



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバー時代におけるプライバシーの法理論（七・完）：私法上の問題を中心に
Author(s)	角本, 和理
Citation	北大法学論集, 71(4), 326[1]-242[85]
Issue Date	2020-11-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/79806
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_4_04_Kakumoto.pdf,



サイバー時代におけるプライバシーの法理論（七・完）

—— 私法上の問題を中心に ——

角 本 和 理

目 次

序章	
第一章	日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題
第一節	プライバシーの権益に関する判例法理

（以上、六七巻四号）

第二節 プライバシーの權益に関する民法学説

第一款 プライバシー概念不要説

第二款 プライバシー概念肯定説（一元的構成）

第三款 プライバシー概念肯定説（二元的構成）

第四款 プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）

第五款 プライバシーの法的保護の限界

第六款 近時の理論動向

第三節 本章の総括と若干の検討——従来の研究に残された課題

第四節 プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説——次章への橋渡しとして

第二章 実社会のサイバー化とエッティオーニのプライバシー理論

第一節 はじめに

第二節 リベラル・コミュニティリズムのプライバシー理論

第三節 サイバーネーションによる侵害の規制

第四節 人工知能（AI）の活用・統御の方向性

第一款 AI後見者

第二款 AIを活用したプライバシー保護・私的選択の補佐

第三款 エッティオーニらの主張の小括

第四款 リバタリアン・パターナリズムとの比較

第五節 本章の総括と若干の検討——日本法への示唆

第一款 民法学上の判例・学説との比較

第二款 プライバシーの理論的再構成の動きとの比較

第三款 本稿の提示した課題に対する応答性

第三章 若干の考察——情報のサイバーネーションとプライバシー

（以上、六七卷五号）

（以上、六七卷六号）

（以上、六八卷五号）

（以上、六九卷二号）

（以上、六九卷四号）

第一節 はじめに

第二節 近時の展開を踏まえた判例法理の再検討

第一款 はじめに

第二款 権益論

第三款 違法性と過失

第四款 小括

第三節 私法上のプライバシーに関する一管見——近時の社会問題を素材として

第一款 リクナビ事件

第二款 新型コロナウイルス感染症対策

第三款 小括

第四節 結びに代えて

第一款 本稿のまとめ

第二款 残された課題

（以上、本号）

第三章 若干の考察——情報のサイバーネーションとプライバシー

第一節 はじめに

以上、前章では、本稿で設定した日本プライバシー法の抱える三つの課題（情報の利活用を行う事業者等にいかなる責任を負担させるか、情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか、利活用による公共的

利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか）について、アメリカの社会学者の議論を中心として検討し、これを踏まえて考察してきた。この考察によつて、サイバー時代における私法上のプライバシー保護の在り方について、おおまかな方向性は示されたことと思われる。そこで本章では、これまでの検討から得られた知見を、（日本）不法行為法の基礎理論に接合すること、及び、プライバシー侵害にまつわる直近の社会問題について考察すること、以上二つの課題に取り組んでいくこととする。

叙述の順序は次のとおりである。第一節では、近時出されたプライバシー侵害に関するふたつの最高裁判例と、関連する理論研究を踏まえ、不法行為の基礎理論（特にプライバシーの権益論及び違法性・過失要件の理論的整序）につき、仮説を提示する。先取的にその方向性を示すと、次のようなものになる。

権益論については、技術の発展（インターネット技術の発展、IoT・ビッグデータ分析・AI技術の発展）と社会によるその受容の在り方（いわゆるプラットフォームの台頭、技術の受容による実社会のサイバー化）に根差す権益の変容が進みつつあり、個人の権益と公共的利益のとらえ方にダイナミックな変動が生じつつあることを示す。

違法性・過失要件の理論的整序については、これまでの理論研究をふまえ、違法性要件、過失要件双方ともに、「潜在的加害者の行動の自由と潜在的被害者の権益との衡量を行いうるものである」と措定しながら、近時のプライバシー侵害に関する判例が両要件を意識的に使い分ける姿勢を見せていること等から、その衡量の在り方、衡量にあたっての発想が両要件では異なることを指摘する。

いずれも、一言でまとめるとするならば、リベラル・コミュニティアニズムの観点から、要件論を再構成していることになる。

第二節では、高度なアルゴリズムのかかわる事案である、いわゆるリクナビ事件と新型コロナウイルス感染症対策、二つの喫緊の社会的課題について、一管見を示すこととする。

第三節では、本稿における検討のまとめを行ったうえで、残された課題を提示し、本稿を結ぶこととする。

第二節 近時の展開を踏まえた判例法理の再検討

第一款 はじめに——主として取り上げるふたつの判例

本節では、前章までの検討を踏まえつつ、第一章にて扱うことのできなかった近時の最高裁判決・決定を素材として、プライバシー侵害に関する判例法理の再検討を行っていく。具体的には、Google 検索結果削除請求事件⁽¹⁾についての最決平成二九年一月三十一日と、ベネッセ個人情報漏洩事件⁽²⁾についての最判平成二九年一〇月二三日及びその差戻審判決を中心に、それ以外の判例も必要に応じて適宜採り上げること、判例法理の権益論、違法性・過失要件論に関する検討を改めて行い、不法行為法の基礎理論への示唆を析出する。具体的には、第二款にて権益論を検討し、その後、第三款で違法性・過失要件に関する考察を行う。

本節での検討に先立って、ここではこれらふたつの事案の概要につき、略述する。

まず、平成二九年一月決定は、インターネット上のウェブサイトを利用者の求めに応じて検索し、ウェブサイトを識別するためのURL等を検索結果として当該利用者に提供する事業者Yが、原告Xに関する（他の利用者による）検索の求めに応じ、Xの前科前歴等の事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL並びに当該ウェブサイトの表題及び抜粋を検索結果の一部として提供する行為の違法性の有無が問題になったものである。この検索サービスは、いわゆるロボット型検索エンジンを活用している。これは、インターネット上のウェブサイトにに関する情報の収集から、検索結果の表示まで、プログラムないしアルゴリズムの果たす役割が非常に大きいタイプのものである。本件検索事業者は、その検索結果を生成するプログラムを管理しているということになる。

次に、平成一九年一〇月判決は、通信教育を目的とする被告会社Yにおいて管理していた顧客（原告の子A）の氏名、性別、生年月日、住所、電話番号、Aの保護者Xの氏名等の個人情報、Yの業務委託先Bの従業員Cによって不正に持ち出され、複数の名簿業者に売却されることによって漏洩したことが、Xのプライバシーを侵害するかどうかが争われたものである。

第二款 権益論

一 はじめに

本稿第一章第一節第一款において、プライバシーの権益論に関する日本の最高裁判例の理解は、公的空間と私的空間の峻別を必ずしも前提とせずやや広範な人格的利益の保護を認めており、情報の（不当な入手という古典的な類型に加えて）不当な「公表・開示」をプライバシー侵害の典型例と捉えながらも、情報システムの問題においては、法理に変化の兆しがみられることを確認した。すなわち、必ずしも実際に情報漏洩（不当な開示）が起こっていないとしても、当該システム等に情報漏洩を起こす可能性のある不備があるのであれば、プライバシー侵害が成立する余地を認めたと理解することもできるのである。このような、技術の発展に応答する傾向は、近時の判決からも看取することができる。

本款では、そのような判例法理の変化のうち、プライバシーの権益の射程が高度な情報システムのかかわる問題にも及んでいることを確認したうえで、学説の議論をふまえつつ、若干の検討を加える。

ここで明らかにしたいのは、次の諸点である。第一に、高度な情報システムが問題になっている類型で保護される法益は、プライバシーの権益と考えれば十分なのか、それとも別の新たな権益を想定すべきか。第二に、その法益の射

程は具体的にどのような事案に及んでいるのか（また今後及ぶ可能性があるのか）。第三に、その法益の保護の在り方を検討することによって、翻って不法行為の基礎理論（権益論）にいかなる示唆をもたらすか。

二 インターネット上のロボット型検索エンジンとプライバシー

ここでは、平成二九年一月決定を素材としつつ、新たな権利としての「忘れられる権利」とプライバシーの関係について検討する。

二―一 最決平成二九年一月三一日の示した権益論

検索事業にまつわる平成二九年一月決定は、被侵害利益につき、最判昭和五六年四月一四日、最判平成六年二月八日、⁽⁴⁾最判平成一四年九月二四日、⁽⁵⁾最判平成一五年三月一四日、⁽⁶⁾最判一五年九月二二日⁽⁷⁾を引用し、「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるといふべきである」と確認したうえで、「児童買春をしたとの被疑事実に基づき逮捕されたという本件事実は、他人にみだりに知られたくないXのプライバシーに属する事実であるものではある」とする。本件ロボット型検索サービスによる当該情報の表示につき、プライバシー侵害にあたりうることを（結果的には消極に解したものの）認めているのである。この点、本件第一審では、本件の被侵害利益をいわゆる「忘れられる権利」の範疇でもあるとし、その法的保護の必要性を是認したため、学説における盛んな議論が惹起された。

二―二 プライバシーと忘れられる権利

(a) 忘れられる権利に関する初期の議論

本件で問題になっている、検索事業者に対する削除請求の根拠となる「忘れられる権利」(ないし「忘却権」「消去権」等)については、日本においては、インターネットの発展・普及によって何らかの出来事がかつてとは異なり忘れ去られづらくなっているという社会的背景を前提とし、検討が進んできた⁽⁸⁾。具体的には、EU個人データ保護規則提案の紹介・検討⁽⁹⁾を始めとして、その後成立した一般データ保護規則の紹介・検討⁽¹⁰⁾、EUの規定の母法であるとされるフランス法等、海外の動向の紹介・検討⁽¹¹⁾というかたちで、蓄積が進んでいる。それらの研究では、インターネット時代とそれ以前の人々の記憶の在り方や情報の記録の在り方の違いを踏まえ、インターネット時代にはあえて情報を記録から削除する必要性があることが論じられている。

この点、忘れられる権利の問題は、当初は、必ずしも検索サイトのみを議論の対象とするものではなく、行動ターゲティング広告とネット利用者の閲覧履歴情報の取扱いの問題等についても言及する論考もみられた⁽¹²⁾。が、Google検索結果の削除に関するEUの二〇一四年五月一三日先決裁定⁽¹³⁾が出され、そこに焦点を当てた検討が多くなされるようになる⁽¹⁴⁾、日本における「忘れられる権利」に関する議論は、「検索結果の削除」の論点に収束し始める。

これらの研究では、「インターネット上ないしコンピュータ内の情報の削除」という論点の重要性を強調するにとどまるものが多く、日本法に「忘れられる権利」を導入することに積極的な見解は必ずしも多くはない。また、平成二九年一月決定第一審のいう「忘れられる権利」と、EUないしフランスにおける「忘れられる権利」は同一のものであると理解できるわけではない。なぜなら、本件では前科が問題になっている一方、EUの先決裁定では破産情報が問題となっているからである。

(b) 忘れられる権利と従来の人格権の関係性

上記の検討に前後して、諸外国で議論される「忘れられる権利」と、日本法における人格権の関係性に関する検討も見られるようになる。

このような検討には、忘れられる権利の意義を積極的に評価するものも一部にみられるものの⁽¹⁴⁾、その多くは、少なくとも検索結果の削除請求については従来の人格権による保護の対象に含まれるため、「忘れられる権利」の導入の必要性は必ずしも高くないと結論付ける論者が多い。⁽¹⁵⁾

例えば、「忘れられる権利」に固有の意味が認められうる場合を、次の二つの場合に限定する立場がある。すなわち、「検索エンジンが名誉毀損やプライバシー侵害の主体になり得るかという問題について、なり得ないとの結論を導いたうえで、にもかかわらず検索エンジンに対して個人データの消去等を求めようとする場合」と「名誉毀損もプライバシーも問題にならない場合に、データ主体の『消去して欲しい』という意思を尊重しようとする場合」である。⁽¹⁶⁾ただし、この見解は、後者の場面にについては、その対応を「プライバシー法理の枠内で行うことも十分に考えられ⁽¹⁷⁾」るともする。次に、本論点について、プライバシー法理の枠内で対処するとして、どのような権益構成を採用するかも問題になる。この点につき、自己情報コントロール権構成に拠ることで解決を図る見解や、自己イメージコントロール権構成による見解⁽¹⁹⁾、「ネットワーク化された自我を造形する権利」として構成する見解⁽²⁰⁾があるが、理論的な決着がついているわけではない状況にある。

二―三 平成二九年一月決定の被保全権利に関する判断に対する評価

既述の通り、一方で本件の第一審は、「更生を妨げられない利益」の保護にあたって、「忘れられる権利」に言及し、

その保護の重要性を強調した。他方で、原審は、「忘れられる権利」の必要性を明確に否定し、名誉・プライバシーの枠内の問題として処理した。これらに対し、本決定が「忘れられる権利」について一切言及せず、プライバシーの問題として本件を処理したことについては、それまでの学説の大勢と一致するためか、否定的な見解は必ずしも見られない。ただし、学説の多くは、本決定が忘れられる権利の保護を終局的に否定したとは評価せず、日本法が忘れられる権利を受容するか否かについてはなお残された課題であると理解している。⁽²¹⁾ また、本決定が本件事実を「プライバシーに属する事実」としたものの、プライバシーの内実については何ら触れるものではないことから、権益論に関する解釈について決着しているわけではないことも、共通認識といつてよいだろう。⁽²²⁾ 以上を前提として、平成二九年一月決定の示した権益論の特徴といえるのは、本件検索システムが高度なアルゴリズムによって稼働していることを指摘したうえで、なお本件被侵害権益をプライバシーの射程に含めていることにある。結果としてプライバシー侵害の成立を認めなかったものの、本判決は、ビッグデータ分析を応用したアルゴリズムの情報処理について、（開発者等によるプログラミングが「表現行為の側面を有する」というかたちで、やや技巧的な論理構成を採用しているものの）プライバシーの権益の保護対象だと判断していることは明らかなのである。ただし、この事案は、アルゴリズムによる確率的推測のみが問題となっているのではなく、それを検索サービスというかたちで広く社会に公開していることも問題となっていることは留意しなければならない。

三 情報の適切な管理とプライバシー

次に、民間事業者による大規模な情報漏洩が問題になった平成二九年一〇月判決の示した権益論の意義を検討する。

三―一 最判平成二九年一〇月二三日の示した權益論

本判決は、最判一五年九月一二日を引用し、「Aの氏名、性別、生年月日、郵便番号、住所及び電話番号並びにAの保護者としてのXの氏名といったXに係る」「本件個人情報報は、Xのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである」とする。本判決は、本件情報につき、従来の判決と同様「プライバシーに係る情報」としており、プライバシーそのものではないかのような言辞を採っているが、その保護の必要性の程度を必ずしも低く捉えていないことは明らかである。

三―二 プライバシーに係る情報と、その適切な管理に対する「合理的な期待」

この点、平成二九年一〇月判決も引用する、情報の不正提供につきプライバシー侵害を認めた、早稲田大学講演事件に関する最判平成一五年九月一二日は、本件「プライバシーに係る情報は、取扱い方によつては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある」とする。そして、「本件講演会の主催者として参加者を募る際にXらの本件個人情報報を収集したY大学は、Xらの意思に基づかずのみだりにこれを他者に開示することは許されないというべきである」とする。本判決に関する調査官解説は、この判示事項につき、利益衡量を経た違法性判断を前提としつつも、被侵害利益を自己情報コントロール権構成にひきつけて理解しているように思われる。⁽²⁴⁾

最判平成一五年九月一二日の示したプライバシーに係る情報の適切な管理に関する「合理的な期待への裏切り」について、学説においては、端的に自己情報コントロール権説を採用し、権利侵害要件の問題と考えるべきであるとする見解が見られる。⁽²⁵⁾これをさらに一歩進めて、「信頼関係に基づく情報の分配状況そのもの」をプライバシーの保護法益と

して捉える見解もあらわれている。⁽²⁶⁾

一方で、これを被害者個人の主観的な同意・不同意の問題とすることに対する危惧も見られたところである。特に、本件について、民事上の賠償責任を論ずる局面では、自己情報コントロール権の侵害（権利侵害要件）の問題として捉えるのではなく、「期待の裏切り」という非難の可能性（つまり過失要件）の問題として捉えるべきことを指摘するものがある。⁽²⁷⁾

本稿は、後者の立場に立って検討を進めるものである。そのためこの点については、過失要件について検討する箇所の後述する。

三―三 アルゴリズムによる情報分析と情報の適切な管理

（a）平成二九年一〇月判決の意義 その①——情報の適切な管理

平成二九年一〇月判決は、平成一五年判決と比較すると、次のような異同がある。共通点としては、両事案共に、問題となっている情報は住所や氏名等のいわゆる個人情報であり、思想信条や病歴と比べると秘匿性が必ずしも高いものではないこと、そのような情報であっても適切な管理につき合理的な期待を抱くことが許されており、その期待を裏切る行為があつたとされたことである。異なる点としては、平成二九年の事案は、データベースに登録された個人情報情報の大規模な漏洩であること、漏洩した情報は原告個人の情報では必ずしもなくその子供のものであること、漏洩先が名簿業者であること、情報の漏洩者が顧客から情報提供を受けた者ではないことである。

このような事案の相違を踏まえつつ、本件においては、原告やその子が平穩に私生活や社会生活を送る利益が実際に侵害されたとは必ずしもいえないため、不快感や不安感が生じたことを被侵害利益としては認められないものの、

そのような法益が損なわれるリスクが抽象的に増大することから保護される利益として、認めたものであるとの評価がある。⁽²⁸⁾

それはすなわち、第一章第一節にて検討した住基ネット訴訟判決やそれに対する学説による評価を踏まえて考察すると、情報漏洩を起こしたこと自体によって、古典的な個人の人格的・精神的利益を超えた、ある種公共的な利益が侵害されていると再評価することもできることとなる。

いずれにせよ、司法が狭い権利利益理解にとらわれることなく不法行為の成立を認めているといえるのである。

（b）平成二九年一〇月判決の意義 その②——アルゴリズムによる確率的推測

この点、平成二九年一〇月判決は、あくまで情報流出が問題にあった事案であり、本稿で主たる検討対象の一つとしているA Iによるセンシティブな情報の確率的推測が直接に問題になった事案では必ずしもない。にもかかわらず、その差戻審では、A Iによる確率的推測の抽象的危険性、つまり情報の二次的な利活用の危険性を踏まえたうえで、プライバシーに係る情報を適切に管理することの重要性が指摘されている。この判示からは、プライバシーの権益が、ある情報を活用して別の情報を推知することそのものにも及びつつあると評価することもできない。しかしながら、この判示はやはり、（情報流出した結果）推知に悪用されないために情報を適切に管理しなければならない、その注意義務の程度を高度なものに設定するためになされているのであり、推知の問題そのものに射程を及ぼしているわけでは必ずしもないだろう。ただ、その足掛かりを残していることは確かである。

四 若干の検討——不法行為法の基礎理論（権益論）への示唆

以上、近時の判例が示したプライバシーの権益の理解としては、情報漏洩の事案について、個人の不快感（が発生していること）といった古典的な要件にとらわれずにプライバシー侵害を認め、情報分析の事案について、アルゴリズムの問題をその範疇に取り込みつつあることが示されていることがわかる。ただし繰り返しになるが、私法上の判例は、確率的推測のみが問題となっている事案については、なお判断を示していない。本稿は、このような場面についても、プライバシーの権益の射程に含めるべきであることを主張するものである。

この点、本稿第一章第二節では、日本民法学のプライバシー理解について、ほうつておいてもらう権利（ないしその拡張概念としての私生活上の平穩）と自己情報コントロール権構成の二元的な構成が有力となっていることを確認した。これに対し、駒村圭吾は、ほうつておいてもらう権利構成を「私生活領域に全面撤退するのは不可能」として退けたうえで、近時有力になっている、自己情報コントロール権構成と「社会生活の平穩」構成、これらふたつのプライバシー概念が融合すると、結局のところ社会生活領域を閉じる力学が働くことになるとの危惧を前提に、「共同体を形成する動因としての信託関係としてのプライバシー」という構成を採用したうえで、プライバシーの権益は「そういう信託関係に対する期待」と捉えるべきであるとする⁽³⁰⁾。そうすると、この「信託関係」の広がりやどう捉えるかということが問題になり、ひいてはその延長ないし関連で「共同体」の在り方について検討する必要があるが出てくる。そこでこの見解は、「従来の共同体論では、プライバシーと共同体は対抗的、対立的に考えられていた」ことを指摘したうえで「むしろ逆に、個人情報・信託関係が成立する範囲や度合いで共同体を構想する」べきであるとし、「信頼できる人にはプライバシーを開示する」という我々の日常生活をふまえたうえで、一定の合理的な信託によって結ばれた期待圏の中で共同体というものを構想する⁽³²⁾。

本稿は、特に高度な情報システムを活用する場合について、アメリカで主張される、コミュニティの観点を重視する

立場から自己情報コントロール権説を再構成する見解に学び、日本の不法行為法上の議論を展開するものであるが、その示唆を受け止める縁として、この駒村の議論は参照に値する。しかしながら、留意すべき点もある。エツイオーニによれば、個人と共同体の関係を構想するにあたっては、常に自律と秩序の「逆転共生関係」を意識しなければならない。これに対し駒村は、個人と共同体の関係について、従来対抗的に考えられていた個人と共同体の関係をむしろ逆に共同体を形成する動因として考えることで、「地域社会圏の構想とプライバシーが共同歩調をとれるのではないか」という面を強調する。しかし、この共同歩調、共生関係は、いずれバランスの崩れることがあるものとして捉えるべきであり、不法行為責任に関する理論としては、むしろそのバランスの崩れるタイミングにも敏感でなければならぬのである。

すると、プライバシーの権益の二元構成が社会生活関係を閉じる方向に作用する可能性があることに駒村が抱く危惧については、懐疑的にならざるを得ない。われわれには、やはりコミュニティの監視から解放されるべき領域が必要なのである（このことは駒村も否定しないだろう）。しかしながら、そのような社会関係を閉じる作用を認めるかどうかにあたっては、社会の観点を踏まえる必要がある。そのため、本稿としては、駒村の発想を、プライバシーの概念構成の在り方そのものとしてはなく、その基礎として受け止めて理論的な下地として採りこみ、この情報の取り扱いに、まつわる関係性への着目を前提とした、「ほうつておいてもらう権利」（の発展形としての「社会生活の平穩」構成）と（ICTの発展に対応するために再構成された）「自己情報コントロール権構成」の二元構成を基軸とするのである。

この点、高度情報社会において、われわれはいかなる者と情報の管理に関する関係を取り結んでいるだろうか。それはすなわち、プラットフォームである。この「プラットフォーム」とは、ネットショッピングモールや検索エンジン、SNS等の、いまやわれわれの社会経済生活の基盤となっている情報サービス（プラットフォーム）を提供する事業者のことであり、代表的存在としては、アメリカ発のグローバル企業、グーグル・アマゾン・フェイスブック・アッ

ブルが挙げられる。

これまでインターネット上の法的問題については、技術の特性に由来する分散性、越境性が重大な課題として挙げられてきたが、今日ではその特性を（ある程度維持しつつも）事実上塗り替える形で、巨大IT企業の役割が前面化している。⁽³⁴⁾ 情報技術にまつわるサービスをプラットフォームが半ば独占的に提供するようになり、我々の情報はこのプラットフォームのもとに集積されるようになっていくからである。

このような事態について、中世になぞらえるかたちで、次のような指摘がなされている。すなわち、今日では「国家と個人の中間にあつたはずの存在——共同体や教会・企業を典型とする『中間団体』が国家の垣根を超えて肥大化し、相互接続し、世界規模で影響力を持つていくという事態が生じている」、「ヨーロッパ中世におけるカトリック教会がまさにそうであつたように、それぞれの国家では『中間』にあるように見える団体は国家の境界を超えて相互に結合した統一体になり、国家とは別にわれわれ個人をコントロールし、われわれの行為に影響を与えようとする。情報の流通を握るものは国家から個々の中間団体へと移り変わつて」⁽³⁵⁾ きている。

このような主張を前提として、プラットフォームが膨大なデータ保有量やユーザー数を背景に、「主権国家に対抗しうる力を有し、時に国家の権力行使からユーザーの自由を保護する『私的』防波堤として機能するという事実」に着目し、実際、プラットフォームは、「中世の荘園領主と同様、国家や『ならず者』（不当に個人データを収集・販売するようなデータ・ギャング）から『領民』としてのユーザーを保護しながらその生活基盤を支える反面、ユーザーから『貢租』としてパーソナルデータを取り立ててその自由を制約し、自らの『場』に囲い込む両義的存在である」とする指摘がある。⁽³⁶⁾

本稿は序章にて示した通り、このような国境・国家を超えた「中間団体」ともいえる事業者の提供するICTをいか

にコミュニティが受け止めていくかという観点を基軸として論を進めている。この点、ここにいるコミュニティは、エツイオーニの見解を踏まえると、家族、学校、地域社会等の様々な中間団体を言うが、情報産業の構築するプラットフォームそのものをも「コミュニティ」ととらえるべきかどうかが問題となる。

エツイオーニは、情報通信産業と国家の融合やそれによる経済合理性の過度の追求については憂慮しつつ、伝統的コミュニティが情報技術をうまく活用し価値観を刷新・変容していくことについては積極的な面もある。そうであるならば、情報産業の形成する巨大なサービスを、①そもそもわれわれの価値観を顧慮することのない、経済的効率性のみを追求する市場そのものとして受け止め、ここにいるコミュニティではないと捉えるべき場面と、②ここにいるコミュニティとして捉えることを前提として、③これをわれわれ個人の利益の擁護にとって積極的なものであると捉えるべき場面と、④我々個人の利益を害するものであるとして消極的に捉えるべき場面の三つの局面があることとなる。この点については、第二節において、リクナビ事件と新型コロナウイルス感染症対策の場面を素材として、具体的な検討を試みるが、ここではこの三つの局面がありうることを前提に、引き続き、不法行為法の權益論に対する示唆を抽出する。

このように、情報の提供に関する関係から共同体を構成するという発想から、部分的にはあってもプラットフォームそのものをコミュニティとして捉える可能性を認めるとすると、不法行為法の權益論において有力に主張される、「被侵害利益の公共化」（及びその前提にある外郭秩序論）にまつわる議論については、次のような示唆が得られよう。今日の状況では、グローバル企業が運営することが一般的なプラットフォームにおいて醸成される（保護法益としての）公共的利益は、国家の枠に収まらない中間団体に由来するものであるため、この議論が所与の前提として思うように思われる発想を超えうるものとなる。⁽³⁷⁾例えば、世界的に普及するプラットフォームサービス事業者に対し、ある国Aに暮らす個人が訴訟を起こした結果サービスの在り方に変化が生じると、その影響が必然的・直截的にその他の国の人々に

影響を与える、ということがありうるのである。そこで一方では、このような、国家の枠を超えるコミュニティの醸成する（公共的）利益について、法がいかに受け止めるかが問題となる。しかしながら他方で、新たなICTは、家族単位、地域社会単位で利用されることもあり、むしろ従来型の中間団体の役割が前面化する場面もあるため、これまでのコミュニティ理解を活かしつつ、新たなコミュニティを位置づける必要があることになる。そしてそれを、類型化してつづきに分析する必要があるのである。

すなわち、この場面では、ICTの発展に伴い、公（国家）と私（市場）の領域が絡まりあい、その区別が容易にたなくなっていることを前提として、従来念頭に置かれていた（基本的には国家の枠内に収まる）伝統的なコミュニティと、国家の枠を超えた（新たな）コミュニティの相互作用によるプライバシー観の形成を同定する必要があるのである。しかも、その同定にあたっては、公共的な利益に資する透明性を重視しながらも、個人の自律の不当な抑圧は回避する、そのような権益論が求められているのである。例えば、平成二十九年一月決定では、検索事業それ自体が生み出す（経済的・公共的）利益やウェブコミュニティ由来の価値観については、目配せしながらも謙抑的に配慮する一方で、（検索サービスを活用して情報を得る）地域社会の事情については考慮要素として重視しており、ここで示した本稿の方向性とも矛盾しないように思われる（この点については後に、違法性要件の意義と絡めて再び検討する）。

このような観点から権益構成することを、本稿は基本的には私法上の議論として展開しているが、無論、憲法の領域における議論⁽³⁸⁾や、個人情報保護法の領域における議論⁽³⁹⁾と平仄を合わせることも可能となろう。

- (2) 判時二三五一号七頁、判タ一四四二号四六頁。
- (3) 民集三五卷三号六二〇頁。
- (4) 民集四八卷二号一四九頁。
- (5) 裁判所時報一三三四号五頁、判時一八〇二号六〇頁、判タ一一〇六号七二頁。
- (6) 民集五七卷三号二二九頁。
- (7) 民集五七卷八号九七三頁。
- (8) 先駆的な論考として、伊藤英一「情報社会と忘却権——忘れることを忘れたネット上の記憶」慶応義塾大学法学研究八四巻六号（二〇一一）一六一頁、宮下紘「忘れられる権利——プライバシー権の未来」時の法令一九〇六号（二〇一三）四七頁、杉谷眞「忘れてもらう権利——人間の『愚かさ』の上に築く権利——」Law & Practice七号（二〇一四）一五四頁、宮下紘「忘れられる権利をめぐる攻防」比較法雑誌四七巻四号（二〇一四）二四頁、上机美穂「忘れられる権利とプライバシー」札幌法学二五巻二号（二〇一四）五四頁等。
- (9) 前掲の文献の他、例えば、今岡直子「『忘れられる権利』をめぐる動向」調査と情報八五四号（二〇一五）一頁等。
- (10) 例えば、宮下紘『EU一般データ保護規則』（勁草書房、二〇一八）、石井夏生利『EUデータ保護法』（勁草書房、二〇二〇）。
- (11) フランスの状況について検討する論考として、例えば、石川裕一郎「フランスの忘れられる権利」奥田喜道（編）『ネット社会と忘れられる権利 個人データ削除の裁判例とその法理』（現代人文社、二〇一五）一四〇頁、野澤正充「『忘れられる権利』（Droit à l'oubli）」Law & Technology七〇号（二〇一六）五〇頁、村田健介「『忘れられる権利』の位置付けに関する一考察」岡山大学法学会雑誌六五巻三・四号（二〇一六）四九三頁、羽賀由利子「フランスにおけるプライバシーと忘却…『忘れられる権利』の由来をたどって」金沢法学六〇巻二号（二〇一八）一二三頁。ドイツの状況について検討するものとして、例えば、實原隆志「ドイツの『忘れられる権利』」奥田喜道（編）『ネット社会と忘れられる権利 個人データ削除の裁判例とその法理』（現代人文社、二〇一五）一五四頁、鈴木秀美「『忘れられる権利』と表現の自由——ドイツ連邦通常裁判所の判例を手がかりに——」メディア・コミュニケーション六六号（二〇一六）一五頁。アメリカの状況について検討するものとして、例えば、宮下紘「忘れられる権利と検索エンジンの法的責任」比較法雑誌五〇巻一

号(二〇一六)三五頁。

(12) 例えば、伊藤・前掲注(8) 一七三—一七五頁。

(13) 本先決裁定について特に検討するものとして、例えば、中西優美子「GoogleとEUの『忘れられる権利(削除権)』(Google事件)」同「EU権限の判例研究」(信山社、二〇一五) 三二—三三頁、中村民雄「忘れられる権利事件」法律時報八七巻五号(二〇一五) 一三三頁。

(14) 安藤均「『忘れられる権利』は新しい人権か」『忘れられる権利』をめぐるプライバシーの検討」旭川大学経済学部紀要七六号(二〇一七) 九九頁。

(15) 例えば、民法学上のものとして、村田・前掲注(11) 四九三頁以下、栗田昌裕「プライバシーと『忘れられる権利』」龍谷法学四九巻四号(二〇一七) 三三四頁等。

(16) 村田・前掲注(11) 五三〇頁。

(17) 同前、五二九頁。

(18) 本問題について自己情報コントロール権構成に立つものとして、例えば、水野正「個人情報保護の為の検索結果に対する削除権」日本法学八二巻一号(二〇一六) 六一頁。本決定を自己情報コントロール権構成に近いものと評価するものとして、村田健介「プライバシー侵害による差止請求権と『忘れられる権利』——最決平二九・一・三一を踏まえて——」岡山大学法学会雑誌六七巻二号(二〇一七) 六二頁。

(19) 棟居快行「判批」法学教室四四一号(二〇一七) 四七頁。

(20) この論者は、プライバシー権の父(のひとり) ルイス・ブランドイスの見解の再評価を行ったうえで、「オンライン空間において」、「自我を形成し、解釈し、発展させ、そして表現するための概念は担保される必要があると考える。その意味でプライバシー権は、オンライン空間で常時他者との関係をもちつつ自我の布置関係を整える過程において、ネットワーキ化された自我を造形する権利として新たな側面をもちつつあるように思われる」とする(宮下紘「プライバシー権の復権——自由と尊厳の衝突——」(中央大学出版、二〇一五) 三三—三六頁)。

(21) この点を指摘する評釈類として、例えば、債権者側の代理人である神田知宏は、いわゆる「忘れられる権利」は抗告許可申立て理由には記載していないとする(神田知宏「判批」判例時報二三三八号(二〇一七) 一三三頁)。

- (22) さらに、本決定の射程は名誉権に及ばないとする理解が多数であるといえる。例えば、同前三三頁。
- (23) 杉原則彦「最判調査官解説」法曹時報五六卷一一号(二〇〇四)二二九頁。
- (24) 同前、二二七頁。
- (25) 前田陽一「判批」ジュリスト二六九号(二〇〇四)九〇頁。
- (26) 斎藤邦史「信認義務としてのプライバシー保護」情報通信学会誌三六卷一・二号(二〇一八)一三三頁。
- (27) 水野謙「判批」判例セレクト二〇〇三(法学教室三三二号別冊)二二頁。
- (28) 同前「判批」私法判例リマックス五八号(二〇一九)三二頁。
- (29) 山本理顕「復興の原理としての法、そして建築」駒村圭吾・中島徹(編)『3. 11で考える 日本社会と国家の現在』(日本評論社、二〇二二)二〇二頁〔駒村圭吾コメント〕。
- (30) 同前、二〇二頁〔駒村圭吾コメント〕。
- (31) 同前、二〇三頁〔駒村圭吾コメント〕。
- (32) 山本理顕ほか「パネルディスカッション」駒村・中島(編)同前書二二二頁〔駒村圭吾発言〕。
- (33) 山本・前掲注(29)二〇三頁〔駒村圭吾コメント〕。
- (34) プラットフォーム規制に関する近時の論考として、例えば、森亮二ほか「特集」プラットフォーム規制の現在地」ジュリスト一五四五号(二〇二〇)一四頁以下。
- (35) 渡部明ほか「情報とメディアの倫理」(ナカニシヤ出版、二〇〇八)五四―五五頁〔大屋雄裕〕。
- (36) 山本龍彦「プラットフォームと戦略的関係を結べ」PHP総研(二〇二〇年五月一日日)〈<https://thinkrank.php.co.jp/voice/6320/>〉(最終アクセス二〇二〇年七月二〇日)
- (37) 吉田克己にあつては、環境秩序という、問題領域によつては国家の枠を超えた問題に関する秩序やそこにおける公共的利益を構想するものの、具体的には(国立景観訴訟を前提とした)「地域社会における景観利益」を検討するため、念頭に置く秩序や、中間団体の公共的利益は国内に閉じる場面が前面に出ているくらいがある。例えば、吉田克己「シンポジウム 環境秩序への多元的アプローチ(二・完) 報告四 環境秩序と民法」北大法学論集五六卷四号(二〇〇五)二三―四頁以下を参照。

(38) 特にAI関する近時の憲法学上の総合的研究として、山本龍彦(編著)『AIと憲法』(日本経済新聞出版社、二〇一八)が現れている。

(39) 近時、頻繁に取りざたされるものとしては、「個人情報保護法二〇〇〇個問題」がある。これは、日本国内における個人情報情報の取り扱いに関する法的ルールが、民間部門を対象とする個人情報保護法、国を対象とする「行政機関個人情報保護法」、研究機関・国立大学・国立病院等を対象とする「独立行政法人個人情報保護法」、各自治体が定める「個人情報保護条例」(四七都道府県、一七一八市町村(二〇一四年四月現在)、東京二十三区、一〇〇超の広域連合それぞれの条例)と多岐にわたっており、すべてを合わせるとおよそ二〇〇〇個に及ぶことから、疾病患者、要介護者、災害時要配慮者の生命・身体・健康、財産等を維持するうえでの個人情報情報の活用に格差ができたり、法概念の解釈や活用に關する手続が様々なので自治体間連携の妨げにもなったりしていることを問題とする標語である。この問題に關する代表的な論客としては、鈴木正朝があげられる。その論考として、例えば、鈴木正朝「IoT時代における識別子の脅威とプライバシー・個人情報保護」法とコンピュータ三四号(二〇一六)四一頁。

第三款 違法性と過失

以上、第二款ではプライバシーの權益論について検討してきた。以下、本款では、プライバシー侵害の成否判断において特に重要となる、違法性要件と過失要件について検討する。ここで違法性要件と過失要件双方について検討するのは、後述するように、近時の判例においてこれらの要件が分化・並存傾向にあり、むしろ両要件の關係性を整序することが求められているためである。叙述の順序は次のとおりである。

第一に、プライバシー侵害における当事者間の利益の比較衡量の基本的構造を、平成二九年一月決定の示した考慮要素と違法性要件に關するこれまでの伝統的な議論を素材として確認する。ここでは、利益の比較衡量に当たって、本決

定が被害者の人格的権利・利益保護の為に「検索サービスの性質・社会的重要性」を考慮要素からあえて除外し、その結果（バランスをとるために）「侵害権益優越の明白性」を求めるに至っていることを指摘する。第二に、本決定が示した比較衡量における「被侵害権益優越の明白性」の意義を、いわゆる利益衡量（考量）論に関する議論を交えつつ考察する。ここでは、近時の議論を踏まえると、利益衡量にあたっての価値秩序は静的なものではなく、常に動的に、自己反省的に行われるため、被侵害利益が優越することが明らかであるといえる場面は限定的となるため、この「明白性」要件の意義は、むしろ文言通りの意味以外のところにあるのではないか、という仮説が示される。第三に、「明白性」要件の意義を確認するさらなる準備作業として、プライバシー侵害における過失要件の意義を、平成二九年一〇月判決の示した判断と過失要件に関するこれまでの議論を素材として検討する。ここでは、情報の適切な管理の局面にあっては、当事者間の関係に即した高度な注意義務が要求されることもあることが示される。最後に、違法性と過失の議論を統合的に検討する。ここでは、明白性要件が考慮要素から落としたのは過失要件に係る要素と事業の社会的重要性という（被侵害利益と比較衡量される）公共的価値であり、もって要求された明白性要件は、被害者側にとって単に厳しい条件を加えるものではなく、責任成立を緩やかにしすぎないための調整弁であるにすぎないことを示す。そのことを前提として、ICTが発展したサイバー時代を前提とした違法性要件と過失要件のすみわけの在り方について、試論を示すこととする。

一 違法性判断の基本的構造について

ここでは、平成二九年一月決定の示した違法性判断の考慮要素の特徴を、違法性要件に関する伝統的議論（相關関係説、受忍限度論等）と比較することで、ひとまず大まかに掴むことを目的とする。

一― プライバシー侵害における違法性判断に関する判例法理

検索結果削除請求訴訟に関する、平成二九年一月決定は、表現行為類型で示されてきた総合的な比較衡量の枠組みを採用したうえで、違法性判断に当たって、検索サービスにまつわる諸事情につき配慮して考慮要素を確定している。そのうえで、削除を認めるに当たって、従来の判例では示されていなかった比較衡量における「被侵害利益優越の明白性」を要求した点で、特徴がある。以下、本決定の示した違法性判断の基本構造を確認する。

本決定は、検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL等情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきとする。具体的には、①当該事実の性質及び内容、②当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、③その者の社会的地位や影響力、④上記記事等の目的や意義、⑤上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、⑥上記記事等において当該事実を記載する必要性等の事情である。このような本決定の示した比較衡量の判断構造それ自体は、推知報道に関する最判平成一五年三月一四日の示した法理を踏襲しているといえる。

上に示した考慮要素のうち、本件では、「当該事実の性質及び内容」、「当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲（とその者が被る具体的被害の程度）」、「（上記記事等が掲載された時の社会的状況と）その後の変化」が特に検討され、結果的には債権者の請求は認められなかった。

このうち、「公表時の社会的状況」に「その後の変化」が付け加えられている点に着目すると、更生を妨げられない利益の保護を前面に押し出してプライバシー侵害の成立を認めた『逆転』事件に関する最判平成六年二月八日とは論理

構造が異なるものの、本決定も「時の経過」を重視しないわけではないことがわかる。

また、情報が「伝達される範囲」について、本決定は、本件検索結果が「Xの居住する県の名称及びXの氏名を条件とした場合の検索結果の一部であること」を重視している一方で、最判平成一五年三月一四日において示されたのは、「読者が仮名報道を読んでXが当該少年犯罪を犯した者だと知りうる範囲」であり、両者の考慮要素にも共通性がある。

以上からすると、本決定の考慮要素は、最判平成六年二月八日と最判平成一五年三月一四日を統合し整理したものであると理解することができる。このように、いわゆるマスメディアの報道に関するふたつの判決を統合した判断基準を採用する本決定の考慮要素には、しかしながら、アルゴリズムのかかわる類型ならではの特徴もある。

本決定では、比較衡量の枠組みを示すにあたって、①検索事業における情報の収集、整理及び提供がプログラムにより自動的に行われるものであることや、②検索システムがインターネット上の情報流通の基盤としての大きな役割を果たしていることにつき、言及している。これはすなわち、検索サービス（の中核となるアルゴリズム）の性格や、サービス自体の社会的重要性を、最高裁が認識していることを示している。にもかかわらず、比較衡量の直接的な考慮要素には、これらの要素が取り込まれていない。

その理由は本決定それ自体からは詳らかではないが、本件調査官解説では、「現時点における人格的な権利利益の保護範囲を事実上狭めること」を避けるためであることが示唆されており、注目される⁽⁴⁰⁾。その理論的含意を考察するため、以下ではひとまず、違法性要件の具体的考慮要素の在り方につき検討していく。

一―二 違法性判断の考慮要素に関する学説の議論

ここでは、違法性要件に関する学説の議論⁽⁴²⁾のうち、特に相関関係説と受忍限度論について検討する。これらの考え方

は、ともに不法行為責任の「権利侵害」要件の狭隘性を克服するために、ドイツ法の比較研究をもとにこれを「違法性」と読み替える立場を採用したうえで、その要保護性を次のような要件構成のもとに検討するものである。

前者の相關關係説の考えは、不法行為の一般的成立要件を①自己の故意又は過失ある行為に基づくこと、②行為者に責任能力があること、③行為が違法であること、④違法な行為に因って損害を生じたこととしたうえで、③の要件を、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相關關係において考察するべきであるとする⁽⁴⁵⁾。そして、人格的權益については、これを権利とする根拠を探索する必要はさほど大きくはなく、侵害行為の態様を特に問題とすべきであり、法規違反乃至公序良俗違反の場合にのみ違法性が生ずると考えるべきであるとする⁽⁴⁶⁾。

後者の受忍限度論の考えは、相關關係説（すなわち違法性と故意・過失の二元的構成）を前提として、人格的利益侵害のうち、特に生活妨害等の場面では、社会生活上受忍すべきだと考えられる範囲内においては、他人の利益を侵害しても違法性はないとする立場である⁽⁴⁷⁾。この立場は、実際にどの程度までの侵害が一般に受忍すべきものとして違法性を持たないかについては、基準を立てることは極めて困難であり、社会生活上の良識によって決めるほかはないとしており、必ずしも明確ではない⁽⁴⁸⁾。しかしながら、相關關係説が被侵害利益の種類と侵害行為の態様という二つの因子を相關的に衡量することを主張する一方で、この受忍限度論は、①被侵害利益の性質及び程度、②地域性、③被害者があらかじめ有した知識、④土地利用の先後關係、⑤最善の実際的方法ないし相当な防止措置、⑥その他の社会的価値及び必要性、⑦被害者側の特殊事情、⑧官公庁の許認可、⑨法令で定められた基準の順守といった様々な事由が違法性判断に当たって考慮されるべきであると、比較的具体的に説いた点で意義がある。

この二つの学説に対しては、それぞれ批判が試みられてきた。

まず、相關關係説への批判としては、次のようなものがある。すなわち、被侵害利益は違法評価の対象の問題である

のに対し、加害行為の態様は違法評価の基準であつて、両者は平面を異にしており、相關的に衡量できない、というものである。⁽⁴⁹⁾ この批判は、所有権・人格権侵害や、法規違反・良俗違反と結論しうるのであれば、違法性要件は完結するはずであり、さらに、そのうえに行為態様や被侵害利益をそれぞれに考察することがそもそも無意味であるという点では、正しいといえるとの評価がある。⁽⁵⁰⁾ しかしながら、被害の程度を無視して刑法上の犯罪といえる例外的なケースは別として、とくに公害・生活妨害のような複雑な違法判断に対しては、この相關関係説はきわめて適切な判断ルールを提示しているとの擁護もなされている。⁽⁵¹⁾ この擁護を踏まえながらも、相關関係説は結局のところ、法秩序の用意すると考えられる違法判断形式による判断と、利益衡量による違法判断形式に分解して理解することが可能であり、プライバシー侵害のような侵害行為の背後にある利益を考慮する場合については、別途利益衡量の方式につき検討する必要があるとする批判もあり、傾聴に値する。

次に、受忍限度論については、社会共同生活を営む上で侵害行為につき一定の受忍限度のあることは否定できないとの擁護もあり、⁽⁵³⁾ 公害・生活妨害の類型では、判例・通説の立場であるといえる。しかしながら、権利が侵害されているにもかかわらず、行為の態様等の総合衡量を行うこと自体について、根本的な批判を受けている。⁽⁵⁴⁾

そのほかに、そもそもの違法性要件の存在意義に対する批判として、ドイツ法特殊の理論的背景を前提とする「違法性」要件は、日本民法においては、権利侵害要件が拡張したことによってその役割を終えた等とする見解もある。⁽⁵⁵⁾

このように、違法性要件の意義につき、理論的に応酬が見られるものの、判例は今もなお本要件を維持しているように見受けられる。このような判例の傾向について、「違法性」要件は侵害の回避可能性も含めて、加害行為に対する否定的評価全般を包摂でき、被害者の受けた不利益に対する否定的評価を違法と呼ぶこともできるという評価や、⁽⁵⁶⁾ 七〇九条の違法性要件には過失要件に吸収しきれない意義もあり、政策的な価値判断を行う調整機能を有するとする立場もあ

るため、理論的決着は必ずしもついているとは言えない状況にある。

さらに、受忍限度論については、さらなる展開も見せている。この「受忍限度」という基準については、(主観的過失と並置される)違法性要件の一基準であると考えるのが一般的であるが、論者によっては、さらに一歩進んで、「権利侵害(違法性)」と「故意・過失」という二元的構成を廃し、一元的に「被害が受忍限度を超える」という要件に集中しようとする。⁽⁵⁸⁾ この、新受忍限度論と呼ばれる立場は、被害が重大であれば、それだけで受忍限度を超える結果、七〇九条のレベルでも過失を考慮することなく、不法行為責任を認めることができる(場合がある)とする立場である。この新受忍限度論の理論構成については後に検討することにして、ここでひとまずは、平成二九年一月決定の示す、違法性判断における「被害利益が優越することが明らかであればプライバシー侵害を認める」という判示と、新受忍限度論の論理構造に類似するところがあることを確認しておく。

一―三 小括

以上、違法性要件に関する伝統的な議論を簡単に振り返った。この議論のうち、本稿の観点から重要となるのは、次の諸点である。第一に、相関関係説については、プライバシー侵害のような侵害行為の背後にある利益を考慮する必要がある場合については、別途利益衡量の方式につき検討する必要があると指摘されていることである。第二に、受忍限度論については、地域性等の個別事情が違法性の重要な考慮要素となっており、そもそもこのような考慮要素の選択の在り方につき、(判例の蓄積を総合しているという性格ゆえか)精緻に理論化されているわけではない点につき、看過すべきでない。第三に、違法性要件が被害利益と公共的利益との衡量を許すことによって、被害者保護にとって大きな悪影響があると批判されていることも重要である。

ここではさらに、違法性要件に関するのちの検討の準備作業とするために、本稿第一章にて検討したこれまでの判例と、平成二九年一月決定の判断構造の大きな違いと、その意義を簡潔に指摘する。それはすなわち、平成二九年一月決定においては、侵害要件の具体的考慮要素が意図的に操作されていることが示唆されている、ということである。具体的には、検索サービスの性質とその重要性が、考慮要素から除外されているのである。そしてその結果、被侵害利益優越の明白性が求められるにいたっているという関係にあるのである。このような平成二九年一月決定の姿勢と、新受忍限度論の意図するものには近似性があることに気づかされる。ここではこの点に関する注意喚起をするにとどめ、詳細は後に検討することとし、次項では、また別の準備作業として、いわゆる利益衡量(考量)論について検討する。

(40) 高原知明「最決平成二九年一月三一日調査官解説」ジュリスト一五〇七号(二〇一七)一二二頁。ちなみにここにいう「保護範囲」は特定の学説を意識した用語法ではないであろう。

(41) 本決定の違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」要件の意義につき、筆者はすでに別稿にて検討している。拙稿「判批」末川民事法研究六号(二〇二〇)九一頁参照。

(42) 一般不法行為の違法性要件について判例や学説を検討するものとして、例えば、錦織成史「違法性と過失」星野英一(編集代表)『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣、一九八五)一五九頁以下、山本隆司「権利侵害・違法性と過失」古賀哲夫・山本隆司(編)『現代不法行為法学の分析』(有信堂、一九九七)三頁以下、前田達明「権利侵害と違法性」山田卓生(編集代表)『新・現代損害賠償法講座2 権利侵害と被侵害利益』(日本評論社、一九九八)二頁以下、瀬川信久「民法七〇九条(不法行為法の一般的成立要件)」広中俊雄・星野英一(編)『民法典の百年Ⅲ』(有斐閣、一九九八)五八五頁以下、窪田充見(編)『新注釈民法(15) 債権(8)』(有斐閣、二〇一七)二八五頁以下(橋本佳幸)等。

(43) 末川博「権利侵害論」(弘文堂、一九三〇)。

(44) 我妻栄『新法学全集 事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、一九三七)一〇三頁(頁数は一九八八年の復刻版

による。以下同じ。

(45) 同前、一二五頁。

(46) 同前、一四二頁。

(47) 加藤一郎『法律学全集22—II 不法行為法〔増補版〕〕（有斐閣、一九七四）一二六頁。

(48) 同前。

(49) 柳沢弘士「ケメラの民事不法理論（三）」『日本法学三二巻四号（一九六六）一五八—一五九頁。

(50) 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望——違法性と過失——」『法学セミナー二九六号（一九七九）七八頁。

(51) 同前。

(52) 四宮和夫『現代法律学全集10 事務管理・不当利得・不法行為 中巻』（青林書院新社、一九八三）三五三—三五六頁。

(53) 沢井・前掲注（50）八三頁。

(54) 大阪弁護士会環境権研究会（編）『環境権』（一九七三）一〇二—一〇三頁。原島重義「わが国における権利論の推移」『法の科学四号（一九七六）九八頁以下。

(55) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七二）三六七頁以下。

(56) 瀬川・前掲注（42）六二四頁以下。

(57) 能見善久「不法行為の機能・要件の再構成」『NBL九三七号（二〇一〇）一八頁以下。

(58) 野村好弘「故意・過失および違法性」加藤一郎（編）『公害法の生成と展開』（岩波書店、一九六八）三八七頁以下、特に四〇〇頁、淡路剛久「公害における故意・過失と違法性」『ジュリスト四五八号（一九七〇）三七五頁。

二 利益衡量（考量）論と被侵害利益優越の明白性

これまで繰り返し言及するように、主として表現行為にまつわるプライバシー侵害の成否判断にあたって、判例法理は、侵害される側の利益と侵害する側の利益・事情を比較考量することで、違法性の有無を判断している。ここでは、先述の、「プライバシー侵害等の侵害行為の背後にある利益を衡量する場合には、別途その方式が重要となる」との指

摘を踏まえて、次の検討を行う。第一に、平成二九年一月決定が示した、利益衡量の在り方に関する特徴的な判示事項を確認する。そしてそのうえで、民法解釈方法論のうち、価値判断に非常に重きを置くいわゆる利益衡量（考量）論について検討する。⁽⁵⁹⁾そしてそれを踏まえて、判例法理の特徴ないし課題を析出する。

二― 被侵害利益優越の明白性

平成二九年一月決定は、プライバシー侵害の成否の判断については、当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較考量して判断すべきものであるとし、従来の判断構造を基本的には維持している。しかしながら、それに加えて、「その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかなる場合には、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができる」とする。本件では、既述の考慮要素のうち、「当該事実の性質及び内容」、「当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲（とその者が被る具体的被害の程度）」、「（上記記事等が掲載された時の社会的状況と）その後の変化」が特に検討され、結果的には債権者の請求は認められなかった。⁽⁶⁰⁾

学説においては、この明白性要件の意義や射程をどう理解するかについては議論があるが、本要件を従来の要件に加重されたものとして理解しているという点では、これらは総じて共通していると評価できる。しかしながらこの点につき調査官解説は、「印刷メディアの伝統的な法理に沿った比較衡量の判断枠組みを基本としつつ、削除の可否に関する判断が微妙な場合における安易な検索結果の削除は認められるべきではないという観点から、プライバシーに属する事実を公表されない法的利益の優越が『明らか』なことを実体的な要件として示したものと思われる」とする。⁽⁶¹⁾ここで重要となるのは、「削除の可否に関する判断が微妙な場合における安易な検索結果の削除は認められるべきではない」と

いう箇所の含意であり、本稿はこの明白性要件を、違法性判断における特定の要素を判断基準からあえて外すことと引き換えに求められた要件であるものとして捉え、単に「従来の要件に加重されたものである」とは考えない。

この理論的意義を幾ばくかでも明らかにするために、次に、利益衡量の在り方に関する理論研究を検討していくことにする。

二―二 利益衡量の在り方に関する学説の議論

利益衡量（考量）論とは、法解釈にあたつて、「実質的な利益衡量」⁽⁶²⁾や、「どのような価値をどのように実現し、どのような利益をどのように保護すべきか、という判断」⁽⁶³⁾を重視するべきであるという立場である。⁽⁶⁴⁾この理論は、本稿の主題とするプライバシー侵害のような、（新しい問題であつたりハードケースであつたりするがゆえに）法規等の拘束を必ずしも受けずに判断するときの思考様式として活用される。利益衡量論のいう「利益」とは、個人の利益だけでなく「取引の安全」のような社会的価値をも含み、金銭や財産等の物質的・経済的な利益・価値だけでなく、名誉やプライバシー等の精神的利益・価値も含む。⁽⁶⁵⁾この点、この「利益」には、個人あるいは社会という（実体的な）主体が存すると考えられており、その「衡量」とは、個人・社会に諸利益を配分したり、主体間の利益を調整したりするものと考えられている。

（a）利益衡量（考量）論の代表的見解

ここでは、利益衡量（考量）論の代表的論者である、加藤一郎と星野英一の見解を検討する。

これらの考え方は、異質な利益の間で衡量・選択するときの原理として、次のような指針を提示する。

加藤一郎のそれ（利益「衡量」論）は、抽象的には、「歴史的・社会的認識を踏まえたうえで、『最大多数の最大幸福』とか、『国民多数の意思（一般意思）』を重視する。彼は、「無内容に近い普遍的価値を信ずる自然法論あるいは新自然法論⁽⁶⁶⁾より」、「歴史の流れとか近代法の在り方というものが、絶対的ではないが有力な基準になる」と考える。ただ、具体的な事件では、対立する諸価値・諸利益を衡量して、その和を「社会的最大値」とする功利主義的な基準による。⁽⁶⁸⁾星野英一のそれ（利益「考量」論）は、異質な利益のバランスは利益考量ではなくて価値判断による、と考える。⁽⁶⁹⁾この価値は「取引の安全」のような低次の具体的なものから「人間の尊厳」「平等」のような高次の抽象的なものまでヒエラルヒアを成す、とする。⁽⁷⁰⁾この考えは、原理的な価値の規準として「何人も否定することのできないような価値」というものを示すものの、詳細な価値体系を示すわけではない。

このような利益衡量（考量）論に対しては、「利益状況の分析」の必要性については異論が見られない状況にあるが、⁽⁷¹⁾いくつかの点について批判がなされている。そのうち、利益分析・価値選択を行うときの規準については、端的にまとめると、不明確であるとする批判がなされている。このような批判は、大別すると、より明確な基準を立てるべきとしてその他の規準を模索するものと、反証可能性を前提とした「議論」の重要性を主張するものが見られる。

（b）「近代法」の在り方、歴史・社会の発展方向を基準にすべきとの批判

第一の、利益分析・価値選択を行うときの規準につきその他の方向性を提示するものとしては、「近代法のあり方」を基準にすべきとするものや、歴史・社会の発展方向を重視するべきであるとするものがある。

前者の、「近代法のあり方」を基準にすべきとする立場は、次のように批判する。民法解釈学は、国家権力による紛争処理としての裁判に対して評価・批判・指導という役割を有するもので、その役割を縮減ないし否定する見解は危険

な国家観に通ずるというべきであるが、このような立場からすると、利益衡量（考量）論は、裁判官への選択の白紙委任につらなるものとして、同様に危険な国家観に通ずる。⁽⁷²⁾ 利益衡量（考量）論における無内容な「基準」と異なり、実質的に基準たるものの設定が必要であり、例えば、土地所有権対土地利用権の関係その他の具体的諸問題について設定された基準の総括表現である「近代法のあり方」ともいうべき基準によるべきであるとする。⁽⁷³⁾

後者の、歴史・社会の発展方向を重視するべきとする立場からは、次のような批判がある。「歴史の発展が、前近代から近代へと進んでくるということが人間社会の進歩の法則として認められるならば」、「その方向へ歴史を形成するような法律論を構成することは、法律家として当然ではなからうか」との見解や、「歴史の発展なり近代法のあり方なりの認識を価値判断」「の基準として機能させることは、科学が近代文明を形成してきたことを是認する以上、妥当なこととして許さるべき」⁽⁷⁴⁾との見解である。

このような、歴史の発展⁽⁷⁵⁾といった決定論的な発想については、利益衡量（考量）論の立場から、反論がなされている。加藤は、このような発想について、その有用性を一定程度認め、判断の一つの拠り所とすることについては賛成しつつも、それらは抽象的な基準にすぎず、判断が分かれうるうえ、価値観が入り込んでくることは避けられないため、具体的な基準たりえないとする。⁽⁷⁶⁾

これに対して、星野は、抽象的な基準としてもこれに反対する。まず、基準を「歴史の発展方向」に求める立場は、人間の歴史がよりよい価値の実現に向かっている、という判断を前提にしていると思われるが、これは科学的に認識できることではなく、一つの信仰であり、「目的論的形而上学」であって、「歴史が将来そうなる」という事実から出発するこの見解の発想と矛盾をきたすことになるという。⁽⁷⁷⁾ また、「近代法のあり方」を基準にする立場については、この立場は将来あるはずの姿を基準とせず、現在あるはずの姿を基準にしているが、論理構造は「歴史の発展方向」と同様で

あると評価したうえで、「近代法のあり方」については複数ありうると理解することも可能であるが、なぜそのうちの一つを選ぶのか説明しなければならないし、結局のところ当の論者が「よいと考えているあり方」を「近代的」と評価しているだけであり、一種のごまかしではないかと批判する。⁽⁷⁸⁾

(c) 「議論」の重要性を指摘する批判

また第二の、反証可能性を前提とした「議論」の意義を重視する立場は、利益考量論のいう「価値のヒエラルヒア」や、価値判断の基準、その客観的妥当性の基礎づけが、それぞれ必ずしも明確ではないとする。⁽⁷⁹⁾ 価値基準が明確でないのに法解釈は価値判断によるべきだと強調すると、反論不可能な価値に辿り着いて争いそのものがなくなるか、あるいは争いは相交わることのない「価値判断」の相違に帰着するか、のいずれかであり、「議論」によって「正当化」をはかる法律家的作業と最も遠い帰結を理論的にはもたらすことになる。⁽⁸⁰⁾ また、価値には対立する価値が常にあるから、価値のヒエラルヒアはありえずコンフリクトしかないため、価値のヒエラルヒアという考え方が適切ではない。⁽⁸¹⁾

この立場によると、法解釈は、まず、「客観的に妥当な(あるいは「正しい」)価値判断を発見する方法が、問題解決の試みと離れてアプリオリに存在すると考えてはならない。⁽⁸²⁾ 次に、そのようにして打ち出された規範言明は、「議論」の場において反論および再反論にさらされなくてはならない。⁽⁸³⁾ そのうえで、「議論」という生存競争に堪えて「生き残った言明」は、そのような意味で「客観化」されており、かつ「議論」の前提として受け容れられる可能性が高いという意味で、多くの法律家にとっていわば共通財産となっている。この意味でのみ、かつその限度のみ、われわれは「客観的に妥当な」規範言明について語ることができる、ということになる。⁽⁸⁴⁾

以上より、価値判断ないし法解釈の客観性については、そもそも問題は「客観性」存否にあるのではなく、「『客観性』

を保证する社会的制度すなわち、『議論』、『法律論』または『相互主観的な批判的討論』を確保する場という、制度的枠組みを維持拡充すること、およびそれを支える規範を発展させること、にある」のである。⁽⁸⁵⁾

(d) 利益考量における動的価値秩序論

このような、利益考量(衡量)論と「議論」論を折衷ないし止揚するものとして、利益考量論を大枠としては採用しつつも、「民法の価値秩序」として静態的・堅固に体系的な、価値のヒエラルヒアのようなものを考えるのではなく、絶えず異質で拮抗する価値原理、考量ファクターが緊張・相剋関係をもつて存在しており、そのようなジレンマを内包しながら形成される「秩序」を想定する見解もある。⁽⁸⁶⁾ この見解は、「価値判断」の流動性・不安定性・不確定性を踏まえたうえで、法解釈的实践においては、批判的「脱構築的」態度が要請されるとし、価値原理の実態だけを議論していてもなかなか埒が明かないことを指摘する。⁽⁸⁷⁾ そこで、法律家にとつて重要なのは、ともすると忘却され、周縁化される視角に目をつけ、光をあて——価値のコンフリクトに留意しつつ——多面的議論を説得的に展開することであると⁽⁸⁸⁾する。なお、拮抗する法的議論の説得的批判のためにも、何らかの超越的な法的正義論は必要であろうが、ただそれは「人間的充実(human flourishing)」「良き生(good life)」等という曖昧なものにならざるを得ず、状況によって評価が異なったり、同一場面でも評価視角によって緊張関係を孕むものであるとしたうえで、「善」や「徳」等に関する法的評価に積極的になるべきだとする(アメリカ法学の)動向には学ぶところがあるとする。⁽⁸⁹⁾

この見解は、議論を通じての進展的な法価値論について、発展的・拮抗的に法価値論が提示され、それぞれの紛争当事者が(ないしは、そのような多元的な法的視角から第三者が検討を加えて)流動的・実践的に議論し合う過程で法的正義を見ていくというものであり、ダイナミックな転回がなされているとして、「議論」論を積極的に評価する。⁽⁹⁰⁾

二―三 若干の考察

このような理論的展開と本稿のこれまでの検討を踏まえると、プライバシー侵害訴訟のうち、比較衡量の問題とする判例の枠組みについては、再評価を行うことが可能となるように思われる。⁽⁹¹⁾

本稿が参照するアメリカの社会学者、アミタイ・エツィオーニは、価値の衡量にあたって、「モラル対話」という方式を重視するものである。これは、簡潔に言えば日々のコミュニケーションや内省によって価値観を徐々に醸成・刷新していく過程を指すものであり、利益考量論における動的価値秩序論に親和的である。また、エツィオーニの議論を踏まえつつ行なった本稿の検討では、次のようなことが明らかとなった。

すなわち、価値の考量においては、次の二段階の判断がなされるべきである。第一に、ナショナルないしグローバルなレベルで最低限実現すべき――本稿の立場からすれば、安全、衛生、平等等の――共通の価値は何かを検討する段階がある。第二に、地域等のコミュニティごとの多様性に配慮して形成される――例えば本稿で検討するプライバシーのような――価値の保護の在り方について検討する段階がある。

これらの価値の在り方について、ここでの検討と総合すると、次のようなことが言えよう。価値の秩序はそれぞれ客観的に確立されているわけでもトップダウンで権威的に強調されるわけでも決定論的に方向性が定められているわけでもなく、議論によって定期的に精査され、結果的に刷新されていく可能性のあるものである。さらにそれぞれの価値は、その定め方につき議論の在り方が異なるものであるが、しかしながら、連関的に作用し影響を与えあうものでもある。

このような構造を前提として、プライバシーに係る利益が優越することが明らかである場合を検討することになるわけであるが、ここで注意すべきなのは、反論可能性を重視する近時の見解を前提として、利益衡量にあたっての価値秩序は必ずしも静的なものではなく、常に動的に、自己反省的に行われると措定するならば、結局のところ、被侵害利益

が優越することが明らかである場面は、相対的な価値であるプライバシーの問題では、非常に限定的なのではないか、ということである。一般不法行為法における違法性判断にせよ方法論としての利益衡量（考量）にせよ、そもそもこれらは、責任の成否判断につき複雑な考量が求められる場面に適性があるものである。プライバシー侵害にあっても、一般論としては一概にどちらが優越するともいえない関係にある諸利益を衡量するのであり、文字通りいずれかの利益が明らかに優越するといえるためには、安易に「近代法の在り方」や「歴史の発展方向」、はたまた技術決定論に飛びつくべきではなく、例えば、当該論点につきすでに学術研究も進み、多くの訴訟がなされて議論が尽くされており、対抗思潮に根差す社会運動も現れていないというような状況が最低限求められることになる。そのような状況は、特に利用の在り方等について社会的な合意をこれから築いていこうという新たなICTにまつわる法的問題を検討するにあたって、存在しうるのであろうか。

そのような課題もあつてか、この「明白性」要件については、優越の有無を慎重に判断すべきことを要請する意義しか有しないとする指摘がある。⁽⁹²⁾ 本稿としてもこの見解に同調しつつ、さらに既述のとおり、本要件はプライバシー侵害の成否の考慮要素から「検索サービスの性質」と「検索サービスの社会的重要性」を意図的に外したことから、責任成立の下限が不相当に緩やかになることを防ぐものである（にすぎない）と理解すべきであると考え、論を進める。

ここで問題となるのは、①これらの要素が違法性判断から排除された理由、②その理論的含意、③そのような要件操作の在り方の理論化及び、④そもそもそのような要件操作を行うことは是非・限界を考察することである。

これらの課題のうち、「検索サービスの性質」と「社会的重要性」を考慮要素から外していることの意義と理論的含意を検討するために、次項からは過失要件の意義について、考察を進める。

- (59) 日本における民法解釈方法論の展開につき検討する論考として、瀬川信久「民法の解釈」星野英一（編集代表）『民法講座 別巻1』（有斐閣、一九九〇）一頁、山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」民商法雑誌一五四巻一号（二〇一八）一頁、水津太郎「法律学基礎論・法解釈方法論と平成の民法学」法律時報九一卷九号（二〇一九）七〇頁等。
- (60) 明白性要件の意義については、①プロバイダ責任制限法四条一項一号の「明らか」と同様、「違法性阻却事由の存在を伺わせる事情の不存在」を要求するとする立場（神田・前掲注（21）二二頁）、②優越の程度の違いを表し、厳格な基準を示したものであるとする立場（古田啓昌・赤川圭・早川晃司「判批」判例時報二三三八号（二〇一七）一六頁）、③損害賠償の場面の要件に加重することで、立証の程度の違いを表しているとする立場（高部眞規子「判批」法の支配一八七号（二〇一七）七四頁）が主張されている。
- 明白性要件の射程については、①本件が差止請求に関する事案であることに着目して、本決定は差止請求について明白性を要求したとみる立場（高原・前掲注（40）一二二頁）、②本件が仮処分に関する事案であることに着目して、本決定は仮処分による差止について明白性を要求したとみる立場（村田・前掲注（18）六一頁）、③本決定が判断基準を示すに当たり、検索事業者の役割の重要性に言及していることに着目し、本決定は検索事業者に対する請求について明白性を要求したとみる立場（高部眞規子「インターネット時代のプライバシー」金融商事判例一五二二号（二〇一七）一頁）、以上三つの立場が主張されている。射程に関する議論については、互いに排他的関係にあるわけでは必ずしもない。本稿は少なくとも、本決定の射程を差止請求や仮処分の事案に限られるものとしては捉えないことを前提に検討を進める。
- (61) 高原・前掲注（40）一二二頁。
- (62) 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」同『民法における論理と利益衡量』（有斐閣、一九七四）二四頁以下。
- (63) 星野英一「民法法論序説」同『民法論集第一巻』（有斐閣、一九七〇）一一頁。
- (64) 加藤一郎の利益衡量論と、星野英一の利益考量論は、いくつかの相違点があるものの、大掴みをするのであれば同じ立場であると理解することができる。
- (65) 加藤・前掲注（62）三四頁、加藤一郎「民法の解釈」法学教室二五号（一九八二）一九—二〇頁、星野・前掲注（63）二一—二三頁。

- (66) 加藤一郎「補論」利益衡量について」同『民法における論理と利益衡量』（有斐閣、一九七四）六九頁。
- (67) 同前、七六頁。
- (68) 同前、七六、六八―六九頁。
- (69) 座談会「民法学の課題（二）」法律時報三九卷四号（一九六七）六六頁〔星野英一発言〕。
- (70) 星野「民法解釈論序説」補論」同『民法論集第一卷』（有斐閣、一九七〇）五七頁、同「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」同『民法論集第七卷』（有斐閣、一九八九）九〇頁。
- (71) そもそも「法の解釈は価値判断を含む」という点について打ち出し、学会においてほぼ異論なく承認されたのは、来栖三郎と川島武宜の所論である点には留意。両者の本問題に関する論考として、例えば、来栖三郎「法の解釈適用と法の遵守（二）（二・完）」法律協会雑誌六八卷五号（一九五〇）一六頁、八号（一九五二）五五頁、同「法の解釈と法律家」私法一一号（一九五四）一六頁等、川島武宜『科学としての法律学』（弘文堂、一九六四）等。
- (72) 広中俊雄「現代の法解釈学に関する一つのおぼえがき」同『民法論集』（東京大学出版会、一九七一）三八六頁。
- (73) 同前。
- (74) 渡辺洋三「社会科学と法の解釈」法哲学年報一九六七卷（一九六八）六九頁。
- (75) 水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果」民商法雑誌六四卷二号（一九七二）五〇頁。
- (76) 加藤・前掲注（62）六七頁。
- (77) 星野・前掲注（63）三八頁。
- (78) 同前、三九―四〇頁。
- (79) 平井宜雄「戦後日本における法解釈論の再検討」同『法律学基礎論の研究』（有斐閣、二〇一〇）五二頁〔初出…一九八九〕。
- (80) 平井宜雄「戦後法解釈の批判的考察」同前書一三八―一三九頁〔初出…一九八九〕。
- (81) 同前、一二三頁。
- (82) 平井宜雄「法解釈論の合理主義的基礎づけ」同前書二二四頁〔初出…一九九二〕。
- (83) 同前、二二五頁。

(84) 同前。

(85) 平井宜雄「『議論』の構造と『法律論』の性質」同前書八八頁〔初出…一九八九〕。

(86) 吉田邦彦「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方」『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、二〇〇〇）一五〇頁。

(87) 同前、一五〇頁。

(88) 同前、一〇七頁。

(89) 同前、一二五頁。

(90) 同前、一二六頁。

(91) この点、利益衡量論の主唱者である加藤一郎は違法性説を前提とした受忍限度論を主張しており、利益考量論の主唱者である星野英一は違法性要件の意義に懐疑的であり、利益考量論を批判する平井は後述する過失一元論の主唱者であり、利益考量論と「議論」論を統合する吉田邦彦も、違法性要件の存置については批判的ながらも、過失一元論を無条件で支持するものではない（同『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八）二二二頁）点については、それぞれ留意すべきであろう。

(92) 根本尚徳「判批」民商法雑誌一五四卷一号（二〇一八）一六八頁以下。

三 プライバシー侵害における「過失」要件の意義について

これまで見てきた通り、一般に違法性要件における利益衡量が問題となるとされるプライバシー侵害の類型にあっても、過失要件が問題となる類型がかねてより見られる。そのように考えることができるもののうち、情報の不正提供に関する事案としては、早稲田大学講演事件に関する最判平成一五年九月一二日と、住基ネット訴訟に関する最判平成二〇年三月六日が挙げられる。ここでは、これらの判決と、過失を正面から問題とした平成二九年一〇月判決を比較することで、プライバシー侵害における過失要件の意義を明らかにする。

三― 判例法理における「過失」

(a) 情報システムからの情報漏洩とデータの転売

ベネッセ個人情報漏洩事件に関する最判平成二九年一〇月二三日は、本件漏えいによって、Xは、そのプライバシーを侵害されたといえるとしたうえで、「本件漏えいについてのYの過失の有無」(並びにXの精神的損害の有無及びその程度)等について、更に審理を尽くさせるため本件を原審に差し戻すとし、情報の管理に関する「過失」の検討の重要性を、正面から認めている。

その後出された差戻審(前掲大阪高判令和元年一月二〇日)では、情報漏洩に関する委託先企業B及びYの予見可能性及び結果回避義務につき詳細に事実認定をしたうえで、次のように判断している。

Yは、個人情報提供者から提供を受けた個人情報適切に管理すべき立場にあるところ、本件漏洩のリスクを予見できたのに、当該個人情報の利用を認めた委託先企業Bに対する、①執務室内への個人スマートフォン持込み禁止(及び②セキュリティソフトの変更や③特定デバイスの使用制御措置)等についての適切な(七〇九条の)監督義務に違反した。その結果、従業員Cによる本件漏洩を生じさせたため、Xに対し、これによって生じた損害について不法行為責任を負うとする。

さらにこのことは、Yが本件漏洩当時、④その他の点においてはセキュリティ対策を明らかに高度な水準で施しており、⑤本件対策についてガイドライン等に必ずしも記載がなく、⑥同様の措置を採っている企業が少なかったとしても変わらないとの理解が示されている。

以上を前提として、以下、情報の提供に関する従来の判例との比較を行っていく。

（b）情報の提供に対する承諾取得の容易性

最判平成一五年九月一二日は、既述のとおり、本件「プライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある」とする。そして、「本件講演会の主催者として参加者を募る際にXらの本件個人情報収集したY大学は、Xらの意思に基づかずにはみだりにこれを他者に開示することは許されないというべきである」としたうえで、次のように判示する。

すなわち、「同大学が本件個人情報警察に開示することをあらかじめ明示した上で本件講演会参加希望者に本件名簿へ記入させるなどして開示について承諾を求めることは容易であったものと考えられ、それが困難であった特別の事情がうかがわれない本件においては、本件個人情報を開示することについてXらの同意を得る手続を執ることなく、Xらに無断で本件個人情報警察に開示した同大学の行為は、Xらが任意に提供したプライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものである」。よって、Xらのプライバシーを侵害するものとして不法行為を構成する。

このような判断枠組みは、既述のとおり、慎重に取り扱う必要のあるXらのプライバシーに係る情報についてYが適切に扱わなかったことの帰責性について、違法性要件において判断しているものであり、学説においてはそれを権利侵害の問題として考えるものもある一方で、これを有責性の問題として捉えるべきであるとする学説も見られるところである。後者の立場によると、本判決も、違法性要件の中で事実上過失について検討しているものであると理解することもできる。

(c) 情報システムと保護法制の「構造」

本稿第一章第一節第二款でも検討した通り、住基ネット訴訟に関する最判平成二〇年三月六日は、情報システムの構築の不備に関する違法性判断につき、詳細な基準を示している。ここでもう一度紹介すると、次のようなものである（この点、本件では、民法七〇九条は問題とならず、国家賠償法三条の違法性要件がもつぱら問題になっている点に留意）。本判決は、不法行為の成立について、「利用等されない利益」と「利用等する利益」を比較考量している。より具体的には、「住基ネットによって、管理、利用等される本人確認情報の管理、利用等は、法令等の根拠に基づき、住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われているものということができる」とする。

この点、本件システムの運用がプライバシー侵害に当たらないのは、「住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと」、「受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもつて禁止されていること」、「住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていること」等に照らせば、そのような危険はないとする。

このように、情報の管理に関する法制度やシステムの構造の不備（の有無）を問題として不法行為の成否を検討することは、既述のとおり、権益論への理論的影響も大であるが、それだけではない。なぜなら、ここで問題となっているのは、（違法性要件における）利益衡量というよりもむしろ、客観的な結果回避義務の問題そのものと理解できるからである。

（d）小括

以上の検討と、前科照会事件に関する前掲最判昭和五六年四月一四日の判示を総合すると、端的には、次のようなことが言える。

すなわち、情報の不正提供・情報漏洩類型においては、判例はむしろプライバシーに係る情報の適切な管理に関する過失（結果回避義務違反）の有無を主として検討している、あるいは検討するようになってきているのではないか、ということである。

三―二 過失に関する学説の議論

この点、過失の理解については、歴史的に変遷がある。⁽⁹³⁾ここでは、プライバシー侵害における過失要件の意義を考察する準備として、過失に関するこれまでの議論を確認する。

（a）「違法性・過失」―二元論と過失一元論

不法行為責任の成立につき、重要な要件として「違法性」をたてる伝統的通説は、違法性を客観的要件として、過失を主観的要件として、二元的な判断を行う。この考え方は、過失要件を、意思の弛緩に対する有責性を問う要件を意味すると理解しているのである。⁽⁹⁴⁾

一方で、過失要件を、主観的な有責性判断の基準とするのではなく、客観的な、予見可能性を前提とした結果回避義務の違反を意味すると理解する立場もある。判例は、早くからこのような立場を採用しているとみられ、⁽⁹⁵⁾その後学説も一般にこれを客観的なものと捉えるようになる。

その後、違法性要件の意義を否定する、いわゆる過失一元論の立場から、過失要件を、「ハンドの公式」を媒介として、「損害発生の一蓋然性」と「被侵害利益の大きさ」を掛け合わせたものよりも「回避コスト」が小さいにも拘らず回避措置を採らなかつた場合に過失ありとすべきであると主張されるようになる。⁽⁹⁶⁾ この立場は、違法性と過失は事実上同質化しているため、過失要件に（違法性のみならず権利侵害要件をも）一元化すべきとする。⁽⁹⁷⁾ この立場は、伝統的通説の基盤を揺るがす大きな議論を巻き起こしたが、批判もある。

第一に、損害発生の事後的衡平をはかることを理念とする損害賠償法では、「損害発生の危険の程度ないし蓋然性の大きさ」自体が法的評価の対象となるのではなく、これに応じて、被告がいかなる「作為・不作為」の姿勢をとったかが問題となるのであり、総体としての行為の含む危険度が全く同じでも、尽くした防止措置の程度が異なれば、法的評価も当然異なることになるべきである（これはまさに、相関関係説のいう「侵害行為の態様」である⁽⁹⁸⁾）。第二に、過失一元論が権利侵害要件をも過失要件に吸収したうえで、功利主義的に衡量する結果として権利の相対化を行う嫌いがあることにつき、違法性要件の課題を克服できていないとの批判もある。⁽⁹⁹⁾

(b) 「信頼責任」と違法性一元論

このような過失一元論に対し、違法性要件を再評価し、過失にまつわる要素についても違法性要件内で考慮すること（100）を主張する違法性一元論の立場から、過失要件の帰責根拠を、「信頼原則」に求める見解が主張されている。この立場によると、故意の場合は、意思への非難としての有責性原則が帰責根拠となるが、過失要件の規準を、個人の能力を離れた抽象的過失としての注意義務に置く限り、有責性非難は完徹し得ないため、次のように考えるべきということになる。⁽¹⁰⁰⁾ まず、法は、法益侵害（ないし権利侵害）惹起の危険性を最小限度に（すなわち、社会相当な程度に）抑えるよ

う、各場合に各社会構成員に、社会生活上必要な注意（作為、不作為）義務を分配するわけだが、このとき、他人は、われわれがその注意義務に従って、ふるまうことを信頼する。すなわち、他人は、われわれの秩序にかなった行動を、自己の外界支配の中に算入して、行動する。そして、われわれが、他人の信頼を破って、注意義務に反して行動したとき、その信頼を保護する意味で、損害の賠償義務を負うことになる。われわれの極度に高度化した現代技術社会においては、各人が一般標準人としての行為基準を守って行為することを期待信頼するところに、はじめて円滑な生活が可能となるという事実が、これを裏付けるとする。

この立場については、過失の帰責根拠を信頼責任に求めることについては賛同するものの、そもそもの「違法性」概念の有用性ないし違法性要件に一元化することにつき、疑義が示されてもいる。⁽¹⁰⁾

（c）「事前の思慮」による過失の拡張・高度化

さらに、過失については、①侵害が問題となっている行為につきミスがあったかどうか、②その行為をなすべきかなすべきでないかに関する事前の判断のミス、これらふたつの過失を区別すべきであるとの指摘がなされ、「情報収集義務などの事前の思慮」への拡張がなされている。⁽¹¹⁾

この立場によると、不法行為法においては、結果発生 of 具体的危険が存在している場面での行為義務と並んで、結果発生 of 抽象的危険が存在している段階で、具体的危険を探索するための行為義務として、予見義務（情報収集ほかの事前の思慮の義務）が課されていることとなる。具体的には、^(a) 具体的危険が現実化している可能性がある場合に、その具体的危険を認識するために、行為義務としての予見義務が行為者に課される場合、^(b) 危険が将来において現実化することは予見できるが、具体的にどのような危険となつて発現するかが不明確な場合にも、発現するであろう具体的危険

を認識するために、行為義務としての予見義務が行為者に課される場合、③完全には制圧することのできない危険源を社会生活にもちこむことが許容されている場合において、たとえ将来において危険が現実化することが予見できなくとも、その危険源に係る行為をするに際して、行為義務としての予見義務が行為者に課されることになる。⁽¹⁰⁵⁾

このうち、特に③の場面での予見義務は、いわゆる「警戒（予防）原則」の考えとも近接してくる。この考えによると、人体に脅威を与える物質と人体への侵害とを結びつける科学的証明が困難であっても、いったん発生すると回復不可能な重大な損害が発生する場合には、損害発生前のリスクを回避し、または提言するために事前の思慮を行うべきであるとの観点から、民事過失論を充実化させていくことが目論まれている。⁽¹⁰⁶⁾ しかしながら、この場面では、抽象的な危険にとどまる段階で行動の自由を制約する形で行為者に作為・不作為の義務を課することになるため、問題の危険が実現したとしたら想定される権利・法益侵害の重大性と衡量のうえ、過剰な制約をもたらさないように予見義務の存否と内容を確定していくべきであるともされる。⁽¹⁰⁷⁾

このように、行動の自由という加害者の権利と、予想される潜在的被害者の権利との衡量は、（権利侵害要件の存置を前提としたうえで）まさに過失要件において行うべきであるとの考えが示されているところである。しかしながらこのような議論による過失の高度化も、基本的には公害による生命・身体への侵害を前提にしていることについては留意しなければならない。

（d）プライバシー侵害における信託義務

一方で、特にプライバシー法の領域においても、注意義務の高度化の努力がなされていることは、序章においても指摘したとおりである。このうち、日米における信託に関する議論や、医師や弁護士等の人々と特殊な信頼関係を築く者

に対して信義則上求められる付随義務に関する議論を根拠とし、情報の利活用を行う事業者に情報の管理等に関する高度な義務（信認義務）を課そうとする見解がある⁽¹⁰⁾。

この見解は、「信頼関係に基づく情報の分配状況そのもの」でないし「情報の適切な管理についての合理的な期待」を保護法益としてのプライバシーとしてとらえたうえで、「サービスの提供を受けるためには財産や裁量を託すことが不可欠である場合」等の条件を満たす場合であれば、当事者間の関係が委任契約や信託契約に該当しない場合であっても、信義則を媒介として消費者の「期待」が保護され、事業者に高度な注意義務としての信認義務が課されるべきであるとする⁽¹¹⁾。具体的には、秘密保持と情報開示について、高度な義務が導かれることになる⁽¹²⁾。

この見解は、その記述からは詳らかではないが、プライバシーの権益を「信託関係に対する期待」と捉える駒村のプライバシー観等を踏まえつつ、「合理的な期待」を保護法益としてとらえ、アメリカの議論について「信認義務」が「不法行為法の保護法益として機能する」と評価する点に鑑みると、法益侵害と注意義務違反を同一地平上で扱っていることになる。これを私法の不法行為法の理論として受け止めるのであれば、（その文言からすると権利侵害要件一元論とも読めるが）その実態としては、少なくとも情報の管理に関する局面では、（権利侵害要件をも吸収する類の）過失一元論的志向を持っていると評価できるのではないだろうか。

三―三 若干の検討

このように、過失要件の意義についても、理論的な決着を今なお見ない状況であるが、これらの議論を踏まえてプライバシー侵害に関する近時の判例法理を検討すると、次のように考えることができる。

第一に、平成一五年九月判決の法理は、その文理からすると、信頼責任を前提に、違法性の枠内で過失を検討してい

ると評価することができる。しかしその実質としては、ハンドの公式にも親しむものとなっている。なぜなら、情報の提供に対する情報主の同意をとることが容易であつたにもかかわらず加害者側がこれを怠つたことを問題にしているからである。

第二に、平成二〇年判決では、比較衡量によりつつも、情報システムや保護法制の構造の在り方を検討するにあつて、過失要件を問題としていても評価できるが、本判決は明文で違法性のみを問題にしているため、やはり違法性一元説に近い判断構造となっている（しかしその理由としては、違法性要件のみを問題とする国家賠償法の構造によるところが大きい）。

平成二九年一〇月判決では、打って変わって、問題とされている不作為について、明示的に過失要件の問題として検討する必要性を示す一方、違法性への言及は全くない。そのため、違法性一元説とやや距離を置く論理構成となつていくように思われる。また、本件不作為は、（単純な）ハンドの公式からすると、措置を講じていなかったとしても過失がないと判断されかねないほどのコストが掛かりうる回避措置を要求している点にも留意すべきである。そのため、本判決は、客観的抽象的に求められる一般的な結果回避義務ではなく、より高度な義務を要求していると理解することができる。

以上、情報の管理不行き届きの類型における判例法理を検討すると、これまでは（一般的な）信頼責任を前提とした過失が違法性の枠内で問題となつてきたものの、近時は過失要件が独立して問題とされるようになり、その注意義務の程度が高度化していると評価することができる。

このように、場合によっては信認義務とも取れる高度な注意義務が課されうることを前提として、その妥当領域をいかに画すかが問題となる。この点、判例が高度な回避措置を要求する理論的根拠としては、当事者の利益衡量の結果、

情報漏洩の被侵害利益としての重大性を、生命・身体に比肩しうべきものとして高く評価していると捉えることもできないが、いずれにせよ実際に高度な注意義務を事業者に課すことができる場面は、限定的であると思われる。プライバシー侵害における信認義務の在り方につき分析を加える見解が「秘密保持」と「情報開示」に対してのみこの義務の射程を及ぼそうとしている点に留意すべきであろう。

ここで重要となるのは、この「信賴」ないし「過失」の意義をどのように捉え、そして過失要件が違法性要件から独立したことをどう位置づけるかである。情報の二次的利活用が盛んになりつつある状況において、情報システムの管理や、情報の分析を行うAI技術の在り方につき、われわれはいかなる信賴を寄せることができるのか、寄せるべきなのか、検討しなければならない。

この点、少なくとも近時の判例の方向性としては、個人に関する様々な情報が多角的に利活用される社会においては、自身にかかわる情報が蓄積されるデータベースに高度な情報セキュリティが施されることを期待し、適切な情報管理がなされるであろうことを信賴することが、個人単位でみて被害が重大であるか否かにかかわらず許されていると評価できる。

しかしながら、プログラムを活用した自動的な情報処理によってセンシティブな情報を確率的に推測すること自体に對して、一般的抽象的な期待をなしうるかについてはなお詳らかではない。次にこのことを検討していく。そしてそのうえで、プライバシー侵害における違法性要件と過失要件のすみわけに関する管見を示す。

(93) 一般不法行為の過失要件について立法過程や判例・学説を検討するものとして、例えば、錦織・前掲注(42) 一三四頁以下、瀬川・前掲注(42) 五六〇頁以下、窪田(編)前掲注(42) 三三九頁以下〔橋本佳幸〕等。

- (94) 我妻・前掲書注(44)一〇三頁、一〇五頁、加藤・前掲書注(46)七一頁。
- (95) 例えば、大阪アルカリ事件に関する大判大正五年二月三日民録二二輯二四七四頁等。
- (96) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、一九七二)、特に四〇三頁以下。
- (97) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』(弘文堂、一九九二)二二—二三頁。
- (98) 沢井・前掲注(50)八四頁。
- (99) 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から」法学論叢一五四卷四・五・六号(二〇〇四)三一七—三二〇頁。
- (100) 前田達明『不法行為帰責論』(創文社、一九七八)。
- (101) 同前、一八八頁、二二二頁。
- (102) 沢井・前掲注(50)八七頁。
- (103) 星野英一「故意・過失、権利侵害、違法性」同『民法論集 第六卷』(有斐閣、一九八六)三二〇—三三二頁。
- (104) 大塚直「不法行為における結果回避義務」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向(上)』(有斐閣、一九九二年)五六頁、潮見佳男『民事過失の帰責構造』(信山社、一九九五)九八頁。
- (105) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』(信山社、二〇〇九)二九七—二九八頁。
- (106) 同前、二九八頁。
- (107) 同前、二九八頁。
- (108) 同前、二九二—二九三、二九五頁。
- (109) 斎藤・前掲注(26)一二七頁。
- (110) 同前、一三二頁。
- (111) 同前、一三二—一三四頁。
- (112) 同前、一二九頁。

四 プライバシー侵害における「違法性」と「過失」の分化

四―一 はじめに 違法性論と過失論

以上のように、情報漏洩にまつわるプライバシー侵害の事案では、判例は行為の帰責性を判断するにあたって、加害者側の「過失」を明示的に考慮するようになっていく。一方で、既述のとおり、表現行為に関する判例は、（その基準のたて方が精緻に理論化されているわけではないものの）大枠としては「違法性」判断を行っており、そこでは総合的な比較衡量がなされているといえる。

この点、例外的ではあるものの、表現行為による公開・暴露類型でも、責任成立の一要素として、客観的な注意義務違反をも考慮することがあると評価できる事案もある。特に、最判平成元年二月二日は、侵害に関する受忍限度の検討をしたうえで、明文で予見可能性を前提とした「過失」をも検討し、結果として違法性を認定している。このような姿勢は、最判平成六年二月八日にもみられる。本判決では、明文で「過失」ないし結果回避義務につき言及があるわけではないが、「実名使用の是非をYが判断し得なかったものとは解されない」として、結果の回避に関する判断が示されているとも読めるからである。しかしながら、これらは違法性要件の中で、あるいはこれと同時に、過失を問題としていたことになる。

これに対し、平成二九年一月決定は、違法性判断において、これまでの事案と異なる判断を示したことは、繰り返し述べる通りである。本稿はその意義を、①高度なアルゴリズムが抱える「ブラックボックス」問題のため立証が非常に困難となりうる人工知能の設計・管理に関する過失の要素と、②当該システムそのものの社会的重要性を、比較衡量の要素から意識的に排除していると捉えるものである。特に①については、表現類型でもときに問題となり、既述の情報システムの類型で主たる争点となる過失（客観的注意義務違反）に関する考慮を、あえて除外する意図があったのでは

ないかと指定する。そしてそれを踏まえ、プライバシー侵害類型にあたっては、違法性要件と過失要件の役割分担がなされつつあることを指摘する。

これまでの準備作業を踏まえ、以下、この点についての検証を進める。

四―二 違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」と新受忍限度論

この検討の準備作業として、ここでは改めて違法性・過失の関係性に関する議論につき、新受忍限度論を中心として確認する。

新受忍限度論は、既述のとおり、「権利侵害（違法性）」と「故意・過失」という二元的構成を廃し、一元的に「被害が受忍限度を超える」という要件に集中し、被害が重大であれば、それだけで受忍限度を超える結果、過失を問題にすることなく不法行為責任を認めることができる（場合がある）と考えるものである。

このような理論構成に対しては、「受忍限度」という言葉に置き換えれば明文上の「過失」要件を排除できるとするのは、飛躍した論理であって法解釈として成り立たない等の批判がある。⁽¹³⁾ この批判に応答するために、新受忍限度論を採用する論者は、あるいはこれは七〇九条の枠外にある責任法理であると構成し、あるいは前述の「過失一元論」に拠ることによって、理論的な難点の克服を試みている。後者の考え方は、危険な活動を営むことによって利益を得ている企業の責任が問題となる場面で、結果発生の具体的危険に関する予見可能性を要求すると、予見不可能な損害について被害者が負担することになり、結果的に企業が損害を負担する必要があることが多くなるため損害の衡平な分配とは言えなくなる⁽¹⁴⁾として、具体的危険の予見可能性がなくても結果回避義務違反が認められるべきであるとする。⁽¹⁵⁾

このような議論の応酬を踏まえ、違法性や受忍限度ではなく、七〇九条の条文に忠実に「過失」要件の問題と捉えこ

れを高度化することによって、同様の目的を果たそうとする見解もあることはすでに論じた。この点、違法性要件における新受忍限度論にせよ、過失要件における「事前の思慮」論にせよ、双方ともに公害ないし環境の問題を前提として、被害の重大性を根拠に（一般的な）客観的注意義務の課題を克服しようとしている点については相違ないことに留意すべきである。すなわち、そこで前提となっている重大な被害というのは、生命・身体侵害であることが当然に含意されている。

以上を前提として、ここからは、再び最決平成二九年一月二九日に目を転じ、本決定の示した違法性の判断基準と「被侵害利益優越の明白性」要件の関係につき、検討していく。⁽¹⁷⁾

（a）「検索サービスの性質」について

本稿の随所で言及することではあるが、近時、様々な分野で研究・開発・実用化のすすむ、特に深層学習型のAIは、開発者でさえも予測できない動作をすることが避けられないうえ、その判断過程の検証が非常に困難である、つまり「ブラックボックス」となっていることが指摘され、それが「（ある種の）AIの本質的な特徴」であるとも言及される。⁽¹⁸⁾ そのため、AIの自律的な判断について真に予見不可能なのであれば、そのようなAIの判断等については、開発者としても問題行動の回避策を講じて事故を未然に防止することは不可能となりかねない。従ってAIが何らかの事故を起こしたとしても、開発者等の過失が認定されず、その不法行為責任は成立しないだろうことが懸念されている。⁽¹⁹⁾ そのため、AIのプログラム等に関する過失があったとの立証責任を被害者側に負わせることは酷であることが指摘され、日本においてもこの問題の解決策、特に無過失責任や無過失補償の可能性につき主に（立法論の観点から）議論されている。⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾これがすなわち、調査官解説にて言及される、プログラムによって自動的に稼働するロボット型検索サービスの性質（に

由来する問題」と理解することができる。

このような過失の立証困難については、民事上の判例・学説は、これまでも検討してきた通り、様々な場面について対応してきた⁽¹²⁾。そのような発想を応用すれば、本件のような、高度なアルゴリズムが関わる事案についても過失の立証困難という課題は緩和される可能性がある。しかしながら、本決定はそのような、過失要件による対応はせず、あくまで違法性要件において過失を考慮しなかつた対応する道を選んでいる。このような本決定の判断の裏には、単にプライバシー侵害について判例が爾来違法性を主たる基準としていた以上の理由があるのではないだろうか。

第一に、ロボット型検索エンジンに起因するプライバシー侵害の場合、本件債務者が主張するように、古典的なプライバシー侵害と比べると、(債務者側の「人間」の)意思的な連関は必ずしも強くはない。そのため、本件はシステム的设计・管理に関する、過失不法行為(なかでも不作為不法行為)が問題となりうるものであるとも評価できる。そのことを前提に、例えば平成二十九年一〇月判決のように過失を争点のひとつとしてしまうと、アルゴリズムの性質上、被害者側にとっては結果回避義務違反の立証が不可能でなかったとしても非常に困難であつて酷となるといふ問題が生じうる。この課題を克服するために(一般的に)過失の高度化を行うとしても、本件では被侵害利益がプライバシーであつて、公害の場面のような生命・健康は必ずしも直接的には侵害されていないという問題があり、あるいは情報共有に関する信認義務の問題とするとしても、検索サービス事業者と原告との間には、情報共有に関する特殊な関係は必ずしもあるとはいえない。かといって本件を純粹に従来通りの個別的比較衡量の問題と扱うとすると、第二に、検索サービス事業者のような実質的には情報発信者とはいえない主体の行為について、典型的な情報発信者を想定する比較衡量の基準を適用するのは妥当でない、とする批判に応じなければならなくなる。

そこで本決定は、「検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する」と判断することで、シス

テムの設計・管理に関する客観的注意義務が主要争点となりかねない事態（のみならずシステムの構造そのものの詳細な検討）を回避し、さらに、表現行為にまつわるプライバシー侵害の延長線上で責任の成否を判断することを可能にしたのである。ここでは、アルゴリズムのプログラミングの問題に対しては、結果回避のための（予防原則に基づく）高度な調査義務を加害者側に要求できないという価値判断がある可能性もある。

つまり、本決定は、本件が高度なアルゴリズムを活用したシステムに関する事案であるからこそ、違法性要件において考慮要素の操作を行っており、本類型では「過失」を問題にしないという姿勢が窺われるのである。⁽¹²⁾

（b）「検索事業の重要性」について

平成二九年一月決定の示した違法性判断の特徴は、過失の不考慮のみにとどまらない。本件で問題になっているような高度なアルゴリズムを活用するサービスが社会的に重要なものとなっていることは周知のとおりであるが、調査官解説では、この事情についても本決定の（被侵害利益と比較衡量される利益としては）考慮要素から除外されていることが示唆されている。その意義としては、違法性要件の性質そのもののかかわりがある。

違法性要件は、七〇九条の条文では必ずしも求められない要素——特に今日では、加害者側の事情——をも勘案する要件として機能している。そうすると場合によっては、何らかの公共的な利益と個人の利益の衡量が結果として加害者側の利益の保護に傾き、不当にも被害者の救済につながらないという課題が発生しうる。この点については、前述のとおり、権利を擁護する立場（権利論）から根源的な批判が夙になされてきたところである。

検索サービスの社会的重要性を特に本件原審の判断ほどは直截的には考慮しないという方向性を採用した本決定の判断は、このような権利論の批判を（あくまで違法性要件の中ではあるが）一定程度取り込むものであると評価できる。

このことは、様々な情報サービスを寡占的に提供する事業者が「プラットフォーム」という国家を超えうる存在として独自の地位を確立しつつある昨今においては、非常に意義深い。しかしながら、あくまでそれは、高度なアルゴリズムを活用するシステムそのものの公益性を考慮に入れないということであつて、児童買春に係る情報を知る側（及び伝える側）の利益と、その事実を知られたくない者の利益を比較しないところまでは踏み込むものでは決しないことに留意が必要である。このことは、表現行為類型以外の情報分析類型では、例えば、事業者が情報システムを活用することによってその充実化を図る、生命・身体・健康と結びついた平穩生活権とプライバシーとを比較衡量することにつながることもなるう。

（c）小括

平成二九年一月決定は、違法性要件における過失とサービスの公益性の不考慮と引き換えに、「被侵害利益優越の明白性」要件を課すことにより、バランスをとっている。より敷衍すると、次の通りである。

本決定が示した違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」の意義は、違法性判断に当たって被害者救済のために特定の事情を敢えて考慮要素から除外する場合に、加害者側の責任認定の下限が下がりすぎないようその他の考慮要素の検討が相対的に重要になることを示す（符牒にすぎない）ものであり、決して被害者側に単に厳しい要件を加重するものではない。具体的には、本件では、①検索システムは高度なアルゴリズムを活用しているが、当該システムに由来する不法行為責任については事業者の結果回避義務違反を立証することが困難かもしれないという事情と、②検索システムがすでに人口に膾炙し、その社会的重要性が非常に大きなものになっているという事情が具体的考慮要素から排除されており、それゆえにバランスが求められているのである。

この理解を前提に、次にプライバシー侵害類型における違法性要件と過失要件の役割分担につき、試論を示すこととする。

四―三 プライバシー侵害における「違法性」と「過失」のすみわけに関する一試論

既述のとおり、不法行為法基礎理論における違法性要件・過失要件の意義については、混迷状況と評される状況に至って久しい。一方では、違法性一元論が主張され、他方で過失一元論が主張されている。このような状況を前提として、それぞれの理論構成（特に新受忍限度論と過失の高度化論との対立）に伏在する発想の違いにつき、公害問題に関する不法行為責任の場面を念頭に、「公害を、現代社会においては（経済的・技術的な面から）不可避的に生ずる現象であり、場合によれば、ある程度までは相互に受忍しなければならない（少なくともそのような現象をも含む）ものとみるか、公害においては加害者と被害者に立場の対等性や互換性がなく、被害も生命・健康被害などの絶対的損失が中心となるので、相互の受忍ということはありえ」ず、侵害は原則として防止すべきと「考えるかの違い」があったであろうことを指摘するものがある。^(四)

この指摘はあくまで、新受忍限度論と過失の高度化論をそれぞれ別の理論構成として評するものである（そして公害訴訟の多くの判決が過失の高度化理論を採用したことを評価するものである）。この発想を、近時の、違法性と過失を使い分けるプライバシー侵害の判例法理に当てはめると、同様に、新受忍限度論的に比較衡量の問題として考えている類型については、現代社会においては不可避的に発生する現象であり、ある程度まで相互に受忍しなければならない場面もあると考えており、過失要件で検討している類型については、相互の受忍ということとはありえないと考えていると解釈することができる。そうすると、最高裁は、（表現の自由という重要な価値のかかる）表現類型のみならず、

AIの情報分析（ビッグデータ分析）類型についても我々には社会的に受忍すべき一定の状況があるとしており、客観的な注意義務の違反を問題にする情報漏洩・不正提供類型については、そうではないと考え始めているということになる。⁽¹⁸⁾

以上の議論を縁としつつ、近時のプライバシー侵害の判例法理の特徴をいま一步踏み込んで整序すると、次のようにいえるのではないか。

すでに検討した通り、過失要件は、客観的な注意義務（結果回避義務）の違反を問題とするものであり、その基礎には（抽象的な）「社会の信頼」がある。これは局面によっては、結果を回避するにあたっての事前の配慮（調査義務）も課される高度なものとなる可能性もある。この要件を問題とする情報漏洩については、いわゆる相対的利益と評価されるプライバシーに係る情報^①、すなわち必ずしもプライバシーそのものではない（ためより小さな価値しかない）と指定されかねない）情報の管理についても、今日では、情報産業の事業者等に対して高度な注意義務を求めている。その理論的根拠のひとつとして、当事者間の情報共有に関する関係性が挙げられる。この点、この注意義務は客観的なものであり、一定の普遍性をもって類似の事案に波及することになる。その実質的な意義については、グローバルな情報社会を念頭に再定位しなければならない。すなわち、過失要件は、抽象的観点から行為の帰責性を判断し、客観性・普遍性を志向する帰責性判断の基準であり、今日においては、インターネットの分散性、越境性を踏まえたグローバルな社会においても、広く規範の遵守を求める意義を有するものと考えるべきなのである。

一方で違法性要件は、かつては権利要件の狭隘さを克服するために主張され、その後、公害等の事案で地域性等の個別事情や過失の立証困難という被害者側の特殊な問題を考慮するための要件として機能してきた。それがプライバシー侵害において、（基本的には国内に閉じたマスメディアのかかわる）表現行為類型において加害者側の利益・事情

（表現の自由）を衡量し、近時は（調査官解説によれば被害者の権利利益の保護の観点から）アルゴリズムのブラックボックス化に対応する姿勢を見せつつ、加害者側の事情を過度に考慮しないよう謙抑的な判断を示している。つまり違法性要件は、具体的観点から（も）行為の帰責性を判断し、事案の個別性への配慮を（より）志向する基準なのだと考えられる。これはインターネット社会における個別性、コミュニティの多様性等に配慮するものであると評価すべきなのである。

違法性要件においても、過失要件においても、潜在的加害者の行動の自由と潜在的被害者の権利との衡量はなされる。しかし、その衡量の在り方、根本にある発想・志向性がこのように異なるのである。この点につき不十分ながら試論的な管見を開陳するならば、個別性への配慮を志向し、ある種の多文化主義的な取り扱いを行うことをも任務とする（不法行為法の）違法性要件は、普遍性を志向する近代法として制定された民法の条文に記載がなくとも、そのこと自体は不思議ではなく、判例法で認められていれば（現時点においては）充分であると再評価することも可能ではないだろうか。そしてこれが、リベラル・コミュニティリズムに基づく不法行為の基礎理論（の一端）であると考えられることもできよう。今後は、以上の理論的整序を前提とした、違法性・過失二元論の精緻化を図っていく必要がある。

（113） 沢井裕「差止と利益衡量」法律時報四三巻八号（一九七二）一一頁、好美清光「日照権の法的構造」ジュリスト四九四号（一九七二）一一八頁。

（114） 野村好弘「受忍限度論について」公害研究一卷三号（一九七二）七一頁。

（115） 淡路剛久『公害賠償の理論（増補版）』（有斐閣、一九七八）九八頁。

（116） 同前、九二頁。

(117) 以下の議論については、拙稿・前掲注(41)にてすでに論じているところ重なるところも多い。

(118) 人工知能の性質については、本稿第三章のほか、日本の研究者による文献としては、松尾豊『人工知能は人間を超えるか』(角川EPUB選書、二〇一五)、樋口晋也・城塚音也『決定版AI 人工知能』(東洋経済新報社、二〇一七)、中川裕志『裏側から視るAI』(近代科学社、二〇一九)等を参照。

(119) 平野晋『AIネットワーク時代の製造物責任法』福田雅樹・林秀弥・成原慧(編著)『AIがつかない社会』(弘文堂、二〇一七)二六九頁。

(120) 例えば、伊藤博文『人工知能の民事責任について』愛知大学法学部法経論集二〇六号(二〇一六)六七頁。

(121) 自動車事故につき、藤田友敬『自動運転をめぐる民事責任法制の将来像』同(編著)『自動運転と法』(有斐閣、二〇一八)二七五頁、後藤元『自動運転車と民事責任』弥永真生・宍戸常寿(編著)『ロボット・AIと法』(有斐閣、二〇一八)一六七頁。ロボット手術につき、弥永真生『ロボットによる手術と法的責任』同前書一八七頁。いわゆる「電子人格」の意義につき検討しながらも、強制保険や無過失補償制度の必要性を重視するものとして、栗田昌裕「AIと人格」山本・前掲書注(38)二〇一頁。また、AI・ロボット時代における「総合救済システム」論の再検討の必要性に言及する研究報告として、赤坂亮太「不法行為法におけるAIの法的人格に関する検討」二〇一八年度人工知能学会全国大会(第三二回)。本稿筆者も、この争点に関する報告を行っている(拙報告「総合救済システム論再考」——いわゆる「第四次産業革命」を契機として」末川民事法研究会二〇一八年四月二二日)。

(122) 例えば、製造物責任に関する類型では、東京スモン訴訟第一審判決(東京地判昭和五三年八月三日判タ三六五号九九頁)、大阪スモン訴訟判決(大阪地判昭和五四年七月三一日判時九五〇号二四一頁)は被告に高度の予見義務を課し、カネミ油症事件判決(福岡地判昭和五二年一〇月五日判タ三五四号一四〇頁)は安全性確保義務を課し、あるいは松下テレビ発火事件判決(大阪地判平成六年三月二九日判タ八四二号六九頁)は過失の推定を行うことによって、責任の成立を認めてきた。

(123) しかしながらそれによって、加害者側に対し、結果回避にまつわる事前の調査義務を課す道も絶たれかねないという課題がある点には留意すべきである。

(124) 吉村良一「公害における過失責任・無過失責任」立命館法学二七一・二七二号下巻(二〇〇〇)一一一〇—一一一頁。

(125) AIによる情報分析にあたって、「AIを監督するAIを適切に活用していたかどうか」という基準を設けることで、A

Iの情報分析にまつわる問題領域についても過失の問題として捉える可能性が開かれる。この問題につき判例法理をどう整序するかについては、なお開かれた問題であるといえよう。

第四款 小括

以上、本節では、日本不法行為法の基礎理論のうち、第二款で權益論、第三款で行為の帰責性判断（違法性と過失のすみわけ）について検討してきた。それをサイバー時代におけるリベラル・コミュニティの観点からのプライバシー理論と総合することによって、次のような仮説が導かれた。

まず、權益論については、情報の提供に関する関係性からコミュニティを構想し、そのコミュニティとの（逆転）共生関係を前提に、情報共有を開くか、閉じるかを考えることになる。ここでは、ICTの発展に伴い、公（国家）と私（市場）の領域が絡まりあい、その区別が容易にたなくなっていることを踏まえつつ、従来念頭に置かれていた（基本的には国家の枠内に収まる）伝統的なコミュニティと、国家の枠を超えた（新たな）コミュニティの相互作用によるプライバシー観の形成を同定する必要がある。

次に、行為の帰責性判断（違法性と過失のすみわけ）の在り方については、高度な情報システムのかかわる場面について、本稿の理論研究と近時の判例法理を接合すると、次のようなことが言える。形式的な類型論としては、①ロボット型検索エンジン等、高度なアルゴリズムの情報分析については、違法性要件で対応し、②情報システムからの漏洩・不正提供は過失要件で対応することになる。

この点、過失要件に基づく行為の非難性はコミュニティを超えうる普遍性を志向するものであり、違法性要件に基づ

く行為の非難性はコミュニティ内に閉じる志向性をもつ場面もあることが肝要である。ここにいうコミュニティは、グローバル時代におけるコミュニティであり、伝統的な、単なる一国民国家の一地域・一家族をのみ意味するものではない（しかしながら、伝統的なコミュニティの観点を閑却するものでもない）。

一方で、一般不法行為法においては、権益侵害要件においても、コミュニティ等の多様性への配慮を行うこととなる。そこで不法行為責任の検討にあたっては、権益侵害要件＋過失要件で検討する際に、普遍性の入り込む程度が過度な場合には、違法性要件に置き換える、ということもありうる。しかし逆に、権益侵害要件＋違法性要件で検討することによって、コミュニティの抑圧が強まりすぎないよう、配慮する必要がある。

権益論におけるコミュニティへの配慮の度合いと、行為の帰責性判断（違法性と過失）におけるコミュニティへの配慮の度合い、これらの組み合わせによって、総合的なプライバシー保護の在り方が決まることになる。逆に考えると、問題となる行為の非難性につき、普遍的に妥当しうる志向を持つものと考えるか、コミュニティに閉じる志向を持つものと考えるかによって、帰責性判断の基準、すなわち過失か違法性かを選択することになることが、形式的な類型論の背景にある、理論的な含意として導かれる。これが不法行為法の違法性要件と過失要件の、少なくともプライバシー領域における今日の理論的意義であると考えられる。

第三節 私法上のプライバシーに関する一管見——近時の社会問題を素材として

ここでは、これまでの検討を前提として、近時、日本社会で物議を醸している象徴的かつ対照的な二つの社会問題をモデルケースとして、サイバー時代における私法上のプライバシー（の保護）の在り方につき管見を示す。ひとつは、

いわゆる「リクナビ」事件であり、ひとつは、新型コロナウイルス感染症の世界的流行である。これらの事案では、表
現行為でもなく、単純な情報流出でもない、情報分析そのものの非難性が問題とされうる点が、特徴である。

第一款 リクナビ事件

一 事件の経緯

本問題は、就職情報サイト「リクナビ」を運営するリクルートキャリア社が、サイト登録者のウェブ閲覧記録等をも
とに「内定辞退率」等のデータを算出し、企業に販売していたことが取り沙汰されたものである。⁽¹²⁶⁾ 同社が無断でデー
タを提供した数は二万六〇六〇人分にのぼり、自動車メーカーや総合商社等、三八の大手企業がこのデータを購入したこ
とが明らかになっている。

問題となったサービス「リクナビDMP⁽¹²⁷⁾フォロー」は、二〇一八年三月から提供されていた。これは、サイト登録者
のウェブサイト閲覧履歴等を企業が一元的に管理、分析することにより、登録者ごとの嗜好や行動特性に合わせた広告
を配信する等し、効率的なマーケティングを実現することを目論むものである。リクナビは本サービスを、単に広告配
信にのみ利用するのではなく、さらに、就活生に対する「選考と内定という異なる段階でのフォロー」に活用すること
を考えていたという。具体的には、就職活動生の、「選考離脱可能性」と「内定辞退可能性」という二つの「スコア」
を算出し、企業に提供していた。このスコアは、例えば、「選考離脱可能性」の高い応募者には企業が職場見学を手配
する等し、「内定辞退可能性」が高い就活生に対しては社員が入社前のさまざまな相談に乗る等する、そのようなた
ちでの利用が考えられていたという。これらのスコアは、過年度の就職活動生の選考状況や内定の諾否、企業や業界の

各種サイトの閲覧履歴等を用いてアルゴリズムを作成した上で、このアルゴリズムを対象となる就活生のデータを突き合わせることで算出されていた。具体的には、リクナビだけではなく、外資就職ドットコム等の外部サイトや、リクルーが提供する「SPI」をはじめとする多岐にわたる適性検査の結果も、スコア算出のために利用されていたという。⁽¹²⁾

この問題につき、個人情報保護委員会は、二〇一九年八月二六日付で、勧告及び行政指導を行った。⁽¹³⁾さらに厚生労働省は、学生本人の同意の有無にかかわらず、企業への同種のデータ提供は「学生の立場を弱め、不安を惹起（じゃつき）させ、就職活動を萎縮させる恐れが高いものと言わざるを得ない」とし、職業安定法につき、「情報主の同意があっても法律違反」という厳格な見方を示した。⁽¹⁴⁾その後、個人情報保護委員会は、継続調査によって、当該勧告等の原因となった事項以外にも個人情報保護法に抵触する事実が確認されたため、改めて勧告を行った。⁽¹⁵⁾

労働関係における採用時の調査とプライバシー・自己決定・個人情報保護の問題については、三菱樹脂事件に関する最大判昭和四八年一二月一二日⁽¹⁶⁾によって、採用時の調査の自由を広く認める立場が示されたものの、その後、日本の法規制の状況は特に特別法の領域において大きく展開している。特に一九九九年の職業安定法の改正によって、「その業務の目的の達成に必要な範囲内で求職者等の個人情報情報を収集し、並びに当該収集の目的の範囲内でこれを保管し、及び使用しなければならない。」（五条の四 第一項）との規定が盛り込まれている。学説でも、労働関係における使用者の調査の自由がプライバシー・個人情報保護の観点から制約を受けることに關しては、異論は見られないような状況にある。⁽¹⁷⁾

このリクナビ事件を一つのきっかけとして、就職活動の募集・採用過程における応募者等の個人に関する情報の保護の在り方について、特にHRテックを念頭に、再検討がなされ始めている。⁽¹⁸⁾本款では、AIによる確率的推測と推測結果の不正提供に關する私法的検討——特に不法行為法上のそれ——を試みる。

二 不法行為法の観点からの若干の検討

本件で問題となっているのは、時系列順としては、就活生の選考過程における情報やウェブ閲覧履歴等の取得・収集、アルゴリズムによる情報分析により「選考離脱可能性」と「内定辞退可能性」といったデータを算出したこと、そしてそれを複数の企業に売却したこと、それによって選考過程において実際に不利に扱われた可能性があること、以上の四点である。

この問題につき、プライバシーに係る情報としてのセンシティブさについては次のように言える。まず、選考過程の情報やウェブの閲覧履歴それ自体の（少なくとも一次的な収集それ自体に関する）センシティブさは非常に高いものである。次に、アルゴリズムの推測によって得られた内定辞退率等の推測データについては、職業安定法や個人情報保護法の規定、個人情報保護委員会の勧告、就職活動生や所属する大学等による反対運動の広まりを見るに、私法上のプライバシーとしても、センシティブな程度が高いと評価するに十分な社会的背景がある。

以上のプライバシーに該当しうる情報の（不正）利用につき、本件ではプライバシー侵害が成立するだろうか。以下、情報の不正提供の妥当性、情報の分析行為の妥当性という順序で検討していく。

まず、情報の不正提供の妥当性について検討する。ここでは、情報の提供にまつわる（高度な）注意義務の違反の有無が問題となる。

第一に、本件では、第三者に対する情報提供につき、同意をとっている利用者と、同意を必ずしもとることができていなかった利用者とがいたことが確認されている。その違いによって、不法行為責任の成否につき差を設ける立場もありうるが、本稿がそのような立場には必ずしもくみしないことは繰り返し述べる通りである。問題は同意の有無そのもの

の（のみ）ではなく、本サービスに登録しないと事実上就職活動に困難をきたすということや、当該推測データにつき第三者企業に実際に売却・提供しており、その数も三八と少なくないことをどう評価するかにかかっている。この点、就職活動を充実した環境で行うためのサービスを広く社会に提供すべきであること、寡占的サービスであるということに託けて利用者を搾取することは慎むべきであること、売却先企業の数が決して少なくないこと等に鑑みると、本件行為の不当性は決して小さくはない。加えて、リクナビが（建前として）掲げる利用方法を提供先企業が守らず、就活生に不利な形でデータを活用する可能性にリクナビ側は思慮を及ぼし、特別な配慮をすべきであったといえることも考慮しなければならぬ。以上から、本件不正提供については、「適切な管理に対する期待」に反する過失があったと考えるべきである。

本件のように、採用の選考過程で活用することを前提とした情報提供の不当性については、普遍性を志向するものと考えらるべきである。具体的には、物理的な地域や大学はもちろん、リクナビというウェブコミュニティに閉じる問題ではないと考えるべきである。このことから、この類型を過失の問題と捉えることの規範的妥当性が導かれる。

次に、情報の分析行為の妥当性について検討する。

この点、平成二九年一月決定の判断構造からすると、その違法性の主張にあたって、システムの設計にまつわる注意義務違反（算出したデータの不正確性等）を被害者側が立証することは必ずしも求められていないと理解すべきである。ここで求められているのは、当該算出された情報について、センシティブであると法や関係者が捉えていることの立証なのである。また、企業側の反論として、本件データを活用することによる公共的利益との比較衡量がなされる可能性がある。しかしこの点についても、サービスそのものの利益を過度に考慮することは許されるべきではない。算出されたデータを利用する側の利益と、利用される側の利益について、経済的効率性のみを過度に重視しないよう配慮しつつ、

慎重に比較考量することが求められている。これらの点につき検討すると、本件内定辞退率等のスコアの算出目的も、実際の使われ方も、基本的にはあくまで企業の効率性を高めるものに過ぎないと評価できる。このような使い方については、結果として不当な差別や不平等をもたらす可能性があり、それを恐れる情報主の行動の萎縮をもたらすこととなる。本稿の観点からは、公衆衛生等の公共的利益に必ずしも資するわけでもないこのような行動変容を肯定することはできないため、情報分析それ自体につき違法性があり、プライバシー侵害に該当すると考えるべきである。

第二款 新型コロナウイルス感染症対策

一 新型コロナウイルス感染症の世界的流行の経緯

二〇一九年末より、新型コロナウイルス（SARS-CoV-2）の感染による、急性呼吸器疾患（COVID-19）が発生し、世界的に流行している。当初、中国中部の湖北省武漢市で原因不明のウイルス性肺炎の症例が続出して以降、⁽¹³⁶⁾ 感染は中国以外の（日本を含む）アジア諸国、欧米諸国へと広まり、その後、それ以外の世界各地にも拡大している。

二〇二〇年一月三十一日、世界保健機構（WHO）は「国際的に懸念される公衆衛生上の緊急事態」を宣言し、⁽¹³⁷⁾ 同年二月二八日には、この疾患が世界規模で流行する危険度を最高レベルの「非常に高い」に引き上げた。⁽¹³⁸⁾ そして三月一日、ついに、テドロス事務局長は本感染症の流行を「パンデミック（世界的流行）相当」との認識を表明した。⁽¹³⁹⁾ その後、感染の影響は断続的に長期化することが見込まれるようになっていく。

これまで世界各国で、旅行制限、検疫、外出禁止令等の公衆衛生上の対応措置が採られている。具体的には、中国では、感染源となった武漢をはじめとするいくつかの地域が「封鎖」され、様々な外出禁止措置が取られているほか、日

本では当初、感染者を含む乗客を乗せた英国船籍のクルーズ客船が検疫を受けた⁽¹⁴⁾。その他にも、市中感染が進行中の地域への渡航に対する各国政府機関による注意・警戒情報等の発令や、感染地域からの渡航の制限・停止がなされる等、規制の強化が世界中で進んでいる⁽¹⁵⁾。その他、国内の（短距離の）移動についても、例えば鉄道駅等で体温チェックがなされる等⁽¹⁶⁾したり、不要不急の往来の自粛が要請されたりもしている⁽¹⁷⁾。

これらの人的移動制限措置は、世界同時不況をも齎している。日本では、二〇年の一月から三月までのGDPの伸び率の平均値が年率マイナス二・八九%と試算され、二期連続でマイナスとなり、「リーマンショック以来の水準」、「東日本大震災以来のマイナス」等と、経済指標も相次いで厳しい状況が示されている⁽¹⁸⁾。ニューヨークの株式市場も、急速な値下がりによる取引の自動停止を繰り返し、大幅な値下がりが続いた⁽¹⁹⁾。その後の情報では、コロナ危機が本格化した四～六月期の日本のGDPの二次速報は、物価の影響を除いた実質（季節調整値）で一～三同期比で七・九%減、年率換算では二八・一%減だとされている⁽²⁰⁾。このように、公衆衛生が経済的効率性にとって重要な条件であるということが（改めて）明らかになっている。

このような状況において、本稿の問題関心と関連のある動向としては、新型コロナウイルス感染症対策の新たなICTが続々と開発・運用されはじめていることが挙げられる。例えば中国では、移動情報等のビッグデータを分析することで感染者との濃厚接触の可能性を判定するアプリが運用されているようであり、米国ではスマートフォン⁽²¹⁾の位置情報⁽²²⁾の活用について議論が起こり、日本でもAI搭載の複数人数同時高精度体温検知システム⁽²³⁾や接触感染アプリ⁽²⁴⁾の活用が始まっている。そしてこのような技術の開発には、グローバルに展開する巨大IT企業の役割が非常に大きなものとなっている⁽²⁵⁾。この点、これら新たな技術の積極的な活用に対しては、プライバシーに関する深刻な懸念が表明されている⁽²⁶⁾。しかしながら一方で、WHOの事務局長が「感染拡大を抑えるためには感染が疑われる人を隔離し、検査し、治

療し、感染ルートを追跡しなければならない。隔離や検査などの措置は、すべての国で対策の柱とされるべきだ」とする(154)ように、このような技術の積極的な活用が求められてもいる。他方で、先述のクルーズ客船の乗客の顔写真をテレビ局が当人に許可なく番組で使用したことにより、当該乗客が三回のPCR検査で陰性だったにもかかわらず生活の様々な局面において差別的取り扱いを受けていることが明らかになったり、その他ネット上の「特定」等によって迫害の原因になったり、感染者に対する様々な差別等が各地で起こつてもいるため、情報の適切な共有の在り方については、予断を許さない状況にある。そんな中、愛知県が感染者の個人情報ページに誤掲載したことも問題となっている。(155)

これらの事例は現時点では民事的な争訟に発展しているものではないが、現時点において私法の観点から感染症のパンデミックとプライバシーの問題について検討することにも、少なくとも意義が認められるだろう。(156)二〇二〇年のサーズ(SARS)、二〇二二年のマーズ(MERS)、そして今回と、定期的に新型コロナウイルス感染症の広域的な流行が起こっていることに鑑みるに、本論点については、一過性の問題としてではなく、将来また起こる可能性のある課題として検討する必要がある。(156)

二 不法行為法の観点からの若干の検討

ここで問題になるのは、感染症対策のために行動履歴等の情報を収集・蓄積し、それを情報システムで分析することが許されるか、そしてそれを同意なく行う場合はどうか、さらにそのデータの流出・二次的利用についてどのように考えるか、という点である。はたまた、感染者に関する情報についてエンドユーザーがインターネット上で共有し、匿名性を剥ぐ「特定」行為等につき、いかに考えるかも問題となる。

そもその前提として、感染症対策を行うにあたって、病原体の性質や感染拡大の状況等に応じた感染制御のための目標（つまり、公衆衛生の在り方）をいかに定めるかが重要であることが指摘されている。⁽¹⁰⁾ すなわち、①いわゆる実行再生産数を一未満にすることで感染症の完全制圧を目指す方針、②感染症の拡大を許容し、いわゆる「集団免疫」の獲得、すなわち一定数以上の住民が既感染となるか免疫を獲得した状態を目指す方針、③それらの中間として、一般住民に一定の行動制限をかけて感染を遅らせるもの、完全制圧は目標とせず緩徐な感染拡大を許容し、長期間をかけて集団免疫の獲得を目指す方針、大きくわけて以上の三つのうちから、今回の新型コロナウイルス感染症に対してどのような戦略を用いるかが問題となる。例えば、エボラ出血熱のような危険性の極めて高い（日本にとって）外来の病原体に対しては水際対策を中心とする①の完全制圧を目指す方針が妥当するであろうし、通常の風邪や季節性のインフルエンザであれば、②の集団免疫の方針が妥当しうる。⁽¹⁰⁾

この課題設定は、感染症対策とプライバシーの調整の問題にあたっても同様に重要である。特に本稿が念頭に置く、ICTの積極的な活用とプライバシーとの調整においても、そもそもそこで問題となっている感染症がどのようなものであるかによって、活用される情報システムの在り方に大きな違いが生じるからである。

まず、新型コロナウイルス感染症にまつわる情報のセンシティブさの程度について検討すると、感染症に罹患しているか否か、罹患しているとしてその病状はどうか等という情報は紛れもない医療情報であるため、本来であれば高度にセンシティブな情報であり、プライバシー該当性は非常に高い。しかしながら、（これまで明らかになった情報によると）新型コロナウイルス感染症は飛沫により感染する、比較的感染力の強いものでありながら、ワクチンや特効薬は現時点で存在しないという課題のある病である。そしてその感染は世界的に拡大しているうえに、日本国内においても（地域によってムラがあるものの）全国的な拡大がみられる。そのため、公衆衛生を達成するために、その要保護性に一定の

制限がかけられることは避けられず、情報の取扱いに当たって情報主体の自由意思に完全に依拠しなければならないものでは必ずしもないことは確かであろう。個人情報を利用する情報システムにより、従来の感染症対策をより効率的に実施できるようになったり、これまで不可能であったような施策が実現できるようになったりする可能性があるからである。

それでは、いかなる行為がプライバシー侵害に該当するか。

まず、同意のない取得や二次的利活用について、日本の個人情報保護法（一三条）のみならず、プライバシー保護の程度の高いEUのGDPR（二三条）においても、公衆衛生に適用については例外事項として規定されていることは踏まえないといけない。例えばいわゆる「接触確認アプリ」を個人の端末にどのように導入するかという点については、前述の感染症対策に関する目標^(a)～^(c)を踏まえつつ、その目的に適い、プライバシーの制限が最低限度にとどまるような利用であるかどうかを検討することになる。この観点からすると、日本の「COCOA」については、氏名等の個人情報収集されず、位置情報等個人が特定されうる情報は記録されず、陽性者との接触情報は中央サーバーでマッチングされるわけではないため、そもそも情報主の意思やプライバシー・個人情報に配慮した設計となっていると評価できる。そうであるがゆえにそもそも狙いとする効果を達成できるかにつき疑義があるものの、プライバシーの問題としては、システムの利用自体が即座に不法なものと評価されるとは考えづらい⁽¹³⁾。このようなアプリを含む情報技術を活用することによる行動変容も、公衆衛生にかなうものであり、その要請が過度でない限り、本稿の立場からすると原則として問題とはならないと評価できよう。

しかしながら、このような公衆衛生を根拠とするプライバシー保護に対する例外は、ネット上の「特定」行為や、それに基づく「自粛警察」等感染者に対する差別・迫害行為一般を擁護するものでは決してない。この問題については、

日本政府の危機管理能力の欠如、法的強制の回避によって法の支配が掘り崩されていることを慨嘆し、政府が法的強制力を伴う危機管理対策を実行していればこのような社会的同調圧力による専制は抑制されていたとする見解⁽¹⁶⁾がある一方で、政府よりもむしろ大衆がより強力な緊急事態宣言を望んでいた日本の現況を踏まえるときには、理想を言えば強制力よりは自粛——権力性を内面化しただけの自粛ではなく、市民としての自己拘束——が求められるとする見解⁽¹⁶⁾もある。国家やそれ以外——ここではプラットフォーマーや新たなICT、例えば人工知能そのもの——に強力な権威を求めることを警戒し、プライバシー観の醸成についてはコミュニティに一定程度委ねながらも、「自粛警察」のようなものは、コミュニティの圧力が強くなりすぎている例として、個別に不法行為法上の問題として対応することが求められるよう。

最後に、ここで得られた医療情報を、公衆衛生とは必ずしもかわらない、何らかの信用スコア等の算出のために紐づけることも防止されるべきであろう。現に、「コロナ差別」として、新型コロナウイルス罹患者や罹患者ではないにもかかわらず同じ属性を有する者（例えば、同じ〇〇大学生、同じ医療関係者という職業、等）について、入店拒否や解雇等の問題が発生しているが、このような行為につき一層効率化するようなシステムの開発は、厳に慎まなければならないことを指摘するのも、無駄ではないだろう。当然、情報漏洩もあつてはならず、そのために私法の果たす役割は小さくはないはずである。あくまで、本件情報は、公衆衛生を向上させるために必要な限りで、活用・共有されなければならない。ハンセン病患者に対する差別的な規定を多く含む「らい予防法」の例を挙げるまでもなく、国家による不当な抑圧・コミュニティによる不必要な迫害は、本場面においても抑止されなければならない。

第三款 小括

このように、今日では、表現行為にかかわらない、情報分析によるプライバシー侵害の問題が社会問題化している。これらの問題は、現時点では必ずしもすべてが私法上の争訟として現れているわけではないが、私法上の理論研究による精緻な議論が求められていることは明らかであろう。本稿では紙幅の都合や（コロナ禍における）資料収集の限界もあり、これらの問題に関する検討は簡潔なものにならざるをえず、基本的には本稿で示した理論構成との整合性の確認に終始してしまった。より詳細な検討については、他日を期したい。

- (126) 嶋井健太「検証！『リクナビ』問題」NHK NEWS WEB（二〇一九年二月二六日）〈<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20191226/k10012229231000.html>〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）参照。
- (127) DMPは「データ・マネジメント・プラットフォーム」の略。
- (128) 本サービスの詳細については、慶応塾生新聞会「『違法サービスはなぜ生まれたか ルポ・内定辞退予測』（上）可否『オワハラ』への影響は リクナビと行政、食い違う説明」慶応塾生新聞（二〇二〇年二月二九日）参照。〈<https://www.jukushin.com/archives/40675>〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）参照。
- (129) 慶応塾生新聞会「『違法サービスはなぜ生まれたか ルポ・内定辞退予測』（中）外就、みんな就職、SPI 吸い取られるデータ」慶応塾生新聞（二〇二〇年三月二日）〈<https://www.jukushin.com/archives/40690>〉（最終アクセス二〇二〇年三月九日）参照。
- (130) 個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律第四二条第一項の規定に基づく勧告等について」個人情報保護委員会ウェブサイト（二〇一九年八月二六日）〈https://www.ppc.go.jp/files/pdf/190826_houdou.pdf〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。
- (131) 産経新聞ニュース「同意得ても法律違反 厚労省のリクナビ行政指導」（二〇一九年九月六日）〈<https://www.sankei.com/life/news/190906/lif1909060033-n2.html>〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

- (132) 個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律に基づく行政上の対応について」(二〇一九年二月四日)〈https://www.ppc.go.jp/files/pdf/191204_houdou.pdf〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (133) 民集二七巻一―号一五三六頁。
- (134) 労働関係、特に採用時における個人情報の利用と保護に関する近時の比較法研究として、例えば、河野奈月「採用の局面における個人情報の利用と保護——米仏の情報収集規制の比較法的検討」論究ジュリスト三三三号(二〇二〇)一二四頁。
- (135) 例えば、竹地潔「リクナビ内定辞退率販売事件——現行法の対応と今後の課題」法学教室四七二号(二〇二〇)五七頁、工藤郁子・荒井ひろみ・江間有沙「採用におけるプロファイリング・サービスの倫理的課題」人工知能学会全国大会論文集(第三四回全国大会・二〇二〇)〈https://www.jsstage.jsr.go.jp/article/pisai/JSAL2020/0/JSAL2020_4N3OS26b02_.pdf-char/ja/〉、弁護士ドットコムニュース「批判が噴出した『Yahoo! スコア』問題、板倉陽一郎弁護士が考える論点」(二〇二〇年六月一五日)〈https://www.bengo4.com/c_23/h_9764/〉(最終アクセス二〇二〇年九月九日)等。
- (136) CNNニュース「原因不明のウイルス性肺炎、中国・武漢で感染者続出 新型ウイルスか」CNN.co.jp (二〇二〇年一月七日)〈<https://www.cnn.co.jp/world/35147669.html>〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (137) Medical Tribune「新型コロナ、WHOが緊急事態宣言」(二〇二〇年一月三十一日)〈<https://medical-tribune.co.jp/news/2020/0131524120/>〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (138) BBCニュースジャパン「新型コロナウイルスの世界的危険度、最高レベルに引き上げ」WHO(二〇二〇年二月二八日)〈<https://www.bbc.com/japanese/51685708>〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (139) ロイター「新型コロナは『パンデミック』に相当、WHO事務局長が表明」(二〇二〇年三月一二日)〈<https://jp.reuters.com/article/coronavirus-who-pandemic-idJPKBN20Y2PC>〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (140) NHK NEWS WEB「中国 武漢封鎖から1か月 住民の厳しい外出制限続く」(二〇二〇年二月二三日)〈<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200223/k10012297961000.html>〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (141) NICOLE KOBIE「ダイヤモンド・プリンセス」が、新型コロナウイルスの「危険地帯」になった3つの理由」WIRED.jp (二〇二〇年二月二二日)〈<https://wired.jp/2020/02/21/diamond-princess-coronavirus-cruise-ship-japan/>〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

- (142) NHK NEWS WEB 「日本からの渡航者に入国制限 75 の国と地域に」(二〇二〇年三月一七日) <<https://www3nhk.or.jp/news/html/20200316/k10012333741000.html>> (最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (143) 日本の例として、NHK NEWS WEB 「乗車前にサーモグラフィで顔温度チェック 都営地下鉄」(二〇二〇年三月四日) <<https://www3nhk.or.jp/news/html/20200304/k10012313091000.html>> (最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (144) 例えば、大阪府知事により、大阪・兵庫間の往来に関する自粛要請がなされている。笹川翔平、高橋大作、青瀬健「大阪―兵庫間の行き来、3 連休中の自粛要請 大阪府知事」朝日新聞デジタル(二〇二〇年三月一九日) <<https://www.asahi.com/articles/ASN3M5X1TN3MPTL01Q.html>> (最終アクセス二〇二〇年三月二二日)。
- (145) 影圭太・坪井宏彰「世界同時不況のおそれ、新型コロナで景気は…」NHK NEWS WEB(二〇二〇年三月一七日) <<https://www3nhk.or.jp/news/html/20200317/k10012335671000.html>> (最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (146) NHK NEWS WEB 「NY 株式市場 急落 一時売買停止 過去最大の値下がり幅記録」(二〇二〇年三月一七日) <<https://www3nhk.or.jp/news/html/20200316/k10012334511000.html>> (最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (147) 山本知弘「GDP 落ち込み『戦後最悪』 回復まで三〜五年の見方」朝日新聞デジタル(二〇二〇年九月九日) <<https://www.asahi.com/articles/ASN987DZLN98ULFA00Q.html>> (最終アクセス二〇二〇年九月九日)。
- (148) 中国の例として、BBC ニュースジャパン「新型コロナウイルス感染の可能性を確認 中国の『濃厚接触』アプリ」(二〇二〇年二月一三日) <<https://www.bbc.com/japanese/51484377>> (最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (149) Craig Timberg, Elizabeth Dvoskin and Tony room, *U.S. government, tech industry discussing ways to harness location data to combat coronavirus*, (Mar. 19, 2020) <<https://www.seattletimes.com/business/technology/u-s-government-tech-industry-discussing-ways-to-harness-location-data-to-combat-coronavirus/>> (last visited Mar. 19, 2020).
- (150) 時事ドットコムニュース「【新型コロナ対策】最大 30 人の体温を同時測定、AI 搭載の高精度体温検知システム」(二〇二〇年三月一七日) <<https://www.jiji.com/jc/article?k=000000001.000055490&g=prt>> (最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。
- (151) 高橋暁子「新型コロナ接触確認アプリ「COCOOA」六割普及に必要なく」NEWS ポストセブン(二〇二〇年七月一二日) <https://www.news-postseven.com/archives/20200712_1576050.html?DETAIL> (最終アクセス二〇二〇年七月

一三二)。

(152) 関口聖「グーグルとアップルの『濃厚接触通知アプリ』APIが登場、開発の課題は何だったのか」ケータイwatch h (二〇二〇年五月二二日) <<https://k-tai.watchimpress.co.jp/docs/interview/1253907.html>> (最終アクセス二〇二〇年七月一八日)

(153) ベンジャミン・パワーズ(著)、山口晶子(訳)「コロナ拡大のなか、大規模監視はプライバシーへの脅威となる」コイデスク・ジャパン (二〇二〇年三月一五日) <<https://www.coindeskjapan.com/43934/>> (最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(154) NHK NEWS WEB「WHO『隔離と検査感染ルートの追跡を』対策強化求める」(二〇二〇年三月一九日) <<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200319/k10012339051000.html>> (最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(155) goo ニュース「『モーニングショー』クルーズ船客の顔写真無断使用で謝罪も、差別問題」指摘で疑問の声」(二〇二〇年三月一九日) <<https://news.goo.ne.jp/article/npn/entertainment/npn-200002377.html>> (最終アクセス二〇二〇年三月二〇日)

(156) 辻田真佐憲「脅迫・中傷・投石・落書き・密告…多発する『コロナ差別事件』の全貌」現代ビジネス (二〇二〇年四月三〇日) <<https://gendaimedia.jp/articles/-/72245>> (最終アクセス二〇二〇年八月五日)。

(157) その後愛知県は、該当者に損害賠償を支払うこととした。NHK NEWS WEB「愛知県 コロナ感染者の個人情報HPに誤掲載で賠償金支払いへ」(二〇二〇年五月二八日) <<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200528/k10012448871000.html>> (最終アクセス二〇二〇年七月一八日)。

(158) パンデミックと自己決定の問題について、公法及び基礎法学的見地から検討する近時の研究として、大林啓吾・大屋雄裕・瀧川裕英・鵜澤剛「パンデミックと法」法学セミナー七二三号(二〇一五)四三頁以下。

(159) 新型コロナウイルス感染症の世界的流行に起因する、感染症対策の在り方に関する法的検討を行うものとして、例えば、米村滋人ほか「『小特集』感染症対策の正義と法」法律時報九二巻九号(二〇二〇)六一頁以下。

(160) 民法(医事法)学研究者によるものとして、米村滋人「感染症対策の法的ガバナンスと専門家の役割」法律時報九二巻七号(二〇二〇)一一二頁。

(161) 同前、二頁。

(162) 以上については、厚生労働省「新型コロナウイルス接触確認アプリ（COCOA）」〈https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/cocoa_00138.html〉（最終アクセス二〇二〇年九月二七日）参照。

(163) 「COCOA」について法学の観点から検討するものとして、例えば、曾我部真裕「『接触確認アプリ』の導入問題から見える課題」法律時報九二巻九号（二〇二〇）一頁。

(164) 井上達夫「危機管理能力なき無法国家」法律時報九二巻九号（二〇二〇）六三―六五頁。

(165) 江藤祥平「匿名の権力——感染症と憲法」法律時報九二巻九号（二〇二〇）七七頁。

第四節 結びに代えて

第一款 本稿のまとめ

以上、本稿では、IoT・ビッグデータ分析・AI技術の発展した社会における、プライバシー保護の在り方について、アメリカのリベラル・コミュニティリズムの議論を参照しつつ、私法上の観点から検討した。その内容を今一度まとめると、次のとおりである。

本稿において設定した課題は、次の三点であった。①情報の利活用を行う事業者等にいかなる責任を負担させるか、②情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか、③利活用による公共的利益と個人の權益のバランスをどのようにとるか。それぞれ課題に対する本稿の応答を簡潔に示すと、次のとおりである。

課題①については、情報のサイバーネーション（自動処理）の統御、情報システムに施すアカウントビリティの高度

化が求められる。具体的には、情報のセンシティブさ、ポリウム、サイバーネーション、アカウンタビリティの四要素をもとに、「プライバシー保護に対する合理的な期待」をより明確化した基準を定立するべきであり、特にセンシティブでない情報を活用したセンシティブな情報の推測（積極的なサイバーネーション）と、不適切なシステム構築による情報漏洩（消極的なサイバーネーション）につき、事業者の責任が問題となることが示された。

課題②については、「共同体を形成する動因としての信託関係としてのプライバシー」という発想を、プライバシーの権益構成の在り方そのものとしてではなく、その基礎にあるものとして受け止め、これを基礎とした、人とのコミュニケーションから「ほうつておいてもらう権益」構成（の発展形としての「社会生活の平穩」構成）と、情報システムの「不当なサイバーネーションに応答する権益」構成の二元構成を基軸とする。そのうえで、伝統的なコミュニティと情報社会における新たなコミュニティの在り方、両者の相互関係を踏まえた権益構成が求められる。この点、ここにいるコミュニティの価値観は、プライバシー保護のための判断要素のうち、特にセンシティブさの理解に影響を与えるものである。このような本稿の方向性は、脱アトムの個人主義の潮流や地域社会の観点を重視する見解をふまつつ、人間と人工知能との相互作用を一定程度積極的に評価する立場から議論を一步進めるものであるといえよう。

課題③については、衡量の対象となる価値については、第一に、ナショナルないしグローバルなレベルで最低限実現すべき共通の価値は何なのかを検討する段階と、第二に、地域等のコミュニティごとの多様性に配慮して形成される価値の保護の在り方について検討する段階があると措定すべきである。そのそれぞれの価値と、プライバシーの権益が、場面に即して比較衡量されることになる。この衡量の在り方は、プライバシー侵害が問題となっている具体的場面——例えば、個人のプライバシーがコミュニティや国家に侵害されているのか、あるいは、国家やグローバル市場の要請との関係でコミュニティのプライバシーが問題となっているのか等——に即して、調整されるべきものである。

さらにここで得られた知見を、不法行為法の基礎理論に接合することも試みた。それにより、権益構成におけるコミュニケーションの役割が複雑化していることが示され、違法性・過失要件の二元的構成の理論的整序につき新たな視角を得られた。それぞれにつき要約すると、次のようなものとなる。

権益論については、次の知見が得られた。ICTの発展に伴い、公（国家）と私（市場）の領域が絡まりあい、その区別が容易にたなくなっていることを前提として、従来念頭に置かれていた（基本的には国家の枠内に収まる）伝統的なコミュニケーションと、国家の枠を超えた（新たな）コミュニケーションの相互作用による権益の形成を同定する必要がある。

この点、グローバル企業がけん引するプラットフォームの浸透に伴い、国家の枠を超えた（宗教団体等とはまた異なる）中間団体の醸成する公共的利益を、国家がどう受け止めるかという課題が生じていることが示された。この問題は、不法行為法の帰責論においては、権益侵害要件のみに閉じた問題ではなく、違法性・過失要件等と複合的な問題として検討する必要がある。

違法性・過失要件の理論的整序については、次の知見が得られた。違法性要件においても、過失要件においても、潜在的加害者の行動の自由と潜在的被害者の権利との衡量はなされうる。しかし、その衡量の在り方、根本にある発想・志向性が異なり、それぞれ、インターネット技術の分散性・越境性と、プラットフォームの役割等を踏まえ、過失要件はグローバルな情報社会に広く及ぶ普遍性を志向する帰責性判断の要件として、違法性要件はグローバルな情報社会にあつてコミュニケーションごとの個性や多様性に（も）配慮する余地を残した帰責性判断の要件として、それぞれ再定位されるべきである。

この点、近時の最高裁判例では、AIによる情報分析が問題になっている局面（Google検索結果削除請求）では違法性要件が、情報システムに施すセキュリティが問題になっている局面（ベネッセ情報流出事件）では過失要件が、

それぞれ問題とされている。つまり、本稿の枠組みからすると、サイバーネーションの問題では違法性要件が、アカウンタビリティの問題では過失要件が争点となっていると評価できる。今後はAIの統御をどこまで普遍的な社会の規範の問題とすることができるのか（違法性要件内で過失を顧慮しない対応はあくまで例外なのか、個別性への配慮のために引き続き求められるのか）が問題とされることになるだろう。

第二款 残された課題

以上、序章で掲げた課題に対し、試論ではあるが一定の方向性を提示し、私法上のプライバシー侵害及び不法行為基礎理論に対する示唆につき検討してきた。ここでは、本稿で必ずしも詳細に検討することのできなかった争点について、残された課題として触れておきたい（これまで随所で指摘してきたものについては、ここでは繰り返さない）。

まず、本稿の最後に示した管見は、あくまで現時点の技術の発展や判例法理等との接合を意識した検討に過ぎない。今後の展開に合わせて、不断の彫琢が求められており、場合によっては改説が求められることもあるであろうことにつき、指摘したい。例えば、本稿は、IoT・ビッグデータ分析・AI技術とプライバシー・自己決定の関係につき論じるものであり、ブロックチェーンによるシステムの自動化と私法上のプライバシー・自律の関係は射程外である。

次に、本稿で得られた不法行為法の基礎理論への示唆は、効果論との兼ね合いを筆者の能力の限界ゆえに意識的に排除して検討している。しかしながら、被侵害利益優越の明白性の意義については、端的に、削除（差止）請求なのか損害賠償請求なのかという効果論の観点から理解することも可能である。よって、効果論との兼ね合いも踏まえた総合的な検討を行う必要がある⁽¹⁶⁶⁾。

そして、すでに別稿にて指摘しているように、平成二十九年一月決定の示した違法性要件に関する法理は、プライバシー侵害以外のAIの係る問題領域に及ぶ可能性があるため、その点に関する理論研究も行う必要がある。

また、本稿で展開した違法性と過失要件のすみわけに関する試論は、あくまでプライバシー侵害という一領域における主として二つの判例の検討の結果導いたものに過ぎず、牽強付会の憾みが強い。この問題を克服するためには、今後のプライバシー侵害に関する事案の蓄積を踏まえた再調整が必須であるし、この試論を不法行為の基礎理論一般の問題として敷衍するためには、他の領域の判例を踏まえた総合的研究を行う必要もある。

さらに、本稿はあくまでプライバシー侵害に論点を限定したが、見守りサービス等のICTや「AIを監督するAI」の活用については、例えば七一五条の使用者責任や、七一条の監督義務者責任のみならず、より広い意味での（新たな）「七〇九条の監督義務」という視角から、さらなる研究を行うことも可能であろう。

本稿においても言及したように、AI・ロボットのかかわる不法行為類型については、立法論において、無過失責任・無過失補償制度に関する議論が進んでいる。本稿にて示した試論を、このような議論と整序し検討する必要性もある。

最後に、AIによる情報分析を活用する社会が発展することで、金融資本の重要性が低下し、経済が金融資本主義から「データ資本主義」へと軸足を移し、市場の在り方が変動していくとの指摘がなされてもいる。⁽¹⁰⁷⁾このことを踏まえるならば、土地や貨幣に係る財産権の保護を第一義的に考える近代法の前提を、いよいよ改める必要性がでてくるかもしれない。この「データ資本主義社会」においては、近代法の法秩序を前提にプライバシー権を財産権化するのではなく、むしろ（人格的な）プライバシー権の保護を第一義的に位置付けたうえで權益論を抜本的に再構築する等、様々な研究を行う必要があるだろう。⁽¹⁰⁸⁾

以上各点について、それぞれ、次の機会を期したい。

(166) この点、差止の請求根拠について、少なくとも判例は、生命・身体等の排他的な権利といえるものについてはいわゆる権利構成に立っていると理解できるものの、それ以外の利益については権利構成に立っているとは必ずしも言えない状況にあり、本稿の検討するプライバシーのような排他的というわけでもない利益については、侵害行為の態様(故意や過失等)を考慮せざるを得ないという理解もありうる。そのため、「にも・か・かわらず平成二十九年一月決定は過失の要件を検討していないということが特徴である」とする本稿の理解は、差止の要件論に関する判例法理と少なくとも矛盾はしないであろうということとは、ここで指摘しておきたい。

(167) VIKTOR MAYER-SCHOENBERGER, THOMAS RAMEGE, REINVENTING CAPITALISM IN THE AGE OF BIG DATA (Basic Books, 2018). 邦訳として、ビクター・マイヤー＝ショーンベルガー、トーマス・ランジ(著)、斎藤栄一郎(訳)『データ資本主義』(NIT出版、二〇一九)。

(168) このような研究の準備作業として、筆者は次の研究報告を行っている。拙報告「データ資本主義社会における『人』『物』概念の『交錯』と『転生』」民法学研究会(二〇二〇年八月二二日)。本報告は加筆修正のうえ、公表を予定している。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇一六年三月二四日授与)「サイバー時代におけるプライバシーの法理論——私法上の問題を中心に——」に対し、大幅に加除・修正を施したものである(本号掲載分の内容については、上記論文提出後の研究の進展や社会状況の変化を踏まえ、新たに書き下ろしたに等しい箇所も多い)。加筆した箇所については、日本私法学会第八二回大会における個別報告(二〇一八年一〇月)や末川民法法研究会における判例報告(二〇一九年一〇月)等、本研究にかかわる拙報告に対する質疑につき反芻し、その応答を試みたものである。そのため、拙報告に対しご指摘いただいた諸先生方に負うところ大である。記してお礼申し上げつつ、本稿の内容は尚も甚だ不十分なもので、さらなるご叱正を乞いたい。

本研究（の一部）は、科学研究費補助金「不法行為法における『違法性』要件の意義再考…AI時代の到来を契機として」（20K13379）の助成を受けたものである。