

令和 4 年 5 月 30 日現在

機関番号：34416

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2018～2021

課題番号：18K01267

研究課題名（和文）民主主義におけるプライバシー権と「公共圏」の規範理論

研究課題名（英文）The Right to Privacy in Democracy and the Normative Theory of the "Public Sphere"

研究代表者

高作 正博（TAKASAKU, Masahiro）

関西大学・法学部・教授

研究者番号：80295287

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,800,000円

研究成果の概要（和文）：フランス法における「私的生活の尊重の権利」（プライバシー権）の概念、フランス憲法院の判例分析、個人に対する監視措置や情報収集活動の法規制、民主主義の維持にとっての「私的生活の尊重の権利」（プライバシー権）の必要性等の研究を踏まえ、それをさらに発展させた。また、ヨーロッパの他の国家についての調査研究として、ドイツ法の調査も行った。さらに、日本法におけるプライバシー権の再構成についての研究にも着手した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

フランス法におけるプライバシー権の理解や法制度の実態が明らかになった。個人の番号化、個人情報集積化、個人イメージの流出の危険性等が問題視され、プライバシー権についても、権利内容の拡大や再構成を求める議論があることが明らかとなった。また、日本法について、プライバシー権、思想・良心の自由、表現の自由等を、民主主義との関係から類似の性質を持つ権利として扱う可能性を追究することができた。

研究成果の概要（英文）：Based on the research on the concept of the right to privacy in French law, analysis of French Constitutional Court precedents, laws and regulations on surveillance measures and information gathering activities against individuals, and the necessity of the right to privacy for maintaining democracy, I have further developed this concept. I also conducted a survey of German law as a research study on other European states. Furthermore, I embarked on a study of the reconfiguration of the right to privacy in Japanese law.

研究分野：憲法学

キーワード：私的生活の尊重の権利 プライバシー権 委縮効果 内心の自由 民主主義 権力分立原理

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属します。

## 1. 研究開始当初の背景

### (1) 民主主義と「公共圏」の重要性

民主主義においては、議会活動や選挙・投票等の制度的過程だけでなく、「民意」の形成を可能とする「公共圏」という非制度的過程の存在も重要である。ここでいう「公共圏」とは、歴史的には「公論 (opinion publique)」に相当するものであり、フランス革命を引き起こした真の原動力とも言われる。多元的で移ろいやすく、偏見や感情に支配された人間とは異なり、公論は恒常性、非個人性、公開性を特徴とし、国王の権威に対抗するものとしてその威力を発揮した。そのことが可能であったのは、王制下にあつて、公論は、啓蒙主義を担う人々を媒介とする「超越的な権威」に訴え続けたからである (Morabito, M. et Bourmaud, D., *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, 4e éd., Montchrestien, 1996, p.23.)。豊かな「公共圏」を確立し民主主義の質を高めるためには、いかなる規範理論が求められるのであろうか。

### (2) 民主主義の前提としてのプライバシー権

民主主義の質を高めるための権利・自由として、従来は、特に表現の自由や集会・結社の自由が重要視されてきた。本研究は、これらの権利・自由に加え、プライバシーの権利の意義を指摘し、その可能性や限界について考察しようとするものである。民主主義にとって必要なのは、意見・言論の多元性であり「異論」である。「異論」が現出することを妨げられないようにするためには、次の2点が必要となる。第1に、「匿名の表現」の重要性である。芦部信喜は、「名前を秘して話したり、書いたり団体活動に参加したりする権利」を憲法上の権利として認めることができるにつき、「一定の形式で行われる強制的露頭を、思想の表現と結社への参加に対して制約的効果 (deterrent effect) を及ぼすとの理由にもとづき、無効と判示」したアメリカの連邦最高裁の判決を検討して、「露頭は一定の思想を制止し、市場からそれを排除する効果を及ぼすと考えられる」と指摘する (芦部信喜『現代人権論』(有斐閣、1974) 136頁以下)。これは、「萎縮効果」に着目した表現の自由論である。

第2に、「負担なき参加」ないしログアウトの可能性の重要性である。投票や「公共圏」では個人の参加が必要となるが、そこに過度な負担をかけない工夫が必要となる。そのためには、第1の匿名性に加え、「公共圏」からの自由なログアウトの可能性を確保する必要がある。ベンジャミン・R・バーバーは、「強靱な民主主義に基づく市民社会」という市民空間を「開かれていて包括的」でなければならないとし、この開放性・包括性について、「参加が自由であるだけでなく退出の権利も含まれていなければならない」と述べている (ベンジャミン・R・バーバー、山口晃訳『私たち の場所 消費社会から市民社会をとりもどす』(慶應義塾大学出版会、2007) 77頁)。個人の政治活動ないし政治的言論に対する国家からの監視や情報収集が行われることで、個人が「公共圏」に縛り付けられ、自由な参加と退出が期待できないおそれがある。「公共圏」から「私」へと退出する権利を確保することで、これらの監視行為や情報収集の問題性を民主主義との関係で明らかにすることが可能となる。これはプライバシーの権利からアプローチすることを意味することとなる。

## 2. 研究の目的

### (1) 判例におけるプライバシー権論の問題性

政治的「公共圏」における個人の監視や情報収集をめぐることは、実際に次のような事件がある。

東京都内で開催された集会において、私服警察官約60名が集会会場向側の歩道上で参加者に対して監視や威圧行為をしたり、会場前道路に面した喫茶店にてビデオカメラで盗撮したりして、集会開催を妨害した事案 (東京高裁平成25年9月13日判決・判例集未登載、LEX/DB文献番号25502099)。自衛隊イラク派兵に反対する活動等を行っていた市民に対し、自衛隊情報保全隊が監視・情報収集を行っていたことの合憲性が争われた事件 (仙台高裁平成28年2月2日判決・判時2293号18頁) 等である。

まず、国家による個人情報取得・収集が、プライバシーの権利との関係でどのように理解されるのかが問われなければならない。この点、「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」(東京地裁昭和39年9月28日判決・下民集15巻9号2317頁) また、「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」(最高裁平成20年3月6日判決・民集62巻3号665頁) とする見解に従うと、個人情報の「公開」「開示又は公表」のみが保障され、その「取得」自体はプライバシー権としては保護されなくなる。しかし、このような理解には問題がある。第1に、取るに足りないと思われる情報でも、それが蓄積・集積され個人の人格像として利用されることにより、自らに不利益が及ぶ場合がある。特に、政治的な主義・主張に関わる表現行為に関する情報 (集会やデモ行進への参加、ビラ配布行為の事実等) は、その者の政治傾向をよく表す事柄であり、取扱いには注意を要するはずである。第2に、判例の中には、個人情報の「取得」を問題にする事例もあり (最高裁昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁、最高裁平成7年12月15日判決・判時1555号47頁) これらの判例の整合性をどのように図るのかについて、プライバシー権の概念自体を再構成することを通じて、明らかにする。

## (2)民主主義を通じたプライバシー権の保護

日本の実務においては、国家機関は、特別の法律上の根拠なく、個人情報に「取得」している。指紋のデータベース化については、「指掌紋取扱規則」で実施され、また、DNA型データベース化についても、「DNA型記録取扱規則」で処理されており、どちらも法律上の根拠が不十分な状況にある。また、防犯カメラの映像を利用する場合においても、法律上・条例上の根拠なく、データ利用が行われているのが実態である。このことは、第1に、警察法第2条第1項の規定により、法治主義の要請を満たすものと解されてきた。また、第2に、捜査として行われる場合でも、「強制的処分」(強制捜査)に該当しないため、特別の定めが不要と解されてきた(刑事訴訟法197条1項「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制的処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない。」)。

しかし、第1の点について、国家機関が権限を行使する際には、組織法及び作用法の存在が必要と解されるところ、警察法第2条第1項は組織法にすぎず、作用法のないまま権限が行使されていることとなる。この点は、「法律の留保」の観点から重大な問題ではないかと解される。第2の点について、確かに、判例では、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」(最高裁昭和51年3月16日決定・刑集30巻2号187頁)とされており、管理活動や情報収集は、ここでいう強制手段には該当しないと解される。しかし、本人の承諾なく、もちろん本人の知らないところで、個人情報が取得収集され、それが利用され、場合によっては不利益を被ることがあり得るとすれば、刑事訴訟法上の「強制的処分」に該当しないと見ても、憲法上の問題が残ることとなる。改めて、民主主義的な議論、即ち、議会の立法により、プライバシー権を保護する試みが必要ではないかと解される。

## 3. 研究の方法

本研究は、第1に、民主主義の前提となるべきプライバシーの権利について、判例の読み直しを行うことにより、新たな概念構成を試みた。これまでのプライバシー権に関する多くの判例をいかに整理し、どのように説明することができるのか、という観点から検討を行った。

また、第2に、民主主義によって保護されるプライバシーの権利について、法制度を策定する場合の内容に関する憲法上の要請を明らかにするよう努めた。その際には、作用法的要請として、目的(公益の重要度)、目的の明確性、目的と手段との比例性等が求められるであろうし、また、組織法・手続法的要請としては、説明義務、情報提供義務、第三者機関の独立性等が必要な要素となる。

さらに、第3に、本研究は、ヨーロッパ、特に、フランスの法制度及び判例法理を通じて、日本法への示唆を与える視点を探るものであった。テロ対策が急務の欧州各国において、個人情報の取扱いをめぐる法制度が整備されてきている。そこで争われる訴訟において、法律の合憲性をめぐる憲法論、また、国内の個人情報の取扱いをめぐるヨーロッパ人権裁判所による国際人権論は、グローバルな人権保障のあり方を提示しうるものであり、テロ対策や犯罪対策として同じ課題を抱える日本においても、重大な資料を提供するものである。

## 4. 研究成果

### (1)「公務員の任用に際しての『意向確認』と思想・良心の自由」

公表論文としては、「公務員の任用に際しての『意向確認』と思想・良心の自由」『関西大学法学論集』70巻1号(2020年5月27日)105-140頁がある。本論文の概要は以下の通りである。

民主制にとって必要なのは、個人が自由な意見表明や表現行為を保護されること、また、表明すべき意見を形成するに際しての内心の自由や私生活の自由をも保護されることである。内心の自由には、思想・良心の自由や信教の自由といった精神作用の自由が含まれ、私生活の自由には、思想傾向や主義・主張といった個人情報を国家機関から推知されることなく秘匿しうることの保障が含まれている。こうして、精神的自由権からプライバシーの権利に及ぶ精神と情報の自由が民主制との関わりで主題化されることとなる。

本稿は、2016年度末で大阪府(以下「被告」という。)の公立学校教員を定年退職した原告が、大阪府教育委員会(以下「府教委」という。)に対して再任用の選考を申し込んだところ、2017年1月24日、卒入学式における君が代斉唱の命令を含む上司の職務命令に従うかどうかにつき意向確認(以下「本件意向確認」という。)を受けたこと、また、同年4月1日付けで府教委に定年後の再任用を拒否されたことが違法であるとして、被告に対して国家賠償を請求する訴訟を起こした事件(平成30年(ワ)第1661号 国家賠償請求事件)につき、本件意向確認が憲法第19条で保障された思想・良心の自由を侵害し違憲であることを主張するものである。

まず、先例として注目されるべきものに、ピアノ伴奏拒否事件(最高裁平成19年2月27日判決・民集61巻1号291頁)及び起立斉唱強制事件(最高裁平成23年5月30日判決・民集65巻4号1780頁等)における最高裁判決がある。これらの判決の事案は、どちらも「思想の表明」についての「要素を含む行為」を強制するものであった。これを「行為強制型」と呼ぶとすれば、本件意向確認をめぐる問題は、過去又は将来の行為についての態度の開示を迫るものであり、行為を通じた思想の告白を求める「告白強制型」ないし「思想強制型」といえる。両者の事案の違いに着目する場合には、一方の判決を他の事案に当然に妥当するものと解されてはならない。

そこで、「思想強制型」の規制と捉えた場合、「告白強制型」の規制として「沈黙の自由」に対する制約と捉えた場合、「告白強制型」の規制として思想に「係る行為」の規制と捉えた場合、いずれの場合でも、内心の自由の絶対的保障の効果として、本件意向確認は直ちに憲法違反と解される。また、思想に「係る行為」に対する規制を表現の自由や集団行動の自由等と同様、外面的精神活動の自由と解する場合でも、それに対する制約は必要最小限度でのみ許されるのであり、表現の自由に関する判例で採用された厳格な審査基準を用いて判断してやはり憲法違反と解すべきであろう。

本稿は、思想・良心の自由に関する具体的事例を素材として取り上げ、民主主義における重要性の点で、表現の自由やプライバシー権と共通する意義を有することを明らかにしている。これは、従来の議論に新しい視点を提供し得るものである。また、思想・良心の自由に関する先例を分析し、それとの比較を行いながら、本件に即した分析・検討を行っている点で、規制分類に関する新たな枠組みを提供している。

## (2) シンポジウム及び研究会での報告

プライバシー権と民主制をテーマとする研究内容について、和歌山弁護士会主催「和歌山県安心・安全まちづくり条例第4条第3項～県民の通報義務～を考える」(2019年3月30日) 上智大学比較法・外国法研究会での報告(「フランス法における『私的生活の尊重の権利』の保障 民主主義におけるプライバシー権と『公共圏』の規範理論」, 2019年4月20日)で報告している。

まず、和歌山弁護士会主催「和歌山県安心・安全まちづくり条例第4条第3項～県民の通報義務～を考える」では、招へい講演として、「住民総『監視カメラ』化社会の到来?!

『安全・安心』条例がもたらすもの」をテーマに講演を行った。内容としては、和歌山県安心・安全まちづくり条例第4条第3項が「県民は……県に対し、当該情報を提供するように努めるものとする」と規定する意味をめぐり、公的機関による監視のみならず、社会全体が住民相互の監視により密告社会へと至るおそれがあることを指摘した。

特に、法制度面として、条例を改正する必要性への疑問、安全優先思考に潜む危険性、個人情報管理体制への疑問等を指摘し、また、法運用面として、任意・期待から義務へと転換するおそれ、匿名での通報を可能とすることで虚偽通報の問題が生じうること等を指摘した。その前提として、近時の犯罪論ないし法改正の流れの中に、犯罪が発生する前から刑罰を適用しようとする傾向が強まっていること(「刑事立法の活性化」傾向) それと連動して、犯罪が発生するよりもかなり前の段階から情報収集が強化されていること等について、プライバシー権保護の観点から問題のあることを指摘した。

次に、上智大学比較法・外国法研究会での報告では、まず、日本の判例の状況としての「監視」における人権保障の過少と、立法の状況としての「監視」における法的根拠の過少を指摘し、フランス法におけるプライバシー権の概念や法的保護の概要を整理した。フランス民法典第9条は、「1 各人は、その私的生活の尊重の権利を有する。」「2 裁判官は、私的生活の親密圏に対する侵害を阻止しまたは中止させるのに適した、係争物寄託や差押等のようなあらゆる措置を命じることができ、被った損害の賠償も妨げない。これらの措置は、緊急の場合には、急速審理で命じることができる。」と規定し、また、新刑法典では、私的生活侵害罪(会話の録音・伝達、肖像の録画・伝達、秘密の暴露、盗聴装置の製造・輸入・所持・陳列・提供・賃貸借・販売、住居侵入、通信の開示・抹消・破棄等)を処罰していることを述べた。

フランスでも、様々な監視措置が制度化され、プライバシー権との関係が議論されていることから、その憲法的保障のあり方を憲法院の判例を分析して報告した。憲法院の判例におけるプライバシー権の憲法化には2段階のプロセスがあり、まずは、憲法第66条の「個人的自由」の拡大解釈により権利の承認を行う判例、続いて、1789年人権宣言第2条の「自由」を根拠に権利の承認を行う判例が出されている。プライバシー権の根拠を2つの規定に求める判例をどのように整理することができるのかが問題となるところ、報告では、フランス的な権力分立原理(司法機関と行政機関との権力分立)が背景にあるのではないかとの見解を披露した。

以上の報告内容については、今後、公表する論文の中に組み込んで展開する予定である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計1件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 1件）

|                                         |                          |
|-----------------------------------------|--------------------------|
| 1. 著者名<br>高作正博                          | 4. 巻<br>70巻 1号           |
| 2. 論文標題<br>「公務員の任用に際しての「意向確認」と思想・良心の自由」 | 5. 発行年<br>2020年          |
| 3. 雑誌名<br>『関西大学法学論集』                    | 6. 最初と最後の頁<br>105 - 140頁 |
| 掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子）<br>なし           | 査読の有無<br>無               |
| オープンアクセス<br>オープンアクセスとしている（また、その予定である）   | 国際共著<br>-                |

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

| 氏名<br>（ローマ字氏名）<br>（研究者番号） | 所属研究機関・部局・職<br>（機関番号） | 備考 |
|---------------------------|-----------------------|----|
|---------------------------|-----------------------|----|

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

| 共同研究相手国 | 相手方研究機関 |
|---------|---------|
|---------|---------|