

【誌上対談】

自己情報コントロール権をめぐって

京都大学大学院法学研究科教授

曾我部 真 裕

SOGABE Masahiro

慶應義塾大学大学院法務研究科教授

山 本 龍 彦

YAMAMOTO Tatsuhiko

- 1 対談の趣旨
- 2 自己情報コントロールの手段的性格と基本権
- 3 同意の有効性
- 4 信頼としてのプライバシー論
- 5 実定法および判例との関係
- 6 まとめ

1 対談の趣旨

山本 憲法学では、プライバシー権の理解として自己情報コントロール権説が通説的な位置を占めてきました。しかし、よく知られているように実務ではそれほどポピュラーなものとはなっていません。最高裁も、情報プライバシーの考え方についてはある程度受容してきていますが、「自己情報コントロール権」という言葉は一度も使っていません。最近では、こうした憲法学外部での「不人気」に加え、その内部でもこの説に対して否定的な見解が現れ始めました。もちろん、阪本昌成先生の所説など、従来からこの説への批判はありましたが、近年は、情報通信技術の目ざましい発展から、個人情報保護の観点を重視しながら、しかし、自己情報コントロール権についてはこれを批判的に捉えようとする新しい動向が現われてきています。

例えば、自己情報コントロール権の基本権的地位を否定する曾我部さんのお考え（曾我部真裕「自己情報コントロール権は基本権か？」憲法研究3号〔2018年〕71頁以下）や、プライバシーを主観法の枠組みで捉えることを峻拒し、これを信託の関係として保護しようとする「信頼としてのプライバシー（Privacy as Trust）」説です（齊藤邦史

「信託義務としてのプライバシー保護」情報通信学会誌36巻2号〔2018年〕127頁以下）。

私自身は、AI技術の発展やプラットフォームの台頭が著しいこの時代だからこそ、自己情報コントロール権を基本権として捉えることがより一層重要になってくると考えています。と申しますのも、デジタルトランスフォーメーションが進めば、デジタルとリアルの境界が融解し、リアルな自分が「データ」として把握されるようになる。人格のクラウド化ですね。そうなると、データ・ダブル（分身）やデジタル・ツインとも呼ばれる、こうしたデータのな人格に対して、終局的に自分自身が手綱を握っておく必要がこれまで以上に高まると考えているからです。デジタル人格の尊厳を保護するという観点からも、やはり主観的権利構成は必要であろうと。

世界に目を向けても、EUのGDPR（一般データ保護規則）を媒介に、ドイツ流の情報自己決定権の考えが広がっているように思います。アメリカでも、CCPA（カリフォルニア州消費者プライバシー法）のように、パーソナルデータに対する個人のコントローラビリティを高める立法ができ始めている。いわゆるGAFAMの中にも、情報自己決定権は基本的人権の一つだと捉える思想が広がりつつあります。例えばAppleは、「プライバシーは基本的人権です。……私たちは、あなたのプライバシーを守り、自分の情報を自分でコントロールできるようにApple製品を設計しています（We design Apple products to protect your privacy and give you control over your information）。簡単なことではありませんが、それが私たちの信

じるイノベーションだからです」(傍点山本)と宣言しています(<https://www.apple.com/jp/privacy/>)。またMicrosoftも、「プライバシーは基本的人権の一つであるとMicrosoftは考えます。データがどのように収集され使用されるかをお客様が選択できるように、製品、情報、コントロールを提供していくことをお約束します(We are committed to providing you with products, information, and controls that allow you to choose how data is collected and used)」(傍点山本)と宣言している(<https://www.microsoft.com/ja-jp/trust-center/privacy>)。むしろプラットフォームの方が、法制度に先行して「自己情報のコントロール＝基本的人権」という考え方を積極的に取り込んできている面もある。

こうした状況のなかで、私は、日本の実務や判例が情報自己決定権的な発想を受け入れるのは時間の問題と考えていたのですが、先ほど申し上げたように、憲法学内部で、このような権利理解に対して異議申立てがなされてきている。

今回の対談では、こうした自己情報コントロール権批判の代表的な論者である曾我部さんと、今後のプライバシー権のあるべき姿について議論していきたいと思います。

なお、私は、最近の日本の自己情報コントロール権説とドイツの情報自己決定権説は、どちらも人格権をベースに自己情報の処理に対する自己決定を重視しており、両者の間に本質的な相違はないと考えています(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年〕48-49頁)。小山剛先生(慶應義塾大学)などは、両説は「似て非なるもの」として、その違いを強調されています。もちろん細部を見れば相違点もありますが、私は、内輪でその相違点を強調するよりも、まずは両者の共通点に注目した方が、はるかに建設的な議論が可能で、プライバシー法の発展にも資すると考えています。ですので、この対談でも、自己情報コントロール権と情報自己決定権という言葉をあえて互換的に使わせていただきます。

さて、話を本題に戻しますが、曾我部さんが自己情報コントロール権の基本権的地位を否定されるのは、どのような理由からでしょうか。

曾我部 プライバシー権について長年緻密な考察

を続けてこられた山本さんとは異なり、山本さんがいまご紹介して下さった小論で私がお示したのはごく素朴な疑問に過ぎませんので、真剣に受け止めて頂いて恐縮しております。

粗々な議論ではありますが、まずはそこで述べたことをお示しすることによって、ただ今のご質問にお答えしたいと思います。

第1に、自己情報コントロールに含まれる自己決定あるいは同意は、プライバシーあるいは個人情報保護の文脈では、手段的性格が強いのではないかということです。自己決定・同意といった要素は、いわゆるプライバシー固有情報に関するような場合を除けば、必ずしも本質的要素ではなく、個人情報の社会通念上不当な取扱い及びそれに起因する不利益を防止するのが目的であり、自己決定・同意の要素は基本的にはそのための手段であるように思います。コントロールには、(a)情報の開示の範囲選択に関するコントロールと、(b)個人情報の開示請求、訂正請求、利用停止請求といった本人関与に関するコントロールとを区別することができると思われるところ、(a)も固有情報に関する場合のほかは手段的ですが、とりわけ(b)は自らの個人情報が不当・違法な取扱いを受けていないかチェックを行うための権利であって、さらに手段的な色彩が強いように思われます。

第2に、同意の有効性への疑問です。これもよく言われることですが、個人が日常生活のあらゆる場面でプライバシーポリシーを読み熟慮した上で同意を行うという想定はフィクションとしても維持不可能でありまして、ネットワークシステムとの接続状態が当たり前となった現在の超高度情報社会では、個人情報に対する自己決定・同意の有効性が疑わしくなっていると思われまます。つまり、個人情報を保護しようとするのであれば、同意に依存することでは不十分ではないかということです。

第3に、実定法における自己決定の不徹底ということです。日本の個人情報保護法では、要配慮個人情報を除き、個人情報の取得に同意は必要ではありません。もっとも、日本法は自己情報コントロール権説を採用したものではないともいわれるので、当然のことかもしれませんが、EUの一般データ保護規則(GDPR)を見ても、前文で

「個人データに対するコントロール」の重要性を繰り返し強調しているにもかかわらず、本則では、同意以外の根拠に基づく個人データの取扱いを様々に認めています。つまり、実定法においては、同意不要な場合が、相当な範囲で認められており、自己情報コントロールのうち、自己決定・同意の要素は必ずしも貫徹されていないわけです。しかし、こうした実定法のあり方が、憲法学説から声高に批判されてきたわけではないわけで、自己情報コントロール権説においても、その名称が示すほどには徹底した立場がとられてはいなかったのではないか、と思うわけです。

2 自己情報コントロールの手段的性格と基本権

山本 ありがとうございます。いずれも重要なご指摘で、現状認識としてはほとんど異論がありません。曾我部さんのお考えと袂を分かつのは、おそらくこういった現状認識が、直ちに基本権的地位の否定に結び付くかどうかなのだと思います。

第1の「手段的であるから基本権とはいいいがたい」という点ですが、そもそも手段的性格をもつものは基本権と考えてはいけないのか、という素朴な疑問を呈示することができます。アメリカでは、1980年代後半以降、憲法上の権利は原理的で、それ自体目的的でなければならないとする「権利本質主義 (rights essentialism)」に対し、「憲法上の権利」と呼ばれるものの多くは、手段的・政策的な要素を含んでおり、「手段的であるがゆえに権利ではない」とは言えないとする重要な批判が加えられました。例えば、憲法上の権利の多くは、将来生じ得る核心的な憲法価値の侵害を未然に防ぐための予防的なルールだ、というストラウス (David A. Strauss) の「予防的ルールとしての権利論」が有名です (David A. Strauss, *The Ubiquity of Prophylactic Rule*, 55 U. CHI. L. REV. 190(1988))。また、法と経済学の知見を踏まえて、憲法上の権利は戦略的・救済的で、プラグマティックな要素をもともと組み込んでいるというレビンソン (Daryl J. Levinson) の「救済的均衡論 (remedial equilibration)」もあります。要するに、憲法上の権利というのは、リスクというものを織り込んで、戦略的に過剰包摂的などところがあるというわけですね。

こうした議論によれば、自己実現や自己統治といった憲法の基本的諸価値を実現するために表現活動の自由が保障されるのと同様、人格的自律、反差別原理、自己統治といった基本的諸価値を実現するために自らの情報をコントロールする権利が保障されてもよいこととなります。

そもそも憲法上の権利領域では、目的と手段の関係は相対的流動的であることが少なくない。例えば、「デモ行進」といった表現活動は、政治的意見表明のための一手段に過ぎない、と考えることができます。確かに、最高裁の間接的・付随的制約論 (最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁) は、一定の表現活動は手段的だから権利としての格が落ちると考えている節がありますが、それでも、デモなどの表現活動自体が基本権保障の埒外であるとは考えていない。また、学説レベルでは、「活動」の保護自体が「目的」として捉えられているようにも思います。こう考えると、何が目的で何が手段なのかの区別はそもそも相対的流動的であり、重要なのは、このAI時代に、自己情報の行方を自ら管理・決定できるというコンセプトが、核心的な憲法価値を実効的に保護するうえでどの程度「必要なか」、「役に立つか」という思考なのではないでしょうか。

この点で、私の答えは「非常に有用である」ということです。例えば、このコンセプトは、監視国家化や全体主義化への有効な歯止めになる。逆に言えば、このコンセプトがなければ、監視国家化が進み、個人の自律や自己統治が失われるリスクが高いと考えています。また、サイバーとフィジカルの境界が融解するサイバーフィジカルな世界では、自らのデータ・ダブルを適切に管理するための訂正請求権や利用停止権が、自律的に生きることの保障にとってこれまで以上に重要な意味をもつことになると思います。

また、プラットフォームが台頭する社会では、ネットワーク効果によってそれが巨大化・広範化して市場支配力をもつことがありますから、対民間・対国家という公私区分が流動化するかもしれない。プラットフォームは、多くのビジネスユーザーを抱き込みながら、かつては国家が行っていたような、保険・福祉、教育、通貨発行といった様々なサービスを展開していくようになるでし

よう。そうすると、「情報自己決定」というコンセプションは、対国家という形式的な枠組みを超えて、有用性が増してくるようになります。

近年、GDPRが明記したこともあって、自らのデータを持ち運べるデータ・ポータビリティ権が注目されていますが、このコントロールは、特定プラットフォームへの「ロックイン（閉じ込め）」を防ぎ、別のプラットフォームへの自由な「移動」を可能にするという観点からも重要になってくると思います。先日ある座談会で宍戸常寿さん（東京大学）とご一緒し、「移動の自由」をデジタル空間で保障するにはやはりデータ・ポータビリティ権を基本権として捉えるべきかもしれない、という点で同様の認識をもちましたが（生貝直人ほか「座談会 プラットフォーマーの法律問題」Law and Technology87号〔2020年〕16頁）、このような意味での、自己のデータ一式に対するコントロールは、プラットフォーム時代において、人格的価値と不可分に結び付いた「移動の自由」（憲法22条）の実現にとって不可欠な権利となるように思います。

曾我部 実定憲法から切り離された人権ではなく、実定憲法で保障される基本権を議論していることからすれば、手段的なものであっても基本権として保障され得るということ、そもそも、目的と手段とは連鎖的なものであって区別は相対的だという前提については、全くその通りだと思います。日本の学説でも、厳密には文脈が違うとはいえ、「確立された個別の人権の保障を全うさせるために政策的・手段的に該権利に付随した主観的利益として憲法上保護すべき場合がありうる」（佐藤幸治『日本国憲法論』〔成文堂、2011年〕177頁）とするものがあり、こうした発想は受け入れられているとみられます。

また、データ・ポータビリティ権を例として最後にご指摘いただいたのが、デジタル空間の環境変化によって、手段的だとみられたものが人格的価値と不可分に結びついたものに変化するということだとすれば、一般論としてそうした評価の変化がありうることも、その通りだと思います。さらに、自己情報のコントロールが人格的自律と密接に結びつく場合もあることにも同意します。

その上で申し上げたいのは、私が問題にしてい

たのは、政治思想的な人権ではなく、多かれ少なかれ法解釈、法技術的な要素の入り込む基本権解釈の次元における、権利の法律構成あるいは権利構造の問題です。山本さんも同じ次元の議論をされていると思いますので、この次元で見方の違いがあるということかと思えます。

具体的には、私が疑問に思っているのは、「憲法上のプライバシー権とは自己情報をコントロールする権利のことである（さらに言えば、それに尽きる）」という捉え方についてです。結論的に言えば、私は、例えば、EU基本権憲章8条1項の定式化を借りた「個人情報の保護を求める権利」、あるいは、意味合いとしては同様でしょうが、最近この問題について注目すべき博士論文（未公表）を執筆した音無知展さん（京都大学准教授）の表現では、「自己情報の適正な取り扱いを求める権利」という捉え方に転換すべきではないかと思えます。

基本権としての権利構成・構造の問題として考えたとき、コントロール（これ自体の具体的内容も多義的であって別途議論が必要）を認めるべき理由には、コントロール自体が人格的価値と結びつく場合もあれば、実効的な個人情報の保護のための手段として必要だという場合とがありえます。後者については、個人情報の利用方法に関し、例えば、一定の文脈（例えば採用）において、利用できる個人情報の種類を法令上限定するなどといった代替的な保護手段が想定できます。自己情報コントロール権説では、こうした保護手段を適切に位置付けることができないのではないのでしょうか。

また、住基ネット判決（最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁）の分析の中で山本さんがいち早く着目し、瞬く間に学界に広まった「構造審査」についても、目的外利用や漏えいといった病理現象に備える客観的な保護措置を講ずべき義務は、山本さんは権利制約の分析の中で処理されたところですが、一般的に言えば、自己情報コントロール権説からは説明がしづらいように思います。

いま述べた点は、別な観点から言えば、自己情報コントロール権説は、プライバシーあるいは個人情報保護においてコントロールの側面を過度に強調することによって、代替的な保護手段や客観

的な保護措置などを含む個人情報保護法制全体の立法指針を提供できないということではないでしょうか。もっとも、ドイツ流の情報自己決定権においては、客観法的側面としてこうした点への対応が可能かもしれませんが、その場合にも少なくとも次に触れるネーミングの問題は残ると思われる。

さらに、これは副次的なことかもしれませんが、自己情報コントロール権説は、本来は、あらゆる個人情報についてあらゆるコントロールを及ぼしうるようなことを想定しているわけではないはずですが、そのネーミングが独り歩きをして、個人情報を取り扱う主体に対して過剰な負担となるなど混乱を生んでいる側面がないではないと思います。情報自己決定権と同意絶対主義とは別だともいわれますが、そこが十分理解されていないのが実情です。また、同意絶対主義ではないというとき、それは、対抗利益によって制約が正当化されるという意味なのか、それともコントロールというのは文字通りの権利というよりは理念であるという意味なのかも明確にされる必要があると思います。後者であるならば、「個人情報の保護を求める権利」、あるいは、「自己情報の適正な取り扱いを求める権利」との違いはごく小さいことになりそうです。

以上のような次第で、先の小論では、「プライバシー権とは自己情報コントロール権のことであるとする通説は、少なくともその名称においてミスリーディング」ではないかと述べたところです。代替的な「個人情報の保護を求める権利」、あるいは、「自己情報の適正な取り扱いを求める権利」においては、意義づけは限定されつつではありますが、自己情報のコントロールも含まれるので、自己情報コントロール自体の基本権性を否定したものではありません。

山本 ネーミング問題はありますよね。拙稿でも触れましたが、「コントロール」というと、全面的・排他的な支配を意味する所有権類似の権利として誤解される傾向があります。しかし、informationはそもそも排他的に所有できるものではありませんから、自己に関する情報を誰とシェア＝共有するか、しないかを自ら決定する権利、つまり「情報自己決定権」という方が実体に合っ

ているし、誤解も少ないかもしれません。自己情報コントロール権の生みの親の一人である佐藤幸治先生（京都大学名誉教授）の自己情報コントロール権も、その本質は、どこまでの情報を誰とシェアするかを選択する関係的な権利ですので、両者の互換的な使用は許されると考えています。ちなみに、利用停止権も、信頼できなくなった相手とのシェアをこれ以上許容できなくなったとき、つまりその相手との関係を断ち切りたいときに行使できる権利として捉えられるので、曾我部さんが主張されるように、「個人情報に不当・違法な取扱いを受けていないかチェックを行うため」の単なる「手段」とも言い切れないように思います。また、データ・ポータビリティ権も、あるプラットフォームとの関係を断って、別のプラットフォームとつながり直す、関係の結び直しの権利とも考えられる。

現象面だけを見ればそれは自己情報の「コントロール」なのですが、その人格権的な意味を考える必要があるということなのだと思います。デジタルトランスフォーメーションが進むと、他者との関係がフィジカルなものからデジタルなものに変わっていく。従来、フィジカルに距離をつめたり、距離をとったりすることで可能になっていた相手との関係性構築を、今後はデータのやりとりで行わなければならない。あなたとは情報をシェアするけど、あなたとはしない、と。このように、デジタル・ディスタンスを調整するためにも、これからの社会においては、基本権ないし人格権として、情報自己決定権を認める必要が特にあるのではないかと考えているわけです。もしかすると、曾我部さんと私とで、現時点においてどこまでデジタルトランスフォーメーションをseriousに考えているのかの違いがあるのかもしれませんがね。

もう一つ、曾我部説との違いは、自分のデジタルな分身、データ一式が「何か嫌なやつ」、「世界観の違うやつ」の手中にあるが、しかしその相手は「分身」を「適切に」管理していると主張する場合の扱いでしょうか。情報自己決定権では、いくらその相手が「あなたの分身を『適切に』扱ってまっせ」と言っても、その「嫌な」相手から自己の分身を撤収できる、その相手と分身、デジタル人格のシェアを解消できることになる。他方で、

「保護を求める権利」、「適切な取り扱いを求める権利」だと、「嫌なやつ」でも、その相手が分身を適切に取り扱っていると主張する限り、シェアを解消することができず、分身はロックインされることになる。どちらの考えもありうると思うんですね。適切に扱われているならば、そんなことにする必要ないじゃん、それはナイーブすぎる、という議論もありうるでしょうし、デジタルトランスフォーメーションが進む社会では、分身をシェアする相手を主体的に選択できることが自律的な生き方にとって重要になるという議論もありうるでしょう。

次に、自己情報コントロール権説は、客観的な保護措置などを含む個人情報保護法制全体の立法指針を提供できないのではないかとのご指摘ですが、むしろそれは逆であるような気がしています。私自身は、アメリカ憲法を研究しながら〔ドイツ憲法が専門の〕小山先生にもご指導いただいたためか、憲法上の権利の客観法的な側面、あるいは国家の基本権保護義務はありうると考えています。ですので、情報自己決定権というコンセプトは、国家の客観的な措置を方向付けるものと捉えています。

そうしたコンセプトを否定する場合に、何が個人情報保護法制全体の指針となるのか、むしろよりわからなくなるのではないのでしょうか。もちろん、個人情報保護の目的は多元的で、高木浩光さん（産業技術総合研究所）が主張されておられるように、データによる個人の不当な選別の防止というのも非常に重要な目的の一つですが、おそらくこうした反差別的な目的だけでなく、個人の自律的な生き方の保障や民主主義の維持なども目的に含まれる。情報自己決定は、こうしたfirst-orderの目的を実現するsecond-orderの目的になるように思います。それは、先ほども申し上げましたが、表現の自由が、自己実現や自己統治というfirst-orderの目的を実現するsecond-orderの目的になるのと同じです。要するに、情報自己決定は、多元的なfirst-orderの目的を統合する最小公倍数的な目的になる。そうすると、立法作業や既存の法制度の解釈の際には、first-orderの目的を文脈ごとに意識しつつも、ひとまずはsecond-orderの情報自己決定に依拠して物

を考えていけばよいわけです。

また、こうしたコンセプトを置かないと、なぜ「個人情報の保護を求めること」が基本権的な地位を得るのかを説得的に説明できないように思います。それこそ手段的なものになってしまう。EUでは、その背景に「自己決定」というコンセプトがあるから、基本権憲章でも、個人情報の保護を求めることが基本権として位置付けられるというところもあるのではないのでしょうか。

ちなみに、私に対公権力との関係で権利概念と結び付けた「構造」ですが、それは、広範なネットワークシステムにおいては、監視機関を含めた適切な「構造」がないと、自らが決定・同意した範囲で実際に情報がやりとりされるかわからなくなるからです。住基ネット事件の文脈では、情報自己決定権の制約を形式的に正当化する法律〔集合的な自己決定〕の範囲内で本当に自己の情報がやりとりされるかを担保するために、「構造」が要求されるということになる。ですので、両者は関連しています。

情報自己決定権と同意絶対主義との関係は、曾我部さんの第2のご指摘とかかわりますので、それとの関係で触れようと思います。

曾我部 first-orderの目的とsecond-orderの目的とを区別し、情報自己決定がsecond-orderに位置付けられるという構造については異存ありません。そして、first-orderの目的には、反差別のほか、個人の自律的な生き方の保障や民主主義の維持なども含まれる、つまり多元的だという点も同様に捉えています。もっと言えば、プライバシーの保護は、一般的自由であるとか、同じことかもしれませんが、社会の自由な雰囲気を持続するといった個別には基本権として保障されないようなものの保護にも仕えると思っています。

その上で、first-orderの目的を実現するためのsecond-orderの目的として、情報自己決定だけが特権化されることには必然性がないのではないかというのが私の疑問です。確かに、情報自己決定と他のsecond-orderの手段との関係性（優劣関係）をどのように考えるかの問題は残り、その議論の仕方によっては情報自己決定が軽視される恐れがある点で山本さんのご懸念はわかりますが。

3 同意の有効性

山本 曾我部さんの第2のご指摘、つまり同意の有効性についてですが、これは、少なくとも現状の決定環境を前提にすればその通りかと思えます。ただ、それをもって情報自己決定権の基本権的地位を否定することにはならない、というのが私の立場です。もし「現状の決定環境」が実質的な同意を許さないならば、そちらを改善していくというのが筋論かと思えます。

この点で、公正取引委員会が、独占禁止法の優越的地位の濫用法理をプラットフォームに適用する可能性を示していることが注目されます。現状は、インフラ的サービスを楽しむには、そのサービスに必要な二次的なデータ利用についてまで同意せざるをえない。その市場支配力から、嫌だったら同意しないで別のところに行く、ということが事実上不可能なわけです。実質的な同意を可能にするには、まずこうした力の不均衡を是正し、決定環境を整備してあげる必要があります。

また、現状は、ユーザーの選択を真に可能にするユーザーインターフェース (UI) がうまくデザインされているとは言えない。企業としてはデータをできるだけ自由に使いたいわけで、むしろ複雑な UI を設計するインセンティブの方が働いてしまう。ですので、現状、通知・選択モデルが機能していないというのは当たり前なわけです。Yahoo! JAPAN のプライバシーセンター (<https://privacy.yahoo.co.jp/>) など、最近、ユーザー・フレンドリーな UI のデザインに取り組もうとしている企業も増えてきていますが、まずは国家として、そうした取り組みに対してインセンティブを付与するようなアーキテクチャを整備する必要があります。情報自己決定権の基本権的地位を諦めるのはその後なのではないでしょうか。

ただ、これは非常に重要な点ですが、曾我部さんもご指摘されているように、現在では、ネットワークと接続している状態が原則＝自然であり、基本的には常にデータをとられているわけです。また、企業間のデータ連携も当たり前になりつつある。そうすると、データ処理の一つ一つに本人が同意を与えるというのは現実的ではないし、

「同意疲れ」から、かえって質の悪い決定をして自らの利益を危険にさらす可能性も出てくる。また、データはプロファイリングによりその性質を経時的に変えていくので、ある瞬間を切り取った同意はあまり意味のあるものではありません。ですので、情報自己決定権と同意絶対主義は区別した方がよい。情報銀行制度は、ある情報銀行を信頼し、そこに個々の情報処理に関する同意を委任する仕組みとも言えますが、ここでは、どの「銀行」に自己情報の管理を託すかという自己決定や選択が重視され、その代わり個々の情報処理に関する本人の積極的同意は重視されない。

今後の情報自己決定権は、個々の情報処理に関する個別の「同意」というよりも、どのプラットフォームないしネットワークに自己情報の運用・管理を任せるかという「大きな自己決定」を重視するようになって考えています。個別の同意は相対化されますが、これも「一つ一つのやりとりについて同意しない」という「決定」を積極的にやっているわけで、情報自己決定権の一つの現れと見ることができる。こうした理屈は、本人のプライバシー選好を予測して、本人に代わってデータ管理をする AI エージェントにも当てはまると思います。

ところで、情報自己決定権と同意絶対主義は異なると指摘しましたが、当然、何らかの正統な利益があれば、同意がなくても一定の情報処理は可能です。表現の自由なども、他の正統な利益と調整されるわけですから、絶対的なものではありません。もともと権利というのは相対的にしか保障されないわけですね。ですが実務の場面では、なぜか情報自己決定権は問答無用の切り札的な権利なのだと思われ、誤解され、「利活用のメリットがあるのにそれは強すぎる。問題だ。批判せねば」みたいな感じになってしまう。なぜ情報自己決定権だけそういう過剰反応になるのか不思議です。

同意絶対主義は、事業者側にとって楽な考えでもあったのだと思います。データ利用の実質的な正当化をはかる必要がないからです。要は形式的にポチッとクリックしてもらえればよかった。一番楽な免責事由だった。けれども、「ポチっ」は実質的な同意でないから駄目だ、という風潮になってきた。それで今度は、ならばそもそも同意っ

て必要ないよね、という方向に舵を切り出している。こうみると、同意絶対主義は、同意を楽な免責事由と考え、それに依存してきた事業者側が作り出してきた「神話」だったのかもしれませんが。冷静に考えれば、そもそも同意は絶対的なものではないし、情報自己決定権も絶対的な権利ではないわけです。

ですので、もし基本権として認めても、当然、他の利益と衡量される。ですから、正統な利益による処理場面を強調するために、情報自己決定権それ自体を否定する必要はないし、むしろそれは危険なようにも思える。ある具体的な場面において「正統な利益とは何か」という検討がバイパスされ、抽象的で薄い「利益」でもOKとなってしまう可能性がある。これまで同意が形式的・絶対的に理解されてきたのだとすれば、今度は「正統な利益」が形式的・絶対的に理解されることになるかもしれない。情報自己決定権というコンセプトを認めることは、同意はないけど正統な利益をもつような情報処理を否定することを意味するのではなく、特定場面における正統な利益とは何かを具体的に検討する機会、処理される情報の性質と処理する利益との具体的な衡量を行う機会を作出することを意味します。

当然ながら、AI社会が進めば、データのFlowはますます重要になります。ここで付け加えておきたいのは、情報自己決定権が直接行使されるのは、基本的には個人情報の世界においてであって、匿名加工情報など、統計的で集合的な情報の世界においてではないということです。私は、後者の「集合界」の情報・データは、それが「個人界」に逆流しないことを制度的に担保すること、例えば、識別行為の禁止を厳格化することを条件に、自由にFlowさせ、徹底的に使い倒すことが重要だと考えています。このように、「個人界」と「集合界」とを理論上峻別し、自己決定が及ぶ範囲を個人界に限定することで、AI社会化に必要なデータの循環、Data Free Flowは妨げられないと思います。

曾我部 今おっしゃったことも、それ自体としてはほとんど違和感がありません。その上で、いま言われたこととの関係では、むしろ、自己情報コントロール権構成ではなく、「個人情報の保護を

求める権利」、あるいは、「自己情報の適正な取り扱いを求める権利」という構成の方が適合的ではないかという気がします。

といいますのは、自己情報コントロール権構成においては、具体的な場合において、そもそも同意を求めるのかどうか、どの程度の同意を求めるのか等々のことを柔軟に制度設計するには限界があると思われれます。

自己情報コントロール権説は、あらゆる自己情報のあらゆる取扱いに対して本人の同意その他のコントロールを要求するものではないとは思いますが、ではどのような自己情報のどのような取扱いに対してコントロールを求めるものなのかは、プライバシー固有情報かどうかの区別等、大まかなものはありますが、全体としては不明確です。しかし、こうした名称を名乗る以上は、しかるべき範囲については同意が必要とするのが権利内容なのだと思います。そうすると、この場合には同意は不要とか、オプトアウトでよいとかとするのは、権利の制約となって正当化を要するということになります。今おっしゃったことは、この正当化論証を経由して様々な制度設計ができるはずだということだと理解しました。

自己情報コントロール権説をとる意義がある意味でもっとも明確になるのは、客観的な利益衡量からすれば情報提供をしても失われる利益がないにもかかわらず、本人が情報提供を拒否できるといえる場合です。このような場合に、結局は利益衡量によって拒否を認めないのであれば、自己情報コントロール権説をとる意義は減退するのではないのでしょうか。

むしろ、全体として適正な保護になっているかどうかを端的に問う方が有益ではないかと思えます。そのためには、「個人情報の保護を求める権利」、あるいは、「自己情報の適正な取り扱いを求める権利」の一側面として、制度設計の余地を正面から認めるのが適当ではないのでしょうか。

もっとも、「個人情報の保護を求める権利」、あるいは、「自己情報の適正な取り扱いを求める権利」であっても、重要な場面（この辺りの明確化は今後の課題です）では同意の必要性はあると思えますので、結果として山本さんと全く違うことを言っているわけではないように思います。

山本 そうですね。これも「コントロール」という言葉それ自体がもつ形式性や排他性にかかわっているように感じてきました。何でしょうね、やはり「情報自己決定」という言葉の方がよいのかな。自己決定というのは、“informed”な熟慮的・実質的・自律的な決定なわけですよ。そうすると、事業者がプライバシー・ポリシーや規約に、提供先第三者や利用目的をずらっと5000項目ぐらいならべて「同意しますか?」と迫り、個人が「はい、同意します」という選択は、“informed”な自己決定では全然ないわけです。一つ一つ熟慮するのは現実的に無理。この場合、本人の同意を尊重することと、自己決定を尊重することとはずれる。といいますか、矛盾する。「接続」が自然状態となる現代社会では、形式的な同意はできても実質的な自己決定はできない場面が必然的に増えると思います。こう考えると、「情報自己決定権」を尊重するためには、今後は同意機会を制約して、数少ない同意場面ですっかりと熟慮してもらった方がよい場合がありうらうらと思うんです。それが、ある意味で情報信託〔情報銀行〕制度なのだと思うのですが、いずれにせよ、同意を相対化するというのは、情報自己決定権を尊重するためにむしろ要請されることがあると考えられる。だとすれば、情報自己決定権と同意絶対主義を区別することは論理的に可能ということになります。

4 信頼としてのプライバシー論

山本 ところで、最近、斉藤邦史さん（慶應義塾大学）が、アメリカの議論を踏まえて「信頼としてのプライバシー」論を展開され、私法関係において、プライバシーを事業者側に課される「信託義務 (fiduciary duty)」として捉える考え方を示しておられます。曾我部さんのご議論とともに傾聴に値する見解ですが、いくつかの点でなお議論の余地があると思っています。よく知られているとおり、「信頼としてのプライバシー論」は、アメリカにおける憲法学の大家であるイエール大学のジャック・バルキンが、2014年以降精力的に提唱し、多くの支持を集めている考え方です。

プラットフォームとユーザーとの間には、医師＝患者関係、弁護士＝クライアント関係のような

情報の非対称性があり、プラットフォームには、医師や弁護士などの専門家に課されるのと同様の「信託義務」が課されるべきとの議論です。もともとバルキンが表現の自由を専門にしていたことからわかるように、この議論は、ユーザーの情報自己決定権を認めると、情報の自由な流通が阻害され、表現の自由が制約されるのではないかと、という考えを起点としており、その意味では表現の自由を殊更に重視する特殊アメリカ的な部分もあります。ただ、プラットフォーム＝ユーザー間に情報の非対称性があるという事実は動かし難く、ある程度の普遍性をもっている。そこで日本でも支持を集めているわけですが、最近、コロンビア大学のリナ・カーンとデビッド・ポーゼンがこれを正面から批判する論文を書いており (Lina m. Khan & David E. Pozen, *A Skeptical View of Information Fiduciaries*, 133 HARV. L. REV. 497(2019)), アメリカでも議論途上のものと言うことができます。

カーンとポーゼンによれば、医師や弁護士と患者やクライアントは、基本的に二面的な関係だが、プラットフォームは、エンドユーザー以外に株主等の利益にも配慮しなければならず、より多面的に捉えなければならない。そうすると、なぜ一方の側にいるエンドユーザーに対してのみ忠実義務を負うのか、逆にいえば、なぜもう一方の側にいる株主等に対しては同様の忠実義務を負わなくてよいのかの説明ができないと指摘しています。

また、プラットフォームとエンドユーザーとの間の情報の非対称性は、医師＝患者間の情報の非対称性と本質的に異なるとも指摘しています。後者の伝統的關係においては、患者は医療の専門知識はないものの、医師が医療サービスを提供しているという点は理解している。他方で、前者の關係においてエンドユーザーは、そもそもプラットフォームが何から収益を得ているのか、データを使って何をしているのか自体、あるいはプラットフォームの輪郭・姿かたち自体を理解していない。そこには first-order の非対称性があるというわけです。

カーンとポーゼンは、このような重大な相違があるために、プラットフォーム＝ユーザー間に従来の信託義務を単純にあてはめることができない、プラットフォームにはその特殊な地位からより高

度な義務が課されなければならないと主張します。彼らは、プラットフォームは社会的インフラとして、より公共的な役割を担うことになると考えている。その特殊な公共的地位から、従来の信認義務では説明のつかない、より高度な義務を負うべきだと主張するわけです。例えばバルキンは、ケンブリッジアナリティカ事件で、フェイスブックも、そのデータを利用できる者、利用する目的を適切に制限しなかった点で、また、その連携パートナーを適切に調査せず、または監督しなかった点で、さらにそのポリシーに反して獲得されたデータを取り戻さなかった点で、信認義務に違反していたと述べているのですが、情報連携の相手が信頼に値するかを調査するといった「最高度（utmost）の義務」が、従来の信認義務から出てくるのかは、確かに微妙かもしれません。

このような批判を踏まえると、こと特定のメガプラットフォームについては、伝統的な信認義務とは異なる根拠からその義務を理論化する必要があるように思います。もしかするとそれは、カーンらがいうメガプラットフォームの公共的・インフラな地位、特殊な地位かもしれないし、メガプラットフォームの特徴を踏まえた情報自己決定権の客観法的な現れなのかもしれない。また、メガプラットフォームではない一般的な事業者について信認義務が課されるとしても、具体的にどのような義務が課されるのか、不明瞭な部分があるように思います。齊藤さんは、私のこうした指摘を引用し、「『情報関係』に関する社会規範が未成熟」という解釈論上の問題は、保護法益を『自己情報コントロール権』として構成すれば、迂回し得るものであろうか」と述べられていますが（前掲Ⅱ-16頁）、先ほども申し上げたように、情報自己決定権というコンセプトは、義務の具体的内容を考えるうえで重要な指針を提供するのではないかと思います。渋谷秀樹先生（立教大学）が指摘されるように、この権利の価値や目的は多元的だけれど、情報を自己決定することが大事だという点においては一定のコンセンサスがあるように思われるからです（渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』〔有斐閣、2017年〕407頁）。それは、表現の自由の価値や目的は多元的だけれども、表現の自由が大事だ、という点においてコンセンサスがあるの

と同様です。

また、もう一つ気になるのは、信認義務に関する議論は、憲法上の権利の私人間効力が否定されているアメリカにおいて、EUの基本権的アプローチを代替するための議論と見られている点です（Lindsey Barrett, *Confiding in Con Men: U.S. Privacy Law, the GDPR, and Information Fiduciaries*, 42 SEATTLE U. L. REV. 1057, 1109(2019)）。ですので、憲法上の権利の私人間効力が必ずしも否定されていない日本で、わざわざ展開する必要のある議論なのかどうかも精査されなければなりません。やや話が逸れますが、EUとの十分性認定を結ぶ過程において、日本における情報プライバシーをEU側にどのように説明したかも問題になります。もし私人間における権利も憲法上の権利と一定程度関連したものと説明されていたとすると、アメリカのように、憲法上の権利から切り離された信認義務として捉えることは、EU側に対する首尾一貫した説明にならない可能性もあります。

曾我部 齊藤さんは、公法私法の双方に目配りをした周到な非常に参考になる議論をされておられます。最近の論考（齊藤邦史「プライバシーにおける『自律』と『信頼』」情報通信政策研究3巻1号〔2019年〕73頁以下）でも、自己情報コントロール権を念頭に置いた「自律としてのプライバシー」の理念の限界を指摘したうえで、「信頼としてのプライバシー」の理念による補完を主張されておられ、注目されます。

確かに、一定の関係性に基づいて、「信頼としてのプライバシー」が成立することはあると思います。ただ、すでにご紹介があった通り、医師や弁護士と、プラットフォーム事業者とを、単に情報の非対称性があるというだけの共通性で同列に語ることはできず、プラットフォーム事業者に信認義務が課されるのであれば、固有の理由が提示されるべきではないかと思います。はっきりとは分かりませんが、それはユーザーとの関係性に基づく信認義務類似のものであるかもしれないですし、プラットフォーム事業者の独占的な地位、あるいは優越的地位を踏まえて課される義務かもしれません。

問題は、プラットフォーム事業者に一定の義務が認められるとして、その内容と、それに対応し

てユーザーにどのような権利が認められるべきかということだと思います。何らかの固有の理由に基づいてプラットフォーム事業者が個人情報保護に関する義務が生じるとして、それに対応してユーザーに自己情報コントロール権が必然的に認められることにはならず、別途充填される必要があります。山本さんが言われた「情報を自己決定することが大事だ」という点においては一定のコンセンサスがある」というのは、こうしたコンセンサスに基づいて、プラットフォーム事業者とユーザーとの関係を、自己情報コントロール権を中心に規整すべきだという趣旨かと思います。

確かに、プラットフォーム事業者の義務とユーザーの権利とが、自己情報コントロールを中心に構成するのに無理のない範囲であればそのようなあり方でよいわけですが、そうでない場合について、客観法的な義務あるいは自主規制、共同規制的な義務も含め、柔軟な制度設計が求められることもあろうかと思っています。そうした中で、「情報自己決定権」というコンセプトが重要な指針になる」こと自体はその通りだと思います。

それから、最後にご指摘いただいた基本権の私人間効力論との関係の問題は、非常に重要な論点だと感じました。斉藤さんはこの区別を明確に意識されているように見えますが、私も含め、必ずしもそうではない論者もあり、反省すべき点です。特に、いま主題化されたように、対公権力と私人間とで理論構成が異なりうるのであればなおさらで、整理が必要かと思っています。

5 実定法および判例との関係

山本 曾我部さんのご指摘の第3の点、つまり、実定法における自己決定の不徹底ですが、これは曾我部さんご自身が認めておられるように、やや逆立ちした議論のように感じます。仮に憲法上のプライバシー権が「自己決定」を本質的要素としているならば、筋としては、それに対応していない実定法の方が批判されるべきだと思います。

また、仮に「逆立ち」を肯認とするとしても、そもそも実定法レベルで自己決定が軽視されるとまでは言えない。個人情報保護委員会の『個人情報保護法 いわゆる3年ごと見直し 制度改正大綱』（2019年12月）は、評価が難しいのですが、

「情報を提供する個人の、自らの情報の取扱いに対する関心や、関与への期待が高まって〔いる〕」として、例えば利用停止・消去の請求に係る要件を緩和するなど、ある見方をすれば、自己決定・コントロールを実質化する方向に動いているとも言える。もちろん、この大綱のどの部分を切り取るかなのですが。

また、情報銀行制度など、「実効的な本人関与（コントロールビリティ）を高め」るための制度も現れている（総務省・経済産業省『情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会 とりまとめ』〔2019年10月〕は、情報銀行を、「実効的な本人関与（コントロールビリティ）を高めて、パーソナルデータの流通・活用を促進するという目的の下、本人が同意した一定の範囲において、本人が、信頼できる主体に個人情報の第三者提供を委任するというもの」〔傍点山本〕と定義している）。

世界に目を転じれば、冒頭で述べたように、GDPRやCCPA、さらにはAppleやMicrosoftといった巨大IT企業が、同意絶対主義は採用しない一方で、本人の情報自己決定、コントロールを重視しはじめていることにも注意が必要です。連邦レベルでも、民主党が消費者オンラインプライバシー権法（COPRA）、共和党が合衆国消費者データプライバシー法（CDPA）を提案しています。連邦議会の動向やこうした法案の理論的基礎についてはさらに精査が必要ですが、その流れ次第では、情報自己決定権といった考え方の受容を頑なに拒む方が、国際的に浮いてしまうのではないかと危惧しています。

曾我部 実定法における自己決定の不徹底という点ですが、実定法がそうならないから基本権としてもそうではないのだという趣旨に伝わったのであれば、もちろん逆立ちした議論だということになります。自己決定・同意の要素が必ずしも貫徹されていない実定法のあり方が、憲法学説から声高に批判されてきたわけではないわけで、自己情報コントロール権説においても、その名称が示すほどには徹底した立場がとられてはいなかったのではないかと、ということでした。

それはさておき、ご指摘の通り、日本国内でも世界的にも、自己情報のコントロールという理念をより尊重する傾向が見えてきているのは事実だ

と思います。もっとも、現在、国会提出されている個人情報保護法の改正法案では、個人情報取扱事業者に対して不適正な個人情報の利用を禁止する規定を設けています（16条の2）。自己情報コントロール権説からすれば、特に同意に基づいて個人情報を利用する場合には、同意さえあればどのような利用をするかは規制されるいわれはないはずであり、このような適正利用義務は説明しづらいところだと思われます。

山本 判例との関係はどうでしょうか。私は、判例の中には情報自己決定権的な発想が既に出てきているようにも感じています。例えば、江沢民講演会事件判決（最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁）は、齊藤さんなどは、自己情報コントロール権説的な発想に立つものとは読めないと主張しておられますが、結局この判決のどの部分を強調するかなのだらうと思います。「プライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものであり、Xらのプライバシーを侵害するものとして不法行為を構成する」という結論部分を強調すれば、「適切な管理」を怠った客観的な注意義務違反として処理したものと読める。けれども、結論部分以前には、「〔単純〕個人情報についても、本人が、自己の欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えことは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものである」と述べており、また、被告となった大学は「Xらの意思に基づかずにみだりにこれを他者に開示することは許されない」と述べています。

このあたりを強調すれば、「適切な管理」、「合理的な期待」の具体的な内容は、本人の欲しない他者にみだりに個人情報を開示しないこと・されないことであって、結局は個人情報をシェアする対象に関する本人の選択権を保護しているようにも思われます。他の判例と情報自己決定権との適合性については既に別稿で触れましたので（山本・前掲49-51頁）、ここでは省略したいと思います。

曾我部 私自身は、判例との整合性をまだ十分に考えているわけではないので、確たることは申し上げにくいのですが、江沢民事件については、齊藤さんと山本さんとの理解が異なるのみならず、

様々な解釈が提示されており、結局は多様な読み方を許す判決なのだろうと思います。むしろ、同判決の読み方の違いを見ることで、その論者のプライバシー理解の特徴が浮き彫りになる点が興味深いのではないのでしょうか。

齊藤さんの山本さんへの批判は、本件はプライバシー外延情報の提供が問題となった事案であるから、人格的自律に由来する自己情報コントロール権説からは説明できないのではないかというものです。山本さんは自己情報コントロール権説をもう少し広く捉えておられるということだろうと思います。

また、自己情報コントロール権説的読み方になじむ点として、本件が、重要国の国家主席の警備のために、単純情報が提供されたものであり、同判決の反対意見が述べる通り、これらの点の比較衡量からは提供が違法とはいえないとも考えられるところ、同意取得が容易なのに取得しなかったという1点をもって違法だとしたことが挙げられます。実体的な比較衡量とは別に、同意すなわちコントロール権の侵害を理由に違法とした点において、自己情報コントロール権説的であるとするのです。

ただ、この点は、「任意に提供したプライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るもの」という判示からは、ある種の信認義務違反が問題とされたようにも理解可能です。齊藤さんはこのような理解に基づいて、自己情報コントロール権説的な理解はできないというのですが、自己情報コントロール権の根拠は多元的であり、本件の場合には信認義務が根拠だとすれば、山本さんの理解とも矛盾がなくなるのではないのでしょうか。前述のように、齊藤さんは自己情報コントロール権説を人格的自律と結びつけて理解しています。

6 まとめ

曾我部 これまでの議論で、山本さんと私との基本的な認識はほとんど違わないように思います。相違点としては、繰り返しになりますが、権利の構造をどう見るかという点ではないかと考えます。

例えば、いま言われた「巨大IT企業が、同意絶対主義は採用しない一方で、本人の情報自己決

定、コントロールを重視しはじめている」ということを例にすれば、こうしたあり方は、個人情報への扱いにそれほど頓着しない大多数のユーザーについては、法令上求められる一定の保護を提供し、個人情報保護の意識の高い一部のユーザーについてはコントロールを認めるという、「やろうと思えばできる」コントロールであり、穏当なあり方だと思います。

問題は、こうした状態の説明の仕方、自己情報コントロール権からすれば同意は必要だが、対抗利益との関係から同意までは不要で、一定のコントロールのみを認めることが正当化されるのか、あるいは、当該場合においては、同意までは求めず一定のコントロールを認めることで適正な取扱いであると言えるか、と説明するのか、といった違いが生じると思われます。もっとも、後者の立場でも、情報に関する自己決定は理念としては承認しているので、大きな違いではないように思います。自己決定の権利というからには、一定程度硬いものを想定すべきではないかということを考えています。

それから、個人情報保護の目的についてですが、一元的な説明は困難で、個人情報の不当な取扱い及びそれに起因する不利益（そのおそれも含む）を防止することであると考えます。不利益には様々なものがあるので、多元的な基礎づけということになると思います。それと情報自己決定との関係は複雑で、情報自己決定と人格的自律との関係が密接なものもあれば、他の手段でも代替できる場合もあるでしょう。こうした多様な内実を包摂するためには、権利の構成としては、自己決定の要素だけを特権化したものとするよりも、より包括的なものとして捉えるのが適当だと思います。山本 私も、最初にお話ししたように、基本的な認識は曾我部さんと変わらないと思っています。向かうべき方向のようなものはおそらく一致しているので、問題は権利の構造をどう捉えることが、その方向に進んでいくうえでベターなのか、ということなのかと。今回の対談で、その答えが出たわけではありませんが、考えるべき課題は明らかになったように思います。大変勉強になりました。読者の皆さんとも課題が共有できたならば、対談を組んだ、厳密に言うと某編集長の命で「組ま

れた」意味があったように思います。どうもありがとうございました。

曾我部 冒頭に申し上げたように、この分野での研究をリードされてきた山本さんに素朴な疑問をぶつけることを通じて、山本さんのご議論をさらにクリアーにご提示頂けたと思っております。私自身多くを学ばせて頂いたとともに、この分野の研究をさらに前進させる契機になる対談となったのではないのでしょうか。どうもありがとうございました。