

頁(農協の出納事務担当者が、その業務上横領の目的を知らずながら、預金者である農業共済組合の組合長からの私展請求に応じて、この事業において業務上横領罪の補助犯を認められたもの) 熊本地判平6・3・15判時150(14号) 169頁(地方税法における軽油取引税の不納入罪を犯した特別徴収義務者から軽油を購入した者が、同義務者による税不納入の意図を推知していた、という事実において同罪の共同正犯を否定したものの) 3件をあげている。一方、学説においては、東京高判平2・12・10判時752号246頁(印刷業者らがホテトル経営者の依頼を受け、ピンクチラシを印刷して引き渡した、という事実において赤春周旋罪の補助犯を認められたもの)、大阪高判平7・7・7判時1563号147頁(信用金庫の支店長が、相手がソニーランドの開発資金に充てることを知りながら融資を行った、という事実において赤春防止法上の資金提供罪を認められたもの)も中立的な色彩をもつ行為を正犯として処罰する規定である点に注意を要する。大阪地判平12・6・30判時10998号230頁(自動車用品等の製造販売業を営む株式会社代表取締役が、オービスによる写真撮影を困難にするナンバープレートカバーを製作販売した、という事実において道路交通法違反(速度超過) 補助を認められたもの)、名古屋高判平17・10・28高刑裁速(平17)号285頁(銀行の頭取が信用保証協会の役員らに対し、銀行に有利な取扱いを要請し、はたらきかけたことが背任罪の共同正犯にあたらないとしたもの)などもまた先例としてあげられることが多い。

(2) その嚆矢は何と云っても、回避可能な結果の惹起がただちに帰責を基礎づけるのではなく、それが犯罪的な連関のうちにあることが必要である。J.Günther Jakobs Regressverbot beim Erfolgsdelikt-Zugleich eine Unternehmung zum Grund der Haftung für Begehren, ZStW93(1977), S.11. の各論者たる紹介である。これらもまた、中立的行為による補助という独自のカテゴリーに規範的な意味を付与する解釈ではなく、あくまで帰責の一般理論を援用しようとするものにつきないけれども、犯罪の連関というだけの道具として大掛かりすぎ、結論のいいかえにとどまっている印象が強い。その後のわが国における学説は、主として、より下位に位置するさまざまな解釈論の道具を探究するともに、ヤロプスが帰責を否定した事例の一部につきこれを肯定する方向に進んでいくことであろう。

(3) このような犯罪構成段階のショートカットはしばしば行われ、たとえば、過失犯においても、大津波の客観的・科学的なリスクの大きさを判定しないまま、少なくとも、被告人による(許因に掲げられた注意義務を課することを正当とするほどの) リスクの認識可能性がなかったとして無罪を言い渡した東京地判元・9・19判時2431・2432号合併号5頁がある。同判決について、詳しくは小林憲太郎「東無罪判決の注意義務を課すること」2430号合併号(2020) 48頁以下を参照。

(4) Whinn事件に関し、ソフトを「特定した正犯に向けて提供したのではなく、インターネット上で無償公開するという方法により不特定多数者に対して一括提供した行為について補助犯としての責任を問われたものである」(矢野・前掲「判解」365頁) ことが特徴として指摘される同一の理論的な構造として指摘した同一である。(5) たとえば、佐藤拓磨「未遂・承継的共同正犯」法ゼミ779号(2019) 17頁、樋口亮介「承継的共同正犯」法ゼミ92巻12号(2020) 40・41頁を参照。(6) 豊田兼彦「補助犯の限定——補助の促進性を中心に」法時92巻12号(2020) 47頁も「単なる居合わせや犯行への同意を超える関与があつたこと否定的でないが……その関与が詐欺グループの安心感を高める作用を有しなかったため、犯行決意を強化する性質の行為とはいえず、補助行為が当該性が否定された」と分析している。(7) たとえば、松宮孝明「判批」法ゼミ779号(2019) 119頁は、「残留した」という文言形式を根拠にして、不法残留を不作為ともなう作爲とらえている。同「不法残留者との同居と不法残留の補助——立命館法學387・388号(2019) 381頁、安達光治「判批」令和元年度重要判例解説153頁、平山幹子「判批」新・判例解説Watch刑法160号(2021) 3頁も参照。なお、大阪高判平2・5・30判時1368号157頁は残留行為自体を処罰対象とするとして、公訴時効の完成を避けるべく、継続犯というための便宜であるにすぎず、かつ、このように解さなくては継続犯ということ十分に可能であると思われる。他方、継続犯でないことを詳細に論証する近時の文献として、清水晴生「不法残留罪と同補助について」白鷗法學26巻2号(2019) 131頁以下を参照。(8) 小林憲太郎「刑法総論」(第2版)

情報をめぐる現代の法的課題(1)

デジタル政策という「手段」

デジタルという言葉は、中立的である。しかし、デジタルは使い方次第で善にも悪にも作用する。すなわち、デジタルは人々をつなげ、利便性をもたらし、そして人の命を救うこともできる。同時に、デジタルは、人々の分断をもたらし、誤情報や拡散し、そして人の人生を狂わせることも可能である。

2021年5月12日、いわゆるデジタル改革関連法案が成立し、同年9月にはデジタル庁が設置された。日本のデジタル政策にとって転換期となるような法制度の姿容である。デジタル改革関連法案には、大きく分けて3つの法案が含まれており、すなわち、それらは従来のIT基本法を廃止しデジタル社会の形成を企図した「デジタル社会形成基本法案」、デジタル庁設置法「案」、そして個人情報保護法制の一元化や個人番号カードの利便性向上等を含む「デジタル社会の形成を図るための関係法律の整備に関する法律案」である。

日本のデジタル化施策の端緒は、いわゆるIT基本法(高度情報通信ネットワーク社会形成基本法)にみられた。同法の目的は、「高度情報通信ネットワーク社会の形成に関する施策を迅速かつ重点的に推進すること」としており、当時のIT化の推進が自己目的とされていた。これに対し、デジタル社会形成基本法は、デジタル社会の形成の実現によって「我が国経済の持続的かつ健全な発展と国民の幸福な生活の実現に寄与すること」を目的に掲げ、デジタルを「手段」として経済発展と国民生活の充実を目的とした。ここにデジタルは、人類の幸福を実現するための「手段」としての性格をますます理解する必要がある。

では、手段としてのデジタルに法はどのように対応するべきであろうか。デジタル化の急速な展開によって、立法の欠缺という状況下において問題点や課題が整理・解決されないまま、新たな論点が生起している。他方で、付け焼刃の規制や紛争解決はかえって悪しき先例を残し、デジタル化の過剰または過少な規制モデルを提示してしまふ可能性もある。そこで、急速に進展するデジタル化に振り回されることなく、デジタル哲学とも形容すべき規制や紛争解決の哲学を構築する動向も見られる。たとえば、デジタル倫理やE.L.S.I(Ethical, Legal and Social Implications) という言葉がみられるように、技術に倫理や法的視点を埋め込む基盤的研究の意義が注目を集めつつある。

デジタル政策には様々な法的論点があり、それらをすべて網羅的に通覧することはできないため、本稿では近時のデジタル政策がもたらしたプライバシーの権利や個人情報保護に関する法律(個人情報保護法)とその制度への影響に焦点を絞り、その基盤を探索することで、理論実務の架橋のあり方について考察することとする。

2 プライバシーという権利

(1) プライバシー権の発展

日本においてプライバシー権は、1960年代以降発展を遂げてきた。最高裁は、これまでプライバシーという権利を正面から

宮下 紘

130号証

(新社社、2020) 67頁などを参照。(9) なお、このような場合の理論的規律に正面から取り組んだ松尾誠記「真正不作為犯における「作為義務」」刑裁56巻2号(2017) 305頁以下を参照。そこにおける作為義務の目的を「国家による危機対応システムの機能が適切に保持されるよう援助すること」に求めているが、それでは必ずしも、端的に「隣人の救助」を命ずる真正不作為犯も、これを新たに立法することの政策的妥当性は別として、原理的には観念しうるものというべきである。(10) 詳しくは、小林憲太郎「刑法総論の理論と実務」判例時報社、2018) 602頁以下、683頁以下を参照。(11) 小林憲太郎「不作為による関与」判時2249号(2015) 9頁を参照。(12) ぼんげんけんたろ、立教大学教授

近時の最高裁におけるプライバシー権論は、夫婦同氏制の訴訟においてみられた。宮崎裕子裁判官と宇賀弘也裁判官の反対意見によれば、人により感受性が異なるとしても、一定の理由があれば他人に知られることを望まない人の利益がプライバシー権として保障されるべきであるとされる。すなわち、「何をプライバシー侵害と感ずるかについては、個人差があり、例えば、自分が難病にかかったことを公表する人も少なくないが、他方、それを他人に知られたいと思わない人も少なからず存在する」と考えられる。後者の人にとって、難病に患していることを他人に知られない利益はプライバシー権として憲法上保障されるべきであって、そのような事実を他人に知られないことを望まない人がある程度存在するからといって、それを他人に知られることを望まない人の利益をプライバシー権として保障することを否定することはならない。このようにプライバシー権の保護の対象は、多数派の感受性に基づく社会的合意のみによって決められるべきではなく、私事への干渉の方法や程度及び被害の被害等を具体的に考慮する必要がある。

(2) デジタル化がもたらすプライバシー権への影響

我が国においてこのようなプライバシー権の発展がみられる中で、デジタル化は従来のプライバシー権にどのような影響をもたらしうるのだろうか。第1に、公共空間におけるプライバシー権の保護についてで

ある。公道等の誰しもアクセス可能な公共空間において、自宅や私有地における私生活上の自由がそのまま及びと考えることはできない。最高裁も公道上および不特定多数が集まる場所における警察官のビデオ撮影の事実において、「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所」における捜査活動の一環としてのビデオ撮影行為を適法であると判断した。他方で、公道であるからといって、「人は一歩外に出るとすべてのプライバシーを放棄したと考えるのは相当でない」とも考えられる。さらには、公道から撮影されたベランダに掛けられている物の写真がインターネット上に掲載された場合であっても、「容ぼう・姿態以外の私的事項に対する撮影も、プライバシーを侵害する行為として、法的な保護の対象となる」として社会生活に受忍の限度を超えるか否かが判断基準とされた。このように監視カメラの備在に対し、「見られる」ことへの暗黙の了解を無視しているのか。後述のとおり、遠隔生体識別の技術を用いたカメラの精度や識別範囲についても伝統的な私生活の自由や人格権に取まる問題であるか、といった疑問もある。

第2に、デジタル化は一身専属の人格権としてのプライバシー権のあり方に再考をもたらし、デジタル化された情報は死後も残り続けるため、死者のプライバシー権が問題となる。具体的には、「デジタル遺産」としてのオンラインバンキングやソーシャル

ルネットワークサービス(SNS)など利用者本人の死後に遺族が情報アクセスをする要件等が問題となる。「デジタル遺産」の相続は、単純に死者の個人情報へのアクセスのみならず、当該死者の通信相手の個人情報も含まれることがあることを踏まえ、アナログ遺産の相続とのアナロジーをどこまで維持すべきか、という問題がある。個人情報保護法は生存する個人のみを保護の対象としているところ、最高裁は、「相続財産についての情報が被相続人に関するものとしてその生前に法2条1項にいう個人に関する情報に当たるとして当該情報が当該相続財産を取得した相続人等に関するものとして上記個人に関する情報に当たるということはできない」と判示した例がある。死者に人格権があるか否か、そして、遺族の人格的利益があるか否か、という点はそれぞれ関連しつつも、独立した権利利益の問題であって、いずれも人格権としてのプライバシー権をどのように理論構成するかという問題と関連して

第3に、デジタル化は子どものプライバシー権に新たな問題を提起する。もともとプライバシー権が侵害される主体は、多くは注目を集める公人や著名人であったのに対し、デジタルの世界では無名の子どものプライバシー権にさらされる。とりわけ、インターネット利用の低年齢化が進み(6歳から12歳のインターネット利用率は80.2%(2019年)、学校においても

学習用デジタル教科書の利用が開始されていることから(学校教育法第34条2項)、子どものプライバシーが侵害されるリスクは現実のものとなった。

推知報道の制限とプライバシー情報との関係について裁判所が示してきたとおり、「少年のプライバシー等に配慮した慎重な考慮が必要」であって、この基本的発想は少年法事件を離れた子どものプライバシー問題一般についても共通するところがある。子どもは、プライバシーのリスクについて大人に比べて十分に意識しえないうえ、ひとたびインターネットに残された子どもの情報が将来にわたって本人に影響を及ぼすこともありうる。EUにおいて「忘れられる権利」が提案された背景には、子どもの個人データ保護の強化の要請が密接に関係していたことも忘れてはならない。そこで子どものプライバシー保護については、大人と同じプライバシーポリシーを用意して同意取得することが認められるが、仮に子どもがプライバシーポリシーに実質的に同意できない場合、保護者の同意を必要とするか、といった問題がある。

また、子どもといっても、幼稚園児と高校生ではプライバシーへの意識が違いうのであろうし、また自己情報の提供や公開の意味についても異なる法的保護措置が求められよう。この点、アメリカの児童オンラインプライバシー保護法は13歳未満の児童の個人情報を収集する場合、保護者の同意を義務付けている。また、EUの一般データ保護規則(GDPR)においては、原則と

して16歳未満(EU加盟国の立法により13歳まで変更が可能)の一定の個人情報を処理する場合には保護者等の同意が条件とされている(第6条)。

3 個人情報保護法制

(1) 日本の制度と改正

デジタル改革関連法において、個人情報保護法制は大きな転換期を迎えることとなった。2021年の個人情報保護法の改正により、従来の公的部門を規律していた行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律および独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律が個人情報保護法に一元化された。これにより、個人情報保護委員会の権限が従来民間部門(番号制度等は公的部門を含む)に限定されていたのが、公的部門も対象とされた。官民それぞれ別の制度を用意してきた日本の個人情報保護法の歴史における大きな転換である。他の人権に比べて、個人情報保護をめぐめる問題は、違法な通信の傍受や不正アクセスなど本人の権利利益が侵害されること自体に気づくにくいため、司法救済を求める前段階において独立した監督機関による監視が不可欠である。当初、日本の個人情報保護法制は、独立した監督機関が不在のまま整備され、世界145か国(2021年時点)にみられる個人情報保護法制の中で唯一と言つてよいほどの例外的に特異な仕組みを採用していた。この背景には、日本の個人情報保護法が整備された時代背景に、小さな政府の下行行政改革が進んでい

ため新たな独立行政委員会の設置が当時困難であったこと、そして地方公共団体の個人情報保護条例が国の立法に先行して整備されていたため新たな機関を設けるに至らなかったことがある。その後、番号制度の開始に伴い、2014年1月に特定個人情報保護委員会が設置され、後に同委員会が改組されて、2016年1月に個人情報保護委員会が設置されることとなった。2021年の法改正に伴い、これまでの民間部門のみならず、公的部門についても個人情報保護委員会の監督対象となり、もろもろ、官民一元化の個人情報の規律にもつとめ、官民一元化の個人情報の規律には理論的課題が付きまとう。理論的に個人情報保護法制の官民一元化は、従来の私人間効力論を崩壊させる契機となるのか、あるいは依然として二つの法律の中で、公私区分の理論、すなわち公権力に対するプライバシー権と私法上のプライバシー権とを区別する理論が維持されるべきか、という問題が残されている。公権力による個人情報の強制的な収集・利用・保管のあり方および正確な把握と、営業の自由の下、個人情報事業者が任意に提供することを利用者の判断と選択に委ねる民間事業者の個人情報の収集・利用・保管とは、規律の発想の出発点が異なる。他方で、データを処理・管理する側ではなく、プライバシーの主体の側に立つてプライバシーという権利を侵害する側が目すれば、「私人による公開であつても、国や地方公共団体による公開であつても変わることはない」とし、また

官民の間で個人データが流通する実態にも合致する。その意味において、従前のデータを処理・管理する官民別個の義務の規定を廃止した個人情報保護法制から、2021年改正がデータの主体の立場に立ったプライバシー権の官民に共通する権利の章典としての個人情報保護法制への契機となること期待される。

この点で2021年改正によりデータ主体の権利が十分に保障される構造となつていくかどうかであるが、現行法には個人データへの開示請求権としての間接アクセスの仕組みを欠いている点を指摘しておく必要がある。行政機関等が保有する個人データについては、犯罪抑止や公共の安全を理由に個人データを開示することができない場合が定められている。問題はこれらの開示対象の除外事由に該当するか否かを当該機関が判断・決定するのはなく、第三者の個人情報保護の監督機関が当該請求のあった個人データに間接的にアクセスして審査・決定する仕組みである。EU法では1995年個人データ保護指令からの運用が行われてきたが、2016年法執行目的の個人データ保護指令(第17条等)において明文化されており、監督機関はアクセス権を拒否した公的機関への立ち入り検査を含め調査・制裁権限を有し、その運用実績が多々見られる。EU法における間接アクセスは多くにおいて、自らの個人データへのアクセス権は官民間問わず基本権の問題であり、この基本権への制約は必要性と比例性による審査が行われる。これに対し、日本

では情報公開・個人情報保護審査会が一定の重要な役割を果たしているが、個人情報保護法は国の安全等を記録する個人情報ファイルの事前通知が免除されており、開示等請求権の例外事由があらかじめ列挙されており、個人情報ファイルの事前通知が免除されているため例外事由の該当性を個人情報保護委員会が実効的に審査する法的構造が現時点では欠如している。この点は、仮に日本の個人情報保護法が公的部門について欧州委員会から十分性審査を受けることになった場合に、基本権に直接関連する重要な審査項目である。

この点に関連して、2021年改正において、公的部門の監督についての個人情報保護委員会の権限として、立ち検査ではなく、実地調査に限定されており、命令および罰則が公的部門には存在しない。本来、政府のデジタル化への国民の信頼を確保する観点から、個人情報保護法草案時からの「民間企業よりも厳格な個人情報保護に係る規律に服すべきこと」を担保するための制度が望まれてきたところである。

(2) デジタル化がもたらす個人情報保護法制への影響

2021年の個人情報保護法改正についても今後のデジタル化を見据えた上でいくつかの課題が残されている。

第1に、日本の法制の下において、プライバシーと個人情報保護はいかなる関係にあるのか、別言すれば、私生活上の自由または人格権の一つとしてのプライバシー

権と個人情報保護法における権利利益とはどのような関係性を有するのか。個人情報保護法は、「個人の人格尊重の理念」(第3条)による憲法第13条との接点がみられるもの、プライバシー権を直接的法目的に掲げておらず、「個人の権利利益を保護することを目的」(第1条)としている。ここで、権利利益とは、「個人の人格的、財産的な権利利益」を意味し、この権利利益概念の不確実性と流動性が、個人情報保護法による過剰規制と過少規制のいずれの方向にも振り子が揺れる原因となっている。そのため、デジタル化に対応した個人の権利利益の保護とは何か、という問いを追究することが極めて重要な課題となる。この点に関連して、個人の権利利益の侵害の認定には、「不快感等を超える損害の発生についての主張、立証がされていない」ということのみ「から否定されるべきではなく、単純な漏えい等に伴う精神的損害について慎重な検討が必要となる。この背景には、プライバシー権のアプローチについては、具体的な損害を救済要件とする着想に基づくアプローチのほか、権利規定アプローチ、リスク評価に基づくアプローチ、信託関係に基づくアプローチなどが想定される」ところ、具体的悪害を個人情報保護法における救済の必須条件とする合理的な理由は見出されなかった。

裁判所は、個人データ保護の権利を保護するためには、他の公務には求められない個人データ保護監督機関の職員や建物についてまでも厳格な独立性を要求している。個人情報保護委員会に独立性が求められる理由は、公的機関への監督を機動的・効果的に果たすためであり、そのため内閣府設置法第49条1項の委員会として当初想定された審判制度に係る第三者機関としての位置づけのままで公的部門への監督を行うことが望ましいか否かについては今後の運用実態を踏まえて検討が必要であると思われる。仮にデジタル化が公全体に浸透していくのであれば、個人情報保護は公の基礎となる施策であり、個人情報保護委員会に一段高い独立性を付与することも検討に値する。EUからの関心事でもあるが、特に日本の公的部門の監視にあたり事務局職員の他官庁からの出向は、そもそも出向元の省庁等が監視対象となりうることから、利益相反とみなされかねない点に留意が必要である。いずれにしても、個人情報保護委員会がデジタル化の中で個人の権利利益を効果的に保護していくことで、国民の支持を得られるかが重要となる。

第3に、国の法令と地方公共団体の条例、そして国の個人情報保護委員会と地方公共団体の個人情報保護委員会との関係についてである。今後は、定義や利用・提供の制限等のはらつきを解消するため共通ルールに基づき条例の統一化が推進されることとなるが、我が国の個人情報保護の取組みは、国に先行して、地方公共団体の条例整備や審議会・審査会における調査審議の善悪がみられる。いくつかの地方公共団体の個人情報保護条例は権利保障を明確にしているものがみられるのに対し、個人情報保護法は、行政機関や個人情報保護法取扱い事業者の義務規定の中に開示等の請求が位置づけられている点についても留意が必要である。

世界的個人情報保護法をリードしてきたのみならず、「ブリュッセル効果」の名の下にその制度を事実的に他国の同様の法制度を要求してきたのがEUである。2018年に適用開始となったGDPRは、域外適用の規定とともに個人データをEU域内(EU/EFTAを含む)から第二国への移動制限の規定を設け、グローバルな個人データの流通のスタンダードを事実的に設定してきた。GDPRの波及力は、たとえばアメリカとの関係では、個人データの第三国の移動制限事項(第45条)に基づき、EU司法裁判所は2015年と2020年に二度にわたってアメリカの法制度がEUのそれと比べて同等とは評価されないことから、個人データ移動の枠組みを無効とする判決(Schrems I判決およびSchrems II判決)を下した。その主たる根拠は、EUとアメリカとの間の個人データ移動の枠組みが安全保障を理由に適切な保護措置、データ主体の執行可能な権利、そして効果的な救済という要件を十分に備えておらず、アメリカの法制度がEUのそれと比べて本質的に同等ではない、というものであった。これに対し、日本は2019年1月23日、補完的ルールと関係官庁からの誓約文を条件に民間部門の個人情報保護法について欧州委員会からGDPR第45条に基づく十分な保護の水準にある第三国としての十分性決定を受けた。同日、個人情報保護委員会も欧州経済地域31か国に対し個人情報保護法第28条(相当性)に基づき同等性の決定を下し、日EUの個人データ移動に係る相互認証が公表された。もともと、日本の公的部門では行政機関等個人情報保護法は依然として十分性決定の対象外であり、また審査過程において、欧州データ保護協議会および欧州議会から具体的日本個人情報保護法に対する懸念事項が示されてきた。

好むと好まざるにかかわらず、もはやEUの個人データ保護の仕組みは第三国に大きな影響力を及ぼしている。EUにおいては、基本権憲章において、私生活尊重の権利(第7条)と個人データ保護の権利(第8条)をいっただん形式的に切り離して規定した上で、判例法において両者の権利を実質的に統合させる解釈がされてきた。すなわち、私生活への不当な干渉を防止するためには、個人データの保護が不可欠であり、また個人データの保護を制度化する上で私生活尊重の権利を置き去りにはできないのである。EU法は外国法としての重要な参考資料にとどまらず、という短絡的な見方も成り立つが、実務的にはEU法における私生活尊重の権利と個人データ保護の

権利が日本の個人データを取り扱う組織にも影響していることから、日本においても古典的な私生活上の自由と現代的な個人データ保護との接点を見出していくことが理論的に求められている。

4 デジタル化がもたらした課題

(1) 日本のデジタル化推進に向けた課題
日本のデジタル化は、デジタル大臣らが形容したように「デジタル敗戦」、また2025年には既存システムの残存に伴う日本がデジタル競争の勝敗を決める崖っぷちに立たされている「デジタル・クリフ」の問題が指摘されてきた。最先端の技術を誇る日本でありながら、政策におけるデジタル化の阻害要因には様々なものが想定される。慣習はその最大の要因のように思われる。筆者の経験上、アメリカのロススクールでは、鉛筆にノートという学生は100人に1人いるくらいであり、ほぼパソコンでノートをとる習慣があり、また、試験を各自のパソコンに専用のソフトウェアを入れて実施して行われてきた。日本の教育においても「情報」の科目が新設されたが、授業におけるパソコンによるノートテイクングから入試・司法試験に至るまでデジタル化を若い頃から習慣化させることの検討があってもよからう。

このようなデジタル化全般の課題は本稿の範囲を超えるものではあるが、以下、法的な観点からデジタル化の推進プロセスにおいて速やかに整理するべきプライバシー

1. 個人情報保護に関する課題について分析する。

(2) 生体認識

顔、指紋、静脈等の生体情報の利活用が急速にみられ、身体の断片的情報から当該個人の全貌を明らかにし、当該個人に着目し予測の技術がプライバシー権や内心の自由を侵害するなどの問題が明らかになりつつある。書店万引対策として利用した対象者の顔画像を複数の書店で共同利用している事例、大阪メトロにおける顔認識を用いた改札機の導入、商業施設における来店客の客層分析に用いられている事例などで生体識別技術が利用されている。

顔認識カメラ等の生体識別を積極的に利用する国も一部には見られるが、国際的な動向をみれば、総じて顔認識カメラの利用そのものが禁止または停止に一致をみている。国連は、各国が監督機関によるプライバシーの基準および国連の指針を遵守していることの証明がなされずに限り公共空間における遠隔生体識別技術の利用を停止することを勧告した。EUでは、従来から顔認識カメラの利用に伴うGDPR違反による制裁事例が散見されたが、2021年4月に公にアクセス可能な空間における法執行目的のリアルタイム遠隔生体識別技術の利用を原則として禁止するAI規則案を公表した。そして、アメリカでは、カリフォルニア州サンフランシスコ市の条例をはじめとして、州法や市の条例において法執行目的の公共空間における顔認識カメラの利

用を原則として禁止する動きがみられる。また、日本の個人情報保護委員会も参加する世界の個人情報保護規制当局の組織であるグローバルプライバシーセンプリーは、2020年に顔認識技術に関する決議を採択し、同決議において、顔認識技術の利用前に、より侵害の小さい代替措置の検討を含め、必要性和比例性の原則を遵守することなどを示した。

これに対し、日本では顔認識カメラの利用について、利用目的の公表等の要件が示されているのみで具体的な規律が定められていない。2021年7月、J-RED日本が鉄道セキュリティ向上の取り組みの一環として、個人情報保護事務局に相談の上、顔認識カメラを用いて、不審者等の検知を行うことを公表した。のちに報道により、この顔認識カメラが駅や列車内で犯罪を犯し刑務所に服役後の出所者や仮出所者等も対象としていたことがわかり、出所者等を検知の対象から外したとされる。

この点、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを可能とする技術を用いるにはその明確な法的根拠が必要となるが、現時点で顔認識カメラの利用を正当化する個別具体的法令が存在しない。J-RED日本の事例では、公表された利用目的(「出所者等の検知」)が特定された利用目的(「出所者等が、被害者等通知制度により検察官等から通知を受けた情報を利用し、法令に基づく場合(第20条2項1号)として出所者や仮出所者を検知する仕組みを構築した」との説明がなされているが、個人情報保護法の解

釈として重大な疑義が生じる。形式的には、法令に基づく場合の法令とは法律および政令、府省令、条例を指し、行政機関の長等による命令または内部的な訓令・通達には含まない」とされておらず、被害者等通知制度実施要領(法務省刑総第741号)は後者に属すると解釈される。実質的には、当該法令において本人の同意なしに当該個人情報を取扱すること等が必要であるという立法者意思が明らかにされていることが条件とされており、被害者等通知制度実施要領にはかかる「要配慮」個人情報の取得と本人の権利利益の保護について特段の規定はなく、取得した個人情報を顔認識カメラによるデータ処理のために供することはできないと言わなければならない。少なくとも、現行の個人情報保護法に照らせば、顔認識カメラによる個人データの取得および利用が認められる場合は、人の生命、身体または財産の保護のためであり、本人の同意を得ることができない個別事案の緊急時にのみ限られる(第20条1項2号)。いずれにせよ、安全を理由にプライバシー権は捨象されえないのであって、むしろ安全とプライバシーとを両立させる工夫が必要である。生体識別技術は、本人が気づかないところで利用されることがあり、司法救済の前提として個人情報保護委員会による機動的な調査と情報開示が不可欠となる。

(3) データ移動と管轄

前述のとおり、EUは個人データの移動の規制の仕組みを設けており、この制度を

複写するかのようになり、2015年の法改正で日本の個人情報保護法にも外国における第三者への個人データの移転の規律が設けられた(第28条項)。しかし、2021年3月には、大手SNSが利用者の個人データの一部を韓国にデータベースに保存していたこと、そして中国の委託企業が日本の利用者の個人データにアクセスしていたことが明らかになった。特に中国においては国家情報法に基づき、中国企業は企業に個人データの開示を要請することが可能であることから、日本の利用者の個人データが中国にアクセスされるリスクが顕在化した。この事件は、安全保障が経済・技術分野にも広がりを見せている中、「経済安全保障」の問題として捉えられた。

この事件は、日本のグローバル企業に対し改めて個人データの移転に伴うプライバシーのリスクを喚起することとなった。なお、2020年法改正(2022年4月1日施行)において、移転先の外国の名称および当該国の個人情報保護制度に関する情報等を個人データの移転の際に本人に提供することとされた(第28条2項、個人情報保護委員会規則第11条の3)。EUにおいてはこのような個人データの第三国移転をめぐり外交問題にも絡む裁判が相次いでいるが、日本でも同様の裁判が提起された場合、裁判所がプライバシー保護に関連する「経済安全保障」の問題に直面した場合どのように判断すべきか、という課題が残されている。

さらに、デジタル化とグローバル化は両者蜜月の関係にあり、個人データは国境を越えて移転し利用されることがある。そこで、個人情報保護法は、域外適用の規定を定めている(第171条)。もっとも、裁判管轄と人格権保護との関係は複雑な問題がある。日本の裁判所はインターネットをめぐる紛争において外国に所在する法人を被告とする裁判についても管轄権を認める傾向にあるようであるが、その判決の効果についても検討が必要である。具体的には、インターネット上の個人データに係る忘れられる権利の射程をめぐり、フランス国内からアクセスできる範囲の削除であるのか、フランスのドメイン名で表示される範囲の削除であるのか、あるいは結果発生地を全世界であるか、あるいはフランス国内外を問わずあらゆる範囲の削除であるのかを争われた事例がある。EU司法裁判所は、EU域内からアクセスできる範囲を削除の対象と限定したが、国内法に基づきその範囲を拡大することは禁止されていないことを示した。同様の問題は日本でも生じうる。

(4) プロファイリング規制

2020年と2021年の個人情報保護法改正の過程でも問題となったのがプロファイリング個人の特性に基づくプロフィールの予測及び当該プロフィールに照らし個人への決定・判断の位置づけである。個人情報保護法には、プロファイリングを正面から規定していないため、AI等

によるデータの自動処理から導かれる不測の差別、偏見、排除等の不利益から本人の権利利益をいかに保護すべきかが課題となる。実際、2019年8月には、就職情報サイトのデジタルプラットフォームが、選考離脱や内定辞退の可能性を予測するためのアルゴリズムを作成した上で、利用者の同意なしに、契約企業に対し内定辞退率のスコアを販売していたことが明らかになった。個人情報保護委員会はこの就職情報サイトの企業に対し勧告および指導を二度発出し、またスコアを購入した契約企業に対し指導を行った。また、東京労働局は、応募学生の個人情報の取扱いについて職業安定法および同法に基づく指針に違反があったとして指導を行ったとされる。個人情報保護法には、同意の定義がないものの、プライバシーポリシーの同意クリックという形式的要件のみならず、契約サービス利用とは別に独立して個人データの処理についての本人の意思表示とその撤回を認める実質的要件も必要と考えられる。

就職情報サイトの利用者の業界ごとの閲覧履歴が本人のあずかり知らぬところでスコア化されており、このようなプロファイリング技術が可能となった。ここで、プロファイリングとは、GDPRの定義に従えば、自然人に関する一定の個人の特性を評価する個人データの自動処理の形態を意味し、具体的には、個人の職務能力、経済状況、健康、個人の嗜好、興味、信頼度、行動位置・移動に関する特性を分析・予測

5 プライバシー権の行く末

デジタル化の流れにおけるプライバシー権を取り巻く法的課題について通覧したが、プライバシー権は伝統的な私生活上の自由として保障されてきた一方、個人データをどう保護するか、という問題にも向き合う必要がある。この点、自己情報コントロール権が提唱されてきたが、裁判実務においてかかる権利は根付いていない。さらに、判例において人格権の一つとして保障されてきた実質の意味でのプライバシー権は、個人情報保護法制との関連性を見出すことは容易ではなく、むしろ個人情報保護法は意識的にプライバシー権と距離をとってきた。しかし、いわゆる「過剰反応」にみられるような、法の定め以上に個人情報保護を過度に保護することを自己目的化した現象は、プライバシーを感情論として語ってきたために生じたものである。このようなプライバシーの感情論に伴う過剰な規律や萎縮は、自由な情報流通とその情報の根底にある表現の自由の基本的価値を損なうこととなりかねない。プライバシーという権利が保障される一つの理由は、民主社会に必要な情報を隠蔽したり遮断したりするためではなく、様々な情報に接する中で各人を独立した人格を備えた個人たらしめるためである。プライバシーという権利は、健全な民主主義の発展と個人が尊重される生き方の実現のための公私の境界を維持する重要な役割を果たしている。このような中、プライバシーを感情論から権利論へと

やデジタルの舞台では不可欠である。GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) は日本株全体の時価総額を越えるほどの巨大デジタルプラットフォーム事業者である。このデジタルプラットフォームの成功の秘訣は、個人データにあり、個人データをマネタイズするビジネスが拡大してきた。他方で、利用者の個人データは監視の対象とされ、ときに搾取され、また個人の行動が操作されうる事態も現実には起きた(ケンブリッジ・アナリティカ事件)。

この点、デジタルプラットフォームには様々なものがあるが、検査結果の削除請求をめぐり最高裁の決定では、検査事業者による検査結果の表示を「表現行為」という側面があると評価するのに対し、EU司法裁判所は同一の検査事業者による検査結果の表示について「経済的利益」の問題として捉える。EUの裁判所の評価の違いは興味深い。デジタルプラットフォーム事業者の規制が表現の自由の問題として捉えられるのであれば、厳格な審査を要するであろうし、少なくとも純粋な経済規制の政策問題として位置づけるのは不適切ということになる。これに対し、プラットフォーム事業者は個人データを表示することで広告収入を得ているビジネスモデルに着目して経済的利益の問題として位置づければ、経済規制の問題に落ちることとなる。デジタルプラットフォーム事業者のビジネスモデルに着目しつつ、表現の自由という側面と経済的利益という側面を併用しようとしても、公正なデジタル市場において被侵害

するために個人データを利用する場合は想定される。GDPRには、プロファイリングの対象とされない権利や人間介入を求める権利が明文化され、データの自動処理による負の帰結への歯止めが規定されている(第22条)。

これに対し、日本の個人情報保護法は、2020年改正において、不適正な利用に関する新たな条項を設けるとともに、個人関連情報という新たな類型を設け、個人データに紐づけることができる、氏名等と結びついていないインターネットの閲覧履歴、位置情報、Cookie情報そのものの規律の対象とした。これらの改正はプロファイリング規制の周辺部に相当するものと考えられ、プロファイリングそのものの規制ではない。もっとも、EUではすでにプロファイリングに関する裁判例(たとえば、オンライン信用スコアについてアルゴリズムによる予想される帰結があらかじめ示されていない状況下の同意が無効とされた事例)などもみられるが、今後日本でも就職情報サイトのような事例が裁判となった場合、果たしてプロファイリングによる本人への不利益からの保護を人格権の内容として位置づけうるか否か、また営業秘密を理由にアルゴリズムの論理回路の開示を裁判所に証拠として提出することが拒否できるか否かといった論点がある。

(5) デジタルプラットフォーム事業者の個人情報保護法と競争法との共演はいま

移行させていく中でデジタルをめぐり法的課題に対処するための現実的な対応として、司法による人格権の発展と、個人情報保護委員会をはじめとする官民一体となったプライバシー権に根差した個人情報保護法の運用が求められる。

- (1) 「ある量またはデータを、有期限の数字列(例えは2進数)として表現する」(新村出編「広辞苑」7版、(岩波書店、2018)1098頁、英語における「地位」は、情報の授受のシステム利用を意味する。Oxford Advanced Learner's Dictionary, 10th Ed. 431.
- (2) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。
- (3) 最判平成7年12月15日刑集49巻10号842頁。
- (4) 最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。
- (5) 最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁。
- (6) 最判平成7年9月5日判時154号115頁。
- (7) 最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁、最判平成14年9月24日判時1106頁、最判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁、最決平成29年1月31日民集71巻1号63頁、参照。
- (8) 最判平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁。
- (9) 大阪地判平成6年4月27日判時1515頁、1116頁、監視カメラプライバシーをめぐる裁判例として、名古屋地判令和元年9月5日裁判所ウエイサイト、東京地判平成27年11月5日判時1425頁、318頁、東京地判平成22

- 年9月27日判タ13443号153頁
東京地判平成21年5月11日判時2005
5号86頁、参照。
- (10) 福岡高判平成23年3月16日判時2
024号44頁。インターネット掲載
された建物建設現場の写真「イン
ターネット」をめぐっての裁判例として、東京地
判平成28年11月30日判タ14400号1
86頁、フライングローターに記録さ
れた事故の様子を含む映像の文書提出
命令の申立てが認められた裁判例とし
て、東京高安令令和元年12月10日判時2
480号7頁、参照。
- (11) 横濱高判「憲法上の可能性」(信
山社、2012)257頁、参照。
- (12) 東京高判昭和64年3月14日判時
918号21頁。渋谷系雑誌「死者の個人
情報の行方」松井茂記編「スターハッ
クスを飲むながら憲法を考へ
る」(有斐閣、2010)、参照。
- (13) 死者のGZをめぐってネットの相続
人に対するアクセスをめぐってネットの情
勢を手掛かりとした著者「日本」日井
豊「ネット遺品の相続性に関する批
判的考察」(1)(2)(注)立命館法学
3号(2011)120015号
頁；同606号(2011)149-
160頁、参照。
- (14) 最高判平成31年3月18日集基261
号106頁。
- (15) この点、フランスの個人情報保
護法においては「デジタルの死
(not numérique)」を明文化し、死
後の個人データの処理を規制する例も
みられる。
- (16) 総務省「令和2年情報通信白書」
(令和2年9月)600頁。
- (17) 最高判令和2年10月9日裁判所ウ
エブナ号。
- (18) オンラインデータ保護監視機関は、
未成年者が利用する中国アプリが英語
のプライバシーポリシーのましか用意

- してはなかったため、未成年者の同意
を得るためのわかりやすい説明を欠い
たとして、76万ユーロの制裁金を
科した(Authtic Personagevents,
"KikTok fined for violating children's
privacy", 22 July 2021)。
- (19) 谷前憲康「「ネット」個人情報処理の
理にかなる「同意」のあり方」情報通
信学会誌38巻1号(2020)13頁、
参照。
- (20) シリス・フーナル、宮下紘規
対訳「アメリカプライバシー法：連邦
取引委員会法の政策」(勁草書房、
2010)第2章(注井理穂子訳)、
参照。
- (21) 宮下紘規「「GDPR」一般データ保護規
則」(勁草書房、2018)66頁。
- (22) See Graham Greenleaf, Global
Data Privacy Laws 2021: Despite
Covid delays, 145 laws show GDPR
dominance. *Privacy Laws & Business
International Report* 169 (2021) 1.
- (23) 宇賀克也、藤原静雄、日本和徳
「個人個人情報保護法改正の意義と課
題」行政法研究13号(2019)26頁
(藤原静雄執筆)。
- (24) 宇賀克也「日本憲法における個人
情報「プライバシー」法律規制28巻
9号(2012)88頁、参照。
- (25) 国家からの正しい個人の把握を「
プライバシー権」の文脈で論じること
は、宇賀我部真裕「個人の尊厳と生命
自由及び幸福追求に対する権利」(3)：国
家による「把握される権利」(法学
雑誌486号(2021)66頁、参
照。個人情報保護の適正な管理に憲法第31
条の適正手続の要請を根拠とするもの
として、首無知照「「プライバシー」
再構成」(有斐閣、2021)、参照。
- (26) 最高判昭和64年4月14日民集35巻9
号200頁伊藤正己裁判官補足意見。
(27) 総務省が情報公開・個人情報保護

- Law (2013) vol. 3 no. 4 222, 228
- (40) 令和2年第15回経済財政諮問会議
議事録(令和2年10月23日(平井臨時
議院発))。
- (41) 経済産業省デジタルトランスフォー
メーションに向けた研究会「DXに
対するITシステム」(2020年5月)
の克服とDXの本格的な展開」
(平成30年9月、同)。
- (42) データが個人の行動の追跡監視の
ための「予測」を促進する点が「プライバシ
ー」権利を考へる(信山社、2001
7)85頁、参照。
- (43) United Nations, Human Rights
Council, The Right to Privacy in the
Digital Age, Report of the United
Nations High Commissioner for
Human Rights' (A/HRC/48/31), 13
September 2021 para 59 (d)。
- (44) AI規制案「AI」新保生
4月21日公表。EU新AI整合規則案
案にみるAI規制戦略の構造・意図と
「リトミック効果」の威力」ビジネス法
務21巻9号(2021)1011頁、参
照。
- (45) アメリカの州法および市の条例の
動向については、尾崎愛美「米国にお
ける顔認証技術をめぐる法制度の現状
と今後の方向性」(日本社会科学研究36
巻4号(2020)11頁、参照)。
- (46) Global Privacy Assembly,
Resolution on Facial Recognition
Technology, October 2020。
- (47) 個人情報保護委員会「個人情報保
護に関する法律についてのガイド
ライン」及び「個人データの漏えい等
の事案が発生した場合等の対応につ
いてに関するQ&A」(令和3年6月
30日更新) Q&A-11-1-13-6、
参照。

- (48) 東日本旅客鉄道株式会社「JR東
日本11月21日東京2020オリンピック
日本・パリンピック競技大会に向け
た鉄道セキュリティ向上の取り組み」
(2021年7月6日、26頁)。
- (49) 読売新聞2021年6月26日13
面、同2021年6月21日31面、同20
21年6月22日34面、朝日新聞20
21年6月22日35面、参照。
- (50) 國部逸夫、藤原静雄編「個人情報
保護法の解説(第二次改訂版)」(有
斐閣、2018)144頁。
- (51) 國部・前掲注(50)、参照。たと
えば、要配慮個人情報の一である健
康診断の結果、スクリーニングの結果、
特定健康検査の結果がどのように
委託されたか、必要労働者の個人情報
を外部機関に提供し、また、外部機
関が委託した事業者に対して労働
者の健康診断等の結果を報告(第24
条)など、それぞれ労働安全衛生法
第66条の「法令に基づき」の場合、
該当し、個人情報の提供のあり方、情
報の対象、情報の送り手と受け手が明
確に規定されている。厚生労働省「雇
用管理分野における個人情報の適正な
取扱い」(平成28年6月28日)、参照。
- (52) 「ネット」におけるタイムラインロー
ドの衝突前後の短い時間の録画によ
り個人データの処理が数秒間記録さ
れる点に関する場合は認められ、GDPR
の「厳密範囲」要件は「GDPR 23(17)は
示唆が乏しい(同一款「プライバシー
」50頁、参照)。
- (53) 片岡常寿「安全・安心な「プライバ
シー」論と「ジュリスト」18号(2011
6)54頁、参照。
- (54) 閣議決定「統合「プライバシー」戦