

情報法と公法と私法の区別（三 完）

多 賀 谷 一 照

はじめに

第一節 情報・情報空間と区分の事例

一、情報の公開・開示

二、個人情報保護

三、コンテンツの流通・提供に関する規律

四、情報媒体・情報コンテンツとその財産価値（以上 八七号）

第二節 情報と諸法理

はじめに

一、基本的人権と二重の基準理論

二、基本的人権と私人間保障—マスメディアの場合

三、プロバイダ責任制限法―通信事業者の場合(以上 八九号)

四、著作権とその制限

五、個人情報と法的保護

四、著作権とその制限

情報にかかる財産権を制度化するものとして、著作権法制は特許法制と並んで重要な制度である。著作権法は、著作権にかかる著作者等の権利を、著作者人格権とそれ以外の複製権、上演権、公衆送信権など個別的に列挙する形で保護の対象としている。これらの(著作者人格権以外の)権利は、著作者以外の著作権者が保有・行使することができ、その限りで譲渡可能な財産権としての性格を有しているように見える。

他方、著作権法は著作権を絶対的な権利として保障するものではなく、他の財産権と同様もしくはそれ以上に一定の制限があることを認めている。著作権法三〇条以下で、私的使用、図書館等における複製、引用、教科用図書への掲載、学校など教育機関における複製等、点字による複製等、裁判手続等における複製、行政機関情報公開法等による開示のための利用など様々な種類の制限が列挙されており、その列挙は法改正により付け加えられている。公法、特に行政法は、私的自治に対し外枠からこれを規制するあり方についての法制度であり、財産法制など人間の権利義務関係の私法的効力をそれ自体としては尊重しつつ、それに対し公の秩序維持のために必要な限りで法的制約を加えることをその役割としてきた。このような視点からすると、著作権法制は情報の財産的保護について、あたかも他の法律の上位に立つ基本法のような立ち位置を示しているように見える。特に、著作権に関する制

約について、「著作権の制限」という款を設け、すべて著作権法の中で解決しようとするその方向はやや奇異に見える。情報に係る法律関係の量的・質的重要性が高まっている今日においては、もはや著作権法を他の分野から独立した存在、孤島のように取り扱うことは限界があり、その制限のあり方も他の法制度からの規律を前提として総合的な仕組みとする必要があると考える。

(物にかかる財産権とその制限)

物に関する財産権の制限は、その物にかかる財産権の保護を図る法律の中で規定されているとは限らない。憲法二九条三項は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める。」とするが、この場合の「法律」は土地所有権にかかる保護法制を定める民法には限らない。フランス革命により(王権による制限を排して)絶対的な保障を宣言された所有権には、その後一九世紀後半以降様々な制約が課されている。我が国の実定法においても、土地所有権に対し、都市計画法による用途区域指定による制限、建築基準法による建築規制など、民法とは別の行政諸法によって様々な制約が加えられている。

尤も、著作権法の制限規定と同じように、民法においても所有権の制限規定が民法自体に設けられている例がないわけではない。例えば、民法二三一条では相隣関係の仕組みとして、「建物を築造するには、境界線から五十七センチメートル以上の距離を保たなければならない。前項の規定に違反して建築しようとする者があるときは、隣地の所有者は、その建築を中止させ、又は変更させることができる。」と規定している。しかしながら、土地に建立される建築物は、民法とは別に建築基準法や都市計画法などの行政法規の規制対象となる。相隣関係の規定と、「防火地域又は準防火地域内にある建築物で、外壁が耐火構造のものについては、その外壁を隣地境界線に接して

設けることができる。」とする建築基準法六五条の規定との関係について、最高裁判所は、建築基準法六五条所定の防火地域または準防火地域内にある外壁が耐火構造の建築物の建築には、民法二三四条一項は適用されないとする判決を下している（最高裁三小判 平成元年九月一九日 判例時報一三二七号三頁）。したがって、建築基準法六五条は、民法二三四条の特則を有効に定めたものとして扱われているのである。

我が国で行政機関の保有する情報の公開に関する法律が制定された際に、行政機関の保有する公文書の内には、国もしくは第三者が著作権者である著作物が含まれ得ることから、著作権法制との関係が問題となった。これを解決するために、著作権法に新たな著作権制限の規定が設けられ（四二条の二）、「開示のための利用」については特例として認められることとなった。しかしながら、情報公開法と著作権法という対立する法益の調整を、著作権法の改正ではなく、新設される情報公開法の方で設けることも可能であったと考える。例えば、フランスの情報公開法では、同法に基づく情報の開示に当たっては、開示対象に係る著作権を侵害してはならないとする旨の規定が挿入されている。⁽¹⁾

また、土地や不動産についての所有権を全面的に剥奪する形での規制（＝公用収用）と並んで、所有権行使を部分的に制限する形での規制は「公用制限」として位置づけられている。その他、私人による土地所有権は留保しつつ、そこに道路などの公物性を認める「私有公物」という手法もある（道路法四条「道路を構成する敷地、支壁その他の物件については、私権を行使することができない。但し、所有権を移転し、又は抵当権を設定し、若しくは移転することを妨げない。」⁽²⁾）。

以上のように、土地などの財産権に対する公法上の規制との対比でいえば、情報にかかる著作権の制限は、著作権法自体ではなく、他の行政諸法規でなされることも十分ありうるといえるであろう。その場合、他の法規制と、

著作権の法益が衝突する場合、両者の最終的な調整は裁判所の手に委ねられることにすべきであろう。

著作権法による著作権の制限の場合、著作権は制限されるか、制限されないかの二者択一的であり、それ以上細かい設定をすることができないように見える。これは、図書館、教育機関、音楽産業など、それぞれの分野での著作物の利用のあり方について、著作権法は直接関与することができないため、制限を止めて利用を許諾した場合には、それ以上手を出せないということにならざるを得ないためであろう。

しかしながら、物の規制にかかわる行政規制が、物が転々譲渡された場合にも等しく適用され続けるように、著作権についても、それが誰に帰属していてもなお規律が及ぶような仕組みを設ける必要があるということが出来る。その場合の、著作権の制限並びに保護は、著作権法自体ではなく、図書館法制・通信法制・教育法制など、それが用いられる法分野で、その分野の特殊性に応じてなされる方が自然であるといえよう。

(表現の自由と著作権の制限)⁽³⁾⁽⁴⁾

著作権に対する制限の中で、表現の自由に由来する制限は、行政的規制とは異質のものであり、これについては別に論じる必要がある。引用等(二二二条)、時事問題に関する論説の転載等(二二九条)、政治上の演説等の利用(四〇条)、情報公開法による開示のための利用(四二条の二)などの著作権の制限は、人々の表現活動の自由を保障するものであり、表現の自由の法理に添う制限である。これらの個別的制限を越えて、表現の自由の法理が著作権の行使に対し、一般的な制約を加えることができるか否かが論点となっている。以下では、四点の指摘をしておきたい。

第一に、情報社会において、情報の流通・コミュニケーションは、物理的空間における道路・広場等の「通行の

自由」に相当するものであり、既存のメディア等に限られず、ネットワークにアクセスする者一般に等しく保障されるべきものである。表現の自由の法理からすれば、ネットワーク上での著作物の二次利用、検索サービスを通じての著作物へのアクセスがその典型であり、個人々々による著作物を引用しての情報発信は、さしあたり自由とさせざるべきであつて、それが業としてのレベルに達した場合にのみ規制の仕組みに載せればよいはずである。

第二に、保護されるのは情報へのアクセス権という公法的なものであり、当該アクセス権を主張する者に対し、私法上の権利として与えられるものではなく、原則として、精神的自由として保障されるものであることを銘記すべきである。表現の自由により著作権の制限がなされるのは、あくまでそれが公法上の、公益上の制約であるからであり、表現の自由の実現によつて、アクセス権の行使者が財産権を有することにはならない。「知る権利」は財産権たりえるものではなく、表現する者が、著作物を利用する利益は、公法学で言えば、権利ではなくいわゆる「反射的利益」に過ぎない筈である。ただし、反射的利益としての利用の過程で、利用者が新たな創作的価値を当該著作物を取扱う過程で生み出した場合には、そこでは新たな著作物として財産的権利が認められるべきであろう。フェアユースの法理でいう「変容的利用」(transformative use)に該当する場合である。

第三に、公法学(憲法学)からすれば、表現の自由は精神的自由権であり、他方において著作権は経済的な財産権である。したがつて、表現の自由が第一次的に保護されるべきであり、経済的財産権との間で対等な法益間の均衡を論じるべきではないということになるかも知れない。表現の自由に関する憲法の教科書等で、著作権についての記事があまりないのは、そのためであろう。しかしながら、すでに述べたように、マスメディアやプロバイダにとつて、情報の流通は精神的「自由」というよりは、経済的・営利的活動であり、そこでは経済的財産権と実質的に準じて捉えるべきであろう。したがつて、この場合に、表現の自由(特権)と著作権は同じ土俵に立つて、相

互の調整を図るべきことになる。この意味で、著作権と表現の自由の法理との相互調整については、マスメディアなど実質的な経済主体による表現の自由(特権)と、第一の指摘で述べた本来的な(一般個人による)公法上の表現の自由あるいはコミュニケーションの自由との区別をすべきであろう。

第四に、すでに述べたように、基本的人権としての表現の自由は、元来、国などの公権力による侵害(検閲等)からの保護を目的とするものであり、著作権・著作隣接権といった私人が保有する私法上の権利行使からの保護を目的・役割とするものではない。⁽⁵⁾ 表現の自由の法理は、著作権を保護する法制を国・公共団体が定め、運用するという公権力活動に対し、制約要件として働くに過ぎない。すなわち、情報通信技術が高度化し、新たな流通方式が生み出されていく際に、著作権法等を改正し、それらの流通方式に規制の網を掛けるといふ法規制を行おうとする際に、そういう立法措置そのものが、憲法二一条の保障する表現の自由に違反するという立論がなされ得るに過ぎない。

これに対し、私人間に基本的人権規定の適用を認める可能性としては、これもすでに述べたように、私人間の関係に実質的な権力関係が存在し、実質上の権力者による権利濫用的な行為態様に対し、人権規定の実質的適用を認めるという方向が考えられる。尤も、著作者・著作権者は必ずしもこの意味で実質的権力者となるものではない。実質的権力者に擬え得る者としては、著作権管理事業者あるいは(隣接権等が帰属し得る限りで)放送事業者・プロバイダを差し当たり挙げることでしよう。

(フェアユース条項の意味)

著作権の制限として導入が検討されている、いわゆるフェアユース条項は、それ自体は裁判において、著作権と

対立する法益との間の均衡判断を裁判所で事後的に行うことを可能とするための仕組みである。大陸法の影響を受けてきた我が国の裁判所では、成文法などの形で裁判所外で基準が設けられることを前提として、それを解釈し、微修正を加えることを主たる役割としてきた。このため、裁判所が判例法として自ら基準を一から設けて法を適用するという方式にはどちらかというと消極的のように見える。

フェアユースという概念は、それ自身としては具体性を持たない不確定概念であり、仮に条項が設けられるとするとその不確定概念の解釈権限がどこに帰属するのかが問題となる。行政活動を規律する法律の定めはしばしば不確定概念で定められており、その解釈権限が自由裁量という形で行政庁側に帰属するのか、それとも法規裁量という形で裁判所の事後的コントロールに服することになるのか(この区別は絶対的な区別ではなく、相対的な違いにすぎないが)が、裁量論として長い間論じられてきた。

行政法における不確定概念の場合、行為主体が行政機関側であることもあって、その第一次的解釈はしばしば行政側によつてなされ、この解釈は従前は「通達」という内部規定によつて行われてきた。行政手続法の制定により、この通達による行政に代えて、「審査基準」「処分基準」により解釈基準を公にすることが義務づけられ、もしくは努めるべきこととされている。

これに対し、フェアユースの場合、英米法の法理であることもあって、その解釈基準は個別的事例にかかる判断の中から、裁判所によつてスタンダードとして示されることはあっても、行政庁によつて基準が示されることは予定されていない。しかしながら、行政庁(文化庁)が基準を示すことができないと(6)、第三者的立場に立つ機関が一定の基準を示し、それを微修正する形で法を運用していく方が、我が国の場合法的安定性に資するよう見える。権利者団体と利用者団体が協定を結びガイドラインを定め、行政機関が認可をする方式や著作権の制限条項

に「その他」条項を付け加えるフェアトレード方式の方が、我が国の法制により親和的であろう。⁽¹⁾

五、個人情報と法的保護

本論文の最後を締めくくるにあたり、個人情報という情報の保護のあり方について、論じることにする。これらで、本論文はどちらかというところ、私法の分野における情報についての法制が、本来は公法的な制度を無理に私法的に組みなおしている点を指摘することが中心となってきた。最後においてはそれとは異なり、個人情報保護という公法・私法を跨る法益を、私法それも財産法制に準じて論じることが可能であるかを論じて見ることとした。

個人情報の保護は、元来近代所有権法制が物に対する財産権的な仕組みを作るものであることから、それとは直接的にはかかわりがない法益であった。然るに、情報技術の発展により、個人に関する情報が、当該個人を離れて、事業者間で流通されることが可能となり、場合によっては売買されているという現実を前にして、個人情報保護と財産権的保護の理論が論じられるようになってきているのである。

以下では、個人情報に財産として成立するために(法的に構成されるために)必要な前提条件を満たしているかについて、いくつかの側面を試論的に考察することとした。

(プライバシー保護と自己情報コントロール権)

個人情報保護の法理は、元来プライバシー保護の法理として展開されてきた。すなわち、人格権的な利益として、個人のプライバシーが外から覗かれるのを抑止・防護するためのものであった。その限りで、個人情報保護は資本の論理に基づく経済活動から、私人の人格を守る法理として機能することを予定されていたことができる。

然るに、個人情報保護は、最近消極的なプライバシー保護の法理に留まらず、自己情報コントロール権として論じられるようになってきている。この場合、個人情報が当該個人から遊離して、公的機関や民間事業者の管理に属していることを前提として、その本人による開示、訂正、利用・提供停止などを求める権利として展開されるようになっていく。

自己情報コントロール権は、人格権的な権利の延長として主張されるものであって、本来財産権的な権利を想定しているのではない。しかしながら、本人以外の者による利用についてコントロールする以上、それは人格権の域を超えてしまう可能性がある。ちなみに、アメリカにおいては、法と経済学に関する理論の影響もあって、個人情報本人の経済的利益を犠牲にして流通しかねないことを是正するために、個人情報に財産権的な性格を認め、第三者への流通について所有権者である本人の承諾を求める(場合によっては経済的利得を本人に帰属させる)こととすべきであるなどの主張がなされているようである。⁸⁾

(個人情報第三者による生成)

氏名、住所、年齢、電話番号などの個人情報は、個人が元来保有し、もしくは自ら取得したものであり、その限りで個人により始原的に生成された情報である。しかしながら、個人情報は必ずしも本人によって生成されるものではない。例えば、ある個人が携帯電話の使用料を滞納しているという情報は、個人信用情報としてクレジット会社などにより生成され、他の信用機関にブラックもしくはグレイ情報として提供される。また、個人の健康状態・病状は、当該個人自体にかかわる身体的状況であるが、それに関する情報は、当該本人よりは、本人を診察した医師によって有意義な情報(患者情報)として生成される。この患者カルテに記載される患者情報は、患者である個

人を始原とする情報であるが、同時に診察した医師の(診察して判定行為を行った限りでの)情報でもある。

国・地方公共団体は、それぞれ、同一の個人についての何十種類もの情報を保有管理しており、それをつなぎ合わせることににより、本人も了知しえないような悉皆的個人情報データベースを構築することができる。行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律は、まさにそのような個人情報に本人の与り知らないうちで生成され得ることを前提として、それに対する規制を設けるものである。

インターネットを通じて日々生み出される情報量は、爆発的に増大し、データ洪水ともいふべき現象を生み出しており、「ビックデータ」と呼ばれている⁽⁹⁾。これらビックデータのうち、データとして構造化されているものは一二割であり、大部分は文章・動画像・センサー情報など非構造的なデータである。然るに、これらビックデータを解析し、経営判断に用いることを可能とする技術が開発されつつある⁽¹⁰⁾。ビックデータの中に入っている個人の位置情報、購入情報などを集積して、いわゆる行動履歴情報が構築されることにより、本人が予想もできないような個人情報が形成される可能性がある。

(個人情報の有価値性)

個人情報とは、情報としての財産的価値という見方からとらえた場合、当該個人自身が保有、知得している情報はそれほど有価値であるわけではない。個人自身が保有している情報に興味を示すのは、政治家や芸能人を除くと、せいぜいその個人の友人、家族あるいは(その個人のプライバシーを知って攻撃の材料としようとする)敵対的な者であり、いずれにせよ、その個人を個人的に知っている人々からなる狭い範囲に限られる。

これに対し、個人情報を財産的な価値のある情報として構築するのは、個人情報に様々な属性情報を添付し、行

動履歴情報という特定の嗜好をもった顧客情報として位置づける民間事業者等である。また、医療研究者にとって、個々の症例ではなく、複数の症例が共通の特徴をもっていることを見出したり、その症例の原因である病原菌を特定して、当該症例に属性情報として付与して初めて、その個別症例は医療研究にとって価値あるものとなる。個人情報とはそれ自体としては事実情報であり、著作物として有価値ではないとしても、それがこのような形で顧客(患者)情報データベースなどの中に組込まれた限りで、それはデータベース著作物として著作権法上保護されることになる。

ある財の財産的価値は、その占用可能性とともに、その取得困難性が前提となる。情報は一般的に複写が容易であり、ほっておくと誰でもが利用可能であることから、空気や水と同じように公物性を帯びやすい。それが財産的価値を持つのは、第三者が容易には得られない情報であって、しかも第三者にとっては価値のある、有用である情報であることが必要である。

上記のようなビッグデータから導き出される行動履歴情報などは、その意味での取得困難性・有用性を十分有しているということが出来る。また、取得困難性については、暗号などの技術的防護の外に、無断取得に対する法的規制の強化を挙げることが出来る。個人情報保護法による規制は、個人情報の取得を一般的に困難とし、逆説的にはあるが、個人情報の財産的価値を高める役割を果たしている面がある。個人情報保護法の成立は、個人情報の自由な流通に法的規制を掛けるものであり、個人情報には流れないようになった。本人同意がある場合にのみ、或いは法令上の正当理由がある場合にのみ、第三者提供が可能となったのである。このこと、個人情報の無秩序な流通を制限して、個人を保護しようとする法制度は、個人情報の流通を抑止する技術的防護手段と並んで、個人情報の容易な取得・流通を困難にし、皮肉なことであるが、個人情報の財産的価値、市場価値を結果として高め

る効果を果たしている。

(個人情報内部利用と譲渡・外部提供)

企業の顧客データベースにせよ、患者カルテにせよ、個人情報が含まれるこれらのデータベース、ファイルは、当該企業、病院等がその職業活動の一環として内部的に管理・利用している限りで、固有の意味での(譲渡可能性を前提にしている)財産的な価値を有しているものでは必ずしもない。医療関係者はそれらの情報の守秘義務を負っているし、企業も自らの顧客データベースの内容を第三者に提供するという営業上の不利益を犯すはずはない。

信用情報センターのように、個人情報を取扱う同一業種の業者が互いにブラックもしくはグレイ情報を持ち寄って相互利用する場合においても、そこにおける個人情報の利用は同一業種間におけるメタ的な利用に留まっており、かつ個人情報の一部(問題のある部分のみ)に限られていることもあって、個人情報が外部に展開されていく仕組みとはなっていない。しかしながら、民間事業者の中には、いわゆる名簿事業者等と呼ばれている、個人情報を集め、それに属性を付し、自ら内部的に利用するものではなく、外部に提供することをサービス・業務としている者がいることは否定できない。これらの場合において、また、漏えい・無断外部提供など非正規な形によって、個人情報の第三者譲渡がなされているのが現状である。

住所、氏名等の個人情報に容易にアクセスできる通信事業者は、その個人情報を当該通信にかかわる料金徴収業務などについて利用可能なほか、それ以外の目的に用いることについては、我国の国内法上、通信の秘密の法理により厳しく規制されている。しかしながら、フェイスブック、LINEなどの新しい多国籍情報通信サービスにおいては、個人情報の利用が日本法の枠を超えて行われている可能性がある。のみならず、アドセンス、アドワーズ

広告、あるいは行動ターゲティング広告に見られるように、インターネット広告ビジネスにおいては、個人情報の取得、提供自体をビジネスとする方向に進んでおり、プライバシーを保護しつつ、個人情報の企業間での利用、第三者提供は徐々に適法化されつつあるように見える。⁽¹⁾

(個人情報の帰属と所有の分離)

個人情報の財産権論についての議論の中には、個人情報に財産権的な構成を取ると、本人がコントロールしえないところで、財としての個人情報⁽¹²⁾が転々譲渡されかねないことを、財産権性を認めることへの反対の論拠としている論議があるように見受けられる。しかしながら、財としての価値を認める以上、近代法制の下においては、それが譲渡されるのは当然である。

翻って見るに、中世において、土地を占有する者と土地を所有・管理する者は区別・分離されてこなかった。農民はその耕作している土地を占有しており、その土地にある意味で一身専属的に帰属していたということができる。その農地についての管理・支配権は、領主と農民にそれぞれその役割に応じて帰属していたのであり、その土地についての所有権、支配権を他に譲渡するということはありえなかった(空港建設のための土地収用に対して、先祖伝来の土地を剥奪されることに対する三里塚農民の反発を想起されたい)。これに対し、土地を占有して耕作する者から、土地の所有権が分離して市場で取引されるようになって初めて近代的土地所有権法制が成立したのである。個人情報については、今のところ中世の農民にとつての土地と同じように、我々に一身専属的に帰属するものであり、それを第三者が所有・管理することは(近代における農民にとつての農地と同様)本来ありえないことと考えられることが多い。しかしながら、個人情報についても、第三者による生成・有価値化などの現状を見ると、土

地と同じように、その本来の帰属者(本人)とその所有者(情報を生成し、もしくは提供を受けた事業者などの第三者)の分離が進行しつつあり、それを法制度として正面から認めざるを得なくなっている段階にきているのではないか。個人情報保護法二三条が、個人情報情報がオプトアウト原則の下で、第三者に提供されることを認めているのは、この意味での譲渡があり得ることを前提としているとも見ることができ(13)。

(著作権との類似性)

「もの」ではない「情報」という無体物に財産権を認める法制度は、著作権法制を中心とする知的財産法制によって構築されてきた。個人情報に何らかの財産的価値を認めようとする場合、この著作権法制における法理と対比し、それを可能な限り準用することが考えられる。

著作権法制においては、財産権としての著作権(複製権、上演権、公衆送信権など複数の権利の束)と区別される権利として、著作人格権がある。例えば、画家が絵画を制作して、それを画商に売却した場合、展示権等の著作権は画商に帰属するが、画家には著作者としての著作人格権が帰属する。また、実演家(俳優)が参加して映画やテレビドラマが完成した場合、これらの映画やテレビドラマの著作権は映画会社等に帰属するとしても、実演家には実演家人格権が一身専属的に帰属する。

これら画家や実演家に帰属する人格権は、本人以外に管理される個人情報について、本人が有する権利と基本的に類似する性質を持つことができる。すなわち、著作者の権利が人格権と財産権に二分され、後者の財産権である著作権は第三者に譲渡されることが可能であるように、個人情報は上述したように第三者によっても創設され、第三者によって利用されたり、相互提供されたりしている。しかしながら、その場合においても、それらの情

報は個人についての情報に変わりはないのであり、その限りで当該個人は人格権的な権利をなお保持していると思われるべきであろう。

(忘れられる権利)

二〇一二年初頭、EU委員会は個人情報保護の新たな指針として、「忘れられる権利」(right to be forgotten, le droit à l'oubli)を導入することを検討すると発表した。

忘れられる権利は、第三者に管理されている個人情報について、その消滅を求めることを可能とするという意味で、本人に対し、その管理可能性、コントロール可能性を認めようとする考え方である。

完全なる削除は無理であるとしても、「引用可能性の制限」「忘れられるべき個人情報をもととする処分」の法的効力「忘れられるべき個人情報による差別取扱いの違法性・違憲性」「忘れられるべき情報の、公的機関による提供の禁止」「ネットワークでの削除可能性」「削除を要求する権利」などという形で展開されることが想像される。

一端「公知」とされた個人情報、その後未来永劫、誰によっても公開されたままなのか、かつて公知となった情報を再発掘しようとする場合において、法的制約は一切ないのかという問題は、日本法でも、明治時代のある歌人の犯罪記録の情報公開法に基づく開示請求について論じられたところである。¹⁴⁾

また、忘れられる権利が、記録された個人情報の消去を求めるといふどちらかという実体法的な権利を志向するのに対し、アメリカ法は個人情報の第三者による生成そのものにタグを嵌めるといふ意味で、「追跡(Track)可能性」を遮断する権利を認める方向となっている。

インターネットの世界では完全な追跡可能者の遮断は技術的に無理であるとしても、

—業としての追跡サービス、検索サービスの対象にしない

—個人が追跡を行い、それをネット上にアップしようとした場合に、それを抑止するもしくは直ちに削除しうるようにする

—というような仕組みとすることにより、容易にはアクセスされない状態にすることはできよう。

終わりに

以上、個人情報の財産としての取扱の可能性について試論的に論じてきた。実態としては、個人情報違法もしくは法外的な形で、事業者間に流通しているのが事実であり、それを法外的な現象であるとして考慮の外において、単にプライバシー保護を声高に主張するのでは問題は解決しない。そのアングラな取引を法的にどう取り扱うかについて検討しなければならない。以下では個人はそれらの現状に対し自らの利益をどう防護すべきかということについて私見を述べて終わることにしたい。

個人がその個人情報を一切提供しない、あるいは同意がある場合のみに限定する(オプトイン)という建前は、今日もはや維持しえない。また、オプトアウトによって、個人情報をすべて消去する権利を本人である個人に認めることは、個人情報本人を離れて流通するであろう今後の社会において多大な混乱を引き起こしかねないであろう。個人情報が流通していることは前提としつつ、その濫用的な利用を防止するための方策を取ることが必要である。この場合、個々の個人情報の資産価値は必ずしも高額ではないこと、またその数が膨大なこともあって、権利侵害に対し、訴訟を提起することによる救済は必ずしも親しまない⁽¹⁵⁾。物理的空間における土地の取引が、土地の所有者・取得希望者によって直接行われるのではなく、不動産代理業、司法書士などにより行われているように、個

個人情報の流通の適法性のチェック、個人の保護も何らかの代理サービスを通して行われることが望ましい。この場合の代理者は、主として情報空間で代理サービスを行うことから、digital agentとも呼ぶべき存在であるが、個人情報保護法における「認定個人情報保護団体」のように、個人情報取扱事業者の事業者団体組織が担うのではなく、個人側に立った代理者であることが必要である。代理者は、

— 個々の個人の情報が濫用的に用いられていないか、ネットワークを本人に代わって常にチェックする役割

— 個人が何らかのサービス、情報を得たい場合に、自分の本名を明かすことなく匿名で依頼することを可能とする役割（代理者が本人に代わって行い、本人には代理者を介して提供される）

— 報酬が得られる場合には、本人に代わってそれを受領する役割

— 個人が集団で訴訟を提起することを可能とする仕組み

などを果たすことができよう。

特に、本人に代わって匿名で依頼するサービスを行う役割を果たすことが重要である。例えば、我々が婚姻や葬儀についての情報を関連事業者から得ようとする場合、本人による請求の場合には、ある程度以上の情報は本名を明かさないと入手できないものであり、その際に個人情報のみすみす相手方に提供し、DMのラッシュや勧誘電話攻撃に会うことになる可能性がある。これを代理者が介することにより、我々は本名を明かすことなく、必要な情報を入手することができるであろう。

ただし、これらの代理サービス業は、すでにその萌芽的形態が表れており、そこで弊害が生じていることから明らかにかなように、ややもすると個人の救済というよりは、個人を利用して利益を獲得する方向に進みかねない¹⁶。公的機関は、このようなネットワーク上の代理業が、個々人の個人情報を、個人の立場に立つて保護する業務を適法

に行っているか、詐欺的な取扱いをなしたり、ひそかに個人情報を外企業に横流しすることがないか、監督し、規制する役割を負うべきである。

注

(1) 一九七八年七月一八日情報公開法第九条。参照 小原「ドイツとフランスの情報公開法について」久留米大学法学 五六／五七巻、二〇〇七—〇五 一一五頁以下。

(2) 公法的な規制は、その規制について、相手方である私人の同意を受けることなく、一方的決定の形で行われることがある。規制の必要性は、法律により一般的な規範として定められるが、個別の場合に、その規制を加えるか否かは、用途地区指定のようないわゆる一般処分もしくは個別的な行政決定として行われる。

公法的な規制は概して行政機関によって行われるため、その規制の基準等は行政上の仕組みとして設けられる。プロバイダ責任制限法のところで述べたように、私法秩序においては、自律的規制は関係団体のガイドラインとして定められるのとは対比的である(ただし、公法的な規制とガイドラインによる自主規制は、内容としてはそれほど変わることはない)。ガイドラインと対比して、公法的な規制に対しては、規制の根拠法である法律が行為規範としての位置を有し、法律の規定との適合性は事後的に裁判所によってレビューされる。また、規制が個別的な利益処分としての性質を持つ場合においては、行政手続法により聴聞・弁明の機会という事前手続の対象となり、利害関係者の意見を聴取する仕組みとなっている。

(3) 公法秩序においては、根拠規範に基づく個別的決定としての規制と並んで、法律が規制規範として役割を持ち、行政機関による活動あるいは私人の公法行為について規制・制限を加えることがある。規制規範としては、法律の外に基本的な権にかかると憲法規範がその役割を果たすことがあり、情報に関する分野では、憲法二二条の表現の自由、通信の秘密の法理がこれに当たる。すでに述べたように、この種の規制規範が私法分野においても適用されるかは、人権規定の私人間効力の問題に他ならない。

(4) 表現の自由との関係については、参照 野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由」NBL七七七号一八頁ほか

- (5) 仮に、国に著作権が帰属する情報の開示を私人が求めたとしても、私法上の権原に基づいて開示を拒む限り、そこでは基本的な人権としての表現の自由(もしくは「知る権利」)は、開示拒否に対する対抗法理たりえない。
- (6) 未確認であるが、イスラエルでは、その利用がフェアユースとみなされるための条件が大臣により定められているようである。
- (7) テクニカルテストについての議論を垣間見るに、本来は国内法による権利制限にかかるガイドラインであるのに、フェアユースやフェアトレード条項の具体的適用における裁量判断基準のあり方に関する議論の中で用いられているような印象を受ける。
- (8) アメリカにおけるプライバシー・財産権論の邦語紹介文献としては、
石井夏生利「プライバシー・個人情報」『財産権論——ライフログの問題状況を踏まえて——』総務省 情報通信政策レビュー 四号 六六頁以下 二〇一二年三月。
村上康二郎「情報プライバシー権に関する財産権理論の意義と限界——米国における議論の紹介と検討——」Infocoom Review 55号 四五頁以降 二〇一一年。
筆者はアメリカ法の専門ではないので、アメリカにおける議論については、これらの文献に依拠している。なお、参照 坂本 昌成「表現権理論」信山社 二〇一一年。
- (9) 世界中で扱われる情報量はこの五年で一〇倍に増えたとされ、一ゼタ・バイト(一〇垓バイト)すなわち世界中の砂浜の砂粒の数に達したという。
- (10) 千葉市など四市が官民共同でビッグデータ活用の新サービスに乗り出したという新聞記事によると、自治体の医療、福祉、教育(地域ごとの待機児童数)などのデータ、民間の人の移動や購買行動、交通機関のダイヤなどのデータを組み合わせることにより、新たな住民サービス、産業・雇用の創出につなげることができるとされている。(二〇一三年一月二七日読売新聞)
- (11) グーグルにおけるアドワーズ広告、アドセンス広告などについては、参照 雨宮「アップル、アマゾン、グーグルの競争戦略」NTT出版二〇一二年二〇七頁以下。
- (12) 石井 前掲参照

- (13) 自己情報コントロール権としての機能を説明するためにしばしば用いられるのが、オプトインとオプトアウトという用語である。個人情報をも本人以外の者が利用管理するためには、本人同意が原則であるとするのが、オプトイン原則である。個人が自己情報を完全にコントロールするためには、オプトイン原則によるべきであり、個人は同意するにあたって、その個人情報の利用のあり方に条件を付すことも可能となる。しかしながら、公的機関との関係、あるいは学校や医療機関においてサービスを受ける場合においてなど、個人情報の提供を義務づけられる場合が少なくない。また、本人のあずかり知らないところで個人情報を収集し、提供する業者も存在する。このように、本人の同意なくして個人情報が行き渡り、利用されている状態を前にして、そのような利用を中止・遮断することを求める仕組みがオプトアウトである。後述する「忘れられる権利」として検討されている原則は、この意味でオプトアウト・ルールの一つの展開例であるといえることができる。
- (14) 内閣府情報公開個人情報保護審査会答申(平成十三年一〇月二日 答申第九号)
- (15) かつてある通信事業者から万単位で個人情報漏えいした場合、一人につき五〇〇〇円の慰謝料が支払われたことがあった。また、宇治市の個人情報漏えい事件において、一人単位の慰謝料は数万円の単位であった。
- (16) 詐欺的商法の被害者に、被害救済を代行的に行うとして近づく者が新たな詐欺者である例、過払い利息の回収を本人に代わって行う者が手数料として過払い利息の大部分を自らの利益としてしまう例などがある。