

「忘れられる権利」をめぐる攻防

For and Against “the Right To Be Forgotten”

宮 下 紘*

目 次

1. プライバシー権の新たな展開
2. 「忘れられる権利」の提唱
3. 「忘れられる権利」が抱える難題
4. プライバシー権の継承

1. プライバシー権の新たな展開

2012年1月25日正午、欧州委員会副委員長兼司法コミッショナーである Viviane Reding は、データ保護改革案を公表し、その中でインターネット上の自らのデータについて正当な理由がある場合その消去を求める「忘れられる権利 (the right to be forgotten)」を提唱した¹⁾。同日公表された

* 所員・中央大学総合政策学部准教授

本稿の執筆にあたり、ハーバード・ロー・レビュー主催『プライバシーと技術』に関するシンポジウム（2012年11月9日）と欧州データ保護プライバシー会議（2013年9月17日）に出席し、「忘れられる権利」の欧米の対立軸を関係者から学ぶことができた。特に Daniel J. Solove 教授, Anita Allen 教授, Joel R. Reidenberg 教授, Yves Poullet 教授, Cécile de Terwangne 教授からは米欧のプライバシー・データ保護の理解についてそれぞれ有益なコメントを、また会議後に Vivian Reding 欧州委員会副委員長, Jan Philipp Albrecht 欧州議会議員からも貴重な意見を頂戴できた。ここに記した教授・関係者の御厚意に謝意を記す。

- 1) Viviane Reding, *Commission Proposes a Comprehensive Reform of Data*

EU データ保護規則提案の第17条には、「忘れられる権利」が明記され、インターネットを取り巻く環境におけるプライバシー権の新世代として注目された。この権利は、欧州委員会の提案を受け、2013年11月現在欧州議会市民的自由・司法・内務委員会においてこの権利の名称それ自体が「削除権 (the right to erasure)」と変更されているものの、当初提案された「忘れられる権利」自体の性格は維持されており、この修正案をもとに本会議と理事会で審議されることになっている。

2012年のプライバシーをめぐる動向は EU だけにおさまらない。2012年2月にはアメリカ合衆国オバマ大統領が「消費者データプライバシー権利章典」²⁾に署名し、同年11月には欧州評議会条約第108号の改正案³⁾が総会で採択され、そして、日本の法制度が基盤としてきた OECD プライバシーガイドラインは2012年の作業部会での検討を経て2013年7月に改正ガイドラインが理事会で採択された⁴⁾。このように、2012年にはプライバシー

Protection Rules to Increase User's Control of Their Data and to Cut Costs for Business, January 25, 2012. 筆者は、Computer, Privacy and Data Protection 国際会議に出席し、規則提案が公表されて4時間後には欧州委員会司法総局長が参加する規則提案に関するパネルが行われ、プライバシーの新たな幕開けにブリュッセルで立ち会うことになった。

2) The White House, *Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy* (February 2012). 近年アメリカでは連邦取引委員会によるプライバシー保護の執行強化が顕著であり、プライバシー保護の新たな波が押し寄せているといわれる。See Peter Swire, *The Second Wave of Global Privacy Protection*, 74 OHIO ST. L. J. 841, 848 (2013).

3) Council of Europe, *The Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data [ETS No.108]* (November 2012).

4) OECD, *Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* (amended on 11 July 2013). 筆者は、OECD 情報・セキュリティ・プライバシー作業部会の専門家会合に出席し、2013年 OECD プライバシーガイドラインの改正作業にわずかながら携わった。

の権利の国際枠組みが、情報通信技術の発展と我々のプライバシーへの新たな欲求とともに新たな世代を迎えることとなった⁵⁾。そして、プライバシー権の新たな世代を祝福するかのごとく、プライバシーの権利の生みの親である『ハーバード・ロー・レビュー』は——その第4巻において Samuel Warren と Louis Brandeis が “The Right to Privacy” という論文を公表したのは周知のとおりである——第126巻を迎えた2012年11月、『プライバシーと技術』をテーマにシンポジウムを開催した⁶⁾。このシンポジウムには全米を代表するプライバシー法の研究者が集い、プライバシー権が現在直面している理論的・現実的危機への対応について議論を行った。

さらに、2013年9月にはカリフォルニア州が18歳未満の未成年者を対象にインターネット上から未成年者自らが投稿した内容や情報の削除を認める法律が成立し、アメリカでの実質的な「忘れられる権利」として注目を集めている⁷⁾。

日本でも個人情報保護に関する法制度の見直しが始まるとともに「忘れられる権利」に関する訴訟が提起された。2013年4月15日には東京地裁が、検索サイトに単語を入力すると自動的に関連する言葉を表示する機能によりプライバシーを侵害されたとする原告の主張を認め、表示の差止を容認した⁸⁾。他方で2013年5月30日の東京地裁の別の判決では検索サイト上の個人情報の削除が認められなかった⁹⁾。日本においても「忘れられる

5) 一連の国際動向については、宮下紘「プライバシー・イヤー2012-ビッグ・データ時代におけるプライバシー・個人情報保護の国際動向と日本の課題一」Nextcom12号(2012)32頁、参照。

6) Harvard Law Review, *Symposium 2012 Privacy & Technology* (November 9, 2012, Harvard Law School, Langdell South). Available at <http://www.harvardlawreview.org/privacy-symposium.php> (last visited November 1, 2013).

7) Senate Bill No.568 (Cal) Ch 336 SB568 (Approved by Governor on September 23, 2013).

8) 判決文未公表。『朝日新聞』2013年4月16日38面、『読売新聞』2013年4月16日38面、参照。

9) 判決文未公表。『朝日新聞』2013年5月31日37面、『読売新聞』2013年5月31

権利」の議論が始まった。それも当然のことであり、同様のサービスが国境を越えて提供されている中、日本独自のプライバシー権論を展開しても国際社会で孤立してしまうことになる。実際、東京地裁で差止を容認した判決は検索サイトを運用するアメリカに拠点のある企業に対して向けられたものとなっている。もはやプライバシー権は国境を越える普遍的な課題になりつつある。本稿はデジタル時代に対応するプライバシー保護の法制度が大きく変動する近年の国際的動向を踏まえ、プライバシー権の現在置かれている状況について特にその象徴とも言うべき「忘れられる権利」をめぐる攻防について理論面と実務面から欧米の議論を分析及び検討することを目的としている¹⁰⁾。

2. 「忘れられる権利」の提唱

「忘れられる権利」の背景

コンピュータを利用するのは人であり、人はコンピュータに利用される立場にはない。人は、コンピュータの前であっても、その主体であり、その客体ではない。どれほど情報通信技術が進進しようとも、各人は、検索から導き出されたり、広告配信の対象となったり、あるいは単なる一情報として扱われるような存在ではない。すべての個人が、コンピュータの道具というデジタル人間を超えた生身の人間であることを自覚する必要がある。しかし、現代の情報通信技術によって追憶という人間本来が備えている営為がコンピュータにとって代わられようとしつつある¹¹⁾。もはや

日35面、参照。

10) 「忘れられる権利」が提唱された理論的背景については、宮下紘「忘れられる権利—プライバシー権の未来」時の法令1960号(2012)、杉谷真「忘れてもらう権利—人間の『愚かさ』の上に築く権利—」Law & Practice 7号(2013)153頁、参照。

11) See VIKTOR MAYER-SCHÖNBERGER, DELETE: THE VIRTUE OF FORGETTING IN THE DIGITAL AGE 118-9 (2009).

「忘れること自体が費用のかかるビジネスとなり」¹²⁾、そしてデジタルによる記憶に対抗する人間の忘却の復権を標榜し、忘れるための権利が創設されようとしている。

フランス人権宣言第2条は、自由、所有、安全及び圧政への抵抗としての自然権の保障を謳い、プライバシーの尊重 (respect de la vie privée) の保障が導かれている¹³⁾。人間が人間らしく存在するために、あるいは人間だからこそ、「忘れる」ことが自由、所有、安全及び圧政への抵抗のその構成要素として尊重されなければならない。このモチーフを基に、ヨーロッパの中でいち早く「忘れられる権利」の必要性を唱道したのはフランスであった。2009年11月6日フランス上院において、デジタル世界におけるプライバシーの権利の保障強化に関する法案が提出された¹⁴⁾。同法案の解説には、デジタル世界における「忘れられる権利 (droit à l'oubli)」の意義が明記され、一定の場合、データ主体としての個人の異議申立の権利のみならず、自らのデータを容易な方法で削除 (suppression) する権利をも包含している。また、フランスのデータ保護機関である情報処理及び自由に関する全国委員 (Commission nationale de l'informatique et des libertés, CNIL) の委員長であった Alex Türk 上院議員は、次のように「忘れられる権利」の背景を説明する。すなわち、1978年フランスの情報と自由法が制定された当初、利用期間を制限する義務 (obliger) であったが、実在する人がインターネット上の無形の人格 (intangible identité)

12) Ivan Sekely, *The Right to Forget, the Right to be Forgotten: Personal Reflections on the Fate of Personal Data in the Information Society*, in EUROPEAN DATA PROTECTION: IN GOOD HEALTH 350 (Serge Gutwirth et al. eds, 2012).

13) See Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999. なお、筆者が2011年3月に CNIL でのヒアリング調査を実施した際にも、担当官からフランスのデータ保護、そして「忘れられる権利」の根底にあるものとして、フランス人権宣言第2条の指摘を受けた。

14) Proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique (n° 93 (2009-2010) de M. Yves DÉTRAIGNE et Mme Anne-Marie ESCOFFIER, déposé au Sénat le 6 novembre 2009).

とも切り離されないための法規範が必要となったのである¹⁵⁾。いかなる個人情報もア・プリアリに認識しえず、個人の存在を必要とする。そして、自我それ自体は、データや情報から「単純化 (irreducible)」¹⁶⁾されることもできず、自我とデータや情報には常に一定の距離が存在する。そこで、理論としての「忘れられる権利」は、「自我への権利 (droit d'être soi-même)」を本質に据え、自我と個人に関するデータや情報との距離の再考を迫り、一定の時期までのデータの消去の権利のみならず、データの消去を一手段として自ら過去を清算する権利、あるいはインターネット上の他者の干渉を排除した自己実現の自由として生成されてきた¹⁷⁾。実際、フランスでは2012年 CNIL に寄せられた申立の1050件(合計6017件)が「忘れられる権利」に関連するものであり、その現実的需要をうかがうことができる¹⁸⁾。

また、提案された「忘れられる権利」はドイツにおいて発達した個人情報の収集・処理・移転を制限する権利としての情報自己決定権とも密接に

15) See ALEX TÜRK, LA VIE PRIVÉE EN PERIL: DES CITOYENS SOUS CONTROLE 157-8 (2011). なお、Alex Türk 上院議員(当時、第29条作業部会座長)とは、2008年10月21日欧州委員会主催の "Workshop on International Transfers of Personal Data" (ベルギー・ブリュッセル)における Regional Approaches to Data Protection and Transfers of Personal Data at International Level のセッションで筆者がモデレーターを引き受けた際に、データ保護の意義について意見交換した。

16) Antoinette Rouvroy & Yves Poullet, *The Right to Information Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy* 51 in REINVENTING DATA PROTECTION? (Serge Gutwirth et. al. eds., 2009).

17) See Antoinette Rouvroy, *Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information?*, in LA SÉCURITÉ DE L'INDIVIDU NUMÉRISÉ: RÉFLEXIONS PROSPECTIVES ET INTERNATIONALES 270-272 (Stéphanie Lacour ed., 2008). 近時のフランスのプライバシー権論については、曾我部真裕「『自己像の同一性に対する権利』」について」法学論叢167巻6号(2010)1頁、参照。

18) Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, *Rapport d'Activité* 2012. パリ大審院の判決 (Jugement 11/0790, 6 novembre 2013) では、元国際自動車連盟会長の Max Moseley の性生活に関する検索サイト上の画像の削除が認められた。

結び付いていると考えられる。さらに、スイスにおいても尊厳と名誉の保護を目的として憲法の中に組み込まれた「人格権」の一部として「忘れられる権利」は繰り返し裁判所において保障されてきたと言われる¹⁹⁾。そして、自然人に関するいかなるデータも保護の対象とされる個人データについては、欧州連合基本権憲章第8条1項、欧州連合の機能に関する条約第16条1項をはじめ、欧州評議会条約第108号などにおいて基本的権利であることが宣言されている。過去の身分制社会からの個人の平等な人格の創出と第二次大戦中にユダヤを見つけ出すためにナチスが個人情報管理・利用した歴史の克服を経て、「尊厳や自己発展」に依拠した基本的権利であるという大陸ヨーロッパ的思考こそが「忘れられる権利」の基盤をなしている²⁰⁾。このように、フランスにおいて生成された「忘れられる権利」は、それがしだいにドイツにおける情報自己決定権ともブレンドされ、しだいにヨーロッパ全域に浸透していったとされる。EUにおいては、75%の市民が、いつ何時であってもインターネット上での個人情報を削除できる権利を求めており、「忘れられる権利」の必要性が認められてきた²¹⁾。

「忘れられる」権利の法的構造

2010年11月4日、欧州委員会は、個人データの新たな包括的法的枠組みを公表し、その中で、「収集された目的にとってもはや必要でなくなった

19) Franz Werro, *The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash*, in HAFTUNGSRECHT IM DRITTEN MILLENIUM 287 (Aurelia Colombi Ciacchi et al. eds. 2009).

20) See Luiz Costa & Yves Poullet, *Privacy and the Regulation of 2012*, 28 COMPUTER LAW & SECURITY REVIEW 254, 257 (2012). See also *Bruxelles veut imposer "l'oubli numérique"*, LE MONDE, 26 Janvier, 2012 at 16; *Un « droit à l'oubli » sur internet*, LE SOIR, 26 Janvier, 2012 at 20.

21) European Commission, *Special Eurobarometer 359: Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union* (June 2011) at 158. 個人情報の削除を求めないと回答したのはわずか4%にすぎない。

際にはデータを完全に消去してもらおう」権利としての「忘れられる権利」が掲げられることとなった²²⁾。そして、Reding 副委員長は「神は許しを与え忘れるが、ウェブは決してそうではない。だから私にとって『忘れられる権利』は極めて重要である²³⁾と主張し、「忘れられる権利」の導入に意欲を見せた。さらに、データ保護改革に着手してから Reding 副委員長は自ら筆を取り、「忘れられる権利」が「データ主体の権利の強化」として位置付けられ、「個人データが収集された目的にとってもはや必要でなくなった場合、本人が同意を撤回した場合、または同意に基づくデータの保存期間が経過した場合に各人がデータを完全に消去してもらおう権利²⁴⁾であると論じ、ヨーロッパがデータ保護の権利について世界の「キープレイヤー」であることを宣言した。

データ保護規則提案第17条は、データ主体が管理者から個人データを消去する権利及びかかるデータの更なる流通を回避する権利を有していると規定する(第1項)。「忘却(Oblivion)」は、既存のデータの消去とそのデータの二次的利用の禁止をも包含するものとして理解される²⁵⁾。そのため、「忘れられる権利」は、一定の場合に、現行の指令第12条に言

22) European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions; A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union*, Nov. 4, 2010, at 8. なお、Reding 欧州委員会副委員長は、すでに2010年6月22日のアメリカ商工会議所での会議において、すでに「忘れられる権利」の導入の必要性を説いていた。See Viviane Reding, *Building Trust in Europe's Online Single Market*, Speech at the American Chamber of Commerce to the EU Brussels, 22 June 2010.

23) Viviane Reding, *Why the EU Needs New Personal Data Protection Rules*, *The European Data Protection and Privacy Conference*, 30 Nov. 2010.

24) Viviane Reding, *The Upcoming Data Protection Reform for the European Union*, 1 INT'L DATA PRIVACY L., 3, 4 (2011).

25) Cécile de Terwangne, *Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/ Right to Oblivion*, 13 REVISTA DE LOS ESTUDIOS DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA, 109, 117 (2012).

う現存するデータの消去それ自体を超えて、データの拡散防止に力点があるものと理解されるべきであろう。すなわち、インターネットの世界においては、データが拡散しやすいことから、「忘れられる権利」は特に検索サイトやソーシャル・ネットワーキング・サービスにおける本人のデータへの支配・統制力とデータの拡散防止に対する法的措置を明らかにしたものと考えることができる。また、「忘れられる権利」は、カリフォルニア州の法律が未成年者を対象としているように、特に自我の造形過程にあり同時にインターネットの情報拡散の状況に必ずしも熟知していない若者たちを対象として想定されている²⁶⁾。

「忘れられる権利」を行使するための要件としては、次の4つの場合が想定される。データの利用目的が必要でなくなったとき、データ主体が同意を撤回し、同意されたデータ保有期間が経過し、もしくはデータ処理の法的根拠がないとき、データ主体が個人データの処理に異議申立を行ったとき、またはその他の理由によりデータ処理が一般データ保護規則提案に違反したときである（第1項）。

個人データの削除権を規定した現行の指令第12条には、すでに と を実質的に認めた規定があり、その意味で規則提案第17条は、利用目的の制限の強化、本人の同意の尊重を新たな要素として「忘れられる権利」の要件としていることが理解できよう。再度指摘するが Reding 副委員長の論文においても「個人データが収集された目的にとってもはや必要でなくなったとき、本人が同意を撤回したとき、または同意に基づくデータの保存期間が経過したときに各人がデータを完全に消去してもらう権利」という利用目的の制限と本人の同意に特に言及していることは注目すべきである。については、「忘れられる権利」は、データ保護の原則である利用目的の制限の強化という側面を有している。同時に、同意の撤回については、規則提案第7条で示されたデータ主体の同意の尊重と関係性がある。

26) See JOHN PALFREY & URS GASSER, BORN DIGITAL: UNDERSTANDING THE FIRST GENERATION OF DIGITAL NATIVES 67 (2008); DANAH BOYD, IT'S COMPLICATED: THE SOCIAL LIVES OF NETWORKED TEENS (2014).

ることを理解しなければならない。「忘れられる権利」は、それ自体で独り歩きすることはできず、データ主体の同意が重要な意味を持つてくる。後述のとおり、「忘れられる権利」の草案段階において、第29条作業部会が同意に関する意見を公表しており²⁷⁾、「忘れられる権利」の射程はデータ主体本人の同意の在り方と密接不可分に関わってくる。なお、欧州議会市民的自由・司法・内務委員会における修文案(2013年10月21日可決)を経て、「忘れられる権利」の明文規定が削除され、「削除権」とされたものの、同委員会が認めているとおり、欧州委員会が提案した「忘れられる権利」のデータ拡散防止の内容、すなわち「個人データの更なる拡散からの回避」を維持し、削除のためにあらゆる合理的措置を講ずる必要性を規定している²⁸⁾。また、「忘れられる権利」を行使しうる場合として、裁判所又は監督機関によるデータ削除という終局的決定が下された場合が追加された(第17条1項(ca)追加)。

以上のデータ主体である本人の権利を担保するための措置として、データ管理者が個人データを公表している場合、管理者がその公表に責任を負

27) Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 15/2011 on the Definition of Consent* (WP187, adopted on 13 July 2011).

28) 欧州データ保護監督機関の Peter Hustinx はフランスの “le droit à l’oubli” が英語に「誤訳」され、「削除」・「消去」ではなく「忘却」のプロセスが誇張されすぎていると指摘する。Peter Hustinx, *Speech: The Right to be Forgotten and Beyond: Data Protection and Freedom of Expression in the Age of Web 2.0*, Oxford Privacy Information Law and Society Conference, June 12, 2012.

なお、「忘れられる権利」の名称変更は修正案合意の直前であったと考えられる。See e.g., Viviane Reding, *Speech: Data Protection Reform: Restoring Trust and Building the Digital Single Market*, September 17, 2013; Jan Philipp Albrecht, *Keynote Presentation*, The 4th Annual European Data Protection & Privacy Conference, September 17, 2013. 名称変更を求める修正案として、議会委員会における European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Amendment 1380 (Alexander Alvaro), Amendment 1381 (Axel Voss), Amendment 1382 (Sylvie Guillaume, Françoise Castex), Amendment 1383 (Adina-Ioana Vălean, Jens Rohde) がある。

っているデータに関して、データ主体が当該個人データへのリンク、又はその複製若しくは複写を消去するよう要請していることを当該データを処理する第三者に対してあらゆる合理的な措置を講じなければならない（第2項）。データ管理者によるこの義務の履行は、「プライバシー・バイ・デザイン」の理念の下、初期設定段階でデータ主体の権利保護を履行できるよう技術的・組織的措置を講じることが求められよう。このように、規則提案第17条は、第1項において本人のデータへのコントロールの権利の強化を、そして第2項において事業者側への義務をそれぞれ定めている。

欧州司法裁判所による審査

「忘れられる権利」については、現実の執行に疑問が投げかけられることがある。たとえば、検索サイト等のデータ管理者が、直接関係のない無数に存在する掲示板における個人データに対して消去のために通知をすることが果たして可能であるか、ソーシャル・ネットワーキング・サービスにおいて共通の写真に掲載されている複数の個人の間で、ある個人が削除を求め、別の個人がその削除を求めない場合、どのように対応すべきか、あるいはインターネット上のサーバーにおけるデータを消去するためにどのような技術的措置を講ずべきか、といった様々な問題がすぐに提起される²⁹⁾。また、現在の個人情報情報の流通は、インターネット上複雑な過程を経て、収集、追跡、さらには再識別化が行われており、どの段階の個人情報を削除すべきかについても明確に定まらない³⁰⁾。

この点について、欧州ネットワーク情報セキュリティ機関による調査報告書（2012年11月公表）では、「忘れる」ことの法的性格に関して3つの解釈が示されている³¹⁾。第1に、最も厳格な解釈として、データの複製

29) See Costa & Poullet, *supra* note 20.

30) See e.g., *They Know What You're Shopping For*, WALL ST. J., December 8, 2012 at C1.

31) European Network and Information Security Agency, *The Right to be Forgotten-Between Expectations and Practice* (November 2012) at 7.

が問題とされているあらゆるインターネット上の拠点から消去・削除され、いかなる技術的な手段を用いてもその回復が不可能とするものである。第2の解釈は、不正な第三者によって解読されない限り、暗号化されたデータ複製の維持が認められるというものである。第3に、公開されたインデックスや検索エンジンの結果に表示されない限り、データの複製が認められるという最も緩やかで実践的な解釈である。「忘れられる権利」の執行実務という観点からは、公開されたインターネットにおいてこの権利を執行することは「一般論として不可能 (generally impossible)」であるものの、プラグマティックな実践方法として、検索エンジンのオペレーター等に対して忘れられるべき情報への参照にフィルターをかけるよう要請し、この権利を支えることが適当であると考えられている³²⁾。しかし、残された最大の問題は、何が忘れられるべき情報に該当するか、という「情報の内容」の審査であろう。

このような中、2012年3月9日には、スペイン裁判所で係争されていたGoogleの検索結果（たとえば、検索結果において、家庭内暴力により離婚した被害者の住所が分かった件）から自らのデータの削除を求めた約90名による訴訟が、欧州司法裁判所に付託された³³⁾。本件では、現行のEUデータ保護指令に基づき判断されることとなるが、次の3点が審理されることとなっている。第1に、EUデータ保護指令の適用範囲の問題である。

32) *Id.* at 14. この点、カナダでは、友人が共有した情報や他者の情報は対象とならないなどの条件付きで忘却に準ずるもの (quasi-forgetting) とも言うべき帰結であれば、法的後ろ盾がある限り実践しうるという指摘が注目される。Colin J. Bennett, Christopher Parsons & Adam Molnar, *Non-forgetting and Quasi-Forgetting in Social Networking: Canadian Policy and Corporate Practice*, in *RELOADING DATA PROTECTION: MULTIDISCIPLINARY INSIGHTS AND CONTEMPORARY CHALLENGES* 41 (Serge Gutwirth et. al. eds., 2013).

33) ECJ, Case C131/12, *Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*. See also *On Its Own, Europe Backs Web Privacy Fights*, N.Y. TIMES, August 10, 2011 at A1; *Plastic Surgeon and Net's Memory Figure in Google Face-Off in Spain*, WALL ST. J, March 7, 2011 at B1.

すなわち、アメリカに拠点を置く Google が「構成国内に設置されたデータ管理者」（4条 a 項）と言えるかどうか、あるいは域内の設置が認められない場合、「個人データの処理を目的として構成国の域内に設置された…設備を利用」しているかどうか、である。この点に関して、第29条データ保護作業部会の意見では、EU 域外の情報通信を取り扱う事業者に対して、EU 域内のミラーサイトを通じてデータの収集が行われる場合、そのようなクッキーなどを用いたデータの処理にも EU データ保護指令が適用されることを示している³⁴⁾。

第2に、データ処理者及び管理者の該当性である。Google はインターネットの検索エンジンによるインデックス情報を一時的に蓄積しているだけであり、データを処理し（2条 b 項）、管理している（2条 d 項）とみなすことができるかどうかである。第29条データ保護作業部会は、IP アドレス自体を個人データに該当するとみており、そのため IP アドレスやクッキーを処理すれば、データ管理者を構成するものと解している³⁵⁾。この点について、特定の言葉の検索結果として単に表示・羅列する場合、検索サイトは何らのデータ処理を行っていないようにも思われる。他方で、特定の言葉とともに、一定の関連する言葉を自動表示する場合（いわゆるサジェスト機能を用いた場合）、それはデータの編集・加工を行っていることからデータ管理者とみなすことができるかどうか慎重な審理が必要となろう。仮に検索サイトによるデータの編集・加工が認められれば、Google による表現内容の編集・加工によってプライバシー侵害に加担していると考えることができよう。

34) Article 29 Working Party, *Working Document on Determining the International Application of EU Data Protection Law to Personal Data Processing on the Internet by non-EU Based Websites* (WP56, adopted on May 2002) at 10.

35) Article 29 Working Party, *Opinion 1/2008 on Data Protection Issues related to Search Engines* (WP148, adopted on 4 April, 2008) at 9. 「ネットの世界では管理権限の所在の特定は難しい」のみならず、「この権利をネット情報の権利とするためには、ヨーロッパの外の国々がこの提案を受け入れる必要がある」（藤原静雄「国家による個人の把握と行政法理論」公法研究75号（2013）39頁）。

第3に、検索サイトから公表された自らの情報について、データ主体が削除及びブロックする権利(12条)、そして異議申立の権利(14条)が認められるかどうかという問題がある。この点、現行の12条は、規則提案17条のように、「忘れられる権利」を明言しているわけではないが、「データの修正、消去又はブロック」を定めている³⁶⁾。

2013年6月25日、欧州司法裁判所による判決を前に、法務官(advocate general)による予備意見が公表された³⁷⁾。第1の争点、EUデータ保護指令の適用範囲について、予備意見では、たとえスペイン国内で個人データの処理が行われていなくても、インターネット検索エンジンというビジネス・モデルに着眼して、スペイン在住の者をターゲットに広告配信などしていることからEU域内に管理者を設置したものとみなし、指令の適用を受けることとなる。つまり、スペインのユーザーが被害を受けるおそれがある以上、個人データの物理的な所在それ自体は決定的な要素となりえないことを示している。

第2に、インターネット検索エンジンが個人データの処理を行っているとしても、第三者が運用するウェブページ上の個人データをコントロールしているわけではないため、データ管理者を構成するものではない。つまり、検索エンジンは表示されてくるウェブページの内容とは何の関係も有せず、そのウェブページ上の情報を変える手段を有していない。そのため、GoogleはEUデータ保護指令が課している義務規定を法律上も事実上も履行することができず、またデータ保護機関が検索結果から情報の撤回を要請することができない。

36) Googleが提供するサービスについては、特に本人の同意の観点からその不十分さが指摘され、「忘れられる権利」の基盤となる同意の在り方との関係で問題となる。See Bart van der Sloot & Frederik Zuiderveen Borgesius, *Google and Personal Data Protection in GOOGLE AND THE LAW 109* (Aurelio Lopez-Tarruella ed., 2012).

37) ECJ, Case C131/12, *Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*. Opinion of Advocate General JÄÄSKINEN, June 25, 2013.

第3に、最も実質的な争点である削除の権利については、表現の自由との調整も必要となり、現行のEUデータ保護指令には「忘れられる権利」それ自体が規定されていないことから、既存の削除権や異議申立権を根拠に検索サイトからの情報の削除を一般的な権利として容認することはできないとされた。

Googleは、名誉毀損やプライバシー・セキュリティ等を理由として、たとえば2012年7月～12月において政府や裁判所から24,179のコンテンツを対象に2,285件の削除要請を受けており、その45%に応じてきている³⁸⁾。いずれにせよ、欧州司法裁判所による本件審理は、法務官の予備意見でも再三言及され意識されていた「忘れられる権利」の今後の展開の試金石となろう³⁹⁾。

3. 「忘れられる権利」が抱える難題

表現の自由との衝突

ヨーロッパでの「忘れられる権利」に対して、大西洋の対岸にあるアメリカではその権利の提唱への受け止め方は冷ややかである。Jeffrey Rosen

38) Google 透明性レポート (2012年7月～12月)。 <http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/?metric=items> (last visited on November 1, 2013)

39) See Muge Fazlioglu, *Forget Me Not: The Clash of the Right To Be Forgotten and Freedom of Expression on the Internet*, 3 INT'L DATA PRIVACY L. 149, 153 (2013). なお、アルゼンチンにおいては、ある歌手が検索サイト (Google, Yahoo) 上に出てくる自身のデータの消去を求め、1審において歌手側の主張が認められ、2審で検索サイト側の主張を認める判決が出されている事例がある。See Edward L. Carter, *Argentina's Right to be Forgotten*, 27 EMORY INT'L L. REV. 23 (2013). See also *Google and Yahoo Win Appeal in Argentine Case*, N.Y. TIMES, August 20, 2010 at B4. また、イタリアにおける動画サイト YouTube からの情報削除もまた「忘れられる権利」の一環として位置付けられている。See Steven C. Bennett, *The "Right to Be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives*, 30 BERKELEY J., INT'L L. 161, 164 (2012).

教授は、「忘れられる権利」の提唱が「プライバシーと自由な言論との適切な衡量に関するヨーロッパとアメリカの考え方について劇的な衝突を勃発させた」⁴⁰⁾と指摘する。そして、「忘れられる権利」を唱道するヨーロッパと表現の自由を崇拜するアメリカの対立を次のように問う。「忘れられる権利」をとるか、あるいは表現の自由を選ぶか。その大多数が表現の自由を称賛する。それがアメリカ流である⁴¹⁾。実際、アメリカでは、表現の自由とプライバシー権が対立する問題について、前者を優先させてきた。

その発端となったのが、1967年 *Time, Inc. v. Hill* であり、脱獄した囚人による人質事件を基に事実とは異なる部分を含む演劇に関する雑誌記事と人質にされた家族の以前の家の写真の雑誌掲載がプライバシーを侵害するかどうか争われた。合衆国最高裁は Warren と Brandeis の「祝福された論文」⁴²⁾に言及しながらも、氏名、肖像、写真等を保護する州法が公共の利害を有する虚偽報告からの救済の名の下に「言論とプレスの憲法上の保障」に優越することはないことを示す⁴³⁾。この判決以降も、たとえば、警察から合法に入手したレイプ被害者の氏名を新聞紙が掲載したため、被害者が新聞社に対して損害賠償を求めたものの、合衆国最高裁は州の利益の観点から「合法に入手された真実に基づく情報 (truthful information)」⁴⁴⁾として新聞社による被害者の実名公表が第1修正による自由な表現の下で

40) Jeffrey Rosen, *The Right to Be Forgotten*, 64 STAN. L. REV. (ONLINE) 88 (2012).

41) Jeffrey Rosen, *Free Speech, Privacy, and the Web That Never Forgets*, 9 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 345, 347 (2011).

42) 385 U.S. at 380 (1967).

43) *Id.* at 387-88. ちなみに、本判決は当初6対3でプライバシー侵害を認める投票がなされていたが、2度目の口頭弁論を経て結局5対4で表現の自由に好意的な判決となった。See BERNARD SCHWARTZ, *THE UNPUBLISHED OPINIONS OF THE WARREN COURT* 240 (1985). なお、*Hill* 判決の射程は *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974) によって私人間のプライバシー訴訟に当てはまるものではないとされる。

44) *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 541 (1989).

保障されることを宣言した。また、真実に基づく情報の開示については、たとえ州法で被害者の実名公表を禁止する規制があっても、「公的な裁判所の文書における真実の情報を公表することでプレスは罰せられないのである」⁴⁵⁾。さらに、教育委員会との団体交渉の過程の会話を何者かが違法に録音したテープがラジオで放送された件について、ラジオ放送局自体が違法な傍受に関与していないこと、テープの情報それ自体は適法に入手されていること、そして傍受された会話が公的な関心事であることから、プライバシーが表現の自由に譲歩しなければならないとも判断されてきた⁴⁶⁾。Richard Posner 裁判官によれば、「たとえ人が心底隠したがるような事実であっても、その者の報道価値のある (newsworthy) 事実の公表に対する賠償請求の私人の権利を第 1 修正は制限しているのである」⁴⁷⁾。

むろん、「真実に基づく情報」あるいは「報道価値がある」記事であっても、ある者の過去の反社会的行為について「隣人はその者の現在の価値を認め、過去の人生の恥を忘れるべきである」⁴⁸⁾といった州裁判所の事例がなかったわけではない⁴⁹⁾。しかし、現代のアメリカ不法行為法の基本事項であるが、コモンロー・プライバシーは「連邦憲法第 1 修正の自由な言論及び自由なプレスの規定と整合的である」⁵⁰⁾ことが要求される。すな

45) *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 491 (1975). この判決に続く先例として、*See Smith v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *Oklahoma Publishing Co v. Distruct Court*, 430 U.S. 308 (1977).

46) *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001). ちなみに、本判決では、法廷意見、同意意見、反対意見のいずれもが Warren と Brandeis のプライバシー権の論文に依拠しているが、結論が割れている。

47) *Haynes v. Alfred A. Knopf. Inc.*, 8 F. 3d 1222, 1232 (7th Cir 1993). ポズナー裁判官によれば、人が過去の出来事を隠匿するのは恥から生じるものではなく、人との交流において負の要素となりうる可能性が生じるためであるとされる。*See also* RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMICS OF JUSTICE* 260 (1983).

48) *Briscoe v. Reader's Digest*, 4 Cal. 3d 529, 540 (Cal. 1971). 判決では「人間の忘却は、時を経て、明日の汚れたアーカイブの中で今日の『ホット』ニュースとして残る」と指摘される。*Id.* at 539-40.

49) アメリカ不法行為法のベーシックとして、古典的な事例 *Melvin v. Reid*, 297

わち、「不法行為リステイトメントの規定は不法行為の範囲を画定する憲法上の次元の問題の一つであり、そのため憲法上の特権の範囲は州法でなく連邦法によって支配されることとなったのである」⁵¹⁾。このような、名誉毀損に関する不法行為の憲法化によって「1964年にすべてが変わった」⁵²⁾と言わしめた1964年 *New York Times v. Sullivan*⁵³⁾、さらに憲法上の表現の自由と過去の私事に関するプライバシー権の調整についても先に紹介した *Hill* 判決によって、コモンロー・プライバシーは再考を迫られた。1960年代にコモンロー・プライバシーの判例を網羅的に整理した William Prosser 教授が、1971年出版の『不法行為法ハンドブック第4版』でプライバシーの章の後に「憲法上の特権 (constitutional privileges)」を新たに設け、表現の自由という憲法上の保障によって彼自身のプライバシー判例

P. 91 (Cal.1931) (かつての売春婦であり殺人事件で無罪となった人物が、後に更生し社交界での地位を築いていたがある映画で彼女の過去が上映されたため、プライバシー侵害が認められた事例) は *Briscoe* 判決とともに、合衆国最高裁の一連の判例により「その前提が葬り去られた」例として紹介される。See e.g., GEORGE C. CHRISTIE ET. AL., *THE LAW OF TORTS* 1545 (5th ed. 2012). ちなみに、*Melvin* 判決については、裁判当時も売春婦をやめておらず複数の夫もあり、実際人生をやり直しているとは言えず、法廷での茶番劇であったことも後の研究でしばしば指摘される。See e.g., LAWRENCE M. FRIEDMAN, *GUARDING LIFE'S DARK SECRETS: LEGAL AND SOCIAL CONTROLS OVER REPUTATION, PROPRIETY, AND PRIVACY* 218 (2007).

50) See *RESTATEMENT OF THE LAW: TORTS 2D* § 652D (1977) at 383.

51) *Virgil v. Time, Inc.*, 527 F. 2d. 1122, 1128-29 (9th Cir. 1975). See also *Gates v. Discovery Communications, Inc.*, 101 P. 3d 552, 560 (Cal. 2004).

52) See e.g., Neil M. Richards & Daniel J. Solove, *Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy*, 98 Cal. L. REV. 1887, 1902 (2010); Eugene Volokh, *Tort Liability and the Original Meaning of the Freedom of Speech, Press, and Petition*, 96 IOWA L. REV. 249, 259 (2010).

53) 376 U.S. 254 (1964). 1964年 *Sullivan* 判決以降、合衆国最高裁は、コモンローそれ自体をステイト・アクションと見立て、名誉毀損等と表現の自由との関係を憲法の中で議論するようになった。See LAURENCE H. TRIBE, *CONSTITUTIONAL CHOICES* 258 (1985).

の従来の位置付けの修正が迫られたことは周知のとおりである⁵⁴⁾。

『ハーバード・ロー・レビュー』のシンポジウムにおいても、アメリカのプライバシー法学者から「忘れられる権利」を歓迎する声は聴かれなかった。たとえば、Paul Schwartz 教授は EU とアメリカのプライバシーの衝突について講演し、その中で、「忘れられる権利」がアメリカの表現の自由の伝統と歴史研究からは認めがたく、アメリカは EU と異なりインターネット上での自由な情報流通に好意的であり続けてきたと主張する⁵⁵⁾。また、ホワイトハウスにおいてオバマ政権のプライバシー政策に関与し、「消費者データプライバシー権利章典」の実質的著者である Daniel Weitzner 教授は、実際の EU との交渉をもとに、「忘れられる権利」が他の人権への脅威となり、自由な表現への萎縮効果 (chilling effect) を引き起こすものであるとして警戒を呼び掛けた⁵⁶⁾。そして、カリフォルニア州の未成年者によるインターネット上の投稿の削除を認める立法は表現の内容に踏み込むことから最も厳格な審査によって判断されるべきであると言われてきた⁵⁷⁾。さらに、検索サイトは新聞や出版社のように情報

54) WILLIAM L. PROSSER, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS 826-7 (4th ed., 1971). ちなみに、Prosser 教授の影響を大きく受けた不法行為リステイトメント第 2 版については、2013 年夏以降、Daniel Solove 教授と Paul Schwartz 教授が中心となって「情報プライバシーの原則」を含む第 3 版に向けた改定作業が始まった。

55) See Paul M. Schwartz, *The EU-US Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, 126 HARV. L. REV. 1966, 1995 (2013).

56) Panel on The EU-US Privacy Collision in Harvard Law Review Symposium on Privacy & Technology (Comment by Danny Weitzner). Weitzner 教授はプライバシーの規制が事前によるものではなく、事後的なものに力点を置くべきであるとも論じていた。See Daniel J. Weitzner et al., *Transparent Accountable Data Mining: New Strategies for Privacy Protection*, in Computer Science and Artificial Intelligence Laboratory Technical Report, January 27, 2006. Available at <http://18.7.29.232/bitstream/handle/1721.1/30972/MIT-CSAIL-TR-2006-007.pdf?sequence=2>

57) See *California's Latest Effort to 'Protect Kids Online' is Misguided and Unconstitutional*, Forbes, September 30, 2013.

伝達をしているにすぎず、「検索エンジンは、内容それ自体を作り出しているのではなく、選択された他のサイトから短い引用を示していることから十分に憲法上の保障が及ぶ」⁵⁸⁾とも指摘される。このように、「忘れられる権利」という企ては、「インターネット上で過去の自分を編集することを許容する法的権利」⁵⁹⁾と形容されるように、自身にとって都合の悪い情報だけをインターネット上から忘却させようとするご都合主義的な権利とみなされかねない。

いずれにせよ、合衆国最高裁の判例とアメリカの支配的なプライバシー法研究からすれば、真実に基づく個人情報をプレスが公表することがアメリカの強力な表現の自由によって保障されている以上、「忘れられる権利」は報道価値がある情報や真実に基づく個人情報の公開への大きな障害となることが懸念される。かくして、「忘れられる権利」は、アメリカの表現の自由の伝統においてインターネットに対する表現の内容規制として新たな「検閲」⁶⁰⁾の道具となりかねないのである。このように、欧米において「忘れられる権利」をめぐり、インターネット上に自らの個人情報が掲載されることについて、「アメリカ人は有名になりたがるが、フランス人は忘れられたがる」⁶¹⁾というプライバシー文化の差異を象徴している⁶²⁾。も

58) Eugene Volokh & Donald M. Falk, *First Amendment Protection for Search Engine Search Results*, White Paper Google (April 20, 2012).

59) Jeffrey Rosen, *Facebook, Google, and the Future of Privacy and Free Speech in CONSTITUTION 3.0: FREEDOM AND TECHNOLOGICAL CHANGE* 81 (Jeffrey Rosen & Benjamin Wittes eds., 2011).

60) Peter Fleischer, *Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, in Peter Fleischer: *Privacy?* <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html> (last visited November 1, 2013). なお、「忘れられる権利」と検閲の論争はイギリスにおいても話題となっている。See *The Web Has a Long Memory- So Do We Have the Right to be 'Forgotten'?*, THE GUARDIAN, April 5, 2013 at 20.

61) Jeffrey Rosen, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, 80 FORDHAM L. REV. 1525, 1533 (2012).

62) See also James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus*

っとも、「忘れられる権利」に対する表現の自由からの抵抗はほかならぬヨーロッパ内部においても問題とされてきた。規則提案第17条には、「忘れられる権利」の執行に際して、表現の自由、公衆衛生の維持という公共利益、歴史・統計・科学の研究目的等の理由が除外されている（第17条3項）。Reding 副委員長自身も「忘れられる権利」が「絶対的な権利ではなく社会におけるその役割との関連において検討されなければならない」、また「『忘れられる権利』が歴史の完全な消去の権利に値することはありえない」と述べている⁶³⁾。スペインの裁判例のように具体的な場面における「忘れられる権利」の執行の在り方については、いまだ開かれた問題である。「インターネット上で過去の自分を編集することを許容する法的権利」と呼ばれる「忘れられる権利」がどこまで認められるべきかは、究極的には、表現の自由とプライバシー権の衡量という古くて今なお新しい問題へと昇華したのである⁶⁴⁾。

同意のパラドックス

プライバシーとは「いつ、どのように、どの程度自らの情報を他者に伝えるかを自身のために決定する」⁶⁵⁾主張であるとするコミュニケーションの「コントロール」型プライバシー権を主張した Alan Westin 教授は1967

Liberty, 113 YALE L. J. 1151 (2004).

63) Viviane Reding, *The European Data Protection Framework for the Twenty-First Century*, 2 INT'L DATA PRIVACY L. 119, 125 (2012).

64) この点、「忘れられる権利」が、プライバシーの権利の内実を豊かにするのか、それとも、同権利の本来的な弱さを新奇な概念で補正しようとするものか、という指摘があるとおり、具体的な事例における表現の自由との調整は極めて重要な問題である。阪本昌成「プライバシー保護と個人情報保護の違い」Nextcom12号（2012）30頁。また、インターネット空間における表現の自由とプライバシーの対立については、松井茂記『インターネットの憲法学』（岩波書店・2002）、阪本昌成『表現権理論』（信山社・2011）、小倉一志『サイバースペースと表現の自由』（尚学社・2007）参照。

65) ALAN F. WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 7 (1967).

年時点でプライバシーに関する同意の重要性を論じていた。すなわち、「それぞれの状況において同意がどれほど自由に与えられているか、またどれだけ強制されているかを見極めるために、同意の性質を注意深く考察すべきである」⁶⁶⁾。このように、自己の情報をコントロールするためには、本人の同意が本質的要素となる。

しかし、同意の概念をめぐっても、データ処理の前に本人の同意を要求するオプト・インと事後的な本人の同意によってデータ処理の停止をするオプト・アウトについて大西洋の対岸の欧米の態度が異なる。ヨーロッパでは、電子プライバシー指令（2002年、2009年改正）によって「関係する購読者またはユーザーが本人の同意が与えられた条件でのみ」（5条3項）オンライン上情報の収集が認められる。これに対し、アメリカではユーザーのネットワーク情報の開示に本人の事前同意を要件とした連邦通信委員会の規制が表現の自由の下許容されず、オプト・インの仕組みが認められてこなかった⁶⁷⁾。オプト・インとオプト・アウトの仕組みの違いは、単なる概念の差異ではない。臓器移植の例に見られるとおり、オプト・インによる自らの明示的な同意に基づき臓器移植に登録する場合42%が希望登録するにとどまるのに対し、オプト・アウトによる事後的な同意の場合は82%が登録する結果になる⁶⁸⁾。これはオプト・インとオプト・アウトのいずれかを採るかによって具体的な施策の帰結に大きな違いが生じることを意味し、同意が理論的にも現実的にも重要な概念であることが分かる。

「忘れられる権利」は、すでに紹介したとおり、規則提案第7条とも結びつき、「コントロール型権利の実質化（materialisation）」として「同意の体制」に依拠している⁶⁹⁾。同意を撤回した場合、「忘れられる権利」は

66) *Id.* at 375.

67) *U.S. West Inc. v. FCC*, 182 F.3d 1224 (10th Cir 1999).

68) RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS* 180 (2009).

69) Jef Ausloos, *The "Right to be Forgotten"- Worth Remembering?*, 28 *COMPUTER LAW & SECURITY REVIEW* 143, 147 (2012).

行使しうることになる。さらに、たとえ同意が存在したとしても、それが児童による同意であり、リスクを十分に認識していない場合には、後にインターネット上の個人データを削除することができる（規則提案前文53項⁷⁰⁾。規則提案第7条には、データ処理に際して管理者にデータ主体の同意の存在を立証させる規定（第1項）のほか、データ主体は何時であっても自らの同意を撤回することができる規定が含まれている（第3項）。このデータ主体の同意については、「忘れられる権利」が規則提案の草案段階において、2011年7月13日に第29条作業部会が「同意に関する意見」を公表しており、注目に値する。この意見では、本人の真正かつ自由な意思に基づき自らの合意に至る過程に不明確さを残さない明確な同意であるべきこと（ただし、すべての同意が明示的である必要はない）、透明性が確保される中で特定の文脈において同意に必要とされる情報全てが開示されていること、データの処理が開始される前に同意の調達が行われること、などが示されている。そして、特に同意の「撤回」については、それが「コントロールの考え方と結びついており」、単に「遡及的なもの」ではなく、原則として、管理者によって個人データのさらなる処理の防止」をも含むものとして示されている⁷¹⁾。つまり、同意の撤回は、本人

70) 児童による同意については、アメリカにおいても問題とされてきており、連邦取引委員会は3対1（1委員棄権）の評決によって、親の同意による認証制度を設けるなどの児童オンライン・プライバシー規則改正が行われた。Federal Trade Commission, *Children's Online Privacy Protection Rule*, 16 CFR Part 312, December 19, 2012.

71) Article 29 Data Protection Working Party, *supra* note 35, at 9. CNILの主導の下、欧州のデータ保護監督機関が連名で示した手紙の中で、Google プライバシー・ポリシーの変更について調査した上で、Google に示した勧告には明示的な同意の収集が含まれている。See *Letter from Isabelle Falque-Pierrotin et al., to Mr. Page*, October 16, 2012. Available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2012/20121016_letter_to_google_en.pdf (last visited November 1, 2013). なお、Google のストーリービューや行動ターゲティングについては、明示の同意を取得していないオプト・アウト方式による広汎なデータ処理の合法性には疑義が提起されてき

のデータに対するコントロールの権利を補強するものとして、また、それが単に過去のデータの削除のみならず、将来にわたる処理をも阻止することを意図している。

しかし、ヨーロッパにおける同意の概念については、アメリカのプライバシー法研究者から悲観的な声が聴かれる。『ハーバード・ロー・レビュー』のシンポジウムの基調講演をした Daniel Solove 教授は「すべて表面的なお遊びにすぎない」と同意に基づくプライバシー保護の既存の法的枠組みを痛烈に批判した⁷²⁾。第1に、そもそも同意の前提にあるのは、コントロールであるが、もはやそもそも各人はインターネットの世界において自らのプライバシーを管理すること自体が困難であり、自らのデータがどこでどのように処理、蓄積、移転されているかをすべてコントロールすることは現実的にほぼ不可能である。このようなプライバシー管理がまともにできないインターネットの世界で同意をどれだけ強調しても、それは単なる儀式にすぎない。

第2に、同意という法的概念自体が、法のあらゆる分野で論争的であり続けてきた。そして、人は必ずしもそのときどきに自らの最善の利益を合理的に分析して同意するわけではない。また、そもそもすべてのユーザーがインターネットの画面上で長々とした説明文を熟読した上で同意のボタンをクリックすること自体想定しづらい。同意のボタンのクリック一つをもって真正な同意があったと認めるべきかどうかも検討が必要であろう。このように、現在のプライバシー管理システムは、形式的な同意を得ること自体が自己目的化しており、本来本人のコントロールを強化するはずの実質的意味での同意は空虚なものとなりつつある。

第3に、このように実質的意味をもたなくなってきた本人の同意をプライバシーの法的枠組みに強制的に組み込むことは「パターナリスティック」⁷³⁾であると批判される。むしろ個人の選択の名の下に同意を推奨する

た。See Sloot & Borgesius, *supra* note 36, at 109.

72) Daniel J. Solove, *Introduction Remark* (draft speech) in Harvard Law Review Symposium on Privacy & Technology.

枠組みこそ、インターネット上での自由な情報と接することができる個人の選択の幅を狭めてしまっている。さらに同意の本質を十分に理解していないユーザーが儀式としての同意を与えることでデータ処理の合法性というお墨付きを与える結果を招いている⁷⁴⁾。その意味で、同意への悲観的なアメリカの態度からオプト・インの仕組みが用いられてこなかった。

それに代わり、インターネット上で閲覧履歴を基に特定のユーザーをターゲットにして広告配信する追跡メカニズムについて、広告の内容中立規制としての「追跡禁止 (Do Not Track)」の原則というオプト・アウトによる自主規制が奨励されてきた。追跡禁止の仕組みは、追跡をされないことで自らの情報を忘れてもらうというある種アメリカ流の「忘れられる権利」としての法的構成をしているとみることも可能だが、ヨーロッパで主張される権利と比べ主体的な意義は損なわれている。同意の概念を基礎とする「忘れられる権利」に対するアメリカとヨーロッパの距離を暗示しているものと受け止めることができよう⁷⁵⁾。

73) Daniel J. Solove, *Privacy Self-Management and the Consent Paradox*, 126 HARV. L. REV. 1880, 1881 (2013). See also ANITA L. ALLEN, UNPOPULAR PRIVACY: WHAT MUST WE HIDE? 6 (2011). なお、ヨーロッパでは、データの蓄積それ自体が人権侵害につながる可能性があることから、プロファイリングを行う場合、本人の同意を必要とするが、たとえ本人の同意があったとしてもデータ処理の合法性の観点からデータの処理が認められないことがある。See Serge Gutwirth & Paul De Hert, *Regulating Profiling in a Democratic Constitutional State*, in PROFILING THE EUROPEAN CITIZEN: CROSS-DISCIPLINARY PERSPECTIVES 276 (Mireille Hildebrandt et. al. eds., 2008).

74) 近時の調査では同意を含むプライバシー保護の枠組みが、市場における選択の意義に重みを与え、常時追跡されている消費者により多くの自由を与えていると指摘するものもある。See also Chris Jay Hoofagle, Ashkan Soltani, Nathaniel Good, Dierich J. Wambach, & Mika D. Ayenson, *Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse*, 6 HARV. L. & POL'Y REV. 273 (2012). ちなみに、この号もまたハーバード大学ロースクールの編集雑誌であるが、2012年発行の6巻2号は「21世紀におけるプライバシーと説明責任」というシンポジウム号である。

75) 連邦取引委員会 Jon Leibowitz 委員長が2012年10月11日ハーバード大学ロー

いずれにせよ、「忘れられる権利」の前提に、同意の撤回が措定されている限りにおいて、プライバシーの領域における同意という法的概念が曖昧なものとならないよう、その概念整理と現実的な運用可能性が求められることになろう。

公私区分

「忘れられる権利」に伴う第3の難題は、最も根源的なものであるが、公的な空間と私的な空間における権利の構成の仕方、特に私人間におけるプライバシー権の構造にある。むろん、今日の監視の形態からして、政府による監視と民間によるインターネット上での個人情報への追跡・収集・利用による監視を区別する必要性がどれほどあるか、問い直されている。また、監視は官民が協働して行われる場合もあり、プライバシー権の公私区分論は重要な理論的争点である⁷⁶⁾。このプライバシー権の公私区分の構

スクールにおいて講演した際、追跡禁止の原則がオンライン広告の内容規制ではないことを示している。See Jon Leibowitz, *The Federal Trade Commission: 'Fighting for truth and justice'*, Harvard Law School, Austin Hall West, October 11, 2012. 自主規制としての追跡禁止の法的性格については、See Omer Tene & Jules Polnatsky, *To Track or "Do Not Track": Advertising Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising*, 13 MINN. J. L. SCI. & TECH. 281 (2012).

76) 『ハーバード・ロー・レビュー』のシンポジウムの冒頭の歓迎挨拶において、Martha Minow 教授はプライバシーの公私区分の意義について問題提起をした (Dean Martha Minow, *Introduction Remark in Harvard Law Review Symposium on Privacy & Technology*). Neil Richards 教授もまた監視については理論的に公的分野と私的分野では異なるが現実においては両者が混合状態にあることを指摘した。See Neil M. Richards, *The Dangers of Surveillance*, 126 HARV. L. REV. 1934, 1958 (2013).

なお、日本におけるプライバシー権の公法と私法の連続と断絶については、千葉邦史「日本国憲法における個人主義とプライバシー」法律時報84巻3号(2011)106頁、浅野有紀「プライバシーの権利における公法と私法の区分の意義」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配 [下巻]』(成文堂・2008)179頁、松井茂記「個人情報保護法とプライバシーの権利」ジュリスト1190号

成方法あるいは公法的側面と私法的側面の区別は、アメリカとヨーロッパとでは根本的にその思考様式が異なる。

規則提案には第1条で掲げられているとおり「基本的権利及び自由」を保障しており、「忘れられる権利」はまさに基本的権利として位置付けられる。ここで、基本的権利とは、官民間問わず、あらゆる分野において通用するものとして理解されている。すなわち、「人格権の憲法化とヨーロッパ化」⁷⁷⁾のプロセスを経て、私人間におけるデータ保護の権利の論理は、私人が政府に対して行使する権利のそれと変わらないのである。つまり、私人間におけるデータ保護の基本的権利の侵害については、政府がその侵害から基本権を保護する義務があるとする、いわゆる保護義務論が前提とされている。実際、欧州人権裁判所の判決ではインターネットの世界においても「私生活・家庭生活の実際の尊重に内在する〔国家の〕積極的な義務」⁷⁸⁾が肯定されてきた。また、特にドイツにおける情報自己決定権をめぐることは、いわゆる私人間効力の問題との関連性がそれなりに意識されてきたようである⁷⁹⁾。

(2000) 50頁, 参照。

77) Werro, *supra* note 19, at 288.

78) European Court of Human Rights, *K.U. v. Finland*, 2 December 2008 (Appl.no. 2872/02). 私生活保護に関する基本権保護義務論については, See Jörg Polakiewicz, *Profiling: The Council of Europe's Contribution*, in *EUROPEAN DATA PROTECTION: COMING OF AGE* 371 (Serge Gutwirth et. al. eds., 2013). 基本権保護義務論については, 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂・1998), 参照。

79) ドイツにおける情報自己決定権に関する考察として, 小山剛「『安全』と情報自己決定権」法律時報82巻2号(2010)99頁, 倉田原志「ドイツにおける労働者のプライバシー権序説」立命館法学299号(2005)1頁, 玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集42巻1号(1998)115頁, 参照。他方, フランスでは「人権の中でも少なくとも私生活保護に関わる人権については, その私人間適用が認められたのと同じ結果になっていたが, このことが, 憲法の人権規定の私人間への適用という枠組みの下で自覚的に議論されることは少なかった」と指摘される。内野正幸「プライバシー権についての控え目な考察 - フランス法をひとつの手がかりにして」公法研究58号

しかし、憲法の射程の枠組みが異なるのと同様に、ヨーロッパ型の人権思考はプライバシー権の原産国であるアメリカと大きく異なる⁸⁰⁾。アメリカにおけるプライバシー権は、公的な分野と私的な分野において異なる。政府に対するプライバシー権はそれが憲法上の権利や連邦法で定められた権利であり、その限りにおいてヨーロッパの人権概念と変わらない。しかし、アメリカにおいては「ステイト・アクション法理」の下、私人間におけるプライバシーの権利は、当事者の一方の行為が政府との関係性を有していることや公的機能を果たしていることなどを理由として政府の行為 (state action) とみなされない限り、憲法上のプライバシー権を主張することはできないのである⁸¹⁾。アメリカで私人間におけるプライバシー侵害の救済については、個別の分野別プライバシー立法による対処あるいは、通知、選択、アクセス、セキュリティ、救済を含む公正情報慣行の原則 (Fair Information Practice Principles) によって対応が図られてきた⁸²⁾。すなわち、憲法上のプライバシー権とは異なり、原則とし

(1996) 81頁, 参照。

80) See PAUL M. SCHWARTZ & JOEL R. REIDENBERG, DATA PRIVACY LAW: A STUDY ON UNITED STATES DATA PROTECTION 35 (1996). ステイト・アクション法理の縮小過程にプライバシー権の登場 特にプライバシー権を擁護したウィリアム・ダグラス裁判官における憲法による統制の公的空間の拡大とプライバシー権に基づく私的空間の保障との緊張関係 があることを指摘するものとして、宮下紘「ステイト・アクション法理における公私区分再考 (2・完)」一橋法学5巻3号(2006)961頁, 6巻1号(2007)157頁, 参照。

81) ステイト・アクション法理とは、私人の行為が政府の援助と恩恵に依存している場合、私人の行為が伝統的な政府の機能を果たしている場合、あるいは私人による侵害行為が政府の権威によって更に重いものとされている場合には、裁判所が私人の行為を憲法によって規律する法理 (*Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 621-2 (1991)) である。See e.g., *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715, 722 (1961); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1944); *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

82) See U.S. Department of Health, Education and Welfare, *Records, Computers and the Rights of Citizens: Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated*

て、検索サイトにおいて私人が削除を求める訴訟等の私人間におけるプライバシーの問題はコモンロー上のプライバシーの問題であって、憲法上の権利の問題ではない。『ハーバード・ロー・レビュー』のシンポジウムにおいても、Googleは憲法上の義務を履行すべき「ステイト・アクター」であるかどうか疑問が提起された⁸³⁾。アメリカにおいても、インターネット空間自体を私的な空間と見るか、公的な空間と見るかは論争があり、ステイト・アクション法理を真剣に捉え、権力の「帰属」が政府にあるかどうかではなく、権力の「性質」そのものからステイト・アクションを定義し、表現の自由とプライバシー権の調整を図るべきであるという主張も見られる⁸⁴⁾。しかし、欧米の異同を見た場合、プライバシー権は公私区分をめぐり、その根本的思考において異なっている。

スペインにおける検索サイト訴訟についてみれば、私人がスペインのデータ保護機関に対して個人データの削除を求めている。すなわち、プライバシー権の問題の構造は、「忘れられる権利」という基本的権利の名の下に、政府（厳密的には第三者機関）がGoogleに対して個人データを消去するよう命じ、私人の基本権を保護する義務がある、というものである。「忘れられる権利」はいわゆる保護義務論を前提としている。これに対し、同様の問題がアメリカで生じたと仮定すれば、そもそも私人間には憲法が直接援用できないためプライバシー権の問題とはなりえず、むしろ政府が

Personal Data Systems XX-XXIII, at 50 (1973); Federal Trade Commission, *Privacy Online: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace* (2000). 2012年2月にオバマ政権が公表した消費者プライバシー権利章典においても公正情報慣行の原則の遵守と立法化が謳われている。

83) Panel on The Harms of Surveillance in Harvard Law Review Symposium on Privacy & Technology (Comment by Joel Reidenberg). See Joel R. Reidenberg, *Setting Standards for Fair Information Practice in the U.S. Private Sector*, 80 IOWA L. REV. 497, 502 (1995).

84) See Daniel J. Solove & Neil M. Richards, *Rethinking Free Speech and Civil Liability*, 109 COLUM. L. REV. 1650, 1695 (2009). See also JONATHAN L. ZITTRAIN, *THE FUTURE OF INTERNET AND HOW TO STOP IT* 213 (2008).

Google に対して特定の個人データの消去を命ずることが、オンライン上の表現の内容規制、いわゆる「検閲」の問題となってしまうかねない。すなわち、ヨーロッパにおける「忘れられる権利」は、アメリカでは「あなたが私について話すことを政府に止めてもらう権利」⁸⁵⁾とみなされる⁸⁶⁾。このようにプライバシー権の公私区分論によって、問題の構造はアメリカとヨーロッパでは根本的に異なってしまうのである。確かに、「忘れられる権利」の主たる対象は巨大なデータを蓄積している検索サイトやソーシャル・ネットワーキング・サービスを念頭に置いているものの、仮に「忘れられる権利」が、少なくとも理論的に官民の場面を問わず無差別的に行使をできる権利であるとするれば、その権利の射程はとてつもなく広大なものと言わざるをえない⁸⁷⁾。

4. プライバシー権の継承

『ハーバード・ロー・レビュー』第4巻から第126巻へ

21世紀の我々のプライバシー権論は、我々がプライバシー権の歴史を捨象しない限り、19世紀のプライバシー権の原典の上に成り立つ。1890年、

85) Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You*, 52 STAN. L. REV. 1049, 1051 (2000). 「私に関する個人識別可能な情報についてあなたの通信をコントロールする権利」であるとも揶揄される。Id. at 1050.

86) アメリカにおいても表現の自由とプライバシー権を調整しようとする見解がある。See e.g., Neil M. Richards, *Reconciling Data Privacy and the First Amendment*, 52 UCLA L. REV. 1149 (2005); Paul M. Schwartz, *Free Speech vs. Information Privacy: Eugene Volokh's First Amendment Jurisprudence*, 52 STAN. L. REV. 1559 (2000).

87) 「人間の尊厳」を基調とするプライバシー権論が公法上・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ものの、「広汎にすぎ、『権利』として提示するには明確性を欠いている」という佐藤幸治教授の指摘は「忘れられる権利」の射程の広さを言い当てていると思われる。佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣・2008) 447頁。

弁護士 Louis Brandeis は、Samuel Warren との『ハーバード・ロー・レビュー』共著論文において、「プレスは礼節と品格の明確な境界をあらゆる方面で踏み越えている」⁸⁸⁾と書き残し、1928年、裁判官 Brandeis は諜報活動に従事する政府に対して「品格、安全、そして自由といったものは、政府の役人が市民に命じられた行為と同じルールに従わなければならないことを要求している」⁸⁹⁾と意見を言い渡した。Brandeis のプライバシー権には「品格 (decency)」という言葉が、1890年の論文と1928年の意見において通底している。検索サイトやソーシャル・ネットワーキング・サービスは21世紀の「ゴシップ」となり⁹⁰⁾、まさに「品格」への脅威となりつつある⁹¹⁾。そして、Brandeis がプライバシー権を擁護したのは、1890年の論文において「人間の精神性、感情、そして知性の承認がもたらされた」⁹²⁾と書き記し、1928年の判決において「憲法の創設者は人間の精神性、感情、そして知性の重大性を認めてきた」⁹³⁾と執筆し、「人間の精神性、感情、そして知性 (man's spiritual nature ... his feelings and ... his intellect)」を護り抜こうとしていたからである。本人の必ずしも了知しないところで大量のデータが収集・管理・利用を可能とするインターネット上の追跡と

88) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193, 196 (1890).

89) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 485 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

90) See DANIEL J. SOLOVE, *THE FUTURE OF REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET* 4 (2007).

91) プライバシーが単に個人の権利としての価値を有するのみならず、社会の「品格」、別の言い方をすれば「シヴィリティ・ルール」とも密接に結びついていると言われる。See e.g., ROBERT C. POST, *CONSTITUTIONAL DOMAIN: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT* 51 (1995). 他者のプライバシー侵害を放置するインターネット上の表現については、論争のあるところであるが「品格」の観点からも問題視されうる(平地秀哉「『品格ある社会』と表現」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由』(尚学社・2011)317頁)。

92) Warren & Brandeis, *supra* note 88, at 193.

93) *Olmstead*, 277 US at 478 (Brandeis, J., dissenting). See also *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (Brandeis, J., concurring).

監視は、「人間の精神性、感情、そして知性」の「萎縮効果」⁹⁴⁾を招来することとなる。

Brandeisの1890年と1928年を貫くプライバシー権の精巧な筆致は、21世紀におけるデジタルの世界において自らの存在と本質的属性の会得と反芻の過程において、自我を形成し、解釈し、発展させ、そして表現するための概念と、公開の義務の名の下にインターネットという公開フォーラムを道具とする民主政の維持と発展にも不可欠な理念を示していると考えられる⁹⁵⁾。インターネットの世界では、好むと好まざるとに関わらず、常時他者との接続関係を持たざるをえず、もはや独りにしておいてもらうこともできず、また自らの情報のコントロールをほぼ不可能とさせてしまった。このことから、「プライバシーの権利 (privacy right)」として構成することをひとまず諦め、「コード」⁹⁶⁾論に象徴されるようなプライバシーを取り巻く構造に着目するプラグマティックな手法を採り「プライバシーの統治 (privacy governance)」に依存する方法も想定できよう⁹⁷⁾。インターネット上の個人情報の削除は、専ら技術者の話であると済ませることも可能であろう。しかし、プライバシーが「権利」として保障されないところにプライバシーの「統治」は存在しえず、「統治」とともにプライバシー

94) See e.g., Richards, *supra* note 76, at 1950; DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 193 (2008); Julie E. Cohen, *Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure*, 75 U. CHI. L. REV. 181, 193 (2008).

95) 宮下紘「ルイス・ブランダイスのプライバシー権：34歳と71歳のブランダイスをつなぐ言葉」駿河台法学26巻1号(2012)129頁、参照。

96) LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0 (2006). See also Orin S. Kerr, *Accounting for Technological Change*, 36 HARV. L. & POL'Y REV. 403, 407 (2013).

97) See Julie E. Cohen, *What is Privacy For?*, 126 HARV. L. REV. 1904, 1927 (2013). プライバシーを論じるに当たっては、「権利」論と「統治」論とのギャップを理解することが重要である。See Julie E. Cohen, CONFIGURING THE NETWORKED SELF 148 (2012). この点、山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号(2010)80頁は、プライバシーの「構造」論を展開しており注目に値する。

の「権利」としての法理論化の必要性は今なお強調されるべきである。インターネットの世界において、独りにしておいてもらう権利や自己情報コントロール権というプライバシーの旧世代を継承する新たなプライバシー権論の一つの候補として、「忘れられる権利」はデジタル世界におけるネットワーク化された自我を造形する権利をさらに意義あるものにするための契機になるのではなかろうか。その意義とは、かつて Brandeis が主張したプライバシー権の根底にある「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」の擁護である。

ネットワーク化された自我を造形する権利

人は忘れる生き物である。人間の記憶の限界によって、自我は必然的に過去と現在の一定の断絶を経て造形されていくものである。過去と現在の自我の一定の断絶があるからこそ、その隙間を埋めるべく自我への内省と能動的解釈の契機が作られる。その意味で、自我造形の過程における過去と現在をつなぎ、時に忘れられることとなる運命にある、各人に属する「時間 (time)」⁹⁸⁾ は、それが「自我への権利」としてプライバシー権の保障の対象となりえよう。時間への支配は各人の自我の造形に不可欠であり、自由な時間の消尽は他者への隷従と自我の亡失へとつながる。記憶がデジタル化されることは便利である反面、その「時間」が人間の脳から忘れられることとなれば、人間らしさの本質 John Stuart Mill の言葉を借りるなら、不完全な人間が「生の実験」を経て、「多数者の専制」ならぬ「デジタル化の専制」から解き放たれた「自我に関する美德 (self-regarding virtues)」⁹⁹⁾ の再考を迫るものとなろう。その意味で、「忘れられる権利」は単に技術的にデジタルの記憶から情報を削除することを狙いとするのではなく、むしろ人間の忘却の復権、すなわち忘れるという

98) JED RUBENFELD, FREEDOM AND TIME: THEORY OF CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 254 (2001).

99) JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 146 (2d ed. Boston: Ticknor and Fields, 1863). 過去の情報を基に他者から判断されることが、プライバシー法によって「勝者」

人間の性をもつ価値の再生を標榜している¹⁰⁰⁾。

忘れることを常とする人間にあって、人間の記憶に対する科学の挑戦の中で人間らしさへの欲求をどこまで法的にこれを承認すべきか。他方で、人間の生活を豊かなものにしてくれる技術革新をどこまで法的に許容するか。自らの生の記憶に基づく過去の能動的解釈と新たな自我の創造は、自らの手にあるのか、それともコンピュータに委ねられるのか。両者を二者択一として捉えるべきではない¹⁰¹⁾。「忘れられる権利」の未来は、かつて Brandeis が残した言葉にあるようにプライバシー権の根底にある「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」を涵養しうるデジタル世界におけるネットワーク化された自我を造形する権利を尊重することができるかにかかっている。

筆者は、「忘れられる権利」が草案段階に欧米のプライバシー保護担当官とこの権利について意見交換を重ねてきたが、忘れることを法的に強制することなどできず、この権利はEUデータ保護改革のある種スローガンにすぎないと当初考えていた。ところが、「忘れられる権利」は規則提案に具体的な条文として明記されただけでなく、欧州議会においてもこれが歓迎され、欧州司法裁判所ではこの権利の実現を試すべく執行を求めた訴訟が審理されている¹⁰²⁾。現時点で、「忘れられる権利」について、その理

と「敗者」という差別と偏見を生み出す危険性があるとも指摘される。See Anita L. Allen, *Privacy Law: Positive Theory and Normative Practice*, 126 HARV. L. REV. 241, 244 (2013).

100) See Mayer-Schönberger, *supra* note 11, at 185.

101) この点、デジタルの記憶がもたらす恩恵、たとえば真理の発見あるいは歴史研究等についても留意する必要があるだろう。See e.g., GORDON BELL & JIM GERMMELL, *TOTAL RECALL: HOW THE E-MEMORY REVOLUTION WILL CHANGE EVERYTHING* 166 (2009).

102) この条文を起草した欧州委員会司法総局の担当官と何度か意見交換をした際にも、「忘れられる権利」が規則提案の核心をなしており、この権利について譲歩するつもりがない強いこだわりを感じた。この点については、その一例を公表したものとして、消費者庁「個人情報保護制度における国際的水準に関する

論面に様々な困難が伴うことを指摘することができ、またその実務面における執行の実現可能性には悲観的な見通しを持たざるをえない。しかし、「ブリュッセル効果」¹⁰³⁾という比喩のとおり、ブリュッセルを震源とした「忘れられる権利」の規則提案への導入は、EU加盟国のみならず、アメリカ、さらには日本においてもそのデジタル・ツナミのごとく影響を及ぼしてきた。「忘れられる権利」の今後がどのようなになったとしても、「忘れられる権利」それ自体が導入された背景とその権利の根底にあるものには、かつて Brandeis が描いたプライバシー権の核心に遡るべき無視しえない魅惑を醸し出しているとともに、ネットワーク化された自我を造形するためにプライバシーを権利として構成すべき際の留意点を示しているように思われる。

日本でも、最高裁判所はノンフィクション逆転事件において「前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益を有する」¹⁰⁴⁾と述べ、過去は第一次的には自身の手によって解釈されるべきものであり、自我造形の段階においてその者の過去について他者から不当に干渉されない法的利益を示唆している。同判決では、「ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否かは、その者のその後の生活状況のみならず、事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の

る検討委員会報告書」(2012年3月)78頁、参照。

103) Anu Bradford, *The Brussels Effect*, 107 Nw. U. L. Rev. 1 (2012).

104) 最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁。大村敦志「『逆転』事件」法学教室(2010)128頁。「忘れられる権利」の行使については、「実施機関の有する対外的な調査権限におのずから限界があること」や本人の「権利利益に直接係るものということは困難であると考えられる」場合、一定の制約があると解される(最判平成18年3月10日判時1932号71頁)。また、下級審の裁判例として、医師によるセクシャルハラスメント等の訴訟を弁護士が記者会見したことがプライバシー侵害になるとした例(東京高判平成17年3月14日判時1893号54頁)、過去の言動や賭博の逮捕歴や不倫関係などの公表が不法行為を構成しないとした例(東京地判平成21年1月28日判時2036号48頁)等がある。

重要性, その者の社会的活動及びその影響力について, その著作物の目的, 性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべき¹⁰⁵⁾と考慮すべき事項についても説示している。

また, 阪本昌成教授は, 「ありのままの人間像」を前提とし, 「人間は個別的で多様な存在」であって, 「人の個別性・多様性も知らない他者は, ある人の自己愛追求過程に介入する正当な理由を, 基本的には, もたない」と説く¹⁰⁶⁾。棟居快行教授は, 「個人に確保されるべき全貌の把握, それに対する反省や内省を, 当人以外の存在が代行したり脅かしたりすることこそがプライバシー権の侵害の正体なのだ¹⁰⁷⁾」と指摘する。これらの見解は, 「忘れられる権利」の本質をそれなりに言い当てているとも解することができる。さらに, 我が国の個人情報保護法制における個人情報の利用停止に関する規定(個人情報の保護に関する法律第27条, 行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律第36条等)は, 不正な取得や本人の同意に関わる利用目的の制限違反等の場合に利用停止を認めている。これらの条文解釈からただちに「忘れられる権利」あるいはそれに類する権利・

105) 判決では, 「本件事件及び本件裁判から本件著作が刊行されるまでに12年余の歳月を経過しているが, その間, 被上告人が社会復帰に努め, 新たな生活環境を形成していた事実」を特に考慮している。しかし, この部分は「時の経過」とともに情報が保護されると理解すると, 「時の経過」とともに情報が公開されるとするアーカイブズ研究の本旨と矛盾することとなろう。See Jean-François Blanchette, *The Noise in the Archive: Oblivion in the Age of Total Recall*, in *COMPUTERS, PRIVACY AND DATA PROTECTION: AN ELEMENT OF CHOICE* 25 (Serge Gutwirth, et. al. eds., 2011). See also *Archivists in France Fight a Privacy Initiative*, N. Y. TIMES, June 17, 2013 at B7.

106) 阪本昌成『憲法理論』(成文堂・1994)68頁。阪本昌成『プライバシー権論』(日本評論社・1986)4頁, 参照。

107) 棟居快行『憲法学の可能性』(信山社・2012)310頁。なお, 棟居教授は自説を展開する際に, 人が家族, 交遊関係, 地域, 職場, 市民運動, 街の雑踏などで多様な社会関係に身を置きながら, それぞれの社会関係ごとに特定の自己イメージを主張し, 人間関係を成立させていくことのうちにあるとされる「個人の尊厳」に依拠している。

求めが成立する余地がないと解するとは言えず、究極的には法目的の「個人の権利利益を保護すること」（第1条）とプライバシーの権利の法的性格の解釈にかかっている。

このような判例、見解、立法は、デジタルの世界においてネットワーク化された自我を造形する権利を十分なものとするための「忘れられる権利」の萌芽ともなりうるものであり、同時に国境を超える普遍的な課題に対処する意味においても、日本におけるこのような権利が今後成長する土壌が存在しないわけでもない。

For and Against “The Right To Be Forgotten”

Hiroshi MIYASHITA

Summary

“The right to be forgotten” proposed by the European Commission in January 2012 raised a new debate on the right to privacy in an age of Internet. “The right to be forgotten” allows users to erase their embarrassing personal data from the website on the ground of privacy infringement and defamation. This article clarifies the different attitude on “the right to be forgotten” between the United States and Europe in terms of 1) the balance with free expression, 2) consent and 3) public-private distinctions. “The right to be forgotten” still embraces the uncertainty, but it gives us to reconsider how we structure the right to privacy and to configure the self in the Internet era.