

# プライバシーをめぐる アメリカとヨーロッパの衝突(1)\*

## —自由と尊厳の対立—

宮 下 紘

アメリカ人の夫は妻に公の場でキスし私邸でピンタをする。

日本人の夫は妻に公の場でピンタし私邸でキスする。

—新渡戸稲造<sup>1</sup>

### 1. 過去—プライバシーの普遍性

- (1) 生誕と普及
- (2) 揺らぎ

### 2. 現在

- (1) デジタル・ツナミ

---

※ 本稿は、駿河台大学比較法研究所共同研究（平成20年度）「労働者の個人情報保護に関する比較法的研究」（代表：石田信平講師）による研究助成の成果である。

本稿の執筆にあたり、2008年10月21日、欧州委員会（ベルギー・ブリュッセル）における“Workshop on International Transfer of Personal Data”で個人データの国際移転のセッションのモデレーターを引き受け、プライバシー保護のあり方をめぐるアメリカとヨーロッパの衝突を肌で実感した。このワークショップにおいて、有益なコメントをちょうだいした各国のプライバシー・コミッショナーや学者・専門家に謝意を記す。また、渡米しなければ入手できない貴重な資料を提供していただき、またbrilliantなコメントをいただいたLara A. Ballard氏（アメリカ合衆国国務省）、アメリカのEディスカバリが今後各国のプライバシー保護との関係で問題なることを指摘し、有益な資料とコメントをちょうだいし、The Sedona Conferenceの運営にも携わっているM. James Daley（アメリカ弁護士）、そしてプライバシーが尊厳と結びついた重要な人権であることをお話いただいたAlain Brun氏とHana Pechackova氏（欧州委員会司法・自由・安全総局）にこの場を借りてそれぞれ御礼申し上げる。

1 INAZO NITOE, BUSHIDO, THE SOUL OF JAPAN 68 (1899, 5th ed., 1901.)

(2) 妥協

3. 原因—自由と尊厳の対立

(1) 文化 (以上、本号)

4. 再訪

5. 将来

1. 過去—プライバシーの普遍性

(1) 生誕と普及

およそ120年前に「プライバシーの権利 (the right to privacy)」という言葉がこの世にもたらした論者の一人がルイス・ブランダイスである<sup>2</sup>。彼の弁護士と最高裁の裁判官としてのアイデンティティにはユダヤ人であったことが反映されているように思われる。すなわち、彼がプライバシーの権利を唱導したのはユダヤ教の概念である“*tikkun olam*”—各人はそれぞれの壊れた世界観を隠匿する義務を負っているという教え—を物語っているようにとらえることができる<sup>3</sup>。

プライバシーの原産国であるアメリカにおいても、その発展過程においてプライバシーの権利がいったいどのような法的概念であるかについて繰り返し議論されてきた。それは、ルイス・ブランダイスらが提唱した「独りにしておいてもらう権利 (the right to be let alone)」を参考にしたヨーロッパや日本においても同様のことであった。プライバシーの法的概念をめぐっては、各国においても必ずしも確立したものではないのみならず、それぞれの国や地域によってその捉え方も異なる。

しかし、およそ120年のプライバシーの歴史を振り返ってみるならば、プライバシーの意義は国境を越えて認識されてきたことに疑いはない。アメリカで、ウォーレンとブランダイスがプライバシーの権利を口にし

---

2 Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

3 See Erwin Chemerinsky, *Rediscovering Brandeis's Right to Privacy*, 45 BRANDEIS L. J. 643, 643 (2007).

た背景には、当時のイエロー・ジャーナリズムの台頭によるマス・メディアの「行き過ぎ (overstepping)」<sup>4</sup>に警鐘を鳴らす目的があった。その後、彼らも想像し得ないような科学技術の進展に伴い、大量の情報が氾濫する社会におけるプライバシーの法的性格をめぐる様々な論争がもたらされてきた。しかし、彼らの主張したプライバシーの発展は、1965年、*Griswold v. Connecticut*において憲法上列挙されていないにもかかわらず、「プライバシーの圏域」が導かれることが最高裁によって認められ<sup>5</sup>、それ以降、中絶の権利<sup>6</sup>や同性愛者の権利<sup>7</sup>などの論争においてもこのプライバシーの圏域が基礎をなしてきた。また、その2年後、*Katz v. United States*において再び彼らのプライバシーの権利が「プライバシーの合理的な期待 (reasonable expectation of privacy)」<sup>8</sup>として登場した。さらに、1977年、*Whalen v. Roe*において、最高裁は、「私事を公表されない個人的利益」<sup>9</sup>としての情報プライバシー (information privacy) を承認するに至ったのである。そして、立法面としては、1974年プライバシー法 (Privacy Act of 1974) により、公的部門におけるプライバシー保護の規制が行われるとともに、個別の立法や各州法によってプライバシーの法制度が整えられてきた。ウォーレンとブランダイスの論文から1世紀以上もの年月が過ぎてからも、2001年に下された*Bartnicki v. Vopper*における法廷意見、同意意見、さらに反対意見においてそれぞれ彼らの論文が支持された<sup>10</sup>。「独りにしておいてもらう権利」は、ア

4 Warren & Brandeis, *supra* note 2, at 196.

5 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

6 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

7 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

8 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

9 *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977).

10 *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 534 (2001). *See id.* at 535 (Breyer, J., concurring); *id.* at 541 (Rehnquist, C.J., dissenting). スティーブンス裁判官が執筆した法廷意見では、ウォーレンとブランダイスの論文を引用しつつ、プライバシーが公的に重大な関心事を公表する利益と比較された場合は、前者が後者を上回ることが示された。

アメリカのコモン・ロー<sup>11</sup>として、制定法<sup>12</sup>として、そして政府の規制の限界<sup>13</sup>として反映されている。このことは、ウォーレンとブランドイスの「プライバシーの権利」がいまもなおアメリカ法の根底にあり、いまなお彼らの主張した権利が生き続けてことを物語っている。

ヨーロッパにおいても、第二次世界大戦後に民主化と人権保障の必要性を意識した「政治の伝統、理念、自由及び法の支配の共通の遺産」としての欧州人権条約 (the European Convention on Human Rights) が制定された<sup>14</sup>。同条約の第8条では、「私生活および家庭」を尊重する権利が規定されて、プライバシーの法的基盤を示唆している。その後、プライバシーの権利は、ヨーロッパ各国においても法制化されてきた。たとえば、1970年ドイツ・ヘッセン州におけるデータ保護法、1973年のスウェーデンのデータ保護法の制定がその一例である。そして、1981年、欧州評議会 (Council of Europe) による「個人データの自動処理に関する個人の保護条約 (Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data)」が発効された。同条約は、自動処理された個人データの国際流通の増加を背景に、市民の権利と基本的自由、特にプライバシーを尊重する権利の保護の拡大が望ましいことを考慮しつつ、他方で、国境にかかわらず情報の自由な流通という基本的価値を調和させる必要性を認識し制定された。この条約の発効後には、ヨーロッパ諸国におけるプライバシー保護の立法化が

---

11 See William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960).

12 See Federal Privacy Act of 1974.

13 See Children's Online Privacy Protection Rule, 16 C.F.R. (2008).

14 欧州人権条約に関する邦語の紹介としては、江島晶子『人権保障の新局面：ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生』（日本評論社・2002）を参照。日本が批准していない欧州人権条約を日本の訴訟において援用しうるかどうかについては、議論の余地があるものの、日本国憲法の個別規定と欧州人権条約の個別規定の「規範構造が大きく異なるものではないとするならば、憲法と矛盾しない限りでそれらにそった…解釈を行うことは、ひとつの合理的解釈として許容される余地がある」という指摘がある。只野雅人『憲法の基本原理から考える』（日本評論社・2006）164頁。

進展していった<sup>15</sup>。

その後、拘束力のあるプライバシー保護を実現するため、1995年「個人データの取扱いに係る個人の保護及び当該データの自由な移動に関する欧州議会及び理事会の指令」（以下、「EUデータ保護指令」という。）<sup>16</sup>が採択された。これにより、EUに加盟する各国では、国内のプライバシー・データ保護の法制度を見直す作業を行い、EUとして統一性のとれた法制度が確立した。本稿でも検討するが、EUデータ保護指令は、EU加盟国はもちろんのこと、加盟国以外の第三国にも影響力を及ぼすことから、プライバシーのグローバルな展開の一例として注目すべきである。

日本においても、1964年、「宴のあと」事件における「いわゆるプライバシー権は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理解される」<sup>17</sup>という判決にはじまり、プライバシーは広く受容されてきた。たとえば、外国人に対する指紋押なつが問題とされた事案について、憲法13条を援用しつつ、「採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある」<sup>18</sup>こ

---

15 ヨーロッパにおけるプライバシー関連立法の整備過程については、堀部政男『プライバシーと高度情報化社会』（岩波書店・1988）を参照。

16 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

EUデータ保護指令の邦訳として、堀部政男研究室「欧州連合（EU）個人情報保護指令の経緯・仮訳」新聞研究578号（1999）17頁、参照。また、EUデータ保護指令に関する邦語による紹介としては、新保史生「個人情報保護マネジメントシステム—EU指令の定める十分性の基準との関係を中心に—」法とコンピュータ25巻（2007）73頁、村上裕章「国境を越えるデータ流通と個人情報保護」川上宏二郎先生古稀記念論文集『情報社会の公法学』（信山社・2002）321頁、藤原静雄「個人情報保護法制とメディア」塩野宏先生古希記念論集『行政法の発展と変革上巻』（2001）713頁、山岸和彦「個人情報保護法制化の動向と課題」法律時報72巻10号（2000）34頁、堀部政男編『情報公開・プライバシーの比較法』（1996）など、参照。

17 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁。

18 最判平成7年12月15日民集49巻10号844頁。

とが指摘された。また、大学の学生の氏名等を含む単純な個人情報であっても、「プライバシーに係る情報として法的保護の対象となる」<sup>19</sup>ことなどが認められてきた。このような中、ここでは紹介することはしないが、プライバシーの法的性格をめぐる様々な見解が提示されてきた<sup>20</sup>。そして、抽象的権利といわれてきたプライバシーの権利を反映する立法が整備され、2003年、プライバシーの権利を背景にした個人情報の保護に関する法律が成立した。同法の基本理念では、個人情報「個人の人格尊重の理念」のもとに取り扱われるべきことが示され、憲法13条の「すべて国民は、個人として尊重される」こととの接点が現れている。このように、日本においても、プライバシーがおよそ半世紀以上にわたって浸透してきたのであった。

プライバシーの権利は、アメリカを出自としながらも、ヨーロッパや日本などの世界で広く共有され、さらには、国際的な法的・政治的枠組みの中においてもそのことを確認することができる。たとえば、1948年に採択された「世界人権宣言」(Universal Declaration of Human Rights)においても「プライバシー」の恣意的な干渉の禁止が示された<sup>21</sup>。また、1980年の「OECDプライバシー保護と個人データの国際流通についてのガイドラインに関する理事会勧告」<sup>22</sup>は日本を含む多くの国におけるプライバシー保護法のモデルとなった。

このような世界中で広く定着してきたプライバシーには、しばしば次

19 最判平成15年9月12日民集57巻8号977頁。

20 日本におけるプライバシー権の議論については、たとえば、伊藤正己『プライバシーの権利』(岩波書店・1980)、堀部政男『現代のプライバシー』(岩波書店・1980)、佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣・2008)4章、阪本昌成『プライバシー権論』(日本評論社・1986)、棟居快行『人権論の再構成』(信山社・1992)3章、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店・1999)6章、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』(成文堂・2001)など参照。

21 Universal Declaration of Human Rights, Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 217A (III) of 10 December 1948.

22 Recommendation of the Council Concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (23 September 1980).

の2つの重要な価値を有していることが指摘されてきた<sup>23</sup>。第1に、プライバシーは、「ひとりの人となり、人であり、人であり続ける利益を保障」<sup>24</sup>し、自己実現という自己の人格の発展という価値を有している。第2に、プライバシーは、政府からの永続的な監視から解放された自律的な個人が利用できる情報を吟味した上での自己決定による統治をもたらし、政治から不要な私事を遮断し、健全な公的空間を維持するという側面を有している<sup>25</sup>。つまり、私的空間において自己決定を行うための自身の情報を整理・吟味し、私事を公的空間に持ち込まないことで、理性的な討議を行うことが可能となる<sup>26</sup>。このように、プライバシーは討議の「参画 (participation)」<sup>27</sup>の基盤となる価値を有しているのである。

プライバシーの権利の生みの親であるブランドイスが、それを「もっとも包括的な権利であり、文明化された人類にとってもっとも価値ある権利」<sup>28</sup>と述べたとおり、この権利の世界的な受容はプライバシーの意義が広く共有されてきた証左でもある。

## (2) 揺らぎ

インターネットの発展により、情報は瞬時に大量に流通することができ、プライバシーは国境を越えて保護される必要が生じてきた。しかし、そもそもプライバシーの法的概念の捉え方自体が各国によって異なるならば、国境を越えたプライバシー保護は困難なものとなる。現実には、テロリズムの対策や国境を越えた取引犯罪の対処を理由としたプライバ

23 現在のプライバシーの性格やその価値については、DANIEL J. SOLOVE, *UNDERSTANDING PRIVACY* (2008) が示唆に富む。

24 Jeffrey H. Reiman, *Privacy, Intimacy, and Personhood*, in *PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY* 314 (Fredinand David Schoeman ed., 1984).

25 See Paul M. Schwartz, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 52 *VAND. L. REV.* 1609, 1653 (1999).

26 See THOMAS NAGEL, *CONCEALMENT AND EXPOSURE* 15 (2002).

27 Paul M. Schwartz, *Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States*, 80 *IOWA L. REV.* 553 (1995).

28 *Olmstead v. Untied States*, 277 U.S. 438, 478 (1928) (Brandeis J., dissenting).

シー保護のあり方をめぐっては、アメリカとヨーロッパとの間での温度差が顕著に見られる。テロとの戦いを掲げるアメリカは、いわゆる「データ・マイニング (data mining)」あるいは「データ監視 (dataveillance)」と呼ばれる方法<sup>29</sup>で、潜在的なテロリストを見抜くために、テロとはまったく無関係な一般人の個人情報を含むあらゆる情報をかき集め、これまでの監視のあり方を変えてしまった。一定の人物を対象とした監視は、無差別、継続的に行われることとなった。そして、事後の捜査から事前の監視へと変わり、特定の容疑者から不特定の多数者が監視の対象となった。さらに、監視の対象は、人そのものではなく、その人を記録したデータとなった。このような監視のあり方については、プライバシーの侵害の危険性が指摘されてきた<sup>30</sup>。これに対し、ヨーロッパではプライバシーを人権として掲げ、テロリストとの戦いであろうと、この人権を擁護しようとしてきた。他方で、皮肉なことに、いち早くプライバシーの法的概念を真剣に議論してきたはずのアメリカが、今日、国境を越えたプライバシー保護についての「失策」<sup>31</sup>を指摘されることとなった。アメリカもヨーロッパもプライバシーの持つ意義については共有していても、プライバシーの保護のあり方やプライバシーの対立利益との衡量の仕方など、広くはプライバシーの意味については必ずしも同じ理解をしてきてはいなかったように思われる。

このように、プライバシーの意義は「グローバル」であっても、その意味は「ローカル」なものとなっている。なぜプライバシーの意義がこ

29 “dataveillance”という言葉は、法学の世界では、Symposium, *Surveillance, Dataveillance, and Human Freedom*, 4 COL. HUM. RTS. L. REV. 1 (1972) においてすでに用いられてきた。なお、データ監視やデータ・マイニングの邦語紹介については、名和小太郎『個人データ保護』(みすず書房・2008) 162頁以下、を参照。

30 See e.g., Orin S. Kerr, *Internet Surveillance Law After the USA PATRIOT Act: The Big Brother That Isn't*, 97 NW. L. REV. 607, 608 (2003). テロ戦略による情報プライバシー権の復権を指摘するものとして、山本龍彦「アメリカにおける対テロ戦略と情報プライバシー」大沢秀介・小山剛編『自由と安全』(尚学社・2009) 140頁以下、参照。

31 See David A. Anderson, *The Failure of American Privacy Law*, in PROTECTING PRIVACY 139 (Basil S. Markesinis ed. 1999).



ここまで世界的に共有されていながらも、その意味は異なるのであろうか。なぜプライバシーという共通の言葉が用いられていながらも、その法的概念や保護の形態が国ごとにこれほどまで異なるのであろうか。

本稿では、このようにプライバシーの意義の普遍性を認識しつつ、アメリカとヨーロッパとの間でその意味の違いから生じた現実の衝突について紹介し、プライバシーの権利—特に情報プライバシー権—の法的性格について分析と検討を行っていくことを目的としている。歴史や法制度の異なる国を比較することには、どのようなアプローチをするかによって当然異なる帰結が導かれることとなる。本稿では、アメリカとヨーロッパとの間にはプライバシーの意義の重要性が共有されているものの、その意味の捉え方から生じる現実的な諸問題を浮かび上がらせようとするものである。したがって、本稿は単一で普遍的なプライバシーの意味を確定するものではなく、プライバシーの意味の捉え方に関するアメリカとヨーロッパとの差異が相対的なものであることを認識しつつ、プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパとの距離についてのひとつの見方を提示するにすぎない。そして、このことがプライバシーの権利の本質を日本において検討する際に重要な示唆を提供してくれるものと考えている。

## 2. 現在

### (1) デジタル・ツナミ

アメリカとヨーロッパを隔てる大西洋には「デジタル・ツナミ」<sup>32</sup>が押し寄せ、プライバシーをめぐる衝突が生じている。アメリカとヨーロッパの間にはプライバシーの法的概念の捉え方や法制度、そしてその保護の水準の違いが見られ、それが原因となり、現実に深刻な問題が起きている。

---

32 “digital tsunami”という言葉は、Workshop on International Transfer of Personal Dataにおけるイタリアデータ保護執行機関事務総長のGiovanni Butarelli氏のプレゼンテーションにおいて用いられた。

そのきっかけとなったのが1995年EUデータ保護指令であった。EUデータ保護指令は、「個人データの取扱いに対する自然人の基本的権利及び自由、特にプライバシー権の保護」を目的に掲げ、すべてのEU加盟国に対してこの指令の内容を国内法化する義務を負わせるという拘束力を有している。EUデータ保護指令には、センシティブ情報の保護、個人データの目的外利用の禁止、個人データの取得元の開示、利用停止、消去に関する規定が設けられており、これらの内容についてすべてのEU加盟国が1998年の発効に向けて国内法の見直し作業を行ってきた。このようなことから、あとでも紹介するが、EUデータ保護指令を受けて、ヨーロッパでは、事業分野ごとの個別のプライバシー立法ではなく、プライバシー保護をするための包括的な法律が制定されてきた。

すでに述べたとおりEUデータ保護指令は、EU加盟国を拘束するものであるが、加盟国以外の国にとっても影響力を持つこととなる。すなわち、この指令の最も特徴的であり、重要な規定は第25条の第三国への個人データの移転に関する条項である。同条項は、第三国にEU域内から個人データの移転をしようとする場合、当該第三国が「十分なレベル (adequate level) の保護措置」を確保している場合に限り、その移転を認めている。裏を返せば、「十分なレベルの保護措置」を施していない、すなわち「充分性の基準」を満たしていない国へのEU域内からの個人データの移転は、原則として認められないのである。

2010年3月現在、EU加盟国以外の国や地域において、欧州委員会 (European Commission) が「十分なレベルの保護措置」を採っていると認定したのは、スイス、カナダ、アルゼンチン、ガンジー島、マン島、ジャージー島、フェロー諸島の7つである<sup>33</sup>。これまでのところ、オーストラリアは、「プライバシー法 (Privacy Act 1988)」を2000年に大幅

---

33 See European Commission, *Commission decisions on the adequacy of the protection of personal data in third countries*. Available at [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/thridcountries/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/thridcountries/index_en.htm) (last visited 31 March 2010). このほかに、欧州委員会第29条作業部会においては、2009年12月にイスラエルとアンドラ公国が「充分性」の要件を満たした国・地域であると認定された。

修正を施したが、欧州委員会の第29条作業部会 (Article 29 Working Party) が2001年3月に公表した意見では「十分性の基準」を満たしていない、という結論が出されている<sup>34</sup>。この結論は、端的に述べるならば、ヨーロッパの目から見てオーストラリアにおけるプライバシー保護は未熟であり、ヨーロッパの国内の市民の個人データをオーストラリアには原則として明け渡すことができない、ということの意味している。これを受けて、「十分性の基準」の原則に適合しない第三国への個人データの移転については、EUデータ保護指令でも認められている企業間の契約を締結するなどのコストを払うことで現実的な対応を図る道が残されている。しかし、プライバシーについてのEUからの不信を払しょくするため、結果として、オーストラリアでは、プライバシー法の大規模な見直しを迫られることとなっている。2008年8月11日にオーストラリア法改革委員会によって示された2,500頁を超える報告書には、プライバシー保護に関する多くの重要な改革案が指摘された<sup>35</sup>。

日本のプライバシー保護に関する法制度については、これまでのところ欧州委員会からの「十分性」の審査を正式に受けていない状況にある。このような、ヨーロッパのプライバシー・スタンダードによってその国のプライバシーの水準が十分か否かの審査を行うというのは「余計なお世話」<sup>36</sup>にも思われるが、国境を越えた個人データの量が膨大な量にのぼる現実のビジネス取引においては決して無視できない状況にある<sup>37</sup>。も

34 See Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 3/2001 on the level of protection of the Australian Privacy Amendment (Private Sector) Act 2000* (5059/00/EN/WP40 final) January 26, 2001.

35 See Australian Law Reform Commission, *For Your Information: Australian Privacy Law and Practice* (30 May 2008). Available at [http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/reports/108/vol\\_1\\_full.pdf](http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/reports/108/vol_1_full.pdf) (last visited 31 March, 2010).

36 See PETER P. SWIRE & ROBERT E. LITAN, *NONE OF YOUR BUSINESS: WORLD DATA FLOWS, ELECTRONIC COMMERCE, AND THE EUROPEAN PRIVACY DIRECTIVE* (1998)

37 現実に、日本とEUのビジネス界からは、H/EUビジネス・ダイアログ・ラウンドテーブル等を通じて、日本国政府が欧州委員会からの「十分性の基準」の審査を正式に受けるべきである、という日本国政府に対する要望がかねてからあった。See <http://www.eu-japan.eu/global/round-table.html> (last visited 31 March, 2010).

はやEUデータ保護指令がつきつけたプライバシー保護の基準は「プライバシー外交」<sup>38</sup>という非常にセンシティブな問題にまで発展している。

なかでもヨーロッパのプライバシー保護の基準と衝突をしたのがプライバシーの原産国であるアメリカである。アメリカもまた欧州委員会からの「充分性の基準」審査を実質的には受けたことはないが、正面からその審査を受ければ、オーストラリアの二の舞になることは十分に予測される場所である<sup>39</sup>。しかし、このような審査を受けずに、「プライバシー外交」による交渉にも限界があり、アメリカとヨーロッパにおいてはプライバシーをめぐる衝突が生じてしまったのである。ここでは特に問題となったプライバシーについての3つの具体的な衝突を紹介する。

#### ① SWIFT

国際銀行間通信協会 (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication(以下、「SWIFT」という)) が、2001年末からテロリズムの捜査目的のためにアメリカ財務省外国資産管理室に個人データを横流ししていたことが2006年6月から7月にかけて明らかになった<sup>40</sup>。アメリカにおいては、いわゆる愛国者法 (The PATRIOT Act) と大統領令 (Executive Order 13224) により、連邦政府はテロ組織への資金を凍結するため、金融機関に対して一定の場合には取引履歴を開示させる法執行の権限をもつこととなった<sup>41</sup>。このようなアメリカのテロ対策は、かねてからプライバシーに対する懸念が指摘されていたが、これが

38 堀部政男「グローバル社会と日本のプライバシー・個人情報の保護」NBL912号(2009) 13頁。

39 See Letter from Robert S. LaRussa, Acting Under Secretary for International Trade Administration, U.S. Department of Commerce, to John Mogg, Director, DG Internal Market, European Commission (July 17, 2000). Available at [http://www.export.gov/safeharbor/eg\\_main\\_018263.asp](http://www.export.gov/safeharbor/eg_main_018263.asp) (last visited March 31, 2010). 後に紹介するセーフ・ハーバー原則が「充分性の基準」を満たすことを期待する内容の手紙となっている。

40 See Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 10/2006 on the processing of personal data by the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* (01935/06/EN/WP128), adopted on 22 November 2006.

SWIFT事件においてアメリカとヨーロッパとの間でプライバシーをめぐる衝突として表面化したのである。

SWIFTとは、電信による送金サービス等を行うため、毎日1,200万通ほどの電信を処理し、世界にある7,800以上の金融機関の通信を取り扱うネットワークを運営する組織である。このネットワークのオペレーション・センターがアメリカとEUにそれぞれ1つ存在するが、SWIFTは、ベルギーに本拠を置く協同組合であることから、データの移転についてもEUデータ保護指令の義務に従うこととなる。

そこで、欧州議会 (European Parliament) をはじめとするEUの様々な機関はSWIFTの措置に強く抗議した<sup>42</sup>。なかでも、欧州委員会の第29条作業部会は、「個人データをアメリカ、そしてアメリカ財務省に移転する全体の過程を取り巻く不透明かつ十分でもなければ効果的でもない措置は、EUデータ保護指令に照らし重大な違反となり」、「データ保護に関するヨーロッパの基本原則に違反することになる」<sup>43</sup>ことを表明した。同作業部会によれば、テロリズムに対する戦いは既存の国際的な枠組みでも対応しうるものであり、欧州人権条約第8条や欧州連合基本権憲章第8条で掲げられているプライバシーの権利を尊重すべきである。そして、SWIFTを含む金融機関に対しEUデータ保護指令の法的義務の徹底を図るべき所要の措置を講ずべきことが示された。結局のところ、「犯罪やテロリズムに対する戦いにおいてとられるいかなる措置も、民主的社会の基盤となる基本的権利の保護の水準を低くすることはないし、ま

---

41 アメリカのテロ対策法制の憲法上の問題点については、たとえば、阪口正二郎「『自由からの逃走』と『自由のための闘争』」ジュリスト1260号(2004)92頁、阪口正二郎「戦争とアメリカの『立憲主義のかたち』」法律時報74巻6号(2002)50頁、大沢秀介「アメリカ合衆国におけるテロ対策法制」大沢秀介・小山剛編『市民生活の自由と安全』(成文堂・2006)1頁、木下智史「憲法とテロ対策立法」森英樹編『現代憲法における安全』91頁、参照。

42 European Parliament resolution on the interception of bank transfer data from the SWIFT system by the US secret service (P6\_TA-PROV(2006) 0317).

43 Article 29 Data Protection Working Party *Press Releases: Press Release of the Article 29 Working Party on Swift Case* (06/EN), adopted on 23 November 2006.

たそうしてはならないのである」<sup>44</sup>。このほかに、欧州議会はSWIFTに対して議会でのヒアリングを行ったり、欧州データ保護監督官がプライバシー保護に対する懸念が表明したり、さらにベルギーのデータ保護執行機関はSWIFTが「データ保護に関するヨーロッパの基本原則に隠れて、組織的かつ大量に、そして長期にわたって違反してきた」<sup>45</sup>ことを指摘した。

ヨーロッパの公的機関による非難は、直接的にはSWIFTに向けられているわけではあるが、この非難はほかでもないアメリカに対して向けられていることは明白である。つまり、SWIFT事件は、アメリカが掲げていたテロ対策の名目とした金融機関におけるプライバシー侵害をヨーロッパ側から指摘したものとして理解すべきであろう。

## ② 旅客機の乗客情報

アメリカのテロ対策は、金融機関に対する顧客等の取引情報の開示のみならず、旅客機の乗客情報の開示をも要求してきた<sup>46</sup>。周知のとおり、9.11テロ後、アメリカはテロ対策のため、国境警備の強化やビザ発給審査の厳格化などの措置を講じてきた。その一環として、2001年9月11日の同時多発テロ後、同年11月、アメリカ内を離発着するすべての航空会社に対し、航空機の旅客情報の提供を義務づけた。このような旅客情報をあらかじめ収集し分析することは、搭乗禁止リスト等を作成し、未然に旅客機を用いたテロを防止することを目的としている。

旅客情報の提供は、2004年5月に合意に達したアメリカーEU間の協定<sup>47</sup>に基づき行われていたが、2006年5月30日、欧州司法裁判所は、こ

44 *Id.*

45 *See supra* note 45.

46 EUとアメリカとの旅客機の乗客情報に関する交渉に関する邦語の紹介としては、中川かおり「アメリカー航空旅客の個人情報保護—米国・EU間PNR協定の締結」ジュリスト1342号(2007)159頁、参照。

47 Agreement between the European Community and the United States of America on the processing and transfer of PNR data by air carriers to the United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection (Signed in Washington D.C. on 28 May 2004).

の協定を付属資料に含む理事会決議と国土安全保障省の旅客データ取扱い指針を付属資料に含む委員会決議が、充分性の要件を定めるEUデータ保護指令に違反し、2006年9月30日以降の効力を認めないという判断を下した<sup>48</sup>。

これにより、2006年9月30日以降についてEUの航空会社は、旅客情報を提供すれば、EUデータ保護指令違反に問われ、提供しなければ、アメリカに離発着を拒否されるおそれがあるという状況に置かれることとなった。そこで、2006年10月、アメリカとEUは、2007年7月31日まで有効とする暫定的な協定を定めた上で、正式な協定を締結しなすべく議論を続け、2007年7月26日、7年間有効な新たな協定を含む合意に達した<sup>49</sup>。そこで、アメリカとEUとの間では、旅客機等の旅客情報に関する協定が締結され、アメリカによる旅客情報の取扱い指針について国土安全保障省長官から欧州理事会議長宛の手紙を公表している<sup>50</sup>。その内容としては、旅客情報の利用目的は、①テロリズム及び関連する犯罪、②越境的な性格を有する他の重大犯罪、③上記の犯罪に関する令状又は拘禁からの逃亡の防止・対処という目的を遵守し、国土安全保障省はEUの旅客情報を利用することが掲げられている。そして、収集される情報の種類が限定されていることや法執行による担保措置が採られていることなどが示されている。重要なこととして、国土安全保障省は、

---

48 *European Parliament v. Council of the European Union*, C-317/04 & C-318/04, Court of Justice of the European Union, 30 May 2006.

49 Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security (Signed at Luxembourg on 16 October 2006 and at Washington D.C. on 19 October 19 2006).

50 Letter to the Council Presidency and the Commission from the Department of Homeland Security (DHS) of the United States of America, concerning the interpretation of certain provisions of the undertakings issued by DHS on 11 MAY 2004 in connection with the transfer by air carriers of passenger name record (PNR) data. Available at [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/adequacy/pnr/2006\\_10\\_letter\\_DHS\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/adequacy/pnr/2006_10_letter_DHS_en.pdf) (last visited 31 March, 2010).

EUが採用するデータ保護の措置よりも厳格な措置を求められているわけではないことに合意したが、互恵性をもとに、アメリカ内の航空会社との協力を促進することが認められ、国土安全保障省とEUは、今回の合意の取り組みについて審査を定期的に行うこととされた。

その後、2009年11月23日には、情報共有とプライバシー保護に関する上級会合の報告書が示され、そこでは、取引犯罪やテロリズムに対する戦いの一環として情報の共有とプライバシー保護という基本理念については一致したものの、司法による救済の範囲についてアメリカとヨーロッパの不一致が見られた<sup>51</sup>。すなわち、アメリカ側は、プライバシー法で定められたとおり、合衆国市民または永住者のみを救済の対象としているのに対し、ヨーロッパでは国籍や居所に関係なく裁判所における救済を認めている。このような両者の隔たりについては、今後、拘束力のある国際合意や拘束力のない「ソフトロー」、さらには政治的な宣言によって具体的な事案を処理していくこととなっているものの、テロ対策とプライバシーの問題については今後アメリカとヨーロッパの衝突の可能性を否定できない。

### ③ Eディスカバリ (E-Discovery)

アメリカとヨーロッパのプライバシーをめぐる衝突は、アメリカで導入されたEディスカバリにおいてもみられる。これは、アメリカにおける訴訟等の証拠開示の厳格な運用とヨーロッパのプライバシーの手厚い保障の対立である。日本においても証拠の開示手続におけるプライバシーや営業秘密の保護が議論されてきたが、このことが現実にはアメリカとヨーロッパとの間で衝突を招いているのである。

本来、訴訟における証拠の開示は、訴訟当事者が、訴訟が提起された管轄の手続のもとで、その事案に必要かつ相当と認められる情報にアクセスできるようにすることを目的としている<sup>52</sup>。連邦民事手続規則は、

51 Council of the European Union, *Final Report by the EU-U.S. High Level Contact Group on Information Sharing and Privacy and Personal Data Protection* (November 23, 2009).

52 浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第2版〕』(弘文堂・2008) 73頁。



そもそも当時電子記録がない1938年につくられた法律であるが、電子媒体の量の劇的な増加などを背景に電子記録に関連する証拠開示手続を新たに取り入れたのであった。民事規則諮問委員会 (Advisory Committee on Civil Rules) の報告によれば、世の中に出回っているあらゆる情報のうち92%がデジタル化されておりそのうちおよそ70%がハードコピーされないままになっている。このような現実を踏まえ、パソコンの内部の電子メールを含む電子文書等の情報へのアクセスが認められるよう法改正が行われた。そして、アメリカの連邦民事訴訟規則 (US Federal Rules of Civil Procedure) 26条では、一定の場合を除き、個人情報等を含む電子文書等について、訴訟当事者にEディスカバリを通じて生じうる問題を協議することを義務づけた<sup>53</sup>。これにより、このEディスカバリの射程は、国外の訴訟当事者にも及ぶこととなり、アメリカ国内の訴訟において、事案によっては日本やヨーロッパにおける電子的に保存された情報の提出が求められることとなった。

このような中、アメリカの裁判所によるヨーロッパ企業等に対するEディスカバリはすでにCatch-22に陥っていると言われる<sup>54</sup>。アメリカの裁判所が、EU域内の企業等に対してEディスカバリを命じる。しかし、EU域内の企業はEUデータ保護指令によって、アメリカには原則として個人のプライバシーに関する電子データを送付することができない。電子データをアメリカに送付するためには、一定の例外があるものの、アメリカがEUデータ保護指令にもとづく「充分性の基準」を満たせばよいが、いまのところその基準をクリアできていない<sup>55</sup>。したがって、アメリカの裁判所がEU域内の企業等に対してEディスカバリを命じても、その電子データをアメリカに移転できない状況になっている。

---

53 Rule 26 of the US Federal Rules of Civil Procedure. Eディスカバリに関する邦語の紹介としては、リチャードL.マーカス/三木浩一訳「アメリカにおけるディスカバリの過去、現在、未来」大村雅彦・三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』(商事法務・2006)、参照。

54 The Sedona Conference, *Framework for Analysis of Cross-Border Discovery Conflicts* (August 2008) at 1.

このような状況から脱出するため、アメリカでは、国境を越えた証拠開示に向けた枠組み構築に向けた方向性が示されている。2008年8月、この取り組みを先導するセドナ会議 (The Sedona Conference) は、①情報がある場所の管轄におけるデータ・プライバシーの法的義務の性格、②訴訟が提起された管轄とデータが存在する管轄における関連する情報を保持・保有する訴訟当事者の義務、③開示を要求された情報を保持すべき訴訟当事者の目的とその程度、④訴訟手続の性格、⑤問題とされている証拠の量、⑥争点を解決するための証拠開示の重要性、⑦関係する情報を収集、処理、審査、産出する容易性と費用を考慮すべきであることが示されている<sup>56</sup>。しかし、この枠組みには今のところ拘束力はなく、運用面での衝突は不可避な状況に陥っている。なによりも重要なことは、ヨーロッパにおけるデータ保護執行機関との対話を継続し、プライバシーに関する「衝突」を回避すべきことであることは多言を要しない。いずれにせよ、訴訟における国境を越えた証拠開示についても、ヨーロッパとのプライバシー保護の水準が異なることから、その運用面において課題が残されたままとなっている。

## (2) 妥協

このようにプライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの衝突は現実に深刻な事態に陥っていた。このような事態に対応するため、EUデータ保護指令に定められた「充分性の基準」の審査をアメリカが受け、EUからのお墨付きをもらうことがもっとも明瞭な解決策であることは言うまでもない。しかし、のちにも紹介するようにヨーロッパでは、包括的な (いわゆるオムニバス方式) 立法によってプライバシーを保護し

55 Eディスカバリに伴うヨーロッパからアメリカへのデータの移転についても、①セーフ・ハーバー原則、②標準契約条項、③拘束力ある企業ルールのいずれかの方法によらなければならないことが第29条作業部会から示されている。See Article 29 Data Protection Working Party, Working Document 1/ 2009 on pre-trial discovery for cross border civil litigation (06/EN) adopted on 11 February 2009.

56 See The Sedona Conference, *supra* note 54 at 29.

てきたが、アメリカでは、個別の事業分野ごとのプライバシー立法、いわゆるセクトラル方式が採られており、アメリカにはEUのような包括立法が存在しない<sup>57</sup>。このようにプライバシーの保護のあり方が異なることから、たとえEUからアメリカが審査を受けたとしても「充分性の基準」を満たす保証はなかったのである。実際、「充分性の基準」を満たすような分野の立法もありうるが、ほとんどの分野が不十分であると考えられてきた<sup>58</sup>。

そこで、アメリカとヨーロッパとの間では、プライバシーをめぐる衝突を回避し、アメリカとヨーロッパのそれぞれ異なるプライバシー保護のあり方に和解をもたらすため、交渉を重ねてきた。そして、2000年7月、欧州委員会とアメリカ商務省との間で、「セーフ・ハーバー (safe harbor)」という制度を設けることに合意したことが公表された<sup>59</sup>。セーフ・ハーバー協定とは、アメリカ商務省が所管している事業者がセーフ・ハーバー原則を順守している場合、当該事業者がEUデータ保護指令における「充分性の基準」を満たしているものとしてみなす合意である。セーフ・ハーバー原則には、EUデータ保護指令で示されていたプライバシーの7原則（①本人への通知、②本人の選択、③再移転の同意、④安全管理措置、⑤データの完全性、⑥本人のアクセス、⑦実効的な法執行）とほぼ類似している。これにより、EU域内からアメリカに個人データを持ち込む事業者は、セーフ・ハーバー原則を順守し、アメリカ商務省に確約書を提出することが必要となった。また、アメリカ商務省は、届出のあった事業者リストを公表し、仮にその事業者がセーフ・ハーバー

---

57 See generally Paul M. Schwartz, *Preemption and Privacy*, 118 YALE L. J. 904, 908 (2009).

58 See Gregory Shaffer, *Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting Up of U.S. Privacy Standards*, 25 YALE J. INT'L L. 1, 26 (2000).

59 The Commission of the European Communities, *Commission Decision pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbor privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce* (2000/520/EC, 26 July, 2000).

原則に違反した場合は、連邦取引委員会 (Federal Trade Commission) による制裁金が科されることとなる。2008年10月時点で、およそ1,700社の事業者がセーフ・ハーバー原則を順守し、アメリカ商務省からの認証を受けている。このように、ヨーロッパ側からすれば、EUデータ保護指令の基本原則をアメリカに押し付けることができ、アメリカ側からすれば、国内法を改正することなく、国内のグローバル企業のデータ移転を円滑に行わせるための措置を施すことができ、両者にとって「短期的な政治的な勝利」<sup>60</sup>であるように思われる。

しかし、2004年10月に示された欧州委員会によるセーフ・ハーバー合意の施行状況の評価では、アメリカ商務省がセーフ・ハーバー原則を順守したと認証した事業者のうち、プライバシー・ポリシーを公表していないのがみられること、アメリカ商務省や連邦取引委員会によるセーフ・ハーバー原則の周知の仕方が不十分であることなどが指摘されており、セーフ・ハーバー協定の問題点が露呈した<sup>61</sup>。結局、セーフ・ハーバー原則は、現実の運用面において必ずしもプライバシー保護の安全性が担保されているわけではなく、「アンセーフ・ハーバー」と言われてきたのであった<sup>62</sup>。

このように、セーフ・ハーバー協定という妥協の後にも、プライバシーが適切に保護された国際的なデータ移転の実施に向けた対話がアメリカ

60 Joel R. Reidenberg, *E-Commerce and Trans-Atlantic Privacy*, 38 HOUS. L. REV. 717, 739 (2001).

61 See The Commission of the European Communities, *The implementation of Commission Decision 520/2000/EC on the adequate protection personal data provided by the Safe Harbour privacy Principles and related Frequently Asked Questions issued by the US Department of Commerce*, SEC(2004) 1323 (20 October, 2004).

また、近年では、EUデータ保護指令26条による「標準契約条項 (standard contractual clause)」などを用い、仮に「セーフ・ハーバー」制度の恩恵を受けることができないアメリカの事業者に対してもデータ移転が認められる制度が設けられている。See The Commission of the European Communities, *Commission Decision on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries, under Directive 95/46/EC* (27 December, 2001).

62 Reidenberg, *supra* note 60 at 738.

とヨーロッパとの間で行われ、プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの緊張関係はいまなお継続している。このように大西洋においては、「デジタル・ツナミ」が押し寄せており、アメリカとヨーロッパのプライバシーの違いが浮き彫りとなった。これまで両者は、2000年にセーフ・ハーバー協定を締結するなどの場当たりの政治的妥協をし、対話を重ねてきたが、両者を完全な和解へと導く糸口は一向に見えていない。ここまでプライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの衝突を紹介してきたが、以下では、そもそもなぜこのような衝突が生じたのか、その原因について分析する。

### 3. 原因—自由と尊厳の対立

#### (1) 文化

「なぜフランス人は給料のことになるかと話をしたがらないのに、ビキニのトップをはずすのか。なぜアメリカ人は裁判所の証拠開示命令には従うというのに、身分証明書の携帯を拒むのか。なぜヨーロッパでは人名の選択に国家の介入が許されてきたのか。なぜアメリカ人は逆らうことなくクレジットカードの詳細な報告に従ってきたのか。」<sup>63</sup>。

このように例を挙げるジェームズ・ホイットマン (James Whitman) 教授によれば、「大西洋の両側には2つの異なったプライバシーの文化がある」<sup>64</sup>。ひとつは、「尊敬 (respect) と人格的尊厳 (personal dignity) の権利の保障」<sup>65</sup>と結びついたヨーロッパ型のプライバシーである。いまひとつが、「特に自宅がそうであるが、政府の介入からの自由の権利」<sup>66</sup>として古典的な形態のアメリカ型プライバシーである。このような類型は、憲法が文化と密接な関係にあり、プライバシーの衝突の原因にはこのような憲法文化 (constitutional culture)<sup>67</sup>の違いなるものが背

63 James Q Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L. J. 1151, 1160 (2004).

64 *Id.*

65 *Id.* at 1161

66 *Id.*

景にあると考えられる。もちろん、比較法研究には、唯一無二の尺度があるわけではなく、比較はあくまで相対的なものであるが、プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパとの衝突の原因をそれぞれのプライバシー文化から分析することができるであろう。

#### ① ヨーロッパ型プライバシーの文化

ホイットマン教授によれば、ヨーロッパのプライバシー文化を理解するには、「尊厳」や「名誉」といった概念を適切にとらえる必要がある<sup>68</sup>。まず、歴史的に見れば、ヨーロッパでは、ナチスやファシズムによる人間の「尊厳」や「名誉」を踏みにじる過去があったことは周知のとおりである。しかし、それ以前からも、ヨーロッパには、人間の「尊厳」や「名誉」が尊重されてこなかった歴史があった。身分制社会が定着していたヨーロッパにおいては、ごく一部の階層の者しか人間の「尊厳」に値する生活を送り、「名誉」を持つことができなかった。たとえば、アンシャン・レジームのもとでのフランスにおいては、市民の私生活は常に権力の監視下におかれていたと言われる。フランスでは、市民の信書は郵便物検査室による開封の危険にさらされ、納税義務の不履行者には住居に押し入り、過酷ないやがらせが行われてきた<sup>69</sup>。このようなことから、フランスでは、身分制社会のありようを打破するという目的の一手段として「私生活 (vie privée)」を保障するためのプライバシー権が広く主張されるようになってきた。そのため、フランスにおける私生活の秘密には、身体状況、愛情生活・家族生活のほかにも、出自や雇用における身上調査などに関する「身分的事実」<sup>70</sup>が含まれていた。すなわち、フランスにおける私生活の保護の欲求の背景には、「社会心理学的な嫉

67 See Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 HARV. L. REV. 4, 8 (2003).

68 Whitman, *supra* note 63, at 1164. ドイツやフランスにおける「人間の尊厳」や「名誉」が重要な法的概念となってきたことをアメリカのそれらと対比しつつ描写するものとして、See James Q. Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 YALE L. J. 1279 (2000).

69 この点については、大石泰彦「フランスにおける私生活と名誉の保護」ジュリスト1038号 (1994) 38頁、参照。

妬・羨望は感情的なフランス人にとってはきわめて強いし、階級的な、あるいは階層的な相互不信が克服されているわけでもない<sup>71</sup>ことがある。したがって、フランス版のプライバシー権として理解される私生活の尊重を求める権利は、対公権力ではなく、むしろ「主として私人相互の関係における私生活の保護、とりわけ新聞・出版・報道機関など、マスメディア機関からの市民の私生活を保護する趣旨が、第一義的な目的となっている」<sup>72</sup>。その結果、フランスでは、私生活の尊重される権利が「基本的に私権」として理解され、民法典9条に定められ、それがそのまま私人間適用の問題として自覚的に議論されることなく、憲法の人権においても語られることとなった<sup>73</sup>。

また、ドイツにおいては、ナチスがノルウェーを占拠した際、ノルウェー政府が保有していた情報によって派兵すべき集団の選別に用いられ、さらなる東欧侵略の道具として使われてきたという話がある。この話のように、政府が大量の情報を収集し、保有し、処理させないことこそが、ヨーロッパのプライバシー法の目的であると言われる<sup>74</sup>。アメリカは、第二次世界大戦においてヨーロッパでのこのような個人の記録の

70 北村一郎「私生活の尊重を求める権利」北村一郎編『現代ヨーロッパ法の展望』（東京大学出版会・1998）226頁、盛誠吾「フランスにおける雇用とプライバシー・個人情報保護」堀部政男編『情報公開・プライバシーの比較法』（日本評論社・1996）199頁、参照。このほかに、フランスの私生活の保護に関する検討として、柴崎暁「フランス法における私生活・名誉・情報保護(1)」山形大学法政論叢8号（1997）22頁、江藤英樹「フランスにおけるプライバシーの保護と公の秩序の維持について」法学研究論集5号（1996）93頁、新井誠「フランス—治安法制と権力分立・私生活の尊重をめぐる憲法院判決の検討」大沢秀介・小山剛編『自由と安全』（尚学社・2009）300頁、佐藤雄一郎「フランス憲法における私生活尊重権について」東北法学24号（2004）63頁、など参照。

71 荻野弘巳「プライバシーとフランス社会」清水英夫編『マスコミと人権』（三省堂・1987）253頁。

72 皆川治廣『プライバシー権の保護と限界論』（北樹出版・2000）31頁。

73 内野正幸「プライバシー権についての控え目な考察—フランス法をひとつの手がかりにして」公法研究58号（1996）81頁。

74 See Francesca Bignami, *European Versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining*, 48 B. C. L. REV. 609, 610 (2007).

乱用による惨劇を経験したことがないのに対し、ヨーロッパ、特にドイツにおいては、過去の歴史から政府による個人データの保有に対するプライバシー保護が厳格に運用されるきっかけになったのである。つまり、ナチスの人間軽視に対する反作用として、また国家に対する人間の優位という価値決定を表すものとして、「絶対的不可侵の保障」と位置づけられる基本法1条1項で「人間の尊厳」を規定するに至ったのである<sup>75</sup>。そして、ドイツにおけるプライバシーの権利もまた「ドイツ的な市場社会主義の世界におけるドイツ的な尊厳の核心的制度」である「人格への一般的な権利」としての地位を占めてきたのである<sup>76</sup>。

このような歴史的経緯から、ホイットマン教授は、何世紀にもわたって続いた身分制の特権に対する反乱として人間の「尊厳」や「名誉」がうたわれてきた事実がヨーロッパにおけるプライバシーの欲求へとつながったと分析している<sup>77</sup>。そのため、ヨーロッパにおいては、なによりも公衆の面前の自分、すなわち「他者からみられた自我のイメージ」<sup>78</sup>こそがプライバシーの核心に置かれてきたのである。ホイットマン教授がこのようなヨーロッパ型のプライバシーを「すべての者が享受する『社会』のプライバシー」<sup>79</sup>を呼ぶように、ヨーロッパでは、国家の介入よりも、社会的関係において、そして他者との関係においてプライバシーが主張されてきたのであった。

次に、プライバシーに関するこのような文化的な差異は、プライバシー権の法的性格と政府の役割においても違いがみられる。たとえば、ドイツにおいては、もともとプライバシーに相当する言葉としての「indiskret」が「人間が人間に対して義務づけられている尊敬を破壊する」<sup>80</sup>こ

75 青柳幸一『憲法における人間の尊厳』（尚学社・2009）、参照。

76 Whitman, *supra* note 63, at 1188-89. 人格権の法的性格については、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣・2003）を参照。

77 *Id.* at 1166.

78 *Id.* at 1168.

79 *Id.* at 1171.

80 五十嵐清・松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護」戒能通孝・伊藤正己『プライバシー研究』（日本評論社・1962）152頁。



とを意味していた。その後、このような私的領域の保護とは別の権利として構成された権利もまたプライバシー権として発展してきている<sup>81</sup>。アメリカでは情報プライバシー権として理解される権利が、ドイツでは「情報自己決定権」<sup>82</sup>として用いられている。この権利は、①私的領域の保護とは別の権利として構成され、私的領域の保護には直接には関わらない個人情報の収集・結合・利用に特化されていること、②自己情報コントロール権が積極的権利としての内実を含むのとは異なり、防御権としての内実に限定されている。そして、古典的なプライバシー権とは異なり、情報自己決定権説に立てば、個人情報の収集の時点で自己情報決定権の制限が発生しうると説明される<sup>83</sup>。このように、ドイツにおいては、アメリカで発祥したプライバシー権なるものの、しかし、その性格は異なる「情報自己決定権」が判例でも確立した。

この権利は、「アメリカのプライバシー権論のドイツにおける受容の到達点とドイツの議論の独自性を示すもの」<sup>84</sup>であるという指摘のとおり、ドイツのオリジナルな権利の要素が含まれている。これは、ドイツにおける情報保護に関する法制度の目的が、「情報保護それ自体ではなく、市民の人格領域（プライバシー）の保護にある」<sup>85</sup>ためであろう。すなわち、「ドイツの基本法2条1項には、…『人格の自由な発展の権利』があり、それが解釈準則としての『人間の尊厳』（1条1項）と結合して、一般的人格権が保障され、その中にプライバシーの権利も含まれている

81 たとえば、小山剛「im rahmen des Rechtststes—『法治国家の枠内において』」大沢秀介・小山剛編『自由と安全』（尚学社・2009）227頁、石村修「ドイツーオンライン判決」前掲書所収、實原隆志「ドイツーNシステム」前掲書所収、参照。

82 たとえば、玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智大学法学論集42巻1号（1998）115頁、倉田原志「ドイツにおける労働者のプライバシー権序説」立命館法学299号（2005）1頁、参照。

83 小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社・2009）101-103頁。

84 藤原静雄「個人データの保護」『岩波講座現代の法10情報と法』（岩波書店・1997）196頁。

85 広渡清吾「現代社会と法—西ドイツと日本—プライバシーと監視国家」時の法令1343号（1988）72頁。

と考えられている」<sup>86</sup>のである。

人間の生の諸条件や個人の自由の到達点といった問題は、ドイツでは、人格の自由な発展の権利として位置づけられるのに対して、アメリカでは、プライバシーの権利として捉えられてきた<sup>87</sup>。これは、単なるターミノロジーの違いではなく、その根底にある文化と思想の違いに由来している。中絶問題を取り上げても、ドイツにおいては、中絶問題をプライバシー権の問題として処理するのは普通ではなく、人間の尊厳の基本原則を根底においた人間の生命を保護すべき国の義務であることが示されている<sup>88</sup>。これに対し、アメリカでは、一定の場合、中絶が、女性の権利としての、州の不当な介入を許さないプライバシー権であることが判例として確立している<sup>89</sup>。中絶の問題は、アメリカとドイツでは、国の介入や社会福祉のあり方、そしてそれを支持する人々の文化と結びついて、両者は異なる方向を向いているように考えられる<sup>90</sup>。また、情報プライバシーに関する問題についても、ドイツにおいては、住居における盗聴が「人間の尊厳保護を実効的なものとする」ために「生活形成の核心領域として」<sup>91</sup>保障されうることが示されている。

フランスにおいては、プライバシー権が、道徳的な権利から導き出される「人格権 (personality rights)」以外のなものでもなく、その基礎をなすものは、人間のアイデンティティであり、その人格であることが前提とされている。そして、このような私的情報のコントロールやアクセスの権利などの私生活の保護に関する「アイデンティティ権」は、

86 平松毅『個人情報保護』(有信堂・2009) 5頁。

87 See EDWARD J. EBERLE, DIGNITY AND LIBERTY: CONSTITUTIONAL VISION IN GERMANY AND THE UNITED STATES 5 (2002).

88 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂・1998) 19頁、参照。

89 *Roe*, 410 U.S. at 113.

90 See e.g., VICKI C. JACKSON & MARK TUSHNET, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, 139-140 (2d ed. 2006). See also Donald P. Kommers, *The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention?*, 10 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 1, 28 (1993).

91 小山剛『『戦略的監視』と情報自己決定権』法学研究79巻6号(2006) 25頁。

人格の真正さを一要素しているものであり<sup>92</sup>、フランスにおいても人間の尊厳がプライバシーのあらゆる側面を統合する原理として機能している<sup>93</sup>。このように、プライバシー権は、必要なときには政府の介入を含む「人が無用な侵入から自由である安全 (sécurité)」のための権利として理解されてきた<sup>94</sup>。さらに、ヨーロッパのプライバシー権の基盤となった、私生活の保障を規定する欧州人権条約第8条は、「国に干渉しないことを命じるのみならず、さらに、私生活・家庭生活を実際に尊重するための国の積極的な義務を含んでいる」<sup>95</sup>のである。

このようにプライバシーが人間の尊厳や人格権を基盤とし、それを政府の積極的義務とする例は、その他のヨーロッパ諸国においてもみられる<sup>96</sup>。たとえば、イタリア憲法においても、すべての市民が社会的尊厳 (social dignity) を有していること、私的経済行為が人間の安全、自由、尊厳を害する方法でなされてはならないことが示され、判例上もプライバシー権が「人格への権利」として認められてきた<sup>97</sup>。そして、イタリアでは、EU加盟国の中では比較的遅かったものの、EUデータ保護指令で定められた以上に厳格な保護の対象を含む個人データの保護に関する包括法を整備している<sup>98</sup>。また、ヨーロッパ諸国でもいち早くプライバシー保護法制を整備したスウェーデンでは、プライバシーに相当する言

92 内野・前掲注73、84頁。

93 See Étienne Picard, *The Right to Privacy in French Law*, in *PROTECTING PRIVACY* 72 (Basil S. Markesinis, ed., 1999).

94 See Jeanne M. Hauch, *Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Tort Is Alive and Well and Flourishing in Paris*, 68 *TUL. L. REV.* 1219, 1222-1228 (1994).

95 See RICHARD CLAYTON & HUGH TOMLINSON, *PRIVACY AND FREEDOM OF EXPRESSION* 85-92 (2d ed. 2010).

96 See Giovanni Boggetti, *The Concept of Human Dignity in Europe and U.S. Constitutionalism* in *EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM* 92-99 (Georg Nolte ed., 2005).

97 See Guido Alpa, *The Protection of Privacy in Italian Law*, in *PROTECTING PRIVACY* 119 (Basil S. Markesinis, ed., 1999). また、初宿正典・辻村みよ子『新解説世界憲法集(第2版)』(三省堂・2010)(イタリア共和国・井口文男)榎原猛編『プライバシー権の総合的研究』(法律文化社・1991)285頁(大石秀夫)、参照。

葉を“personal integrity”という表現を用いており、プライバシーを人格権として位置づけをしている<sup>99</sup>。さらに、2005年にスイスで開催されたデータ保護プライバシー・コミッショナー国際会議において、アメリカは採択に加わる資格を有していなかったが、スイスの連邦データ保護執行機関が先導し採択されたいわゆるモントルー宣言において、プライバシー権が「普遍的な権利」であることが宣言された上で、「テロリズムと組織犯罪との効率的な戦い…を認めつつも、人権、とくに人間の尊厳が尊重される最善の方法でこの目的が実現されること」が指摘されている<sup>100</sup>。このように、ヨーロッパ諸国においては、プライバシー権が「尊厳」と「名誉」に基礎を置きつつ普遍化してきた経緯があり、たとえテロ対策であっても、性別、年齢、宗派、出自等の身分に関する情報を無差別的に大量に収集することはただちに差別問題などを引き起こすことから「基本的人権」を侵害するものと考えられてきたのであった<sup>101</sup>。

もちろん、ここでの考察のみをもって、プライバシーという概念をヨーロッパ型とひとくくりにするのは少々雑な議論である感は否めない。しかし、それでもなお、EUデータ保護指令が採択後すぐにEU域内の各国において浸透していったのは、ヨーロッパ諸国において多様性の中にも共通するプライバシーの土壌があったからであると推察することは決して不当なことではなかろう。そして、ここでヨーロッパ諸国に共通するプライバシーの土壌とは、「尊厳」であり、また「名誉」であると考えられる。このように、戦後のヨーロッパにおいては、アメリカでしばしば主張されてきた「生命、自由、財産」といった古典的な権利の基礎となる概念よりも「人間の尊厳」が法文化として根づいていた。

98 Protection of Individuals and Legal Persons Regarding the Processing of Personal Data Act (1998), art. 1(2)(c) (It.).

99 See Personal Data Act, Sec.1 (1998: 224) issued 29 April 1998. また、邦語文献としては、榎原・前掲注97、294頁（平松毅）参照。

100 堀部政男「世界の個人情報保護法と日本—全面施行後の論議と2005年9月のモントルー宣言にも触れて」都市問題研究58巻1号（2006）3頁、参照。

101 Bignami, *supra* note 74, at 637.

② アメリカ型プライバシーの文化

アメリカにおいても、残虐かつ異常な刑罰の是非、適正な手続による聴聞の権利、表現の自由、そして、プライバシーの権利について最高裁が「人間の尊厳」を持ち出すことはあった<sup>102</sup>。しかし、それはヨーロッパに比べ、限定的な役割しか果たしてこなかった。そして、形式的には、アメリカの憲法においては「人間の尊厳」という言葉を見つけることはできない。また、実質的には、アメリカには、プライバシー権に関する次のような文化が根付いていた。第1に、自由、特に情報の流通に対する政府の規制・介入を嫌う憲法の伝統があった<sup>103</sup>。すなわち、ニュー・デール期以降に発達したステイト・アクション法理によって、私人の行為を「ステイト・アクション」とみなすことができないかぎり、私人間の自由、そして情報流通が憲法上規制されることはないのである<sup>104</sup>。そのため、原則として、プライバシー権の名宛人は、連邦と州の公権力の担い手であって、プライバシー権は政府からの自由としての盾として用いられてきた<sup>105</sup>。つまり、ステイト・アクション法理の存在によって、プライバシー権とは、ヨーロッパのように「尊厳」や「名誉」を保持す

102 See Gerog Nolte, *European and U.S. Constitutionalism: Comparing Essential Elements*, in EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 10 (Georg Nolte ed., 2005).

103 Joel R. Reidenberg, *Setting Standards for Fair Information Practice in the U.S. Private Sector*, 80 IOWA L. REV. 497, 501-2 (1995).

104 アメリカにおいて、インターネット空間における私人間の情報規制については、表現の自由とプライバシーという憲法上の権利の調整が問題となると必ずステイト・アクション法理が登場することとなる。See e.g., Paul Schiff Berman, *Cyberspace and the State Action Doctrine Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, 71 U. COL. L. REV. 1263 (2000). ステイト・アクション法理に関する分析としては、木下智史『人権総論の再検討』(日本評論社・2007)、榎透『憲法の現代的意義—アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに』(花書院・2008)、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社・2008)が参考になる。

105 もちろん連邦憲法による規制がないとしても、州憲法によって私人間のプライバシーを規律することも不可能ではないが、そのような州憲法の規定を設けているのは、管見の限りではカリフォルニア州だけである。See Reidenberg, *supra* note 103, at 502-3.

るために他者との関係において主張する性格ではなく、政府の介入に対抗するものとして考えられてきた。そのため、アメリカで私人間におけるデータ処理の問題はほとんどの事例においてステイト・アクションの要件を満たさず、憲法上のプライバシー権の問題が生じなかったのである<sup>106</sup>。尊厳や名誉を保障するための政府の介入の契機となるヨーロッパ型プライバシー権とは異なり、ステイト・アクションの要件は、政府からの私生活の保障に貢献してきた。アメリカにおいて、「われわれは、私人の頭の中や私生活において、人種差別主義者、性差別主義者、そして宗教的に不寛容である権利を有している。しかし、これらの権利は、公的な場ではすべて消滅することとなる。われわれは、私的には主観的な存在、公的には客観的な存在である」<sup>107</sup>。このように、政府が介入するための論理としてステイト・アクション法理が発達したことと、政府の介入を阻止するための論理としてのプライバシー権の発達、アメリカ憲法の公私区分の境界の設定にとっていずれも不可欠な要素を果たしてきた<sup>108</sup>。さらに、アメリカの憲法は、一般的に消極的自由の章典として理解され、「州に対して積極的な義務を課している」とまで理解することはできない<sup>109</sup>。すなわち、たとえステイト・アクションの要件を満たしたとしても、ヨーロッパとは異なり、政府による直接的な侵害でないかぎり、一般に、私人間のプライバシー侵害の問題を防止する積極的な義務が政府には課されないのである。「…夫婦のベッドルームという神

106 See PAUL M. SCHWARTZ & JOEL R. REIDENBERG, *DATA PRIVACY LAW: A STUDY OF UNITED STATES DATA PROTECTION* 33 (1996).

107 Jed Rubenfeld, *The Right to Privacy and the Right to Be Treated as an Object*, *GEO. L. J.* 2099, 2100 (2001).

108 ステイト・アクション法理の歴史において、その拡大から縮小への転機はプライバシー権の登場が大きな要因となったとみることができる。See e.g., *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 179 (1972) (Douglas, J., dissenting); *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94, 148 (1973) (Douglas, J., concurring). この点については、宮下紘「ステイト・アクション法理の理論構造」一橋法学7巻2号(2008)271頁、参照。

109 *DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Services*, 489 U.S. 189, 196 (1989).

聖な領域を警察が搜索することをわれわれは認めるだろうか。このような考え方は、プライバシーの概念に反感を抱かせることとなる…」<sup>110</sup>という最高裁の一節が示すように、アメリカでは、政府がプライバシーを保護するための積極的な義務を有しているとは想定されていない。このように、アメリカにとってのプライバシーは、政府の介入ではなく、政府の撤退を意味してきた。ヨーロッパの伝統にない私人間の情報流通の規制に関するアメリカならではの憲法法理<sup>111</sup>こそが、アメリカのプライバシーを、私人間に持ち出される概念ではなく、あくまで対公権力に主張しうる装置としてみなすきっかけを作りだしてきたのであった。ホイットマン教授が指摘するように、「アメリカのプライバシー権はいまだ18世紀に生じたときの形態をそのまま用いており、それは州からの侵入、特に私邸への侵略からの自由の権利である」<sup>112</sup>。

第2に、アメリカにおいては第1修正の表現の自由が手厚く保障されてきた歴史がある<sup>113</sup>。プライバシーの権利の生みの親であるブランドアイス自身もかつて「考えたいように考える自由、そして考えたことを伝える自由は、政治の真実を発見し、それを公にするのに不可欠の手段である」<sup>114</sup>と述べたように、表現の自由の意義を論じていた。アメリカの最高裁は、表現の自由とプライバシーが問題となったとき、ほぼ例外なく表現の自由を優越させてきている<sup>115</sup>。そのため、「情報プライバシーは、既存の自由な表現の法のもとでは容易には擁護しえない」<sup>116</sup>とまで主張

110 *Griswold*, 381 U.S. at 485-6.

111 See Stephen Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, 107 MICH. L. REV. 391, 431 (2008).

112 Whitman, *supra* note 63, at 1161.

113 この点については、奥平康弘『「表現の自由」を求めて』（岩波書店・1999）、が詳しい。

114 *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., concurring).

115 See e.g., *Cox v. Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Smith v. Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989).

116 Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You*, 52 STAN. L. REV. 1049, 1050-1 (2000).

されてきた。すなわち、われわれはクレジット・カードの利用やインターネット・通信販売等を通じて多くの個人に関する情報を提供しながら日々生活を送っているのに、なぜこのような他者に関する表現が人間の尊厳や自由、そして人格が損なわれる現実の危険が見えない、というのである<sup>117</sup>。そして、インターネットでの個人情報の取引が頻繁に行われる現代社会にあっては、市場によってある程度プライバシーの保護の適正な水準の調整が行われうると考えられてきた<sup>118</sup>。さらに、今日のブログ、検索エンジン、ソーシャル・ネットワークキング・サービスといったインターネット環境のもとでは、これまで以上に各人の名誉、名声が公開されることとなり、自らの過去から逃れるのが困難になってきている<sup>119</sup>。このような中、本稿で立ち入る余裕はないが、むろん表現の自由とプライバシーは「比較不能」でありながらも、裁判官が両者を調整すべきであるとする考え方もある<sup>120</sup>。しかし、ヨーロッパにおける表現の自由の伝統と比較したとき、「リバタリアニズム、自由放任主義、そして政府への不信」といった「文化」によって、アメリカにおける表現の自由の手厚い保障は「例外的」であり続けてきた<sup>121</sup>。このように、アメ

---

117 *Id.* at 1111.

118 *See e.g.*, Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transaction*, 50 *STAN. L. REV.* 1193, 1246 (2000).

119 DANIEL J. SOLOVE, *THE FUTURE OF REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET* 74 (2007).

120 *See e.g.*, Erwin Chemerinsky, *Balancing the Rights of Privacy and the Press*, 67 *GEO. WASH. L. REV.* 1152 (1999); Paul M. Schwartz, *Free Speech vs. Information Privacy: Eugne Volkh's First Amendment Jurisprudence*, 52 *STAN. L. REV.* 1559 (2000); Neil M. Richards, *Reconciling Data Privacy and the First Amendment*, 52 *UCLA L. REV.* 1149 (2005).

121 Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS* 47 (Michael Ignatieff ed., 2005). また、表現の自由とプライバシーの調整の文脈において例外の国としてアメリカを紹介する論文として、阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』」東京大学社会科学研究所編『国家の多様性と市場』(東京大学出版会・1998) 13頁、阪本昌成「プライバシーの権利と表現の自由(1)」立教法学76巻(2009) 46頁、を参照。



リカでは、表現の自由の伝統によって、ヨーロッパにおける「尊厳」や「名誉」と同じような存在として、プライバシーが存在してきたわけではなかったのである<sup>122</sup>。

第3に、アメリカでは、プライバシー (privacy) 保護は、先にみてきたヨーロッパ諸国における私生活 (private life) の保障とは異なって扱われてきた。たとえば、同じコモンローの法体系であるイギリスと比べても、アメリカのプライバシー概念は「個人主義的」であるのに対し、イギリスのそれは「個人性よりも他者との関係性」を重視しているといわれる<sup>123</sup>。このことに付随して、アメリカとイギリスにおいては保護の対象もまた異なる。すなわち、私事や個人情報の公表によるプライバシーの侵害は、公にされた情報それ自身が保護の対象となっているが、イギリスにおける信頼違反 (the breach of confidentiality) の法理では他者との関係性、すなわち他者に対する秘密保持の義務こそが保護の対象とされている<sup>124</sup>。「アメリカでは、『知人との親しい過去を暴露する (kiss-and-tell)』ことが一大ビジネスである」<sup>125</sup>のに対し、イギリスにおいては、キスをした者の一方がその事実を他者に告げれば、相手方との信頼関係

---

122 Fred H. Cate, *The Changing Face of Privacy Protection in the European Union and the United States*, 33 IND. L. REV. 173, 203 (1999).

123 See Neil M. Richards & Daniel J. Solove, *Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality*, 96 GEO. L. J. 123, 174 (2007).

ドイツにおいても、プライバシー権が個人の権利というよりは社会のコミュニケーションにとって必要な利益となっており、「社会に基礎を置いた権利」として「集団の権利としてのプライバシー」が論じられている。これに対し、アメリカでは、「個人の権利としてのプライバシー」であると考えられてきた。See Paul M. Schwartz, *German and U.S. Telecommunications Privacy Law: Legal Regulation of Domestic Law Enforcement Surveillance*, 54 HASTINGS L. J. 751, 794-5 (2003).

124 イギリスのプライバシーに関する判例法の紹介としては、ジョン・ミドルトン「イギリスの1998年人権法とプライバシーの保護」一橋法学4巻2号(2005)373頁、石井夏生利『個人情報保護法の理念と現代的課題』(勁草書房・2008)67頁、参照。

125 Sanford Levinson, *Structuring Intimacy: Some Reflections on the Fact That the Law Generally Does Not Protect Us Against Unwanted Gaze*, 89 GEO. L. J. 2073, 2079 (2001).

を確実になくすであろう、といわれるとおり、信頼関係とは「個人の尊厳の規範のみならず、他者との関係性からも生じたことを公開しないという期待」である<sup>126</sup>。しかし、「アメリカのプライバシー法はいまだかつて関係性を伴うプライバシーを包含したことがない」<sup>127</sup>。そのため、アメリカの不法行為法におけるプライバシー保護の範囲よりも、イギリスの不法行為法における信頼違反を基礎とするプライバシー保護の範囲のほうが「広範であり、広がりを見せているのである」<sup>128</sup>。

このように、他者との関係性についての「私生活」を広く保障してきたヨーロッパとは異なり、アメリカでは政府からの介入の防波堤という狭い範囲で「プライバシー」を保障してきたのであった。実際、プライバシーに関する国際的な枠組みとしての国際人権規約の審議過程においても、アメリカは、「プライバシー」と「私生活」を明確に区別していた。前者は「私邸や通信といった個人のプライバシーの公的機関による干渉を防ぐこと」を目的としているのに対し、後者は「他者からの名誉や名声に対する不法な侵害の保護」であり、これは「個々の国内立法の問題である」ことが示されていた<sup>129</sup>。これに対し、当時、ヨーロッパ諸国の代表団は、国際人権規約には親密な生活 (intimate life) といった「私生活」の保障を掲げるべきであることを主張していたのであった<sup>130</sup>。こ

126 Richards & Solove, *supra* note 123, at 126. そのため、憲法上のプライバシー権侵害が認められるにはアメリカではステイト・アクションの要件があるのに対し、イギリスでは、プライバシー権が私人間にも間接的に適用される。後者は私人の関係性を重視しているプライバシーの法的性格の現れであると理解できる。See Aurelia Colombi Ciacchi, *Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice*, in HUMAN RIGHTS AND PRIVATE LAW 60 (Katja S. Ziegler ed., 2007).

127 *Id.*

128 *Id.* at 181. イギリスにおけるプライバシー権が、大陸型のプライバシーとは微妙に異なるものの、人間の尊厳や人格権と結びついた経緯については、See generally HUW BEVERLEY-SMITH, ANSGAR OHLY & AGNES LUCAS-SCHLOETTER, *PRIVACY, PROPERTY, AND PERSONALITY* (2005).

129 See United Nations, General Assembly, Fifteenth Session, Official Record, Third Committee 1018<sup>th</sup> meeting, at 183 (10 November, 1960).

130 Richards & Solove, *supra* note 123, at 183-4.

のように、ヨーロッパにおけるプライバシー保障の基礎となる欧州人権条約第8条における私生活の尊重の保障は、「プライバシーの権利を超えて保障が及ぶ」<sup>131</sup>と言われてきたのであった。

③大西洋を隔てるもの

このようにアメリカにおけるプライバシーの文化は、ヨーロッパのそれと比べるとずいぶんと距離があることが理解できる。たしかに、両者のプライバシー概念は一定の場合には同じ着地点にたどりつくこともできるであろう。たとえば、*Lawrence v. Texas*におけるケネディ裁判官の意見は、欧州人権条約第8条に関連する欧州人権裁判所の判決を参照しつつ、「デュー・プロセス条項によって保障された自由とプライバシー」<sup>132</sup>の争点をとりあげ、私邸での同性愛者によるソドミー行為が「自由人としての尊厳」<sup>133</sup>に値することが示されている。その意味において、*Lawrence*判決は、アメリカにおいても、政府からの不当な干渉の防波堤としての伝統的なプライバシー権と「自由人としての尊厳」との接点を見出していると考えられることも可能である<sup>134</sup>。

しかし、アメリカのプライバシー文化として、「プライバシーの権利は、

131 CLYTON & TOMLINSON, *supra* note 95, at 93.

132 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 564 (2003). 北部アイルランド地方等における同性愛を処罰する立法を欧州人権条約第8条における私生活の保障に違反するとした *Dudgeon v. United Kingdom*, A/45 ECtHR (1981) を引用している。Lawrence判決をアメリカとヨーロッパのプライバシー権の「架け橋」と評価するものとして、See LORENZO ZUCCA, CONSTITUTIONAL DILEMMAS: CONFLICTS OF FUNDAMENTAL LEGAL RIGHTS IN EUROPE AND THE USA 103 (2007).

133 *Lawrence*, 539 U.S. at 567.

134 *Lawrence v. Texas*における口頭弁論では、「私邸というプライバシーの圏域における性的に親密な行為を営むプライバシーの権利」があるかどうか争われていた。See Transcript of Oral Argument at 24, *Lawrence*, 539 U.S. 558 (No. 02-102). しかし、ケネディ裁判官は、同性愛者のソドミー行為を正面から「プライバシー権」として認めたわけではない。See e.g., Lawrence H. Tribe, *Lawrence v. Texas: The 'Fundamental Right' That Dares Not Speak Its Name*, 117 HARV. L. REV. 1893, 1900 (2004); Pamela S. Karlan, *Foreword: Loving*, 102 MICH. L. REV. 1447, 1463 (2004).

政府の権力に対する憲法上の制限として機能してきた」<sup>135</sup>事実がある。そして、ヨーロッパに見られるような社会秩序を構成してきたカント的な道徳論といった中核的価値に関するコンセンサスはアメリカにおいては存在しない。アメリカの根源にある価値は、尊厳といった道徳的概念ではなく、あくまで個人の自由 (individual liberty) である<sup>136</sup>。これに対し、ヨーロッパのプライバシー権とは、「ファシズムに対する応答」であり、そして「身分制の特権に対する何世紀にもわたって徐々に成長していった反抗」として、「尊厳」を法的に保障するためにすべての者が享受すべき権利として理解することができる<sup>137</sup>。このように、たとえアメリカにおいてプライバシーが尊厳と結びつく概念であるとしても、それはヨーロッパ人がいう尊厳とは異なり、「大陸型のエチケットが『大陸型』であるのと同じように大陸型のプライバシーもまた『大陸型』なのである」<sup>138</sup>。この背景には「プライバシーをめぐる自由至上主義 (the libertarian) と尊厳至上主義 (the dignitarian) のそれぞれの見方という現実の相違がある」<sup>139</sup>。

ヨーロッパ人にとって、アメリカのテロ対策の名の下に金融機関の顧客情報や旅客機の乗客情報のデータ分析をするような手法、いわゆるデータ・マイニングは、明らかに「違法」と捉えられてしまう。それは、手続的に見れば、たとえテロ対策であったとしても、多くの者にとっては単なる政府による私生活への干渉にほかならないし、実質的に見ても、

---

135 Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 737 (1989).

136 Edward J. Eberle, *Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law*, 1997 UTAH L. REV. 963, 1053 (1997).

137 See Whitman, *supra* note 63, at 1165-6.

なお、アメリカにおける尊厳を基盤とするプライバシー権論としては、See e.g., Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962 (1964); Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, 52 STAN. L. REV. 1373 (2000).

138 Whitman, *supra* note 63, at 1168.

139 Hans Nieuwenhuis, *The Core Business of Privacy Law: Protecting Autonomy*, in HUMAN RIGHTS AND PRIVATE LAW 19 (Katja S. Ziegler ed., 2007).

政府が保有する情報へのアクセス権が否定されていることは、監視の歴史を克服してきたヨーロッパのプライバシー文化からは逸脱しているのである。少なくともヨーロッパの諜報機関は、アメリカの同種の機関（たとえば、国家安全保障局（National Security Agency））以上に、収集し、分析した個人データについてより市民に公表する傾向がある<sup>140</sup>。かつてアラン・ウェスティン（Alan Westin）教授が、監視をめぐる2つの西洋国家としてアメリカと、スパルタ、ローマ帝国、中世の教会といった大陸国家を対比させていた。そこでは、アメリカにおいては政府の役割には制限が課せられてきた傾向があるのに対し、後者の大陸国家の歴史において監視による市民への私生活の侵害が指摘されていた<sup>141</sup>。しかし、いまやかつて監視の歴史を克服してきたヨーロッパの方が、その悲惨を知っている分、「人間の尊厳」を根底に置くプライバシー権が監視への安全弁として主張されるようになったのである。

「プライバシーの権利という多彩をきわめる内容の権利が法的な保護を受けるまでに結晶したことは、その社会が一定の高度をもつ文化を享有するにいたった証拠と解してよい」<sup>142</sup>と指摘されるとおり、プライバシーの権利はその社会における「文化」と密接に関係しており、プライバシーの権利の欲求にはその社会の文化を反映したものと考えられる。このように、プライバシーは論理の産物ではなく、「社会の慣習」<sup>143</sup>ないしは「ある種の社会的な儀礼」<sup>144</sup>であると理解できるならば、その国・地域の文化や慣習がプライバシーの法的性格に影響を及ぼすこととなる。アメリカとヨーロッパを隔てるプライバシーの根底にあるもの、すなわち「自由」と「尊厳」という決して無視しえない対立軸があり、こ

140 Bignami, *supra* note 74, at 635-6. 監視に関する憲法上の問題の考察としては、駒村圭吾「『視線の権力性』に関する覚書—監視とプライバシーをめぐる—」『慶應の法律学公法 I』（慶應義塾大学出版会・2008）317頁、参照。

141 ALAN F. WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 22 (1967).

142 伊藤・前掲注20、7頁。

143 Mark Tushnet, *Legal Constitutionalism in the U.S. Constitutional Law of Privacy*, 17 *Soc. Phil. & Pol'y* 141, 164 (2000).

144 Reiman, *supra* note 24, at 310.

の対立こそが現実の世界における「デジタル・ツナミ」をもたらしているように思われる。

(以下、次号に続く)