The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	憲法解釈の応用局面（三）
Author(s)	棟居，快行
Citation	阪大法学. 2012, 61(5), p. 171-211
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55110
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

研究ノート

憲法解釈の応用局面（三）

棟居快行

一～四　第六一巻第一号二四〇頁以下
五～六　第六一巻第二号二五三頁以下
七　戸籍続柄記載における非嫡出子の表示の違憲性（本号一七一頁以下）
八　公教育における教師の裁量と生徒の教育を受ける権利（本号一八〇頁以下）
九　表現の自由とプライバシー――「裏ビデオ」の紹介記事を素材として（本号一八九頁以下）

七　戸籍続柄記載における非嫡出子の表示の違憲性

以下は、戸籍の続柄記載につき嫡出子には「長男」「長女」といった記載を、非嫡出子には「男」「女」という記載をするものとしてきた戸籍法施行規則附録第六号のひな形（同規則三三条一項「戸籍の記載は、附録第六号のひな形に定めた相当欄にこれをしなければならない。」により同規則の内容の一部をなしてきたが、後掲東京地裁判

決後の平成一六年一一月一日付でひな形が改正され、当該母の分娩の順番に「長男」「長女」などと記載する方式に改められた）に従ってなされた区の戸籍事務に対して、非嫡出子本人ならびに父母が区別記載の差止めならびに慰謝料の支払いを求めて、国ならびに東京都中野区を相手取って提起した訴訟の一審東京地裁に二〇〇二年末に提出した意見書である。

東京地裁平成一六年三月二日判決（訟務月報五一巻三号五四九頁）は、差止めにつき、「原告らの被告国に対する本件差止請求は、法務大臣に対し、省令制定権に基づき制定された戸籍法施行規則の改正を求めることに帰するものであり、それは『法律上の争訟』、すなわち、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの（最高裁昭和三九年（行ツ）第六一号同四一年二月八日第三小法廷判決［いわゆる技術士国家試験事件判決＝棟居注記］・民集二〇巻二号一九六頁参照）には当たらず、その訴えは不適法であるというほかない。」とし、また、慰謝料請求についても「中野区長は、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くさず漫然と本件続柄の記載をしたということはできないから、被告中野区の行為に国家賠償法上の違法性は認められないものというべきである。」として請求を退けたが、判決理由のなかで、次のように述べた。「非嫡出子であることを判別できるようにするとの民法上の要請に基づき非嫡出子であることというプライバシーに属する事柄を戸籍に記載せざるを得ないとしても、国民のプライバシー保護の観点から、その記載方法は、プライバシーの侵害が必要最小限になるような方法を選択し、非嫡出子であることが強調されることがないようにすべきであり、その程度を超えた戸籍の記載は、プライバシーの権利を実質的に害するものとの評価を免れないというべきである。」「現行戸籍法においては、……非嫡出子の場合、身分事項欄に『認知』の記載がなされるか、認知の記載がなくても、父欄が空白であることにより非嫡出子であることが判別できるから、

このような記載に加えて、あえて本件のように戸籍の続柄欄において『女』と記載し、嫡出子の場合に『長女』『二女』等と記載することとの対比において嫡出子と非嫡出子とを区別した記載をすることによって原告……が非嫡出子であることが一見して明瞭に判別される方法を用いることの合理性、必要性は乏しいものといわざるを得ない。」「……したがって、本件戸籍の続柄欄における嫡出子と非嫡出子とを区別した記載は、前記の戸籍制度の目的との関連で必要性の程度を超えており、原告らのプライバシー権を害しているものといわざるを得ない。」

なお、控訴審判決である東京高裁平成一七年三月二四日（判例時報一八九九号一〇一頁）は、差止めにつき「この訴えは、本件続柄欄の記載の抹消を求めるものではなく、かつ、区別のない記載方法を特定する形で請求をするものでもないところ、このような、明確性を欠く、不特定な請求が不適法であることはいうまでもない。」との理由で不適法とし、また、慰謝料請求については、「嫡出子と非嫡出子とを区別することが憲法に違反する不合理な差別であるということはできないのであって、民法が相続において嫡出子と非嫡出子を区別している以上、これを戸籍上区別する必要があることは否定できない。そうすると、いずれにせよ、戸籍を調査すれば、嫡出子と非嫡出子との区別が明らかになるように戸籍の記載をせざるを得ない。したがって、父母との続柄記載において嫡出子と非嫡出子を区別することが、戸籍上これを確認することのできる唯一の方法ではないとしても、不必要かつ不相当な記載であるとは到底いえないのであって、その記載をもって、プライバシー権を侵害する違法な記載であるとは到底いえない」、とした（当該戸籍法施行規則附録のひな形については、高裁判決前に改正されている）。

1　問題の所在

戸籍は身分関係を公証する公文書であるから、現行民法が嫡出・非嫡出の区別を維持しているかぎり、戸籍にお

いても非嫡出子であることの記載は免れがたい。しかしながら、非嫡出子であるという事実は、戸籍上の「身分事項欄」によって知ることができるのであるから、それ以外に「続柄欄」において非嫡出子であることを明示するまでもない。それでも「続柄欄」に「子」という非嫡出子であることを明示する表記を行うことによって得られる立法上のメリットは、単に一目瞭然に嫡出・非嫡出の区別ができる、という一点につきる。これに対して、「続柄欄」にこのような記載（以下、「本件記載」という）が行われることによって、非嫡出子である本人の側には、戸籍を見る機会を有する他人に容易に自身の非嫡出であるという個人情報を認識され、社会生活上なお残存する差別や偏見にさらされうるという不利益を被る。戸籍も契約や就職など一般市民生活上のさまざまの機会に利用され、他人がそれを見る機会は少なくはない。戸籍事務の担当者など専門家は「身分事項欄」を読んで本人の身分関係を確認するようであるが、素人が一見して判断しうるのは「続柄欄」のほうであろう。したがって、現行の戸籍における「続柄欄」は、役所の戸籍担当者などには必要とされず、もっぱら偶々戸籍を目にする他人に嫡出・非嫡出の別を知らしめる役割を果たしているにすぎない。

このような有害無益な記載上の区別は立法論としてすみやかに廃止されるべきであることはいうまでもないが、憲法論としても、平等原則（憲法一四条一項）に違反し、同時に、個人のプライバシー権ないしは個人の尊厳（憲法一三条）そのものを侵害するものと考える。さらに、事実婚の両親の下にある子の事例である場合には、このような記載は親のライフスタイルの自由（憲法一三条）をも侵害するものと考える。以下、順番に理由を述べる。

2　平等原則違反

憲法一四条一項前段は「法の下の平等」を定め、後段は「人種、信条、性別、社会的身分、門地」を列挙して、

それらについての差別を禁止する。

本件記載は憲法一四条（以下、条文のみの場合は憲法条文を指す）の一項後段中の「社会的身分」に該当する記載であるといえる。

後段列挙事由のいずれかに該当する事項についての国家権力による差別的取扱いについては、厳格な司法審査基準が適用され、合憲性の推定は働かない（国が積極的に当該差別的取扱いが憲法上許された目的のための手段であることを論証しない場合には違憲となる）、と解する見解（「特別意味説」などと呼ばれる）が学界においては有力である。同説は、後段をこのように理解する理由として、前段と後段と同じ「法の下の平等」を規定しているのでは後段が余分であることになってしまうこと、後段列挙事由はいずれも歴史的に繰り返され、本人にはいかんともしがたい生まれつきなどの事情に対する差別を特に禁止したものであることなどを挙げる。

本件記載につき、以上のような特別意味説を採用すれば、違憲であることが推定され、国側が積極的に憲法上正当な理由があることの論証に成功しないかぎり、裁判上違憲とされることが望まれる。

もっとも、このような見解によるまでもなく、本件記載は判例が確立してきた法理をあてはめることによって、違憲という結論に至るのに十分であると考えられる。すなわち、いわゆる尊属殺人罪違憲判決（最高裁大法廷昭和四八年四月四日判決・刑集二七巻三号二六五頁）は、刑法二〇〇条（改正により削除）の刑罰加重規定を違憲としたが、その理由は、「尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重」という立法目的は合憲であるが、「加重の程度が極端であって、……立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえない」から違憲である、というものであった。ここに示された一四条一項の解釈方法は、立法目的それ自体が憲法上妥当か、という「目的審査」と、合憲的な立法目的であるとして、それを実現する手段

が目的とのバランスを著しく失していないか、という「手段審査」の二つに分割して、問題となる法律が平等原則違反か否かを判別するというものである。

このような目的審査・手段審査の図式を本件記載に適用すれば、まず立法目的としては、戸籍上に身分関係を明示するということがその目的であろうから、嫡出非嫡出の区別それ自体の違憲論をいま度外視すれば、目的それ自体は違憲とはいいがたい。憲法も家族制度を前提とし、また保護の対象と考えているのであり（二四条）、戸籍という本人の公的認証制度のうえで、家族関係を単位とすること自体を違憲とまではいいがたいであろう。

しかしながら、前述のように当該目的を実現するための手段として本件記載は不要であり、余分かつ過大な不利益を非嫡出子に差別的に及ぼすものであるから、目的と均衡がとれているとは、およそいいがたい。立法目的が他人に容易に嫡出非嫡出の別を認識させることにはないはずである以上、そのような役割しか有しえない本件記載は、そもそも正当な目的を伴っていない。本件記載は、目的と手段の均衡以前に、そもそも目的が存在しない無目的の差別というべきものである。

なお、仮に本件記載が「身分事項欄」とあいまって嫡出非嫡出の区別を戸籍事務担当者に認識させる役に立っており、このような利益の実現が立法目的であるとしても、このわずかの利益の実現手段として、他人に容易に差別を許すという不利益をともなう本件記載の方式が、手段として均衡がとれているとはいいがたい。むしろ著しい不均衡があるというべきである。

以上から、平等原則については立法目的そのものの憲法的妥当性と、その目的を達成する手段が目的と均衡のとれたものであるか（著しい不均衡はないか）、という観点から考察されるべきであり、本件記載は立法目的が合憲であるとしても、手段と目的との間には著しい不均衡が認められるから、違憲というべきである。

3　プライバシー権侵害

本件記載は、非嫡出子という本人が通常他人に知られたくない私生活上の事実を公証行為に含めることによって、広く他人の知るところとなる可能性を生むものである。それゆえ、本件記載がプライバシー権を侵害するものではないかが問題となる。

プライバシー権は、憲法が直接に明文で保障するものではないが、個人の私生活の平穏の保護などといわれる古典的な定義によるにせよ、あるいは自己情報コントロール権という現代的な定義によるにせよ、憲法一三条の「幸福追求権」に含まれると解される。あるいは、人格権的利益の人権としての保護の根拠を、同条の「個人の尊重」（これは通常「個人の尊厳」と言い換えられる）に読み込むことも可能と解される。

それでは、本件記載はプライバシー権の侵害といいうるか。

まず、プライバシー権を「私生活の平穏の保護」を意味すると捉える立場（古典的プライバシー権概念）に立てばどうか。このような立場をとったと思われる、いわゆる「宴のあと」事件一審東京地裁判決（昭和三九年九月二八日下民集一五巻九号二三一七頁）は、同権利を「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」であるとした。その具体的判断基準として同判決は、第一に、私生活上の事実またはそれらしく受け取られるおそれのある事柄であり、第二に、一般人の感受性を基準にして当該私人の立場にたった場合公開を欲しないであろうと認められる事柄であり、第三に、一般の人にいまだ知られていない事柄である、という三要件をかかげた。この要件は今日でも広く支持されている。

以上の定義による場合、本件記載がプライバシー権の侵害といえるのは明らかである。なぜなら、本件記載により他人が本人が非嫡出子であることを戸籍を一見するだけで容易に知ることができるようになり、その結果として、

契約や就職のうえで差別的取扱いを第三者から受けることも十分に予想され、本人が非嫡出子という身分関係のなかで構築してきた「私生活の平穏」が乱されるからである。上記の三要件を満たすこともいうまでもない。

次に、プライバシー権を「自己情報コントロール権」として捉える立場（現代的プライバシー権概念）に立てばどうか。同説は、個人の思想、宗教、世界観、犯罪歴、精神病歴など、個人の「固有情報」とよばれるところの、人格的自律にとって本質的に重要な意味を持つ情報について、個人が自己の情報の開示請求や削除請求などのコントロール権をもつという。情報化社会のなかで、個人が情報の自由な流通の恩恵にあずかりながらも、自身の人格的自律を他人から妨げられないためには、自己情報の流れに対するコントロール権を本人に付与する必要がある、という認識に立つものである。

同説による場合にも、本件記載はプライバシー権侵害となろう。なぜなら、身分関係は一方では公証されるべき公的情報であるが、他方では戸籍が任意に閲覧しえないことにも現れているように、みだりに第三者に開示されるべきものではない。この戸籍の秘匿性は、ひとえに戸籍情報が個人の人格的自律にとって本質的に重要な意味を持つことに由来している。非嫡出子であるという戸籍情報は、嫡出子である多くの他者との比較において個人の内面に葛藤を呼ぶことも予想され、それだけに個人の人格的自律すなわち自己理解（アイデンティティ）にとって微妙な意味を持つ。このような性格の個人情報が容易に第三者の認識しうるところに置かれると、個人が非嫡出子であることを一般には隠して日常生活を送るという、多くの非嫡出子がとると思われるライフスタイルの自由がおびやかされることになる。

いわゆる事実婚の関係にある両親と同居し、戸籍上の身分関係を除けば通常の嫡出子となんら異なるところのない生活を営んでいる非嫡出子であっても、不特定の他人に非嫡出子であることを知られると、本人が形成してきた

自己理解とは異なる目で他人から見られ、そのことが本人の自己理解に影響を与え、自己理解のうえでの困難をきたすことも予想される。さきに自己情報コントロール権説が宗教を「固有情報」にあげ、人格的自律に深くかかわる情報であると位置づけていることを見た。人は信仰を隠さない場合も多いが、にもかかわらず自分でコントロールできないところで信仰についての個人情報が流通することは、個人の人格的自律を困難にする。同様に、両親が事実婚であり、それを本人も受け入れ、また学校などではそのことが級友やその家族らに知られているとしても、やはり不特定の第三者が容易に認識しうる状態に当該情報が置かれることは、自己情報コントロール権としてのプライバシー権を侵害するものである。

4　親のライフスタイルの自由の侵害

事実婚という選択は両親のライフスタイルの自由にかかるものであり、この自由は憲法一三条の「個人の尊厳」に含まれるというべきであるが、本件記載は、両親のこの自由をも侵害するものである。なぜなら、本件記載は、子供が社会生活上の偏見や差別という不利益を受ける、という代償を引き受ける覚悟がないと、そもそも事実婚を貫きえないものとすることによって、事実婚というライフスタイルをとることを親に対して著しく困難なものとするからである。

もとより、法律婚と事実婚には厳然たる法的差異があり、また法律婚の制度が憲法の許容するところであることは、いわゆる非嫡出子相続分差別訴訟の最高裁大法廷決定（平成七年七月五日民集四九巻七号一七八九頁）も指摘するところである。しかしながら、同決定で民法九〇〇条四号但書が合憲とされたのは、「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整」が同規定の立法目的である、とされたために他ならない。法律婚の尊重は二四条に、非嫡出子の

保護は一四条に、それぞれ憲法に根拠を有すると考えられることから、一方に偏さずに両者を調整することが立法者に求められるのである。同決定はそのような観点から、さきのように述べたものと解される。

このことを本件記載にあてはめると、どうか。まず、本件記載によって法律婚の尊重が達成されるとは思われない。また仮にそのような因果関係が認められるとしても、子に不利益を負荷することによって親の法律婚を促進する、という立法技術は、親とは別個の人格である子に親の責めを負わせる点で個人主義という憲法一三条の精神に反する。さらに、法律婚の尊重が達成されるとしても、その程度はごくわずかであるはずであるのに対して、本人が受ける社会生活上の不利益は計り知れず、前記最高裁決定が述べている「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整」はおよそ実現されえないことになろう。

以上から、本件記載は「法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整」に失敗し、ひたすら事実婚という親のライフスタイルを侵害し、責めのない子にその負荷を負わせるものであるから、いずれの点をとらえても違憲というほかはない。

八　公教育における教師の裁量と生徒の教育を受ける権利

以下は、東京都下の公立中学校の「家庭科」担当教師が学習指導要領が定める家庭科の教育内容に依拠せず、独自に日の丸・君が代について教材を作成し、それに基づく授業を行ったこと等につき、訓告処分（地方公務員法上の懲戒処分ではない）を受け、その取消しを求めて提起した訴訟の一審東京地裁に、二〇〇二年初夏に提出した意見書である。一審東京地裁平成一六年五月二七日判決（判例地方自治二六六号四九頁）は、次のように述べ、原告

の請求を退けた。「原告は、卒業式における日の丸旗掲揚と君が代演奏に強く反対する意見を有し、その思想信条において対立する立場にある全国の校長について、重大な犯罪を犯した宗教的組織の一員と同じようにマインドコントロールされた状態下にある者であるといわんばかりの内容の教材を作成し、これを中等教育課程に就学中の生徒に配布したものであるところ、校長らを犯罪者に比肩するこのような本件授業の方法が、原告の目指した自主性の尊重という教育の目的を達成するのに通常必要となる手段であると評価することは到底困難である。そして、原告が、上記のような教育手段を採用したことに関して教育行政から事後的に訓告という措置を受けたとしても、他の教育手段によって原告の目指す教育を行うことは何ら妨げられるものではない。また、本件授業に対して市教委がした本件訓告は、地方公務員法に基づく懲戒とは異なり、被訓告者である原告に対して直ちに法的な不利益をもたらさない指導監督上の措置であることが明らかである。」

二審東京高裁平成一七年二月一〇日判決（判例集未登載）は、「控訴人が生徒達に自主性の尊重ということを教える目的であったとしても、このように事実に反して他者の信用を毀損することは、教師の授業に関する裁量の範囲を越えるものであって、『必要かつ合理的な授業』ということはできず、許されないものというべきである。」として控訴を棄却した。

1　問題の所在

公立中学校教師が、三年生の家庭科の最後の授業において、日の丸・君が代教育に見られる上命下服・思考停止というゆゆしき特徴は、オウム真理教と異ならない、などと記載したプリントを配付し授業を行ったことにつき、学校および職の信用を著しく傷つけたなどという理由で訓告処分を受けたという事案（以下、「本件」という）は、

憲法学の観点からも興味深い論点を含んでいる。すなわち、本件の法的評価に際しては、憲法二六条の「教育を受ける権利」にいう「教育」とは何かが、決め手となると考えられるのである。

事実関係についてはもとより詳らかにしないが、当該教師の意図は、校長の指示の不順守を生徒に呼びかけるものではなく、生徒各自が自分の判断で、日の丸・君が代にどういう態度をとるかを決めるべきであると諭すことにあったものと仮定する。そうであるとすれば、批判的思考力の涵養を目的として、そのためのいわゆる「反面教師」として身近なエピソードであった校長の指示を取り上げたともいえ、その素材選択が最善であったかはともかくとして、現場教師の専門的裁量の範囲内といえるようにも思われる。

他方で、教育委員会の校長に対する指示は、学習指導要領第四章「特別活動」において、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする」とされていることを実行したにすぎないとも言いうる。そうであれば、このような全国一律の学習指導要領を教育現場で順守することは、憲法二六条の「教育を受ける権利」に含まれる、教育の機会均等の要請に合致しこそすれ、およそ教育を受ける権利を侵害するものではないことになろう。

このように本件では、批判的思考力の涵養を目指した現場教師（本件原告）と、全国一律の教育内容の伝達を目指した訴外校長との、いずれが正しく生徒の「教育を受ける権利」を実現するものであったのか、が問われているのである。

2　中学校課程という公教育における二つの要請

（1）中学校教育の特殊性

中学校という義務教育課程においては、一方では公教育の全国的均一性、内容的中立性が要請されるとともに、他方では生徒の自己決定能力を伸ばすべく、具体的問題に対する独自の批判的思考力の涵養が求められる。前者を「全国的均一性の要請」、後者を「批判的思考力涵養の要請」と呼ぶこととする。この二つの要請は、場合により正面からぶつかりうるものであり、両者を両立させなければならない、ということが中学校教育を殊の外困難なものにしていると考えられる。

（2）「全国的均一性の要請」について

憲法二六条が保障する「教育を受ける権利」は、個々の国民がその能力に応じて等しく人格を発達させることを人権として保障し、反面として国家に当該人権を実現する責務を課すものである。教育は一人一人の生徒を対象として「能力に応じて等しく」行われるべきものであるが、その到達目標は年齢に応じて要求される一定の客観的水準であることを必要とする。もとより個人の成長過程や完成される人格のタイプはさまざまであり、均一の教育になじむものではない。しかしながら、公教育には次世代の主権者国民（公民）を養成するという役割（公民教育）があり、その観点からも一定の到達度の基準を設けることは憲法が予定するものというべきである。さらに、教育内容はいわば到達目標というべきものであるから、個々の生徒の能力等によって到達度に差異が生じるとはいえ、教育内容そのものは全国一律を原則とすることが、教育の機会均等を保障するうえで不可欠の要請というべきである。

（3）「批判的思考力涵養の要請」について

以上のように、公教育においては「全国的均一性」がなによりも必要であることは論をまたない。

しかしながら他方で、すでに述べたように、とりわけ中学校という発達段階においては、生徒が自力で思考し一定の見識を持ちうるようになるための批判的思考力の涵養もまた、公教育にとっての不可欠の要請というべきである。なぜなら、すでに述べたように、教育を受ける権利は次世代の主権者国民を育てるという側面を有するのであり、そのためには物事を自分で考え他人を説得するという意味での、批判的思考力の涵養が教育現場に求められることになるからである。

（4）全国的均一性の確保と批判的思考力の涵養との調和

そこで問題は、この一見矛盾する二つの要請を、いかに調和させるかということである。全国一律教育の名の下に、単なる画一的知識の詰め込み教育が正当化されるものではなく、批判的思考力育成の名の下に、現場教師の主観的価値観の押し付けが正当化されるものでもない。

全国的均一性の要請は、現場教師が検定済み教科書、学習指導要領や、その具体的な教育方法についての文部科学省からの指導・通達に則する授業を行うことで、おのずと達成される。また、批判的思考力の涵養・育成は、現場教師が生徒に自発的・批判的な思考を行うことを誘い、自らも教材とする特定の事件や見解等について、さまざまの観点から多角的に検討・論評を行うことによって、はじめて可能となる。

そこで、全国的均一性の確保と批判的思考力の涵養とは、学習指導要領等による教育内容の画一的枠づけと、現場教師の専門的裁量との適切な組み合わせによってのみ、両立可能であるというべきである。

3　二つの要請の調和の具体的な有り様

（1）知識と思考の区別

それでは上記の二つの要請の間の調和はいかに実現されるべきであるか。

教育においては、知識の伝授（仮に「知識教育」と呼ぶ）と思考力の訓練（仮に「思考教育」と呼ぶ）という二つの課題が併存していると考えることができよう。知識には正誤があることが通常であるのに対して、思考には必ずしも正誤はなく、むしろ各人各様に独自の価値観の下で一貫した、かつ他人にとっても説得的な理由を伴った思考が良しとされるところである。このように知識と思考とは、およそ異質の精神作用であるといいうるが、教育はそのいずれをも中心的な課題として内包しているのである。知識を伝えるだけの教育は貧しく、思考を鍛えるだけの教育は危うい。

（2）知識教育の全国一律性と思考教育の個別性

このうち知識の伝授の側面については、そもそも知識というものが客観的性格を有するものであり、また特定の知識の重要度については一定の客観的な基準が必要であることから、全国一律の知識の伝達がなされるべきであると考える。いわゆる「読み書きそろばん」という基礎的教育内容は、まさに全国的均一性の要請の下に、地域差や現場教師の教育観を超えて生徒に伝えられるべきものである。

これに対して、思考力の訓練という側面についても、教師の教育上の技能には個人差がありうるから、そのような個人差を緩和するために教育方法の統一がはかられなければならない場合がありうることは認められる。しかしながら、一般的にはむしろ、現場教師が個々の生徒の思考力の程度や長短を見極めながら、専門的裁量を適切に行

使して生徒の思考力を鍛えるべきものであると考えられる。

以上のように、教育には知識の伝授と思考力の訓練の二側面がある。そして、前者には全国的均一性が求められるが、後者は現場教師の専門的裁量の適切な行使によって個別具体的に実現されるべき性質のものである。

このように教育内容に知識の伝授と思考力の訓練という二つの種類を区別するならば、先に述べた全国的均一性を確保すべきことは、知識の伝授という部分に特に認められ、思考力の訓練という部分についてはむしろ、現場教師の専門的裁量に基本的には委ねられるべきだ、ということになる。

（3）学年と知識教育・思考教育の比率

なお、公教育の年次が進行するごとに、教育全体にしめる知識の伝授の割合が相対的に減少し、思考力の訓練の割合が相対的に増加するべきものであるといえよう。とりわけ中学校教育、なかでもその高学年においては、高度な知識の伝授も必要であるが、他方で義務教育の最終段階であることから、自律的な個人へと成長すべく思考力の訓練がそれまで以上に必要であろうと推測される。

4　教育内容としての国旗国歌

（1）知識としての国旗国歌

国旗国歌法の制定により、日の丸・君が代の国旗国歌としての位置づけが実定法によって明示されたのは、さほど古い話ではない。そこで、全国一律の知識教育になじむものとして、日の丸・君が代のこのような法律上の位置づけを伝授することが、学習指導要領に規定されているものと解することができる。

（2）公民教育としての国旗国歌

同時に、主権者国民（公民）を育成するための教育の一環として、日本国と日本国民のシンボルである国旗国歌を教育内容とすべきである、ということから、前記学習指導要領の当該箇所が記されているとも考えられる。

しかしながら、公民教育としての国旗国歌教育は、あくまで健全な民主主義を担いうる主権者国民を育成するためのものであるわけである。すなわち、ただ知識として国旗国歌を教えれば足りるというものではなく、わが国の国旗国歌がシンボルとして意味するはずのものであるところの、わが国の自由で民主的な国家の有り様に思いを致すことが、この場合の正しい国旗国歌教育ということになる。

換言すれば、国旗国歌をただ単に知識としてのみ伝達するのでは、公民教育という重要な教育内容を欠落することになる。小学校段階においては、あるいは公民教育といってもなお、国旗国歌についての知識の伝達にとどまらざるを得ないであろう。しかしながら、中学校段階の最終の時期における国旗国歌教育は、主権者になるべき青少年に対して国民主権の有り様を伝えることを、その本質とするべきものであろう。

（3）批判的思考の素材としての国旗国歌

このように、国民主権の有り様と切り離して単なる知識として国旗国歌を教えるということは、中学校の最終段階においては適切とはいいがたい。

他方で、批判的思考力を伸ばすという思考教育の素材として、国旗国歌そのものが適切であるかについては、さまざまの見解がありうるところである。国旗国歌法の制定時、あるいはその後にあってさえ、日の丸・君が代についての世論は割れており、批判的思考の素材となりうることは疑いない。しかしながら、大人においてさえいわば

個人の価値観の基本に根差す厳しい対立があるようなテーマは、中学生という発展過程の青少年の思考力を養う教材として有意味であるかは、疑問もありうるところであろう。

ただしながら、日の丸・君が代そのものの批判的考察を求めるのではなく、ある大人が日の丸・君が代を自ら批判的に咀嚼せずに、上からの命令であるとして下にそもまま伝達するかのような振る舞いをすることを素材として、このような困難なテーマであっても自力で思考し態度決定すべきだ、ということを生徒に悟らせようとすることは、中学三年生の最終段階での思考教育になじむものであると考えられる。

5　結　語

以上を要するに、日の丸・君が代そのものが中学三年生の思考教育（思考力を鍛える教育）の教材としてはなお高度に過ぎるとしても、それでもなお日の丸・君が代を単なる知識としてのみ伝える教育は、公民教育（主権者国民を育成する教育）として不十分と言わざるを得ない。そこで本件原告が行ったような、日の丸・君が代を各自が受け止める際の思考停止を批判的に考察の対象とするという教育方法は、日の丸・君が代という困難な素材を用いつつ、公民教育ないし思考教育を中学三年生を対象として出来うる範囲内で行うものとも見なしうるのである。

以上の観点からすれば、本件原告はその現場教師としての専門的裁量をそれなりによりよく行使しようと努めたものと考えられる。もっとも、素材としたのが偶々校長の教育上の指示であったという点においては、生徒間に混乱を招き教育効果が減殺されることが予想されなくもないから、なおその専門的裁量の行使には工夫の余地がありえたのではないかという疑念も残るが、しかしこの点は専門的裁量の範囲内での是非の問題にすぎない。他方で、問題の発端である校長の指示は、日の丸・君が代という優れて個人の思考に依存するテーマを、殊更に単なる知識

の問題として片づけようとするものともいえ、そのことが生徒に与えかねない悪しき教育効果を除去することを、原告としては意図したのであるかも知れない。

そうであれば、本来は校長と現場教師とで一貫性を持つべき教育内容について、その一貫性を破った原告の本件授業内容は、一見すると学校内の教育秩序を乱す行為であるようであるものの、実は校長による一面的な日の丸・君が代教育に対して批判的思考の重要性を説き、全体としてのバランスを回復するものという見方も可能であろう。本件処分はこのような全体の文脈を見誤っており、また、将来にわたって校長による不適切な教育内容の伝達を現場教師が是正し、バランスを回復してゆくことを困難なものとするから、教育行政上の処分としては、その許容される範囲を逸脱しているのではないかと懸念されるところである。

九　表現の自由とプライバシ――「裏ビデオ」の紹介記事を素材として

以下は、かつてアダルトビデオに多数出演したが現在は一般市民の女性を取り上げ、性行為や性器にぼかしを加えていないいわゆる裏ビデオにおける彼女の姿態を文字で詳細に記述し週刊誌に掲載した出版社二社を各々相手取り、この女性が慰謝料の支払いを求めた訴訟の一審東京地裁に二〇〇六年春に提出した意見書である。一社に対する東京地裁平成一八年五月二三日判決（判例時報一九六一号七二頁）は、プライバシー侵害等を認め、慰謝料二〇〇万円のかぎりで請求を認容した。もう一社に対する同三〇日判決（判例集未登載）はプライバシー侵害を認めず、一一〇万円の一部認容であった。

1　はじめに

表現の自由とプライバシー保護とは、ともに個人の尊厳に奉仕するものでありながら、しばしば厳しく対立する。両者の平和共存のためには明確な境界付けが不可欠であるが、その課題は立法によっては果たされず、原理と原理のいわば裸のぶつかり合いの形で、個別事例ごとの司法による解決に委ねられている。もとより判例の蓄積がないわけではないが、プライバシー権の概念の曖昧さの故もあって、事案ごとに、表現の自由とプライバシー保護との最大限の両立の手だてが、その都度発見されなければならない宿命にあるといえよう。

本意見書は、この一般的な難問が特異な事例で問われているケースとして、御庁係属中のいわゆる「裏ビデオ」紹介記事をめぐる慰謝料請求訴訟を素材として取り上げ考察するものである。

本件原告の元女優がかつて撮影・販売に同意したアダルトビデオの「裏ビデオ」（以下、「本件ビデオ」という。本人の同意もなく、また性器や性交の実写を含むわいせつな表現物である）についての、本件被告側雑誌による詳細な紹介・論評記事（以下、「本件記事」という）は、はたして原告元女優のプライバシー権を侵害するものであるか。

この問題は、両当事者の主張にも現れているが、さらに次の諸点に分解される。

（1）（本件行為のプライバシー性の有無）そもそもカメラの前で行われた原告の一連の性的行為（以下、「本件行為」という）は「プライバシー」には属さないのか、それとも本人の同意を欠く性器や性交の実写と映像化はやはりプライバシー権の侵害に相当するのか。

（2）（時の経過によるプライバシー性の獲得の有無）仮に原告の当該行為が撮影時にはプライバシー性を欠いていたとしても、女優を廃業して一市民として生活している今日の原告との関係では、時の経過によりプライバシー

性が備わったということが可能であるのか。

（3）（紹介・論評記事によるプライバシー権侵害の成否）以上の（1）ないし（2）において本件「裏ビデオ」が原告のプライバシー権を侵害するものであると言い得たとして、本件記事のような紹介・論評記事もまた原告のプライバシー権を侵害するものと言い得るか。

以下では、これらにつき最も重要と思われる（1）を中心に、順に考察する。

その際、右の（1）（本件行為のプライバシー性の有無）については、顔という外部に露出した部位の障害について詳細な描写を行ったいわゆるモデル小説がモデル（表現対象）のプライバシー権等の人格権の侵害にあたるとされた『石に泳ぐ魚』事件の東京高判（平成一三年二月一五日判例時報一七四一号六八頁）、および原審を支持した最三小判（平成一四年九月二四日判例時報一八〇二号六〇頁）、ならびにいわゆる和歌山毒カレー事件の被告人が法廷内で手錠・腰縄をつけられた様子をイラストで公表した雑誌記事が被告人の人格的利益を侵害するとされた和歌山毒カレー事件法廷イラスト事件最一小判（平成一七年一一月一〇日民集五九巻九号二四二八頁）が参考になると思われる。

また（2）（時の経過によるプライバシー性の獲得の有無）については、ノンフィクション『逆転』事件最三小判（平成六年二月八日民集四八巻二号一四九頁）がもとより参照されるべきである。

さらに（3）（紹介・論評記事によるプライバシー権侵害の成否）については、小学校における通知表の公布をめぐる混乱につき教員らの氏名・住所・電話番号などを記載した批判的内容のビラを配布した者の行為につき、論評の域におさまっているとして名誉毀損の成立を否定し、他方で氏名等の記載による私生活の平穏などの人格的利益の侵害については肯定した通知表混乱批判ビラ事件最一小判（平成元年一二月二一日民集四三巻一二号二二五二

頁）が参考になると思われる。

2　本件行為のプライバシー性の有無

（1）性行為および性器の描写と演技性の不存在について

本件行為がプライバシーに属することに触れる前に、まずわいせつ表現と表現の自由の関係という憲法学上の重要問題の観点から、性行為ならびに性器の映像表現が女優の演技であるか、という点について触れておきたい。

いうまでもなく役者がカメラの前で行った演技そのものは、演技者として納得しうるか、その公開に演技者として同意するかといった問題があるとしても、そもそもプライバシー権の保護の対象とはなりえない。しかしながら、いわゆるアダルトビデオの類における女優の性行為・性器の映像表現は、プライバシー性の有無以前に、表現行為としてきわめて特殊であり、通常の映画や芝居における役者の演技とは、以下の点において相当に異なっている。

すなわち、役者の演技は、あくまで脚本が示す劇中の役になりきり、全体としての作品のメッセージを伝えるための手段にすぎず、そのための虚構であることはいうまでもない。「迫真の演技」という表現は、まさに演技が元来虚構であることを示している。

これに対して、アダルトビデオにおける女優の性行為は、いろいろ場面設定や演出が加えられているにしても、性行為そのものである。性行為に「虚構」などありえず、役としての殺人はフィクションにすぎないが、役としてであっても性行為は事実そのものである。もちろん性行為も作品中の必然的なシーンとして演技の対象となることもありうるであろう。しかしながら、性交そのもの、性器そのものの描写は、その描写が作品全体のなかで何らかの意味を有するか否かとは別に、そもそもが単なる事実の描写にすぎない。そして、その部分が演技としての性格

を持ち得ないことは、通常のアダルトビデオが性交や性器に「ぼかし」を入れることを初めから予定していることとも平仄が合っている。

いわゆるアダルト女優たちも、もとより演技を行っているのであろう。しかしながら、彼女らの演技が演技（フィクション）として成立しうるためには、まさに「ぼかし」によって生の性行為や性器そのものの描写が排除されていることが、演技全体の虚構性を確保するうえで、前提として必要不可欠なのであろうと思われる。「秘すれば花」とはまさに至言であり、一切の想像力の介入を排除してしまう「裏ビデオ」は、「表ビデオ」とはおよそ異質で質の劣る表現物たらざるをえないのである。

換言すれば、性行為や性器そのものの描写は、元来それらが公然化されることを予定しておらず、事実としてあまりにもインパクトが強い。その結果として、仮にアダルトビデオの作品全体が何らかの芸術的虚構性を有し、女優も虚構性を支える演技者であるとしても、性行為や性器そのものの描写は、作品の虚構性をはぎとり女優の演技を無効なものとしてしまう。「ぼかし」は単にわいせつ性を回避するだけの役割を持つものではないわけである。

以上を別の観点から言い直すと、性行為や性器そのものの描写といったわいせつ表現は、「対抗言論」による批判や論評にそもそもなじまない。表現の自由が国家による規制を嫌うのは、何も野放図な表現を望むためではない。そうではなく、「思想の自由市場」といわれるように、原則としてあらゆる言論は他人の反論、批判や論評によって試され、淘汰されるべきであり、このようなプロセスこそが人間社会を進歩させるのだという考え方が、表現の自由を支えている。ところが、性行為や性器の描写は、通常は秘匿されているがある意味ではあまりにもありふれた単なる事実に他ならず、性道徳や性犯罪への悪影響を度外視してまであえて世間の目に触れさせる意味は、およそないのである。

以上から、性行為および性器そのものの映像表現を、演技者としての女優の表現行為であるとする見解（本件被告側が主張されている興味深い見解）には、違和感を憶えざるを得ない。

（2）外貌はプライバシーではありえないか――『石に泳ぐ魚』事件との類似性

先に本件と『石に泳ぐ魚』事件の類似性を指摘した。その趣旨は次のとおりである。すなわち、第一に、同事件でプライバシー侵害等が認められた小説中の表現には、顔という外貌の描写の部分が含まれていたことから、本件原告ら女優がカメラの前で性行為や性器を見せていることと事案の外形のうえで類似性が見られるのである。さらに第二に、同事件ではあくまで小説中の活字による障害の詳細な記述が問題とされたが、本件でも直接に争われているのは雑誌における映像の紹介・論評といった活字表現である。

そもそも外貌の撮影に同意したからといって、同意に含まれない性行為や性器の映像表現は、明らかに女優の肖像権を侵害するものである。

この点はさておくとしても、『石に泳ぐ魚』事件の東京高裁判決（平成一三年二月一五日判例時報一七四一号六八頁）は、「（四）秘匿できない外貌について」という一節を設け、次のように述べている。

「控訴人らは、被控訴人の顔に大きな腫瘍があることは本来秘匿できない外貌にかかる事柄であるから、プライバシーの侵害など起きようがない旨主張する」。「しかし、個人の障害や病気の事実は、個人に関する情報のうちでも最も他人に知られたくない類のものである。特に外貌に関わる障害の事実は、その障害が本件のように類症例が少ないものである場合、その人物の他の属性等と合わせて公表されれば、それ自体が周囲の好奇の対象となるであろう。そして、このような事態がその者の社会的行動に多くの制約や悪影響をもたらすであろうことは容易に推測

される。前記認定の医師、同病者及び被控訴人の述べる内容は、十分に理解可能な事実である」。「このようなことから、顔に腫瘍がある者は、その障害の事実や手術歴等を殊更に公表されることを欲しないのである。そして、心ある人々は、心の痛手が拡大しないよう配慮をめぐらせ、それらの善意ある行動もまた、個人の平穏な日常生活や社会生活の支えになっているものと認められる。そうであるのに、これを無断で公表することは、障害それ自体の苦痛のうえに、更に、他人の好奇の眼や差別によって苦しめられている者の精神的苦痛を倍加する不法な行為であって、人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たるというべきである。日常生活に必然的に付随する私生活の領域で被控訴人の外貌に関わる事実が知られているからといって、第三者が被控訴人の了解もなく、小説の出版という方法によってより広い領域で右のような事実を公表する行為は、許されるべきものではない」（以上引用）。

もとより、同事件では、顔のきわめてめずらしい障害という特異な特徴を本人の同意なく描写した表現が争われたのであり、本件のような性行為や性器の活字による紹介・論評記事が争われている事案とは、生の事実関係は異なっている。しかしながら、両者の事案には重要な点で共通性が認められるのである。

すなわち、あえて本件に右高裁のフレーズの一部を当てはめれば、次のようになるのであるが、以下の命題は十分に成り立つものと考えられる。

〈性行為や性器といった外貌がその場にいる他人の目に触れることに女優が同意していても、「裏ビデオ」でその撮影現場の様子を見た雑誌記者が、活字によってその様子を広く世間に対して再現してみせるとすれば、そのような「事態がその者の社会的行動に多くの制約や悪影響をもたらすであろう」、それゆえ女優本人は「裏ビデオ」はもとより、性行為や性器の詳細を伝える雑誌記事の形によっても「殊更に公表されることを欲しない」、本件記

事はすでに引退し無名の市民として平穏に暮らしている原告元女優との関係では、「他人の好奇の眼や差別によって苦しめられている者の精神的苦痛を倍加する不法な行為であって、人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たるというべきである」。〉

外貌はプライバシーに属さない、という見解は一見もっともである。しかしながら、外貌だからといって自動的にプライバシー権から除外されるものではない。まさに外貌の写真撮影については、肖像権という確立された法益により本人は強く保護される。特定人の他人に広く公表されることを好まない外貌を殊更に詳細に紹介する活字表現については、写真ではないからという理由だけで何らの人格権的法益の侵害にも該当しないというのでは、バランスを失するように思われる。

こうした記述については、『石に泳ぐ魚』事件で肯定されたように、人格権の一部としてのプライバシー権の侵害となりうる可能性が肯定されるべきである。もちろん、プライバシー権といえども、表現の自由との衡量を個別に行う必要があるという点では、肖像権ほど絶対的な保護を受けうるものではない。しかしまさに、このような相対的な強さの権利としてのプライバシー権が、外貌の殊更な紹介表現と相対峙するのにふさわしいといえよう。

「プライバシーとは何か」という定説のない問題に振り回されるまでもなく、特殊な外貌についての殊更な公表（活字による描写を含む）は人格権侵害となりうるのであり、その反面として、そのような過酷な表現をする表現の自由までは保障されていない、という考え方は、表現の自由のいわゆる「内在的制約」の一つの現れとして、支持しうるものと考える。

（3）外貌のスケッチはプライバシー侵害にならないか――和歌山毒カレー事件法廷イラスト事件との類似性

なお、本件では「裏ビデオ」による映像表現が争われているのではなく、それを詳細に紹介した雑誌記事がプライバシー侵害だとして争われている。このような活字媒体のゆえに、「裏ビデオ」そのものが仮にプライバシー侵害に相当するとしても、映像のような直接のインパクトを持ち得ない態様の表現行為として、本件記事はそもそもプライバシー侵害とはならない、といった観点もありうるところであろう。

しかしながら、描写対象の人格権侵害の程度という観点からすれば、活字であることは画像に比べてその可能性を定型的に減じるものではない。人格権侵害の事例ではないが、わいせつ表現とされた（最大判昭和三二年三月一三日刑集一一巻三号九九七頁）有名な『チャタレー夫人の恋人』は、いうまでもなく活字によるものであった。活字は下手な画像よりもよほど雄弁である。「裏ビデオ」の内容を活字媒体で詳しくスケッチしたいわば二次的な表現は、活字という媒体のゆえに、しかし手練れの雑誌記者ならではのリアルな表現力のゆえに、かえって「裏ビデオ」（これはこれで低次元であっても一応は編集が加えられた表現物であろう）よりも撮影現場（もはや「撮影」という人為すら意識させない赤裸々な性行為の現場）に読者が居るかのような臨場感を与えてしまうのである。

この点につき、いわゆる和歌山毒カレー事件の法廷での被告人の様子を隠し撮りした写真、ならびにイラストの雑誌掲載が不法行為であるとして争われた事案で、前出の最一小判（平成一七年一一月一〇日民集五九巻九号二四二八頁）は、手錠・腰縄の様子をイラストで再現した部分につき、イラストをも肖像権侵害とした原審大阪高判（平成一四年一一月二一日判決民集五九巻九号二四八八頁以下に収録）の当該部分を破棄している。その理由は以下のようであった。

「人は、自己の容ぼう等を描写したイラスト画についても、これをみだりに公表されない人格的利益を有すると

解するのが相当である。しかしながら、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」（以上引用）。

右最判は、以上の一般論から、法廷内での被告人と訴訟関係者との会話などを描いたイラストについては、「社会的に是認された行為」であるとして、これらをも一律に肖像権侵害とした原審の判断を覆した。

しかしながら、右最判は右引用部分に引き続いて、被告人が法廷内に手錠・腰縄をつけられて登場する場面を描いたイラストについては、次のように述べたところである。

「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、本件第二記事に組み込み、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」（以上引用）。

先の一般論をイラストならぬ活字による本件記事に当てはめると、写真のような「ありのままの再現」ではなく記者の「主観や技術が反映」される雑誌記事についても、肖像権侵害その他の不法行為責任は生じない、と述べて

いるかに見える。しかしながら、同最判は、イラストについては写真の場合の肖像権のような厳格な法理を当てはめることなく、受忍限度論によってケース・バイ・ケースの処理に委ねたものと思われる。

そして、刑事被告人の公開法廷での様子の（厳密には開廷前の被告人の入場時であるが傍聴人の面前の様子である）うち、手錠・腰縄という本人の名誉感情を害する場面については、イラスト画の公表が違法であることを前記最判も認めているわけである。公開の場の様子のイラスト画という二次的表現であっても対象が個人の人格にとりデリケートな場面である場合には、やはり人格権侵害となるとしたものであり、二次的表現ならではの表現力の強さに鑑みると、こうした判示はもとより説得的である。

本件記事にこのような受忍限度論を当てはめると、アダルトビデオに女優として出演した人物が、同意していない「裏ビデオ」を元に性行為や性器についてのリアルな記事を公表されることにつき、受忍しなければならないのか、という問題の立て方をすることになろう。具体的には記事の書き方によることになるが、活字表現であるからといって常に「社会的に是認された行為」ということにはならないであろう。

（4）表現の自由とプライバシー権の境界付けの一般論

なお、ここで教科書的ながら、表記の問題を整理しておきたい。

表現の自由の保障とプライバシー保護の要請とは、いうまでもなく衝突と調整を余儀なくされる二つの重要な憲法的価値である。両者は、いずれかが他方に一方的に優位するという性質のものではない。いわば侵害側に立つ表現の自由の保障（憲法二一条）には、もともと表現対象の人格権（プライバシー権を含む）を侵してはならないという「内在的制約」が含まれている（憲法一三条の「公共の福祉」）。それと同時に、当該制約それ自体もまた必要

最小限度のものでなければならず、すなわち表現の自由は最大限確保されなければならない（憲法一三条の「最大の尊重」）。

このような憲法的価値相互間の困難な調整は、本来は立法により解決されるべきものと思われるが、わが国の法体系においてはそもそもプライバシー保護の概念と射程についての明確な条文規定はなく、「私生活の平穏の保護」や「自己情報コントロール権」といった一応の定義づけが判例や学説において形成されてきたにとどまる。また表現の自由に関しては、憲法二一条は「一切の表現の自由」を何らの留保もなく保障するかのごとくであり、その制約法理としては、前述のように同一三条の「公共の福祉」という人権一般の制約法理に依拠するほかない。

ところでプライバシー権と同じく人格権に含まれる名誉権については、刑法二三〇条の二第一項がいわゆる免責三要件を明らかにしており、判例（夕刊和歌山時事事件・最大判昭和四四年六月二五日刑集二三巻七号九七五頁）による真実性要件の実質的拡張を含め、表現の自由と名誉権の調整という課題には一応の解決がなされている。

これに対してプライバシー権については、同権利を侵害する表現行為だとすればそもそも公共の利害に係わるものではなく、公益目的も認めがたく、また真実性（もしくは誤信の相当性）は要件たりえないから（私生活上の事実らしく受け取られれば足りる）、前記の免責三要件は出番がない。

なお、『石に泳ぐ魚』事件において、最三小判（前出）は、「公共の利益に係わらない被上告人のプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にない被上告人の名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等により被上告人に重大で回復困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである」、としたところである。

同判旨は、「公共の利害に係わらない」という表現の特質から、プライバシー権侵害と名誉毀損とを同時に論証

しているわけであるが、プライバシー権についていえば、それを侵害する表現がそもそも「公共の利害に係わらない」のは前述のように当然のことであるから、右最判はことさら積極的に表現の自由とプライバシー権との境界付けに基準を提示しているものではない。

要するに、表現の自由とプライバシー権との境界付けについては、表現の自由と名誉権の間のそれに比べ、はなはだ曖昧な基準しか確立されていないのが現状である。

このような基準の不明確さは、何よりもまずもって、プライバシーないしプライバシー権なるものの概念および射程の曖昧さに由来するものと思われる。従来しばしば用いられてきた「私生活の平穏」や「私事の秘匿性」、さらに近時の個人情報保護法制に影響を与えたといわれる「自己情報コントロール権」といった法益の捉え方は、何が「私生活」や「私事」であるのか、本人がコントロールしうる「自己情報」とは何なのか、といった基本的な定義を未解決にしたままである。

もちろん、「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」としてプライバシー権を捉えたいわゆる『宴のあと』事件一審東京地判（昭和三九年九月二八日下民集一五巻九号二三一七頁）は、プライバシー権保護の具体的基準として、「公開された内容が（イ）私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、（ロ）一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによって心理的な負担、不安を覚えるであろうと認められることがらであること、（ハ）一般の人々に未だ知られていないことがらであることを必要とし、このような公開によって当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを必要とする」、と述べたところである。

右の基準は今日でも広く支持されているように思われるが、他方で、同基準は「私生活の平穏」ないし「私事の秘匿性」という古典的なプライバシー権の理解をあくまで前提としている点にも留意する必要がある。公的生活と私的生活とを截然と分かつことが困難になっている高度情報化社会においては、右の基準を一応維持しつつも、プライバシー権の核心をなすのはもはや「私生活」ではなく、個人の自律を支える「固有情報」の（具体的には思想、世界観、宗教、身体的特徴、病歴、過去の犯罪歴などが挙げられることが多い）の自己管理というべきである。

もとより本件で問題となっている、本人の同意なくして公表された性行為ならびに性器の映像についての紹介記事は、『宴のあと』事件一審判決の基準に照らしても、前記の三要件をすべて満たすであろうし、また、自己情報コントロール権説に立つ場合でも、個人の人格的自律を守るうえで不可欠の「固有情報」にそれらが含まれることは（「身体的特徴」に含まれるであろう）、自明というべきである。

3　時の経過によるプライバシー性の獲得の有無

（1）時の経過にもかかわらず旧知の人々には同定可能であること

次に、本件原告はすでに女優という表現者を引退し、一般市民として平穏に暮らしているとのことであるが、こうした事情は、本件行為のプライバシー性の有無に影響を及ぼすであろうか。

もとより、女優が現役のままであったとしても、本件行為はいわゆる演技として公衆の正当な関心事となる類のものではなく、すでに縷々述べたように、当初からプライバシー性を備えていると考えられる。

そこで以下では、仮に本件行為が発表（といっても「裏ビデオ」という海賊版の「流出」を「発表」と捉えるべきであるかは、はなはだ疑問であるが）の時点では、その内容について紹介や論評を行うかぎりにおいて公衆の正

当な関心事に属していたと仮定したうえで（「裏ビデオ」という本体が明らかな違法表現物であるのにその紹介や肯定的な論評が公衆の正当な関心事であるというのも無理があるが）、それでも引退し一市民として平穏な生活を送っている元女優との関係では、一定期間の経過により、本件行為がプライバシー性を備えるに至っていることを指摘したく思う。

（2）『逆転』事件と本件との比較

すでに述べたように、この点で参照されるべきは、いわゆる『逆転』事件の最高裁判決（前出）である。

なお、伊佐千尋氏によるノンフィクションである『逆転』は当該事件の原告本人の実名を用いており、それを読めば本人のことが書かれているという同定が容易であった。それに比べて本件においては、アダルト女優としての原告は芸名を用いており、雑誌に芸名で本件行為について書かれることは、必ずしも原告本人の同定にはつながらないから、その点でそもそもプライバシー権侵害となりえない、との見方もありうるところである。

しかしながら、本件原告については、女優としての活動期間中に在籍する大学など本人の同定を容易にする個人情報が広く知られていたという事情もあり、当時の原告周辺の人々は原告が有名女優であるとの同定を容易になしえたはずである。このような事情は今日でも継続しているはずであり、すなわち当時原告を同定しえた人々は、今日原告の本件行為などが「裏ビデオ」ならびにそれを詳細に紹介する本件記事により世間に広まることにより、原告本人について性行為と性器の様子というデリケートな情報を新たに得ることになる。

すなわち、本件記事は女優当時の原告についてのデリケートな情報を伝えるというだけのものではない。こうした過去の事実の掘り起こしは、現在の原告という無名の市民に対する旧知の人々の関心をも掘り起こし、「無名の

市民としての平穏な私生活」を脅かすのである。表舞台から去って人知れず生きている元有名人を本人の意向を無視して公衆の面前に引きずり出し、しかも誇張された活字表現によって侮蔑の対象とすることが「公衆の正当な関心事」の名の下の許されるとすれば（本件記事がこのようなものであるかは与り知らないが）、多くの消え去った元有名人はみな戦々恐々とした余生を送らざるを得ないことになる。こうした仕打ちは、公衆の前で意見を表明したり演技をするなどの社会的に有用な活動から人々を遠ざけるものであり、表現の自由という本件記事の執筆者側がよりどころにする法益の観点からも、いわば自殺行為と言わざるを得ない。

（3）『逆転』事件最判の示唆するもの――社会関係形成の自由としてのプライバシー権

『逆転』事件最判が、過去の犯罪事実という当時としては当然に公衆の正当な関心事であった事実についても、次のように言うのは、社会復帰という前科を有する者に特有の要請だけから出たものではない。

「ある者が刑事事件につき被疑者とされ、さらには被告人として公訴を提起されて判決を受け、とりわけ有罪判決を受け、服役したという事実は、その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項であるから、その者は、みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有するものというべきである」。「この理は、右の前科等にかかわる事実の公表が公的機関によるものであっても、私人又は私的団体によるものであっても変わるものではない。そして、その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益を有するというべきである。」（以上引用）

同最判の右引用部分末尾の「新しく形成している社会生活の平穏」という箇所は、公的生活と私的生活を区分す

る公私二元論を前提とした「私生活の平穏」という従来のプライバシー概念から脱却し、「社会生活の形成の自由」とでもいうべき法益をプライバシー保護の実体と捉えることを示唆するものとも言いうるように思われる。

およそ過去に拘泥していては新しい人生は拓かれないわけであり、われわれは無意識に新しい職場や人間関係においては、新しい自分を発見しようと努力するものである。そして、このような新たな社会関係の形成の自由は、まさに自己の人格の自由な発展に寄与するものであるから、個人の尊厳の観点からも必要不可欠というべきである。

（4）時の経過によっても公衆の正当な関心事であり続ける場合

もとより、政治家など公人として全人格が公衆に問われてもやむを得ない特殊な社会的存在にある者らは、過去との絶縁を容認されうるものではない。

そこで『逆転』事件最判は、次のように三つの例外を挙げ、これらのケースでは時間の経過にもかかわらず前科等の情報が公衆の正当な関心事でありつづけることを認めている。

（イ）「もっとも、ある者の前科等にかかわる事実は、他面、それが刑事事件ないし刑事裁判という社会一般の関心あるいは批判の対象となるべき事項にかかわるものであるから、事件それ自体を公表することに歴史的又は社会的な意義が認められるような場合には、事件の当事者についても、その実名を明らかにすることが許されないとはいえない」。

（ロ）「また、その者の社会的活動の性質あるいはこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによっては、その社会的活動に対する批判あるいは評価の一資料として、右の前科等にかかわる事実が公表されることを受忍しなければならない場合もあるといわなければならない」。

（ハ）「さらにまた、その者が選挙によって選出される公職にある者あるいはその候補者など、社会一般の正当な関心の対象となる公的立場にある人物である場合には、その者が公職にあることの適否などの判断の一資料として右の前科等にかかわる事実が公表されたときは、これを違法というべきものではない」。（以上引用）

いずれも要するに、公人性を維持している者については、前科等の過去の情報の摘示はプライバシー権侵害にも名誉毀損にも該当しない、ということである。

（5）本件行為は時の経過によりプライバシー性を備える

本件行為は、もとより原告はその全面的な公表には同意していなかったとのことであるから、原告との関係ではわいせつ文書頒布等の犯罪事実を構成するものではないであろうから、その意味では『逆転』事件とはおよそ事案が異なることは言うまでもない。

しかしながら、『逆転』事件の右最判は、前科以外にも本人の「名誉あるいは信用に直接にかかわる事項」（前出引用部分冒頭）については、公衆の正当な関心事であったものが時間の経過によりそうでなくなりうる、という一般的な考え方を踏まえたものであろうと思われる。

このように右最判の射程を広げて捉えることが出来るとすれば、その前記（ロ）に本件原告が該当するか、ということが本件記事のプライバシー侵害性の有無の判定にとり重要であることになろう。すなわち、今日の原告が、「その社会的活動に対する批判あるいは評価の一資料として」、本件記事に記載されたような「事実が公表されることを受忍しなければならない場合」に該当するか、ということである。

原告が過去に行ったアダルトビデオへの出演や、その後のタレント活動における発言等は、当時としては社会的

な批判や評価の対象とされえたであろうが、もはや何らの影響力もない今日の原告が、当時のカメラに収録された性行為や性器がどのような有り様であったのか、という「事実が公表されることを受忍しなければならない場合」にはおよそ該当しないように思われる。

（6）付言――現役当時の原告にとっての本件記事

また、そもそも当時の原告との関係ですら、公表を予定していない性行為や性器の有り様について、雑誌で活字により再現されることをも受忍しなければなかなかったとは言い難いであろう。なぜなら、第一に当時の原告もその公表に同意していなかったからであり、第二に雑誌による紹介は活字による映像の再現ともいうべきものであるから、およそ「社会的な批判や評価」には属さないからである。

4　紹介・論評記事によるプライバシー権侵害の成否

（1）「論評」と見なすことの意義

なお、本件記事は、「裏ビデオ」の映像を誇張して活字化したものではないかとも思われ、その意味では「事実」を内容とする表現であって「論評」を内容とする表現ではない。

しかしながら、表現の自由の重要性に鑑みれば、事実の描写のようであってもそこに何らかの批評ないし論評的な性格が認められる場合には、表現行為としての正当性を言いやすくなることから、本件記事等の性格を判断するに際してもこの点が考慮されるべきものと考える。

（2）「通知表混乱批判ビラ事件」最判

この点を明確にした最高裁判決として、長崎市立小学校での通知表配布をめぐる教育現場の混乱に対して批判的なビラを教員の氏名・住所・電話番号などを掲載したうえで大量に配布した者に対して教員らが起こした慰謝料等請求訴訟（「通知表混乱批判ビラ事件」と仮称しておく）において、次のように述べて原審認定の損害額を減額したものがある。

「公共の利害に関する事項について自由に批判、論評を行うことは、もとより表現の自由の行使として尊重されるべきものであり、その対象が公務員の地位における行動である場合には、右批判等により当該公務員の社会的評価が低下することがあっても、その目的が専ら公益を図るものであり、かつ、その前提としている事実が主要な点において真実であることの証明があったときは、人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉侵害の不法行為の違法性を欠くものというべきである」。

右の一般論は、論評表現という性格を有する表現行為については、その前提となる事実について子細にわたる真実性の証明が要求されるものではなく、「主要な点において真実であることの証明」があれば足りる（引用末尾）とし、許される表現の範囲をそれだけ拡大したのである。もとより、事実の摘示にあらざる論評については、批判された側は「対抗言論」で反論すべきであり、またそれも一般的には可能であるから、名誉毀損やプライバシー侵害という形で司法がいたずらに介入すべきではない。それゆえこの一般論は至極当を得たものである。

しかるに、右最判は、他方で、当該ビラにおける教員の氏名・住所等の個人情報の記載については、次のように述べ、「私生活の平穏などの人格的利益を違法に侵害」したものと結論づけた。

「被上告人らの社会的地位及び当時の状況等にかんがみると、現実に右攻撃等を受けた被上告人らの精神的苦痛

が社会通念上受忍すべき限度内にあるということはできず、その余の被上告人らの精神的苦痛も、その性質及び程度において、右攻撃等を受けた被上告人らのそれと実質的な差異はないというべきところ、原審が適法に確定したところによると、被上告人らの氏名・住所・電話番号等を個別的に記載した本件ビラを大量に配布すれば右のような事態が発生することを上告人において予見していたか又は予見しなかったことに過失がある、というのであるから、被上告人らは上告人の本件配布行為に起因して私生活の平穏などの人格的利益を違法に侵害されたものというべきであり、上告人はこれにつき不法行為責任を免れないといわざるを得ない」。（以上引用）

言うまでもなく氏名・住所等の記載は、とうてい「論評」には含まれないのであるから、右の判示も当然の帰結といいうる。

（3）本件記事は「論評」か――「対抗言論」の可能性を基準として

「事実の摘示」か「論評」かの区別は、もとより限界事例では困難な作業であろう。しかし、両者を分かつ基準は、何故「論評」が「事実の摘示」よりも表現として手厚く保護されるべきであるかの理由から、おのずと導かれるところである。すなわちすでに述べたように、「論評」には対象とされた側からの「対抗言論」によって反論すべきであり、また通常はそれが可能でもあることから、あえて司法的介入をする必要がないというのが、「論評」表現が手厚く保護されるということの意味である。

「論評」だから正しいとか価値が高いというのではなく、「論評」に対しては「対抗言論」が有効に機能するはずなのである。それに対して「事実の摘示」においては、「対抗言論」は被害者の側の傷口をかえって拡大させたり、また人々が偏見を刷り込まれてしまい反論に耳を貸さなくなるなどしがちであることから、有効に機能しない

ことがままある。そこで名誉毀損法理により司法的救済を与える必要があるのである。

このような「対抗言論の有効性」という基準によって、本件記事を瞥見すれば、すでに芸名を捨て市井の人となっている原告本人が反論する機会など、考えにくいところである。下手に反論すると、ますます世間の注目を浴び、本件記事およびその元になった「裏ビデオ」への世間の注目を誘発するだけでもある。

さらに、原告が同意していない性行為や性器の有り様について、あたかもラーメンかなにかの紹介記事のように「品評」する本件記事は、そもそもどうすれば「反論」になるのか、考えにくいところでもある。「品評」とでもいうべき表現形態は、「論評」の面と「事実の摘示」の面の双方を持っている。「論評」と見なして反論を試みれば、「これは事実をそのまま描写したものである」といった真実性に軸足を載せた再反論を受けるだけであろうし、事実の描写としての誤りを指摘してみれば、今度は「論評なので主要な点で真実であれば足りる」と逃げられるのがオチであろう。

「論評」というカテゴリーは、対抗言論の可能性という基準に照らして厳密に確定されるべきである。そうでないと、本来名誉毀損に該当するとして司法的救済を受けうるはずの表現に対しても、有効な救済が受けられないことにもなりかねない。

（4）本件記事は「人身攻撃」か

なお、前記の最判は、「人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでない限り、名誉侵害の不法行為の違法性を欠く」と述べていた（引用前半部分）。ここにいう「人身攻撃」とは、まさに対抗言論が不可能なような人格破壊的な非難を指すものと思われる。

本件記事は、要するに原告の性行為や性器をあれこれするものであろう。これは仮に肯定的なニュアンスを含んでいる場合であっても、人をその文明化された状態から最も遠ざけた状態で客体とし、モノ扱いするものに他ならないのではないかが懸念される。

このような行為や姿態の露出に対する本人の「同意」が公序良俗違反とならないかも疑わしいように思われるが、そのような同意を欠く「裏ビデオ」を「取材源」として原告の性行為や性器について「品評」を加える本件記事は、まさに原告をモノとしたうえで過酷なまでに「人身攻撃」を加えるものに至ってはいないか。

事実関係を正確に承知しない筆者は判断材料を持たないが、表現の自由の価値を信奉するがゆえにその濫用による自滅を懸念する筆者としては、この点についても御庁が緻密な認定をなされることを信じるものである。