

ロボット型検索エンジンと私法上のプライバシー ——違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」に着目して (最三小決平成29年1月31日民集71巻1号63頁)

角本和理

1. はじめに

本件は、インターネット上の検索事業の人格権侵害該当性について、最高裁が初めて判断を下した事案である¹。より詳細には、インターネット上のウェブサイトを利用者の求めに応じて検索し、ウェブサイトを識別するためのURL等を検索結果として当該利用者に提供する事業者が、ある者に関する検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL並びに当該ウェブサイトの表題及び抜粋を検索結果の一部として提供する行為の違法性の有無等について、判断が下されたものである。

本稿では、本決定がプライバシー侵害に基づく検索結果の削除を認めるための違法性判断において、従来の判例では必ずしも要求されてこなかった「被侵害利益優越の『明白性』」を求めた意義を中心に検討することを課題とする。その概要は、次のようなものである。まず、本決定が明白性要件を要求した根拠を、本件が、事業者の一定の方針に従って何らかの結果を得よう作成された高度なアルゴリズムが関わる不法行為類型であったことに(も)求める。そのうえで、本要件の意義は、違法性判断に当たって被害者救済のために特定の事情を取って考慮要素から除外する場合に、責任認否の下限が緩くなりすぎないようにするための(符牒にすぎない)ものであると考える。そしてそれを前提として、本法理は、アルゴリズムのかかわるそのほかの不法行為類型にも射程が及ぶ可能性があることを指摘する。

1 本決定に関する論考・評釈類として、秋山靖浩「本件判批」法学教室441号(2017)124頁、安藤均「本件判批」旭川大学経済学部紀要76号(2017)101頁、石井夏生利「本件判批」判例評論708号(2018)148頁、宇賀克也「本件判批」情報公開・個人情報保護66号(2017)25頁、上机美穂「本件判批」新・判例解説 Watch 21号(2017)97頁、神田知宏「本件判批」判例時報2328号(2017)19頁、木下昌彦「本件判批」平成28年度重要判例解説(2017)14頁、佐々木雅寿「本件判批」法学教室440号(2017)147頁、宍戸常寿「検索結果の削除をめぐる裁判例と今後の課題」情報法制研究1号(2017)45頁、鈴木秀美「本件判批」ジュリスト1507号(2017)101頁、高原知明「本件調査官解説」ジュリスト1507号(2017)119頁、高部真規子「本件判批」法の支配187号(2017)67頁、田代亜紀「本件判批」憲法判例百選I〔第七版〕(2019)138頁、土平英俊「本件判批」創価ロージャーナル12号(2019)135頁、中川敏宏「本件判批」法学セミナー749号(2017)94頁、中山茂樹「本件判批」新・判例解説 Watch 21号(2017)17頁、根本尚徳「本件判批」民商法雑誌154巻1号(2018)150頁、野々村和喜「本件判批」私法判例リマックス56号(2018)6頁、古田啓昌・赤川圭・早川晃司「本件判批」判例時報2328号(2017)14頁、宮下紘「忘れられる権利」判例時報2318号(2017)3頁、棟居快行「本件判批」法学教室441号(2017)47頁、村田健介「本件判批」平成29年度重要判例解説(2018)79頁等(五十音順)。

2. 事実

2.1. 事実関係の簡略図

X（債権者）：「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」違反の罪により、罰金刑に処せられた経歴（本件事実）を有する。

Y（債務者）：利用者の求めに応じてインターネット上のウェブサイトを検索し、これを識別するための URL 等を検索結果として当該利用者に提供することを業として行う。

争点：Yの管理するシステム（ウェブサイト）で、Xの居住する県の名称及びXの氏名を条件として検索すると、本件事実が書き込まれたウェブサイトの URL 等情報が表示される。これがXのプライバシーにかかわる権益を侵害するのではないか。

補足：Yの管理するウェブサイトの仕組み²

本件検索事業者「の有するコンピュータ群により、インターネット上の無数のウェブページが取得（クロール）され、インデックスが作成される。そして、検索エンジンの利用者がクエリ〈編注・情報検索における問い合わせの内容〉を入力すると、インデックスの中で当該文字列が一致するページが検索され、その中でクエリと関連性が高いと」プログラムないしアルゴリズムによって「判断されたウェブページへのリンクを表示したりリストが、検索結果一覧として表示される」。ちなみに、本件検索事業者が「管理しているのは、クエリに応じて検索結果を生成するプログラム」である。

2.2. 事実の概要

X（債権者、保全抗告審相手方、許可抗告審抗告人）は、児童買春をしたとの被疑事実に基づき、平成26年法律第79号による改正前の「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」に違反した容疑で平成23年11月に逮捕され、同年12月に同法違反の罪により罰金刑に処せられた。Xが上記容疑で逮捕された事実は逮捕当日に報道され、その内容の全部又は一部がインターネット上のウェブサイトの電子掲示板に多数回書き込まれた。

Y（債務者、保全抗告審抗告人、許可抗告審相手方）は、利用者の求めに応じてインターネット上のウェブサイトを検索し、ウェブサイトを識別するための符号である URL を検索結果として当該利用者に提供することを業として行う者（以下「検索事業者」）である。Yから上記のとおり検索結果の提供を受ける利用者が、Xの居住する県の名称及びXの氏名を条件として検索すると、当該利用者に対し、原々決定の引用する仮処分決定別紙検索結果一覧記載のウェブサイトにつき、URL並びに当該ウェブサイトの表題及び抜粋が提供されるが、この中には、本件事実等が書き込まれたウェブサイトの URL 等情報が含まれる。

以上を前提に、Xは、Yに対し、人格権ないし人格的利益に基づき、本件検索結果の削除を求める仮処分命令の申立てをした。これに対し、さいたま地決平成27年6月25日が申立て

2 検索エンジンの仕組みについては、本件債務者の代理人の手による、古田ほか・前掲注（1）15頁の解説を参照している。

を全部認容したため、Yが保全異議を行った。

保全異議審（さいたま地決平成27年12月22日、本件第一審）³では、一方で検索エンジンの公益性に配慮しながらも、他方で「忘れられる権利」という用語に言及しつつ、Xの更生を妨げられない利益の侵害は、本件では社会生活上受忍すべき限度を超えているとして仮処分を認可した。その判断に当たっては、「公的機関であっても前科に関する情報を一般に提供するような仕組みをとっていないわが国の刑事政策」の事情と、「インターネットが広く普及した現代社会においては、ひとたびインターネット上に情報が表示されてしまうと、その情報を抹消し、社会から忘れられることによって平穏な生活を送ることが著しく困難になっていること」を重視し、次のように判示した。すなわち、既に罰金刑に処せられて罪を償ってから3年余り経過した過去の児童買春の罪での逮捕歴がインターネット利用者によって簡単に閲覧されるおそれがあり、そのため知人にも逮捕歴を知られることで、平穏な社会生活が著しく阻害され、更生を妨げられない利益が侵害されるおそれがある。以上を受けて、Yは保全抗告を行った。

これに対し、抗告審（東京高決平成28年7月12日、本件原審）⁴は、被保全権利としての「忘れられる権利」を否定し、名誉権やプライバシー権について検討したうえで、削除決定を取消した。その際、差止を認める要件としては、差止を求める者の社会的地位や影響力、公表により差止請求者に生じる損害発生の明白性、重大性及び回復困難性等だけでなく、インターネットという情報公表ないし伝達手段の性格や重要性、更には検索サービスの重要性等も総合考慮して決すべきとした。そしてこの点について検討し、本件犯行ははまだ公共性を失っていないことに加え、本件検索結果を削除することは情報が記載されている元のウェブページ全体の閲覧を極めて困難ないし事実上不可能にして多数の者の表現の自由及び知る権利を大きく侵害し得るものであること、本件犯行を知られることによりXに直ちに社会生活上又は私生活上の受忍限度を超える重大な支障が生じるとは認められないとした。

以上を受け、Xが特別抗告と許可抗告を申立て、東京高裁が許可抗告を許可して最高裁に二つの事件が上がった。そのうちの、1月31日に出された許可抗告に対する判断が本決定である（特別抗告については別途棄却となった）。

3. 判旨 請求棄却

・被保全権利

「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるというべきである」（として最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁〔前科照会事件判決〕、最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁〔ノンフィクション『逆転』事件判決〕、最判平成14年9月24日裁判集民事207号243頁〔『石に泳ぐ魚』事件判決〕、最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁〔長良川リンチ殺人推知報道事件判決〕、最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁〔早稲田大学江沢民講演事件判決〕を引用）

3 本件第一審を検討する評釈類として、上机美穂「判批」私法判例リマークス54号（2017）54頁、栗田昌裕「判批」判例評論693号（2016）148頁、濱口晶子「判批」法学セミナー742号（2016）124頁等。

4 本件原審を検討する評釈類として、奥田喜道「判批」新・判例解説 Watch 20号（2017）35頁、上机美穂「判批」新・判例解説 Watch 20号（2017）115頁、松本和彦「判批」法学教室434号（2016）161頁等。

・ 検索事業者の行為の性質

「他方、検索事業者は、インターネット上のウェブサイトに掲載されている情報を網羅的に収集してその複製を保存し、同複製を基にした索引を作成するなどして情報を整理し、利用者から示された一定の条件に対応する情報を同索引に基づいて検索結果として提供するものであるが、この情報の収集、整理及び提供はプログラムにより自動的に行われるものの、同プログラムは検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるように作成されたものであるから、検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する。また、検索事業者による検索結果の提供は、公衆が、インターネット上に情報を発信したり、インターネット上の膨大な量の情報の中から必要なものを入手したりすることを支援するものであり、現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている。」〔傍点引用者〕

・ 違法性の判断基準

「検索事業者による特定の検索結果の提供行為が違法とされ、その削除を余儀なくされるということは、上記方針に沿った一貫性を有する表現行為の制約であることはもとより、検索結果の提供を通じて果たされている上記役割に対する制約でもあるといえる。」

そのため、「検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該事実の性質及び内容、当該 URL 等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、その者の社会的地位や影響力、上記記事等の目的や意義、上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、上記記事等に当該事実を記載する必要性など、当該事実を公表されない法的利益と当該 URL 等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較考量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該 URL 等情報を検索結果から削除することを求めることができるものと解するのが相当である。」〔下線部原文ママ〕

・ 当てはめ

「これを本件についてみると、X は、本件検索結果に含まれる URL で識別されるウェブサイトにて本件事実の全部又は一部を含む記事等が掲載されているとして本件検索結果の削除を求めているところ、児童買春をしたとの被疑事実に基づき逮捕されたという本件事実は、他人にみだりに知られたくない X のプライバシーに属する事実であるものではあるが、児童買春が児童に対する性的搾取及び性的虐待と位置付けられており、社会的に強い非難の対象とされ、罰則をもって禁止されていることに照らし、今なお公共の利害に関する事項であるといえる。また、本件検索結果は X の居住する県の名称及び X の氏名を条件とした場合の検索結果の一部であることなどからすると、本件事実が伝達される範囲はある程度限られたものであるといえる。」

・結論

「以上の諸事情に照らすと、Xが妻子と共に生活し、「罰金刑に処せられた後は一定期間犯罪を犯すことなく民間企業で稼働していることがうかがわれることなどの事情を考慮しても、本件事実を公表されない法的利益が優越することが明らかであるとはいえない。」

4. 評釈

4.1. 検討の視角

本決定が判断を下した論点を整理すると、次のとおりである。

①検索結果に対する削除請求の根拠となる権利の性質（いわゆる「忘れられる権利」⁵と従来の人格権⁶との関係）、②検索事業者の行為の性質（そもそも検索事業は表現行為に当たるのか）、③検索事業者は表現行為の媒介者として免責されるべきか、④検索事業者の責任の補充性をどう考えるか（検索事業者は、一次的な表現者に対する責任追及が困難な場合のみ責任を負うべきなのか）、⑤違法性の判断基準いかん⁷（特に、いわゆる「時の経過」⁸、情報の伝達される範囲、被侵害利益優越の明白性）、以上の5点である。

これらの点について、本決定は、大略、次のような判断を行った。すなわち、検索結果に対する削除請求の問題を従来のプライバシー権の一領域と構成し、検索事業者の行為には表現行為の側面があるとしたうえで、検索事業者について媒介者免責や責任の補充性を認めず、プライバシー権の保護にあたって、被侵害利益優越の明白性を求めたのである。

この点、本決定が出されてからすでに久しく、本決定を検討する評釈類がすでに多数あること、それらのなかに、以上の論点について網羅的に検討するものも少なからずみられること及び紙幅の問題に鑑み、本稿は、次のような視角に限定して本決定を検討する。

すなわち、本決定がプライバシー侵害に基づく検索結果の削除を認めるための判断において、従来の判例に一般に見られるわけではなかった「明白性」要件を要求した根拠を、本件が事業者の一定の方針に従って何らかの結果を得るよう作成されたアルゴリズムによる自動的な情報処理に起因する不法行為という類型であったことに求め、その意義を考察する。よ

5 欧米の「忘れられる権利」に関する先駆的な論考として、伊藤英一「情報社会と忘却権—忘れることを忘れたネット上の記憶」慶応義塾大学法学研究84巻6号（2011）161頁、宮下紘「忘れられる権利——プライバシー権の未来」時の法令1906号（2013）47頁、杉谷眞「忘れてもらう権利—人間の『愚かさ』の上に築く権利—」Law & Practice7号（2014）154頁、宮下紘「忘れられる権利をめぐる攻防」比較法雑誌47巻4号（2014）24頁、上机美穂「忘れられる権利とプライバシー」札幌法学25巻2号（2014）54頁等。諸外国の「忘れられる権利」に関する総合的な研究として、奥田喜道（編）『ネット社会と忘れられる権利』（現代人文社、2015）がある。

6 人格権については、五十嵐清「人格権法概説」（有斐閣、2003）等参照。本件では、特にプライバシーの自己情報コントロール権説（佐藤幸治「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法的考察（一）」法学論叢86巻5号（1970）1頁、堀部政男『現代のプライバシー』（岩波新書、1980）や、自己イメージコントロール権説（棟居快行『人権論の新構成（第1版改版）』（信山社、2008〔初出1986〕））等との関係が理論上問題になっている。

7 プライバシー侵害に関する裁判例では、一般に、侵害される利益と侵害する利益・事情の比較衡量が行われることが多いとされる。日本の裁判例を検討する近時の論考として、例えば、窪田充見（編）『新注釈民法（15）債権（8）』（有斐閣、2017）526頁〔水野謙〕、松尾剛行『最新判例にみるインターネット上のプライバシー・個人情報保護の理論と実務』（勁草書房、2017）、能見善久、加藤新太郎（編著）『論点体系 判例民法8 不法行為Ⅰ〔第三版〕』（第一法規、2019）88頁〔前田陽一〕等。

8 「時の経過」に関する論考としては、塚本晴二郎「ジャーナリズムとプライバシー侵害——『逆転』事件判決における「時の経過」の基準を中心として」法学紀要33巻（1991）295頁、谷上健次「『時の経過』とプライバシー——日本とアメリカにおける判例比較」日本大学大学院法学研究年報34号（2004）209頁、上村都「『時の経過』——『絶対評価』と『相対評価』」名城法学57巻1・2号（2007）183頁等。

り具体的には、本決定が、違法性判断において、①高度なアルゴリズムが抱える「ブラックボックス」問題のため立証が非常に困難となりうる過失を考慮要素から排除し、かつ、②当該システムそのものの社会的重要性をも比較衡量の直接的な要素から除外していることに着目し、その理論的意義や射程を分析する。

4. 2. 違法性の判断基準に関する検討

(1) 違法性の判断基準に関する本決定の判例法上の位置づけ

本件で問題となっている、検索サイトの検索結果等の削除の判断枠組みについて、これまでの下級審の判断構造は大きく分けて二つに分かれていた。一つは、人格的利益の保護の必要性が明白であることを求める明白性基準であり、一つは、人格的利益とそのほかの利益ないし事情を比較検討する比較衡量論である⁹。

一方の、明白性基準を採用したと評価できるものとしては、例えば、東京地判平成23年12月21日（事件番号平成23年（ワ）第25033号）、札幌地決平成28年4月25日（ウエストロー文献番号：2016WLJPCA04256006）、名古屋地決平成28年7月20日（ウエストロー文献番号：2016WLJPCA07206013）等が挙げられる。これらはそれぞれ、結果としては検索結果の削除につき消極に解している。

このようなプライバシー侵害の明白性を要求する構成は、差止の要件として侵害行為の明白性、被害の重大性・回復困難性を求める『石に泳ぐ魚』事件判決を応用するものであると位置づけることもできなくはない。この点、これまで人格権侵害に基づく差止は、名誉権を根拠として肯定されたもの（最大判昭和61年6月1日民集40巻4号872頁〔北方ジャーナル事件判決〕）を端緒として、『石に泳ぐ魚』事件判決も、名誉・プライバシー・名誉感情という複数の権益の侵害に基づく差止を認めたものであり、必ずしもプライバシー侵害のみを根拠として差止を認めたものはみられなかった。そのことも考え合わせると、本問題について明白性基準を採用する下級審は、単に『石に泳ぐ魚』事件判決のいう「侵害行為の明白性」と「被害の重大性」を、「プライバシー権の侵害ないし違法性の明白性」に置き換えたのではなく、検索サービスの特性を重視したうえで、事業者の責任を認定するための（原告にとって負担となる）加重要件として明白性基準を設定していると評価できる¹⁰。

他方の、プライバシー侵害事例で一般に行われてきた、個別具体的な比較衡量論を採用したと評価できるものとしては、本件第一審と原審が挙げられる。

本件第一審は、「検索エンジンに対する検索結果の削除請求を認めるべきか否かは、検索エンジンの公益的性質にも配慮する一方で、検索結果の表示により人格権を侵害されるとする者の実効的な権利救済の観点も勘案しながら、」「諸般の事情を総合考慮して、更生を妨げられない利益について受忍限度を超える権利侵害があるといえるかどうかによって判断すべきである。」とする。原審は、「削除等を求める事項の性質（公共の利害に関わるものであるか否か等）、公表の目的及びその社会的意義、差止を求める者の社会的地位や影響力、公表により差止請求者に生じる損害発生の可能性、重大性及び回復困難性等だけでなく、」「イン

9 このようなかたちで下級審の判断を分類し、検討するものとして、例えば、曾我部真裕「日本における『忘れられる権利』に関する裁判例および議論の状況」江原法学49巻（2016）11頁以下。

10 下級審の判断を同様に理解するものとして、曾我部・前掲注（9）13頁等。曾我部はまた、このような下級審の判断を積極的に評価する。

ターネットという情報公表ないし伝達手段の性格や重要性、更には検索サービスの重要性等も総合考慮して決するのが相当である」とする。それぞれ、考量要素に違いがあり、そのことゆえか結論にも違いがあるが、比較衡量を総合的に行うという点では、同じ立場である。このような比較衡量を行う構成は、差止請求に限られない従来のプライバシー侵害に関する事例に一般的にみられるものである。

以上のような下級審の判断について、最高裁による評価が下されることが待たれていたが、本決定は、上の意味での明白性基準でもなく、単純な個別的比較衡量とも異なる立場を採用した。いわば両者を、比較衡量論をベースとして折衷するような形で規範を定立したといえる。

すなわち、比較衡量のための、当該事実を公表されない法的利益と当該 URL 等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情として、①当該事実の性質及び内容、②当該 URL 等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、③その者の社会的地位や影響力、④上記記事等の目的や意義、⑤上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、⑥上記記事等に当該事実を記載する必要性など、を挙げる。そして、その結果、「当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合」には、検索事業者に対し、当該 URL 等情報を検索結果から削除することを求めることができるとしたのである。

このような最高裁の判断について、これまでの人格権侵害に関する事案において最高裁判決によって示されてきた基準と比較検討すると、次のようなことが言える。

まず、本決定の判断構造それ自体は、長良川リンチ殺人推知報道事件判決の示した法理を踏襲しているといえる¹¹。同判決は、ノンフィクション『逆転』事件判決を引用したうえで、「本件記事が週刊誌に掲載された当時の被上告人の年齢や社会的地位、当該犯罪行為の内容、これらが公表されることによって被上告人のプライバシーに属する情報が伝達される範囲と被上告人が被る具体的被害の程度、本件記事の目的や意義、公表時の社会的状況、本件記事において当該情報を公表する必要性など、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由に関する諸事情を個別具体的に審理し、これらを比較衡量して判断することが必要である。」とするからである。このような判断構造をベースにしていると理解できる本決定は、更生を妨げられない利益の保護の必要性を打ち出し結果的にも保護した『逆転』事件判決は勿論、既述のとおり、差止の要件として侵害行為の明白性、被害の重大性・回復困難性を求める『石に泳ぐ魚』事件判決の判断構造自体からも一定の距離がある。

このような考慮要素のうち、推知報道事件判決の示した「公表時の社会的状況」に「その後の変化」が付け加えられている点に着目すると、本決定も「時の経過」を重視しないわけではないことがわかる。ただし、この要素を考慮するにあたっての論理構造は、同じく「時の経過」を重視する『逆転』事件判決とはやはり違いがある。『逆転』事件判決では、「その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから」と、「時の経過」を捉える際に前科を有する者への着目の程度が強い。それに対し、本決定は、「公表時の社会的状況」がその後（時間の経過等によって）どう変化したかに着目している。後述するように具体的な当てはめにおいて債権者の生

11 同旨として、例えば、宍戸・前掲注（1）51頁等。

活態度に触れる以上、この「社会的状況とその後の変化」に「前科を有する者の更生に向けての努力」が全く含まれないわけではないであろうが、やはりその着眼点は異なる。

以上の判断枠組みの各要素のうち、本決定では具体的にどの要素が重視されて結論に至ったか。当てはめ部分を確認するに、④児童買春が社会的に強い非難の対象とされ、罰則をもって禁止されていることに照らし、今なお公共の利害に関する事項であるといえること、⑥本件検索結果はXの居住する県の名称及びXの氏名を条件とした場合の検索結果の一部であることなどからすると、本件事実が伝達される範囲はある程度限られたものであるといえること、③Xが妻子と共に生活し、罰金刑に処せられた後は一定期間犯罪を犯すことなく民間企業で稼働していることがうかがわれること、以上三点が考慮要素となっている。すなわち、本決定の考慮要素のうち、①「当該事実の性質及び内容」、②「当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲（とその者が被る具体的被害の程度）」、⑤「(上記記事等が掲載された時の社会的状況と) その後の変化」がピックアップされて検討されている。

このうち、①「当該事実の性質及び内容」と⑤「(上記記事等が掲載された時の社会的状況と) その後の変化」の関係について、本件下級審はどのように判断しているか。

一方で、第一審は必ずしも明示的に検討するものではないが、「既に罰金刑に処せられて罪を償ってから3年余り経過した過去の児童買春の罪での逮捕歴がインターネット利用者によって簡単に閲覧されるおそれ」があることを、「更生を妨げられない利益」の侵害と捉えていることから、児童買春の罪の公訴時効の経過を一つの基準としているように理解することができる。他方で、本件原審は、「本件犯行は、児童買春行為という、子の健全な育成等の観点から、その防止及び取締りの徹底について社会的関心の高い行為であり、特に女子の児童を養育する親にとって重大な関心事であることは明らかである。このような本件犯行の性質からは、その発生から既に5年程度の期間が経過しているとしても、また、相手方が一市民であるとしても、罰金の納付を終えてから5年を経過せず刑の言渡しの効力が失われていないこと(刑法34条の2第1項)も考慮すると、本件犯行は、いまだ公共の利害に関する事項である」とし、刑の言い渡しの効力を重視するようにもみえる。このように、両者は対照的な判断を行っている。

これらに対し、本決定は、公訴時効や刑の言渡しの効力等、法律上の制度のみを重視するわけでは必ずしもなく、「社会的非難の程度」という、社会ないしコミュニティの価値観をむしろ考慮している。この点、特に本決定では、違法性の判断に当たって、責任の可否それ自体というよりも、情報の性質を判断する際にコミュニティの価値観が部分的に考慮されているように思われる。もっとも、それでは一体どの程度の「時の経過」があれば児童買春という罪の前科に関する情報がプライバシーとして保護されることになるかについては、本決定は何ら示すものではない。

また、情報が「伝達される範囲」について、推知報道事件判決において示されたのは、「読者が仮名報道を読んで被上告人が当該少年犯罪を犯した者だと知りうる範囲」であった。これに対し本決定は、「本件検索結果はXの居住する県の名称及びXの氏名を条件とした場合の検索結果の一部であることなどからすると、本件事実が伝達される範囲はある程度限られたものであるといえる」とする。このように、情報が伝播しうる範囲が限定的であることを

削除否定の要素の一つとして捉えている点では、両者は共通する。

以上のような検討を経て、本決定は、被侵害利益の優越が明らかではないとして、削除請求を認めなかったわけであるが、なぜそもそも本決定において「被侵害利益優越の明白性」が求められるに至ったのか、どのような事情があれば「明らか」といえるのかについては何ら示すものではないし、本件下級審の判断や従来判例法との比較からそれらを導くことも必ずしも容易ではない。

そこで、次節からはこの明白性要件に関する学説を検討していくが、ここでもう一度、本決定が判断基準を示す前段において、本件検索サービスのプログラムが自動的な処理によって稼働していること、そのようなシステムが表現の自由に果たす役割が大きいことを認定しているのにも拘わらず、検索サービスの性格及び重要性を直接の考慮要素とはしない立場から明白性要件を要求するに至っていることについて留意しておきたい。

（２）違法性の判断における明白性要件に関する学説の議論

ここでは本件における違法性の判断基準に関する議論のうち、明白性要件に関するものに限って検討していく。すなわち、(a) 明白性要件が求められる類型に関するもの、(b) 明白性要件の意義に関するもの、(c) 明白性要件の必要性に関するもの、以上の議論である。

（a）明白性要件が求められる類型に関する議論

明白性要件が求められる類型、つまりその射程に関する議論としては、次のようなものが主張されている。①本件が差止請求に関する事案であることに着目して、本決定は差止請求について明白性を要求したとみる立場¹²、②本件が仮処分に関する事案であることに着目して、本決定は仮処分による差止について明白性を要求したとみる立場¹³、③本決定が判断基準を示すにあたり、検索事業者の役割の重要性に言及していることに着目し、本決定は検索事業者に対する請求について明白性を要求したとみる立場¹⁴、以上三つの立場である。

このうち、①の立場に対しては、損害賠償についても射程が及びうると解しないと、賠償をすれば情報を発信し続けられるということになりかねず不当であるとする評価がなされている¹⁵。②の立場に対しては、仮処分に限るかどうかについて本決定は必ずしも立場を明言するものではないため、解釈はなお開かれているとする理解が示されている¹⁶。③の立場に対しては、検索事業者の公益性を認めるとしても差止を結果として認めない方向での考慮要素が大きくなるだけのことであって、基準として明白性を要求すべきことに直結するわけではないという批判がある¹⁷。

このように、様々な観点から議論が展開されているが、これらの見解については必ずしも排他的な関係にあるわけではなく、統合的な理解もありうる。

12 このように理解することもできるものとして、例えば、高原・前掲注（１）121頁。

13 村田健介「プライバシー侵害による差止請求権と『忘れられる権利』——最決平29・1・31を踏まえて」岡山大学法学会雑誌67巻2号（2017）61頁。

14 高部眞規子「インターネット時代のプライバシー」金融商事判例1512号（2017）1頁、土平・前掲注（１）142頁、145-46頁。ほかにも、同様の立場と理解できるものとして、木下・前掲注（１）15頁。宇賀・前掲注（１）47頁も、木下に同調する。

15 村田・前掲注（13）59頁。

16 六戸・前掲注（１）52頁。

17 村田・前掲注（13）60頁。中山・前掲注（１）19頁も、「本決定が示す違法性判断にかかる考慮事情も『明らか』という削除基準も、検索エンジンの特殊性に着目したものととは思われない」とするが、その根拠については明言がない。

(b) 明白性要件の意義に関する議論

次に、明白性要件の意義に関する議論を確認する。この点に関する議論としては、①プロバイダ責任制限法4条1項1号の「明らか」と同様、「違法性阻却事由の存在を伺わせる事情の不存在」を要求するとする立場¹⁸、②優越の程度の違いを表し、厳格な基準を示したものであるとする立場¹⁹、③損害賠償の場面の要件に加重することで、立証の程度の違いを表しているとする立場²⁰が主張されている。

このうち、①の立場については、主張の前提を欠くとして下級審（東京地判平成29年6月29日判例集未搭載）にて否定されているとの指摘がある²¹。②に対しては、それだと議論が振出しに戻る、何をどの程度立証すれば「優越することが明らか」の要件事実を満たすのかを判断できない、とする批判がある²²。③の立場に対しては、最判平成12年7月18日判時1724号29頁（因果関係の立証の程度について、実体法の目的等から立証の程度を論じることは法及び民訴法の解釈の誤りだとするもの）を根拠に、民事訴訟法の解釈を誤るものであるとする批判がある²³。

このように、明白性要件の意義の理解については見解が分かれているが、本要件を従来の要件に加重されたものとして理解しているという点では、これらは総じて共通していると評価できる。

(c) 明白性要件の必要性に関する議論

明白性要件の必要性については、①（比較衡量論と明白性基準を別個のものとして分類することを前提として）実質的には情報発信者とは言えない検索事業者については明白性基準が妥当であるとする見解²⁴がある一方で、②（本決定の示した、比較衡量の判断基準としての）明白性要件については、優越の有無を慎重に判断すべきことを要請する意義しか有しないとする懐疑的な見解²⁵もある。

(d) 小括——学説における議論と本稿における解釈との相違

以上の学説の議論に対し、本稿は、次節以降で検討するように、(a) 明白性要件が求められる類型については、すでに主張されている見解とはまた異なる立場である、④本件が高度なアルゴリズムを活用したシステムに関する事案であることに着目して、本決定は「明白性」を要求したと考える立場に立つ。

そのうえで、(b) 明白性要件の意義については、④違法性の判断基準から（被害者保護の為に）特定の要素を除外することとのバランスをとるために設定されたものであると考える。つまり、この明白性要件は、学説が一般に理解するような従来の要件に付加的な条件を加重し責任の成否を厳しく判断するものではなく、むしろ要件を緩やかにした結果、責任の認否の下限が下がりすぎないようにするための符牒なのだと捉えたい。

このような本稿の方向性は、(c) 明白性要件の必要性についても、これまでの議論とはや

18 神田・前掲注（1）21頁。

19 古田ほか・前掲注（1）16頁。

20 高部・前掲注（1）74頁。

21 この点に言及するものとして、例えば、石井・前掲（1）152頁。

22 神田・前掲注（1）21頁。

23 同上。

24 曾我部・前掲注（9）13頁。この見解は、本決定のように比較衡量と明白性要件を統合する立場からの検討では必ずしもない点に留意。

25 根本・前掲注（1）168頁以下。

や異なる立場から肯定することになるが、実質的には「優越することが明らか」の文言自体の解釈に拘る必要はないと考える点では、②の立場と共通するものである。

（３）明白性要件に関する若干の検討

以上を前提として、ここからは、本要件に関する若干の検討を行う。

結局のところ、なぜ本件では違法性判断において「被侵害利益優越の明白性」が求められたのか。そもそも、一般不法行為責任における違法性要件は、周知のとおり不法行為に係る様々な事情を総合的に衡量して責任の成否につき判断する要件として位置づけられているが、その考慮要素の選択基準につき明確に理論化されているわけでは必ずしもない²⁶。

この点につき、本件調査官解説が、「検索サービスの性格や重要性等も考慮要素として取り込む判断枠組みを取ることは、現時点における人格的な権利利益の保護範囲を事実上狭めることになることが懸念される」²⁷とすることが示唆的である。本稿では、以下、この叙述を頼りに、明白性要件は、違法性の判断基準から特定の要素を除外することとのバランスをとるために設定された（符牒に過ぎない）のだとの立場から、検討する。

（a）「検索サービスの性格」について

繰り返しになるが、本件は、情報の収集、整理及び提供がプログラムによって自動的に行われる検索システムを活用する事業者が、いかなる場合にそのプログラムによって生じたプライバシー侵害の責任を負うかについて判断を下している。この、本件プログラムの核心ともいえるのが、人工知能（AI）技術である²⁸。本報告は、ここにいう「検索サービスの性格」を、このAI技術に由来するものであると位置づけたいうえで、検討を進める。

近時、様々な分野で研究・開発・実用化のすすむ、特に深層学習型のAIは、開発者でさえも予測できない動作をすることが避けられないうえ、その判断過程の検証が非常に困難である、つまり「ブラックボックス」となっていることが指摘され、それが「（ある種の）AIの本質的な特徴」であるとも言及される²⁹。

この点、民法の一般不法行為法（709条）は、過失責任の原則を採用しており、ここにいう「過失」とは、今日では、行為者の主観的態様（具体的な加害者個人の不注意等）ではなく、客観的な注意義務違反（予見可能性を前提とした結果回避義務違反）であると理解されるのが一般的である³⁰。そのため、AIの判断に起因する何らかの不法行為にあった者が、例えばその開発者の責任を追及するためには、一般論としては、AIに起因する損害の発生を

26 一般不法行為の違法性要件について判例や学説を検討するものとして、例えば、錦織成史「違法性と過失」星野英一（編集代表）『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985）159頁以下、山本隆司「権利侵害・違法性と過失」古賀哲夫・山本隆司（編）『現代不法行為法学の分析』（有信堂、1997）3頁以下、前田達明「権利侵害と違法性」山田卓生（編集代表）『新・現代損害賠償法講座2 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、1998）2頁以下、瀬川信久「民法709条（不法行為法の一般的成立要件）」広中俊雄・星野英一（編）『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998）585頁以下、窪田（編）前掲注（7）285頁以下〔橋本佳幸〕等。

27 高原・前掲注（1）121頁。

28 Google検索につき、かつては人間の手による厳格なルールに基づいたアルゴリズムを採用してきたものの、（奇しくも本件仮処分申立てがなされた）2015年頃から機械学習型のアルゴリズムを活用するようになったことにつき、CADE METZ「いま、人工知能は「Google検索」を大きく変えようとしている」WIRED.jp（2016年3月13日）（<https://wired.jp/2016/03/13/ai-is-transforming-google-search/>）（最終アクセス2020年1月18日）。

29 人工知能の性質については、松尾豊『人工知能は人間を超えるか』（角川EPUB選書、2015）、樋口晋也・城塚音也『決定版 AI 人工知能』（東洋経済新報社、2017）、中川裕志『裏側から視る AI』（近代科学社、2019）等を参照。

30 一般不法行為の過失要件について立法過程や判例・学説を検討するものとして、例えば、錦織・前掲注（26）134頁以下、瀬川・前掲注（26）560頁以下、窪田（編）前掲注（7）329頁以下〔橋本佳幸〕等。

回避する義務を当該開発者が怠っていたことの立証が求められる。

しかしながら、AIの自律的な判断について真に予見不可能なのであれば、そのようなAIの判断とそれに基づくAIの行動については、開発者としても問題行動の回避策を講じて事故を未然に防止することは不可能である。従ってAIが何らかの事故を起こしたとしても、開発者等の過失が認定されず、その不法行為責任は成立しないだろうことが懸念されている³¹。そのため、AIのプログラム等に関する過失があったとの立証責任を被害者側に負わせることは酷であることが指摘され、この問題の解決策が（主に立法論の観点から）模索されている³²。

このような過失の立証困難については、民事上の判例・学説は、これまでも様々な場面について対応してきた。

例えば、製造物責任に関する類型では、被告に高度の予見義務を課したり³³、安全性確保義務を課したり³⁴、あるいは過失の推定を行うことによって³⁵、責任の成立を認めてきた。また、公害の場面で有力に主張されるいわゆる新受忍限度論は、危険な活動を営むことによって利益を得ている企業の責任が問題となる場面で、結果発生 of 具体的危険に関する予見可能性を要求すると、結果的に企業が損害を負担する必要がないことが多くなり損害の衡平な分配とは言えなくなるとして、具体的危険の予見可能性がなくても結果回避義務違反が認められるべきであるとする³⁶。

このような発想を応用すれば、本件のような、高度なアルゴリズムが関わる事案についても過失の立証の困難という課題は緩和される可能性がある。

しかしながら、本決定はそのような、過失の性質を有する考慮要素による対応はせず、あくまで違法性要件において過失を考慮しないかたちで対応する道を選んだ。このような本決定の判断の裏には、単にプライバシー侵害について判例が爾来違法性を主たる基準としていた以上の理由があるのではないだろうか。

例えば、過失の推定を行う松下電器テレビ発火事件判決との比較でいえば、この事案で問題となったテレビの構造は消費者にとってはブラックボックスであるものの、企業にとってはそうではなかったという情報の偏在が帰責根拠の一つとなった一方で、高度なアルゴリズムの構造はそれをプログラムし管理する事業者にとってもブラックボックスとなりうるという違いがある。また、事業者にとっても（工場外に排出されたのちの）物質の化合の機序がブラックボックスである公害の問題も、被侵害利益が基本的には生命・健康にかかわる問題領域であって、名誉やプライバシーにかかわる領域ではないという違いがある。

これらの事情を最高裁がどれほど考慮したかは詳らかではないが、次のようなことは言えるだろう。

ロボット型検索エンジンに起因するプライバシー侵害の場合、本件債務者が主張するよう

31 平野晋「AIネットワーク時代の製造物責任法」福田雅樹・林秀弥・成原慧（編著）『AIがつなげる社会』（弘文堂、2017）269頁。

32 例えば、伊藤博文「人工知能の民事責任について」愛知大学法学部法経論集206号（2016）67頁。

33 例えば、東京スモン訴訟第一審判決（東京地判昭和53年8月3日判タ365号99頁）、大阪スモン訴訟判決（大阪地判昭和54年7月31日判時950号241頁）。

34 例えば、カネミ油症事件判決（福岡地判昭和52年10月5日判タ354号140頁）。

35 例えば、松下テレビ発火事件判決（大阪地判平成6年3月29日判タ842号69頁）。

36 淡路剛久『公害賠償の理論〔増補版〕』（有斐閣、1978）92頁。

に、古典的なプライバシー侵害と比べると、（債務者側の「人間」の）意思的な連関は必ずしも強くはない。そのため、本件はシステムの設計・管理に関する、過失不法行為（なかでも不作為不法行為）が問題となりうるものであるとも評価できる。そのことを前提に、例えばベネッセ個人情報漏洩事件判決（最判平成29年10月23日判時2351号7頁・判タ1442号46頁）のように過失を争点のひとつとしてしまうと、アルゴリズムの性質上、被害者側にとっては結果回避義務違反の立証が不可能でなかったとしても非常に困難であって酷となるといえる問題が生じうる。かといって、本件を純粹に従来通りの個別的比較衡量の問題と扱うとすると、検索事業者のような実質的には情報発信者とはいえない主体の行為について、典型的な情報発信者を想定する比較衡量の基準を適用するのは妥当でない、とする批判に応じなければならなくなる。

そこで本決定は、「検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する」と判断することで、システムの設計・管理に関する客観的注意義務が主要争点となりかねない事態（のみならずシステムの構造そのものの詳細な検討）を回避し、さらに、表現行為にまつわるプライバシー侵害の延長線上で責任の成否を判断することを可能にしたのである。

つまり、本決定は、本件が高度なアルゴリズムを活用したシステムに関する事案であるからこそ、違法性要件において新たに「被侵害利益優越の明白性」を要求したと（も）考えるべきなのである³⁷。ここで意識しなければならないのは、本決定が、「明白性」要件を単に（加害者保護の為に）加重したのではなく、考慮要素に入りうる特定の要素、特に過失にかかわる要素（及び次述の検索事業の重要性）を被害者保護の為に意識的に除外し、それ以外の考慮要素で比較検討する、という態度決定をしているということである。

(b) 「検索事業の重要性」について

本件で問題になっているような高度なアルゴリズムを活用するシステムの社会的重要性（公益性）は、今般急速に増してきていることは周知のとおりである。調査官解説では、この事情についても本決定の考慮要素から除外されていることが示唆されている。その意義としては、違法性要件の性質そのもののかかわりがある。

違法性要件は、今日では、709条の条文では必ずしも求められない要素——特に加害者側の事情をも勘案する要件として機能している³⁸。そうすると場合によっては、その判断過程における公共的な利益と個人の利益の考量が結果として加害者側の利益の保護に傾き、不当にも被害者の救済につながらないという課題が発生しうる。

この点については、権利を擁護する立場（権利論）から根源的な批判が夙になされてきたところである³⁹。例えば、公害訴訟における「環境権論」⁴⁰が代表的なものであり、その後、いわゆる基本権保護義務論の立場から、公害訴訟に限られない、不法行為法一般における権利侵害要件の再評価を行うもの⁴¹もあらわれている。また、その見解を参考にしつつ、不法行為法を「個人の権利保障の制度」と位置付け、条文に忠実に権利・法益侵害をとらえる立

37 このような見方の可能性については、すでに神田・前掲注(1)23頁にて萌芽的に示されてもいる（後掲注(54)も参照）。しかし神田は、必ずしもこのような観点から「明白性」要件の意義を詳細に検討しているわけでもない。

38 違法性要件の機能については、注(26)掲載の各文献を参照のこと。

39 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号(1976)98頁。

40 大阪弁護士会環境権研究会（編）『環境権』（日本評論社、1973）、特に102-103頁。

41 山本敬三「不法行為法の再検討と新たな展望——権利論の視点から」法学論叢154巻4・5・6号(2004)292頁、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号(2008)77頁。

場も主張されている⁴²。

検索サービスの社会的重要性を特に本件原審の判断ほどは直截的には考慮しないという方向性を採用した本決定の判断⁴³は、このような権利論の批判を（あくまで違法性要件の中ではあるが）一定程度取り込むものであると評価できる。しかしながら、あくまでそれは、高度なアルゴリズムを活用するシステムそのものの公益性を考慮に入れないということであって、児童買春に係る情報を知る側（及び伝える側）の利益と、その事実を知られたくない者の利益を比較しないというところまでは踏み込むものでは決してないことに留意が必要である。

この点、プライバシー侵害の成否にあたっては、情報を知る側に当たるコミュニティの価値への配慮が求められるということはすでに学説によっても指摘されているところである。例えば、プライバシーの権益侵害の判断にあたって、地域社会の規範的判断を重要視する主張⁴⁴や、現代法におけるコミュニティの役割を（プライバシーの領域についても）再評価するもの⁴⁵、公共財的な情報についても個人がコントロールできるかのような権益構成は妥当ではないとする主張⁴⁶等が挙げられる。

このような観点を敷衍して、AIのかかわる事例における私法上のプライバシー保護の在り方を検討し、（伝統性と現代性を兼ね備えた）コミュニティの価値観は、特に情報のセンシティブさ（秘密にされるべき情報なのかどうか）の理解に対して影響を与えると改めて指摘するものもあらわれている⁴⁷。

本決定は、プライバシー侵害の判断にあたって、検索事業の重要性そのものではなく、本件債権者を知りうる比較的狭い範囲の人々が本件事実を知る利益を重視しているものであり、以上のような学説の主張とも矛盾するものではない。むしろ、近時の研究動向を積極的に評価するのであれば、本件事実については、たとえ明白性要件を本決定が求めなかったとしても、法的保護の可能性が高かったとは必ずしも言えないのではないだろうか（この論点は本稿の主たる検討課題とはテーマを異にするため、ここではこれ以上踏み込まない）。

(c) 小括

本決定で示された「被侵害利益優越の明白性」という要件は、一見すると学説において指摘される通り、単に債務者側に有利なものであるとも評価できる⁴⁸。

しかし、他方では検索エンジンの性質を正面から考慮要素に取り込むことをせず、困難な

42 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』（信山社、2009）。

43 表現の自由に対する検索エンジンの役割の重視につき、原審は直接的であるものの、本決定はやや抑制的であることを指摘するものとして、例えば、棟居・前掲注（1）51頁等。

44 山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由」民商法雑誌116巻4号（1997）615頁、特に643頁。このように、基本権保護義務論の立場から違法性要件そのものについては存在意義を否定する山本も、プライバシー侵害については権利侵害要件において公共性との比較衡量を行う点には留意しなければならない。

45 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999）i頁、200頁。

46 山野目章夫「私法とプライバシー」田島泰彦ほか（編著）『表現の自由とプライバシー』（日本評論社、2006）23頁、水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察」学習院大学法学会雑誌45巻2号（2010）3頁。

47 拙稿「サイバー時代におけるプライバシーの法理論（1）-（6・未完）」北大法学論集67巻4号55頁（2016）、5号109頁、6号103頁（以上、2017）、68巻5号35頁、69巻2号75頁、4号1頁（以上、2018）。

48 このような指摘をするものとして、例えば、宍戸・前掲注（1）50頁や、宮下・前掲注（1）4頁、棟居・前掲注（1）51頁等。一方で、本要件は必ずしも債権者に不利なものではないことを期待するものもある。例えば土平・前掲注（1）146頁は、「『明らかな』との要件は、削除請求の範囲を必要以上に狭く解する趣旨ではないと考えたい」とする。しかしながら、そのような方向性に基づいて、具体的な解釈論を展開しているわけでは必ずしもない。

過失の立証を要求することにならなかったという意味で、債権者側にも配慮したものとなっている。さらに、当該システムの社会的重要性をも考慮要素としなかったという意味で、違法性要件に対する（被害者保護を重視する）これまでの学説の批判に応じる姿勢も垣間見えるものとなっている。

このように、被害者保護のため要件の操作を大幅に行っているがために、結果としては検索結果の削除の認定が不当に緩くなる可能性が出てくる。そうすると、削除の可否に関する判断が微妙な場合にも安易に削除が認められかねない（つまり、責任認定の下限が下がりすぎる可能性がある）ために、「被侵害利益優越の明白性」を課すことによってバランスをとっているのである⁴⁹。これは必ずしも、従来の要件に厳しい要件を単純に加重したことを意味するものではない。

本件における当該事実を公表されない法的利益、なかんずく被侵害利益が優越することが「明らか」である場合というのは、被害者と加害者双方の事情を比較する枠組みのなかで、特に被害者の救済をなるべく認めようとした結果要求されるに至ったことを前提に、今後より具体化していかなければならない。

4.4. 本決定の示した法理の射程

近年急速に発達している AI 技術は、人を補佐するものないし人に代替するものとして、多くの役割を果たすようになってきている。具体的には、自動車の自動運転、ロボット手術・AI 診断、感染症流行予測、子供や高齢者の見守り、公害・災害情報の分析・共有、行動ターゲティング広告、Fintech といった形で、多角的に利用され始めている。これによって、交通事故、製造物責任、医療過誤、監督義務者責任、公害・環境侵害、自己決定・プライバシー侵害等、従来の不法行為法学においては別領域であった問題群が、AI を結節点として密接に関連するようになりつつある。

以上のような AI 技術の社会への浸透とその技術特性に鑑み、今後、社会のあり方が大きく変動することが予想され、制度的な対応に関する議論が盛んに行われている⁵⁰。なかでも法制度、特に不法行為法の帰責構造については、日本においても様々な観点から検討がなされ始めている⁵¹。

ここでは、AI の判断過程のブラックボックス化を前提として、一般不法行為法上の過失責任の限界、メーカーに対する無過失責任追及の制度設計が検討され、一種の社会保障制度である無過失補償への部分的転換の可能性に言及する政策論も見られるところである⁵²。そ

49 この理解は、調査官解説にて示される、「印刷メディアの伝統的な法理に沿った比較衡量の判断枠組みを基本としつつ、削除の可否に関する判断が微妙な場合における安易な検索結果の削除は認められるべきではないという観点から、プライバシーに属する事実を公表されない法的利益の優越が『明らか』なことを実体的な要件として示したものと思われる」（高原・前掲注（1）121頁）との指摘とも矛盾しない。

50 例えば、KLAUS SCHWAB, THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION (World Economic Forum, 2016)。邦訳として、クラウス・シュワブ（著）、世界経済フォーラム（訳）『第四次産業革命』（日本経済新聞出版社、2016）。

51 例えば、新保史生「ロボット法をめぐる法領域別課題の鳥瞰」情報法制研究1号（2017）64頁、福田ほか・前掲書注（31）、平野晋「ロボット法」（弘文堂、2017）、角田美穂子・工藤俊亮（編著）『ロボットと生きる社会』（弘文堂、2018）、弥永真生・宍戸常寿（編著）『ロボット・AIと法』（有斐閣、2018）等。

52 自動車事故につき、藤田友敬「自動運転をめぐる民事責任法制的将来像」同（編著）『自動運転と法』（有斐閣、2018）275頁、後藤元「自動運転車と民事責任」弥永・宍戸（編著）前掲注（51）167頁。ロボット手術につき、弥永真生「ロボットによる手術と法的責任」同前書187頁。また、AI・ロボット時代における「総合救済システム」論の再検討の必要性に言及する研究報告として、赤坂亮太「不法行為法における AI の法的人格に関する検討」

ここでは、やはり過失要件ないし過失責任主義そのものの是非が焦点となっている。

このような社会の変化や議論状況を背景として、本決定の評釈類においても、その射程をAIによる表現行為そのものに及ぼそうとする見解⁵³や、ロボットによる権利侵害については開発元が責任を負うと最高裁が考えていると理解できるとする指摘⁵⁴がすでになされている。

この点、本決定が示した違法性判断における具体的考慮要素そのものは、サジェスト機能等、検索サービスにかかわるそのほかの論点については射程が及ぶ可能性がある一方で、その他の、表現行為にかかわらない事案についてまでそのまま及ぶということはないだろう。しかしながら、そもそも「違法性」要件がこれまで多様な領域において適用されてきたことを考えると、AIにまつわる不法行為の問題において、本決定の示した法理が——その考慮要素を場面に応じて変容させつつ——活用される可能性は大いにあるのではないだろうか。すなわち、本決定の射程を広くとらえると、高度なアルゴリズムのかかわる法的争訟の主要争点を、予見可能性を前提とした結果回避義務の違反＝過失の問題として捉えるのではなく、当事者の権益等の総合的な比較衡量の問題として捉える可能性が開けるのである。本決定の示した「被侵害利益優越の明白性」の意義をこのように解することができるのならば、プライバシー侵害に限られない、AIのかかわる多くの不法行為の場面において本法理を適用することで、(被害者にとって桎梏となりかねない) 過失要件の検討の回避が可能となるかもしれない⁵⁵。

しかしながら、その結果、違法性要件における公共的な利益と個人の利益の考量が行き過ぎてしまうと、例えば、加害者側の生み出す経済的利益の保護に傾き、結局、被害者の救済につながらないということになりかねない。本決定が検索サービスの社会的重要性を直接的に考慮しなかったことは、この課題への対応策として理解することができる。

このような可能性を持つ本決定の法理であるが、本稿が足掛かりとした調査官解説があくまで人格的利益の保護についての懸念を表明するものであり、そもそも本決定も削除請求に関する仮処分の事案であるに過ぎないことに鑑みると、その射程等については今後、慎重に画していく必要があるだろう。

5. むすびにかえて

以上、本稿では、最三小決平成29年1月31日の判断につき、特に違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」についての的を絞って検討してきた。その内容を簡単にまとめると、次のようになる。

第一に、本決定が示した違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」の意義は、違法性判断に当たって被害者救済のために特定の事情を取って考慮要素から除外する場合に、加害者側の責任認定の下限が下がりすぎないようにその他の考慮要素の検討が相対的に重要にな

2018年度人工知能学会全国大会(第32回)。本稿筆者も、この争点に関する報告を行っている(拙報告「総合救済システム論再考——いわゆる“第四次産業革命”を契機として」末川民事法研究会2018年4月22日)。

53 木下・前掲注(1)15頁。

54 神田・前掲注(1)23頁。

55 このような運用は、むしろ過失責任の意義を不必要に減却するようなかたちでなされてはならない。

ることを示す（符牒にすぎない）ものであり、決して被害者側に単に厳しい要件を加重するものではないと考えるべきである。具体的には、本件では、①検索システムは高度なアルゴリズムを活用しているが、当該システムに由来する不法行為責任については事業者の結果回避義務違反を立証することが困難かもしれないという事情と、②検索システムがすでに人口に膾炙し、その社会的重要性が非常に大きなものになっているという事情が具体的考慮要素から排除されており、それゆえにバランスが求められているのである。

第二に、被侵害利益優越の明白性の意義を以上のように解すると、その射程は、高度なアルゴリズムの情報処理に起因する不法行為が問題となった類型に広く適用される可能性があると考えられる。

そのように射程を広く捉えることを前提とすると、本決定の意義は、次のように考えられる。すなわち、単にロボット型検索エンジンに限られない、何らかの事業者が開発したAIの係るその他多くの不法行為類型において、違法性判断の際、被害者救済のために、加害者側の過失・システムの公益性を考慮要素としない可能性があることが示されたのである。

この点、以上のように「明白性」要件を解するとしても、本件では具体的には、①「当該事実の性質及び内容」、②「当該 URL 等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲（とその者が被る具体的被害の程度）」、⑤「（上記記事等が掲載された時の社会的状況と）その後の変化」が特に検討され、結果的には債権者の請求は認められなかった。が、このことは本決定の示した明白性法理が単に債務者（加害者側）に有利な結論を導く構造となっていることをただちに意味するものではないことは、本稿にて検討のとおりである。

最後に、本稿で検討できなかつた課題を幾つか述べることにしたい。まず、本決定の示した法理を、被害者保護を重視するものであると位置づけて検討するのであれば、「被侵害利益優越の明白性」という、被害者にとって一見厳しく見える要件をそもそも求めることの無い判断基準の在り方を模索する必要もあるだろう。あるいはまた、AI時代における司法の意義を見つめ直すためには、AIの特質や社会的重要性を直接の考慮要素としない本決定の態度決定そのものの是非を検討しなければならないところである。しかしながら、本稿では紙幅の都合上これは叶わず、本決定の示した「明白性」要件の意義ないし位置づけの理解の追究に終始してしまった。これらの点については、今後の課題としたい。

【付記】

本稿は、末川民事法研究会（2019年10月27日開催）における拙報告に加除・修正を施したものである。拙報告に対し貴重なご意見・ご指摘を頂いた先生方に、記してお礼申し上げる。
（立命館大学政策科学部准教授）