

# プライバシー権論における信認義務説の再検討

村上康二郎\*

## 概要

アメリカでは、プライバシー保護について、信認義務説ないし Privacy as Trust 論と称される学説が有力に主張されている。我が国の議論は、これまでは、アメリカの学説の紹介や検討にとどまっていたが、最近では、信認義務説を日本に導入することが可能かどうか、信認義務説のどういった点に有用性が認められるのかといったことが詳細に議論されるようになってきている。本稿は、このような最新の議論動向を踏まえた上で、アメリカの信認義務説を日本に導入することの是非を再検討するものである。本稿は、結論的に、アメリカの信認義務説をそのまま我が国に導入するのではなく、様々な有益な示唆を獲得するのが妥当であること、また、具体的事例の解決について、信認義務説にどの程度の優位性があるのかについては、なお慎重な検討が必要であることを主張する。

## 1 はじめに

アメリカでは、プライバシー保護について、信認義務説ないし Privacy as Trust 論と称される学説が有力に主張されるようになってきている<sup>1</sup>。ニュアンスの異なる様々な見解が存在するが、主流の考え方は、プライバシー保護を信認関係 (fiduciary relationship) の法理、すなわち信認法理によって基礎づけている。信認関係とは、「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指す」<sup>2</sup> ものである。アメリカの信認義務説によれば、プライバシー情報を取得した事業者は、信認義務 (fiduciary duty) という義務を負うことになる。このアメリカの信認義務説は、我が国の学説にも影響を与えるようになってきている。

このアメリカの信認義務説の日本への導入の是非については、筆者自身、かつて論じたことがあるが<sup>3</sup>、その後、我が国の議論が活発になってきている。我が国の議論は、これまでは、アメリカの信認義務説の紹介や検討にとどまっていたところがある<sup>4</sup>。しかし、最近では、信認義務説を日本に導入することが可能かどうか、また、仮に日本に導入した場合に、権利義務の内容をどのように解すべきなのか、信認義務説のどういった点に有用性が認められるのかといったことが、詳細に議論されるようになってきている<sup>5</sup>。

このような状況に鑑みると、アメリカの信認義務説を日本に導入することが妥当かどうかについて、あらためて詳しく検討することが必要であると考えられる。そこで、本稿では、我が国の最新の議論動向を踏まえた上で、アメリカの信認義務説を日本に導入することの是非

---

\* 情報セキュリティ研究科 教授

非について、再検討することにした。そして、本稿では、アメリカの信認義務説を日本に導入することの法理論的課題だけではなく、信認義務説を日本に導入した場合に、従来の「自己情報コントロール権説」<sup>6</sup> や、最近有力に主張されている「適正な自己情報の取扱いを受ける権利説」<sup>7</sup> と比較して、どの程度の優位性が認められるのかについても考察していくことにする。

なお、本稿の射程範囲についてであるが、本稿は、信認義務説に関する我が国の学説について検討を行うことを主たる目的とするものであるため、アメリカの議論状況に関する詳細な紹介や検討は行わない<sup>8</sup>。また、アメリカの信認義務説ないし Privacy as Trust 論の多くが、私人間におけるプライバシー問題を中心に論じているため、本稿でも、主に私人間のプライバシー問題を念頭に置いて議論を進めることにしたい。

また、用語の問題についてであるが、本稿は、広い意味でのプライバシー権論を対象とするものであり、我が国におけるプライバシー権の根拠や内容を検討することを意図としたものであるため、原則として、「プライバシー権」や、「プライバシー権論」といった表現を用いることにする。これに対して、アメリカの信認義務説ないし Privacy as Trust 論や、我が国の一部の学説では、「プライバシー権」という表現を避けて、「プライバシー」や「プライバシー保護」という表現が用いられる場合がある。そのため、それらの学説に言及する際には、例外的に、「プライバシー」や「プライバシー保護」といった表現を用いることにする。

以下では、まず、プライバシー権論における信認義務説についての我が国の最近の議論状況を紹介する(第2章)。次に、我が国に信認義務説を導入する際の法理論的課題について検討する(第3章)。そして、他の有力な学説と比較した場合に、信認義務説にどの程度の優位性が認められるのかについて、具体的事例に基づいて検討を行う(第4章)。これらを踏まえた上で、アメリカの信認義務説を日本に導入することの是非について考察を行う(第5章)。

## 2 プライバシー権論における信認義務説についての我が国の最近の議論状況

プライバシー権論における信認義務説についての最近の議論状況について見ていく前に、それ以前の先駆的な学説について、触れておくことにしたい。そのような学説としては、駒村圭吾の見解をあげることができる。駒村は、「個人情報情報の提供は、提供先に対するある種の“信託”で成り立っている」として、信託としてのプライバシー論を展開している<sup>9</sup>。この駒村説は、アメリカにおいてプライバシー保護に関する信認義務説が本格的に主張されるようになった2016年よりも前に主張されていたものであり、その先見の明には、目を見張るものがある。しかし、本稿は、アメリカの信認義務説を我が国に導入することが妥当かどうかを検討するものなので、以下では、アメリカ学説の我が国への導入について論ずる最近の学説を取り上げることにしたい。

### 2.1 佃貴弘説

佃貴弘は、これまで、アメリカのプライバシー保護に関する信認義務説ないし Privacy as Trust 論に関する議論状況を精力的に紹介してきている。これまでは、アメリカ学説の

紹介や検討にとどまっていたが<sup>10</sup>、最近では、信認義務説の日本への導入の可能性や、日本に導入した場合の信認義務説の有用性などについても、詳しく論じるようになってきている<sup>11</sup>。

まず、佃は、英米法、特にエクイティの継受の有無は、信認義務説の導入に影響を及ぼさないと主張する<sup>12</sup>。その理由として、佃は、信託法理<sup>13</sup>は、エクイティのみの法理論ではなく、18世紀から19世紀にかけて、コモン・ローの領域にも及んでいること、日本の(旧)信託法は、コモン・ローとエクイティの融合後にカリフォルニア民法典を参考にして制定されたものであることなどを指摘している。

次に、佃は、Privacy as Trust 論に関係する基本概念を整理することが重要であると主張する。特に、日本法の「契約」とアメリカ法の contract の区別が重要であるとする。日本法の契約は当事者の意思表示の合致によって成立するのに対し、アメリカ法の contract の成立には約因が必要とされるなど、様々な点に違いがあるとするのである。そして、日本の代理権授与行為が委任契約とされるのに対して、アメリカでは代理は fiduciary relationship とされることなどから、「アメリカ法の視点で捉えると、日本法の委任契約は fiduciary relationship に基づくと解釈できる」と主張している<sup>14</sup>。

さらに、佃は、日本法の「善管注意義務」、「忠実義務」と、アメリカ法の duty of care、duty of loyalty の区別も重要であるとする。佃は、日本の委任契約には、受取物・果実・取得権利の移転義務(民法 646 条)が定められていることなどを理由に、日本民法の善管注意義務は、「duty of care も duty of loyalty も含む」ものであるとする。そして、「日本民法 644 条の善管注意義務が、アメリカ法における信認義務(fiduciary duty)と同じような意味を持つ概念となっている」と主張している<sup>15</sup>。このように、佃説は、日本の委任契約における善管注意義務には、アメリカ法の fiduciary duty や、duty of loyalty が当然に含まれていると解する立場ということになる。そのため、日本においても、プライバシー保護に関して信認義務で論ずることができるのである。このような佃説は、プライバシーに関する信認義務を契約によって基礎づけるものなので、「契約構成説」と称することができる。

なお、佃は、信認義務という概念を用いることの有用性について、具体的な事例に基づいて検討を行っているが、この点は、後に 4 章においてふれることにしたい。

## 2.2 齊藤邦史説

アメリカのプライバシー保護に関する信認義務説ないし Privacy as Trust 論を日本に導入しようとする見解としては、齊藤邦史の見解も存在する。齊藤は、公権力に対するプライバシーの法的保護についても論じているが<sup>16</sup>、本稿において主に関係してくるのは、私人間におけるプライバシーの法的保護である。

齊藤説の特徴は、私人間において保障されるプライバシーを「自律としてのプライバシー」と「信頼としてのプライバシー」の 2 つに分ける点にある。自律としてのプライバシーについては、「憲法 13 条後段の幸福追求権に基づく自己情報コントロール権の概念は、私人間でも一定の意義を有する」とし<sup>17</sup>、人格的自律権を基礎とする佐藤幸治説を基本的には支持する立場に立つ<sup>18</sup>。しかし、自律としてのプライバシーが認められるのは、「プライバシー固有情報」に限られるとする。そして、「人格的自律権説では自己情報コントロール権の枠外とされるプライバシー外延情報について、私人間における手段的・予防的な保護法

益を補完的に提供するもの」として、信頼としてのプライバシーが必要になると主張する<sup>19</sup>。この信頼としてのプライバシーという表現は、アリ・ウォルドマンが用いている Privacy as Trust という言葉に依拠したものと考えられる<sup>20</sup>。

そして、注目されるのは、斉藤が、この信頼としてのプライバシーを、信義則に基づく付随義務によって基礎づけていることである。この点について斉藤は、サービスの提供を受けるために財産や裁量を託すことが不可欠な場合には、「当事者間の関係が(準)委任契約や信託契約に該当しない場合でも、日本法では信義則(民法 1 条 2 項)に基づく付随義務により、消費者の『期待』や『信頼』が保護され得る」と述べている<sup>21</sup>。その論拠として、斉藤は、「付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務」として、安全配慮義務を肯定した最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 卷 2 号 143 頁や、「信義則上の説明義務」として契約締結過程における情報提供義務を肯定した最判平成 23 年 4 月 22 日民集 65 卷 3 号 1405 頁などの諸判決をあげている<sup>22</sup>。そして、斉藤は、このような信義則に基づいて、事業者は、秘密保持義務や情報開示義務を負うことになるとする<sup>23</sup>。

以上のような斉藤説は、信頼としてのプライバシーを信義則によって基礎づけるものであるから、「信義則説」と称することができる。これは、契約構成説を採用する佃貴弘説とは異なるものである。斉藤説は、アメリカの信認義務説をそのまま日本に導入しようとするのではなく、日本の判例を考慮しつつ、信義則を用いることによって、日本法に適合的な解釈論を展開するものといえる。

## 2.3 私見

ここで、議論の都合上、従来の筆者の見解についても触れておきたい。従来の私見は、以上の佃説や斉藤説とはやや方向性を異にするものである。私見は、現時点において、アメリカの信認義務説をそのまま日本に導入するのは適切ではないとし、むしろ、信認義務説からどのような示唆を獲得するのが重要であるとする<sup>24</sup>。

まず、私見は、アメリカの信認義務説は、プライバシー保護を信認法理によって根拠づけるものであるが、信認法理はもともとイギリスの判例法によって形成されてきたものであり、我が国では、まだ十分には定着していないことを指摘する<sup>25</sup>。また、アメリカの信認義務説については、信認義務を負う者の範囲が必ずしも明確ではないということを主張する。つまり、「信認義務を負う者が、プラットフォーム事業者なのか、オンライン・サービス提供事業者(デジタル企業)なのか、事業者すべてなのかということが、必ずしも明確ではない」とする<sup>26</sup>。そして、信認義務違反となる場合の要件や効果についても、信認義務説を主張する学説の間で微妙なニュアンスの違いがあるということを指摘している。このようなことから、アメリカの信認義務説については、内容が不明確な点が残されているとする。

以上のように、我が国では信認法理がまだ十分に定着していないこと、また、アメリカの信認義務説は内容が不明確なところがあることなどから、私見は、現時点において、アメリカの信認義務説をそのまま日本に導入することは適切ではないとする。むしろ、アメリカの信認義務説からどのような示唆を獲得するのかということが重要であるとする<sup>27</sup>。そして、アメリカの信認義務説から得られる示唆として、以下の 2 点をあげている。第 1 に、「プライバシー情報の主体である本人がその情報を利用する相手方に対して、合理的な信頼・期

待を有するに至った場合には、その信頼・期待を保護すべきであるという考え方」である。第 2 に、「プライバシー権の問題を考えるにあたって、関係論的に考えることが有効である」ということである<sup>28</sup>。

以上の議論を踏まえた上で、我が国では、最近、プライバシー権の根拠を多元的に捉える多元的根拠論が有力になってきていることを指摘する。そして、従来の多元的根拠論に、アメリカの信認義務説から得られる示唆、すなわち信頼保護という関係論的根拠を追加することが妥当であるとする。このようなことから、プライバシー権の根拠について、「①個人的根拠(人格的価値、財産的価値)、②関係的根拠(合理的な信頼・期待の保護、弱者保護)、③社会的根拠(民主主義的価値、政府権限抑制的価値、反全体主義的価値など)という 3 つに整理」すべきであるという見解を主張している<sup>29</sup>。本稿は、このような従来の私見を補強することを意図したものである。

以上の佃説、斉藤説などの最近の議論動向を踏まえた上で、次章では、我が国にアメリカの信認義務説を導入する際の法理論的課題について検討する。

### 3 プライバシー権論における信認義務説の法理論的課題

アメリカのプライバシー保護に関する信認義務説の多くは、英米法の信認法理をその基礎に置いている。そのため、アメリカの信認義務説を我が国へ導入することの是非を論じる際には、英米法における信認法理を我が国に導入することが可能なのか、また信認法理が我が国において、どの程度、定着しているといえるのかという法理論的課題が問題となる。以下では、この点について、検討していくことにしたい。

#### 3.1 日米における関係する基本概念の整理

最近の我が国の議論動向を踏まえると、英米法の信認法理の我が国への導入を論ずるに当たっては、まず、関係する基本概念を整理することが重要であると考えられる。特に、日本法における「契約」、「信認関係」、アメリカ法における *contract*、*fiduciary relationship* といった概念が問題となる。

アメリカでは、*contract* と *fiduciary relationship* は異なるというのが伝統的に通説であるとされてきた<sup>30</sup>。この点については、アメリカにおいても、一部において、批判的な見解が存在しないわけではない。ジョン・ラングバインは、*fiduciary relationship* の代表である信託を *contract* として捉えるべきであるとする見解を主張している<sup>31</sup>。ラングバインは、その論拠として、4 つの点をあげている<sup>32</sup>。第 1 は、歴史的観点であり、信託はその発生の当初から契約的契機を含んでおり、19 世紀後半以降その傾向を強めたとする。第 2 は、理論的観点であり、伝統的に信託は契約ではないとする根拠として掲げられてきた諸点は、いずれも大きな問題ではなくなっているとする。第 3 は、機能的観点であり、信託と契約の果たす機能が接近してきているとする。第 4 は、比較法的観点であり、大陸法では、英米法の信託が達成してきたことを契約によって実現しているとする。

しかし、このラングバインの見解については、信託宣言の場合を説明できないこと、受託者破産の場合の信託財産の特別扱いを説明できないことなどから、アメリカ法において、「近い将来においてラングバイン説が定説になることはない」との指摘がなされている<sup>33</sup>。ア

メカ信託法の第一人者であるタマール・フランケルも、ラングバインの見解には批判的であり、やはり **contract** と **fiduciary relationship** は区別する必要があるとする<sup>34</sup>。フランケルは、**contract** の場合と異なり、**fiduciary relationship** には、以下のような特徴があると述べる。①受託者は託す人が求めていなくても、重要な情報を自発的に提供しなくてはならない。②託された財産と権限に関して、受託者は託した人の利益のために行動しなくてはならない。③託す人は、原則として誰に対しても託した財産を追求し、取り戻す権利を有する。④信託義務違反の場合には、利得の清算と返還が認められ、懲罰的損害賠償が認められることもある。⑤信託義務違反は、道義的な非難の対象になる<sup>35</sup>。このようなことから、アメリカ法では、現在でも、**contract** と **fiduciary relationship** は異なるものであるとする見解が通説になっている。

もっとも、以上はアメリカ法における議論である。佃説は、日本法の契約はアメリカ法の **contract** よりも広い概念なので、日本の委任契約には、**fiduciary relationship** が含まれるとしている。確かに、日本では、契約の成立に約因が必要とされないなど、契約概念がアメリカに比べて広く解されてきたところがあるため、このような立論も必ずしも不可能ではないかもしれない。しかし、アメリカでは、**contract** と **fiduciary relationship** は様々な点で相違があるとされており、受託者には、懲罰的損害賠償が認められることがあり、また道徳的な責任も含まれるなど、かなり特殊な義務が課されている。日本法の契約概念が広いからといって、アメリカの **fiduciary relationship** と全く同じものを包含できるのかについては、慎重な検討が必要であると考えられる<sup>36</sup>。また、もう1点補足すると、アメリカ法の **fiduciary duty** ないし **duty of loyalty** は、当事者間の関係性に依拠して義務の内容や程度が定まるといふある種の柔軟性を有している<sup>37</sup>。このような柔軟性を有している点で、当事者間の合意によって義務の内容や程度が固定的に定まる **contract** や契約とは異なるのではないかということが問題となる<sup>38</sup>。

なお、具体的な事例の解決に関する問題も存在する。確かに、日本法では、信託義務を契約によって基礎づけるという考え方もあり得るかもしれないが、プライバシー侵害が直接の相手方ではなく、第三者によってなされる場合に、契約によってうまく対応することができるのかということが問題となる(この点は後に4章、5章において検討する)。

### 3.2 大陸法と英米法という比較法的な観点からの検討

また、ドイツ、フランス、日本といった大陸法系の国に、英米法の信託法理を取り入れることが可能かという比較法的観点からの問題も存在する。この点、前述したラングバイン説や佃説は、大陸法では、英米法の信託法理と同じことを契約によって実現しているということを主張している。確かに、我が国では、ドイツなどの大陸法系の文献の中でも、英米の信託制度ないし信託法理の導入に積極的な立場の文献が紹介されることが多い<sup>39</sup>。しかし、ドイツなどの大陸法系の国においては、伝統的には、英米の信託制度や信託法理の導入に消極的な見解が主張されてきたということに注意する必要がある<sup>40</sup>。この点については、「ドイツやフランスでは、英米法の信託および信託法理という発想を基本的に取り入れないよう封じてきた」との指摘や、「ドイツでも、一般的にはトラストの概念は浸透しておらず、トラストとトロイハントとは別物であるとして距離が置かれている」との指摘もなされているところである<sup>41</sup>。

なお、タマール・フランケルは、「信認法原則の統一に向けて」と題する論文を公表している<sup>42</sup>。これは、英米法と大陸法の両方に通用するような統一的な信認法原則を提案しようとする野心的な取り組みである。しかし、この論文も、現状において、英米法と大陸法に共通する信認法原則が存在しているということを主張しているわけではない。むしろ、現状では、英米法と大陸法では、信認関係について、大きな違いが存在していることを認めていることに注意する必要がある。例えば、英米法では二重の所有権が肯定されるのに対し、大陸法では二重の所有権が否定されていることなどを認めた上での議論である。

### 3.3 我が国の民法学における忠実義務に関する議論状況

次に、国内における議論状況に目を転じることにはしたい。アメリカ法の *fiduciary relationship* では、受認者は、中核的義務として、*duty of care* (注意義務) と *duty of loyalty* (忠実義務) という2つの義務を負う。それでは、我が国の民法学では、委任契約と忠実義務の関係についてどのような議論がなされているのか。

民法の委任契約では、善管注意義務については644条で規定されているものの、忠実義務については明文の規定がないため、忠実義務が認められるのかについては議論がある。この点、忠実義務と称されるものは善管注意義務を判断する際の一つの観点に過ぎないとして消極的に解する見解もあるが<sup>43</sup>、忠実義務を認める見解も見られるようになってきている<sup>44</sup>。ここでの忠実義務の内容としては、利益相反禁止、利得禁止、対第三者利益相反禁止があげられている<sup>45</sup>。しかし、これらの学説が主張する忠実義務が、アメリカ法の *duty of loyalty* と全く同じものなのかについては、慎重な検討が必要である。前述したように、アメリカ法の *fiduciary relationship* は、受認者に、かなり特殊な義務を課すものなので、それをそのまま日本法に導入することが可能なのかについては、疑問の余地がある。

この問題については、2017年の民法(債権関係)改正の際の議論状況も関係してくるところがある。民法(債権関係)改正の際に、委任契約に忠実義務の規定を設けるかどうかの問題となったが、結果的に、忠実義務の規定は見送りになったという経緯がある。ここでは、後述する会社法上の議論ともからめて、忠実義務を善管注意義務と同質なものとして捉えるのか、それとも異質なものとして捉えるのかなど、様々な点において見解が対立した<sup>46</sup>。このことは、日本法における忠実義務の捉え方や位置づけについて、必ずしも学説が一致していないことを示唆しているように思われる。

### 3.4 我が国の会社法学における取締役の忠実義務に関する議論状況

さらに、会社法学における取締役の忠実義務に関する議論状況も関係してくる。取締役の忠実義務(会社法355条)については、善管注意義務と同質なものであるとする同質説と、善管注意義務とは異質なものであるとする異質説が対立している。

この点に関して、佃説は、日本法の善管注意義務には、アメリカ法の *fiduciary duty* や *duty of loyalty* が当然に含まれているとする。しかし、このような理解が、日本の会社法学における通説・判例の立場であるのかについては、疑問の余地があるように思われる。

取締役の忠実義務については、従来、善管注意義務と同質なものであるとする同質説が通説・判例の立場であるとされてきた<sup>47</sup>。八幡製鉄事件における最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁は、忠実義務は、「通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、

高度な義務を規定したものと解することができない」と判示している。この同質説の内容が問題となるが、取締役の善管注意義務に、一般論として、会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ってはならないという義務(利益相反禁止、利益取得禁止、第三者利得禁止)が含まれているという立場に立っているものと考えられる<sup>48</sup>。

しかし、アメリカ法において取締役に課される *duty of loyalty* は、単なる利益相反禁止や利益取得禁止を意味するのではなく、かなり特殊ないし高度な義務を課すものである。アメリカ法の *duty of loyalty* の特徴は、①過失責任ではなく、無過失責任である、②発生した損害の賠償だけではなく、利益を全て吐き出すことが必要になる、③経営判断の原則が適用されないなどをあげることができる<sup>49</sup>。このような特殊ないし高度な義務が日本法の善管注意義務に当然に含まれているとすることについては、慎重な検討が必要であると考えられる<sup>50</sup>。

この点については、最近、修正異質説と称される見解が有力に主張されていることが注目される<sup>51</sup>。この見解は、善管注意義務と忠実義務は異なるとしつつ、英米法の *duty of loyalty* をそのまま日本に導入することは無理があるため、日本に受け入れ可能なように修正すべきであるとするものである。この見解も、アメリカ法の *duty of loyalty* をそのまま日本に導入することの難しさを示しているものと考えられる。

### 3.5 英米法の信認法理を日本に導入することの是非

これまで指摘してきたように、アメリカのプライバシー保護に関する信認義務説の多くは、英米法の信認法理を基礎に置いている。

この英米法の信認法理の日本への導入の是非については、争いがある。この点、伝統的には、信託は、「大陸法系に属するわが私法のなかでは、水の上に浮かぶ油のように異質的な存在である」<sup>52</sup> との指摘がなされてきた。この指摘は、我が国に信認法理を導入することの難しさを示しているものと考えられる。これに対し、道垣内弘人は、信認法理の導入に積極的な立場に立っている。道垣内は、日本も信託法を取り入れた以上、「信託のある風景」を描くべきであるとし<sup>53</sup>、委任、会社、信託などは、いずれも信認関係に基づく類似の制度として位置づけるべきであると主張している<sup>54</sup>。このような道垣内説の立場に立つのであれば、佃説のように、プライバシー保護についても、信認法理を用いて、信認義務を肯定するという議論も、十分にあり得るところである。もっとも、道垣内説のように、日本に信認法理を広範に導入する見解は、必ずしも、通説や判例の立場にはなっていないように思われる。

このように、我が国に英米法の信認法理が十分に定着していないことは、我が国にプライバシー保護に関する信認義務説を導入する際の課題になる。この点では、斉藤説が「信託としてのプライバシー」を信義則によって基礎づけている点が注目される<sup>55</sup>。信義則であれば、我が国においても、民法1条2項という明文の根拠が存在するし、信義則と信認法理の間には、当事者間の具体的な利益状況に応じて、衡平で妥当な結論を導こうとする点において共通性が認められるからである。これに対し、佃説も、自説の根拠として、一部、信義則を持ち出している点があるため<sup>56</sup>、この点をどのように評価するかが問題となる。佃説は、もともと、日本の委任契約にアメリカの *fiduciary duty* が当然に含まれるという立場であり、信義則は、当事者間の関係が委任契約と性質決定できない場合に、例外的に論

拠として取り上げられているに過ぎない。したがって、基本的には、佃説は契約構成説であり、信義則説を採用する斉藤説とは、理論構成を異にするものである。この点については、アメリカ法の信認法理をそのまま日本に導入することが可能かどうかについては議論の余地があるため、現時点では、斉藤説のように、信義則によって類似の結論を目指すという方が堅実なように思われる。

以上の3章の検討を総合すると、現時点では、日本法のあらゆる法分野において、アメリカの信認法理が完全に浸透しているとはいえないので、アメリカのプライバシー保護に関する信認義務説を我が国に導入することについては、慎重な議論が必要であると考ええる。現時点では、斉藤説のように、信義則を基礎としつつ、アメリカの信認義務説と類似の結論を目指すか、従来の私見のように、アメリカの信認義務説からどのような有益な示唆が得られるのかを検討するという方向性が基本的には穏当な立場であると考えられる。

## 4 プライバシー権論における信認義務説の具体的事例に基づく検討

プライバシー権論における信認義務説を評価する際には、法理論的な側面だけではなく、実践的な側面も重要である。4章では、信認義務説が、具体的な事例の解決においてどのようなメリット・デメリットを有するのか、また従来の有力な学説と比較して、どの程度の優位性が認められるのかを検討する。その際、佃説が取り上げている事例(a)、(b)を念頭に置きながら考察を行うことにしたい<sup>57</sup>。

### 4.1 プライバシー侵害が二当事者間において問題となる場合

プライバシー侵害が二当事者間において問題となる場合については、本人の同意だけではうまく処理できない場面が生じてきていることが課題になっている。

事例(a)は、本人Pが、事業者Aの利用規約に同意して個人情報を提供したが、その後、事業者Aが不適切な個人情報の取扱いをしたというものである<sup>58</sup>。この事例が、具体的にどのような場面を想定しているのかは、厳密には不明確な部分もある。ただ、利用規約によって禁止されるかどうかは不明な何らかの不適切な取扱いがあった場合や、本人が同意をした際には機微な情報ではなかったが、その後、個人情報が集積し、それらが照合・分析されることによって機微な情報になった場合<sup>59</sup>、などが想定されているものと考えられる。確かに、このような場合は、本人の同意によって適切に処理することが難しいところがあり、従来の自己情報コントロール権説では処理に窮する可能性がある。つまり、同意をして提供した以上は、プライバシー権の侵害はないということになってしまう可能性があるのである。これに対して、信認義務説によれば、本人の同意の有無にかかわらず、事業者に相手方の利益を最大限に配慮する義務を課することができるため、適切に本人の利益を保護することができるという利点がある。

もっとも、最近では、プライバシー権を自己情報の適正な取扱いを受ける権利として捉える見解が有力に主張されるようになってきている<sup>60</sup>。この見解によれば、本人同意によってうまく処理できない事案についても、プライバシー情報を利用する者に対して、適正な取扱いをしなくてはならないという義務を負わせることによって、適切な解決を導くことが可能で

あると考えられる。

## 4.2 プライバシー侵害が第三者によってなされる場合

本人と直接的な接触がない第三者によってプライバシーが侵害される場合は、どのように考えるべきか。事例(b)は、本人 P が利用規約に同意して、個人情報事業者 A に提供し、この利用規約に基づいて当該個人データが第三者 B に提供されたが、その後、B によって個人情報の不適切な取扱いがなされたというものである<sup>61</sup>。

このような第三者による侵害の場面について、斉藤邦史は、曾我部真裕の文献に依拠しつつ、「個人情報保護制度が定着した今日では、第三者経由で収集した個人情報も含め、個人情報を取り扱う主体に対しては、適切な管理に対する合理的な期待が認められる」という立場に立つ<sup>62</sup>。注目される見解ではあるが、直接的な接触のない第三者に対して、自己情報の取扱いに関する信頼・期待が発生するといえるのかどうかについては、もう一歩踏み込んだ検討が必要のように思われる。

### 4.2.1 共同利用・委託の場合

佃説は、共同利用の場合は、連帯債務として処理が可能であるとする<sup>63</sup>。連帯債務と構成するかどうかはともかくとして、共同利用の場合は、事例(a)とほぼ同じに考えることができるので、あまり問題にならないものと考えられる。

また、佃説は、委託の場合は、委託元の事業者 A に委託先の事業者 B に対する監督責任を認めることができれば、A の信認義務違反として処理できるとする<sup>64</sup>。

しかし、自己情報コントロール権説や自己情報適正取扱権説でも、A の B に対する監督責任が認定できれば、A に対する責任追及は可能であると考えられる。また、自己情報適正取扱権説では、委託先 B の不適切な取扱いがあった場合は、直接的に、自己情報の適正な取扱いを受ける権利が侵害されたと構成することが可能なため、より直接的に解決をはかることができる。したがって、自己情報適正取扱権説では、A に対する監督責任の追及も可能であるし、B に対する責任追及も可能である。このように、委託の事案については、信認義務説でも、ある程度、対応可能かもしれないが、自己情報適正取扱権説の方が、より直接的に、妥当な結論を導くことが可能である。

もっとも、自己情報コントロール権説を中心とする従来のプライバシー権論においては、このような委託先における不適切な取扱いの事案は、ほとんど検討がなされてこなかった。このような論点を提示した点に、佃説の貢献が認められるものと考えられる。

### 4.2.2 第三者提供の場合

プライバシー情報が第三者 B に提供され、B によって不適切な取扱いが行われた場合、佃説のように契約構成をとる立場では、いかにして第三者に対して責任追及をするのかという問題が発生することになる。

佃説は、本人 P と直接合意のない B に忠実義務を導出するには難点があるとしつつ、その難点を克服する方法を提案している。その方法の 1 つは、不法行為における過失を判定する際に、*duty of loyalty* 違反を取り込むことであるとする<sup>65</sup>。しかし、佃説は、もとも

と、日本法の委任契約に **duty of loyalty** が含まれるという契約構成の立場を主張していたにもかかわらず、この部分において、突如として、不法行為構成を持ち出すことについては、理論的一貫性を欠くきらいがあるように思われる。

なお、前述したように、アメリカ法では、**fiduciary** は **contract** とは異なるとする見解が通説であり、日本法の議論としても、信認関係を契約関係と区別する立場に立つのであれば、この点もより直接的に解決される可能性はある。もっとも、日本において契約と区別した独立の法理として信認法理を認めるべきとする見解は<sup>66</sup>、現時点では、まだ一般的な支持は得られていないように思われる。

これに対して、自己情報コントロール権説や、自己情報適正取扱権説によれば、直接合意のない事業者 B に対して、より直接的かつ容易に責任追及をすることが可能であると考えられる。これらの学説は、もともと契約構成を採用せず、人格的自律権や人格的利益などを重視しているからである。

なお、佃説は、医師の注意義務の水準について、業法上の義務や治療上のガイドラインを考慮する学説に注目し、プライバシー保護の水準を定めるに当たって、個人情報保護法に定められた義務が参考になるとする。そこから、事業者 B の信認義務違反を導けるとする<sup>67</sup>。確かに、プライバシー保護の水準を設定する際に、個人情報保護法の規定を参考にするという考え方は注目されるものではある。しかし、プライバシー権と個人情報保護法制の関係をどのように解するのかという大きな論点に関わるものであり、詳細な議論が必要である。また、契約構成説では第三者に対する責任追及は難しいはずであり、個人情報保護法の規定を参考にすることによって第三者の責任を肯定することができるのかについては異論の余地がありうるところである。これに対して、自己情報コントロール権説や自己情報適正取扱権説であれば、個人情報保護法の規定を持ち出さなくても、第三者のプライバシー権侵害を認定できるという利点がある。

## 5 考察

### 5.1 基本的な方向性

ここまでの検討を踏まえた上で、プライバシー権論における信認義務説について考察を行うことにしたい。2 章において紹介した佃説、斉藤説、従来の私見では、アメリカの信認義務説ないし **Privacy as Trust** 論の日本への導入の可否について、見解が分かれており、一見、大きく異なる立場のように見えるかもしれない。しかし、いずれも、アメリカの信認義務説から有益な示唆を獲得しようとする点では、共通しており、目指そうとしている方向性は、似ているところもある。

アメリカの信認義務説から得られる有益な示唆としては、以下の点をあげることができる。すなわち、プライバシー問題については、情報主体である本人が、相手方に対して、適切な情報の管理に関する信頼・期待を有するようになった場合は、その信頼・期待を保護する必要があるということ、また、プライバシーにかかわる関係者について、実体的に考えるだけでなく、関係論的に考えることが有効であるということである。このような発想は、従来の自己情報コントロール権説には存在しなかったものである。

この点を踏まえつつ、以下では、アメリカの信認義務説を日本に導入することの是非に

ついて、法理論的な側面と、実践的な側面に分けて考察を加えることにする。

## 5.2 法理論的側面に関する考察

まず、法理論的側面についてであるが、佃説のように、日本法の委任契約にアメリカ法の *duty of loyalty* が当然に含まれるとする立場については、疑問の余地があることはすでに指摘したとおりである。日本法の委任契約に忠実義務が含まれるとする立場は確かにあり得るが、そこでの忠実義務がアメリカ法の *duty of loyalty* と全く同じものといえるのかについては、慎重な検討が必要であると考ええる。

確かに、道垣内弘人説のように、英米法の信認法理を日本に積極的に導入すべきであるという立場に立つのであれば、アメリカの信認義務説ないし *Privacy as Trust* 論を日本に導入することは可能であるという立場もあり得るものと考えられ、そのような立場を完全に否定するつもりはない。しかし、現時点では、日本法のあらゆる法分野において、信認法理が完全に定着しているとははいえないので、アメリカの信認義務説をそのまま日本に導入することについては、慎重さが必要であると考ええる。もっとも、将来的に、日本においても、信認法理が十分に定着するようになれば、アメリカの信認義務説を日本に導入することが可能になる日が来ることもあるかもしれない。

このように、アメリカの信認義務説をそのまま日本に導入することについては、慎重さが必要であるとして、信義則説を採用する斉藤説については、どのように評価すべきか。確かに、斉藤説は、アメリカの学説も紹介しており、アメリカの信認義務説ないし *Privacy as Trust* 論から影響を受けているものと考えられる。しかし、斉藤説は、英米法上の信認義務と日本法における信認義務ないし忠実義務の相違も認めており<sup>68</sup>、アメリカの信認義務説をそのまま日本に導入しようとするものではない。つまり、斉藤説は、アメリカの信認義務説から示唆を受けつつも、それをそのまま日本に導入するものではなく、日本の諸判例を十分に考慮しながら、信義則に基づいて、信頼としてのプライバシーを基礎づける見解である。その意味では、斉藤説は、アメリカの信認義務説を日本にそのまま導入するのではなく、アメリカの学説からどのような示唆を獲得するかが重要であるとする私見と、似ているところがあり、穏当な見解であると考えられる。

以上からすると、法理論的側面については、アメリカの信認義務説をそのまま日本に導入することについては課題が残されているものの、アメリカの信認義務説をそのまま導入するのではなく、アメリカの学説を参考にしつつも、日本の判例・学説に適合した解釈論を展開する可能性は認められるものと考ええる。

## 5.3 実践的側面に関する考察

次に、実践的側面について、考察を行うことにしたい。上述したように、法理論的には、アメリカの信認義務説を日本に導入する可能性が全くないというわけではない。しかし、具体的事例における解決において、プライバシー権論に関する信認義務説にどの程度の優位性が認められるのかということが問題となる。

これまで見てきたように、プライバシー侵害が二当事者間で問題となる場面では、利用規約には同意したものの、その後不適切な取扱いが行われた場合のように、本人の同意によって適切に解決することが困難な事案が存在する。このような場合には、従来通説

とされてきた自己情報コントロール権説よりも、信認義務説の方が適切に解決することが可能である。しかし、本人同意や自己決定を原則としないという意味では、自己情報適正取扱権説であっても、適切に本人の利益を保護することが可能であると考えられる。

また、プライバシー情報が第三者に提供されて、第三者によってプライバシーが侵害されたような場合をどのように処理するのかということが問題となる。このような場合には、信認義務説の中でも、契約構成をとる見解では、解決が困難になるという難点が発生する。情報主体である本人と第三者の間には、直接的な合意が存在しないからである。この点、佃説は、不法行為における過失を判定する際に、*duty of loyalty* 違反を取り込むことで解決することを試みる。しかし、佃説は、もともと、契約構成を主張していたにもかかわらず、この場面において、突如として不法行為構成を主張することは理論的一貫性を欠くきらいがあるように思われる。これに対し、斉藤説は、「個人情報保護制度が定着した今日では、第三者経由で収集した個人情報も含め、個人情報を取り扱う主体に対しては、適切な管理に対する合理的な期待が認められる」とする。注目される見解ではあるが、プライバシーの問題を論ずる際に、個人情報保護制度をどこまで考慮することができるのかという問題が背後に存在しており、なお課題も残されているように思われる。

なお、4章においては取り上げなかったが、信認義務説については、プライバシー情報を騙して取得したり、密に取得したりするような場合、つまりプライバシー情報を不適正に取得するような場面について、本人の権利利益を適切に保護することができるのかという問題も存在するように思われる。プライバシー情報を取得する前の段階では、まだ当事者間に信頼関係が発生しておらず、信認義務説では適切な保護を与えることができないのではないかという疑問があるからである。

以上からすると、プライバシー権論における信認義務説には、メリットだけではなく、デメリットも存在し、他の有力説に比べて、必ずしも決定的な優位性が認められるわけではないものと考えられる。このようなことから、本稿では、アメリカの信認義務説をそのまま日本に導入するのではなく、アメリカの信認義務説から一定の有益な示唆を獲得するべきであり、信頼保護の観点をプライバシー権の根拠の1つとして認める従来の私見の立場を基本的には維持することにしたい。

## 5.4 関連する課題

本稿では十分に議論できないが、関連する問題として次のようなものがある。つまり、アメリカのプライバシー保護に関する信認義務説は、基本的に私人間を念頭に置いて議論をすることが多いため、私人対公権力の場面について、どのように考えるのかという問題である。

この点については、私人対公権力の場面についても、信認義務説で考えればよいという立場もあり得ないわけではない。しかし、そのような立場に対しては、すでに、音無知展による批判がある。音無は、「国家に対して情報主体に対する忠実義務を課するのは困難ではないか。国家はすべての国民を個人として尊重しつつも、特定個人のためだけに最善を尽くすのではなく、基本的に公益の実現を期待されているからである」とする<sup>69</sup>。この問題の背後には、国家と国民の関係を信認関係として捉えることが可能かという根本的な問題が存在しているように思われる。この問題は本稿の課題を超えるものではあるが、少しだ

け言及しておくことにしたい。

アメリカでは、国民と政府の関係も信認関係として捉える考え方が主張されている<sup>70</sup>。これは、「公の信託」(public trust)と称されている。ロバート・ネイテルソンは、アメリカ憲法は、信認関係を定めた文書であり、受認者の規範を取り込んでいるとしている<sup>71</sup>。しかし、これは信認法理が完全に定着しているアメリカにおける話であり、日本でも同様に考えてよいのかについては、慎重な議論が必要である<sup>72</sup>。

このような点を考慮すると、私人対公権力の場合に、プライバシー権論に関する信認義務説を採用できるかについては、慎重な検討が必要であると考えられる。そこで、理論的には、私人対公権力の場面においては自己情報コントロール権説、私人間の場面については信認義務説というように、分けて考える立場もあり得ないわけではない。しかし、私見では、私人対公権力におけるプライバシー権と、私人間におけるプライバシー権をある程度、統一的に理論構成するのが望ましいと考えている。そのような立場に立つ場合は、私人対公権力の場面において、信認義務説を使うことについてはなお課題が残されているため、私人間の場合も、信認義務や信頼保護だけで考えるのは難しいところがある。この点については、見解が分かれ得るところであり、今後も、議論を継続する必要があるであろう。

## 6 おわりに

本稿では、プライバシー権論における信認義務説について、我が国の最近の学説の動向を踏まえながら、検討してきた。結論的には、現時点では、アメリカの信認義務説をそのまま我が国に導入することについては、慎重なスタンスであるが、アメリカの信認義務説からは、様々な有益な示唆を得ることができると考える。また、プライバシーが問題となる具体的な事例について、信認義務説によって適切に解決できる場合もあるが、多くの場合は、自己情報適正取扱権説でも妥当な結論を導くことが可能であると考えられる。

これまでの議論状況からすると、プライバシー権論における信認義務説と自己情報適切取扱権説は、大きく異なる見解のように見えるかもしれない。しかし、実質的には両者は似ているところもあるように思われる。両者ともに、本人同意ないし自己決定を重視する自己情報コントロール権説に対して批判的なスタンスを取る点で共通しているからである。今後は、これらの学説の優劣について、法理論的な側面と、実践的な側面の両面から議論していく必要があるであろう。

なお、信認義務説に関する代表的な学説として斉藤説や佃説があるが、これらの学説の1つの貢献は、プライバシー保護を論ずる際に、個人情報保護法の規定を参考にすることが可能かどうかという論点を提示したということである。これらの学説は、プライバシーの問題を考えるに当たって、個人情報保護法の規定が参考になるという立場であり、興味深い議論を展開している。もっとも、この点は、プライバシー権と個人情報保護法制の関係をどのように捉えるのかという非常に大きな論点と関わってくるため、別途、詳細な検討が必要である。この問題に関する検討については、他日を期すことにしたい。

注

- [1] Jack M. Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, 49 U.C. DAVIS L. REV. 1183(2016); Jack M. Balkin, *The Fiduciary Model of Privacy*, 134 HARV. L. REV. F.11(2020); Neil Richards & Woodrow Hartzog, *Taking Trust Seriously in Privacy Law*, 19 STAN. TECH. L. REV. 431 (2016); Woodrow Hartzog & Neil Richards, *The Surprising Virtues of Data Loyalty*, 71 EMORY LAW JOURNAL 985(2022); ARI EZRA WALDMAN, *PRIVACY AS TRUST: INFORMATION PRIVACY FOR AN INFORMATION AGE* (2018).
- [2] 樋口範雄『フィデューシャリー[信認]の時代—信託と契約—』(有斐閣、1999) 28 頁。英米法の信認法理については、植田淳『英米法における信認関係の法理—イギリス判例法を中心として—』(晃洋書房、1997)も参照。
- [3] 村上康二郎「プライバシー権に関する信認義務説と多元的根拠論」情報ネットワーク・ローレビュー 21 卷 (2022) 28 頁。
- [4] 佃貴弘「アメリカにおける Privacy as Trust 論の理論的前提—新たなプライバシー権論の構築に向けて—」北陸大学紀要 49 号 (2020) 37-56 頁など。なお、プラットフォーム規制との関係においてアメリカの信認義務説を紹介するものとして、友松義信「プラットフォームはフィデューシャリーか—デジタルプラットフォームの責任を巡る議論とフィデューシャリー概念の交錯—」神作裕之・三菱 UFJ 信託銀行フィデューシャリー・デューティー研究会編『フィデューシャリー・デューティーの最前線』(有斐閣、2023) 47-91 頁がある。
- [5] 佃貴弘「日本のプライバシー法における信認義務の有用性—Privacy as Trust 論の関連概念を整理して—」北陸大学紀要 55 号 (2023) 129-145 頁、斉藤邦史『プライバシーと氏名・肖像の法的保護』(日本評論社、2023) 81-145 頁。
- [6] 佐藤幸治『日本国憲法論(第 2 版)』(成文堂、2020) 202-210 頁、山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社、2017) 3-21 頁、土井真一「国家による個人の把握と憲法理論」公法研究 75 号 (2013) 1 頁など。

なお、人権の私人間効力については、見解の対立があるものの、自己情報コントロール権は、基本的には私人間にも及ぶというのが一般的な理解になっているといつてよいであろう。例えば、佐藤幸治は、「公法上および私法上のプライバシーの諸問題を統一的に理解することができるとしている(佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣、2008) 274 頁、447 頁)。また、松井茂記は、自己情報コントロール権は、憲法上と民法上の両方において保護されるべきであるとしている(松井茂記「自己情報コントロール権としてのプライバシーの権利」法学セミナー 404 号 (1988) 37 頁)。山本龍彦も、自己情報コントロール権の議論をする際に、「私人による私事の詮索や暴露」という私人間の場面を取り上げている(山本・前掲 44 頁)。
- [7] 音無知展『プライバシー権の再構成—自己情報コントロール権から適正な自己情報の取扱いを受ける権利へ—』(有斐閣、2021) 193-245 頁(本稿では、「適正な自己情報の取扱いを受ける権利」について、自己情報コントロール権との関係を分かりやすくするために、「自己情報の適正な取扱いを受ける権利」または「自己情報適正取扱権」と表記する)。

なお、自己情報適正取扱権については、私人対公権力の場面だけではなく、私人間の場面でも妥当するのかがということが問題となる。この点、筆者は、自己情報適正取扱権については、音無説がモデルとして参照している憲法 31 条よりも、広い意味での公正情報取扱原則(Fair Information Practices)、特に OECD8 原則を参照した方がよいという立場に立っている。OECD8 原則であれば、私人対公権力の場面だけではなく、私人間の場面でも、モデルとすることが可能である(村上康二郎「情報プライバシー権の類型化に向けた一考察」情報通信政策研究 7 卷 1 号 (2023) 7-9 頁)。このような立場に立てば、自己情報適正取扱権は、私人間でも妥当するということになるものと考えられる。本稿では、このように自己情報適正取扱権が私人間でも適用可能であるとする立場を前提に議論を進めることにする。
- [8] アメリカの議論状況については、村上・前掲注(3) 30-35 頁において紹介した。また、前掲注(4)に掲げた文献も参照。ここで、アメリカの議論状況について 1 点だけ触れておきたい。アメリカの信認義務説は、アメリカ合衆国憲法修正 1 条のもとにおいてプライバシー法の制定を

正当化したり、忠実義務の立法化を促したりするという基礎理論的な側面を有しているが、それだけではなく、私人間において主張することが可能な具体的な権利利益としての側面も有しているということである。例えば、ジャック・バルキンは、情報受認者は、(契約に基づく損害賠償責任ではなく) 不法行為に基づく損害賠償責任を負うということを強調している。Balkin, *Information Fiduciaries, supra note 1, at 1206-1209*. 本稿は、前者の側面よりも、後者の側面に注目するものである。

- [9] 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて—』(日本評論社、2013)284-287頁。なお、問題意識や理論構成を異にするものではあるが、絆としてのプライバシーを主張する長谷部恭男『憲法の論理』(有斐閣、2017)113-115頁)や、実体論から関係論への転換を説く林紘一郎『情報法のリーガル・マインド』(勁草書房、2017)131頁も参照。これに対して、Privacy as Trust 論に批判的な見解としては、山本龍彦「自己情報コントロール権について」憲法研究4号(2019)56-59頁がある。
- [10] 佃・前掲注(4)37-56頁。なお、佃貴弘「Privacy as Trust 論における Trust の意味—プライバシー保護での信託義務の内容確定のために—」北陸大学紀要53号(2022)107-120頁も参照。
- [11] 佃・前掲注(5)129-145頁。
- [12] 佃・前掲注(5)131-132頁。
- [13] 佃論文は「信託法理」という表現を用いているが、本稿では、同法理のことを「信託法理」と表記することにする。アメリカでは、この法理は、いわゆる信託の場合だけではなく、様々な関係において用いられているからである。「信託法理」という表現を用いる文献としては、樋口・前掲注(2)27頁などがある。
- [14] 佃・前掲注(5)132-133頁。
- [15] 佃・前掲注(5)133-134頁。
- [16] 齊藤・前掲注(5)3-77頁。
- [17] 齊藤・前掲注(5)81頁。
- [18] 佐藤幸治説については、佐藤・前掲注(6)202-210頁などを参照。
- [19] 齊藤・前掲注(5)101頁。
- [20] WALDMAN, *supra note 1, at 78-87*. なお、ウォルドマンは、社会学的な観点から trust(信託)を基礎づける立場に立っているが、結果的には、信託法理を基礎とするジャック・バルキンの情報受認者論を肯定的に引用している(WALDMAN, *supra note 1, at 85-88*)。その意味では、ウォルドマンの議論も信託法理と無関係というわけではない。なお、本稿では、原則として、trust には「信託」という訳語を当てるが、文脈上「信託」を意味する場合には、例外的に、「信託」という訳語を当てることとする。
- [21] 齊藤・前掲注(5)105-106頁。
- [22] 齊藤・前掲注(5)106-107頁。
- [23] 齊藤・前掲注(5)108-115頁。
- [24] 村上・前掲注(3)28-47頁。
- [25] 村上・前掲注(3)37-38頁。
- [26] 村上・前掲注(3)39頁。
- [27] 村上・前掲注(3)40頁。
- [28] 村上・前掲注(3)40-41頁。
- [29] 村上・前掲注(3)43-44頁。
- [30] タマール・フランケル(溜箭将之監訳=三菱UFJ信託銀行Fiduciary Law研究会訳)『フィデューシャリー—「託される人」の法理論—』(弘文堂、2014)218-243頁(原典は、TAMAR FRANKEL, *FIDUCIARY LAW* (2010)であるが、以下では訳書の頁数で引用する)、樋口・前掲注(2)74-84頁など。
- [31] John Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *YALE L. J.*, 625 (1995).
- [32] ラングバインの見解については、樋口・前掲注(2)84-110頁参照。

- [33] 樋口・前掲注(2)121頁。
- [34] フランケル・前掲注(30)233-236頁。
- [35] フランケル・前掲注(30)237-241頁。
- [36] 佃説は、民法646条が受認者に金銭や果実の引渡義務を定めていることを指摘するが、これだけで委任契約が *fiduciary relationship* であると断定できるのかについては疑問の余地がある。
- [37] 例えば、ジャック・バルキンは、医師、弁護士のような伝統的な受認者とオンライン・サービス事業者のような新しい受認者では、*fiduciary duty* の程度が異なるとしている。Balkin, *Information Fiduciaries, supra note 1, at 1221-1225*.
- [38] 中田裕康『契約法(新版)』(有斐閣、2021)53頁は、信託関係では、「契約の固定性とは性質の異なる法律関係がみられる」としている。
- [39] ハイン・ケッツ(新井誠監訳)『トラストとトロイハント—イギリス・アメリカとドイツの信託機能の比較—』(勁草書房、1999)、道垣内弘人「紹介：K. W. Ryan『大陸法における信託の受容』—大陸法系における信託法研究序説」『信託法の問題状況』(有斐閣、2022)510-563頁(もっとも、ライオンが、大陸法において信託を受容するには特別法の制定が必要であるとしている点には注意が必要である)など。
- [40] ケッツは、信託に消極的な大陸法の学説として、フランスのヴァイサー説や、スイスのグブラー説などを取り上げている(ケッツ・前掲注(39)2-3頁)。
- [41] 田村陽子「日本の法制度における信託関係と契約関係の交錯—注意義務と忠実義務の横断的考察—」筑波ロー・ジャーナル 21号(2016)117頁(ここでの「トラスト」は信託を意味する)。なお、フランス民法に導入されたフィデュシについても、アメリカのトラスト(信託)とは異なるものであると解されている。ヴァレリオ・フォルティ(中原太郎訳)「コモン・ロー体系におけるトラストがフランスのフィデュシに及ぼす影響」水野紀子編著『信託の理論と現代的展開』(商事法務、2014)237頁など参照。
- [42] タマール・フランケル(樋口範雄監訳＝Fiduciary Law 研究会訳)「信託法原則の統一に向けて(上)(下)」信託 263号(2015)32-56頁、264号(2015)71-83頁。
- [43] 山野目章夫『民法概論4 債権各論』(有斐閣、2020)267頁。
- [44] 潮見佳男『債権各論I 契約法・事務管理・不当利得(第4版)』(新世社、2022)269頁(もっとも、同270頁では忠実義務は善管注意義務に含めることができることもする)、曾野裕夫他『民法IV契約』(有斐閣、2021)345頁など。
- [45] 潮見・前掲注(44)269-270頁。
- [46] 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」(2011)373-375頁。
- [47] 高橋美加他『会社法(第3版)』(弘文堂、2020)193-194頁、伊藤靖史他『会社法(第5版)』(有斐閣、2021)223頁など参照。
- [48] 青竹正一『新会社法(第6版)』(信山社、2024)336頁、江頭憲治郎『株式会社法(第9版)』(有斐閣、2024)455-457頁、田中亘『会社法(第4版)』(東京大学出版会、2023)278-279頁など。
- [49] 神田秀樹『会社法(第26版)』(弘文堂、2024)255頁、岡伸浩『信託法理の展開と法主体—会社法・民事訴訟法・倒産法との交錯—』(有斐閣、2019)40-46頁など参照。
- [50] 竹内昭夫＝弥永真生補訂『株式会社法講義』(有斐閣、2001)558-559頁も、善管注意義務に利益相反禁止や利益取得禁止などが含まれるとしているだけであって、善管注意義務に、アメリカ法の *duty of loyalty* のような高度な義務が含まれるとする趣旨なのかどうかは不明である。なお、前述したように、アメリカ法の *duty of loyalty* は、当事者間の関係性に応じた柔軟性を有するものなので、受認者に常に高度な義務が課されるわけではない。会社の取締役については、*duty of loyalty* として、かなり高度な義務が課されるということである。
- [51] 神田・前掲注(49)255頁、岡・前掲注(49)49-55頁など。
- [52] 四宮和夫『信託法(新版)』(有斐閣、1989)旧版はしがき3頁。
- [53] 道垣内弘人『信託法理と私法体系』(有斐閣、1996)2頁。

- [54] 道垣内・前掲注(53)168-174頁。なお、道垣内説とはニュアンスを異にするが、信認法理の導入に積極的な見解として、樋口範雄の見解がある(樋口・前掲注(2)250-252頁)。
- [55] 齊藤・前掲注(5)105-106頁。
- [56] 佃・前掲注(5)139頁。
- [57] 佃・前掲注(5)135頁。
- [58] 佃・前掲注(5)135頁。
- [59] Daniel Solove, *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, 126 HARV. L. REV. 1889-1890 (2013).
- [60] 音無・前掲注(7)193-245頁。村上・前掲注(7)7-9頁も参照。
- [61] 佃・前掲注(5)135頁。
- [62] 齊藤・前掲注(5)141頁。ここでは、曾我部真裕「判批」民商法雑誌 157 卷 5 号(2021)45-46 頁が引用されている。
- [63] 佃・前掲注(5)140頁。
- [64] 佃・前掲注(5)140頁。
- [65] 佃・前掲注(5)141-142頁。
- [66] 樋口・前掲注(2)250-252頁がこのような立場に立っている。
- [67] 佃・前掲注(5)141頁。
- [68] 齊藤・前掲注(5)103頁。
- [69] 音無・前掲注(7)37頁。
- [70] フランケル・前掲注(30)279-285頁など。
- [71] Robert Natelson, *The Constitution and the Public Trust*, 52 BUFF. L. REV. 1077 (2004).
- [72] なお、日本国憲法と信託の関係や、日本国憲法前文における「信託」の意義については争いがあるが、本稿の課題を超えるので深入りすることはできない。この問題については、橋本基弘「信託行為としての日本国憲法」法学新報 127 卷 5・6 号(2021)433 頁が詳細に論じている。樋口陽一編『ホーンブック憲法(改訂版)』(北樹出版、2000)245-248 頁〔遠藤比呂通執筆〕、田村陽子「信託と信認法理の公的意義—国民の基本権の保障と法曹三者の信認義務—」筑波ロー・ジャーナル 33 号(2022)113 頁、佃貴弘「協働アプローチによる“国民代表”—“受託者としての国家”論に基づく立憲主義 —」金城学院大学論集社会科学編 12 卷 1 号(2015)33 頁なども参照。