

『情報法のリーガル・マインド』 (勁草書房、2017年2月刊)の概要

2016年11月8日 Kenjin-kai

2017年1月12日 二月会

2017年4月28日 名古屋大学

2017年5月12日 国際大学Glocom

林 紘一郎



表丁 ● スタジオシーブ 福山宏子



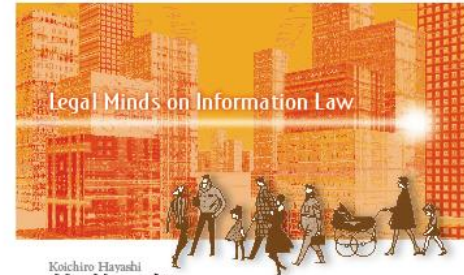
情報法のリーガル・マインド

Legal Minds on Information Law

林 紘一郎 Koichiro Hayashi

勁草書房

情報法の リーガル・マインド



Koichiro Hayashi
林 紘一郎

勁草書房



「営業秘密は知的財産としてではなく、秘密として管理すべき」
「ヒトがデータを所有するのではなく、
データがヒトと帰属関係を持つに過ぎない。
あくまでもデータが主体」
「情報流通の不可逆性を前提にすれば、
差止と削除命令など手続的な正義実現の重要性が増す」
など、情報法に特有の法的現象を抽出したリーガル・マインドを提示する。

情報法のリーガル・マインド

林 紘一郎 Koichiro Hayashi

勁草書房

ドローンや自動運転車が起こした事故の責任ははたして誰がとるのか？
情報通信の現場を率い、
法学と経済学を収めた著者ならではの
知見を駆使し、情報法の俯瞰図を描く。

keiso shobo

「羊頭狗肉」のお詫び

- 帯の表現は私が原案を作った
- 「自動運転車の事故責任」は、これがないと売れないだろうと思って挿入。しかし本書が、この問いに直接答えている訳ではない(→羊頭狗肉)
- 本書の方法論は、「個々の現象の背後にある原理を追究し、妥当性を検証すること」にあり、実務的なものではない
- しかし意外にも、このような方法論は法学では忌避(?)されてきた。それは法学が実用の学だから(法学と医学はアメリカでは Ph.D. とは別体系とされている)
- 私の本の書評は、私が知る限り3点あるが、いずれも法学専門の人が書いたものではない

結論を先取りすれば(1)

- 情報の4大特徴と「所有権アナロジー」の限界
 - 1) 不確定性(「時と場所と態様」に依存)
 - 2) 非占有性(非排他性)
 - 3) 非移転性(複製と変容による転々流通)
 - 4) 流通の不可逆性(原状回復は不可能)
- 「所有から利用へ」
 - a) Free Flow of Information (FFI)
 - b) Fair Use of Information (FUI)
- 「人間は合理的」で「主観的効用 (Subjective Expected Utility=SEU)の最大化を図る」という仮説を捨て、サイモンの「限定合理性」の考えを生かして、「誤り易い個人」(error-prone person) 仮説を採る

結論を先取りすれば(2)

- 世間にあふれている情報は、「公正な利用」をする限り「自由」に使って良い
- ごく限られた情報について、一定期間に限り「自由な利用」を制限することができる
- これらの原理は、著作権法における Fair Use の概念と同じ
- 「自由な流通」の制限の態様は、1) 権利を付与する(権利付与型)、2) 秘匿努力をする限り事後救済する(秘密型)、3) 公共の福祉の観点から制限(禁止)する(禁止型)、の3種に分かれる

結論を先取りすれば(3)

- 「主体と客体」「権利と義務」「実体と手続」といった伝統的な二分論を止揚する
- 仮に主体があるとすれば、「情報こそ主体」と考え、それが「帰属」する先が「行為主体」となる。EUが定める data subject は「data が主体で、それが指し示す自然人が行為主体になる資格がある」と捉えなおす
- 主体と帰属の関係には、1) 当該情報が帰属する行為主体が一意に決まる(例、DNA情報)、2) 当該情報が帰属する行為主体が、高い蓋然性を持って決まる(例、IDの役割を果たす個人データ)、3) 行為主体が生み出した情報(例、著作物)の3種がある

結論を先取りすれば(4)

- 産業社会では「一物一価」が原則だが、情報社会では「一物多価」が原則になる(複製と改変による拡散のため)
- 「品質は価格に含まれている」という経済学の原理は通用せず、「品質表示情報」の扱い(特に偽装)を別途検討する必要がある
- 侵害と救済について、従来は「事後の損害賠償」を第一義としてきたが、今後は「差止」と「削除命令」を中心にしたものにシフトせざるを得ない
- ただし「忘れられる権利」を「忘れることができない」法人に求めたり、「忘れない自由」がある自然人に求めることはできない
- また、有体物が中心の世界では、「実体を規律する」ことに重点がおかれてきたが、intangible な情報に関しては「情報を適切に扱っているか」という手続きに重点をおいた法制が必要になる

近代法の基本概念の 情報法における揺らぎ(1) 主体

- 従来の法の主体: 自然人と法人
- 自然人に関する「合理的個人」仮説の妥当性に疑問: reasonable(法学)とrational(経済学、極論はRATEX理論)を前提にしたSEU(Subjective Expected Utility)の最大化。現実には、誤り易い個人(Error-prone Person)に近い
- 「平均的個人」に対する疑問: 情報リテラシーに差がある人々を、ARP(Average Reasonable Person)として平準化できるか
- 法人擬制説と法人実在説: 岩井の「ヒトでもありモノでもある」という「2階建て仮説」
- IoT機器やソフトは入らないのか(特にAIが付いている場合)。ソフトの法的扱いにアンバランス=著作権でも特許権でも保護されるのに、製造物責任法の適用がない

近代法の基本概念の 情報法における揺らぎ(2) 客体

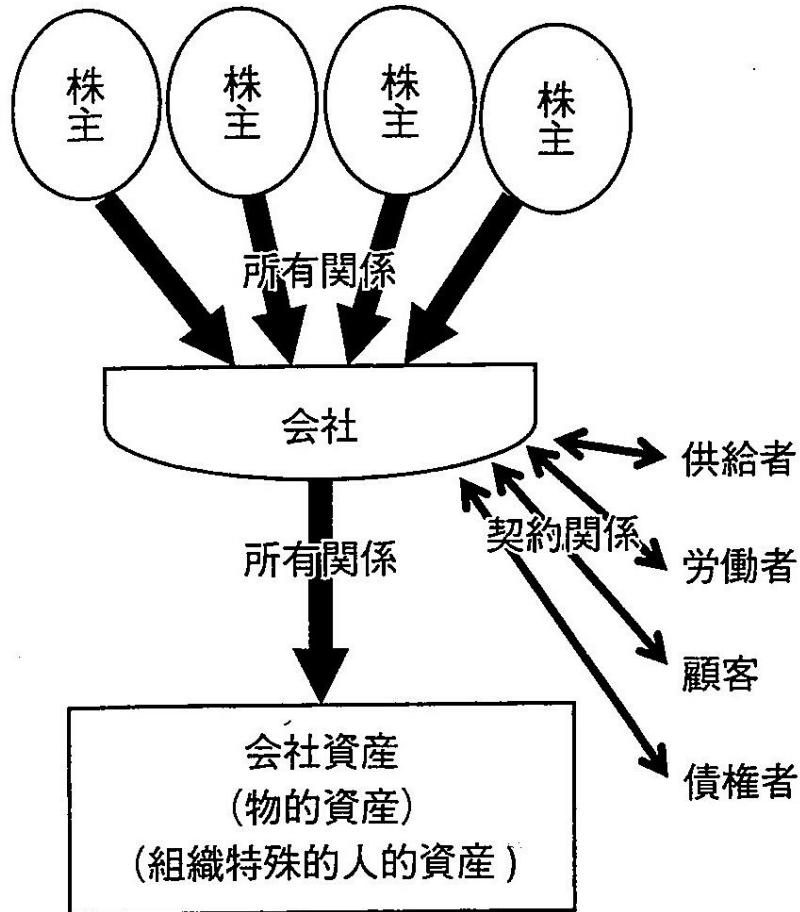
- 情報はどのような場合に法の客体になり得るのか？
- 情報の経済的特性は、有体物とは異なる点が多い
(不確定性、非占有性、非移転性、流通の不可逆性など)
- しかし所有権アナロジーで考える人が多い(知的所有権という用語が代表例)
- 「公開を前提にした事前の権利付与(知的財産)」と「秘密管理を前提にした事後の救済(秘密の法的保護)」という2タイプは対照的だが、この点に触れる人はいなかった(営業秘密を知的財産として論じている)
- 知的財産(著作権と所有権、特許の実施)、秘密、情報窃盗、製造物責任、品質の表示と責任

近代法の基本概念の 情報法における揺らぎ(3) 権利

- 権利(と義務):近代法における権利の代表は所有権だが、「情報を所有(占有)する」という状態は観念できない
- 所有権アナロジーよりも、著作権アナロジーの方が有効かと考えるが、そのような主張はほぼ皆無(田村が控えめに主張しているが)
- 「複製する権利を専有する」(著作権法21条)などにおける「権利の専有」に特別の意味があると考えていない。その実「専有」できるのは「権利」であって、実物ではない
- このような検討不足が露呈したのが、個人情報保護をめぐる論争。「個人データ」を保護対象とすべきところ、「個人情報」としたため、プライバシーと個人データ漏えい(窃用)を混同する事態になっている(自己情報コントロール権というナンセンス)

岩井の法人論

図 6-2 会社は二階建て構造



岩井克人 [2015] 『経済学
の宇宙』日本経済新聞
出版、p. 288

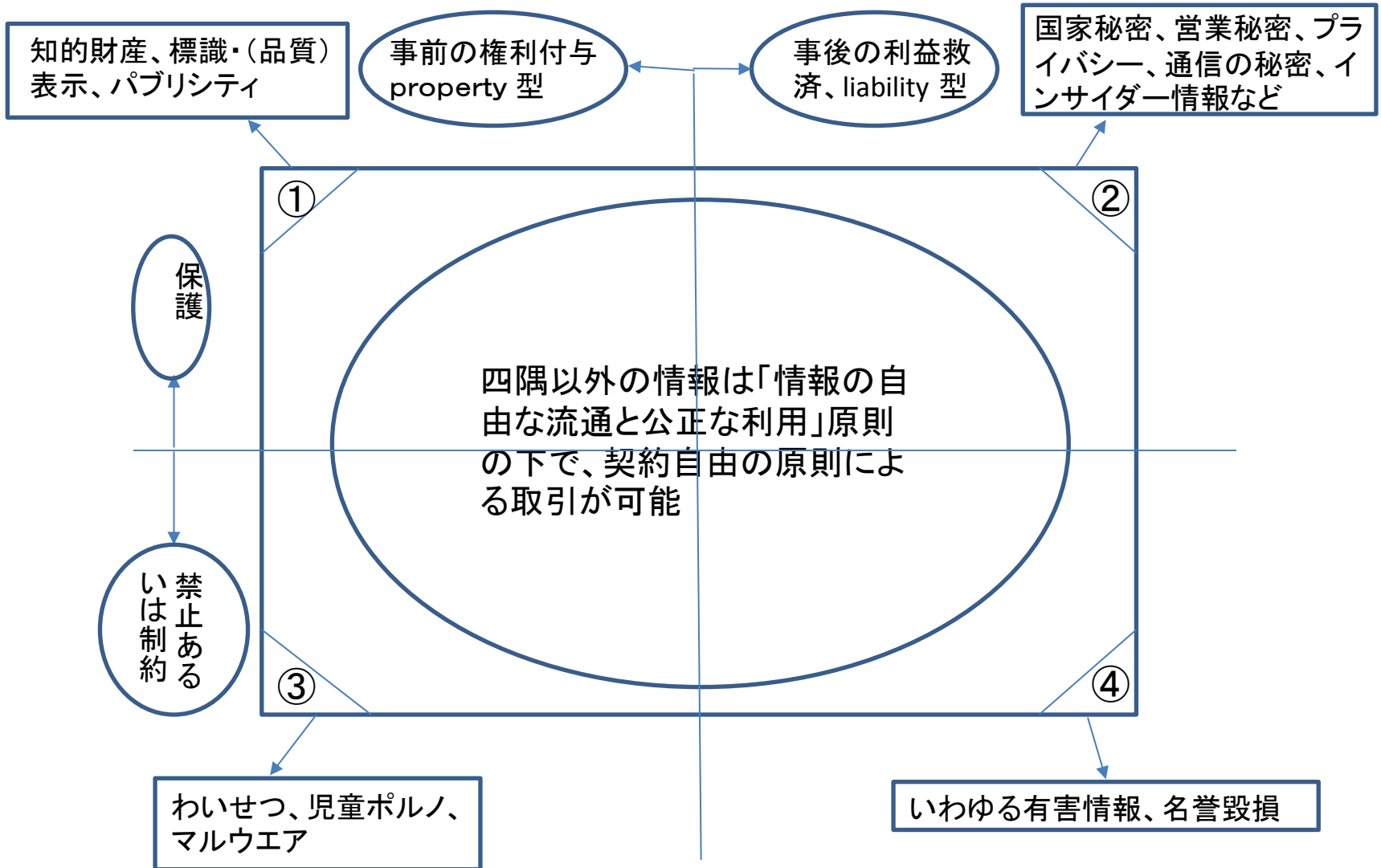
有体物との接点

- 「電磁的記録」概念によるブリッジ(刑法7条の2が先駆けだが、その後アナログ情報をスキャンしたものを含める規定もある)
- 「e文書法」による読み替え
- 「電子署名・電子認証法」による手続き的担保
- 情報そのものを法的に扱う例外的処理(刑法163条の2における支払用カード電磁的記録不正作出等と、168条の2における不正指令電磁的記録作成等)

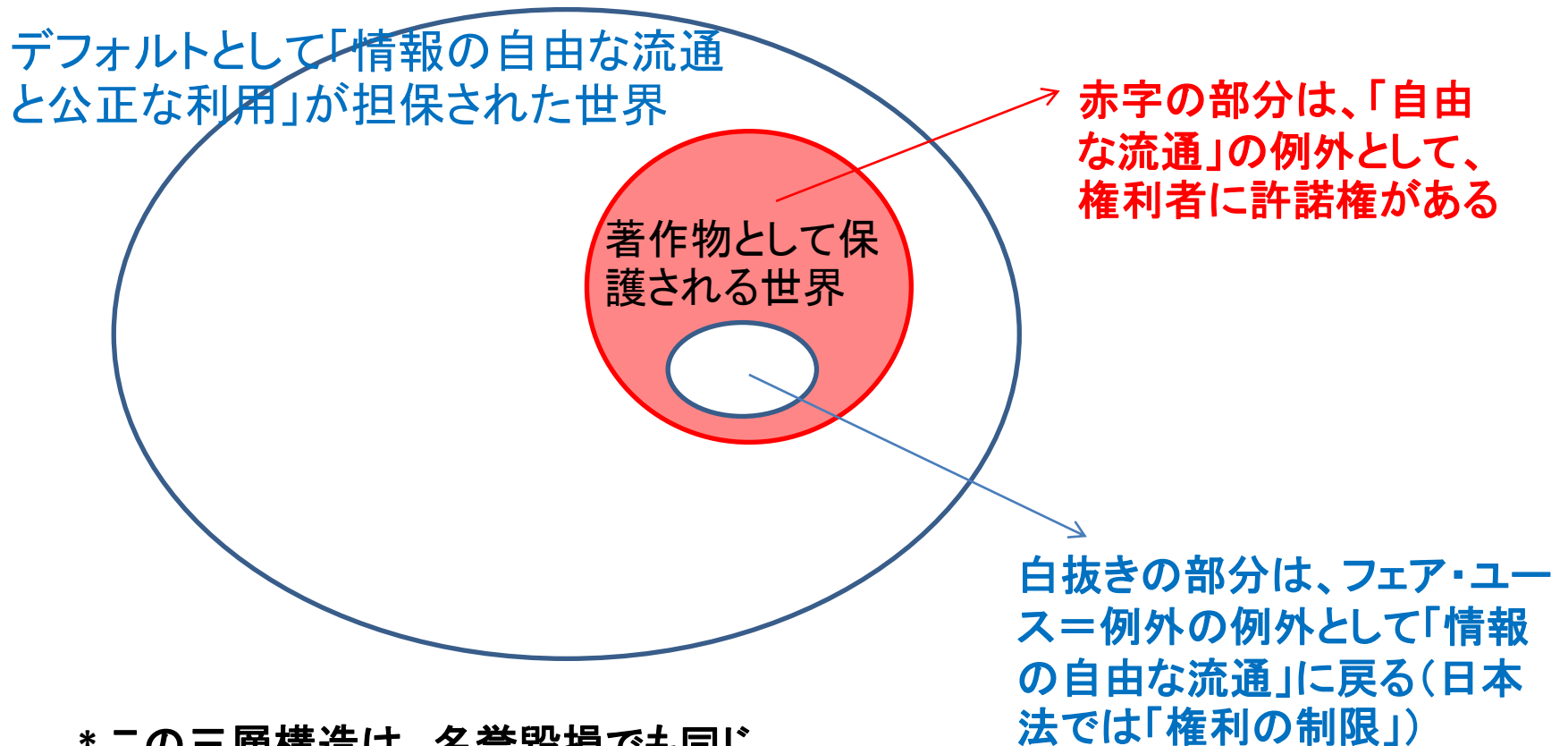
有体物アナロジーの限界

- 「占有」「占有の移転」が不明確で、「流通の不可逆性」がある情報を、それらが明確な有体物と混同するリスク(知的所有権という誤解)
- 「秘密の法的保護」という概念になじみが薄く、営業秘密を知的財産と見てしまう欠陥
- 情報が先に存在し、それが自然人等に「帰属する」という概念が理解できないという限界
- (総じて)情報という不確定なものを、法の客体として捉えられるという過信

図表2-1. 「情報の自由な流通と公正な利用」原則と例外としての法的規律

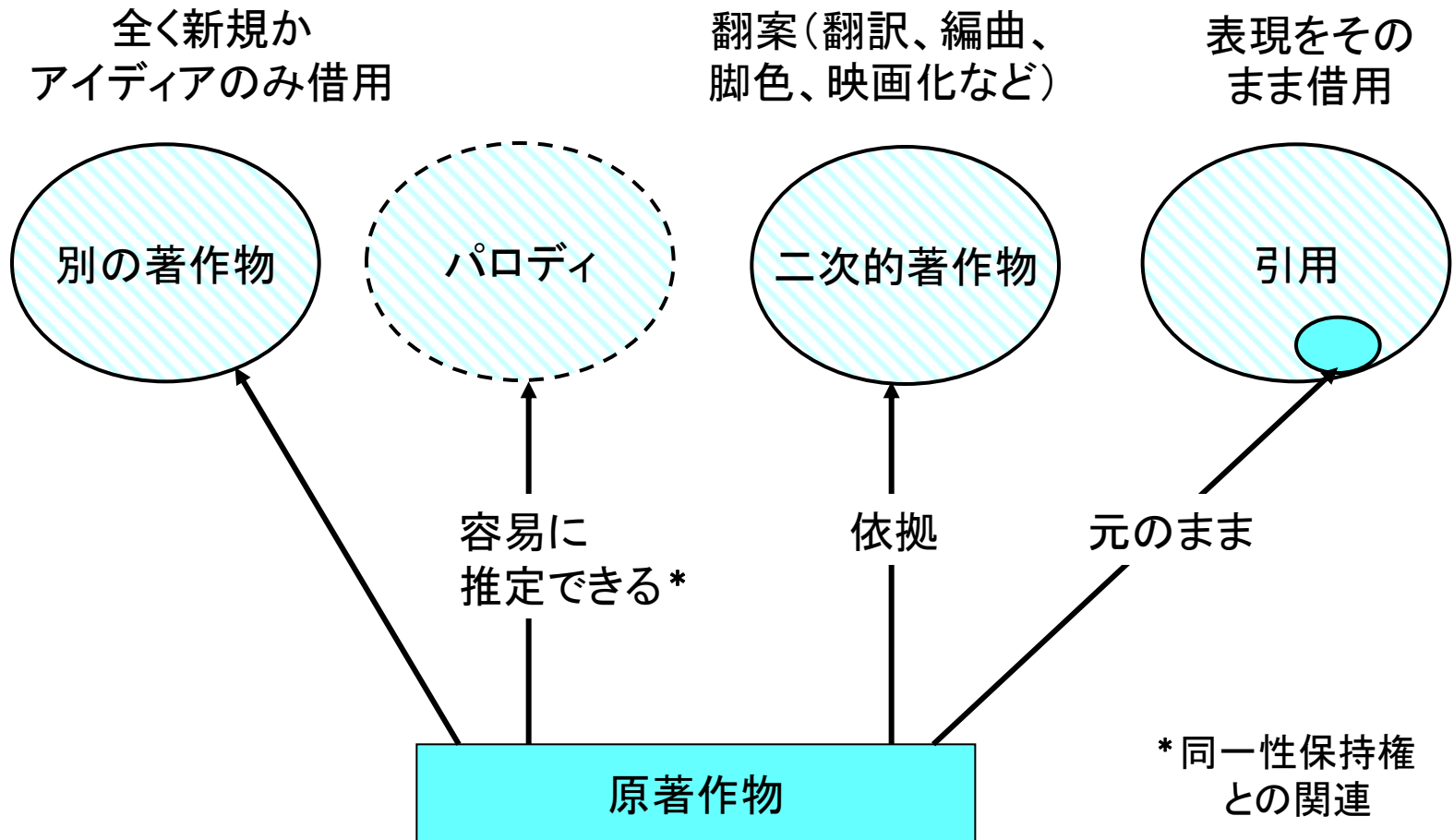


図表2-2. デフォルトと例外と、その例外の関係 (著作権を例として*)



* この三層構造は、名誉毀損でも同じ

図表2-3. 創作・二次的著作・引用と著作権



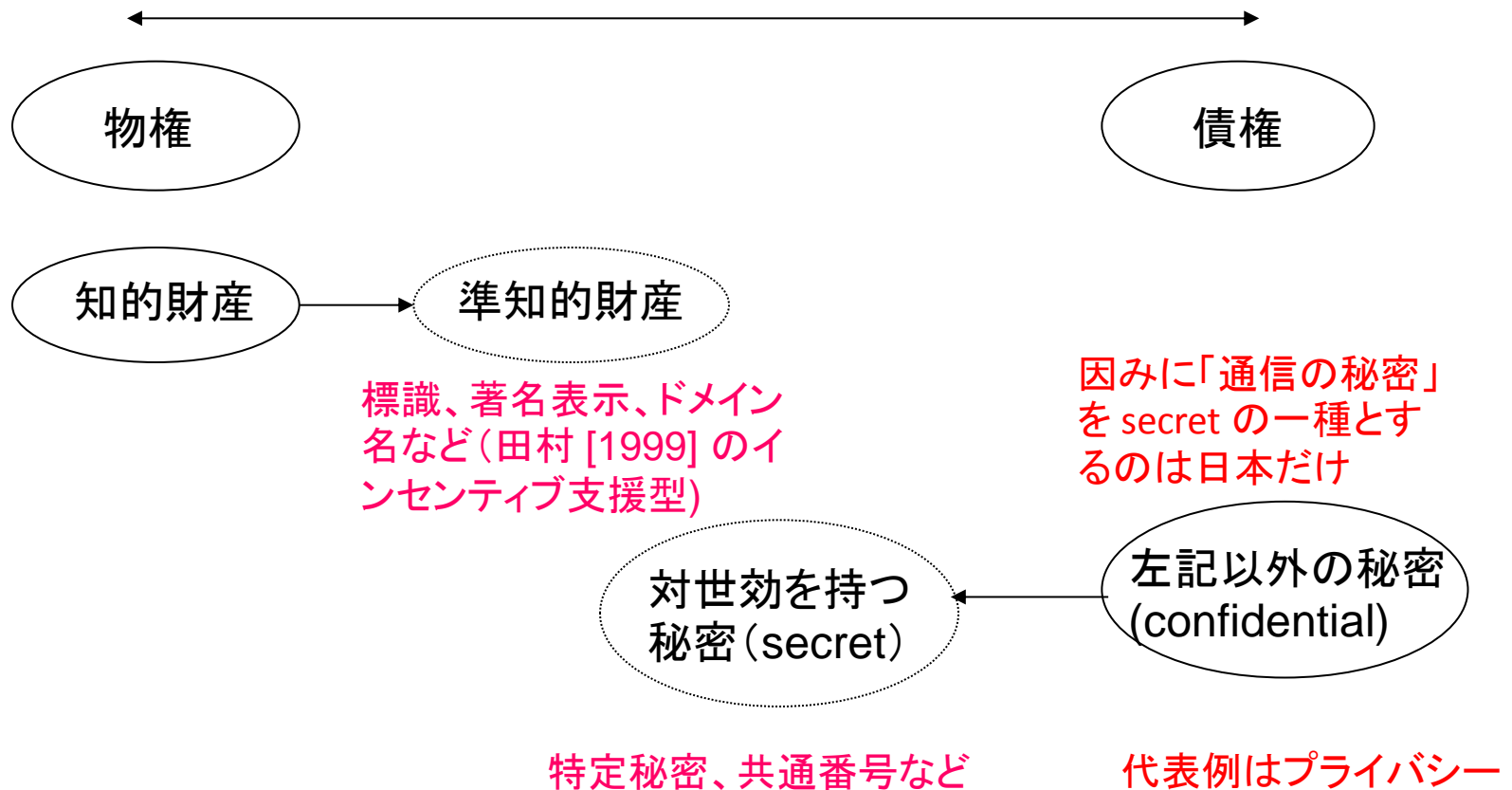
図表 2-4. 主な知的財産権の比較

	創作法			標識法	
	産業上の創作を保護する法律		文化的創作を保護する法律		
	特許法	実用新案法	意匠法	著作権法	商標法
対象	発明	考案	意匠	著作物	商標
趣旨	産業上の創作物に対して一定の保護を与え、産業上の創作の利用を図り、また、さらなる産業上の創作を激励することにより産業の発展を図る。			文化的創作に対して一定の保護を与え、また、その公正な利用に留意しつつ、文化の発展を図る。	標識使用者の業務上の信用の保護を図ることにより、産業の発達に寄与し需要者の利益の保護を図る。
要件	<ul style="list-style-type: none"> •産業上の利用可能性 •新規制 •進歩性 •先願の範囲の拡大の不該当性 •公序良俗または公衆衛生を害しないこと 		<ul style="list-style-type: none"> •工業上の利用可能性 •新規制 •創作困難性 •公序良俗を害するおそれのないことなど 	<ul style="list-style-type: none"> •思想感情の表現 •表現形式の創作性 •文芸、学術、美術、音楽の範囲に属すること 	<ul style="list-style-type: none"> •自他識別力を有すること •公益的事由と私益的事由による不登録事由に該当しないこと
権利発生手続	方式主義 審査主義	方式主義 無審査主義	方式主義 審査主義	無方式主義	方式主義 審査主義
権利内容	損害賠償請求および差止請求が認められる。				
存続期間	出願日から 20年	出願日から 10年	登録日から 20年	原則として著作者の生存中および著作者が死亡してから50年	登録日から10年(更新することで永久に存続可能)

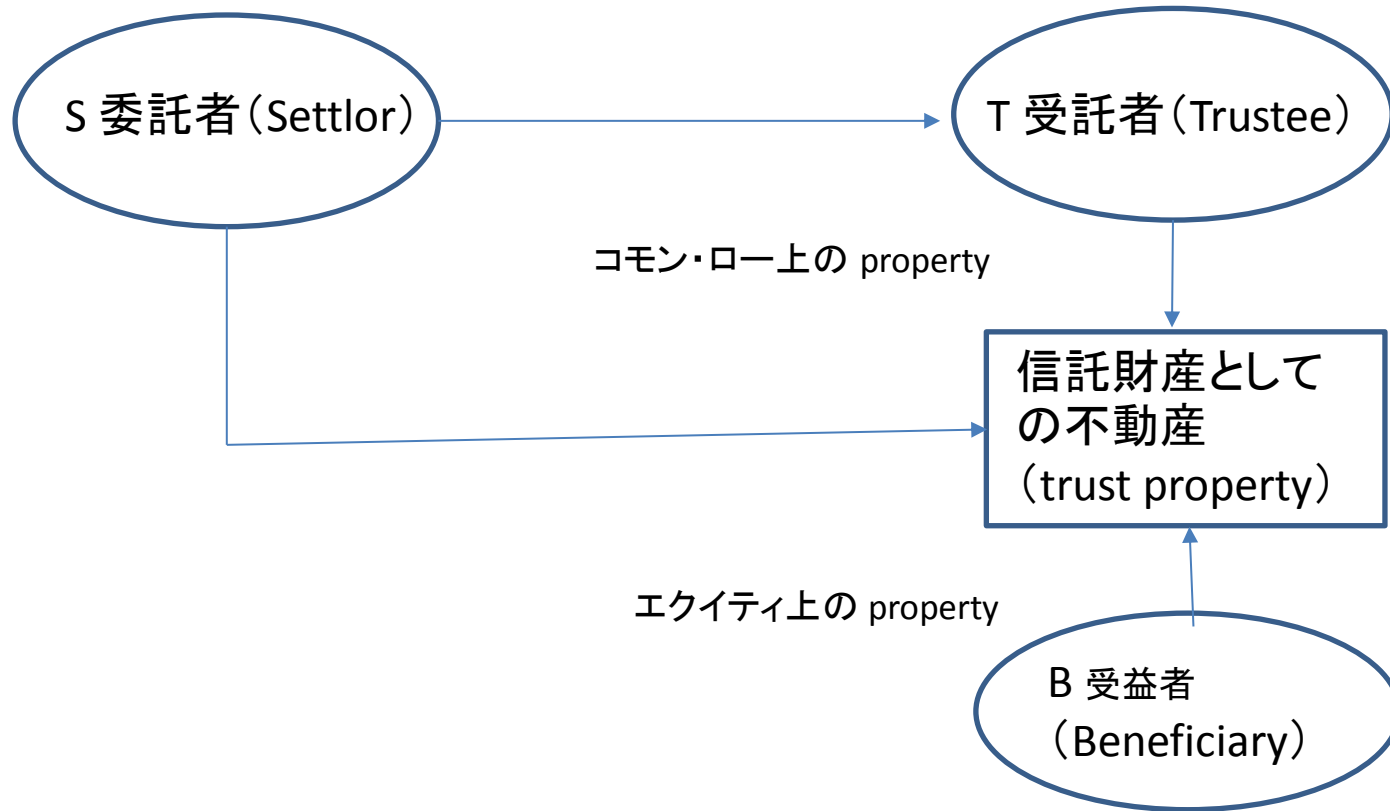
図表 2-8. Secret と Confidential の区分と差止制度

権利型(対世効、客体化)

利益型(当事者間、関係性)



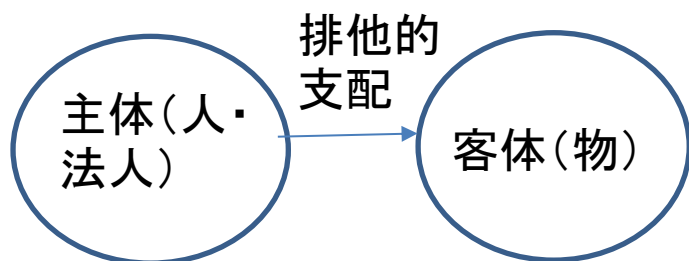
図表 4-1 信託法の構造



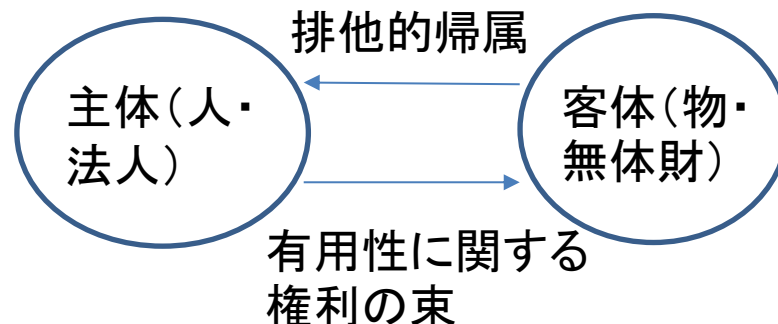
(出典)樋口 [1999]p.42の図を元に著者作成

図表 4-5. 権利の考え方

A. 伝統的な考え方

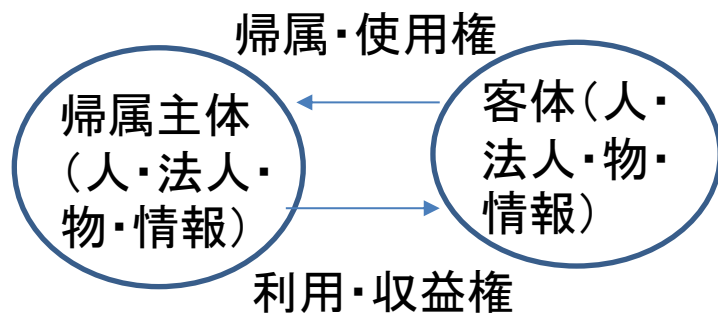


B. 森田 [2014] の考え方

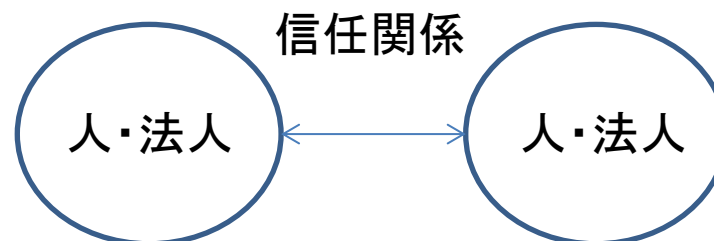


C. 林 [2009b] を修正した関係論的権利

C-1. 帰属型



C-2. 信任型



情報と自然人との関係

仮の名称	関係性	具体例	コメント
① 自然人特定情報	当該情報から自然人がほぼ一意に特定される情報	生体情報特にDNA情報。一意に決まるID情報	DNA できさえ一卵性双生児の例があり、「完全に一意」とは言えない。逆にコードとしてのIDの方が一意性が高い場合がある
② 自然人帰属情報	当該情報が特定個人に帰属することが、かなりの蓋然性を持っている情報	個人データ	この範疇を①寄りに考えるか②寄りに考えるかが大問題。なお、曖昧さが残るので個人情報という語は使わない
③ 自然人創作情報	特定の自然人が生み出した情報	著作物	このパターンには「所有権」アナロジーを適用することができるが、それを上記の2パターンに拡張することには困難が伴う

情報学的情報法？

- 前図を発展させると、「③ 情報法の客体としての情報」のみならず、「情報に関する法律行為を規律する」こと全体が「情報法」である、との理解に行きつく
- すると、「情報法の客体としての情報」だけではなく、「① 意思表示の手段としての情報」や「② 法的規律の手段としての情報」も含まれることになる
- ここで従来、法律行為主体の中心にあった自然人も法人も、Information Organism (Inforg)と見ることができれば、ロボット・ドローン・自動運転車も含めた「情報学的主体論」が可能かもしれない
- これを経営学に喩れば、経営資源としてヒト・モノ・カネ・情報の4要素があるとしながら、情報を中心にした経営学は人気がなかった(サイモンなどの天才がいたにもかかわらず)のを反転させることにも匹敵するのではなからうか

占有・所有と帰属（権利か実体か）

- 有体物については、占有権と所有権の関係が問題になる。更に権利の上に支配権が及ぶか否かについて、準占有が問題になり得る
- 「帰属」は現象形態を言うのか、それともそれ自体が権利なのかを明確にする必要がある
- 鷹巢信孝 [2001]「占有権とはどのような権利か(1)~(4)」『佐賀大学経済論集』Vol.33~34

	本質	実体	現象形態
占有権	特定の物を現実に支配し、管理する意思	現実的支配・管理力	特定の物を現実に支配し、管理する機能
所有権	特定の物を排他的に支配する意思	排他的支配力	特定の物を自由に使用・収益・処分する機能

関係的権利論

- Subject と object を「主体と客体」と峻別するのは、法学者だけ。両者はもともと「関係」の中にある。
- EU directive にある data subject も、「自然人(主体)がデータ(客体)をコントロールする権利」といった理解ではなく、データ(主体)がある人物(客体)を指している(ヒトがデータに帰属する)といった理解が正しい。
- イギリス法の「信任(信認)関係」は、「契約がなくても(成り立たなくても)受益者を保護する」仕組み。Confide (信任を前提にして情報を与える)は、privacy の保護ではなく、breach of confidentiality として救済することで「関係としての権利」が成り立つ。
- アメリカで著名な Hohfeld の権利論も、「権利とは何か」を語らず、「権利と義務などは、どのような関係にあるか」を論ずるだけ。
- Richard & Solove [2007] も、「英米法と言いながら、Warren & Brandeis 以来、アメリカ人は関係論を忘れて、権利論に走ってしまった」ことを嘆いている