように単純に重ね合わせることもさらに問題であろう。

この判決の論理からすれば、仮にイラスト画が法廷におけるXの容ぼう・姿態ではなく、法廷とは無関係な一般的な風貌を描いたものであっても肖像権の侵害ということになりかねないが、本件イラスト画は裁判報道のあり方に関し写真報道に対比して提示されているのであるから、その違法性阻却事由の有無の判断はやはり目的の公益性レベルではなく、先にのべたように内容の相当性を考慮要素に加えたうえで、そのことを中心になされるべきであつたろう。

しかし2審判決⁽²⁸⁾も、「被撮影者が刑事訴訟法により逮捕あるいは勾留されて公開の法廷に出頭した場合においても、被撮影者は刑事裁判手続における必要から、刑事訴訟法規に定められた範囲で法的に身柄の拘束を受け、人権の制約を受けるのであるから、刑事手続において勾留されていることをもって、直ちに刑事裁判手続そのものと直接の関連がない民事上の私的かつ個人的法益である肖像権を喪失しあるいは剥奪されたと解することはできない。したがって、本件写真の撮影時に勾留中の被控訴人が公開の法廷に出頭したとしても、そのために被控訴人の肖像権を否定することはできない」とか、「刑事訴訟規則215条は、公判廷における写真の撮影は、裁判所の許可を得なければならないと定めているところ、その趣旨は適正な刑事裁判を実現することであるけれども、同規定は、公開の刑事法廷における被疑者及び被告人についても肖像権を保護する必要があることを前提とし、これを考慮すべき要素の一つとして、法廷における写真撮影の許否を裁判官の裁量に委ねたものと解される」とかのべて、第1事件についての1審判決の趣旨を敷衍はしているが、第2事件についての1審判決のこのような問題性については何ら言及せず、それを維持している。

最高裁は第1事件については1・2審判決と結論を同じくしているが、その理由は異にし、第2事件については結論そのものを異にしている⁽²⁹⁾。

第1事件については前述のように下級審判決は、本件写真の撮影・掲載が肖像権を侵害するものとしたうえで、3つの違法性阻却事由を挙げてその充足性を検討し、結論としてそれを否定するのであるが、最高裁はこうした特定のい

くつかの要件の充足性をそれぞれに判断するというやり方をしていない。代りに最高裁は、「ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである」とする。写真の撮影が不法行為法上の違法性を帯びるか否かは、それが被撮影者の社会生活上の受忍限度を超えるか否かで決せられるとし、この受忍限度を超えるか否かの判断は写真の撮影に係る諸事情の総合考慮によるとするわけであるが、さらに最高裁はこうした基準に照らし、写真の撮影行為が違法と評価される場合には、その公表行為も違法性を有するものというべきであるとする。そして、「本件写真週刊誌のカメラマンは、刑訴規則215条所定の裁判所の許可を受けることなく、小型カメラを法廷に持ち込み、被上告人の動静を隠し撮りしたというのであり、その撮影の態様は相当なものとはいえない。また、被上告人は、手錠をされ、腰縄を付けられた状態の容ぼう等を撮影されたものであり、このような被上告人の様子をあえて撮影することの必要性も認め難い。本件写真が撮影された法廷は傍聴人に公開された場所であったとはいえ、被上告人は、被疑者として出頭し在廷していたのであり、写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものである。以上を総合考慮すると、本件写真の撮影行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて、被上告人の人格的利益を侵害するものであり、不法行為法上違法であるとの評価を免れない」と結論し、また掲載行為も違法とするのである。

ここでは撮影の態様、撮影の必要性、撮影の場所が総合考慮の重要なファクターをなしている。これを下級審判決が挙げた3つの違法性阻却事由に照らしてみると、事実の公共性や目的の公益性にはことさら言及せず、第3の手段方法の相当性を中心に判断しているといえるが、ただ単なる手段方法にとどまらず、内容の相当性や必要性も考慮に入れている。筆者は先にものべたように、

この内容が視野に入っていない点が下級審判決の問題点と思っているので、最高裁のこうした把握の方が下級審のそれよりも適切妥当な結論を導くように思われる。また下級審のように事実の公共性や目的の公益性を掲げないことは一見明確性を欠くようにみえるが、これらはいささか抽象的であり、したがってその点から判断を始めるよりも、先述のような内容も含めた意味での手段方法の相当性の検討から入り、それを中心にする方が、事態に即した現実的な判断を可能にするのではなかろうか。

イラスト画については最高裁判決は、とくにそのための判断基準を示すことなく、端的にそれが社会生活上受忍すべき限度を超えてXの人格的利益を侵害するものといえるかどうかを検討し、「本件イラスト画のうち下段のイラスト画二点は、法廷において、被上告人が訴訟関係人から資料を見せられている状態及び手振りを交えて話しているような状態が描かれたものである。現在のわが国において、一般に、法廷内における被上告人の動静を報道するためにその容ぼう等をイラスト画により描写し、これを新聞、雑誌等に掲載することは社会的に是認された行為であると解するのが相当であり、上記のような表現内容のイラスト画を公表する行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて被上告人の人格的利益を侵害するものとはいえないというべきである。したがって、上記イラスト画二点を…、本件写真週刊誌に掲載して公表した行為については、不法行為法上違法であると評価することはできない。しかしながら、本件イラスト画のうち上段のものは、前記のとおり、被上告人が手錠、腰縄により身体の拘束を受けている状態が描かれたものであり、そのような表現内容のイラスト画を公表する行為は、被上告人を侮辱し、被上告人の名誉感情を侵害するものというべきであり、同イラスト画を、…本件写真週刊誌に掲載して公表した行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて、被上告人の人格的利益を侵害するものであり、不法行為法上違法と評価すべきである」とし、会社等敗訴の部分につき原判決を破棄して原审に差し戻した。

この判断も前述のようにイラスト画についても写真の場合と同様、事実の公

共性、目的の公益性、手段の相当性を違法性阻却事由として挙げ、しかも記事全体の目的の公益性の欠如からそのままイラスト画の目的の公益性の欠如を導いて、三点のイラスト画すべてにつき肖像権侵害の違法性は阻却されないとした下級審判決がやや硬直的で、現実にはそぐわない印象を与えるのに比べて、イラスト画の内容に即し、かつ、積み重ねられてきた裁判報道の常態も考慮に入れた妥当な判断と思われる。

ただこの最高裁判決には、前述のように、第1事件に関しては、写真の撮影・公表という人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断する基準として、「撮影に係る諸事情の総合考慮」を説いているのに対し、第2事件については上にふれたようにとくに判断基準を提示することなく、結論を導いているという違いがある⁽³⁰⁾。

こういう差が生じたのは、おそらく写真は生々しい迫真性をもち、したがって報道上の価値も一般に大きいから、その撮影公表の制約については慎重な検討を必要とすると考えられたのに対し、イラスト画は迫真性も報道上の価値も写真に劣り、したがってとくに描写されるひとの人格的利益を害するような内容でない限り、制約の必要性も低いから、違法となるかどうかの判断基準について特段予め立入って論じる必要はない＝端的に受忍限度の問題として処理すればよい、と考えられたためであろう。

最高裁判決が、「人の容ぼう等を撮影した写真は、カメラのレンズがとらえた被撮影者の容ぼう等を化学的方法等により再現したものであり、それが公表された場合は、被撮影者の容ぼう等をありのままに示したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。これに対し、人の容ぼう等を描写したイラスト画は、その描写に作者の主観や技術が反映するものであり、それが公表された場合も、作者の主観や技術を反映したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。したがって、人の容ぼう等を描写したイラスト画を公表する行為が社会生活上受忍の限度を超えて不法行為法上違法と評価されるか否かの判断に当たっては、写真とは異なるイラスト画の上記特質が参

酌されなければならない」と、下級審判決よりもくわしく、また強く、写真とイラスト画の相違をのべているのは、このことを示唆するものではなかろうか。

なお肖像権に関しては、以上にみた和歌山カレーライス毒物混入事件等の被告人の訴えに係るもののほかにも、いくつかの事例が最近の判例集に登載されているので、そのうちの主なものについて付随して簡単に説明しておくことにしよう。

1 つは国が日本全国の道路上に設置、管理している自動車ナンバー自動読み取りシステム（いわゆるNシステム）の端末によって、車両の運転席および搭乗者の容ぼう等を含む前面を撮影されたうえ、ナンバープレートを判読されて、これらに関する情報を保存、管理されたことにより、肖像権、自由に移動する権利、情報コントロール権等を侵害され、精神的苦痛を被ったとして、損害賠償が求められた事件である。肖像権に関する部分のみを紹介しておく、判決⁽³¹⁾は冒頭にふれた京都府学連事件最高裁判決がひとの容ぼう等の撮影について説いたところをのべた後、「Nシステムの端末のテレビカメラのよって一時的に走行車両の搭乗者の容ぼう等が撮影されるとしても、撮影された画像は瞬時にコンピュータ処理によって走行車両のナンバープレートの文字データとして抽出され、容貌等が映っている画像そのものが記録、保存されることはない。右のようなNシステムの仕組みを前提とすれば、走行車両の搭乗者の容ぼう等が写っている画像そのものを人間が視覚的に認識することは一切できないから、Nシステム端末によって、承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由が侵害されるものとは認められない」と結論している。すなわち実質的にはそもそも容ぼう等が撮影されたとはいえないから、肖像権侵害の主張は認められないとするわけである⁽³²⁾。

同様に肖像権侵害の主張が退けられた例として、コンビニ内に設置されたビデオカメラによって容ぼう、姿態を撮影され、保管されていたそのビデオテープが求めに応じて警察官に提出されたため、違法に肖像権等を侵害されたとし

て損害賠償が請求された事件がある。

判決⁽³³⁾はここでも京都府学連事件最高裁判決の趣旨をのべ、また本件のような私人相互間の関係については憲法13条が直接適用されるわけではないが、個人の有する肖像権は私人相互の間においても重要な権利として尊重されねばならないとのべたうえで、しかしながら個人の有する肖像権等も一定の場合に制限されることを否定できないとし、ある商店が防犯カメラによって店内を撮影し、その映像をビデオテープに録画して一定期間保管することとした場合、それが許されるかどうかは、その目的の相当性、必要性、方法の相当性等を考慮したうえで、客の有する権利を侵害する違法なものであるかどうかを検討する必要があるとの判断基準を示している。

そしてコンビニにおける犯罪が全国的に増加していることや、当該コンビニでも万引きの被害にあり、また被告（コンビニの経営者）が酔客から殴られた経験があることなどを認定して、「上記認定の事実によると、被告が防犯ビデオカメラを設置し、その映像を録画している目的は、本件コンビニ内で発生する可能性のある万引き及び強盗等の犯罪並びに事故に対処することにあると認められる。そして、犯罪の中でも万引きについては、犯行後に判明することが少なくないことによれば、ビデオテープに録画し、これを一定期間保管しておくことの必要性のあることを否定することはできない。前記のコンビニエンスストアの置かれている状況を直視し、被告が経験している本件コンビニの実情を考慮すると、被告が本件コンビニに防犯ビデオカメラを設置して店内を撮影し、ビデオテープに録画していることは、目的において相当であり、必要性を有するものであると認めることができる」としている。またビデオカメラの撮影方法およびビデオテープの管理も相当であり、被告が警察官からの依頼に応じて本件ビデオテープを提出したことも、その本来の目的を逸脱した違法なものであるということとはできないとして、原告の賠償請求を退けているのである。

なお被告がビデオテープをその求めに応じて警察官へ提出したのは、警察官

が当該コンビニに関係のある犯罪を捜査しているものと考えてのことであつたが、事実はそうではなく、コンビニとは関係のない事件の被疑者の足取り捜査のために求められたのであつた。その意味で被告はいわば一種の錯誤に基づいてビデオテープを提出したわけであるが、判決は被告にはビデオテープの提出の趣旨を正確に確認すべき義務があつたとまではいうことができないことなどをのべて、こうした、その求めの趣旨を必ずしも正確に理解しないままなされたビデオテープの提出も、その本来の目的を逸脱した違法なものであるということとはできないとしている（本件についてはすでに控訴審判決⁽³⁴⁾も言渡され、原判決が維持されているが、このビデオテープの提出については、「捜査機関の適法な任意捜査に対する私人の協力行爲として公益目的を有するもの」と1審とは異なる判断をしている）。

いわゆる防犯カメラの設置は現在益々拡大していく傾向にあり、また店内や商店街に民間機関により設置される場合に限らず、公的機関によって公的施設や街頭に設置されるケースもみられるが、上にみた判旨からすれば、そうした設置は基本的には適法ということになろう。ただ目的の相当性や必要性、撮影方法の相当性、設置場所やビデオテープの提供や警察によるその利用に際しては、肖像権やプライバシーに対する十分な留意が必要なことはいうまでもない。

上の二例とは逆に肖像権侵害の主張が認められた例としては、原告の写真をウェブサイトに掲載したことが肖像権の侵害に当たるとして、損害賠償が請求されたケースがある。

事件は被告財団法人日本ファッション協会と株式会社コロモ・ドット・コムが東京の最先端のストリートファッションを広く紹介することを目的として共同で開設しているウェブサイトのページに、銀座界隈を歩いている原告の姿をその承諾なく撮影した写真を無断で掲載したことによるものであつた。すなわち写真は、胸部に大きく赤い大文字で「SEX」というデザインが施された衣服を着用した原告が横断歩道上を歩いているところを、被告株式会社の社員に

よりほぼ右前方の位置から撮影されたものであり、原告の容ぼうを含む全身像が大写しにされていたが、それがそのままウェブサイトのページに掲載され、2ちゃんねるの掲示板サイトに原告を誹謗中傷する書き込みがなされるなどしたため、原告が写真の撮影およびサイトへの掲載の肖像権侵害を主張して損害賠償を請求するにいたったのである。

判決⁽³⁵⁾はこれまでにみた同種事例の場合と同様、先ず、何人も私生活上の自由として、みだりに自己の容ぼうや姿態を撮影されたり、撮影された肖像写真を公表されないという人格的利益をもち、それは肖像権として法的に保護されるものと解されるとしたうえで、本件写真は原告の全身像に焦点を絞り、その容ぼうもはっきり分かる形で大写しに撮影されたものであり、しかも原告の着用していた服の胸部には「SEX」の文字がデザインされていたのであるから、自己がかかる写真を撮影されることを知れば心理的な負担を覚え、このような写真を撮影されたり、これをウェブサイトに掲載されることを望まないものと認められ、したがって原告の承認を得ずに本件写真を撮影し、これを本件サイトに掲載した被告らの行為は、原告の肖像権を侵害するものと認められるとする。

ただ和歌山カレーライス毒物混入事件等の被告人の肖像権訴訟における1・2審判決と同様に、表現の自由は民主主義の根幹をなすもので、最大限尊重すべきことが要請されるから、肖像権が侵害された場合であっても、①当該写真の撮影とウェブサイトへの掲載が公共の利害に関する事項と密接な関係があり、②これらがもっぱら公益をはかる目的で行われ、③写真の撮影とウェブサイトへの掲載の方法がその目的に照らして相当なものであれば、違法性は阻却されるとする。しかし本件撮影と掲載行為は①と②の要件は充足するものの、③の撮影および撮影方法の相当性という要件を充たさないため、結局違法性は阻却されないと結論される。

写真撮影や本件サイトへの掲載が原告の承諾を得ることなくなされたこと、本件写真のようにその容ぼうを含めて特定の個人を大写しにすることは、東京

の最先端のストリートファッションを広く紹介するという目的からすると必ずしも必要なものとはいえないこと、同様にそこに写っているのが原告であると特定されないような形で本件サイトに掲載しても目的は十分に達し得ると認められるにもかかわらず、あえて原告の容ぼうおよび姿態を捉えたものであることが容易に判明するような形で撮影したことはその目的に照らして相当性を欠くこと、などがその理由とされている。

このように表現上は撮影「方法」とか、掲載「方法」とかの、外面的なことからを問題にしているようにみえるものの、実際には撮影・掲載された写真の内容がサイトの目的に照らし必要性や相当性を欠くとの判断が肖像権侵害の違法性が阻却されないとの結論の主たる根拠になっている。重ねていえば、3要件を肖像権侵害の違法性阻却事由として掲げる場合は、第3要件の手段方法の相当性については、このように内容を含めて理解することが、事件の適切妥当な判断に資するであろう。

註

(21) 最大判昭和44・12・24刑集23巻12号1625頁。

(22) 大阪地判平成14・2・19判タ1109号170頁。

(23) これまでの判例では肖像権の侵害の違法性阻却要件については、公共の利害に関する事項に係ること等の要件を挙げ、それぞれの要件を充足しているか否かを個別に検討する立場と、諸事情を併せ考慮し、肖像権保護の必要性和表現の自由保護の必要性を「比較衡量」する立場があったが（最高裁は名誉毀損については前者を、プライバシーの侵害については後者をとっていたが〔最判平成15・3・14民集57巻3号229頁〕、肖像権について判断したことはなかった—なお最高裁の肖像権についての初めての判断である本件では、後にみるように後者の立場をとっている）、1審判決はこのように前者の立場をとったうえで、その要件の1つとして掲げた取材・報道の手段方法の相当性を欠くとするのである。

なお前者の立場をとる判例も掲げる違法性阻却の要件の表現は必ずしも本件1審判決と完全に同じではない。例えば東京高判平成5・11・24判時1491号99頁は、「その表現行為が公共の利害に関する事項に係り、かつ専ら公益を図る目的でなされ、しかもその公表された内容が右の表現目的に照らして相当なものであることを要するものというべきである」とし、東京地判平成6・1・31判タ875号186頁は、公共の利害に関する事実であ

ることのほかに、掲載の「必要性ないし相当性」、あるいは「その内容」や「撮影の方法」に言及し、東京高判平成17・5・18判時1907号50頁は、「その表現行為が、公共の利害に関する事項に係り、かつ、専ら公益を図る目的でなされ、しかもその公表内容が上記の目的に照らして相当である場合」としている。ただ表現に差はあるものの、これら3判決は事実の公共性や目的の公益性のほかに内容の相当性を指摘しているが、本件1審判決では手段方法の相当性のみが言及されていて、内容の相当性についてはふれられていない。筆者は本文でものべているように、本件ではこの内容の相当性や必要性という視点ももつべきではなかったかと考えている。

- (24) 松井茂記「肖像権侵害と表現の自由 (二・完)」(民商法雑誌127巻3号) 328頁。
- (25) 同上343頁。
- (26) 同上337頁。
- (27) 渡辺教授も、「下級審で従来とられてきた3要件アプローチでは、第3要件が『撮影の方法と写真内容の相当性』と理解されることが多かった(上記註(3)参照―筆者)。上記のような事情(本件写真が手錠・腰縄で拘束を受けている状態のXを写したものであることなど―筆者)はこの判断枠組みであれば、『写真内容の相当性』という要件を満たさず原則的には違法性が阻却されないことになる」とする(渡辺康行「取材・報道と肖像権」平成17年度重判解10頁)。
- (28) 大阪高判平成14・11・21民集59巻9号2488頁。
- (29) 最判平成17・11・10民集59巻9号2428頁。
- (30) 渡辺・前掲論文10頁。
- (31) 東京地判平成13・2・6判時1748号144頁。
- (32) 控訴審東京高判平成13・9・19判例集未登載もこの1審判決を支持している。なおとくにNシステムと肖像権の関係については論じていないが、Nシステムが個人の私生活上の自由を保障する憲法13条の趣旨に反するかどうかについて論じ、そのことを否定した判例として、東京高判平成17・1・19判時1898号157頁がある。
- (33) 名古屋地判平成16・7・16判時1874号107頁。
- (34) 名古屋高判平成17・3・30判例集未登載。この判決については工藤達朗「防犯カメラとプライバシー権」(平成17年度重判解11頁)で紹介されており、本文での判決文の引用も同論文によっている。
- (35) 東京地判平成17・9・27判時1917号101頁。

I - 4 治療法に関する患者の自己決定権訴訟

治療法に関する患者の自己決定権訴訟としてよく知られているのは、「エホバの証人」の輸血拒否をめぐる事案であるが⁽³⁶⁾、近年はそれ以外にも、この

問題に関し重要な判例がいくつかみられら。ここではそのうち患者を比較臨床試験の対象とすることについての説明と同意をめぐる紛争と、分娩の方法について医師の方針と患者の希望が衝突して紛争にいたった2つの事案を取り上げ、順次考察することにする。

先ず前者の比較臨床試験をめぐる紛争の事案であるが、その1審判決⁽³⁷⁾についてはすでに拙著115頁で簡単にふれているものの、事案の内容についてはほとんど説明していないので、最初の「国立『大学通り』高層マンション訴訟」と同様、その概要から説明することにしよう。

本件の患者は卵巣癌を患って金沢大学医学部附属病院（以下単に「大学病院」という）婦人科で入院治療を受けていた女性であるが（以下この患者のことを単に「本件患者」という）、大学病院は手術後の追加治療として化学療法を施すこととし、主治医がその必要性や抗腫瘍剤の投与回数、化学療法の副作用等について本件患者とその夫に説明して同意を得た。卵巣癌の化学療法として当時欧米ではCAP療法といわれる療法と、CP療法といわれる療法が一般的とされており、わが国でも両療法が優劣差のない標準的療法として使用されていたが、本件患者に施されたのはCP療法であった。

それはかねてこの2つの療法について無作為比較試験（クリニカルトライアル）をすることにより、患者の長期予後の改善における有用性等を検討することを目的として、大学病院およびその関連病院の婦人科学医師を会員とする北陸GOG研究会といわれる研究会が設けられていたところ、本件患者の主治医と大学病院産婦人科教授がその同意を得ることなく、本件患者をこのクリニカルトライアルの被験者として症例登録をし、それを受けて登録事務局により本件患者はCP療法のグループに割り付けられたためであった。

こうしたCP療法選択の経緯については本件患者は知らされていなかったが、その後間もなくしてこのことを知るにいたり、本件患者は自らが知らないうちにクリニカルトライアルの被験者とされていたと受け取って、希望によって一時退院した後は大学病院には戻らず、他の病院に入院して治療を受け、大

学病院でCP療法を受けてからほぼ11か月後に死亡した。

このような経緯を受けて、本件患者は大学病院に入院中、その承認がないのに比較臨床試験の被験者とされ、治療方法に関する自己決定権を侵害されて精神的苦痛を被り損害賠償請求権を取得したとして、本件患者の相続人である夫と子がその賠償を求めたのである。

以上は原告側の主張に沿った事実の要約であるが、大学病院側は本件患者がクリニカルトライアルに症例登録された事実はないこと、比較臨床試験とは有効性の確立していない医薬品もしくは再評価が必要な医薬品について行われるものであり、したがって仮に本件患者がクリニカルトライアルに症例登録されていたとしても、クリニカルトライアルはいわゆる比較臨床試験ではなく、医師の説明義務も通常の一般的な診療におけるのと同様に考えるべきであり、こうした義務は主治医の本件患者とその夫に対する化学療法についての説明で尽くされていることなどを主張している。

こうして本件の主たる争点は、本件患者がクリニカルトライアルに症例登録され、そのプロトコール（実施要綱）に従った化学療法を受けたか、およびそうだとした場合、大学病院はクリニカルトライアルに症例登録することにつき、本件患者に説明して同意を得る義務があったか、の2つであるが、前者は事実認定の問題であるので（1・2審判決とも事実を認めている）、ここではもっぱら後者の争点にしばって1審判決と2審判決⁽³⁸⁾をみتينことにしよう。

1審判決は先ず一般論として、癌患者に対して化学療法を実施する場合、使用する抗がん剤が相当程度の副作用を生じさせるものであるから、医師には患者の自己決定権を保障するため、現在の症状、治療の概括的内容、予想される効果と副作用、他の治療法の有無とその内容、治療しない場合および他の治療を選択した場合の予後の予想等を患者に説明し、その同意を得る診療契約上の、もしくは信義則上の義務があるというべきであるが、その薬剤を用いて一般的に承認されている方法の治療をする限りにおいては医師がそれ以上、投与

する薬剤の種類、用量、投与の具体的スケジュール、投与量の減量基準等の治療方法の具体的内容まで説明しなくても違法とはいえないとする。それはまさに医師がその専門的知見に基づいて決定すべきこととして、医師の裁量に委ねられていると解せられるからである。

このことは患者の立場からすれば、患者は、医師が、患者の現在の具体的症状を前提に、患者が自己決定をし、医師と患者の間で確認された治療の目標を達成することだけを目的として、許された条件下で最善と考える方法を採用するものと信じており、その信頼を前提に、治療方法の具体的内容を専門家である医師の合理的裁量に委ねるのが通常の意味であると考えられるということである。

そうだとすれば、逆にいえば、医師が、医師と患者の間で確認された治療の目標の達成という目的以外に他の目的（他事目的）を有していて、この他事目的が治療方法の具体的内容の決定に影響を与え得る場合は、上にのべた治療の具体的内容の決定の裁量が医師に与えられる基礎を欠くことになるから、医師が医療行為をなす上で必須であるこうした裁量を得るためには、患者に対し、他事目的を有していること、その内容およびそのことが治療内容に与える影響について説明し、その同意を得る、診療契約上もしくは信義則上の義務があるということになる。

すなわち医師には一般的に治療に際し患者に対して、現在の症状や治療の概括的内容、薬剤の効果と副作用等について説明し、同意を得る義務があるが、さらに医師が治療の目標の達成という目的以外に他の目的をもち、それが治療方法の具体的内容の決定に影響を与え得る場合は、こうした一般的な義務に加えて、他の目的の内容やそれが治療内容に与える影響等についても改めて患者に説明し、同意を得る義務があるとされるのである。

このことを本件に当てはめてみると、第1の一般的な説明・同意取得義務は前述の主治医の本件患者とその夫への化学療法についての説明および両者の合意によって果たされていると認められるので、結局先にものべたように、大学

病院はクリニカルトライアルに症例登録するにつき、本件患者に説明して同意を得る義務があったか、換言すれば、クリニカルトライアルに症例登録し、そのプロトコールに従って治療することが、他事目的を有し、それが治療方法の具体的内容の決定に影響を与え得る場合に該当するかが本件の残された争点ということになるのである。

この点につき1審判決は、CAP療法とCP療法のいずれも卵巣癌に対する優劣のない標準的治療法として承認されているとはいえ、両者は使用する薬剤が異なるため効果や副作用の点で違いがあるのであるから、医師としては、患者の身体状態、癌の特徴、および進行状況等を具体的に検討して、CAP療法とCP療法のいずれが適しているかを選択するとともに、薬剤の投与量、投与スケジュール等を決定すべきであるところ、そうではなく、治療法の選択を無作為割り付けに委ね、薬剤の投与方法をプロトコールに従うのは、患者のために最善を尽くすという本来の目的以外に、クリニカルトライアルを成功させ、卵巣癌の治療法の確立に寄与するという他事目的が考慮されていることになり、したがって主治医が本件患者をクリニカルトライアルの対象症例にはしたものの、プロトコールにこだわらず、本件患者にとって最善の治療方法を選択したと認められる特段の事情のない限り、改めてクリニカルトライアルの対象症例とすることについて説明し、同意を得ることが必要なケースであるとする。

そして取り調べた証拠によってはこうした説明・同意取得義務が免除される特段の事情を認めることはできないとして、説明と同意を得ることなく、本件患者をクリニカルトライアルの対象症例として登録し、プロトコールに従った治療をした主治医の行為は、本件患者の自己決定権を侵害する不法行為であるとともに、診療契約に違反する債務不履行にも当たるといふべきであると結論するのである。

2審判決もこのような1審判決と基本的には同旨であるが、1審判決と比べてさらに詳細に治療法に関する患者の自己決定権や医師の説明・同意取得義務について論じているので、重複するところはあるものの、この判決についても

1 審判決と同様に紹介することにしよう。

先ず患者の治療法についての自己決定権と医師の一般的な治療法についての説明・同意取得義務について、「医師は…複雑で高度に専門的な領域に属する医療行為の特殊性に照らして、疾患に関する医学的研究の進展状況などに関する専門的知見に基づく相当に広範な裁量権を有するものというべきである」としたうえで、2 審判決は次のようにいう。「他方、医師が行う医療行為には患者自身の生命身体に対する軽微とはいえない侵襲を伴うものがあるため、そのような医療行為を行うに当たっては、患者がその必要性を理解し、これに納得して、真意に基づく自由な同意を得ることを要するのであり、また、ある医療行為を受けることが、その成功不成功のいかんを問わず、その患者の心身に与える影響のために当該患者のその後の生き方（ライフスタイル）を変える場合があるから、そのような場合において、当該医療行為を受けるか否かはその患者が自己の生き方をどのように決定するかに関わるることとして自己決定権に属することでもあるため、医師は、患者の生命身体に軽微でない侵襲を発生させる可能性のある治療法を実施するに当たっては、診療契約に基づき、緊急事態等の特別の事情のない限り、患者に対し、自らの意思で当該治療法を受けるか否かを決定することができるよう、当該疾患の診断（病名と症状）、実施予定の治療法の内容、その治療に伴う危険性、他に選択可能な治療法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務があるというべきである」⁽³⁹⁾。そして判決は1 審判決同様、この義務の履行については、大学病院の対応にとくに違法な点は認められないとする。

次いでクリニカルトライアルへの症例登録に当たっての説明義務については、多岐に亘る判断をごく要約していうと、先ず、「本件クリニカルトライアルには、上記の主たる目的（＝症例登録された卵巣癌の患者に対するCAP療法またはCP療法による化学療法を行うこと－筆者）のほかに、そこに症例登録された進行期Ⅱ以上の卵巣癌の患者に対するCAP療法又はCP療法による化学療法において、シスプラチン（抗がん剤の一種－筆者）の1回の投与量を

90mg／平方メートルとし、これを4週間サイクルで行うことを通じて、シスプラチンの高用量投与法（判決は、シスプラチンの標準的な投与量として確立したものがあったということとはできないが、従来北陸地方で実施されていた投与量と比較して、90mg／平方メートルが高用量であったことは明らかであり、またわが国の医療機関中でも多い方に属するものといえるなどとしている一筆者）の効用を検討するという実験的ないしは試験的な側面があり、そのことが副次的な目的となっていたことも、…明らかである。したがって、本件クリニカルトライアルに症例登録された進行期Ⅱ以上の卵巣癌の患者に対して本件クリニカルトライアルに従ってなされるCAP療法又はCP療法による化学療法は、当該患者に対する治療を主たる目的としているものではあるが、そのことのみが目的ではなく、上記のような副次的な目的を有するものであったといえることができる」という。

もっとも他事目的があり、この目的を随伴する治療行為（他事目的随伴治療行為）を行う場合であっても、患者に対して治療行為として行われる医療行為は主たる目的である治療目的に従って行われる医療行為があるのみで、他事目的があるが故に何か特別の医療行為が行われるということは通常考え難いから、他事目的随伴治療行為の場合にあっては、他事目的が随伴することについての説明がないからといって、当然に患者の自己決定権の侵害としての説明義務違反を示すものということとはできない。しかし、「他事目的随伴治療行為を受ける患者について、他事目的が随伴することにより、他事目的が随伴しない治療行為にはない権利利益に対する侵害の危険性があるときには、診療契約上の付随義務又は信義則に基づき、医師には、他事目的が随伴しない治療行為について患者の自己決定権のために要求される説明義務に加えて、これに随伴する他事目的があること及びこれにより生ずることのある危険性についても、患者に説明すべき義務（「他事目的説明義務」と略称される一筆者）を負うと解するのが相当である…」。

判決はこうしておいて次に、これを本件クリニカルトライアルについてみる

に、CAP療法とCP療法のいずれとするかは無作為の割り付けによるとされていること、化学療法剤投与スケジュール上、開始時期は、個々の患者の状況にかかわらず、2週間以内とされていること、投与される用量およびサイクルも、個々の患者の状況にかかわらず、一律に規定され、また、その後の患者の状況の変化に伴う減量基準および中止基準が一律に定められているにとどまることに照らすと、高用量のCAP療法とCP療法との無作為比較試験を通じての検討という他事目的があるが故に、当該患者の個別具体的な症状を捨象した画一的治療が行われる危険性を内包する危険があることは否定できないという。

さらにこのことを受けて判決は、本件プロトコールはCAP療法またはCP療法により化学療法の一応の基準を定めたもので、当該医師において、当該患者の時々の具体的な症状に応じて何時でもクリニカルトライアルから自由に離脱することができる旨明記されて、實際上そのような運用がされている場合には上記のような危険は存在しない、あるいは、法的に考慮に値する程度には存在しないものと解するのが相当であるが、クリニカルトライアルには上記自由な離脱に関する定めはないし、本件に顕われた全証拠を検討しても、クリニカルトライアルについて上記のような運用がされていたことを認めるに足る証拠はないという。

そして結論として、以上によれば、本件患者の診療に当たった大学病院の医師には、他事目的説明義務に基づき、本件患者に対し、クリニカルトライアルの目的、プロトコールの概要、クリニカルトライアルに登録されることが本件患者に対する治療に与える影響等について説明し、その同意を得る義務があったところ、それがなされなかったことは明らかであるから、大学病院の医師には他事目的説明義務違反があったとするのである（1審判決同様、この説明義務違反は債務不履行と不法行為に当たるとされている）。

総じていうと、先にものべたように2審判決は相当詳細であるが、それは1審判決が比較的簡潔にのべていることを敷衍したものであり（例えば1審判決は特段の説明なしに「患者の自己決定権」という語を使っているのに対し、2

審判決は上述のように、「ある医療行為を受けることが、その成功不成功のいかんを問わず、その患者の心身に与える影響のために当該患者のその後の生き方（ライフスタイル）を変える場合があるから、そのような場合において、当該治療を受けるか否かはその患者が自己の生き方をどのように決定するかに関わることであり自己決定権に属することでもあるため」とのべて、自己決定権の内容や根拠について踏み込んだ説明をしている）、両判決の基本的な構造はほぼ同じである。

すなわち本件は医療現場における、「療養指導としての説明」、「患者の承諾を得るための説明」、および「治療後の説明」という3つの類型のうちの2番目の説明に関するものであるが⁽⁴⁰⁾、これも上述したように両判決とも、医師は患者に対し、自らの意思で当該治療法を受けるか否かを決定することができるよう、「患者の現在の症状、治療の概括的内容、予想される効果と副作用、他の治療方法の有無とその内容、治療をしない場合及び他の治療を選択した場合の予後の予想等」（2審判決では、「当該治療の診断（病名と症状）、実施予定の治療法の内容、その治療に伴う危険性、他に選択可能な治療法があれば、その内容と利害得失、予後など」）について説明し、同意を得る義務があるとし、さらにこうした一般的説明義務に加えて、治療行為に治療以外の他の目的が随伴し、「この他事目的が治療方法の具体的内容の決定に影響を与え得る場合」（2審判決では、「他事目的が随伴することにより、他事目的が随伴しない治療行為にはない権利利益に対する侵害の危険性があるとき」）には、そのことについても説明し、同意を得る義務があるとするのである。

この一般的な説明・同意取得義務に加えて第2の説明・同意取得義務が存在することの指摘と、それが本件では履行されていないとの判断が、両判決の最も注目される点といえよう。

なお治療法に関わる患者の自己決定権が主張されるコンテキストは、厳密にみると必ずしも一様ではない。通常は患者の自己決定権は患者がもつ当該治療法による治療を受けるか否かの決定権の意で語られるが、この場合は患者の自

己決定権の主張は現実には、患者が当該治療法の利害得失を理解したうえで、当該治療法による治療を受けるか否かについて熟慮し、決断することを援助する十分な説明が医師からなされたかを争うなかで展開されるのであり、本件はこのケースである。要するに治療に際して説明義務が尽くされていないとして、自己決定権の侵害が主張される場合である。

ところが患者の自己決定権が語られるケースとしてはもう一つ、患者が当該治療法を拒否しているにもかかわらず、医師がそれを実施したり、複数ある治療法のうちで患者が希望した治療法を医師が行わず、別の治療法を選択したことが、患者の自己決定権の侵害と主張される場合がある。換言すると患者の自己決定権と医師の治療方針の衝突がある場合、いずれが優先されるべきかという形で患者の自己決定権が論じられるケースである。

以下にみる分娩の方法をめぐる紛争の事案は、この後者の争いを含む例である。事件は原告が国立病院において出産するに当たり、胎位が骨盤位（いわゆる逆子）であることが判明したため帝王切開による出産を再三希望したにもかかわらず、担当医は事前の慎重かつ正確な検査を怠って危険な経膣（自然）分娩を選択したため、男児が重度の仮死状態で出生し、その約4時間後に死亡したとして、夫とともに、医師と病院設置者の国（その後組織改革により独立行政法人国立病院機構）に対し不法行為、および債務不履行または不法行為（使用者責任）を理由に損害賠償を求めたものである。

争点としては、医師が経膣分娩の方法を選択したことやその手技に過失があったかなども含まれるが、ここでは上にのべた患者の希望する治療法と医師の治療方針の間に不一致がある場合の患者の自己決定権の問題に関する判断を中心に判決をみることにしよう。

この点につき1審判決⁽⁴¹⁾は、医師は原告側の希望に拘束される義務までであると解するのは相当ではないとしつつ、原告らは帝王切開による分娩を希望し、機会あるごとに医師にその旨を伝えていたと認められるところ、医師はこうした原告らの強い意思に反して経膣分娩を選択し、原告らをしてその意向に

従わざるを得ない状況にいたさせたことは、患者対医師の関係で優越的立場からの結果として、原告らの自己決定権を侵害したものと解さざるを得ないとした。

やや分かり難いが、医師は患者の希望する治療法に従う義務はないものの、反面自分の治療方針をその意思に反してまで患者に強制することも許されないところ、本件では、医師は、一旦患者対担当医師という関係になると患者は現実的には担当医師に抗い難いというその優越的立場に基づき、患者の意に反する治療法を実行したのであり、そのことは患者の自己決定権の侵害と認められるということであろう。

一方2審判決⁽⁴²⁾は、患者の自己決定権は医師の裁量権に優先するものであり、また医師の診療義務、応招義務に照らして、医師は患者の選択した治療法の施行に応じるべき義務があり、これを拒むことはできないとの原告らの主張に関し、患者の自己決定権と医師の治療方針の決定について次のようにいう。「医療はその性質上、高度の専門性を有するものであって、医師はその専門的知識と経験等に基づいて、医療水準に適合する範囲内で医療行為を行うべき責任を負うものである。そして、患者との関係においては、その専門性と責任に基づいて、自己の正当と信ずる医療行為を説明し、患者に同意を求めることができ、患者がこれと相違する医療行為を求める場合には、患者を説得することが許されるだけでなく、医師が患者に対し適切な医療行為を行うべき責務を負っていることからすれば、積極的に患者を説得することが求められるものと解される。また、そのような説得をしたこと自体を、違法又は不当と評価されてはならない。そして、それにもかかわらず患者がなおも医師が正当と考える医療行為を拒否して、これと相違する医療行為を求める場合には、原則として、医師は患者の意思を尊重して、患者の意思に反する医療行為を行ってはならない。しかしそれと同時に、医師は、自己が不相当と考える患者の選択した医療行為を行うべき義務も、原則として負うものではないと解すべきである。…医師は自己の信念と専門的知見に基づき、合理的で正当と判断する医療行為を行

うべきものであって、それに反する患者の選択に拘束されるものではない。診療義務、応招義務も、原則として、医師に対して、その意思に反してまで、自ら不合理で不適切と考える医療行為を行うべき義務を課するものとは解されない」。

この判旨は一見すると、医師は患者の選択した治療法に拘束されるものではないが、他方患者が医師の選択した治療法を拒否し、他の治療法を希望する場合は、医師は自らの方針を強制してはならないとする点で、1審判決と同様であるように見える。しかし上記の引用文の冒頭の、「医師は…、その専門性と責任に基づいて、自己の正当と信ずる医療行為を説明し、患者に同意を求めることができ、患者がこれと相違する医療行為を求める場合には、患者を説得することが許されるだけでなく、医師が患者に対し適切な医療行為を行うべき義務を負っていることからすれば、積極的に患者を説得することが求められるものと解される」との判断に示唆されるように、その実全体的にはむしろ医師の治療法の選択・決定の方にウェイトを置いているといえよう⁽⁴³⁾。

すなわち医師の立場をこう解すれば、医師には自らが選択した治療法の相当程度強力な説得、さらには実施が許され、反面患者はこうした説得や治療を拒否すること自体は認められるにしても、そのような意思を伝えるには、文書や第三者立会いの下でのその旨の意思表示（具体的には受診拒否、転医）等の明確な方法が求められることになると考えられるのである。この場合転医はもちろんのこと、その他の意思表示も実際には患者にとって担当医師（当該医療機関）との関係の消滅という結果になるのが常であろう。したがって結局担当医師（当該医療機関）とのつながりを断たずに治療を受け続ければ、それは医師の方針を受け入れたもの＝説得に応じたものとみなされる可能性が強いのである。

2審判決はまさにそのような立場に立って、患者が、入院前に担当医師から検査の結果、経膈分娩が可能であるとしてその方針を説明され、帝王切開の危険性などについても聞かされていたこと、入院の際にも同様の説明を受けたこ

と、入院後も経膣分娩を拒否してあくまでも帝王切開を希望するとの意思を明らかにせず、また格別の申入れもしていないことなどからすれば、患者は、経膣分娩に対する不安などから、帝王切開の希望を有してはいたものの、結局は経膣分娩が適当であるとする担当医師の説得に応じたものと認められるとするのである。要するに「帝王切開の施行を求める旨の明確な意思表示」や「経膣分娩を拒否して帝王切開によることを求める確定的な意思表示」が認められないとされ、したがって医師の治療法の選択・実施と対抗するレベルの患者の治療法についての自己決定はなかったと判断されているのである。

こうして原告らの提起した患者の自己決定権と医師の治療法の選択・実施の衝突の解決という問題について、2審判決は一般論としてはふれているものの、具体的な判断においてはそれとしてではなく、むしろ患者の明確な自己決定ないしその表示の不存在という事実認定のレベルで処理しているのである。

ところが最高裁は、この2審判決とも、また1審判決とも異なる判断を示している。すなわち判決⁽⁴⁴⁾は、「被上告人医師は、…上告人らに対し、分娩誘発を開始するまでの間に、胎児のできるだけ新しい推定体重、胎位その他の骨盤位の場合における分娩方法の選択に当たっての重要な判断要素となる事項を挙げて（骨盤位の場合に経膣分娩によるか帝王切開術を行うかの選択については、胎児の推定体重、胎位等の諸要素を総合的に考慮して判断するのが一般的であるとされている一筆者）、経膣分娩によるとの方針が相当であるとする理由について具体的に説明するとともに、帝王切開術は移行するまでに一定の時間を要するから、移行することが相当でないと判断される緊急の事態も生じ得ることなどを告げ（経膣分娩の経過中に母体または胎児に危険が生じたときは帝王切開術等の急速遂娩術が行われるが、経膣分娩から帝王切開術への移行は、消毒や麻酔等に一定の時間を要することなどから、移行が相当とはいえない場合もあるとされる一筆者）、…上告人らが胎児の最新の状態を認識し、経膣分娩の場合の危険性を具体的に理解した上で、被上告人医師の下で経膣分娩を受け入れるか否かについて判断する機会を与える義務があったというべきで

ある。ところが、被上告人医師は、上告人らに対し、一般的な経膣分娩の危険性について一応の説明はしたものの、胎児の最新の状態とこれらに基づく経膣分娩の選択理由を十分に説明しなかった上（例えば胎児の推定体重の測定は分娩の約2週間前が最後であったと認定されている一筆者）、もし分娩中に何か起こったらすぐにでも帝王切開に移れるのだから心配はないなどと異常事態が生じた場合の経膣分娩から帝王切開術への移行について誤解を与えるような説明をしたというのであるから、被上告人医師の上記説明は、上記義務を尽くしたものである」とすることはできない」とするのである。

みられるとおり、ここでは患者が経膣分娩という分娩法を受けるに当たってなされた医師の説明や手技が不充分、不正確であったことが問題にされているのである。先に患者の治療法についての自己決定権が主張されるケースには2つがあるところ、本件の患者側の主張は、患者の希望する治療法とは異なる治療法を医師が施したことが患者の自己決定権の侵害に当たるとするものであって、第2のケースである旨をのべたが、最高裁は本件をむしろ、患者が当該治療法の利害得失を理解したうえで、当該治療法による治療を受けるか否かについて熟慮し、決断することを援助する十分な説明が医師からなされたか否かを争う第1のケースとして扱い、結論としてこうした説明義務が果たされていないとして原審判決を破棄し、差し戻すのである。

こうして本件に関する判決は、患者の治療方法についての自己決定権と医師の医療行為についての裁量権の関係について、三者三様のアプローチをしているのであるが、いずれにせよ3判決とも両者の優先順位については明確な判断や判断基準は示していない。したがって両者が最後まで対立したとすれば、当面のところ現実的には患者側の転医の選択、あるいは医師側のそうした方法の勧めという形で処理されるほかはないということになるであろう⁽⁴⁵⁾。

註

(36) 代表的なものとして、最判平成12・2・29民集54巻2号582頁。

- (37) 金沢地判平成15・2・17判時1841号123頁。
- (38) 名古屋高金沢支判平成17・4・13判例集未登載。
- (39) ここで説明すべきとされている内容は、乳がんの手術に当たり、当時医療水準として未確立であった乳房温存療法について説明すべき義務があったかどうか争われた最判平成13・11・27民集55巻6号1154頁の判示に倣っている。
- (40) この説明の3類型については、手嶋豊「医療と説明義務」(判タ1178号185頁)によっている。
- (41) さいたま地川越支判平成13・7・5判例集未登載。
- (42) 東京高判平成14・3・19訟務月報49巻3号799頁。
- (43) この立場をより進めたものとして、「そもそも医療行為については、医師の高度な専門的・技術的判断を要することから、医学界の一般的水準の範囲内での医師の自由裁量の余地を認めるべきであり、原則的に医療行為の選択は患者からする指定になじまない性質のものである」とする大阪地判昭57・3・4判タ466号160頁(巨大児の自然分娩による分娩麻痺の結果につき、医師の遂娩方法の選択等に義務違背があるかが争われた事案)がある。
- (44) 最判平成17・9・8判時1912号16頁。
- (45) 参照、水野邦夫「患者の自己決定権とその限界」(新・裁判実務大系1巻49～50頁)。

I-5 その他の幸福追求権判例(プライバシー侵害訴訟)

最後に13条に関する興味あるその他の事例として、プライバシーの侵害が争われた2つの事件にふれておこう。

1つは、週刊誌のカメラマンが、プロ野球球団の新人選手獲得に際しての金銭授与事件等に関し、当時マスコミの取材の的になっていた新聞社会長(原告)がマンションの自室でガウン姿でいるところを撮影し、週刊誌がそれを記事とともに掲載したことにつき、原告がプライバシーの侵害を主張して慰謝料の支払い等を求めた事件である。容ぼう、姿態の無断の撮影・掲載という点では、上述の和歌山カレーライス毒物混入事件等の肖像権訴訟や、銀座を歩行中の姿を撮影した写真をウェブサイトに掲載した事件と共通するところがあるから、この2件と同様に肖像権侵害との主張も可能だったと思われるが、撮影・掲載されたのが自宅居室内のガウン姿であったことに重点を置いて、原告がプライバシーの侵害を主張したため、東京地裁もそれに沿って判断している。

判決⁽⁴⁶⁾は先ず、「特に、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であって、これを撮影され公表されないことは、個人の人格的利益として最大限尊重され、プライバシーとして法的保護を受けるというべきである。しかして、本件写真は、…いずれも自宅居室内でガウンを着ている原告の容貌・姿態を撮影したものであるから、これを撮影し、本誌のような週刊誌に掲載することは、原告のプライバシーを侵害するものというべきである」として、自宅居室内のガウン姿の撮影公表がプライバシーを侵害するものであることを認定する。

ただ判決はそうした場合も、「公的存在の法理」（自己の業績、名声、職業等によって公的存在となった者は、公衆の正当な関心事に係り、かつ、公開を受忍できる相当な範囲において、自己の容ぼう・姿態の撮影および公表を黙示に承認していると評価されることがあるとの法理）や表現の自由等に照らして違法性が阻却されることもあるとして、続いてその事由の存在の有無の検討を行う。

そして判決は「公的存在の法理」に関しては、原告は公的存在であったといえるが、自宅居室内においてガウンを着ている容ぼう・姿態は、純粋な私的領域に係る事項であるから、公衆の正当な関心事に該当するとは認められないとしてその適用を否定し、表現の自由との関係についても、表現行為が公共の利害に関する事項（社会の正当な関心事）に係り、かつ、その公表された内容が表現目的に照らして相当なものである場合には、当該表現行為が他人のプライバシーに優越する保護を与えられるというべきであるとしつつ、本件写真の原告の容ぼう・姿態は純粋な私的領域に係る事項であるうえ、原告の社会的地位や活動とは何ら関連せず、社会の正当な関心事であるということはできないとして、いずれも違法性を阻却するものではないと結論する。

判決に一貫しているのは、本件写真の撮影や掲載が原告の私的領域への侵入であるとの判断であるが、この判断は十分に領けるものであるし、同様の写真

撮影と週刊誌等への掲載がかなり盛んにみられる現在、それらの行為のプライバシー侵害の有無の判断基準を提示する一例ともいえよう。

もう一例はいささか入り組んだ事例で、医科大学病院の医師（当該医科大学教授）を受診した患者がその際セクシュアル・ハラスメントを受け、また本件患者に関する週刊誌の記事中の医師のコメントにより名誉を毀損されたなどとして、弁護士に委任して損害賠償を請求したという事件（以下「前提事件」という）が先ずあり、この前提事件に関し受任弁護士が司法記者クラブ幹事社に訴状の写しをファックスで送信したり、記者会見を開いて質疑応答を行うなどし、また毎日新聞が全国版朝刊で提訴について医師の実名を用いて報道したという事実などが続いたことが発端であった。すなわち前提事件では結局患者の請求は退けられたのであるが、今度はこの患者の敗訴判決を受けて医師が患者に対し不当提訴を理由に損害賠償を、患者と弁護士に対し名誉毀損あるいはプライバシー侵害の共同不法行為を主張して同様に損害賠償を、さらに毎日新聞社に対し実名使用記事の掲載が名誉毀損あるいはプライバシー侵害に当たるとして損害賠償と謝罪広告を求めたのである。

判決⁽⁴⁷⁾は医師のこれらの請求につき不当提訴による損害賠償など、一部を認容しているが、プライバシーの侵害との主張についても、毎日新聞の記事についてそれを認めている。

新聞による提訴の報道がプライバシー侵害とされた例は稀と思われるので、その部分のみをややくわしく紹介すると、判決は、「原告がセクシャル・ハラスメント等を理由として民事訴訟を提起されたとの事実は、本件記事の掲載当時において一般には未だ知られておらず、また、同訴訟は原告の医療現場におけるセクシャル・ハラスメントという強制わいせつ等の犯罪に準ずる破廉恥行為の存否を問題とするものであって、著名な医師である原告において、自己の医療行為に関連する恥辱的な不祥事を理由に右のような訴訟を提起されたことは、一般人の感受性を基準として公表を欲しないであろうと、またその公開により不快、不安の念を覚えるであろうと認められる私的領域に属する事柄とい

える。したがって、原告は、その患者から診察中のセクシャル・ハラスメント等を理由に前提事件を提訴された事実をみだりに公表されないことにつき法的保護に値する利益を有していたというべきである。したがって、本件記事の掲載は、原告のプライバシーを侵害するものと認められる」として一応プライバシーの侵害を認定した後、このプライバシー侵害の違法性が否定される事情があるか否かを検討する。

その際判決は当然表現の自由との関係を論じるが、それにとどまらず、本件が実名報道であることを重視して、「個人の私的事柄が新聞記事において実名を使用して公表された場合、当該事実を公表することの社会的な意義、対象となった個人の社会的活動及びその影響力の程度、同事実の公表によって個人が被る不利益の程度に加えて、実名使用の意義及び必要性の有無、当該記事の掲載の体裁、態様の相当性を併せ考慮し、当該記事により右事実を実名を使用して公表されることを受忍すべきであると判断されるときは、前記事実の公表は違法性を欠き不法行為に当たらないと評価すべきである」との判断基準をのべる。

次いで判決はこの基準により本件の具体的事情を検討し、原告は一般国民の間で広くその氏名が知悉されているような著名人とはいえず、また強い社会的影響力を有していたとまではいえないこと、民事訴訟が提起される場合に、当事者の主張事実の存否については、未だいかなる意味においても公的な判断を経っていない段階にあるから、当該訴訟の提起報道は犯罪事実や判決結果の報道に比べれば、相対的にその社会的意義は低いといわざるを得ず、原告の実名を使用して報道する必要性が高かったものとはいえないこと、記事は400万部にものぼる毎日新聞の全国版朝刊に三段組で掲載されているから、幅広い一般読者の目にふれるものであること、大新聞の報道が社会的に高い信頼を得ていることに鑑みると、本件記事が大見出しにおいて、「診療でセクハラ行為」とことさらに大きな活字で表記し、読者の関心、注目を惹こうとした意図を窺わせる点で、その体裁、態様の相当性はにわかに首肯し難いものがあることなど

を縷縷指摘する。また他方で、原告のような医師が診察中の患者に対するセクシュアル・ハラスメントにより民事訴訟を提起されたことは、問題とされる事実関係が強制わいせつ等の犯罪に準ずる破廉恥行為であって、これが公表されることによって、その社会的立場や以後の医業の遂行等に著しい不利益を被るおそれがあることは想像に難くないとも指摘し、結論として原告において、記事により前提事件の提訴事実を実名を使用して公表されることを受忍すべきであるとはいい難く、本件記事のプライバシー侵害の違法性は否定し得ないとする。

この結論については当然表現の自由、報道の自由を不当に制限するものであるとの批判もあるであろう。しかし筆者には例えば鍵括弧付きで一方当事者の主張を見出しにまとめたり、他方の当事者のコメントを末尾に付したりして、客観性を保っている風を装いながら、実際には読者にその一方当事者の主張を事実と思い込ませるようなパターンの報道がかなり常態化している報道のあり方が（しかもその一方当事者の主張が最終的には認められなくても、そうした結果は報道されないか、当初の報道とは比較にならないほどの僅かなスペースで簡単に報じられるのが常である）、それほど報道の自由の名で保護を受けるべきレベルのものとは思われないので、この結論には十分な理由があると考えている。要するに訴訟の提起の報道においては最初の報道で、提起された側の人格、生活、能力等に関する一般のイメージが決定される可能性が強く、そうしたイメージはその後の当人の人生に長く影響をもち続けることを、報道機関は十分に認識して報道する必要があるということである。

一方当事者からの訴訟の提起という事実を報道するのであれば、それにふさわしいスタイルを工夫すべきであるし（判決が問題にしているのは主としてこの点である）、踏み込んで訴訟の内容についてくわしくふれるというのであれば、慎重に両当事者の主張を比較し、また事情を十分に調査して報道すべきであろう（民事訴訟の提起の報道についてはそれほど速報性が求められるわけではない）。

しかしわが国の現在の報道はそのどちらでもなく、上述のように多くを一方当事者の主張に依拠しつつ、鍵括弧を付すなどのテクニックを用いることによって表面上は客観性を装ってまとめるという類のことが多い。それは報道の商業主義という問題でもあるが、この判決はそうした一応のエクスキューズさえ用意しておけば、当事者の一方の主張をベースに記事をまとめてもよいという現在広くみられる報道の風潮に強い疑義を呈するものとして意義があるといえよう⁽⁴⁸⁾。

註

(46) 東京地判平成17・10・27判時1927号68頁。

(47) 東京地判平成17・3・14判時1893号54頁。

(48) ただし本件控訴審東京高判平成18・8・31判時1950号76頁は、「個人の私的領域に属する事項については、それが一般に知られておらず、かつ、一般人の感受性を基準として公表を欲しないと認められる場合には、当該個人は、それについてみだりに公表されない法的保護に値する利益（プライバシーの利益）を有する」との一般的なプライバシー権論をのべたうえで、前提事件の訴えが提起されたとの事実、一般人の感受性を基準として公表を欲しない事項であるが、前提事件の請求原因事実は個人の私的領域に属する事柄ということではできず、したがってそうした事実に基づいて1審原告（医師）が前提事件の訴えを提起されたという事実は、プライバシーとして保護されるべき事柄ではないとする。

すなわち前提事件は1審原告の診察時の患者に対するセクハラや、その件についての週刊誌の記事中での発言を請求原因とするものであり、それらは医科大学教授の大学病院での診察中の行為という高度の専門的職業にある者の職業上の行為が問題とされている点からも、自ら週刊誌の記者の取材に応じた発言が問題にされている点からも、1審原告の社会的活動、社会に向けた発言に関わる事柄であるから、個人の私的領域に属する事柄ということではできないとするのである。

そして1審原告の氏名も、上記のような社会的活動や社会に向けた発言の主体を特定する事柄であり、しかもすでに週刊誌で1審原告の実名が明示されていたことを考えると、プライバシーとして保護されるべき事柄ではないとして、毎日新聞の本件記事の掲載は1審原告のプライバシーを侵害するものと認めることはできないと結論する。

こうした控訴審の判示の大前提には、1審被告による前提事件の提訴が事実上・法律上の根拠を欠いていたということではできず、したがってそれが裁判制度の趣旨目的に照らし著しく相当性を欠く不法行為とはいえないとの1審とは異なる判断があり、直接の前提としては、本件記事を、[診察でセクハラ行為]（記事中でも鍵括弧が付いている）と

の大見出しのみならず、「医科大学教授相手に提訴」との小見出し（それには鍵括弧は付いていない）も併せてみれば、セクハラ等を理由に1審原告に対する提訴がなされたとの事実を報道する趣旨であることは明確に読みとることができ、本文の記事も訴状の記載の引用という形式をとりつつなされ、セクハラ等があくまで1審被告の主張する事実であることを明示しており、また、客観的かつ中立的な記述となっていて、1審被告の主張事実に信憑性があることを示唆するような表現等は見当らない等の判断がある。しかしこの判旨はいささか形式的に過ぎて、本文でのべたようなこうした記事が一般読者に対してもつ実際の効果や、鍵括弧の使用、あるいは訴状の引用といった記事の客観的・中立的体裁が、その実しばしば後日の法的責任追及回避のための予防線にすぎないことが適切に評価されていないくらいがあり、筆者にはやはり1審判決の方が妥当と思える。