

小説表現の自由の限界

——プライバシーとモデル小説の対立を考える——

池田賢太郎
(小山研究会 4年)

- I はじめに
- II モデル小説とプライバシー
 - 1 モデル小説 (小説表現の自由)
 - 2 プライバシー
- III モデル小説によるプライバシー侵害の成否
 - 1 「宴のあと」事件判決
 - 2 「名もなき道を」事件判決
 - 3 「捜査一課長」事件判決
 - 4 「石に泳ぐ魚」事件判決
 - 5 「読解」の必要性
- IV プライバシー侵害の正当化
 - 1 一連の(裁)判例の流れを受けて
 - 2 被害者の承諾
 - 3 公共的事項、公的存在
 - 4 芸術的価値
 - 5 その他違法性阻却事由
- V 「読解」と「芸術性」判断の必要性についての考察
- VI おわりに

I はじめに

本稿では、モデル小説とプライバシーの対立について検討する。

モデル小説は、モデルとされる実在の人物の容貌、私生活を素材として、これ

を作家が独自に創作・変容し、メッセージを込めて一つの作品として仕上げたものである。モデル小説においては、一方当事者であるモデルとされた人物としては「小説によって自分の私生活やプライベートが公開、暴露された」と感じるため、プライバシー侵害が生じていると主張する。他方で、モデル小説を書いた作家としては「実在の人物をモチーフにはしたが、作中人物は自分が独自の創作を加えたものであるため、実在の人物に対するプライバシー侵害は存在しない」と主張する。このように、両者の主張は全く食い違うこととなり、モデル小説による小説表現の自由とプライバシーとは対立することとなる。

以下において、まずモデル小説とプライバシーについて説明する。両者は憲法上の権利としてどのように位置づけられるのか、モデル小説にはどのような特殊性があるのか、モデル小説で扱われるプライバシーとは如何なるものか検討する。続いて、モデル小説とプライバシーが対立した(裁)判例について検討し、各裁判においてどのような判断が下されたかについて着目するとともに、モデル小説でモデルとされた人物の私生活を公表してもプライバシー侵害が生じない場合はあり得るのか、モデル小説という表現行為について、表現の自由の一環であることや芸術性を有するというその特殊性故に権利侵害性が否定される余地がないか検討する。

これらの検討をふまえた上で、プライバシーとの関係で、モデル小説は表現の自由の行使としてどこまで許容されるのか、どこまで踏み込んだ執筆が可能であるか検討し、一定の結論を示したい。

II モデル小説とプライバシー

以下ではまず、モデル小説による小説表現の自由、プライバシーという二つの権利についてその内容を確認する。

1 モデル小説(小説表現の自由)

近代民主主義国家は、個人の自由を保障するが、その中で最も基本的なものの一つとされるのが表現の自由である。民主国家の主権者である国民は、国政とそれに関連するすべてのことについて知り、議論できなければならないからである¹⁾。表現の自由には自己実現の価値と自己統治の価値があり、それ故に重要な権利であるとされている。

日本国憲法（以下「憲法」と呼称する）21条1項には表現の自由を保障する規定が設けられている²⁾。同条の保障対象はすべての表現媒体による表現に及ぶ。演説、新聞、雑誌のほか印刷物から、ラジオ、テレビ、映画、音楽、芝居にまで及ぶ³⁾。モデル小説は小説という体裁をとった表現行為の一環であり、同項による保障を受ける。

小説は芸術言語であり、新聞報道や論評の表現とはその性質を異にする⁴⁾。新聞記事やルポルタージュの場合、事実があるままに書かれていることが前提であり、通常は実在人物が実名で記載されているため、新聞記事やルポルタージュに出てくる人物のプライバシーを侵害する記載がある場合、その人物に関するプライバシー侵害が成立することに問題は無い。一方でモデル小説の場合、作家は「実在の人物をモデルにしたが、作中に登場する人物は自分が独自に変容して創作したものである」という感覚を持つし、ストーリー展開も実際の出来事から適宜変容させているのが通常である⁵⁾。

このように、モデル小説には特異点がある。確かに新聞等による事実の報道やノンフィクション小説と近い側面を有することは否定できない。しかし、モデル小説には必ず「作家による想像、創作」という過程が加わる。この過程が加わることによって、事実の報道等とは異なる性質を帯びることになる。また、モデル小説は先述したように言語芸術であるため、「芸術性」を帯びることとなる。これらの要素がプライバシーとの対立を生み出す原因ないしプライバシー侵害を否定する要因となるのであるが、これについては後の章⁶⁾で検討する。

2 プライバシー

プライバシーの発端はアメリカにある。19世紀末にイエロージャーナリズムによる「のぞき見的な暴露」によって、個人の私事、私生活が公開されることを避けるために主張された「一人で放っておいてもらう権利（right to be let alone）」に端を発する⁷⁾。

我が国においてプライバシーが承認された最初の事例は「宴のあと」事件判決⁸⁾である。同判決は我が国においてプライバシー概念が初めて正面から取り上げられ、私法上認められた指導的判決である。また、これまで既存の名誉権に包摂されていた精神的人格権が独立の法益として認められた点においても画期的意義を有する⁹⁾。

同判決の詳細については次章で検討するため、ここではプライバシーの定義に

ついて判示した部分にのみ言及する。同判決において、プライバシーは「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」と判示された。以後、この定義はその後の裁判例において踏襲ないし適宜変容されて何度も登場することとなる。本判決が提示したプライバシーの定義については、「一人で放っておいてもらう権利」と捉える先述した考え方の延長にあると考えられている¹⁰⁾。

「宴のあと」事件判決は民事裁判であるが、同判決以前にプライバシーについて言及した大阪証券労働組保安阻止デモ事件判決という刑事裁判の判断¹¹⁾がある。同裁判例では、「プライバシーの権利とは私人が私生活に他から干渉されず、本質的に私的な出来事についてその承諾なしに公表されることから保護される権利であると言われている。」「国民の側にプライバシーの権利が憲法によって保障されているとすれば、任意の手段だからといって写真撮影が無制限に許容されるべきものではあるまい。」と判示しており、プライバシーが憲法上の権利として保障されると断言はしていないものの、プライバシーについて言及している点で注目に値する。

モデル小説では、モデルとされた人物の私生活を素材あるいは題材として執筆されるため、問題となるプライバシーは「私事の公表」あるいは「私生活」と呼ばれる分野である。「私生活」については、判例の動向をふまえると広く自己の生活空間、自己のアイデンティティ、過去の経歴、親密行動等を意味すると考えられている¹²⁾。学説では、「私事の公表」について、日記・手帳の公開、犯罪情報(特に前科)、夫婦生活、異性関係・性的プライバシー、医療情報等がこれに該当すると考えられている¹³⁾。

プライバシーの理解¹⁴⁾は時代の変遷とともに他者からの私生活への介入を阻止する消極的な権利から、自己に関する幅広い情報の取り扱い方について要求する積極的な権利へと変化を遂げている。

モデル小説において描かれるのは先述のとおりモデルとされた人物の私生活である。こうした「私生活の公開」は古典的プライバシーの立場に立てばもちろんのこと、自己情報コントロール権説のような新しい学説に立っても保障される権利で、いわば「私生活をみだりに公開されない権利」はプライバシーの中でもその中核を成すものと言える。

モデル小説を執筆する以上、プライバシー侵害は不可避的な問題として存在する。もっとも、表現行為とプライバシーの議論は対立関係にあるだけではないと

考える立場もある。例えばエリック・バレット¹⁵⁾は、「プライバシーは言論の自由と衝突する可能性がある一方、表現の自由の権利の効果的な行使を支え、あるいはそのために必要であるといえるような状況が数多く存在する」と主張する。

以上のように、モデル小説（表現行為）とプライバシーは密接な関係にある。では、モデル小説がプライバシーを侵害するものとして争われた場合に、裁判所は権利侵害性をどのように判断しているのか、次章で検討する。

Ⅲ モデル小説によるプライバシー侵害の成否

本章においては、モデル小説によるプライバシー侵害が問題となった（裁）判例について各事案と要旨をそれぞれ検討し、プライバシー侵害の正否について事案毎に裁判所が出した結論、当該結論に至るまでの判断過程に着目していく。

1 「宴のあと」事件判決¹⁶⁾

モデル小説によるプライバシー侵害について初めて判断を下した裁判例が上記判決である。プライバシーについて判断した先駆的裁判例であること、また有名作家の三島由紀夫の作品が争われた点でも注目されている。

(1) 事案の概要

元外務大臣有田八郎（本件原告 X）は、1959年実施の東京都知事選挙に革新政党的推薦を受けて立候補した。その妻で高級料亭の経営者である A も物心両面にわたって支えたが、悪質な怪文書、デマによる選挙妨害を受けて X は落選し、両者はその後離婚することとなった。かねてより政治と恋愛の対立、衝突に関心を寄せていた三島由紀夫（本件被告 Y₁）は、この事件を自己があたためてきたテーマを展開する格好の素材と考え、中央公論誌上に A をモデルに料亭の女将を女主人公とした「宴のあと」を連載執筆していた。Y₁は連載にあたってあらかじめ A の同意は得ていたが（ただし、連載が進むにつれて A は途中から連載中止を求めようになっていた）、X から直接の同意を得ることはしなかった。

小説中では、主人公の名前は野口雄賢と福沢かづという仮名で登場しているが、当時の世間周知の事実を交えながら、主人公二人の最初の接吻、夫の妻への暴力等の作家が想像を巡らせた具体的描写も含まれていた。X は、私生活を「のぞき見」したかのような描写に不快感を覚え、Y₁と中央公論社に対して単行本として

の出版の中止を申し入れたがY₁はこれに応じず、結局は出版に積極的であった新潮社(Y₂)から出版されることとなったが、その際Y₂は大々的に同書をモデル小説であると宣伝した。

そこで、Xは本件の出版によりプライバシー権が侵害されたとして、Y₁Y₂及び発行者Y₃に対して謝罪広告と100万円の損害賠償を求める訴えを起こした¹⁷⁾。

(2) 要旨

本判決は、モデル小説とプライバシー、プライバシー権の根拠と権利性、プライバシー権侵害の救済方法と成立要件、違法性阻却事由の4点について判示している。以下その内容について詳述する。なお、違法性阻却事由の点については、後の章¹⁸⁾で詳細に検討するため、ここでは言及しない。

(a) モデル小説とプライバシー

「モデル小説におけるプライバシーは、小説の主人公の私生活の描写がモデルの私生活を敷き写しにした場合に問題となるのは勿論であるが、そればかりでなく、たとえ小説の叙述が作家のフィクションであるとしても、それが事実すなわちモデルの私生活を写したものではないかと多くの読者をして想像を巡らせるところに純粋な小説としての興味以外のモデル的興味というものが発生し、モデル小説のプライバシーという問題を生むのである。」として、モデルの人物像や私生活に作家による創作変容が加えられたとしてもなおモデル小説によってプライバシー侵害が生じることを認めた。

また、「宴のあと」においては、妻を踏んだり蹴ったりする場面が詳述され、寝室での行為、心理の描写の部分及びこれにまつわる主人公二人の私生活も描写されている。この点について同判決は「それがたとえ小説という形式で発表され、従って当然に作者のフィクションないし潤色が施されていることが考え得られるものであるにしても通常人の感受性を基準としてみたときになお、Xがその公開を望まない感情は法律上も尊重されなければならない」とした。

(b) プライバシー権¹⁹⁾の根拠と権利性

本判決は本項目において、プライバシーの権利性について言及し、これを肯定した。その判示は以下のとおりである。

「近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法によって立つところでもある個人の尊厳という思想は、相互の人格が尊重され、不当な干渉から自我

が保護されることによって初めて確実なものとなるのであって、そのためには正当な理由が無く他人の私事が公開されてはならないことは言うまでもない。……私事をみだりに公開されないという保障が、今日のマスコミュニケーションの発達した社会では個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえにおいて必要不可欠なものであるとみられるに至っていることを考え合わせるならば、不法な侵害に対しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的な利益であると考えるのが正当であり、それはいわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれを一つの権利と呼ぶことを妨げるものではない。²⁰⁾」

裁判所は先ず、個人の尊厳との関係から、これを保障するためには個人の私生活を正当な理由無く公開してはならないという考え方を導いている。続いて、マスメディアの発達に伴い、個人の私生活がみだりに公開されてはならないことを保障することは、「個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障する上では必要不可欠」であるとして、憲法13条を根拠に人格権の一内容としてプライバシー権を認め²¹⁾²²⁾た。

(c) プライバシー権の①救済方法と②成立要件

①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から、その侵害に対しては侵害行為の差し止めや精神的苦痛による損害賠償請求権が認められるべきものであり、民法709条²³⁾はこのような侵害行為もなお不法行為として評価されるべきことを規定しているものと解釈するのが相当である。②プライバシーの侵害に対し法的な救済が与えられるためには、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と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事柄であること、換言すれば一般人の感受性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が、公開されたところが当該私人の名誉、信用というような他の法益を侵害するものであることを要しないのはいうまでもない。

(3) 解説、学説からの評価

モデル小説は、作家がどれだけ「作中人物は自分が独自に変容し創作したものだ」と主張しても、権利侵害性の判断にあたっては読者がどう受け取るかが重要となる。すなわち、モデル小説を読者がどのように読むのかを解明する必要がある。この点について本判決の判示は以下のとおりである。

「小説が写真や報道記事等と異なり作家のフィクションによって支えられているものであるとしても、いわゆるモデル小説と呼ばれるものについて、そのモデルを探索し考証することが一つの文学的研究とさえなっていることは公知の事実であり、まして小説の一般の読者にとってはモデルとされるものが読者の記憶に生々しければ生々しいほどその小説によるモデル的興味（実話的興味と言い換えることも出来よう）も大きく異ならざるを得ないのが実情であり、そうなればなるほどモデル小説と言われるものは小説としての文学的価値以外のモデル的興味に対して読者の関心が向けられるという宿命にあることも見やすいところである。」

このように、読者が作中人物につき実在するモデルを想起しながら読む傾向にあることを的確に認定している²⁴⁾。この認定はインターネットが発達した現代社会においてはより当てはまると思われる。現在インターネットやSNSを駆使すれば、モデル小説のモデルが誰であるか、その人物が実際にどのような生活を送っているかについて、事実憶測を問わず極めて簡単に入手することが出来る。そうすると読者はこれらの入手した情報をふまえてモデル小説を読み進めていくことになるため、いくら作家が独自の変容や創作をしても、読者の認識としては「登場人物＝モデルとされる実在人物」として読まれる傾向が非常に強まると思われる。

事実報道やルポでは事実をありのままに書くことが前提となっているが、小説はストーリーを作家が創作するのが通常である。モデル小説においても、ある部分は実在の出来事に依拠しつつも、ある部分は作家が創作している。とすれば、作家が創作した部分については、そもそも作中人物に関する記述にすぎないのであって、実在人物に対する権利侵害とはならないとも思える。この点についても本判決は判示している。

「モデル小説の一般の読者にとって、当該小説のどの叙述がフィクションであり、どの叙述が現実に起きた事象に依拠しているものであるか必ずしも明らかではないところから、読者の脳裏にあるモデルに関する知識、印象から推して当該小説に描写されているような主人公の行動が現実にあり得べきことと判断される限り、そのあり得べきことに関する叙述が現実に生じた事象に依拠したものすなわちフィクションではなく実際にもあった事実と誤解される危険性は常に胚胎しているものと見なければならぬ。」

「叙述された事象が読者のモデルに関する知識イメージなどから推して信じがたいようなものであれば別であるが、あり得べきことである限り一般的には読者のモデルに対する好奇心、詮索心によって助長されてフィクションと事実の判別は極めて難しくなるであろうことは明らかである。」

すなわち、創作部分であっても、読者は通常それを創作であるとは判断できない以上、その創作部分についても実在人物に対する権利侵害性は問題となりうるということである²⁵⁾。

「宴のあと」事件判決で示されたプライバシーの概念規定は、今日までの（裁）判例の原型となった²⁶⁾。芸能人のゴシップ記事が問題となった事件では「本来このようなことは私生活に属することで、みだりに公開されないという法的保障を有する。」とした²⁷⁾。著名な劇作家の私生活の公開が問題となった事件で、「プライバシーの権利の侵害について」という見だしの下で「一般に、個人の私生活の平穏が保障されなければならないことは当然であるから、私生活の事実のうち公開を欲しないことが通常と認められる事項については、公開が差し控えられなければならないものであって、その不法な公開に対しては、法的救済が与えられなければならないことには多言を要しない。」と判示²⁸⁾し、「宴のあと」事件判決と同様の立場を示した。

2 「名もなき道を」事件判決²⁹⁾

モデル小説によるプライバシー侵害が争われた裁判例という点では「宴のあと」事件判決と共通しているが、被告である作家側が勝訴している点、「宴のあと」判決とは異なる判断過程を採用した点で注目に値する裁判例である。

(1) 事案の概要

作家高橋治は、高校時代の同級生で46歳の若さで死亡した男性をモデルに小説「名もなき道」を執筆、出版した。これに対して同モデルの妹夫婦が同小説について名誉毀損および自分たちのプライバシーを侵害するとして出版発行の中止、謝罪広告の掲載、慰謝料1000万円の支払いを求めて提訴した。同裁判においては①原告らの学歴②原告らの結婚の経緯③原告らの病院開業の経緯、財産関係④遺伝的要因(モデルとなったAの色覚異常について)⑤Aの死因(司法試験に20回受験した後変死した)⑥原告X₂の両親の結婚の経緯や家族関係⑦原告らの人物像についてプライバシーを侵害するとして争われた³⁰⁾。

(2) 要旨

先ず、以下に同判決の引用を掲載しておく。

「実在の人物を素材としており、登場人物が誰を素材として描かれたものであるかが一応特定しうるような小説であっても、実在人物の行動や性格が作者の内面における芸術的創造過程においてデフォルム(変容)され、それが芸術的に表現された結果、一般読者をして作中人物が実在人物とは全く異なる人格であると認識させるに至っている場合はもとより、右の程度に至っていなくても実在人物の行動や性格が小説の主題にそって取捨選択ないし変容されて、事実とは意味や価値を異にするものとして作品中に表現され、あるいは実在しない想像上の人物が設定されてその人物との絡みの中で主題が開かれるなど、一般読者をして小説全体が作者の芸術的想像力の生み出した創作であって虚構であると受け取らせるに至っているような場合には、当該小説は実在人物に対する名誉毀損あるいはプライバシー侵害の問題が生じないと解するのが当然である。けだし、右のような場合には一般読者は、作中人物と実在人物の同一性についてさほどの注意を払わずに読み進めるのが通常であり、実在人物の行動ないし性格がそのまま叙述されていて、それが真実であると受け取るような読み方をするのではないと考えられるからである。」

「小説中に実在人物のプライバシーに属する事実が記述されている場合であっても、その事実が当該小説の主題及びこれを支える構成上不可欠であると認められかつ、表現の方法・内容において私事のあからさまな暴露となら

ないような慎重な配慮がされており、小説全体としても作者の芸術的想像力の生み出した創作であって虚構であると認められるときには、プライバシー侵害としての違法性を欠くものと解するのが相当である。」

先ず判決は、①たとえ実際の出来事や人物を題材とした小説であっても、「作者の内面における芸術的創造の過程において変容され、それが芸術的に表現」されている場合には、名誉毀損又はプライバシー侵害の問題は生じないとする。また、②その「デフォルム」や「表現」が不足していたとしても、「小説全体が作者の芸術的想像力の生み出した創作であって虚構であると認められるとき」においては、プライバシー侵害にはならないとする。さらに判決は、③たとえ小説中に実在の人物のプライバシーに該当する事実が描かれていたとしても、「小説全体としても作者の芸術的想像力の生み出した創作であって虚構であると認められるとき」においては、プライバシー侵害にはならないとする³¹⁾。これらの点において、創作部分であっても、読者は通常それを創作であるとは判断できない以上、その創作部分についても実在人物に対する権利侵害性は問題となりうるとした「宴のあと」事件判決とは異なる判断を示している。

(3) 解説・学説からの評価

「名もなき道を」事件判決は、先述のとおり作家が勝訴した判例である。「モデル小説の自由を押し進めた画期的判例」³²⁾「小説表現の自由に手厚い極めて注目される判決」³³⁾として高く評価する学説が散見される³⁴⁾。

また、同判決はモデル小説が持つ「芸術性」³⁵⁾を突出して認定している点でも特徴的である。「宴のあと」事件判決では「小説なり映画なりがいかに芸術的価値においてみるべきものがあるとしても、そのことが当然にプライバシー侵害の違法性を阻却するものとは考えられない。それはプライバシーの価値と芸術的価値の基準とは全く異質のものであり、法はそのいずれが優位に立つものと決定できないからである。」として、「芸術性」の判断は裁判における判断とは馴染まないものとして扱われた。これに対して「名もなき道を」事件判決では、「芸術性」の有無がプライバシー侵害を否定する要素、ないし違法性阻却事由として機能することを認めている。

モデル小説とプライバシーの対立を考える上で「芸術性」をいかに考慮するかについて学説では従来から議論されていたため、憲法学だけでなく文学の観点か

らも、同判決は議論を加速させる契機になったと言える。

3 「捜査一課長」事件判決

モデル小説とプライバシーの対立について3件目の裁判例は「捜査一課長」事件判決である。同事件は1審³⁶⁾、2審³⁷⁾と争われた。同裁判例の第1審において、「名もなき道を」事件判決とは異なる分類法が考案されたため、その点に着目する。

(1) 事案の概要

作家清水一行は、いわゆる「甲山事件」³⁸⁾を題材に小説「捜査一課長」を執筆した。これに対して、甲山事件の被告人であり冤罪を闘っていた原告は、同小説はプライバシー権及び名誉を侵害するものとして損害賠償を求め提訴した。

(2) 要旨

まず、第1審では、実在の事件からヒントを得た小説の構成要素を「素材事実」(作者の資料、取材等に基づく事実)と「虚構事実」(作者が想像で補った虚構の事実)に分類する。

続いて、その小説を創作類型によって以下のように分類する。

A 小説の描写中において、素材事実が、本来の事件をもはや具体的には想起させないほど完全に消化され、作家の想像、虚構に基づく小説の構成要素へと換骨奪胎されてしまった場合

B 小説の描写中において、素材事実の一部ないし全部が本来の事件を容易に想起させる程度に原型をとどめた形で使用された場合

さらに、Bについて二つの類型へと区別する。

a 素材事実と虚構事実(及び作家による意見表明)が截然と区別されている場合

b 素材事実と虚構事実とが渾然一体となって区別できない場合

裁判所はこのうちB-bが「モデル小説」に該当するとした。そして、素材事実と虚構事実とが渾然一体となっている「モデル小説においては、虚構事実又は単なる仮定的事実すぎないものを、あたかも素材事実であるか、又は素材事実同様の事実であるかのように、当該小説の一般読者に誤信させる結果となる。」と判示した³⁹⁾。

さらに続けて、プライバシー侵害性の判断については、「摘示事実が素材事実か虚構事実化を問うことなく、当該摘示事実がみだりに公開されることを欲しな

いし生活上の事実である場合には、プライバシー侵害となる。」と判示した。先述の「名もなき道を」事件判決がモデル小説によってプライバシーが侵害される可能性について一定の限定をかけたのとは対照的に、プライバシー侵害はモデル小説であれば総じて起こりうると判断した⁴⁰⁾。

(3) 解説、学説からの評価

第1審が提示したBの類型は、「名もなき道を」事件判決に言う「実在の人物を素材としており、登場人物が誰を素材として描かれたものであるかが一応特定しうるような小説」に対応するものである。しかし、「名もなき道を」事件判決と本判決とは、その後の処理過程において差異が生じる。「名もなき道を」事件判決においては、上記素材から作家が実在人物の行動等を「取捨選択」したり「変容」したり、あるいは「実在しない想像上の人物が設定」される等した場合、「虚構（フィクション）であると受け取らせるに至る」場合があるという。これに対して本判決では、作家がどう「取捨選択」し「変容」し、あるいは「想像上の人物」を設定したかというファクターではなく、結果的に当該モデル小説の記載上「素材事実」と「虚構事実」とが区別可能か、といういわば読者の側に重点を置いた判断基準を設定している⁴¹⁾。

また、本件において原告は、「被疑者等に関する捜査資料、またはそれと極めて密接な関係にある捜査資料、その他犯罪捜査で得られた情報を、刑事手続又はそれに伴う公開の手続きにより一般人が知り得る機会以外で公開することは、直ちにプライバシーの侵害にあたる。」と主張した。なお、何が公開を欲しないし生活上の事実該当するかについて具体的主張はしなかった。

これに対して本判決は、「犯罪捜査によって得られた事実であっても、当該被疑者の名誉又は信用に直接関わる事実でない限り、公開によって直ちに被疑者のプライバシー侵害にはならない」とした上、私生活上の事実について具体的事実の主張がないとして、プライバシー侵害の有無については判断しなかった⁴²⁾。

4 「石に泳ぐ魚」事件判決

モデル小説とプライバシーの対立が問題となった裁判例として最後に紹介するのが「石に泳ぐ魚」事件判決である。同事件は、紹介した判例の中で唯一最高裁判例が出たものであること、「身体的特徴のプライバシー該当性」という今までの事案になかった点が争われたこと、他3件が有名人の私生活がモデルとなった

のに対して、同事件では無名の学生がモデルとされた、という点において注目に値する事件である。本節では一審から最高裁まで順に検討していく。

(1) 事案の概要

「石に泳ぐ魚」は、後の芥川賞作家柳美里 (Y₁ (被告、控訴人)) の小説デビュー作として文芸雑誌に掲載された。本件小説は、生まれつき顔面に大きな腫瘍を持った若い女性と「私」との関係性を軸として構成されているものであるが、この女性の腫瘍について詳細かつ苛烈に描写する場面を含むほか、この女性の父親には逮捕歴があるとされており、またこの女性が新興宗教に入信し、連れ戻しにきた「私」に金員を無心する場面等が含まれている。

Y₁の友人であり、本件小説に登場する女性と同様の身体的特徴、経歴を有するX (原告、被控訴人、被上告人) は、本件小説はXをモデルとしたものであるところ、本件小説中の女性とXとの同一性は容易に識別できるため、本件小説中の上記描写等によってXのプライバシー権、名誉権および名誉感情を侵害する不法行為があったとして、Y₁及び本件小説の掲載誌を発行する出版社Y₂ら (被告、控訴人、上告人) に対して、慰謝料の支払い、謝罪広告の掲載、および本件小説の単行本の出版等による公表の差し止めを求めて訴えを提起した⁴³⁾。

(2) 第1審⁴⁴⁾

本件小説がXのプライバシー権、名誉権及び名誉感情を侵害することを認め、慰謝料の支払い及び公表差し止めを命じた。差し止めについては、仮処分事件におけるYらの陳述によって公表しないことが合意されていたことを根拠とした。

先ず争われたのは①原告と「朴里花」の同定可能性についてである。本事件の特徴は、先述のとおり、モデルとされた人物が著名ではなく、題材も著名な事件ではない点にある⁴⁵⁾。モデルとされたのは単に柳美里と友人関係にあった一学生にすぎず、世間一般の人々は当該原告女性を知らない。そうだとすれば、世間一般の人々は「朴里花」から原告女性を特定できない以上、モデル小説であるとはいっても原告女性に対するプライバシー侵害を生じる余地はないのではないかと問題となった。

この点について、裁判所は原告女性に関する属性と小説中で「朴里花」に与えられた属性とがいくつもの点で一致することを挙げた上で、「原告と面識がある者又は右に指摘した原告の属性のいくつかを知る者が本件小説を読んだ場合、か

かる読者にとって「朴里花」と原告とを同定することは容易に可能である」として、同定可能性を肯定した。すなわち裁判所は、「朴里花」と原告女性との同定可能性について、原告女性を知らない世間一般の人々を基準とするのではなく、原告女性を知る者を基礎として、本件小説を読んだときに「朴里花」から原告女性を想起し、特定できるかという観点から判断すべきであるとした。

上記判示について、名誉毀損に関する判例法理では、記事や記載の意味内容について「一般読者の普通の注意と読み方」を基準とすべきとされており⁴⁶⁾、これと矛盾を来すのではないかとも思われる。この点について佃克彦は「上記判示と名誉毀損に関する判例法理とは矛盾するものではない」と主張する。「一般読者の普通の注意と読み方」とは、表現物の解釈に際しては社会通念に従った「注意と読み方」を以て判断すべきことを表しているのであって、「判断の基礎」を一般人にしると言っている訳ではない。作中人物とモデルとされる人物の同一性は、モデルを知る者を想定してしか判断できないので、原告女性を知る者を判断の基礎とすることは当然であって、「判断の基礎を誰にするのか」という問題と「判断それ自体をどのように行うのか」という問題は区別して考えるべきである、と考えられている⁴⁷⁾。

次に、②作家が創作した部分の権利侵害性が争点となった。被告である作家側は、作中人物「朴里花」は作家の創作によるものであって、「朴里花」に関する記述が原告の権利を侵害するものではないと主張した。

この点について裁判所は「小説中の登場人物が虚構であるとしても、その人物に実在の人物の属性が与えられることにより、不特定多数の読者が小説中の登場人物をモデルと同定することができ、小説中の登場人物についての記述において、モデルが実際に体験したのと同じ事実が摘示されており、かつ、読者にとって右の記述が、モデルに関する現実の記述であるか、作家が創作した虚構の事実であるかを截然と区別することが出来ない場合において、小説中の登場人物についての記述がモデルのプライバシーを侵害する場合がある。」と判示した。

同判示について、「捜査一課長」事件判決が、「素材事実と虚構事実とが渾然一体となったモデル小説の場合⁴⁸⁾に、摘示事実が虚構事実か素材事実かを問うことなく、……当該摘示事実がみだりに公開されることを欲しない私生活上の事実である場合には、プライバシーの侵害とな……る」と指摘したのと同じ判断枠組みに立っているとの評価がなされている⁴⁹⁾。

また、裁判所は「公開されることを欲しない私生活上の事実」についても判断

している。本件では、「Xの父親がスパイ容疑で逮捕されたこと、Xの顔面に大きな腫瘍があること、この腫瘍はXが12歳までに13回手術を受けたが治癒しなかったこと、この腫瘍が芸大出身のチェリストとの関係に破綻をもたらした」とについては「公開されることを欲しない私生活上の事実」に該当するとしたが、「Xが在日三世の韓国人であること、Xの家族が大学の教員寮に住んでいたこと、Xの芸大受験の動機」については、プライバシーを侵害する事実にはあたらないとした⁵⁰⁾。

(3) 第2審(控訴審)⁵¹⁾

控訴審においても、①原告と「朴里花」の同定可能性について争点となった。この点について、控訴審判決もモデルとされた女性と「朴里花」の属性を比較対照した後、「このような被控訴人の属性からすると……(被控訴人の通う大学)の多くの学生や被控訴人に日常的に接する人々のみならず、被控訴人の幼い頃からの知人らにとっても本件小説中の「朴里花」を被控訴人と同定することは容易なことである。従って、本件小説中の「朴里花」と被控訴人の同定可能性が肯定される」として、同定可能性を肯定した。

控訴審で②出版社側は、被控訴人は一介の無名な留学生なので、不特定多数の読者が本件小説の「朴里花」と被控訴人とを同定することは出来ないから、本件小説によって被控訴人の権利を侵害することはあり得ないと主張し、権利侵害性の点について争った。

これに対して裁判所は「表現の対象となったある事実を知らない者は当該表現が誰を指すのか不明であっても、その事実を知る者が多数おり、それらの者にとって当該表現が誰を指すのか明らかであれば、それで公然性の要件は充足される」とし、モデルとされた人物が無名であってもその者を知る人が誰をモデルとした作品であるか分かる場合には、権利侵害性が肯定されるとした。

さらに、控訴審では出版社側は③「純文学作品の読まれ方論」を展開した。「純文学作品の読まれ方論」とは、純文学作品の読者は、小説の登場人物をモデルとされた実在人物とは区別して読むのであり、虚構の事実を全て事実と認識してしまうような読者は一部にすぎないとして、このような一部の読者が存在することを以て作中人物と実在人物とを同定できるとすべきではない、とするものである⁵²⁾。

この主張に対して裁判所は「本件小説は現実に即する記述部分のほか、控訴人

が「私的現実からの異化」と称する虚構に属する部分もある」としながらも、「小説の読者にとって、実在の人物の行動・性格がどのようなものであるのかは必ずしも明らかではないから、むしろ描かれているシチュエーションが実在の人物にかかるシチュエーションと同一に認識され、かつ、小説中の人物にモデルとされた人物の属性が多く与えられていると、現実とは客観的に異なる行動、性格も、現実と同様又はこれに近いものと誤解されてしまう可能性がある。それを一部の読者が誤った読み方をしたためであるということとは出来ない」として、出版社側の主張を排斥した。

(4) 最高裁（上告審）⁵³⁾

ここまでの流れを整理すると、第1審においてはモデルとされた実在人物の容姿や事実の摘示によって、読者が実在モデルと作中人物を同視しうることから、虚構と事実を混同する危険性を認め、プライバシー、名誉感情の侵害を認めた。続く控訴審においてもプライバシー侵害と名誉感情の侵害、名誉毀損を認定し、控訴を棄却した。

最高裁においても、原審の判断を維持し、上告を棄却した⁵⁴⁾。本判決では控訴審の判断を要約した上で、「原審の確定した事実関係の下において、原審の上記各判断がいずれも憲法21条1項に違反するものでないことは、当裁判所の判例……の趣旨に照らし明らかである。所論その余の違憲の主張は、その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものにすぎない。論旨はいずれも採用することが出来ない」として、いわゆる「三行半の判示」⁵⁵⁾により、原審の認定を是認した。

上告審において柳美里氏側は、同定可能性の論点⁵⁶⁾について小説の表現形式をふまえて判断すべきであると主張したが、最高裁は同主張を採用しなかった。最高裁としては、「同定可能性」や「純文学作品の読まれ方論」⁵⁷⁾は、いずれも小説中の記載から原告女性を特定できるかどうかの記載内容の解釈、すなわち単なる事実認定の問題と捉えて、特にこれらの論点に関して判断を示さずに上告を棄却したものと評価されている⁵⁸⁾。

(5) 解説、学説からの評価

控訴審での裁定が下った当時、国会に「個人情報保護法案」が上程される等、「表現の自由」に対する国家権力の介入が強く懸念される時節であった。最終的

に最高裁で上告棄却が言い渡され、被告の全面敗訴が確定した⁵⁹⁾。

本件においては、先述のとおり「身体的特徴」という今までの事件には登場しなかった問題点が登場している。本件でのプライバシー侵害の問題について、1審、控訴審までは「顔面の腫瘍を殊更に描写したこと」がプライバシー侵害にあたるとされた。

しかし、この点に関しては「宴のあと」事件判決がプライバシー侵害の成立要件とした「非公然性」の要件⁶⁰⁾を満たさない顔面の特徴のようなものがプライバシーに含まれるのか疑問が残る。この点について、①プライバシーに該当するとする見解②プライバシーとは別の人格的利益として保護すべきとする見解③プライバシーには該当しないとして、プライバシー概念の拡張を批判する見解が主張されている⁶¹⁾。本件小説には、顔面の描写以外の点にもプライバシー侵害とされたものがあるから⁶²⁾、本件判決が認めたプライバシー侵害に顔面の描写が含まれているか定かではなく、この点については今後更なる検討が必要だとされている⁶³⁾。

上記立場を支持する学説がある。原仁司は、「石に泳ぐ魚」事件は「表現の自由に対して私的権利を守ろうとする一連の判例の流れとして捉え」る「粹組み」には決して取まらない微妙な問題が存在するとしている⁶⁴⁾。「原告女性の顔の障害は、「外貌に関する事実」であって「秘匿することができない」性質のものであるため、障害の事実を摘示することがプライバシー侵害に相当するか否かについては、なお検討の余地がある。確かに秘匿性の無い事実であっても、それをみだりに不特定多数の人間に向けて公表すべきでない場合もある。しかし、外貌の事実を指摘すること、秘匿性の無い外貌を記述することがそのままモデルとされた人物にとってマイナスの事態にのみ終始するのであれば、事実として顔に障害をもつその人の存在は、おおむね「タブーとなった『負性』」としてのみ扱われることとなり、いわゆる「社会的な弱者、ハンディキャップを持つものの像」としてその存在が定位することとなる。このような結果はモデルとされた人物にとって望ましいことなのか疑問が残るとともに、モデルとされた人物の社会的ないし市民生活における存在を貶めることにつながりかねない危険性を有している。」と指摘する⁶⁵⁾。

5 「読解」の必要性

上記(裁)判例の紹介の中では登場しなかったが、モデル小説のプライバシー

侵害性の判断にあたり、当該小説を「読解」することによって権利侵害性を判断すべきであると主張する立場があるためここで検討する。「読解」に関する議論は「石に泳ぐ魚」事件判決が出た際に盛んに行われたが、モデル小説の権利侵害性を判断するにあたって全般的に通用する議論であると思われる。たとえば「本件小説の主題」と照応すべきその描写＝表現の内実が、同裁判においては十分に判示されなかった事が指摘されている。この指摘は、被告側の陳述人となった五名の作家⁶⁶⁾に共有されており、中でも清水は「判決文を読んで、文章に含まれている情報が裁かれて、文学性が全く無視されたという感想を抱いた。」と述べ⁶⁷⁾、モデル小説がプライバシーを侵害するかを判断するに際しては、小説全体を「読解」した上で判断する必要があると説いた。

モデル小説を「読解」するにあたっては、文章を「全体」として捉えるのか「個別」に捉えるのかという問題と密接な関係を有する。以下では、モデル小説を「作品全体として評価」する事に対する肯定説と否定説を紹介する。

肯定説は、文学芸術上の作品は、政治上・学問上の作品に比べて低い価値を与えられてきたが、そうであるとする理由は乏しいため、前者もまたそれにふさわしい表現の自由が与えられるべきであり、そうだとすれば「作品全体としての評価」という基準もあり得ていいはずである、と考える⁶⁸⁾。この見解に立つと、「読解」によって作品の芸術性を読み込むというプロセスを経て、作品全体について芸術性を問い、プライバシー侵害の正否を判断することになる。

否定説は、「作品全体としての評価」という考え方はわいせつに関する領域ではあり得るが、モデル小説と個人の人格権侵害が問題となる領域では、部分的にも問題があれば違法性が認定されるべきであるとする⁶⁹⁾。この見解に立つと、「読解」の必要は無く、モデル小説の文面を形式的に捉えて「私生活の公開」に該当する文章があれば、プライバシー侵害が成立することになる。

IV プライバシー侵害の正当化

1 一連の（裁）判例の流れを受けて

これまで取り上げた4件の判決を見ると、作家側が勝訴した裁判例は「名もなき道を」事件判決のみに留まり、モデル小説を執筆する作家の立場からすると、モデルとされる人物からプライバシー侵害（あるいは名誉毀損）を主張され提訴された場合、極めて厳しい立場に立たされることが分かる。

モデル小説による小説表現の自由は、憲法21条1項が保障する権利であり、一般に表現の自由はそれ自体権利の重要性が極めて高いと考えられている。そうだとすれば、表現の自由の重要性を考慮してプライバシーより優越すると考える、あるいは表現の自由の行使として違法性が阻却される余地があると考えられる。こうした小説表現の自由に対する救済の余地に関して、裁判所はいかなる立場を示しているのか。また、海外や学説ではどのような考え方が採られているのか。以下ではプライバシーと対立するモデル小説に対する救済の余地について検討する。

2 被害者の承諾

モデル小説によるプライバシー侵害の違法性が阻却される可能性として、まず考えられるのが被害者すなわちモデルとされる人物から承諾を得ることである。

承諾について明示・黙示であるとは問わない。「宴のあと」事件判決において原告Xからの黙示の承諾の有無が争われたが、裁判所はこれを否定している。

また、承諾は事前、事後のどちらのものであっても構わない。ノンフィクション『逆転』事件の第1審においては事後承諾の有無が争われたが、裁判所はこれも否定している⁷⁰⁾。

このように承諾はそれ自体が争いの対象となるため、事前の文書で承諾をとっておくことが効果的である⁷¹⁾。しかし、トラブル回避のために「何を書かれても一切文句は言わない」といったような念書を書かせることは、あまりに広範なプライバシーの放棄となるため、承諾が公序良俗に反し無効となる場合があることには注意が必要である⁷²⁾。

被害者の承諾に関して、「石に泳ぐ魚」事件の被告となった柳美里は以下のようなコメントを寄せている⁷³⁾。

「大江氏がおっしゃるように、書かれた側が賛成するまで発表してはならないとすれば、原告の主張が無制限に容認される事になってしまう。くどいようだが、作者が書き直しに応じると申し出たにもかかわらず、モデル側の要求に際限がなければ、どのように「もう一度自分の作品を書き直してみれば、あるいはさらに作品を書き直してゆけば、本当の自己表現」(大江氏の陳述書)に到達できるのか。……モデルの要求に従って書き直していけば、本当の自己表現になるという発言は机上の空論というより、詐術に近く、はっきり言

うなら、そのようなことは絶対に不可能である。」

作家が扱う題材がデリケートであればあるほど、モデルとされる人物からの承諾を得るのは困難となり、かといってモデル側の要求に従い続けると、作家が目指した本来の作品とはかけ離れたものになってしまう危険性もあるため、被害者からの承諾によってプライバシー侵害性の違法性が阻却される場合は、やはり限定的なものに留まると思われる。

3 公共的事項、公的存在

「宴のあと」事件判決において判示された部分を以下に引用する。

「言論、表現の自由とプライバシーの保障とは、一般的にいずれが優先するという性質のものではない。ただ、公共の秩序、利害に直接関係のある事柄の場合とか社会的に著名な存在である場合には、ことがらの公的性格から一定の合理的な限度内で私生活の側面でも報道、論評等が許されるにとどまり、たとえ報道の対象が公人、公職の候補者であっても、無差別、無制限に私生活を公開することが許されるわけではない。このことは、文芸という形での表現等の場合でも同様である。」

これに続けて、原告 X が上記公的存在に該当するかについて判断を下している。

「本件のように、東京都知事選挙から1年前後も経過し、X が既に公職の候補者ではなくなり、公職の候補者となる意思も無くなっているときに、公職の候補者の適格性を云々する目的ではなくもっぱら文芸的な創作意欲によって他人のプライバシーを公開しようとするのであれば、それが違法にわたらないとして容認される範囲は自ずから先の例よりも狭くならざるを得ないのが道理であり、おおむねその範囲は……一般人の感受性をもってすれば被害意識の生じない程度の事柄と解するのが妥当である。そうであれば、先に認定したような部分は⁷⁴⁾、X が公的経歴を有していることを考慮に入れてもなお X が受認すべき範囲を超えたものとして、そのプライバシー侵害は違法なものとして認められる。」

判例は先ず表現の自由とプライバシーについて等価的権利であるとした上で、表現行為の対象となった人物の「公共性」を考慮し、一定の場合には私生活の公開が許容される場合があるとした。しかし、同時にいかなる表現形態に依ったとしても、無制限に私生活の公開が許容されるわけではないとの限定をかけている。

上記の考え方に近いものとして、著名人の法理がある。著名人の法理とは、公衆に自己を曝す職業を自らの意思で選択したものは、著名人としてプライバシーの一部を放棄したものとする法理である⁷⁵⁾。著名人についてプライバシー侵害の成立範囲を狭めようとする考え方であって、アメリカの不法行為法によって主張されてきたものである。

著名人の法理における「著名人」の定義については、政治家、公務員、財界人、文化人、芸能人、スポーツ選手等「自らの意思によって著名人となった者」と犯罪被害者や事故の遭遇者のように「自らの意思によらないで結果的に世間の注目を集め、著名人となった者」に分類される。ここで、先述の著名人の法理に関する定義を参照すると、自らの意思によらないで結果的に世間の注目を集め、著名人となった者」は自らの選択によって著名人となった訳ではないから、著名人の法理の適用対象外になるとも思える。しかし、アメリカの判例法理では、「公衆の関心事の法理」⁷⁶⁾によって、こうした者の私生活を公開することがプライバシー侵害にあたらぬ場合があることを認めている。「公衆の関心事の法理」の適用を認めた場合、世間が注目する事象に関与する者を対象とするものであるから、単に犯罪被害者など「自らの意思によらないで結果的に世間の注目を集め、著名人となった者」のみならず、自己の意思によって自己を公衆に曝す職業を選択した者も包摂することになるので、「著名人」全般について、プライバシー侵害の成立範囲が限定されることとなる⁷⁷⁾。

日本においては、著名人がプライバシー侵害を主張する事件において、メディア側から主張されることが多い。その場合にプライバシー侵害の成立を限定する根拠として、以下のような主張がなされる⁷⁸⁾。

- ① 著名人は自ら世に出て有名になることによって、プライバシー権を放棄したと言える。
- ② 著名人は世に出ることによって、プライバシーの公表に同意したと見られる。
- ③ 著名人の行為は公共性を有するから、公表が正当化される。

有名な女優の離婚に関する新聞記事について、その夫（原告X）が自己のプラ

イバシーを侵害するとして損害賠償を請求した事案⁷⁹⁾は、上記①②の論法に対して答えたものといえる。

被告である新聞社は、訴訟上「俳優、その配偶者等は、一般私人とは異なり、……ある程度私生活の公開されることのあり得べきことを承知しているところであり、その意味においてプライバシーの範囲も相当程度狭められる。原告自身、結婚式等について記者会見をしたり、テレビのワイドショーに出演して……発言するなど、私生活を公開している」と主張した。

これに対して裁判所は「たしかに芸能人の場合、人気稼業ということから、一定の限度で私生活が公表されることをやむを得ないものとして容認しているケースは多いであろうし、積極的にその公表に応じるケースが少なくないことも、公知の事実と言ってよいかもしれない」としつつも、「しかし、芸能人であるからといって、一律に、無限定にプライバシーの放棄があったものとしてその私生活を報道等の対象とすることが許されないのは言うまでもない。」とした。

また、本件が芸能人本人ではなくその配偶者のプライバシー侵害が問題となっているものであることから、「ことに芸能人の私生活について公表することが、芸能人本人以外の家族や第三者のプライバシーをも公表する結果となる時は、家族等が公表を容認しているかどうか、家族等が自らのプライバシーについて公表を容認していないのに、芸能人本人が容認しているからとして、家族等のプライバシーに属する部分を含めて公表したときは、芸能人本人に対しては適法行為とされても、家族等に関する関係では、違法なプライバシーの侵害として不法行為を構成することがあると言わなければならない。」としている。

プロサッカー選手（原告）の生い立ち等を記した書籍のプライバシー侵害性が問題となった事例⁸⁰⁾は、前記③の論理に対して答えたものであると言える。

出版社側は、原告が著名な選手であることをふまえて、「憲法上表現の自由が優越的地位を占めていることからすると、……プロサッカー選手になる以前の事柄……であっても、社会通念上プロスポーツ選手であればその公表を承諾していると推認できる事項であれば、プライバシー権の侵害にならないというべきである」と主張した。

これに対して裁判所は「著名人に関しては、その私生活上の事項に対しても世間の人々が関心を抱くものといえることができるから、その関心が正当なものである限り、国民の知る権利や表現の自由の観点から、私生活上の事実を公表することが許される場合があり得る。しかし、著名人であっても、みだりに私生活へ侵

入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実を公開されたりしない権利を有しているのであるから、著名人であることを理由にこれが許容されるものではない。もっとも、国会、地方議会の議員や公職者ないしこれらの候補者等の場合は、民主政治の基盤を成す国民の判断の前提となる情報の提供という見地から表現の自由に対する保護が特に強く要請されるものであるから、これらのものについては、私生活上の事項であっても有権者が正当な関心を抱くべき事柄として、これを公表することが許容される範囲も広いものと解することが出来る。」としつつ、プロサッカー選手が原告となっている本件については「これと同一に論じることが出来ない」として、被告の主張を排斥した。

以上のように、裁判所は「著名人」であることをもって直ちに何らかの帰結を導くようなことはしていない⁸¹⁾。著名人の法理と呼ばれる論点は結局、被害者による承諾の有無を決する事実認定の一問題か、あるいは公共性等の表現の自由との調整の法理へと解消されていくこととなる⁸²⁾。

また、著名人の法理には、①「著名人」の範囲を画することが困難である点、②どんな人であっても、一定の範囲のプライバシーは保障されるべきものであるので、この理論は有効な基準を提供していないといった弱点、欠点が指摘されている⁸³⁾。

4 芸術的価値

モデル小説は、先述のとおり小説である故に芸術性を伴う。この芸術性を以て、プライバシー侵害の違法性を阻却することが出来ないか、という論点については活発に議論が行われている。

先ず、「宴のあと」事件判決では、芸術的価値を考慮した違法性阻却の余地について以下のように判示した。

「小説なり映画なりがいかに芸術的価値においてみるべきものがあるとしても、そのことが当然にプライバシー侵害の違法性を阻却するものであるとはかながえられない。それは、プライバシーの価値と芸術的価値（客観的基準が得られるとして）の基準は全く異質のものであり、法はそのいずれも優位に立つものと決定できないからである。」

これを見ると「宴のあと」事件判決はモデル小説のプライバシー侵害性を正当

化するに際して芸術性の考慮を排斥しているとも思える。しかしこの後「芸術的昇華が十分である場合には、モデルに不快・苦痛を起こさせない」と説示しているため、プライバシー侵害について、芸術性が全く無関係であると考えている訳ではなさそうである⁸⁴⁾。

これに対して、「名もなき道を」事件判決では芸術制作における「デフォルム」の力と虚構の意義を明確に肯定した上で、芸術的価値を考慮した上でモデル小説がプライバシー侵害にあたらない場合があり得ることを認めている。このような判断が、「突出して芸術性を認定している」との評価につながっている⁸⁵⁾。

また、「石に泳ぐ魚」事件判決の第1審においても芸術性について以下のように判示している。

「読者が「朴里花」が原告をモデルとする人物であると認識するかどうかは、本件小説の小説としての価値評価とは必ずしも関連性がないというべきであるから、仮に本件小説が被告らの主張するような純文学作品ないしは芸術作品にあたるとしても、そのことによって直ちに「朴里花」と原告とが同定されないということは出来ない。」

モデル小説が「純文学作品である」としても、小説内の人物が実在の人物と同定されることはあり得るのであって、実在の人物と小説内の人物を結びつけるという行為は、小説の価値評価とは無関係に行われるものである。従って、違法性の判定は、小説の質とは関係がない、ということになる⁸⁶⁾。

学説においても、①芸術性を考慮すべきであるとする見解と、②芸術性を考慮すべきでないとする見解とが主張されている。

①前者の立場について、伊藤正己⁸⁷⁾は「作品が芸出的価値を持つことは、権利侵害の正否に影響を及ぼすことも否定できないところである。」「芸術的昇華が十分である時は、権利侵害の態様を弱め、さらにすすんでは侵害が成立しなくなる場所である。結局は、芸術的に高められた表現は、特に作品全体をみるとときには、私生活上の事実が取り上げられていても、通常人の感覚からみて受忍しうる範囲に入ることが少なくない」と主張し、芸術性の高いものであれば、プライバシー侵害が成立しなくなる可能性を指摘している。

②後者の立場を主張する根拠としては、先ず「芸術性の裁定は、裁判所には不可能である」との主張がある。内藤光博⁸⁸⁾は、「裁判所は、モデル小説の「芸術

的価値」が高いことを理由に、プライバシー権侵害を容認することは出来ない。なぜなら、裁判所には小説の芸術的表現としての昇華の度合いや完成度を認定する権限、能力が備わっていないからである。」と主張し、芸術性の判断は裁判所には馴染まないとする⁸⁹⁾。確かに、言語芸術としての小説の完成度や質の高さを、裁判所が判断するのは性質上馴染まないと思われる。「小説をどう評価するのか」という尺度は様々にあり得るから、誰もが納得でき、また他の小説にも通じるような普遍性を有する判断は、かなり難しいであろう⁹⁰⁾。

また、②後者の立場を支持する理由として、「作品の芸術度が高いとしても、それによってプライバシー侵害を受忍しなければならないとする理由は見いだしがたい。」との主張もなされている⁹¹⁾。

5 その他違法性阻却事由

まず、正当行為によって違法性が阻却されると考えることが出来る。法令に基づく行為や正当な業務による行為は、違法性を阻却すると考えられている。もっとも、私生活上の事実の公開について、これが適用される場面はほとんど考えられないため、実効性は乏しいとされている⁹²⁾。

次に、等価的比較衡量または表現の自由の優越性を考慮すべきとする見解がある。プライバシーと表現行為が衝突した場合、表現の自由といえども憲法12条及び13条が規定する「公共の福祉」による内在的制約が認められ、他者の人権と衝突する場合は、人権相互の対立を調整する必要がある⁹³⁾。調整の結果表現の自由が優越するとされた場合には、違法性が阻却されることとなる。

この場合、プライバシーと表現の自由とのいずれを優先させるべきであるかは、プライバシーと表現の自由とを等価値なものを見た上で、具体的な事案毎にいずれの利益を重視するか比較衡量して決するとするのが通説であり、判例⁹⁴⁾も同趣旨であると見られている。

もっとも、比較衡量はその基準自体曖昧であり、更なる精密化が必要であると考えられている⁹⁵⁾。

V 「読解」と「芸術性」判断の必要性についての考察

ここまでモデル小説とプライバシーが対立する場面を見てきたが、モデル小説を書いた作家が勝訴する可能性は極めて低いことが分かる。

プライバシーは、その権利内容は時代の変遷とともに変化を遂げているが、モデル小説がテーマないしモデルとする「私生活」については争い無く保障される。「私生活」には先述のように、日記・手帳の公開、犯罪情報特に前科、夫婦生活、異性関係・性的プライバシー、医療情報等が含まれる⁹⁶⁾。これら私生活上の事実、どれをとってみても一般大衆に対し暴露されたくないものである。モデル小説がたとえどれだけ現実の事実を虚構化していたとしても、モデルとされた人物からすればそれらが自分に関することであると小説を読めば分かることであるし、作家による創作変容がなされているからといって公開を許容してよいという気持ちにならない、ということは十分に理解出来るし、またこうした感情は十分に尊重すべきである。

しかし、モデル小説はそれ自体確固たる表現形態あるいは芸術表現の手法として確立してきたジャンルである。モデル小説というからにはモデルとされる人物が存在し、その人物に関する事項が小説によって明らかにされることは、ある意味「織り込み済み」である⁹⁷⁾。また、表現の自由は一般に民主主義の基盤を支えるものであるから、重要な権利であり、手厚い保障が及ぶとされている⁹⁸⁾。以上のことを考慮すると、モデル小説がプライバシーを侵害するものとされた場合の救済方法について、実効的な方法を探す必要がある。

この点に関して私は、「芸術性」の考慮は不可欠であると考えている。確かに裁判所は芸術的価値の高低を審査する機関ではない⁹⁹⁾し、裁判所が文学を裁くことになり、司法権の範囲を逸脱するという批判ももっともである。

しかし、裁判所がモデル小説のプライバシー侵害の正否を判断する際に、「読解」というプロセスを挟めば、この点を解決できるのではないと思われる。モデル小説を読み進めていく上で、文章の記載をそのまま捉えれば私生活上の事実が描かれており、プライバシー侵害と判断される場合は大いに考えられる。しかし、当該記述がなされた意味、文脈、小説を通しての主題等を考慮すれば、それが単なる私生活上の事実の摘示ではなく、「意味を持った」記述あるいは「芸術性を」有する記述として、プライバシー侵害の程度が弱まらないし阻却される可能性が十分あり得ると考えられる。「読解」は読者が小説等を読む際に必ず行われる過程であるから、裁判所がこれを出来ないとする理由は無い。

勿論、「読解」というプロセスを経たからといってプライバシー侵害が容易に否定される訳ではないし、またそうなるべきでもない。プライバシーは名誉権と異なり、いったん公開されると事後的回復が極めて困難な権利だからであ

る¹⁰⁰⁾。また、文学にはその性質上、対象とした事実に対して皮肉や批判等否定的な感情が込められて描かれることが多い。そうだとすれば、人物モデルを小説の素材ないし手段として取り扱うこと自体決して理不尽なことではないが、小説中において、そのモデルの人間性を十分に汲み取って描き上げることが必要である¹⁰¹⁾。

作家には、小説を書く際に「何をテーマにするか」「誰を又は何をモデルとするか」「そのモデルをどのように描くか」について自由に選択することが出来る。モデルとされる人物がプライバシー侵害を主張し、当該表現にプライバシー侵害が認められる事が多発すると、作家の執筆活動に対する萎縮効果を生じることとなる。確かに小説は報道番組や新聞等の事実報道とは性質を異にする表現活動である。しかし、小説には作家による創作変容が加えられることによって、事件や人物に対して事実報道とは異なる視点から批判を加える事が可能となる。この点において小説にも他の表現行為と同様の役割を果たす事が出来る。

このような表現行為に対して萎縮的効果が生じる事は、自己実現、自己統治、思想の自由市場という表現の自由一般に妥当する観点から望ましくない。従って、裁判所が小説を「読解」する事によって、モデル小説に対して救済の余地をより広く認めていく必要があると考える。

VI おわりに

モデル小説は、ある人物をモデルとして描くため、その人物に対するプライバシー侵害の問題を不可避的に伴う。確かに小説を書くにあたって、モデルとする対象から承諾を得ておく、モデルの感情や私生活に対して十分な注意と経緯を払う、といった配慮が作家側に求められることは言うまでもない。

しかし、作家には小説執筆の自由があり、モデル小説が確立した表現方法であることからすれば、モデル側の権利ばかりを重視することはできない。芸術作品の価値が低下していると危惧する声も聞かれている現在においては¹⁰²⁾、作家側に対するより一層の配慮が必要であると思われる。

現時点においてモデル小説は裁判で厳しい立場に置かれている。裁判所には、権利侵害性の否定に関する現在の判断方法以外の方法を模索・確立することによって、モデル小説に対する寛容な姿勢が求められる。

- 1) 竹田稔・堀部政男『新・裁判実務体系第9巻名譽・プライバシー保護関係訴訟法』(青林書院、2001年)210頁。
- 2) 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。
- 3) 芦部信喜『憲法〔第6版〕』(岩波書店、2016年)180頁。
- 4) 日比嘉高「<芸術性>をいかに裁くか—三島由紀夫『宴のあと』、高橋治『名も無き道を』、柳美里『石に泳ぐ魚』(名古屋大学文学部研究論集(文学61))」118頁。
- 5) 佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務〔第2版〕』(弘文堂、2011年)138頁。
- 6) 後掲第4章参照。
- 7) 杉原泰雄『新版 体系憲法辞典』(青林書院、2008年)436頁。
- 8) 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁。
- 9) 田島泰彦・山野目章夫・右崎正博『表現の自由とプライバシー—憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』(日本論評社、2006年)167頁(須賀憲子)。
- 10) 高乘正臣・佐伯宣親『現代憲法学の論点—判例から学説へ—(第2版)』(成文堂、2002年)98頁。
- 11) 大阪高判昭和39年5月30日判タ165号184頁。
- 12) 田島他・前掲注9)160頁。
- 13) 五十嵐清『人格権法概説』(有斐閣、2013年)212~217頁。
- 14) 「自己のイメージのコントロール権説」「社会的評価からの自由説」「プライバシー概念不要説」などの立場が主張されている(佃・前掲注5)16~21頁)。
- 15) エリック・バレット『言論の自由 FREEDOM OF SPEECH』(雄松堂出版、2010年)264~265頁。
- 16) 前掲注8)。
- 17) 本判決ではプライバシー侵害を認め、当時としては高額な80万円の損害賠償の支払いを命じたが、謝罪広告については認めなかった。その後Yらが控訴したが、Xが死亡したため、控訴審で遺族とYらの間で和解が成立した(長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選①(第6版)』(有斐閣、2013年)(根森健)138頁)。
- 18) 後掲第4章参照。
- 19) 本判例において認められたプライバシー権は、あくまで私法上の権利であるという点で注意を要する(長谷部他・前掲注17)139頁)。
- 20) 下線は執筆者によるもの。
- 21) 内藤光博「モデル小説における表現の自由とプライバシーの権利—小説表現の「芸術的価値」とプライバシー権の調整原理の考察—」(『専修法学論文集』2009年、19~20頁)。
- 22) 最高裁判決においては「プライバシー権」という言葉は用いられておらず、最高裁は依然としてプライバシーに対して慎重な態度を示している。
- 23) 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害したものは、

これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

- 24) 佃・前掲注5) 139頁。
- 25) 佃・前掲注5) 139~140頁。
- 26) 竹田他・前掲注1) 130~131頁。
- 27) 東京地判昭和43年11月25日判時537号28頁。
- 28) 東京地判昭和49年7月15日判時777号60頁。
- 29) 東京地判平成7年5月19日判タ883号103頁。
- 30) 同裁判については1999年3月に控訴審において和解が成立している。
- 31) 日比・前掲注4) 186頁。
- 32) 五十嵐・前掲注13) 88頁。
- 33) 棟居快行「小説のモデルとプライバシー—「名もなき道」訴訟—(『法学教室』181号)(有斐閣、1995年) 117頁。
- 34) 「現実のモデル小説の読まれ方に対する理解が不足しており、事実誤認の嫌いがある」と批判的立場もある(佃・前掲注5) 143頁)。
- 35) 違法性阻却自由の一つでもあるため、詳細は次章にて検討する。
- 36) 大阪地判平成7年12月19日判タ909号74頁。
- 37) 大阪高判平成9年10月8日判時1631号80頁。
- 38) 昭和49年に兵庫県の精神発達遅滞児施設「甲山学園」の園児2名が同園内の浄化槽から遺体で発見されたという事件である。この件については、内1名の死亡につき同園の保母が殺人犯と疑われ逮捕勾留されたが、昭和50年に同保母はいったん不起訴処分となった。しかしそのあと、検察審査会が不起訴不当の議決を行い、昭和53年に保母は再び逮捕勾留され、起訴された。
一審の神戸地裁は7年の審理を経て昭和60年に同保母に対して無罪を言い渡したが、検察側が控訴、二審の大阪高裁は平成2年に破棄差し戻しの判決をした。平成4年には保母の上告が棄却され、事件は神戸地裁に差し戻されたが、神戸地裁は平成10年、再度無罪を言い渡した。これに対して検察側が再度控訴したが大阪高裁は平成11年に控訴を棄却、事件から25年目ようやく保母の無罪が確定した。同事件は保母を25年間苦しめた冤罪事件として著名となった。
- 39) この点については、「『宴のあと』事件判決と同様、読者が虚構事実を現実の事実であると誤信してしまう危険性を的確に指摘している」との評価がある(佃・前掲注5) 144頁)。
- 40) なお、第2審の大阪高裁においても、これら一審の判断が援用されている(佃・前掲注5) 144頁)。
- 41) 佃・前掲注5) 144頁。
- 42) ただし、同判決は名誉毀損の成立を認め、原告の請求を一部認容した(竹田他・前掲注1) 159頁)。
- 43) これに先立ち、Xは本件小説の単行本の出版の中止を求める仮処分を申請していたが、取り下げている。
- 44) 東京地判平成11年6月22日判時1691号91頁。

- 45) 「名もなき道」事件判決については、事件のモデルとなった男性はその死亡の経緯について地元では良く知られており、ある程度著名であったと言える（佃・前掲注5）146頁）。
- 46) 大阪高判平成9年10月8日判時1631号80頁。
- 47) 佃・前掲注5）147頁。
- 48) 本稿Ⅲ-3-(2)のB-b 参照。
- 49) 佃・前掲注5）148頁。
- 50) 竹田他・前掲注1）159頁。
- 51) 東京高判平成13年2月15日判タ1014号280頁。
- 52) この見解に対しては、「純文学」概念も「読まれ方」自体にも定まったものはない以上、「純文学作品の読まれ方」に一定の傾向も形式も無いものであり、出版社側の主張は独自の観念論にすぎないとの批判がされている（佃・前掲注5）150頁）。
- 53) 最判平成14年9月24日判時1802号60頁。
- 54) 辻村みよ子『憲法〔第5版〕』（日本論評社、2016年）147～148頁。
- 55) 佃・前掲注5）150頁。
- 56) 本稿Ⅲ-4-(2)の①、Ⅲ-4-(3)の①参照。
- 57) 本稿Ⅲ-4-(3)の③参照。
- 58) 佃・前掲注5）150頁。
- 59) 藤野寛・斎藤純一編『表現の〈リミット〉』（ナカニシヤ出版、2005年）108頁（原仁司）。
- 60) 本稿Ⅲ-1-(2)-(C) 参照。
- 61) それぞれの見解に対しては①のうち病気としてプライバシーに含まれるとする見解については、病気が典型的なプライバシーとされてきたのも、「非公然性」が前提とされていたのではないかという疑問が残る。②については、プライバシーが単なる人格的利益ではなく、権利として確立されてきたからこそ差し止めが認められてきたとする見解からは、それとは別個の人格的利益が差し止めの根拠となりうるのか、検討を要するとの見解がある（長谷部他・前掲注17）143頁（曾我部真裕）。
- 62) 本稿Ⅲ-4-(3) 参照。
- 63) 長谷部他・前掲注17）143頁。
- 64) 藤野他・前掲注59）108頁。
- 65) 故に問題の本質は顔に障害があるという事実の「摘示」ではなく「描写」が、作品において原告の名誉感情を害するレベルに言語化されているか否かが問題の本質であり、障害の摘示がプライバシー侵害に該当するかを問うだけでは不十分であるとする（藤野他・前掲注59）109頁）。
- 66) 高井有一、島田雅彦、竹田青嗣、福田和也、清水良典。
- 67) 藤野他・前掲注59）111頁。
- 68) この見解に対しては、芸術作品について芸術性を考慮に入れて判断する事を認

- めている、と評価する見解がある(日比・前掲注4)190頁)。
- 69) 日比・前掲注4)189頁。
 - 70) 東京地判昭和62年11月20日判時1258号22頁。
 - 71) しかし、本人の予期するものとは異なる作品となった場合、そして承諾の効力がいつまで及ぶのか問題となる(五十嵐・前掲注13)225頁)。
 - 72) 人権の放棄不可能性を理由として、全ての種類のプライバシーについて放棄が可能であるか疑問が残る、との指摘もある(竹田他・前掲注1)163頁)。
 - 73) 藤野他・前掲注59)112頁。
 - 74) 本稿Ⅲ-1参照。
 - 75) 五十嵐・前掲注13)225頁。
 - 76) 「公衆の関心事の法理」とは、私生活上の事実の公開が正当な公衆の関心事であるときは、プライバシー侵害とはならないとする法理である(竹田他・前掲注1)165頁)。
 - 77) 竹田他・前掲注1)166頁。
 - 78) 佃・前掲注5)224頁。
 - 79) 東京地判平成5年9月22日判タ843号234頁。
 - 80) 東京地判平成12年2月29日判タ1028号232頁。
 - 81) 佃・前掲注5)226頁。
 - 82) この点について竹田も、著名人の法理は被害者の承諾の適用場面の一つであるとしている(竹田他・前掲注1)165頁)。
 - 83) 五十嵐・前掲注13)225頁。
 - 84) この点について、「宴のあと」は三島由紀夫作品の中でも芸術性の極めて高い作品の一つであるから、本件について和解が成立せず上級審に進んでいけば、判決が覆る可能性もあった、と指摘する立場もある(五十嵐・前掲注13)198頁)。
 - 85) 日比・前掲注4)186頁。
 - 86) 日比・前掲注4)188頁。
 - 87) 伊藤正己「『宴のあと』事件判決の問題点」『ジュリスト』309号(有斐閣、1994年)。
 - 88) 内藤・前掲注21)19~20頁。
 - 89) この点について、「名もなき道を」事件判決に対して「裁判所が文学を裁くことは、司法権の範囲を超えるものである。」と批判を加える見解がある(長谷部他・前掲注17)142頁)。
 - 90) 日比・前掲注4)191頁。
 - 91) 竹田他・前掲注1)169頁。
 - 92) 竹田他・前掲注1)164頁。
 - 93) 内藤・前掲注21)12頁。
 - 94) 前掲ノンフィクション『逆転』事件第1審。
 - 95) これに対して、表現の自由の優越性を認め、①表現行為が社会の正当な関心事であること、②表現内要方法が不当でないこと、の二要件が具備された時は、そ

- の表現行為は違法性を欠くとの見解が示されている（竹田他・前掲注1）164頁）。
- 96) 本稿Ⅱ-2 参照。
 - 97) この点について原は、「『私小説』の長い？歴史がモデルを蹂躪してきた事実は、事実そのままのそれとして受け止める深甚な事柄である。」と主張している（藤野他・前掲注59）113頁）。
 - 98) もっとも、「こうした表現の自由の重要性を考慮しても、個人の人格や尊厳を侵害してまで優越しうるものではない」という批判もなされている（内藤・前掲注21）22頁）。
 - 99) 内藤・前掲注21）22頁。
 - 100) 内藤・前掲注21）22頁。
 - 101) 藤野他・前掲注59）116頁。
 - 102) 例えば日比は、「文学の失墜が言われて久しい。芸術性を巡る現代の文学の状況と云えば、正典的な作品の数々を読破する事が教養の一部である時代はとうの昔に去り、創作や論評の問題作が論壇の大きな話題となるような事もめったになくなっていく。」と主張している（日比・前掲注4）196頁）。