

情報人格権と財産権，主体と客体の関係性

林 紘一郎*

The key to answering this question is the recognition that the technology of computer communications is rapidly changing. The number of people using cyberspace, and the number and variety of services being offered on-line, are both growing with astonishing rapidity. In the face of this very dynamic situation, we ought to be reluctant to impose behavior control that is inflexible and uniform beyond the needs of the situation. As a general matter, the most flexible rules are those that are issued at the “lowest” possible level; bottom up rules like those embodied in contracts or the rule of “live and let live” can be changed more easily by their makers than statutes or judicial precedents.

Hardy [1994] p.1025

つねに覚えておいてほしいことがあります。あなたの知っていることもみんなが知っていることもすべて、ただのモデルだということです。自分のモデルを見えるように示してください。他の人に、あなたの前提について批判してもらい、その人の前提を付け加えてもらいましょう、可能性のある説明や仮説やモデルのひとつを擁護するのではなく、できるだけたくさん集めましょう。「これは違う」と判断する何らかの証拠が見つかるまでは、そのすべての可能性があると考えましょう。そうすることで、自分自身のアイデンティティと密接に絡み合っているかもしれない前提を「これは違う」と除外する証拠を、感情的にも(落ち着いて)見ることができるようになります。

モデルを白日にさらすこと、できるだけ厳密なものにすること、証拠に照らし合わせて試すこと、もう立証されないとわかったら進んで捨てること。これらは、科学的手法を実践するという事に過ぎません。科学の分野ですらめったに行なわれず、社会科学やマネジメント、政府や日常の暮らしでは、ほとんど行なわれていないことです。

メドウズ [2015] pp. 278-279

* 情報セキュリティ大学院大学教授

概要

本稿は、本誌に寄稿した『『個人データ』の法的保護：情報法の客体論・序説』（林 [2009]）、「秘密の法的保護のあり方から情報法を考える」（林 [2014]）を基礎に、いよいよ「情報法の一般理論」に向けての試論を展開するものである。これが成功するか否かは、法学の基本概念である「権利」の設定が適切であるか否かに大きく依存するので、本稿では有体物の法体系とは違った「情報に関する権利」を網羅的に検討した。その結果、情報人格権と情報財産権など、ある程度までは有体物アナロジーで分類することが出来るが、情報法固有の概念を定める必要があることも判明した。その主要なものは、所有権に代わる財産権として「帰属権」「採用権（と義務）」が中心となること、個人識別（and/or 認証）情報には別途の配慮が必要となること、主体と客体を対置する実体的見方よりも両者の関係を重視する英米法の信認関係のような規律が望ましいこと、などである。

1 サイバー空間の各種の規律と適用順位

本稿で検討の対象にする法分野をサイバー法と呼ぶか情報法と呼ぶかは、とりあえず別問題として¹、ネットワーク上の行為に対してどのような規律が望ましいかを考えていこう。この点に関する先駆者はハーディ(Hardy [1994])であり、彼の所論から教訓を汲み取るところから始めたい²。

彼が論文を発表した 1994 年は「インターネット商用化元年」とも呼ばれる年で、電子メールや BBS (Bulletin Board System) は実用化されていたが、ウェブ・サイトとロボット型検索エンジンの組み合わせも実現していない(Google の創業は 1998 年)初期の状態であった。しかし、既にネットワークを介した著作権の侵害、名誉毀損、プライバシーの侵害などが出現し、こうした「一見新しい事象」にどう対処すべきかが、アメリカの法学界で話題となった。そこでハーディは、以下のような主張を展開した³。

- ① 新技術の先行きが不透明な状態では、最低限の規律をボトム・アップで定め、その後の変化に柔軟に対応すべきである（扉に掲げた記述参照）。
- ② 問題が発生した場合、まず「新しい問題」であるかどうかを確かめる必要がある⁴。真に新しい問題にはサイバー法的対応が必要だが、新制度により不確実性を減少させる効用と、制度が複数になるための煩わしさのコストを、比較衡量する必要がある。
- ③ 見かけ上新しくても、従来の法理で裁けるものもある。例えば名誉毀損やプライバシー侵害は、侵害者と被害者の関係では、実空間でもサイバー空間でも法的には同じ対応ができるだろう。
- ④ しかし同じ名誉毀損でも、system administrator（以下、SA と呼ぶ）の責任問題

¹ 本書が論じようとするのは「情報法の一般理論」であって、「サイバー法の一般理論」ではない。この差は微小に見えるが、実は簡単に埋めることのできない溝を内包しているが、その点は別の機会に詳細に論ずる。

² この年は、インターネットに対する NSF(全米科学財団)の資金援助が打ち切れ、インターネットが民営化された年であり、その時期に以下に述べるような分析を行なった先駆性は、際立っている。

³ 以下は論稿を忠実にトレースするよりも、主旨を紹介し現代に生かそうとするものなので、その旨了解いただきたい。

⁴ 見かけ上新しくても、コモン・ローの伝統で裁ける事例があるからで、この点は制定法主義を取るわが国とはやや事情が異なるかもしれない。

となると⁵，旧来の制度をそのまま適用することはできず，*scienter* の法理を厳密化する必要がある⁶。

- ⑤ 職場におけるメールの監視は許されるか，匿名の発信はどこまで許されるか，インターネット上の情報が「わいせつ」かどうかを誰が判断できるか⁷，保管する情報が漏えいした（盗まれた）場合に該当する個人に通知する義務はあるか⁸，SA が情報に誤ったラベルを張る（例えば成人向けのファイルに，子供もアクセスできそうな名前を付ける）ことで責任を問われるか，などは「新しい問題」である。

以上のような事例を挙げた上で彼は，サイバー空間では技術の進展が著しいので，硬直的な法を定めることには慎重でなければならない，とする（扉に掲げた文章を参照）。加えて，*custom* や *reasonableness* といった概念がリアル空間とサイバー空間では異なっていることもあって，以下のような順位でルールを設定すべきであるとする。

- ① まずは一方的自己責任 (*unilateral self-help*)：例えば，あるサービスの評判が芳しくなければ，別のサービスを探せば良い⁹。
- ② 契約という二者間の自己責任 (*bilateral self-help*)：当事者間で合意すれば，どのような案件であれ，紛争を解決することができる。
- ③ 団体を作る (*forming an association*)：今日的にはコミュニティということになるが，同好の士が集まって団体を作り *by-law* (定款などの取り決め) によって，権利・義務を整序できる¹⁰。
- ④ 慣習 (*custom*) を生かす：中世の *law merchant* のように¹¹，慣習が形成されている場合は，それを法とする。国家機構が整備されているはずの国内問題に，今さら慣習法ではないと思うかもしれないが，法が未整備のサイバー空間には柔軟性の点で優れている。また慣習法は国際法の領域では当たり前になっており，ソ

⁵ 上述の通り彼の時代には BBS が主たる検討対象だったので，このような表現になっているが，今日的には ISP (Internet Service Provider) と読み替えていただきたい。

⁶ アメリカでは刑事と民事を峻別する考え方がないので，刑事における「故意」と民事における「事情を知っている」(日本法における「悪意」である)ことが，責任の追及と連動するという考え方。

⁷ アメリカでは「わいせつ」の判断が州単位でなされる (*community standard*) ので，このような設問が有効になる。

⁸ アメリカでは，わが国の「情報窃盗」のような厳密な論議はなく，一般用語としての *information theft* を頻繁に使っている。

⁹ ハーディは，この精神は 'if you don't like it, don't do it' というフレーズで表わされるとするが，今日的な用語では，*opt-out* さえ確保されていれば良い，と読み直すことが出来よう。

¹⁰ サービス・プロバイダーが主導して形成することもできるし，現在ではそうした普通契約約款が一般的と思われるが，ハーディはその件には触れていない。

¹¹ *Lex mercatoria* (from the Latin for "merchant law"), often referred to as "the Law Merchant" in English, is the body of commercial law used by merchants throughout Europe during the medieval period. It evolved similar to English common law as a system of custom and best practice, which was enforced through a system of merchant courts along the main trade routes. It functioned as the international law of commerce. (Wikipedia から，2015年9月15日アクセス。アクセス日については，以下の URL すべてについて同じ)。

フト・ローという語も国際分野から出ている¹²。

- ⑤ モデル・コードやベスト・プラクティスあるいは推奨規格など：慣習法の延長とも言えるが、国連決議や国連国際法委員会報告などは、それなりの有効性を持っている¹³。

このような見方は如何にも楽観的で、個人の判断と市場の選択を重視しすぎているのではないか、という批判が起こり得よう。仮に、わが国で影響力のある官僚がこのような主張をしたとすれば、「監督官庁としての責任逃れ」という非難を免れないかもしれない。しかし著者は扉に掲げたように、「技術進歩が速い分野で政府が介入すると市場を歪めてしまう」ということを本気で心配した結果、このような主張をしたものと思われる。

そして実際、時のアメリカ政府(クリントン＝ゴア政権)も同様の考え方に立って、少なくとも当面はインターネットに政府規制をかけないこととしたのであった(そして、その路線は今日でも大筋で維持されている¹⁴)。通信の規制が担当のFCC(Federal Communications Commission)は、この政策を「インターネットの Unregulation 政策」として正当化している(Oxman [1999])。

この政策導入後の日米の経済パフォーマンスの違いを見ると、アメリカは 1980 年代の製造業の落ち込みから情報産業志向へと180度転換したのに対して、失われた10年あるいは20年の影を引きずっているわが国は、情報産業において圧倒的な差を付けられてしまったように思えてならない。そこには政府の態度だけではなく、(民間主導のはずの)民のメンタリティにも「自己責任」の発想が乏しかったと言われても仕方がないだろう。

そこで私たちは、サイバー空間や情報の規制について以下の2点を忘れてはなるまい。

- ① 技術進歩が著しい場合は、規制政策として「何もしないことが一番良い」という場面があること、
- ② インターネットは言論の自由と深く結びついているから、「政府が何もしない」ことが「自由を保障する」ことにつながる。

その意味では、ハーディの提言は示唆に富むものと言えるが、ここで2つのユニークな提言が含まれていることにも触れておかねばならない。1つは、匿名メールについて述べているところである。1994年という早期に匿名の重要性に気付いていたことは驚きだが、その時代の技術が前提であるため、メールの内容が名誉毀損的なものを前提に論じており、今日のSPAMメール問題に及んでいないことは残念である¹⁵。

¹² ソフト・ローとは、正規の立法手続きを経た法(ハード・ロー)に対して、「法的な強制力がないにもかかわらず、現実の経済社会において国や企業が何らかの拘束感をもって従っている規範」を指すとする(ソフトロー研究叢書全5巻、有斐閣、2008年～2010年)のが、最も分かりやすい定義だろう。

¹³ 著者は指摘していないが、ISO(International Standard Organization)における標準化も、この範疇に入れることができるだろう。

¹⁴ インターネット上の商取引に売上税を課さないという政策が代表例(Internet Tax Freedom Act of 1998)。オバマ政権が、いわゆる「ネット中立性」規則の制定で、インターネット接続サービスを「情報サービス」から「電気通信サービス」に変更することによって、通信法第2編のコモン・キャリアとしての規制をISPにも適用しようとしているのは、この伝統の大きな変更になる。

¹⁵ SPAMメールとは、受信者の意向を無視して、無差別かつ大量に一括して送信される、電子メールを主としたメッセージのこと。

一方もう1つの提言として、先のSAの責任は「無過失責任」(strict liability)であるべきだと主張しているのは、更なる驚きである。近代法における一般原則は「過失責任」(negligence)であり、無過失責任を主張するには特別の論拠が必要である。ハーディは、1) 匿名メールの被害(これは経済学的には「外部不経済」である)を内部化する必要があること、2) SAが「最安価損害回避者」(least cost avoider または cheapest cost avoider)であること¹⁶、3) SAはコストをエンド・ユーザに転嫁できること、を根拠としているようである。

だがSAの無過失責任を問うということは、SAがコンテンツの内容を見て判断するということが前提だから、副作用として「私的検閲」という言論の自由にとっての脅威をもたらす¹⁷。この両者のバランスを考慮した上で、なお「私的検閲を許容する」必要があるケースは希と思われる。したがって彼の説は、大方の賛同を得られなかったようである¹⁸。

しかし、このような欠陥があるにもかかわらず、ハーディの指摘は核心を突いた部分が多く、インターネットの自由を限りなく拡大するバーロー (Barlow [1997]) のような原理主義でもないため、準拠する人が多い。そこで以下では、彼が主張する線に沿ってサイバー空間の各種の規律と、適用順位を検討していこう。

2 情報人格権と inalienability ^{19 20}

まず念頭に浮かぶのは、憲法が保障する基本的人権のうち言論の自由など精神的自由権に関して、どのような規律が望ましいか、という点である²¹。インターネットが言論の自由をより厳格に保障する手段であると信じられていることから、ここを出発点としたい。

日本国憲法に精神的自由権として明示されているのは、「思想および良心の自由」(19条)、「集会・結社・表現の自由」(21条)などであるが、これらは制限列举ではなく時代の変化により新たな人権保護の必要が生ずれば、それにふさわしい措置が期待されている。

¹⁶ 最安価損害回避者とは、他の主体よりも安価なコストで損害を回避することができる者のこと。経済学においては資源の効率的配分が第一義であるため、最安価損害回避者にリスクを回避する責任を課すことが合理的であるとされるが、そのまま法学に適用するには問題も多い(平野 [2006]などを参照)。

¹⁷ 公権力が検閲を行なうことは、市民の自由を奪うことから憲法などで禁止されている。私企業が類似の行為を行なうことは、憲法の私人間効力として禁止されるべきだが、実際は企業の施設管理権などの視点から許容される範囲が広い。特にアメリカでは、後述する property 信仰から、企業の自由が尊重されている。

¹⁸ その後 Lichtman and Posner [2006] も、ISPが責任を免除されているのはおかしいという主張をしている。この案は、無過失責任まで求めるものではない穏健な案であるが、受け入れられていない。

¹⁹ ここでは権利論そのものに深入りする余裕がないので、例えば大江 [2004] (特に pp. 180-181)などを参照されたい。

²⁰ この節の記述は 林 [2005a] を元にしてしている。なお用語としては必ずしも厳密ではないが、精神的自由権と経済的自由権が、人格権と財産権にほぼ対応するものと考えのほか、有体物の法における「人格権」の情報版である「情報人格権」が存在するものとする。

²¹ 基本的人権の分類に関しては、種々の考え方があるが、ここでは議論の簡素化のため、精神的自由権と経済的自由権に二大別されるもの、として論を進める。

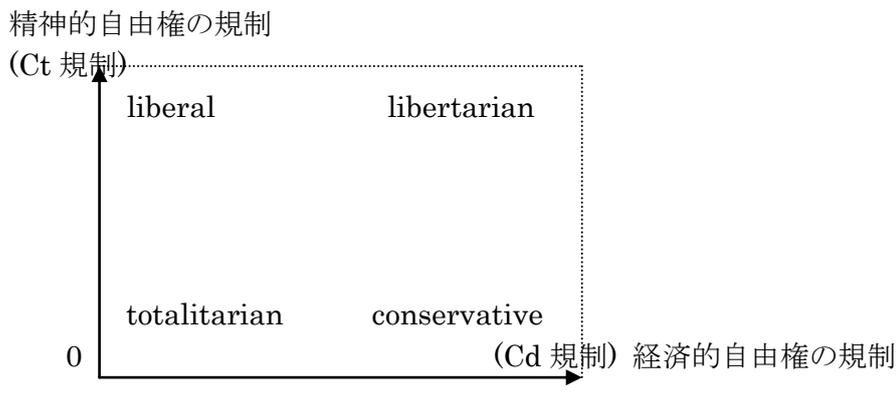
憲法に明示されていないものの「宴のあと」事件判決²² 以来、判例として確立した感があるプライバシーの権利が好例である。一方、プライバシーのように情報の生産や流通が受動的なケースと違って、自ら情報（著作物）を生み出した場合に成立する権利である著作権では、著作者人格権（精神的自由権）と著作財産権（経済的自由権）は密接に関連している。

現在懸案となっている個人情報保護の問題も、プライバシーの側面と個人識別データの問題が混同されているところに、議論の混乱の種がある（林 [2015b]）。また、名誉や信用という法益は基本的人権として明示的に保護されていない（刑法や民法の規定により保護されているに過ぎない）が、これらを基本的人権に位置付け、併せて後述の「知る権利」との利益衡量を検討することも、概念整理の上では必要であろう。

従来この分野の指導原理として、西欧先進国では「情報の自由な流通」を掲げるのが常識となっていた。確かに「情報の不自由な流通」しか担保されていない諸国では、経済的な市場主義や政治的な民主主義が行き渡らないことは否定できない。しかし、それが所有権アナロジーで語られると、行き過ぎた個人主義や、強欲資本主義につながる恐れを内在していることを忘れるべきではない。情報の公共財的性格（排他性を与えて権利がない者の利用を排除するよりも、より多くの人利用を許した方が情報の価値が高まる）を勘案すれば、「自由な流通」とともに「情報の公正な利用」を追加して検討すべきである（林 [2015b]）。

ところでこの分野では、経済的自由権よりも精神的自由権を規制する場合は、違憲審査をより厳格にしなければならないという「二重の基準論」が主張されることが多いので、その点に触れておこう²³。これを情報メディアに対応させると、このどちらかを規制するかが、それぞれ Cd (conduit) 規制と Ct (content) 規制に対応している（林 [2005a]）。この両者を軸にして平面図を描くと、図表 3.1 のようになり、世の中の有力な主張は平面上のいずれかに位置づけることができる²⁴。

図表 1 精神的自由権と経済的自由権



²² 東京地判 1964 年 9 月 28 日下民集 15 卷 9 号 2317 頁。

²³ もともと「公正」(Fairness)を重視するアメリカにあっては、「二重の基準」(double standard)という語には悪い印象があるが、後述するような事情で、この件に関する限り広く使われている。

²⁴ この分類は、森村 [2000] にヒントを得たものである。

この図の原点に近い立場とは、両自由権とも国家目的のためには制限されてもやむを得ないと考える全体主義(totalitarianism)である。民主主義国家では、このような立場は否定されているし、現に信奉者は限られているだろう。図の横軸沿いには、保守主義(conservative)の人たちが位置する。彼らは自らの私有財産を守ることに敏感だが、精神的自由権は公共の福祉のために制限されてもやむを得ないと考える。9.11以降発言力を増してきた、いわゆる「ネオ・コン」(neo-conservative)の発想は、その代表例と思われる。

一方縦軸沿いには、人権の抑圧には断固とした態度を示すが、私有財産制や市場原理は公平を実現するための手段に過ぎないとして、その制限にはさほど敏感でないリベラル(liberal)な人々がいる。この両者とは違って、精神的自由権も経済的自由権もできるだけ守られなければならないとするのが、libertarianである²⁵。

このような中で精神的自由権の優越性を説く「二重の基準論」は、リベラル派の主張を入れたものだろうか。確かに歴史を振り返ると「二重の基準論」の誕生は、ローズベルト大統領時代のリベラル派の台頭と時を同じくしている。1930年代に入ってから、大恐慌を收拾するために彼が導入した「ニュー・ディール」政策による、連邦政府の経済介入に関する諸立法が、その代表例である。

しかし、これらは30年代後半から、伝統的な司法審査を経済立法にも適用した「(経済的)実体的デュー・プロセス理論」によって、次々と違憲とされた。そのような中で最高裁の態度にも変化が生じ、議会が制定した法律は合憲性の推定を受けるのであり、これを違憲とするには慎重でなければならない、とする考え方が登場した。その際、基本的人権にかかわる部分は従来どおりの考えで厳格な審査を続け、経済的自由権についてはやや緩やかな基準を適用しては、という発想が生まれたのは自然の流れとも言えよう。

その端緒とされるカロリン・プロダクツ社事件²⁶は、脱脂ミルク禁止法によって禁じられた製品を、州を越えて販売したとして訴えられたものである。ここで被告側は、①この規制は連邦議会の州際通商規制権限を越え、憲法補正10条によって州に留保された権限を侵害する、②法の平等保護を奪う、③補正5条に違反して法のデュー・プロセスによらないでその財産を剥奪する、ものであると主張した。

これに対して法廷意見を述べたストーン裁判官は、連邦議会の権限は憲法に定められた制限に反しない限り広汎に認められるとし、「連邦議会はその商品を宛先の州で用いることが公衆の健康、道徳、福祉に危害を及ぼすと考えることが合理的であるようなもの、・・・あるいはその宛先の州の政策に反するものを州際通商から自由に排除することができる」(松井[1994]の訳による)と宣言したのである。

したがってそこでの議論は、精神的自由権の優越性を説くよりも、経済的自由権の劣後性を是認するもののように思われるが(林[2005a])、その後の判例と学説の展開は、リベ

²⁵ もっとも サンスティーンのように、「libertarian paternalism」という組み合わせを選ぶ論者もいる(セイラー&サンスティーン[2009])。この立場は、「無理強いはいませんが、お手伝いします」というスタンスで、「本人が自ら本当に望ましい選択をするように誘導する」ことを主張するものである。

²⁶ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)。もっとも、この判決での「二重の基準論」は、傍論として注に書かれただけのもので、「基準」と言えるほどのものでなかったが、その後の判決がそれを発展させていった。

ラル派的考え方に近づきつつあるかに見える(少なくともわが国では、芦部 [1993] などが通説となったからである)。これを批判的に検討した松井 [1994] が、これは両者の価値を比較衡量したものではなく、それを制限する際の手続きの厳密性に差があることを主張しているに過ぎないとしているのは、冷静な分析視点と言うべきであろう。

ただし私はさらに進んで、経済的自由権は有形物に体现される場合が多いので、権利の存否や正当な権利者等を確定しやすく、また被害の回復も容易であるのに対して、精神的自由権は一旦侵害されたら回復が難しいことが論拠ではないかと考えている。私の説は「二重の基準論」を、価値の軽重や手続きの厳密性といった、従来の憲法論の射程内で論ずるのではなく、現在の法体系が大部分有形的なものしか扱っていないのに、精神的自由権はその範囲を超えているので別途の扱いを検討すべきとする、情報法的な発想である(林[1999c] [2001] [2003])。

このように精神的自由権と経済的自由権を一応切り分け、通常のエconomic行為では後者を扱っておけばスムーズな取引が可能だが、異例重大な事件が発生した場合には、例外的に人格権発動の余地を残しておく、というのは法的安定性を担保する意味で有効な手段と考えられる²⁷。今後の基本的人権論議にあつては、精神的自由権と経済的自由権が相互関係を持っているケースを取り上げ、「二重の基準論」を克服する論議を展開することが期待される²⁸。なぜなら、この議論は基本的に「2項対立」そのものだからである。

基本的人権に関するもう一つの検討課題は、情報やネットワークへのアクセスをどのように保証するかであろう。「言論の自由」の前提として、世間で起きる現象を公平に判断するために、④ 世の中にある情報は広く公開されアクセス可能でなければならず、⑤ 実際にアクセス可能になる手段が担保されていなくてはならない。また ⑥ 双方向コミュニケーションの前提として、従来は「送信の自由」に着目してきたが、迷惑メールなどが社会問題化した現在では、「受信の自由」も含めて考えなければならぬ。また最近急速に注目を集めているのは、検索エンジンで検索される自由と検索されない自由である²⁹。これらは(狭義の)アクセス権とは異なるので、「情報アクセス権」と命名しよう³⁰。

④ のタイプの情報アクセス権は、いわゆる「知る権利」と「情報公開」の対で構成される。⑤ のタイプの情報アクセス権は、従来電話事業を中心に語られてきた「ユニバーサル・サービス」と同種のものである(林・田川 [1994])。しかし少なくともわが国の地上波テレビは、難視聴対策などの徹底もあって全国どこでも視られ、「ユニバーサル・サービス」と同格のものとして扱われていると考えられる。加えてアメリカはクリントン政権以来、学校・図書館・地域医療機関などにはインターネット・アクセスを保証するとの施策が採られている。わが国でもこの種の論議があり、今後の課題となろう。

²⁷ このような議論は「概念論争」に過ぎないと思われるかも知れないが、実はそうではない。具体例として、後述するプライバシーとパブリシティの権利についての検討経緯を参照。

²⁸ 憲法に頼らずとも、民法でも十分対処できたはずとの説もあるが、私は民法学者として憲法学者への期待を表明する五十嵐 [2003] (pp. 18-19) の立場に同調したい。

²⁹ この部分は、今回初めて追加するものである。

³⁰ 狭義のアクセス権とは、マスメディアに対して個人が意見発表の場を提供することを求める権利。反論記事の掲載要求(反論権)や紙面・番組への参加など、表現の自由の延長線上としてとらえられる。堀部 [1978] 参照。

以上を要すれば、デジタル時代には図表 2 のような形で、「情報基本権(10 権)」を検討してはどうか、というのが私の主張である。つまり精神的自由権を従来から論じられてきた A の言論の自由だけとせず、B のような一身専属権と公共の福祉とのバランスを要するものと³¹、C として情報へのアクセスを確保する手段に関するものまで、3 層構造に分けて考えるのである。

なお、この図表の B の欄で「公正利用」の語が何度か登場することに、注意を喚起しておきたい。というのも、林 [2015b] で示したたように「インターネットにおける情報の自由な流通原則」は、「情報の公正な利用」と対になって初めて、社会全体の厚生を増大に寄与するものだからである³²。

図表 2 精神的自由権を主にした情報基本権(10 権) ()内は現行規定

大分類	中分類	小分類または具体的内容
A. 言論の自由	① 内心の自由	思想・良心の自由(憲法 19 条), 信教の自由(同 20 条), 学問の自由(同 23 条)
	② 表現の自由	表現の自由(同 21 条 1 項後段), 検閲の禁止と通信の秘密(同 21 条 2 項)
	③ (表現)行動の自由	集会・結社の自由(同 21 条 1 項前段)
B. 一身専属権と公共の福祉との調和	④ 名誉, 信用の保護	刑法(230 条, 233 条など), と公共の利害に関する場合の特例(同 231 条など)
	⑤ プライバシーの保護, パブリシティの保護と公正利用	判例による
	⑥ 著作権の保護と公正利用	著作権法(18 条, 30 条以下など)
C. 情報アクセス権	⑦ 知る権利と情報公開	政府情報の公開(情報公開法), 国会の公開・裁判の公開と例外としての非公開
	⑧ ユニバーサル・アクセス	電気通信事業法(72 条の 5 以下), 放送法(7 条など)
	⑨ 送信と受信の自由	電気通信事業法(6 条など). なお, 著作権との関係あり

³¹ 五十嵐 [2003]のいう「人格権法」の範囲は、この B の領域と重なり合う部分が多いように思われる (pp. 19-20)。

³² 先にまとめられた情報セキュリティ関係の GGE(Group of Governmental Experts)による国連総会への報告書(A/70/174, 22 July, 2015)では、free flow of information に代えて、free and secure flow of information を提言しているのは、ロシア・中国などの主張を入れたものと思われる。この概念を私案である free flow and fair use of information と比較すると、GGE 案では secure の概念に不確実性がある(未だ裁判例もない)、「情報の流れやデータの扱い方」といったシャノンの概念ではなく「国家主権」と密接に関係するようなニュアンスがある、といった心配がある。これに対して私案は、著作権の分野で確立した fair use の概念を使っていること、fair か fair でないかは政治的配慮とは別に判断できること、海賊版が横行している諸国に警鐘となること、といった利点があるかと思う(自画自賛の気味はあるが)。

	⑩ 検索される自由と検索されない自由	判例による
--	--------------------	-------

しかし、このような主張には問題点もあり批判もある。とりわけ個人の権利主張が強くなりすぎて、「人権のインフレ」が言われるような状況では、これ以上の権利論争は事態を混乱させるだけだという主張には、耳を傾けるべき点がある(宮崎 [2000])。しかし、公文[1986]が初めて「情報権」を提案して以来、アスペン協会では「情報権利章典」を起草して提案するまでになっている(Aspen Institute [1995]。ただしその内容は、a 通信の権利と義務、b プライバシー、c 財産としての情報の3つだけである)。われわれはこのような提案に応じて、憲法論をも辞さない覚悟が必要と思われる。

ところで、この分野ではもう1点 *inalienable* という概念をどう扱うべきかという問題があるが、この語は日本語に訳しにくい。アメリカ合衆国独立宣言の該当部分は、「譲り渡すことのできない権利」という語を当てているようであるが³³、正しい語感を知るには、まず *alienable* の方を理解するのが近道かと思われる。

Alien とは、かつて映画の題名になったように、「私とは違った存在」を示す言葉であり、これを経済取引の場面で使えば、私という身体とは切り離されて、それ自体が商品として取引されるもの(*tradable*)、ということになる。つまり、経済学のいう「財貨」や、法学でいう「財物」が *alienable* である。これに対して *inalienable* なものとは、自己と切り離して商品としては取引しにくいもの、ということになろう。

しかし、この概念も技術進歩や社会倫理の変化とともに、常に揺らいでいる。たとえば、「血液を売る」という行為は貧困問題と不可分で、倫理的には勧められないにしても、世界中で継続されている。ここでは、自分の血液も *alienable* と観念されていることになる。

自分の臓器を売買の対象にすることは、倫理的にはさらに非難されることであろうが、これまた法的に禁止しても、需要がある限り取引はなくなる。先進国では禁止されていても途上国では黙認される、といった事態は避けられない。

したがって、一般的には *inalienability* は「精神的自由権」に、*alienability* は「経済的自由権」に対応すると捉えられる面があり、それはそれで(少なくとも先進国では)正しいが、他方でその外延が普遍的に確定されているとも言いきれないのである。

ここで、アメリカ人は総じて *property* を重視する(信奉する、と言ってよいかもしれない)ので、なるべく多くの対象が *alienable = tradable* であると見がちである(著作権についての検証として、林 [2010] 参照)。その結果、日本人の感覚からすれば「それを売ることはできないだろう」といった対象まで、*alienable* の中にいれてしまう傾向がある。「プライバシーを売る」というのが好例である(実際には、許諾を与えて、個人データの利用を許すことを意味しているが、アメリカ人の感覚では、「個人データを *property* として扱う」とことと理解

³³⁾ 在日米国大使館の訳では、「不可侵の権利」となっている。

<http://aboutusa.japan.usembassy.gov/j/jusaj-majordocs-independence.html>

なお独立宣言当時は、*inalienable* ではなく、*unalienable* と言っていたようである。Transcript of the Declaration of Independence, July 4, 1776 以下のサイトを参照

<http://www.earlyamerica.com/earlyamerica/freedom/doi/text.html>

されている)³⁴。

この点については第 8 節で再度議論することにして，ここでは，alienable と inalienable の別が財産権と人格権にほぼ対応しているが，必ずしも区分が明確ではない場合があることだけを，覚えておこう。

3 個人データ保護を検討するためのアナロジー

次に，情報財産権の検討に移り，経済的特性を持つ情報を財貨として取引する場合に，何が問題になるかを考えてみよう。今世紀に入って社会的な関心を集めたのは，個人データの漏えいや悪用被害であったから，以下では個人データを中心に検討しよう。この問題を議論する際に，少なくともわが国では 2005 年に全面施行された個人情報保護法の適用が，まず議論されなければならない。しかし隠された議論の核心は，およそ個人データを事業者間でやり取りする際のルールは本来どうあるべきか，という根源的な問題であったと思われる³⁵。

ここで表面には出てこないが，暗黙の前提として当事者に共有されていたのは，「個人データに所有権を付与しさえすれば，有体物の取引のように万事がうまく行く，とは言えない」という認識であった。つまり私が繰り返し述べてきた「情報には，占有や占有の移転は起こらない」という指摘(林 [1999c] [2009] [2014] など)は，公式に支持してくれる人も，真っ向から否定する人もいなかったが，大方の理解を得ていたのかもしれない。

そこで私は，所有権アプローチに代わって，① 著作権アプローチ，② パブリシティ権アプローチ，③ 営業秘密アプローチ，④ 一般不法行為アプローチの 4 つを比較検討したことがある(林 [2009])。人間が生まれながらにして持っている情報を含む個人データと，人間が生み出す創作情報(著作物)の扱いを比較することを通じて，「情報に対する財産的権利」に関する共通要素を見出せるのではないか，という期待を抱いたからであった。

まずは，① 著作権アプローチから見ていこう。民間企業が保有する個人データという情報について，著作権と同じ構成，つまりプライバシー的要素(人格権)とパブリシティ的要素(財産権)が，ハイブリッドに結合した権利と考える案である。情報の保護のために，人格権と財産権を結合した著作権の方式はユニークであり，それに学ぶ点があるはずだ，というのが論拠である。

しかし現在「著作権の再構築」が力説されているのは，このハイブリッドな性格にも関連しており³⁶，そのアナロジーで考えると混乱を増すばかりではないか，といった反論が予想される。私が ㊦ マークを提唱するなどして検討してきた「権利の自主的表明」と「登録

³⁴ アメリカはもともと多様性の国であるから，すべての人が上記のように考えているわけでもない。たとえば Radin [1987] は二分法では不十分で，その中間に「無償で供与することはできるが，有償取引には馴染まない」market-inalienable という分類が存在し得るとし，売春・児童売買・代理出産を例示している。

³⁵ このような見方から，以下で論議する対象は個人データに限定し，プライバシーは除外している。後者は裁判所において事後的に侵害の有無を判断するしかなく，事前の定義は不可能である，というのが私の立場である。

³⁶ とりわけ一身専属的であるはずの著作者人格権を，著者の死後も相続人が行使することが可能である点(著作権法 116 条)などが，取引の不安定要因になっている。

制度」(自主登録制度を含む)などが，その解決策になり得るか慎重な検討が必要になるろう(林 [1999a] [1999b])³⁷。

これに対して，② のパブリシティ権アプローチとは，民間保有の個人データについて，判例によって形成されてきたパブリシティの権利と同様のものと捉えなおす案である。パブリシティの概念は，所有権が個人の特徴などを表すデータ(無体財)にも及ぶとしたものとも言えるが，わが国では珍しく制定法がないにもかかわらず発展してきた。こうした自然発生的概念には，それなりの存在意義があるはずだ，というのが論拠である。

このアプローチは，個人データが持つ特性のうち財産権の部分だけを切り離すことによって，取り扱いが簡素化される点が優れている³⁸。しかし制定法に根拠を持たず，判例で認められてきたに過ぎないので，わが国のような制定法の国では，根拠が弱い。また，個人データに特別な価値を持つ人(パブリシティにおけるセレブリティ)しか保護されず³⁹，一般大衆は保護されない恐れがある。

次の③ 営業秘密アプローチとは，民間保有の個人データについて，不正競争防止法において保護されている営業秘密と同様のものと捉えなおす案で，同法を改正して「個人データに営業秘密の保護と同程度の保護を与える」ことを目指すものである。これにより差止，損害賠償のほか刑事罰も整備され，抑止効果は十分と思われる。

しかし，不正競争防止法は競業者間に適用されるに過ぎないので，個人データが競業者以外に悪用された場合には救済できない。アメリカは契約社会なので，守秘義務協定のようなものが普及すれば，それ以外の分野や，最終的には個人が関係する取引まで，このアプローチで対応できるとの主張もある(例えば，Samuelson [2005])。しかし，わが国では不正競争防止法という立法に頼るしかないと思われる。

また管理している企業にとって，営業秘密を保護するインセンティブは十分ある(なにせ，それが漏れたら競争に負ける可能性が高いのだから)が，個人データ一般について，それに匹敵するインセンティブが働くだろうか。営業に必須の顧客情報など，営業秘密に準ずる個人データもあるが，他のものについては，保護するインセンティブが働くかどうか疑問がある。

最後に④ 案として，そもそも個人データを特別に扱う必要はなく，民法 709 条等の不法行為の救済を認めれば，十分であるとの考えもある。もともと個人情報保護法は，理念だけを規定し，後は個別法に委ねるつもりだったことに照らせば，救済は別法でという発想は「原点回帰」かもしれない。ただ，個人情報保護法がこれだけの社会的存在になった現時点で，その廃止を提案することはいかなるものか，という反論に会うだろう。また，情報財の特質の1つとして「いったん流出した情報は取り返せない」という「取引の不可逆性」を考慮すると，何らかの形で差止ができないと，情報漏洩に対する保護は十分でないことにな

³⁷ ① マークは，アナログの©マークに対応するデジタル版だが，権利保護期間を著者自身が指定できるなど，creative commons とは違った特性を持つ「権利表明」兼「自主登録」制度である，クリエイティブ・コモンズ・ジャパン [2005]などを参照。

³⁸ パブリシティ権(right of publicity)は，人に備わっている，顧客吸引力を中核とする経済的な価値(パブリシティ価値)を保護する権利。プライバシー権，肖像権と同様に人格権に根ざした権利とされるが，肖像権とパブリシティ権は取引の対象とされることが多く，経済的権利といった方が当たっている。

³⁹ セレブリティとは，著名人・名士などと呼ばれ，大衆に広く注目されている人。

ろう。

以上のように、どれか 1 つが決定的に優位というわけにいかず、「帯に短し褌に長し」という印象は否めない。そこで私は、①の「著作権アプローチ」について、もう少し立ち入って検討してみることにした(林 [2009]) が、これは不成功に終わった。その意味では、以下で改めて紹介する価値はないとも言えるが、セキュリティのような不確実な世界に慣れてくると、失敗から学ぶことが意外な価値を持つことを実感している。そこで、扉に掲げたメドウズにも励まされて、以下では敢えて手の内を見せて失敗の経緯を紹介するので、少々我慢して聞いていただきたい。

4 著作権アプローチ失敗の教訓

当時の私の直感では、著作権アプローチが最もフィージブルだと思われた。その理由は有体物の世界では、占有と所有は重なり合う場合が多いが、無体物の世界では、「保有し利用する主体」と「情報が帰属する主体」とは別である場合が多い。それに適応した制度としては、現在のところ著作権制度が最も優れている、という認識(おそらく、本人も意識していなかったが)があったからと思われる⁴⁰。

先に述べたように、有体物の法体系は「占有」を前提にした「所有」という概念が、中心的位置を占めている⁴¹。しかし無体財である情報はどこかに静止している場合もあるが、転々流通することの方が多し。流通するとすれば、元の情報について何らかの権利を持つ人(著作者であれ、個人データによって識別される当該自然人であれ)と、その情報を現に支配下において保有・管理し利用している人とは、違うことが常態である。前者に関する権利(仮に「帰属権」とする)と、後者に関するもの(仮に「保用権」として区別するのは、自然の流れかと思われた⁴²。

なお、ここで帰属権を理解するためのモデル・ケースとして、情報を生み出し権利を持つ人は誰か、ある者に権利が帰属すれば他者には何らの権利も発生しないのか、という設問を考えてみよう。例えば私が遺伝子治療を受けているとして、その過程で新しい治療薬が開発できたとしよう。治療薬が特許を取れたり、営業秘密の内容になったりすることが考えられる。

その場合、開発者の権利に関しては、既存の特許法なり不正競争防止法で対処可能である。そして一般的には、そうした情報に対して、私に何の権利も生じないことは納得がいくだろう。ところが、この治療薬は、きわめて稀な DNA 配列の人にしか効かないものだとしよう。すると被験者である私の DNA 配列と当該治療薬との組み合わせ情報が、この

⁴⁰ 著作権と所有権の差が端的に現れた最高裁の判決がある(顔真卿自書建中告身帖事件)ことも、このような判断の暗黙の背景になっていたかと思われる。最二小判 1984 年 1 月 20 日 民集 38 卷 1 号 1 頁。

⁴¹ この所有概念があまりに有効に機能したため、情報という無体財にもこれを適用して、「知的所有権」という誤解を生じているほどである。また、この概念がわが国よりも強いアメリカでは、privacy が property として扱われることも多い。こうした扱いの問題点については、第 8 節でまとめて論ずる。

⁴² 「保用」とは馴染のない用語であるが、本文で述べたように「保有」と「利用」の両者を含む語として使用している。当初は「保有」の語を用いていたが、後述のとおり「利用」していなければ権利を喪失することを強調するには、この語を使うしかなかった点を了解していただきたい。

薬品の営業秘密的な情報(営業秘密に該当するかどうかは、事情にもよるので裁判をして見なければ分かるまい)になる。この場合も、私に何らの権利も生じないとすると、公平を欠くようにも思える。

リーディング・ケースとなったムーア事件のカリフォルニア州最高裁判決(1990年)⁴³では、白血病の治療のためと称して脾臓の組織と血液を採取し、これを基に取得した特許によって30億ドルもの利益を上げたカリフォルニア州立大学に対して、患者のムーアがカリフォルニア州法における「conversion」の裁判を起こした⁴⁴。最高裁はconversionの主張は退けたが、医師は研究目的にも利用するということを知らせたうえで、インフォームド・コンセントを取る必要があったとして患者を勝たせている(樋口 [2007])⁴⁵。この判決の要点は、患者には知的財産権は生じないが、情報法的な何らかの権利がある、と見ることもできよう。

また見方を変えれば、この判決は「情報のような未だ法的な扱いが確定していない事象については、制定法に依らず契約法で処理するのが良い」と判示したとも言えそうである。こうした発想は、第1節で紹介したハーディのものに沿っているし、現に(支分権が多い著作権については言うに及ばず)特許権等の知的財産権において、それぞれの法律に書いてあることは「原則」であって、実際の利用条件の細部は「ライセンス契約」に依っていることが多い⁴⁶。制定法の国であるわが国においては、法律の解釈に重点を置くのは当然とはいえ、「ライセンス契約」の重要性に、もっと注目すべきではないかと考える⁴⁷。

ただし次の点にも、注意が必要である。現在知的財産権として保護されている情報は、先に述べたとおり有体物のアナロジーから脱却できていないため、ライセンス契約の大本である「許諾権」について、権利者の自由意志を最大限に重んずる法制となっている。しかし、個人データについてそのような取り扱いをすれば、特定の誰かの名前を呼ぶときでさえ「事前許諾」が必要、という戯画が成り立つ恐れもある。

ここに、有体物のアナロジーと無体財の特質との乖離が、象徴的に現れている。解決策は、無体財にはそれにふさわしい法的措置を選択し、しかる後に現行の知的財産制度について、無体物らしい修正を加えることであろう。個人データ保護についていえば、その取得に関して「自然取得」という新たな概念を設け、公表された情報源から個人データを取得した場合には、当該取扱事業者が公表する利用目的の範囲内なら、自由に利用できることとすべきであろう。

⁴³ Moore v. Regents of the Univ. of California, 271 Cal. Rptr. 146 (1990)

⁴⁴ 日本法では「横領」に当たると思われるが、民事も刑事も含むアメリカでは Black's Law Dictionary の以下の説明が、最も近いと思われる。The wrongful possession or disposition of another's property as if it were one's own.

⁴⁵ informed consent. 医師が治療法などを一方的に決めるのではなく、患者や家族に対して、病名、病状、診療の目的や内容をわかりやすく十分説明し、患者や家族が同意したうえで治療を行なうこと。

⁴⁶ 知的財産のライセンスとは、使用許諾(著作権)、実施許諾(特許権)等を認めることをいうが、より広くは、「一般的に禁止されている行為をすることを許可すること」を指す。

⁴⁷ 『ライセンス契約』という興味深い書物に、編者の1人である梶山が「周辺領域におけるライセンス」という章を書いているのが目に付いた(梶山 [2007])。情報という未だ全容が解明されていない対象を扱うには、いきなり法律を制定するよりも、まずは契約による「慣らし運転」が必要かと思われる。

また，知的財産の許諾権には「拒否権」を含むが，個人データのような場合には権利としての許諾権と言うよりは，opt-in か opt-out の選択で対処すべきであろう。両者は，企業等の雇用者が最初に個人データを取得する際（当該個人からすれば最初の提供時点）の手続である。opt-in は最初の時点で，個人データが帰属する個人から承諾を得なければならないとするやり方（事前承諾）であり，他方 opt-out とは，企業等が個人データを取得し利用するのは自由だが，当該個人から削除（あるいは会員を辞める）などの申し出があったなら，事後は当該データを利用できなくなるというやり方（事後退出）である。また「目的外の利用」は，いずれの場合も禁止されるべきである。

なお財産権とすると「譲渡自由」が原則と考えがちだが，それも有体物のアナロジーに毒された考えであろう。「占有」も「占有の移転」も明確でない対象に，「譲渡」も起こり得ないので，再ライセンスはあり得ないし，契約の解除，ライセンシーの死亡・解散などの場合には，ライセンス契約自体が消滅すると考えるべきである⁴⁸。

以上の検討結果を踏まえて，私は個人データに関する諸権利を以下の「権利の束」だと考えた。これは著作権が多くの権利の束であることと，類似である。

- (a) 帰属権：当該データに関して一意に決まる個人が，何らかの「クレーム」を主張し得る状態，およびその権原。
- (b) 関与権：上記「クレーム」の発現の1つとして，当該データの開示・訂正・削除を請求する権利。
- (c) ライセンス権：上記「クレーム」の発現の1つとして，当該データの利用を許諾する権利だが，個人データの場合には，opt-in をデフォルト設定とする。
- (d) 雇用権（と義務）：有体物の「占有」に対応する，無体物に関する財産上の権利を示し，現行法では「準占有」（民法205条）に近いが，占有と異なり「安全管理義務」が発生する。さらに「準占有」と異なる点として，「長期間利用していなければ権利は失効する」というアメリカ法の laches の法理を取り込みたいが，この点については，さらなる検討が必要であろう⁴⁹。
- (e) その他の権利：損害賠償請求権や差止請求権など。

これらを一覧表にし，著作権の代表的支分権と比較したものが，図表3である。なお私は，後述するように比較自体に問題が潜んでいることを発見したので，この比較表を絶対視しないで，「頭の体操」をするためのものと理解していただきたい。

図表3 著作物と個人情報に関する諸権利の比較

（注）著作権の欄の支分権は代表例のみ，個人データ保護の欄はすべて。

著作物に関する諸権利＝著作権			個人データに関する諸権利		
人格権	公表権	著作者の権利	帰属権	利用許諾権．デフォルトとし	本人の権利（以下，すべ

⁴⁸ 林 [2009] におけるこの部分の記述は，知財に関するものなのか，個人データのような対象も含むものなのかが不明確であったため，本稿において補足的な説明を加えたことを，ご了解いただきたい。

⁴⁹ laches の法理とは，ローマ法以来の伝統である「権利の上に眠る者は保護されず」という法諺を具体化したもの。歴史的にはエクイティ裁判所において，原告が権利の主張を遅らせたなどの事情があれば，被告が抗弁として主張できるとされたのが始まり。特許法などで判例の蓄積がある。

				ては, opt-in だが, 「自然取得」を除く.	て財産権)
	氏名表示権	同上		氏名表示権	同上
	同一性保持権	同上	関与権(同一性保持権に類似)	開示請求権	同上
財産権(利用許諾権)	複製権	著作(権)者の権利(その代表例)		訂正請求権	同上
	譲渡権・貸与権	同上(情報を格納した有体物に着目)		削除請求権	同上
	翻案権	同上(情報の改変に着目)	ライセンス権	opt-in か opt-out の選択. 再ライセンスは不可.	同上.
	上演・口述・展示権等	同上(アナログ的伝達方法に着目)		目的外利用禁止権	同上.
	公衆送信権	同上(デジタル的伝達方法に着目)			
財産権(保有権に類似か?)	レコード製作者と放送事業者の権利	同上(放送に有線放送を含む)	保用権と義務	目的内利用権	情報保用者の権利
財産権(報酬請求権)	私的録音録画補償金			安全管理義務	情報保用者の義務
権利存続期間	一般の場合, 著者の存命中と死後 50 年		権利存続期間	当該自然人の存命中	
損害賠償請求権	損害額の推定の規定		損害賠償請求権		
差止請求権	法に根拠がある		差止請求権		
見なし侵害	同上		(被告の抗弁としての) laches		

この図表について，若干の補足説明をしておこう。

- ① 著作権における公表権・氏名表示権と，個人データの利用許諾・氏名表示権の間には，ある種の共通項がある。ただし著作権法の混乱に学び，個人データの場合には，人格権侵害についてはプライバシー訴訟に極力譲り，財産権的に運用する（後述④のライセンス権に譲る）のがベターであろう。これは，人格権があると言いながら，実質的に財産権のみで運用されているアメリカ著作権法の実態に学ぶという姿勢である⁵⁰。
- ② 個人データの利用許諾権は，opt-in か opt-out の選択だが，ここでは，前者の opt-in を default 設定するものと考えた。ただし，「自然取得」の概念に該当する場合には，opt-in の義務はないものとする。
- ③ 著作権の同一性保持権に近似するものとして，関与権を考えた。これはさらに，開示・訂正・削除請求権の3支分権に分かれる。同一性の保持こそ，個人が個人として同定され得る基本である。しかし，この権利が強くなり過ぎると，次項のライセンス権が利用禁止権として働くのと，同じような結果を導く恐れがある。対公権力には「自己情報コントロール権」的な物権的構成が有効であろうが，民一民関係ではあくまで「請求権」にとどまるものと理解したい（林 [2013]）。
- ④ ライセンス権は，この権利の中心をなすものである。もちろん理論的には「許諾」は任意であり，「許諾しない」自由もあるが，許諾がごく稀では「実質的には禁止権」という状態になり，著作権が陥っているような悪循環と同じことになろう。その意味では，① の利用許諾権は人格権としての「最後の拠り所」として残し，ライセンス権のデフォルトを opt-out に設定したいところであるが，少なくとも迷惑メールについては，opt-in しかないようである⁵¹。
- ⑤ ここで，再ライセンス（ライセンシーが同一の情報について，第三者にライセンスする）やライセンスの承継が問題になる。情報には占有がない以上，譲渡や承継もないものと考えたい。ただし実行上は，個人データが何らかの媒体に固定されている場合が多いから，当該媒体は（有体物なので）譲渡や承継の対象になる。現に，アマゾンなど有力なサイトは，事業売却などの際には個人データも対象になる旨の宣言をしているが，それを禁止するのは難しいかもしれない。情報財の法的扱いに関する，最大の難問であろう。
- ⑥ 個人データに関する権利の存続期間は，当該自然人の存命中である。プライバシー権や著作権の存続期間とは，違った発想で考えたい⁵²。
- ⑦ 損害賠償請求権と差止請求権は必要だが，損害額の推定や見なし侵害規定は，必要ないと判断した。
- ⑧ 手続き的な面から重要なのは，差止請求権と削除請求権である。これらについては別途詳しく検討するが，前者については「取引の不可逆性」に対する対応策と

⁵⁰ 山本 [2004] によれば，アメリカはベルヌ条約に加盟するに当たり，著作権者人格権を法的に認めるようになったが，実際は映像著作物など限定的な範囲で認めただけで，ほとんど財産権中心で運用されているという。

⁵¹ 迷惑メールだけに関しては，第2節で述べた情報基本権のうちの「受信の自由」を論拠に opt-in を理論づけることができるかもしれないが，今後の課題としたい。

⁵² プライバシーについては，死者の名誉毀損罪（刑法 230 条 2 項，虚偽の事実を適示した場合のみで，遺族による親告罪）とのバランス論等から，民事でも認められる場合がある。また，著作権の保護期間は著者の死後 50 年（欧米では 70 年）が原則であることから，データ帰属主体の死後も長期にわたって訴訟の可能性が残るが，このような不確実性は望ましくないとと思われる。

して必須と考えるので，一般法においてしかるべき規定を設けるのが望ましい。後者もまた「取引の不可逆性」に対するものだが，情報を本来の意味で削除する場合と，検索エンジンの事業者に対して「検索不能にする」命令の両者を含むものと捉えたい。

- ⑨ Laches の法理の提供については⁵³，これまた多くの検討が必要であろうが，私が問題提起した主旨は，「情報法においては，時間価値を素直に反映することが望ましい」という認識に立っているからである。ただし，これはデータが帰属する主体の権利というよりも，相手方に与えられた抗弁と考えるべきであろう。

このように，著作権と個人データ保護とを比べただけでも，多くの微妙な差があること，ここから直ちに「情報法の一般理論」を導くのは危険であることが分かった。

5 情報財産権の基本としての「帰属権」と「保用権」

前節の説明をお読みの読者は，説明があちらこちらに飛び，どれが本筋なのか分からないという印象をお持ちではないだろうか。その点は率直に反省しなければならないが，根本的原因是に私自身が「知的財産としての保護と秘密としての保護は違う」ことを強調しながら(林 [2014])，前節と前々節において，その教訓を忘れてしまったこと(秘密として保護したい個人データを，情報を公開して保護する方式である著作権という，次元が違うものと比較したこと)にあると思われる。

そこで原点に帰ってみると，情報は社会生活を営む上で不可欠の要素なので公開が原則であるべきだが，特定の情報を一定の期間だけ秘匿することも認めねばならない。したがって，法的な保護を与える情報には「公開して守る」タイプと「秘匿して守る」タイプを認め，それぞれの要件を明確にする必要がある。また後者については，誰が秘匿できるのか，誰に対して秘匿できるのか，いつまで秘匿できるのかを明確にしなければならない。

そこで，具体的にどこが違うのかを表にしてみると，以下の図表 4 のようになる。

図表 4 知的財産と秘密の保護方式の差

区分	知的財産(権利型*)	秘密(利益型*)
① 排他性と公示性	事前に排他権(禁止権・許諾権)を付与。著作権を除き方式主義	保護利益が侵害された場合，事後的に救済
② 情報の管理	公開して守る	秘匿して守る
③ 法的効力の及ぶ範囲	世間一般に対して(対世効)	関係当事者間においてのみ
④ 保護期間	有限で比較的短い(著作権は例外)	秘匿する自助努力をする限り，期間の定めはないが，今後は要検討
⑤ 排他性の例外	公正使用(著作権)，強制許諾	法的な排他性が付与されないの

⁵³ この点に関する主張は，当初案である林 [2009] には含まれていないが，潜在的には意識していたので，理解を深めていただくため，敢えてここに追記した。なお日本法においても，民法 1 条や民事訴訟法 2 条の「信義誠実の原則」は，laches の精神を生かした規定だと言える。

あるいは自己責任	(特許権)など	で、情報の保用者に秘密を管理する責任が生ずる
⑥ 救済と抑止手段	損害賠償，差止，刑事罰	損害賠償は認められるが，差止は原則として認められない，(ごく一部について)刑事罰
⑦ 英米法との対比	Property rule あるいは rights talk に近似	Liability rule に近似

* 権利と利益の区分は，民法 709 条の「権利」と「法律上保護される利益」に相当。

**人格権侵害は上表の対象外

この図表の各項目を手短かに説明しよう。

- ① は，民法 709 条にいう「権利」であるか「法的に保護される利益」であるかの差を示しており，知財は「権利」だが秘密は「利益」である。この性質は，両者の差を端的に示すもので，全体の区分とも言える。この特質から，前者には事前に強い排他権が付与されるが，後者には侵害に対する事後救済しか認められない⁵⁴。このことが逆に，後者については刑事罰で保護しようというメンタリティ(私は刑事罰前置主義と呼んだ。林 [2013])をもたらしているのかもしれない。
- ② の情報管理方式も，① に次いで顕著な差を示す。知財が「情報を公開して守る」方法であるのに対して，秘密は「情報を秘匿して守る」方法と，対照的である。しかも前者には通常差止請求権があるが，後者にはそのような強力な保護手段は認められておらず，逆に情報の保用者に「秘密を管理する責任」が生ずる。したがって私が別の機会に論じたように(林 [2015b])，前者を「差止請求権付き有限の許諾権」と，後者を「管理義務付き有限の秘匿権」と表現したのは，簡にして要を得たものと自負している。
- ③ の法的効力の及ぶ範囲とは，当該権利ないし利益が誰に対して有効か，という視点である。知財は世間一般に対して主張できる(対世効)のにして，秘密は契約当事者間など関係者の間でしか有効でない。なお①～③を通じて，排他権を事前に設定し，しかもそれが対世効を持つとするなら，権利が誰にあるかが明確でなければならないので，知財は原則として方式主義であるが，著作権だけが例外である。この点も，著作権アプローチの困難性をもたらしていたのかもしれない。
- ④ の保護期間も，また対照的である。権利である知財には有限の(一般的には)比較的短い保護期間(あるいは権利存続期間)が定められている(例えば特許権は，出願後 20 年)。これは，情報が占有できないことを理解した上で権利を設定した「賢い制度化」かと思われる。ところが，ここでも著作権だけは「著者の存命中と死後 50 年まで(西欧諸国では 70 年まで)」という極めて異例の長さにわたって権利が存続する。この点も，権利の性質からすれば「情報財に対する権利設定のモデル」になり得るはずの著作権が，その役割を果たせない原因の 1 つになっているようで，残念である(林 [2015b])⁵⁵。

他方，秘密の保護には政府は手助けしてくれないので，期間の定めはない。裏を返せば秘匿する自助努力をする限り，いつまでも保護可能である。コカ・コー

⁵⁴ この点に注目した Calabresi & Melamed [1972] が，Property Rule と Liability Rule を対比したのは，卓見であった。

⁵⁵ なお，著作権に固有の問題点については，林 [2004]，田中・林 [2008]などを参照。

ラの原料のブレンド法など，営業秘密として長期間の秘匿が可能なケースもあるが，例外的と思われる。

- ⑤ の排他性の例外あるいは自己責任の項は，改めて説明するまでもないだろう。知財には強い排他権が認められる一方，利用者側の利益とのバランスを取る必要が生ずることから，「公正利用」などの規定が置かれている。他方後者は，あくまでも自己責任で，国家が面倒を見てくれる範囲は限定的だから，そのような必要はない。
- ⑥ の救済・抑止手段も，対照的である。一般に権利が付与される場合は，損害賠償・差止・刑事罰の3つの手段が用意されているのに対して，利益の保護の場合は損害賠償こそ同じだが，差止は原則として認められず，刑事罰による抑止も，ごく一部について認められるだけである。
- ⑦ は，参考情報だが，このような対象は日本法に特有なものというよりも，アメリカ法にも共通ではないか，という理解を示すために付加しておいた。Calabresi & Melamed [1972] における property rule 対 liability rule の対象は，日本法における「権利」と「利益」の対照に近似しているように思われる。

しかし「例外のない規則はない」という法諺は，ここでも当てはまるようである。というのも，知財と秘密を公開情報対秘匿情報と分類することは，両者の対照的な特質を理解するためには有効であるが，個人データとプライバシーは常に表裏一体の関係にあり，しかも当該情報がID (Identification, 個人識別 and/or 認証)として使われる場合には，全く別の配慮が必要であるため，二分法がそのまま適用できないからである。

プライバシーを個人の秘密として分類することは，国家の秘密の代表例が特定秘密であり，企業の秘密の代表例が企業秘密だと考えれば，妥当なものであろう。しかし，個人データも秘密の一種だと割り切ってしまうと，IDとして利用する場合にはどのようなプライバシー面への配慮が必要か，という視点を没却してしまう恐れが強い。多分，私たちは「デジタル時代にはIDが無ければ存在しないと同じことになる」という時代の要請を踏まえて，公開情報でもあるが秘密情報への鍵でもあるという個人識別 (and/or 認証) データの二面性を前提にした，新しい法のあり方を模索するしかないのだろう。

つまり著作権アプローチが失敗した原因の1つは，知財的な保護と秘密的な保護を予め区分していなかった点にあるが，もう1つのより重要な原因は，ID情報に関する十分な知見を持っていなかったことにあると思われる。この点については，少々回り道を敢えてした上で，第8節で再度検討しよう。

そこで，個人データ(特に，個人識別 and/or 認証データ)に特有の問題はカッコに入れておき，秘密の形態として特定秘密や企業秘密(さらには通信の秘密といった別類型)を想定したとすれば，知財と秘密の差を踏まえても，権利設定の要諦は「帰属権」と「保用権」であるという仮説は，なお生き残っていると考えることが可能ではないだろうか。知財的保護であれ秘密的保護であれ，情報財の保護に必要な共通要素は，上記の2つに集約される，というのが私の見立てである⁵⁶。

ここで帰属権とは，ある情報がある主体(自然人か法人)と有意な紐帯関係にあることを示すもので，それによって主体が当該情報に何らかの関与をする権限が生ずる。ただし帰

⁵⁶ ここでは一見帰納的な説明をしているが，この概念は既に第4節の冒頭部分で示したものであり，その仮説を検証したと考えた方が当たっている。もっとも第7節で述べるように，社会科学における仮説の検証のレベルは，自然科学のそれには遠く及ばない。

属権の下位概念である関与権の内容は，権利の内容によって大きな差があり，これを一般化することはできない⁵⁷。

他方の保用権とは，既に述べたように，有体物の「占有」に対応する無体物に関する財産上の権利を示すが，占有と異なり保用者の側に「安全管理義務」が発生する。加えて，この権利は有限で権利存続期間もさほど長くないものと想定している。「秘密を守るのは，自己責任」というのが，原則だからである。これを法的に担保するためには，「長期間利用していなければ権利は失効する」というアメリカ法の *laches* の法理を取り込むのが妥当と考えていることも，既に述べた。

6 情報主体と Inforg

これまでのところでは，法学の伝統的理解である「主体と客体」という二分法に沿って，主体としての人（自然人）が有する情報人格権と，主体がその客体となる情報に対して持つ情報財産権という分類を，とりあえずの前提としてきた。しかし，情報法を深く考えれば考えるほど，主体である人に加えて法人の存在をも考慮し，かつ両者に共通な「情報主体に関する原理」があるのではないかと，また主体と客体の関係も従来の理解とは違ったものになるのではないかと，という疑いを強くしている。

もともと私は，人は独立した情報処理有機体であり，人の集合体である組織もその特性を持っている。したがって，それらの行動を理解するためには，情報学的視点が不可欠だと考えていたが，このような発想は少数派で，わが国の学会では理解してもらうことが難しかった。ところが，2014年に出版された2つの書物が，全く違った視点から私の主張を裏付けてくれることが分かったので，これらを援用しつつ，「情報学的人間観」の可能性を検討してみたい⁵⁸。

まずフロリディの近著『第4次革命』(Floridi [2014], 未邦訳)を紹介しよう。彼は，人間の世界認識は，コペルニクス⇒ダーウィン⇒フロイト⇒チューリングという4つの革命を経てきたと考える⁵⁹。そしてチューリングが開いた第4革命の特徴は，人工能によってヒトと機械が交流可能となることで，このプロセスではヒトが「情報処理有機体 (Information Organism = Inforg)」であるとの認識が強調されている。

そして現代は，あらゆるものがICTに依存する社会 (Infosphere) であり，われわれ人間はそこに住む，Inforg である。サイバー・スペースがリアル・スペースと対置されるのではなく，今や両者が一体となった a single infosphere without outside が実現しつつある，

⁵⁷ 著作権の支分権のように「権利の束」が多数の要素で構成されているものから，特許権のように専用実施権と一般実施権の区分と，地域的・時間的区分を加える程度の差しかないもの，さらに単純化されたもので，差が大きすぎて一般化できない。

⁵⁸ これは後述するように，「権利の主体」としての自然人や法人を考える上でも，またその「主体」と「客体」とされる「情報」との関係を考える上でも，重要な意味を持っている。

⁵⁹ 最初の革命であるコペルニクスによる地動説では，宇宙の中心は地球であるという神話が崩された。次のダーウィンによる進化論で，ヒトが他の生物と変わらないことが分かった。3つ目のフロイトの潜在意識革命で，ヒトはすべての事象を自覚的に理解している訳ではないことが判明した。

と現代を認識している⁶⁰。Infosphere では、記録がいつまでも残る面と、早急に上書きされて変化したり、ソフトの更新などによってアクセス不能になる面が併存する (forgettable memory)⁶¹。

第 4 次革命においては、人類の認識は ICT を通じてなされるので、自己認識も self-conception と social self が対立するのではなく、hyper-self-conscious として統合された informational self となる。形成された「自己」は、Infosphere では ID と同じ機能を持っている。このような見方が最も端的に現れるプライバシー論議では、従来の「我思う故に我あり」に代わって、「皆思う故に我形成さる」との視点が示されている⁶²。彼自身の表現によれば、You are your own information. となる。

プライバシーを論ずる方法には、reductionist 的解釈と ownership 的解釈の 2 つがあるとする彼の解釈は⁶³、以下のようにユニークである (pp116-117)。私も、この発想に近いことは、既に述べてきた「リアル世界の法を、情報に関してそのまま適用することはできない」という立場から明らかだろう。しかし、このような考え方は、法学者の間では「きわめて少数派」と思わざるを得ない。

The two interpretations are not incompatible, but they stress different aspects of the value of privacy. The reductionist interpretation is more oriented towards a consequentialist assessment of privacy in terms of cost-benefit analyses of its protection or violation. The ownership-based interpretation is more oriented towards a 'natural rights' understanding of the value of privacy itself, in terms of private or intellectual property. Unsurprisingly, because they both belong to a 'historical mentality', they both compare privacy breach to trespass or unauthorized invasion of, or intrusion in, a metaphysical space or sphere of personal information, whose accessibility and usage ought to be fully controlled by its owner and hence kept private.

いずれにしても Infosphere では、data superconductivity はプライバシーにも当てはまり、自己の情報がネット上に満ち溢れることは避けられないから、「かけがえのない自己」のイメージも、他人の評価に依存する度合いが高まる。次の件を参照されたい。Privacy is other side of identity theft. (p.120) The right to privacy is also the right to a renewable identity. (p.124)⁶⁴。

⁶⁰ ICT では、人と自然をつなぐ(第一次元)技術、人と技術をつなぐ(第二次元)技術を越えて、技術と技術をつなぐ(第三次元)技術が優勢になる。Internet of Things (IoT) が、その代表格である。

⁶¹ Infosphere は、摩擦(friction)が少ない(データの超伝導性 data superconductivity)ので、情報は容易に流通するようになり、① 不知の抗弁がしにくくなる、② 共通知識が増える、③ 責任が増す、といった変化が起きる。また、ビッグ・データが話題になっているが、実は small pattern が支配している場合が多い。

⁶² LINE で受けた連絡には、すぐ返信しないと阻害される、という意識が働くなど。

⁶³ なお、プライバシーには physical privacy, mental privacy, decisional privacy, informational privacy の 4 種類がある、とする。

⁶⁴ つまり ICT 優位の時代には、次の方程式が成り立つことが望ましいが、ここでは (1) 式と (4) 式は両立しないとする。(1) the highest level of information flow; and hence from, (2) the lowest level of

ところで，人類は意味を探す動物である(この特質は，他の動物ではさほど強くない)．この点で彼は人と機械を同一視する見方には与しないし，AI が答えられない質問を作ることにはさほど難しくないと考えているようである⁶⁵．したがって，次式が成り立つし，ICT に対する我々の選択肢は，rejection, critical acceptance, proactive design の 3 つとなる (p.151)⁶⁶．

Smart machine + Human intelligence = Clever system

それゆえ，the right to usage が the right to ownership よりも重要になる，という彼の指摘は重要である．私も「情報法とリアル世界の法は，どこが一番違うのか？」と問われれば，「所有とは違って，利用をどう規律するかが決め手になる」と答えるであろう⁶⁷．「所有から利用へ」は，産業社会から情報社会へと移行する際の，最も顕著な差異だと考えられる．

しかし，このように透徹した見方をするフロリディでさえ，「法人もまた情報処理有機体である」という論点を忘れていたことは，重大な欠陥と言わざるを得ない．この点についてはペントランドと対比することで，より明確になろう．

ペントランドの『社会物理学』(Pentland [2014], 未邦訳)は，ビッグ・データの解析で著名な MIT の教授によるものである．表題は，狭義の物理学を社会現象に適用しようというのではなく，社会現象をビッグ・データにより(それも生のリアル・タイムのデータの流れて)分析しようとするものである．以下の件が，その意図を端的に示している．

This focus on the flow of ideas is why I chose the name “social physics”. Just as the goal of traditional physics is to understand how the flow of energy translates into changes to motion, social physics seeks to understand how the flow of ideas and information translates into changes in behavior. (p.5)

Put another way, social physics is about how human behavior is driven by the exchange of ideas---how people cooperate to discover, select, and learn strategies and coordinate their actions---rather than how markets are driven by the exchange of money. (p.16)

このような発想は，技術楽観論とも言えるものである．彼が次のように述べているのは，その本質を良く表している．

information friction; while enjoying, (3) the highest level of informational privacy protection; and hence, (4) the highest level of personal identity protection.

⁶⁵ 現に，他の数人の審査員とともに Loebner Prize の審査員をしたが，彼の問いにはどの AI も答えられなかったという (pp.132-135)．

⁶⁶ このようにフロリディの所論は，ICT に関する面が強く情報そのものに触れた部分は少ないが，それでも情報の以下のような特質については，正しく理解している．・non-excludable ・non-rivalous.

⁶⁷ また，情報には次の 4 つの種類がある (p.83)としているのが興味深い．knowledge: information Alice has (there is a monster), insipience: information that Alice is aware she is missing (where is the monster hiding?), ignorance: information that Alice is not aware she is missing (if only she knew that she is missing the fact that there is a magic weapon!), uncertainty: information about which Alice is uncertain (are my weapons sufficient to kill the monster?)

If we had a “god’s eye”, an all-seeing view, then we could potentially arrive at a true understanding of how society works and take steps to fix our problems. (p. 11)

彼がビッグ・データとして活用したものの例は，以下のようなものとされる⁶⁸．**Friends and Family: Social Evolution; Reality Mining: Badge Data Set**. こうした大規模なデータ・ベースを使った分析の結果から，彼は「社会物理学」のためには **New Deal on Data (NDoD)**が必要であり，それには ① アイディアの自由な交換と，② プライバシーの保護が不可欠であるとする．このうち ① については，本書で紹介されている以下のような実例が，十分に説得力を持っていると思われる(その他の事例については，林 [2015] 参照)．

[実例] グループ作業の成果の半分は，以下の 3 つの要素で説明できることが，著者らの研究で明らかになった．

1) a large number of ideas; many very short contributions rather than a few long ones, 2) dense interaction; a continuous, overlapping cycling between making contributions and very short (less than one second) responsive comments (such as “good”, “that’s right”, “what?” etc.) that serve to validate or unvalidate the ideas and build consensus, and 3) diversity of ideas; everyone within a group contributing ideas and reactions, with similar levels of turn taking among the participants. (p.89)

このようにペントランドの分析は，アイディアを生かすことと，それを共有して参加してもらう(参加意識を高める)ことがいかに大切かという点，つまり上記の ① に関しては，きわめて優れたものだと思う．ところが，他方で彼自身は説得的と考えている ② については，**Warren and Brandeis [1890]** の概念を踏襲するのみで，全く **NDoD** になっていないのが，なんとも奇異に感じられる．

彼は技術者であるから，個人のデータを公共の利益のために利用したいと思っているし，彼自身が **a public data commons** の 1 つを構築したとの自負さえ持っている⁶⁹．しかしプライバシーを担保する手段となると，突然「土地や商品に所有権を設定することが取引

⁶⁸ 代表例として **Friends and Family** を取ると，以下のような規模のデータ・ベースだという．**roughly eighteen months of data from a small community of young families, with a wide variety of sociometric variables, including location, proximity, communication, purchasing, social media use, mobile apps, and sleep. We measured thirty behavior variables every six minutes. This study contains a total of 1.5 million hours of quantitative observation of the human social experience.** (pp. 13-14)

⁶⁹ 以下を参照．**One way to enhance idea flow is through the creation of a public data commons, e.g., freely available maps and statistics about matters such as employment and crime rates. Robust data sharing and anonymization technology can create a data commons that respects citizens' privacy, corporations' competitive interests, and in addition, provides oversight of government. At the end of Chapter 11, I will discuss what may be the world's first large-scale digital commons, and explain how a resource such as this can be used to help builds a better society.** (p.179)

の円滑化の第一歩であったと同じように、アイデアの流通にも所有権の設定が必要」というアナクロニズムに帰ってしまうのである⁷⁰。したがって、彼のいうプライバシーの保護は、源流的にはプライバシーの概念がないイギリス法に依拠しながら、現象的にはアメリカ法の property の強度と EU 型の人権の強度を併せ持つ、という自己矛盾に陥ってしまう。次の件が象徴的である。

The simplest approach to defining what it means for an individual to own their own data is to draw an analogy with the English common law ownership rights of possession, use, and disposal.

- You have the right to possess data about you. Regardless of what entity collects the data, the data belongs to you, and you can access your data at any time. Data collectors thus play a role akin to a bank managing the data on behalf of its customers.
 - You have the right to full control over the use of your data. The terms of use must be opt-in and clearly explained in plain language. If you are not happy with the way of a company uses your data, you can remove it, just as you would close your account with a bank that is not providing satisfactory service.
 - You have the right to dispose of or distribute your data. You have the option to have data about you destroyed or deployed elsewhere.
- (pp.180-181)

このような自己矛盾に、残念ながら著者は気づいていないようである。気づいていれば、次の件は全く違って記述になっていただろうと思われるからである。

This is counter to the way most modern Westerners understand themselves, which is as rational individuals, people who know what they want and who decide for themselves what action to take in order to accomplish their goals. Could it be that our preferences and methods of action, the very things that define rationality, come from our community as much as from within ourselves? Are we, by the definition of economists, as much collectively rational as we are individually rational? (p.46)

この記述の前段は、カーネマンなどが既に発見していることで正しいと思われるし、前段が正しいければ後段もそこから帰納されるだろう。もしそうだとすれば、人間の認知能力の限界が明らかになったことを意味するから、その当人に上記のような絶大な権限(自己情報コントロール権)を付与すること自体が、自己矛盾を意味することにならないだろうか？

⁷⁰ 次の件を参照。It has long been recognized that the first step to promoting liquidity in land and commodity markets is to guarantee ownership rights so that people can safely buy and sell. Similarly, the first step toward creating greater idea flow (idea liquidity) is to give individual citizens the right over the data that are about them, and in fact, in the European Union these rights flow directly from the constitution. We need to recognize personal data as a valuable asset of the individual that is given to companies and government in return for services. (p.180)

7 限定合理性

ペントランドは、カーネマンや サイモンを尊敬しており、彼らの業績(それはビッグ・データの処理が不可能だった時代に、直感的に分析された部分が多い。特に後者はそうである)を計量的に裏付けた点を誇りにしているようである。彼の言う **exploration** と **engagement** (p.96) がそれぞれ、カーネマンの **fast and slow thinking** と、サイモンの **idea** と **action habits** に対応付けられているように思われるからである(p.102)。

とすれば、なぜ「人間には限定合理性しかない」というサイモンのテーゼを前提にしてプライバシー問題を考えることができないのか、私には分からない⁷¹。ペントランドの見解は① 技術の利用の面では最先端を行きながら、その利用制度の面は 1 世紀以上前のもので十分という錯覚に陥っている、② ヒトの認知能力は完全だという古い法学の前提から脱却できていない、という 2 つの点において、NDoD の資格がないと言わざるを得ない。しかも、① と ② は一体不離と考えられている。

つまり、プライバシーは個人の尊厳と結びついた最高の価値であるが、当該本人が承認する限りで(所有権と同じように)使用・収益・処分することが許されるという発想であり、英米法でいう **property** 理論に基づいている。この **property** 信仰が、資本主義国アメリカの強さの源泉かもしれないが、それが逆に「情報社会」の理解を妨げているように思われない。

どうやらペントランドも **property** 病に罹っているらしく、彼が挙げたプライバシー保護の 3 条件は、個人の「自己決定権」に全面的に依拠している。「自己決定権」が有効であるためには、個人が自立するとともに、その判断が完全でなければならないが、それはサイモンなどによって既に否定されているにもかかわらず⁷²。

ヒトと組織を共に、「情報処理有機体」と見る発想の先駆者であるサイモンは、以下のように述べている。

ある生物有機体とそれ以外のものの境は、あらゆる有機体の細胞内に共有されている DNA の独自性によって定義される。同様に、ある人は、共有された情報がその組織の境界を決定するというであろう—たとえその共有が有機体の細胞間の共有ほどは完全ではないとしても。組織学習の過程を理解することは、経済社会における組織や市場の重要な役割を理解するのに必要不可欠である。知識の共有は、その組織が他の独立した企業が簡単には真似のできないような、効果的に調整された方法で行動することを可能とする。(サイモン[1997]. P.353. なお原著の初版は 1945 年であるが、上述の部分は 4 版で追加されたコメントリーの部分にある)。

そして彼は、「情報爆発」などのバズワードに惑わされず、真に必要な情報は何かにつ

⁷¹ 敢えて推測すれば、Pentland [2014] Part 2 のタイトルが“**Idea Machine**”となっていることが、何かを暗示しているのだろうか。「情報を生み出し活用することが大切」という点ではフロリディとペントランドの間に差はないが、ペントランドが ‘**machine**’ という固いものにこだわっているのに対して、フロリディが ‘**organism**’ という変化するものにアナロジーを求めている点が決定的かもしれない。

⁷² サイモンを尊敬するペントランドに、このような欠陥が生じたのは、彼が「物理法則」の中でも決定論に頼り、量子論のような不確定性の分野(林・田川・浅井 [2011], 特に第 7 章参照)の理解が不足していることに依るのでなかろうか。

いて、以下のように説く。

科学における情報の爆発についての、現代の懸念のほとんどは誤解である。なぜならそれは、科学的進歩の本質という有効ではないモデルに基づいているからである。科学は情報を集積することによって進歩するものではない。科学は情報を組織化し、ゆるやかに圧縮するのである。(中略)

科学の探求においては、「知ること」はつねに「儉約的に知ること」を意味してきた。自然がわれわれにみせる情報は、想像以上に反復的である。われわれがその情報を的確に要約し、特徴づけたとき—隠された一定の規則をみつけることができたとき—その莫大な情報は、一つ一つが想像以上に多くの情報を提供する簡潔な法則に圧縮されるのである。ここにこそ、今日における情報革命の真髄がある。情報と情報処理の過程は、初めてそれ自身が体系的な科学的探究の対象となりつつある。われわれは周りに存在する情報を操りながら、自分たちの有効性を大きく増大させると期待できる、情報処理科学の基礎を築きつつある。(p.351)

このような組織と情報処理の関係の見方は、インターネットが商用化されて間もない時期に書かれたことを考えると、衝撃的でさえある。彼は、そのような反論を想定して⁷³、情報処理システムと組織デザインの関係について、次のような卓越した見解を示している。

情報処理システムにはそれ固有の能力の限界があるために、組織デザインには二つの要求がつけつけられる。一つは全体意思決定の問題は、部分の相互依存性を最小限にするように分割されるということ。もう一つは、システム全体は稀少な資源である注意能力を節約するように構成されなければならない、ということである。組織デザインは、組織の外部で発生した情報を扱うことのできるインターフェイスを提供しなければならないし、デッドラインのある意思決定のためには特別な準備がなされなければならない。(p.373)

このような発想の原点には、人間の認知能力には限界があり、人は「限定合理性」(Bounded Rationality)しか持ちえないという冷めた見方がある。したがって経営学が分析の対象とする「経営判断」とは、せいぜい必要条件を *satisfice* するだけで、*satisfy* のレ

⁷³ 「意思決定と情報処理システムとしてみた組織の解剖学と、人間の集合体であるとする組織の解剖学では、全く異なってみえるであろう。伝統的な見方である後者の視点は、人間のグループ化——つまり部門化——に焦点をあてている。一方、前者の視点は意思決定過程そのもの——つまりシンボルの流れと変換——に焦点をあてている。もしもわれわれが概念的に、組織を意思決定過程が分割している主要な構成部分を基礎としたサブシステムに分けるとしたら、部門や下位部門に分割する場合は全く異なったセクションに分けることになる。そして、これらの部門化された構成部門間の相互依存性が高まれば高まるほど、組織の概念化に対するこれらの二つの考え方の違いが、ますます大きくなるであろう。

これらの二つの視点は共に、健全な組織をデザインするとき有用であり、基本的でさえあるものである。この分野では、私はやや伝統的でない視点を強調し、意思決定過程をいわば実際にこの過程を担う血の通った肉体(場合によっては、ガラスや金属でできた)をもった意思決定者から切り離して議論を進めたいと思う。人やコンピュータを、情報がとどけられ、また処理され新しい情報を送り出す主体としてあるのではなく、情報は一人の人間やコンピュータから他の人間やコンピュータへ伝えられ、その流れのなかで形を変えていくものであると理解する。このアプローチは、他になんの利点がないとしても、われわれに組織デザインについての新鮮な見方を与えてくれるであろう。」(p.371)

ベルに達しない場合が多いという(Simon の *satisfice* とは、経営判断をする際の最低限の条件を満たすことをいう。邦訳書では「最大化できるような理性を持たないために、満足化をはかる」としている。p.184, p.217 の注 23 も参照)。この発見だけでも、経営学を見直すには十分なほど革新的であろう。

というのも、「企業は人なり」という表現はあるが、「企業は情報処理システムなり」という表現をする人は少ないからである。しかし、インターネットの進展などに伴って、情報そのものを商品にしている企業はもとより、そうでない企業においても、企業と情報の関係は従来の枠組みを超えた理解を必要としている。言い換えれば、同じ資源でありながら「人・モノ・カネ」に対する配慮に比べ、「情報」という第 4 の資源には相応の注意が払われてこなかったが、今後は発想の転換を求められることになる。

この点に関して、ペントランドが次のように言っているのは、正鵠を得ている。

The standard story about innovation and creativity is that there are a very few superbright people who have the almost magical ability to think up great ideas, and the rest of us have occasional lucky breaks. But that is not what I see. Instead, I see that the best ideas come from careful and continuous social exploration. (p.25)

企業もまた *inforg* であるとするならば、その正常な処理について分析しなければならないだけでなく、それが破られた場合、すなわちセキュリティについても十分な配慮が必要であることを意味する。すなわち、従来「情報セキュリティ」といった分野は専門家のすることで、経営者の業務とは考えられていなかったが、今後は「情報をどう扱うか」が企業活動の生命線を握るものとして、経営者の責任事項に上ってくるだろうことを意味している。既に、大規模・重大な情報漏えいには社長自身に対応せざるを得ないようになっているし、今後は事業報告書にリスクとして情報関係のインシデント発生の可能性を記載することが、義務付けられる方向に進むであろう(林・田川・浅井 [2011])⁷⁴。

8 個人データ保護とプライバシー保護(再論)

これまでのところ私は、「情報法」にも「法的保護の客体」が存在し、有体物と対比できる程度に実体的なものであることを暗黙の前提にしていたし、その線に沿った論文も公表している(林 [2011])。しかし、それがいささか軽率であったことに気がついた。というのも、イギリスはプライバシーという訴訟原因(*cause of action*)を認めていないが、だからといって

⁷⁴ このような問題意識の下で私は、今後の経営学が検討すべき認識として、次のような諸点を指摘したいが、本節の流れから外れるので、別の機会を得たい。① モノとカネは「物言わぬ資源」であるのに対して、人と情報は企業との間で相互作用を伴う資源であるため、これをどう制御するかという点で共通項を持っている、② この意味で「A型」「J型」企業という分類(青木 [1989])によるもので、アメリカを暗示するA型は情報を集約して人事を分権、日本を暗示するJ型はその逆)は有効であるが、アメリカ型企業に対する強欲批判と、日本的企業に対するパフォーマンス批判で見直しを求められている、③ 人に注目するという面では日本的経営に優位性があったが、グローバル環境では従来通りの適用はできず、今後は情報システムへの依存度が増すであろう、④ そこで、両者の良さを併せ持つ「ハイブリッド型」マネジメントが必要となり、それが有効なケースは存在し得る。

プライバシーが軽視されているわけでもない，ということを知ったからである。

その仕組みを理解するために，次の2つの疑問を解明する必要がある。

- EUの一員としてヨーロッパ人権条約を遵守する(しかも最初の批准国でもある)ことと，国内の訴訟の仕組みとしてプライバシー侵害訴訟がないこととは，どのようにして両立可能なのか？
- common law の伝統を持つイギリスは，同じ系統のアメリカ法と一括して論じられることが多いが，どこかが決定的に違うのだろうか？

この疑問に答えてくれたのは，Richards and Solove [2007] であった。彼らは，Warren & Brandeis [1890] も，イギリスの個人データ保護も，Prince Albert v. Strange 事件の判決(1849年)⁷⁵ を起点にしていることを確認した上で，アメリカにおいては W & B 論文も，その半世紀後の Prosser [1960] も，イギリス法の breach of confidence の法理を忘れてしまっている，と指摘している。同じ原理から出発したのだから，アメリカ法にもイギリス的な「プライバシーの別の道」(同論文のタイトル)があったはずだというわけである。

アメリカは，個人の権利を主体にし，その権利の客体としてプライバシーを位置づけようとするが⁷⁶，イギリスには実体としてのプライバシーの概念はなく，秘密開示者(confider)と秘密受領者(confidant)の信頼関係の維持を breach of confidence として法的に保護している(Gurry [1984])。この概念は『英米法辞典』(田中英夫(編)1991年)に掲載されていないこともあってか，わが国ではあまり広く知られていないようだが，エクイティ上の権利として以下の3つの要件を満たす場合に適用される(Gurry [1984])⁷⁷。

- ① 当該情報に「保護に値する秘密性」がある。
- ② 当該情報は，秘密を守る義務を含意するような状況下で提供された。
- ③ 当該情報が無断で使用するか開示され，少なくとも損害発生の危険があった。

しかも判例法の国だけあって，明文の(explicit)契約関係の無い第三者への情報開示に対しても，breach of confidence の適用を認めている点が重要で(Gurry [1984], Wacks [2013])，その結果データの漏えいや開示から生ずるプライバシー保護の，代役を勤めているものと思われる。ただし，それが「秘密を守る文化」と結びついている(Vincent [1998])，という点も忘れてはならない。

このイギリス方式は，1998年に「人権法」が施行されてからは，裁判所がプライバシーや言論の自由に，より配慮する方向へシフトしていると言われ，その流れに沿った判決も出て

⁷⁵ Prince Albert v. Strange, 1 McN. & G. (1849)

⁷⁶ そのため，privacy を property の一種とする見方さえ生ずる。実は Warren & Brandeis [1890] も，この両概念の微妙なバランスの上に成り立っている(林 [2012])し，経済学で property theory というと，「企業を所有する」という前提で議論する立場のことをいう(林 [2010])。

⁷⁷ 因みに Wikipedia では，以下のように説明している。Breach of confidence in English law is an equitable doctrine which allows a person to claim a remedy where their confidence has been breached. A duty of confidence arises when confidential information comes to the knowledge of a person in circumstances where it would be unfair if it were disclosed to others. Breach of confidence gives rise to a civil claim. The Human Rights Act has developed the law on breach of confidence so that it now applies to private bodies as well as public ones.

いる。しかし「プライバシー侵害という独立の訴訟原因を正面から認めることは回避するという態度を堅持して」(石井 [2008])もいるので、breach of confidence の法理の有効性は失われていない⁷⁸。

これを言い換えれば、アメリカ法は実体主義、イギリス法は関係主義ともいえそうで、それぞれに長所と短所があろうが、少なくとも情報法を構想する場合には関係主義が適している、というのが私の得た教訓であった。なぜなら、機械的な面にとどまらず生物的な要素も加味すれば、「情報」という概念そのものが、「それによって生物がパターンを作り出すパターン」(西垣 [2004])とも言うべきものであり、関係の中でしか定義できないからである(もちろん、生み出されたパターンも、情報の一種であるが)。

そこで関係論の国であるイギリスの議論を調べたところ、Wacks [2013] が次のようなユニークな議論を展開していることを知った。著者は、1970年代から長年プライバシーやデータ保護を研究してきたが、1980年には早くも「personal information を守ることによって private life を守る」という原則を提唱している。これは、プライバシー侵害の前段階である「個人データ」の保護を通じて、間接的にプライバシー侵害を回避しようとするものである。その際、データ保護とプライバシー保護とを明確に切り分けるとともに、旧来の breach of confidence に基づく裁判の長所も認め、プライバシー侵害を訴訟原因とすることには反対している。

彼が提案する「プライバシー保護法(案)」(Wacks [2013] に付録として添付)によれば、「何人であれ、物理的か否かを問わず、他人がプライバシーの合理的期待(reasonable expectation of privacy)を有すると思われる環境の下で、他人の隔離した空間(solitude or seclusion)、個人的な出来事や事案(private affairs and concerns)を侵蝕(intrusion)した者は、平均的な感受性を持つ合理的個人(a reasonable person of ordinary sensibilities)にとって当該侵蝕が著しく権利侵害的(highly offensive)である場合には、不法行為の責任を負う。」(拙訳による)とされている。

ここで、「プライバシーの合理的期待」について、「裁判所は原告の主張が当該侵蝕の時点で、プライバシーの合理的期待を持つか否かを決定するに当たり、次の要素を考慮しなければならない。」として、「(a) 侵蝕が起きた場所(例えば、原告が自宅、事務所、公開の場所のいずれにいたのか。さらに当該場所は公衆が近づき得る場所から見通せるものか。会話が通行人にも聞こえるものか)(b) 侵蝕の目的と時(例えば、原告の内密な私生活に干渉するものか)(c) 侵蝕の手段と使用された機器(例えば、ハイテクのセンシング技術によったのか、単に目で観察したり自然に聞き取っただけか)」という3つの基準を提案している。

ここで提案された基準は、アメリカ憲法の議論で言論の自由を制約する際の「時と場所と態様」(time, place, and manner)を具体化したものと考えたとしても、なお細部の検討を要するであろう。しかし「個人データの漏えい＝プライバシー侵害」といった短絡的推論を避けるという意味では、議論の出発点となり得るであろう。わが国においても、江沢民事件の前にあった長崎通知表事件の最高裁判決が保護法益を「私生活の平穏などの人格

⁷⁸ 現に Wacks [2013] が「データ保護法」に加えて「個人情報保護法」を提案していることは、逆に breach of confidence の法理が如何に根強いことを示しているとも言える。

的利益」としているのに対して⁷⁹，江沢民事事件のものが「情報の適切な管理についての合理的な期待」という新しい概念を導入したのだとすれば⁸⁰，同様の評価をすることもできよう(林 [2013])．

このようなイギリス法の知恵と対比すれば，アメリカ法の「所有権アナロジー」は，有体物の法体系と別に，「情報法」という法領域を構想する場合に，最大のネックになる発想である．それが如何に根深いものであり，また現に起きている事象を理解するための妨げになるかは，想像を超えるものがある．以下，私を含めて陥りやすい欠陥を挙げ，対応策を考える中で，個人データの保護方法を探っていこう．

まず，私たちが「情報窃盗のアノマリー」(矢野・林 [2008])と呼んだ現象について，考えてみよう(林 [2013])．有体物の世界において，所有権が十分な機能を果たしているのは，国家が相応の保障とサンクションを用意しているからである．民事的には対抗要件や公示制度，最終的には返還請求権が整っているし，刑事的には所有権(占有権)の侵害である窃盗などに，刑罰が科せられる．

ところが，無形の財貨(intangible)には，有体物の法は適用できない．民事的には，「この法律において『物』とは，有体物をいう．」という民法の規定(民法 85 条)が暗示するように，基本となる法律である民法が「われ関せず」を通し，知的財産法制という特別法の体系が，代わりの役目を務めている(「秘密」には，知的財産ほどには体系が整備されていないため，十分な保護が及んでいない．林 [2005b] [2013])．

一方刑事法の分野でも，有体物を盗めば「窃盗罪」(刑法 235 条)等問われるが，無体財である情報を盗んでも罪にはならない⁸¹．それは情報が，「占有」から「所有」へといった排他性のある財に対する権利付与方式になじまず，公共財的性質を持っているからである(林 [2001])．排他権を付与できる情報とは，「知的財産」に該当するものだけで，他の情報を守りたければ，「秘密」として自ら保護する努力をしなければならない(林 [2005b])．また，情報の法的保護のあり方として，少なくとも現時点では，知的財産型と秘密型の 2 類型しか存在しない(林 [2011a])．

そこで個人情報保護法も，情報の一種である「個人データ」の漏えいに対して，その当事者である個人の刑事責任を追及せず，一定規模以上の個人データを管理する「個人情報取扱事業者」(個人情報保護法 2 条 3 項)の責任のみを問うことにしている．そのうち刑事罰については，個人情報取扱事業者が管理責任に背く行為をした場合に，まず主務大臣が改善を勧告するが，それにも従わない場合には命令を発し，その命令に背いた場合に初めて罰則(行政罰)を科すこととしている(間接罰方式．34 条・56 条)．

このような考え方は，同法を私法ではなく公法(行政法)に属するものと考え点では一貫しているものと思われ，同法に規定する開示の求め(同法 29 条)は，これを個人の請求権(直ちに裁判に訴えることができる)として設定するのではなく，行政庁への請求権として規定しているものと考えられる(鈴木 [2010]，ただし異論もある．詳しくは，斉藤 [2013])

⁷⁹ 最一小判 1989 年 12 月 21 日 民集 43 卷 12 号 2252 頁．

⁸⁰ 最二小判 2003 年 9 月 12 日 民集 57 卷 8 号 973 頁．

⁸¹ 電気は「目に見えない」点において情報と同じであるが，明治時代に「電気窃盗」の大審院判決があったこともあり，新憲法下の刑法改正で明記された(刑法 245 条)．これによって，ますます情報を窃盗罪に問うことが難しくなっている(反対解釈のため)．

参照).

こうした一見迂遠な規定ぶりは，前述の「情報窃盗のアノマリー」を理解して初めて，納得できる．世間には，個人情報保護法に(特に故意の)侵害者に対するサクションとしての実効性がないという欠陥を補うため，行為者とその監督者に対する直罰方式を求める意見があるが，刑法が全体として情報をどう扱うか，とりわけ秘密の保護にどう向かい合うかという大問題を孕むものとして，慎重な対応が望まれる(石井 [2010] 参照)．

なお共通番号方式の導入に伴って，「特定個人情報ファイル」の不正提供行為等に直接罰則が科されることになった(「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律」67 条以下)．しかし，構成要件はかなり厳格であるし，これをもって個人データ保護における直罰方式の先駆けと見ることはできないだろう．行政機関の保有するデータは *property rule* が適用可能な，例外に属するからである⁸²．

9 主観と客観，意味と構文

前節の検討で注意を要するのは，主観性と不確定性が強いのはプライバシーに関する情報であって，個人データに関する部分は，ある程度まで客観的に取扱うことが出来る点である．なぜなら，前者は「情報の感性的理解」を問題にしているのに対して，後者は「情報の知性的理解」として扱うことが可能だからである．

シャノンの情報理論は，情報から「意味」を捨象(アンバンドル)して「構文」的分析に集中することによって，今日のコンピュータ化・ネットワーク化に貢献してきた(林 [2011b])．しかも「ムーアの法則」によって，べき乗的な情報伝達・処理・蓄積機能の拡大が続くとすれば，意味を一旦捨象した情報理論が，あいまい検索やコグニティブ・コンピューティングによって，意味を取り込むことも時間の問題であるかに見える．その結果，世間で見られる誤解は，「コンピュータの発達によって，まもなく情報の意味が解明され，やがてはコンピュータが感性を持つようになるだろう」との予測である⁸³．

しかし，西垣 [2013] による次のような「第 5 世代コンピュータ批判」が，この予測に対しても，そのまま当てはまるのではなからうか．「端的に言おう．根本的理由は，プロジェクト・メンバーの見識の無さにあったのだ．並列推論マシン開発という技術的問題に取り組む以前に，はたして人間の思考を『形式的ルールに基づく論理命題の記号操作』ととらえる西洋流の発想がほんとうに妥当なのか否か，きちんと考察すべきだったのである」．この面からも，感性的理解が不可欠なプライバシー侵害と，シャノンの世界的延長として扱えるデータ保護とは，明確に区分(アンバンドル)しておくのが得策であろう．そのような意識を持たないと，意外な落とし穴に落ちる危険がある．

⁸² 現行法を前提とする限り，個人データ漏えいを刑事法的に見れば，それ単独で罪を構成するのではなく，その後の犯罪につながる恐れが懸念されているに過ぎない．因みに，NPO 日本ネットワークセキュリティ協会(JNSA)のデータによれば，過去 3 年の漏洩件数は毎年約 650 万人分となっており，他方警察庁発表によるサイバー犯罪(これはネットワーク関連犯罪も含む広義のものである)の検挙件数は，毎年約 7 千件である．両者の比を取れば，百万件単位対千件単位となり，とても予備罪の扱いが必要とは思えない．

⁸³ 『インフォメーション：情報技術の人類史』(グリッグ [2013])の著者でさえ，この説に与しているかに見える．

具体例として、次のような点を考えてみよう。「プライバシー権では、一般に知られていない事柄であること(非公知性)や、一般の人なら公表を欲しない事柄であることなどが必要だとして強調されるが、個人情報保護法では、こうした要件は不要で、個人が識別できるという“識別性”が重要」(鈴木 [2012])という見方は、それ自体では正しいだろう。

しかし同じ論者がさらに進んで、「識別子となる番号のうち悉皆性と唯一無二性を有するものは、プライバシー侵害を避けるため、それ自体として保護されなければならない」(鈴木、同上)とされ、それが原則であるかの如く主張されたら、「何かがおかしい」と思われるだろう。「悉皆性と唯一無二性を有する」データであっても、アメリカの社会保障番号のように、さほどのセキュリティ・コストをかけないでも、広く使われてきたものもあるからである。

これは私が著作権アプローチを試みて失敗したのと同工異曲で、もちろん両者(データそのものとプライバシー的側面)を直結的に保護すべきデータもあり得るが、それは例外として処理すべきであって、一般化すべきではなかろう。それこそ、シャノンの情報(識別子)と感性的理解(プライバシー侵害)を、直結し混同した議論に他ならない。

ところで、情報漏えいによるものであれ、他の原因によるものであれ、プライバシー侵害の保護法益は、個人の精神的不快感を回避し和らげることであるから、主観的なもので客観的評価は求められていない。これは、民事上の名誉毀損が「人が、品性、徳行、名声、信用その他の人格的価値について社会から受ける客観的評価(社会的評価)を低下させる行為」だとする最高裁の判決とは、対照を成している⁸⁴。

詰まるところ、プライバシー全般、特に個人データの漏洩によるプライバシー侵害をどう受け止めるかは、専ら当該個人の感受性に依存している。それは時(time)と場所(place)と態様(manner)によって、同一人に対しても変動し得る概念である。身近な例として、「快適な音量はどの程度か」を考えて見ればよい。個人別に大きな差があるだろうし、同一人に対しても、コンサートを聴く場合と図書館で読書する場合では、雲泥の差が生ずるだろう。したがって法的決定でしばしば使われる「社会通念」や「一般人の感覚」といった基準を、使い続けて良いかという疑問が生ずる⁸⁵。

この意味では、前節でまとめてみたことも、再度疑ってみなければならない。しかし同様のことは、セクシュアル・ハラスメントやパワー・ハラスメント、あるいはストーカー行為、さらにはいじめや体罰でも生じており、私たちはそのような intangible な事象が重大な意味を持つ世界に住んでいると、覚悟しなければなるまい。

しかし他方で、侵害訴訟は解決しなければならず、その結論は「公正」であることを期待されている。そこで、医学における Evidence-Based Medicine(EBM)に対応するものが必要であろう。EBM は、従来の医療が個々の医師の「経験に基づく医療(Experience-based Medicine)」で、慣習や権威者の意見を重視した治療法や予防法が中心であって、必ずしも科学的根拠のあるものではなかったとの反省から、今後は臨床研

⁸⁴ 最二小判昭和 45 年 12 月 18 日 民集 24 卷 13 号 2151 頁。ただし最三小判平成 22 年 4 月 13 日 判時 2082 号 59 頁は、「名誉感情」の侵害についても不法行為の成立を認めている。

⁸⁵ これをクオリアと呼ぶことがある。「イチゴの赤い感じ」、「空の青々とした感じ」、「二日酔いで頭がズキズキ痛む感じ」、「面白い映画を見ている時のワクワクする感じ」といった、主観的に体験される様々な感覚的な質のことである。かなり多数の人で共有される面があると同時に、国民性によったり全く個人的な事情によって、大きな差が生ずることがある(茂木 [1997])。

究などの科学的データにもとづいた、確かな科学的根拠(証拠)がある治療法、治療薬、予防法を処方していくという考え方である。

これまでの個人データ漏えい(あるいは、その延長線上にあるプライバシー侵害)訴訟は、有体物の法体系を前提にした「一般人の感覚」を所与としたり、「受忍限度」という形で限界を画してきたが、それでは早晩行き詰るだろう。つまりプライバシー問題は、病理学的に(現象を追い、その対症療法を中心に)語られているが、行動経済学や社会心理学の知見も参考にしながら、因果関係について生理学ないし疫学的な配慮を加えていく必要があるだろう。

そのような中で、先に紹介したイギリスの *confidentiality* の法理は、果たして有効だろうか。この考え方は、つまるところ契約の一種として、「情報の授受当事者(と事情を知っている第三者)に守秘義務が生ずる」という発想に他ならないから、それが有効に機能するかどうかは、最終的にはその国の法文化等に依存している。

その点イギリスでは、ジェントルマンという階層(あるいは職業)の間で、「秘密は守らねばならない」という規律が形成され、医者と患者や弁護士と顧客の間等だけでなく、主人と執事の間や信託の委任者と受任者の間で広く浸透していたと言われる(樋口 [1999])。逆に、その考えが徹底しすぎたために、公務員(それも高位の公務員)の秘密は秘匿されて然るべきという考えにつながり、情報公開法が 2005 年まで施行されなかったという(Vincent [1998])⁸⁶。

そのような背景があるから、少なくともイギリスでは *confidentiality* の法理が機能しているものと思われる⁸⁷。そこでイギリス法のメリットを挙げれば、以下の 5 点で EU 型とアメリカ型の中間に行く良さ、換言すれば「極端を避けた、ほどほどの生活の知恵」を持っているかと思われる(Gurry [1984] 参照)。

- ① 「情報」とはそもそも「ある事についての知らせ」「他の何かに関して不確実性を減ずる説明」とも言えるから、「実体」よりも「関係」を重視した概念である。
- ② 実体を法的に解明するには、前述の主観性の問題が避けられないが、関係を規定するなら客観性を担保しやすい⁸⁸。
- ③ EU 法では、「自己情報コントロール権」を事前に定義する必要があり、このような権利設定方式(*property rule*)では、利用よりも保護に傾きやすい。
- ④ アメリカ法では、プライバシーに対抗する法益として、資本主義(営業の自由)の基礎としての *property* とか、言論の自由といった「伝家の宝刀」を持ち出した、大げさな議論になりやすい。
- ⑤ 私法の枠内で処理しながら、個人対個人の関係ではなく、個人データの取扱いに實際上責任がある会社等の法人を、第一義的当事者とした法的処理がしやすい。

他方、これに伴う次の 3 点の欠点も内包していることも認めざるを得ない。a) 情報の秘匿に傾きやすく情報公開が遅れがちである。b) 社会の基本が階級社会であり、支配層の

⁸⁶ 1911 年制定の *Official Secret Act* が生きていた。

⁸⁷ EU 域内では、EU データ指令における「十分なレベル」の保護制度を備えていない国とは、情報のやり取りをしないことになっているが、イギリスの対応が不十分との声はない。それが単に、データ保護法と独立したコミッショナーを配置していることから来るのか、*confidentiality* が関係しているのかは、今後の課題としたい。

⁸⁸ もっとも、そのためには契約当事者が内容を知った上で署名したといった要件が必要になる。アメリカ法が、契約について *consideration* を重視するのは、このような文脈で良く理解できよう。

自己規律に依存している面が強い，c) 関係概念は実体概念よりも予見可能性が低い．要は法と社会がマッチして初めて，有効性が発揮されると言うべきだろう．

しかし，情報化が進展すれば，ますます関係性の世界が広がっていくだろうから，これを阻止する施策は採るべきでない．採るべきは，関係性を前提とした制度を設けた上で，それを補助し強化する仕組みを組み込むことであろう．その具体例の 1 つが，現在民法（債権法）の改正で検討されている「不当条項」である⁸⁹．産業界からは否定的な反応が多いようだが，関係性が中心の社会では「情報の非対称性」がもたらす弊害の除去として不可欠ではないかと思われる．

10 関係論の基礎としての信認関係

実体を重視した法体系から，関係を重視した法体系に移行するとは，具体的にどのようなことを指すのだろうか．この点でまず参考になるのは，英米法で発展してきた「信認」(fiduciary relation)の考え方である⁹⁰．

「信認」の概念は，「信託法」を源泉としているが，今日では狭義の「信託」だけでなく，広く「信認関係」一般に広く適用されているという．具体的には，「信託の受託者と受益者の関係や，医師患者関係，あるいは弁護士と依頼人の関係のように，一方が他方を信認し，あるいは他方に依存し，他方は，自らに依存している相手方に対しその利益を図る義務を負うような関係一般をさす」(樋口 [1999], p.28) とされる．そして，「身分から契約へ」が中世までと近代を分かち象徴であったように，現代の特徴は「身分から契約と信任へ」というスローガンで表されるべきだという(岩井 [1998])．

岩井が言いたいのは，近年自助努力と自己責任が強調されており「身分から契約へ」という言葉を思い出させるが，そのような単線ではなく「身分から契約と信任へ」という複線的な思考が必要ではないか．そして経済学者らしく，契約と自己責任だけなら「小さな政府」で良いが，信任関係という面においては政府による手助けが必要不可欠である，というのである．

そこで改めて，どのような事態が「信認関係」と言えるのかを見ていこう．樋口 [1999]は，次の 4 つの例を挙げている．

- ① 患者が自分のカルテを見たり，コピーを取ったりすることが認められるか．カナダとオーストラリアで発生した，ほぼ同様の事案に関して⁹¹，両最高裁は a) 所有権アプローチ（カルテは病院のもので決定権は病院にある），b) 契約アプローチ（カルテへのアクセス権があることが契約上認められるか），c) 信認関係アプ

⁸⁹ <http://www.moj.go.jp/content/000049817.pdf>

⁹⁰ なお fiduciary relation に該当する日本語として「信認」と「信任」があるが，法学の世界ではこの分野の先駆者である四宮和夫教授に従って，前者を使うことが多いという．岩井教授は経済学者なので後者を使っており，文中で両者が混在している点はお許し願いたい．

⁹¹ カナダの例は，複数の医師に診てもらった患者が，現在の担当医を含めすべての医師にカルテの開示を求めたところ，現在の担当医以外は開示を認めなかったため，訴訟を起こしたもの．オーストラリアの例は，シリコン豊胸手術の被害者である原告が，アメリカの集団訴訟に参加するため（時間がないこともあって）カルテという情報へのアクセス権がある，との宣言判決を求めたもの．

ローチの3つのアプローチがあることを認めc)に依ることでは一致したが、信認関係の内容で理解が違ったため、結論は分かれた。

- ② 弁護士が依頼人から預かった資金をNOWアカウントで一時運用することが一般化する中で⁹²、依頼人はこれを拒否することができるか。アメリカの連邦最高裁は5対4の僅差だが、a)財産の区分管理の原則、b)弁護士の忠実義務、c)財産の色付け、の3点から信認関係の違反だとして、これを認めた。
- ③ 原告Xは、元請け業者である訴外Aにホテルの建築を発注し、実際の工事は下請けのBが行なった。Xが下請け代金として、被告Y銀行のAの口座に代金を振り込んだが、Y銀行が偶々Aに対する反対債権を持っていたので、20万ドル分を相殺してしまった。XはYの不当利得あるいは擬制信託(constructive trust)であるとして20万ドル分をBに渡すよう請求した。原審は原告敗訴としたが、カリフォルニア州上訴裁判所は、「Aの口座に振り込まれた金銭はBに渡すべきものであることを知っている」か「確かめるのが合理的と考えられる」場合には、受益者Bからの請求を拒否できないとして、事実関係を調べ直すよう差し戻した。
- ④ 8歳の子供の両親が死亡したため銀行が管財人になり、2年半その任にあったが、その間財産は自行預金で運用され利子も生んでいた。しかし、新しい後見人から「自行預金による銀行の利益は、利子以上のものがあつたはず」という異議が出された。一審は銀行の勝訴としたが、二審とイリノイ州最高裁は、後見人は忠実義務を負うとして原告勝訴の判決を下した。

以上の分析から、次のような結論を引き出すのは早計だろうか。つまり、仮に「信認」を基礎とする法分野を「信認法」と名付ければ、情報法は信認法と相当程度オーバーラップするかもしれない。と。なぜなら、樋口[1999]が例示した4つのケースのうち①における最も重要な要素は「情報アクセス権をどう考えるか」という点であり、②～④はいずれも、「カネ」という情報の扱いに関する責任論だからである。

この意味では、ゼロから出発する情報法の方法論として信認法から学ぶべき点が多い、という理解は間違いではないと思われる。しかも、大陸法系に属するわが国においては、英米法を中心に発展してきた信託の法理(と、それを精選した信認の法理)は十分に咀嚼されておらず、これを吸収して活用する余地があると思われる。

その具体例を1つだけ上げれば、善管注意義務と忠実義務の関係についての理解の違いであろう。まず一般法である民法上の注意義務としては、「善良な管理者の注意義務(善管注意義務)」と「自己のためにするのと同じの注意義務」がある。民法は特定物債権における債務者の保管義務の通則として民法400条に善管注意義務を定め、特に注意義務が軽減される場合(民法659条等)を個別的に規定している。

一方、商法における取締役と会社との関係は、委任により規律される(会社法330条)ため、取締役は会社に対し善管注意義務を負う(民法644条の準用)。加えて、忠実義務も負う(会社法355条)が、その内容は、会社の利益を犠牲にして自己の利益を図ってはならない義務とされる。忠実義務と善管注意義務の関係については、言い換えただけと考える同質説(学説と八幡製鉄事件⁹³)と、取締役に課せられた独立の義務と考える異質説

⁹² NOWアカウント(Negotiable Order of Withdrawal Accounts)とは、1980年代からアメリカで発達した仕組みで、当座預金の一種だが利息と預金保険が付いたもの。弁護士が依頼人から預かった預託金をこの口座に預けて利子を稼いだ分は、法律扶助協会に寄付することになっていた。

⁹³ 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁。

(学説)がある。異質説に立つ場合、利益相反取引の禁止(会社法 356 条 1 項 2 号・3 号)、競業避止義務(356 条 1 項 1 号)、報告義務(会社法 357 条)、お手盛り禁止(報酬規制、会社法 361 条)などは、忠実義務の具体化である。

さらに英米法に起源をもつ信託法においては、忠実義務に関する一般規定を新設した上で、広く受託者・受益者間の利益相反行為を制限している。すなわち、受託者は受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない旨を定め(30 条)、その上で、受託者の利益相反行為の制限(31 条)および競合行為の制限(32 条)を定めている⁹⁴。ただし信託法は、利益相反行為の制限についても競合行為の制限についても、信託行為にこれを許容する旨の定めがある場合などには制限が解除されることを明定して、これらの規定が任意規定であることを明らかにしている(31 条 2 項, 32 条 2 項)⁹⁵。

条文の比較するだけだと分かりにくいので、善管注意義務と忠実義務を対照的に論じた樋口 [2007] を元に、両者を比較すると図表 5 を得る。これを使いながら、要点を説明しよう。

図表 5 善管注意義務と忠実義務

	善管注意義務	忠実義務
① 作為の際の義務か、禁止規定か	作為を伴う注意義務	禁止規範
② 禁止行為の具体例	(右の行為は善管注意義務違反とはならない)	受益者以外の者の利益を図る行為。Undivided loyalty, conflict of interest
③ 立証責任	原告が注意義務違反による損害を立証する必要がある	信託財産に損害が生じなくても、義務違反さえ証明すればよい
④ 救済の質	損害の賠償	信託財産に損害がなくても、上記の違反により受託者が利益を得ていれば「吐き出す」必要がある(disgorgement of profit)

ここで、③ と ④ の忠実義務違反の例として、「信託財産の投資を行なう際に得られた情報で、別個に自己の固有財産でも投資を行なった場合」が挙げられる。たとえ両財産とも利益をあげたとしても、義務は果たしていることにはならず、利得の吐き出しを命ぜられ

⁹⁴ 信託法 31 条は利益相反行為として、信託財産に属する財産を固有財産に帰属させ、または固有財産に属する財産を信託財産に帰属させることなど 4 つの類型を挙げている(同条 2 項各号)。

⁹⁵ 2006 年改正の信託法では、受託者の善管注意義務、忠実義務等が任意規定化され、当事者間の契約により軽減等が可能となっているが、信託業法では、信託会社については、従前どおり両義務とも強行規定として課すこととしている。これは、信託会社と顧客の間の情報力等の格差から、善管注意義務の水準を当事者間の契約に委ねると、信託会社に過度に有利な契約となり、顧客保護が確保されない可能性があり、また、受託者の権限濫用や利益相反行為を防止し、当該義務の履行を確実に担保する必要があると考えられるためである(金融庁のサイトから、<http://www.fsa.go.jp/access/19/200708b.html>)。

るという(樋口 [2007] pp. 148~149). このような発想は、関係法としての信託法になじみが薄いと、直感的な理解が難しいように思われる。

当初から大陸法をモデルにして、商法から会社法へと展開した世界と、英米法から発した信託法・信託業法の世界とは、発想の原点において微妙な違いが見られる。情報法の検討において、このようなニュアンスまで検討する時間はないが、1 つだけはっきりしていることは、前者が「主体と客体の間の権利・義務」を重視するのに対して、後者が「委託者・受託者・受益者の間の信頼関係」をより重視している、という事実であろう。その意味では、情報という intangible な対象を扱う情報法には、後者の知恵を生かすことが出来そうである点までは、了解が得られるのではないかと思われる。

加えて、わが国においても家族法の分野で「関係の権利論」が論じられていることにも注目したい。親族関係特に親子関係は、そもそも愛情や信頼が無ければ成り立たないことが多いからこれは当然とも思われるが、児童虐待のように信頼がまったく崩れたケースを例にすると、論点がより明確になってくる。同名の著作である大江 [2004] は次のように問う。

親権喪失も含めとにかく親子分離を積極的に図り、場合によっては虐待する親を処罰するという発想に賛同したくなる気持ちを抑えきれない者もいよう。包み隠さず言えば、筆者もその一人である。だが、家族関係を再構築する必要など全くないのだというような極論に立たない限り、単なる処罰的発想の貫徹で問題は解決しない。家族関係の再構築後に親が再び虐待を加える可能性、つまり「虐待の連鎖」の危険があるからだ。親子再統合後の虐待再発を防ぐためにも、虐待者へのケアが求められる。虐待関係の立法論としても、虐待に対応するカウンセリング受講命令なども検討されている(引用書籍略)。ただし、今度は逆に、こうした「治療モデル」とでも言うべき発想が際限なく拡大される危険もある。手段を問わず「治療」を目的化する社会は「管理社会」に陥る危険性を常に持っている。(まえがき iii~iv)

このような状況においても、近代法の中心には「権利」の概念がある。しかし、ここでは、その内容も少しく変化している。再び大江 [2004] によれば、

(前略)権利は、どこか問い直されうる余地(議論に対して開かれた部分)を持たざるを得ない。主張される権利の実質的内容(権利内容)は、様々な関係性の相の下に組み込まれ、それ自身ある種の関係主張として構成される(関係性の権利化)。加えて、規範としての権利(権利概念)も、他概念とまったく無関係な位置にいることはできず、他概念との重なり・融合も見られる(権利の関係性)。広義に解釈された関係性の中には「権利」も含まれるのである。そのことは、「道徳的権利」や「義務的権利」あるいはコスト問題などの論点において示されてきた。さらに、規範の強さとしての権利概念も常にまったく同一というわけではない。(コストを含めた)関係性のありようの中でそれも変化しうるものである。(p. 150)

このように、関係性の世界は広がっており、物を扱う場合よりも心を扱う場合に、経済的事象を扱う場合よりも精神的な事象を扱う場合に、より問題が鮮明になることは確かであろう。私たちは情報化社会に生きているし、今後も情報の比重は高まりこそすれ、低くなることはないだろう。そうだとすれば、私たちは周りの事象を「実体」と捉える場合よりも「関係」と捉えなければならない場合が増えてくる、と予想しておくのも意味があることと思われる⁹⁶。

⁹⁶ 例えば職場の法律問題として、かつては解雇や賃金格差が大きな比重を占めていたが、今日ではセク

引用文献

- [1] 青木昌彦 [1989]『日本企業の組織と情報』東洋経済新報社
- [2] 芦部信喜 [1993]『憲法』岩波書店
- [3] 石井夏生利 [2008]『個人情報保護法の理念と現代的課題：プライバシー権の歴史と国際的視点』勁草書房
- [4] 石井夏生利 [2010]「個人情報の窃取・漏えいと刑事罰」堀部政男（編著）『プライバシー・個人情報保護の新課題』商事法務
- [5] 岩井克人 [1998]「身分から契約と信認へ」『日本経済新聞』1月1日号
- [6] 大江洋 [2004]『関係の権利論：子どもの権利から権利の再構成へ』勁草書房
- [7] 公文俊平 [1986]「ネットワークング—第3の社会システムへ」『日本経済新聞』「経済教室」欄，12月27日
- [8] クリエイティブ・コモンズ・ジャパン（編）[2005]『クリエイティブ・コモンズ：デジタル時代の知的財産権』NTT 出版
- [9] グリッグ，ジェイムズ 榎井浩一（訳）[2013]『インフォメーション：情報技術の人類史』新潮社
- [10] 斎藤邦史 [2013]「個人情報保護法における本人関与規定の民事的効力」『法律時報』85巻2号
- [11] サイモン，ハーバート [1997]『新版経営行動』ダイヤモンド社
- [12] 梶山敬士 [2007]「周辺領域のライセンス」梶山敬士・高林龍・小川憲久・平嶋竜太（編）『ライセンス契約』日本評論社
- [13] 鈴木正朝 [2010]「個人情報保護とプライバシーの権利：『開示等の求め』の法的性格」堀部政男（編著）『プライバシー・個人情報保護の新課題』商事法務
- [14] 鈴木正朝 [2012]「ライフログ時代における法規制のあり方：識別子となる『番号』の法的性質」『Business Law Journal』10月号
- [15] セーラー，リチャード，キャス・サンスティーン，遠藤真美（訳）[2009]『実践 行動経済学：健康，富，幸福への聡明な選択』日経 BP 原題は“Nudge”
- [16] 田中辰雄・林紘一郎 [2008]『著作権保護期間』勁草書房
- [17] 林紘一郎 [1999a]「デジタル創作権の構想・序説—著作権をアンバンドルし，限りなく債権化する」『メディア・コミュニケーション』No.4
- [18] 林紘一郎 [1999b]「@ マークの提唱—著作権に代る『デジタル創作権』の構想」『Glocom Review』Vol.4. No.4
- [19] 林紘一郎 [1999c]「情報財」に関する「法と経済学」的覚え書き『情報通信学会誌』Vol.61
- [20] 林紘一郎 [2001]「情報財の取引と権利保護」（奥野・池田編）『情報化と経済システムの転換』東洋経済新報社
- [21] 林紘一郎 [2003]「デジタル社会の法と経済」林敏彦（編）『情報経済システム』NTT 出版
- [22] 林紘一郎 [2004]『著作権の法と経済学』勁草書房
- [23] 林紘一郎 [2005a]『情報メディア法』東京大学出版会
- [24] 林紘一郎 [2005b]「「秘密」の法的保護と管理義務：情報セキュリティ法を考える第一歩として」『富士通総研研究レポート』富士通総研経済研究所
- [25] 林紘一郎 [2009]「『個人データ』の法的保護：情報法の客体論・序説」情報セキュリティ大学院大学紀要『情報セキュリティ総合科学』第1号
- [26] 林紘一郎 [2010]「著作権（著作物）と Property, Property Rule, そして Property Theory」『アメリカ法』2010-1 日米法学会
- [27] 林紘一郎 [2011a]「情報法の客体論：「情報法の基礎理論」への第一歩」『情報通信学会誌』Vol. 29, No. 3,
- [28] 林紘一郎 [2011b]「シャノンからグーグルへ—ある法学者の独り言—」『CIAJ JOURNAL』

シユアル・ハラスメントやパワー・ハラスメントなどが無視できなくなっているのも，こうしたトレンドと一致している。

- [29] 林紘一郎 [2012]「Privacy と Property の微妙なバランス: Post 論文を切り口にして Warren and Brandeis 論文を読み直す」『情報通信学会誌』Vol. 30, No. 3
- [30] 林紘一郎 [2013]「『個人データ保護』の法益と方法の再検討: 実体論から関係論へ」『情報通信学会誌』 Vol.31, No.2
- [31] 林紘一郎 [2014]「『秘密の法的保護』のあり方から『情報法』を考える」情報セキュリティ大学院大学紀要『情報セキュリティ総合科学』第 6 号
- [32] 林紘一郎 [2015a]「情報処理有機体としての人と組織: 情報学的経営学に向けて」『29 回全国大会予稿集』日本セキュリティ・マネジメント学会
- [33] 林紘一郎 [2015b]「情報法の一般理論はなぜ必要か: 5 つの理由と検討すべき 10 の命題」『情報通信学会誌』Vol.29, No.3
- [34] 林紘一郎・田川義博・浅井達雄 [2011]『セキュリティ経営』勁草書房. 特に「序章 セキュリティ経営」(林執筆)
- [35] 樋口範雄 [1999]『フィデューシャリー [信認]の時代』有斐閣
- [36] 樋口範雄 [2007]『入門 信託と信託法』弘文堂
- [37] 平野晋 [2006]『アメリカ不法行為法: 主要概念と学際法理』中央大学出版部
- [38] 堀部政男 [1978]『アクセス権とは何か—マスメディアと言論の自由』岩波新書
- [39] 松岡真宏 [2014]『時間資本主義の到来』草思社
- [40] 宮崎哲弥 [2000]『人権を疑え!』洋泉社
- [41] メドウズ、ドネラ H. 枝広淳子(訳) [2015]『世界はシステムで動く』英治出版
- [42] 茂木健一郎 [1997]『脳とクオリア』日経サイエンス
- [43] 森村進 [2000]『自由はどこまで可能か: リバタリアニズム入門』講談社現代新書
- [44] 矢野直明・林紘一郎 [2008]『倫理と法: 情報社会のリテラシー』産業図書
- [45] 山本隆司[2004]『アメリカ著作権法の基礎知識』太田出版
- [46] Aspen Institute [1995] 'Designing an Information Bill of Rights and Responsibilities', The Aspen Institute
- [47] Barlow, John Perry [1996] 'Declaration of the Independence of Cyberspace'
- [48] <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>
- [49] Calabresi, Guido and A. Douglas Memaed[1972] 'Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral,' "Harvard Law Review," Vol. 85, 1089
- [50] Floridi, Luciano [2014] "The Fourth Revolution" Oxford Univ. Press
- [51] Gurry, Francis [1984] "Breach of Confidentiality," Clarendon Press
- [52] Hardy, Trotter [1994] "The Proper Legal Regime for 'Cyberspace', U. Pitt. L. Rev. Vol. 55, No. 4
- [53] Lichtman, Doug, and Eric P. Posner [2006] 'Holding Internet Service Providers Accountable,' in Mark F. Grady and Francesco Parisi (eds.) "The Law and Economics of Cybersecurity", Cambridge University Press
- [54] Oxman, Jason [1999] "The FCC and the Unregulation of the Internet,' OPP Working Paper, No.31, Office of Plans and Policy, FCC
- [55] <http://www.fcc.gov/opp/workingp.html>
- [56] Pentland, Alex [2014] "Social Physics" Penguin Books
- [57] Prosser, William [1960] 'Privacy', "California Law Review," Vol. 48, No. 3
- [58] Radin, Margaret Jane [1987] 'Market-Inalienability,' Harvard Law Review vol. 100
- [59] Richard, Neil M., and Daniel Solove [2007] 'Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality,' "Georgetown Law Journal," Vol. 96, No. 2
- [60] Samuelson, Pamela[2000] 'Privacy as Intellectual Property?' "Stanford Law Review," No. 52.
- [61] Vincent, David [1998] "The Culture of Secrecy," Oxford University Press
- [62] Wacks, Raymond [2013] "Privacy and Media Freedom," Oxford University Press
- [63] Warren, Samuel D. and Lois D. Brandeis [1890] "The Right to Privacy," "Harvard Law Review," Vol 4, No. 5