慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	インターネット上の利益衡量公式
Sub Title	The internet balancing formula
Author	Susi, Mart(Yokodaidō, Satoshi) 横大道, 聡(Zukeyama, Kōdai) 瑞慶山, 広大
Publisher	慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所
Publication year	2020
Jtitle	メディア・コミュニケーション : 慶応義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要 (Keio media and communications research). No.70 (2020. 3) ,p.71- 86
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1121824X-20200300-0071

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

インターネット上の利益衡量公式

マート・スシ
横大道聡［監訳］・瑞慶山広大［訳］

1　はじめに

利益衡量（balancing）という手法は，デジタル世界において競合し合う基本権同士の衝突という問題に対応するための方法として，広く用いられる支配的な実践という地位を急速に得た。利益衡量は，ステークホルダーに広く用いられているものであるとともに，国際的な裁判所や立法府に――時には学界によっても――支持されている。しかしそのことだけをもって，利益衡量が存在論的または認識論的に正当化されると結論付けるのは早急である。そうした正当化ができなければ，利益衡量は現代社会のデジタル世界で自らの正しさを主張できない。なぜならば，オフラインの現実世界において利益衡量に対して提起されている批判――道徳性の欠如や恣意性の回避不能性――がネット上での利益衡量に転用され，利益衡量をインターネット上の水平的関係でも適用できる普遍的な手法とすることが否定されるとともに，実存主義的に理解されることが一般的なネット空間に何らかの秩序の要素をもたらす可能性が否定されるからだ。広く用いられている利益衡量という実践は，あらゆる理論的考慮から独立に，主にインターネット上での基本権の濫用に対する合理的な手立てを提供する必要性，あるいはよりプラグマティックに，ネット関連民間企業は基本権の保護に無頓着であるという批判に対抗する理屈を提供するためという政治的な了解に駆動されて発展してきたのだろう。

この論文では，ネット関連民間企業がインターネット上の水平的関係において基本権衝突を衡量することの存在論的・認識論的な正当化可能性を検討し，次いで，デジタル世界における基本権衝突を衡量するための数学的公式を提示することにしたい。インターネット上の利益衡量公式（Internet Balancing Formula, IBF）は，特定の存在論的・認識論的要素を含むものであること，そしてそれは，一般的で包括的な基本権概念〔に内在するもの〕としての利益衡量，あるいは特にインターネット上の民間主体による利益衡量に対して通常提起される批判の持つ説得力を最小化するものであることを示そうと思う。利益衡量の正しさを主張するためのひとつの手法を提供することによって，IBF は，インターネット上の利益衡量という広く用いられている実践に対して決定的でグローバルな影響を与える潜在力を持ち，とりわけ民間が行う利益衡量に対する信頼を向上させる。本論文では，IBF がネット上の利益衡量の合理的な部分を向上させるということを主張したい。特に，フェイスブックやツイッターのような世界的ポータル・サイトによってなされる，

ユーザー生成的なネット・コンテンツの評価に向けられている透明性の欠如や恣意性という一般的な懸念を，この公式の適用によって緩和させることができる。IBF は，ネットのポータル・サイトを運営し，権利同士の衝突を衡量する法的・道徳的義務に直面している者や，単にデジタル世界における市民ジャーナリストとしての資格で活動する者のいずれも，原則的に利用できる。ネット上での権利同士の衝突状況においては，どの権利を優先させるのかを迅速に判断することが極めて重要であるから，特別なソフトウェアを用いた IBF の自動適用を排除することはできない。そしてそれに続く評価は，IBF にインプットした様々な要素の重み付けが正当なものであったかを分析することによって実施されるのである。ジャーナリズムに関する機能主義的アプローチが含意しているのは，ネット上の権利同士の衝突の衡量は，市民ジャーナリズムを最大限利用してなされるべきであるということだ。IBF がそのためのグローバルな手法になることができるか否かは，以下に続く議論の出来次第である。

▶ 2　理論的な背景

2.1　合理性の側面

ネット関連民間企業によってなされる利益衡量への賛否は，原則として，それらの企業がコンテンツの内容を評価することへの賛否と不可分である。これは利益衡量の認識論的次元，すなわち，どのようにして権利衝突に関する情報を入手するのか，それをどう評価し，その結果をどう定式化し，そして実践段階でどう利用するか，に関わっているのである。

主要な立場は 2 つである。第 1 の立場は，民間企業はネット・コンテンツを評価する任務を果たすべきでないというものであり，第 2 の立場は，民間企業こそがそれを行うのに最も適しているというものである。第 1 の立場は，例えば国連の特別報告者フランク・ラ・ルー（Frank La Rue）の次の断定的な意見によって支持されている。「特別報告者は検閲の手段を民間主体に決して授権すべきでないと考える。……いかなる国家も，国家の代わりに検閲を引き受けるよう，媒介者（intermediaries）を利用したり強制したりしてはならない」[1]。インターネット媒介者のための「安全地帯（safe haven）」という概念も，同様の認識に基づいている。欧州評議会閣僚委員会による構成国への勧告草案「インターネット媒介者の役割と責任について」（CM/Rec（2018）2）の段落 1.3.5 は，「いかなる国家機関も，媒介者に対し，直接的又は間接的に，および自動化された方法であるか否かを問わず，媒介者が単にアクセスを提供し又は伝達若しくは保存するコンテンツについて，その監視も行わなければならないとする一般的な義務を課すべきではない」と指示している。多くの研究者は，ネット関連民間企業に基本権を擁護する任務を託すべきでないとの見解を有しているが，この見解はネット関連民間企業が利益衡量をするべきでないということも意味している[2]。ネット関連民間企業に権利衝突を衡量する任務を決して割り当てるべきではないという絶対主義的立場は，おそらく次の 3 つの正当化理由を有している。すなわち，政治的正当化（ネット関連民間企業はそうすることによって世論に影響を与えかねない），経済的正当化（利益衡量の業務を要求された場合，民間企業は人工知能〔AI〕だけに頼ることができず，ネットワーク・トラフィックを監視する業務のために数千人のネットワーク管理者を雇う必要が生ずる），そして憲法的正当化（ネット関連民間企業は基本権衝突を衡量する憲法上の権限を有しない），である。だが，この絶対主義的立場は，法理論の観点から自らの立場を正当化する理屈を持ち合わせていない。なぜなら，利益衡量というのは原理理論を適用することなのであり，その議論によると原理とは，「あるものを，法的可能性および事実的可能性との関係で，可能な限り高い程度で実現すること」

と命ずる最適化要請（*optimisation requirements*）として定義されるからである[3]。民間主体が利益衡量を行うことは，一応のところこの理論に反しないといってよい。というのも，ネット関連民間主体によるデジタル空間〔の管理〕や利益衡量実施の必要性は，そうした具体的な法的可能性および事実的可能性と見ることができるからである。

第２の立場，すなわちインターネット媒介者はネット上の権利衝突を衡量するのに最適であるという立場は，そうすることが不可避であるとの認識によって説得力を得ている。学説は，憲法上の正統性の欠如を主たる理由に，この立場を正当性のあるものとして受け入れるのを躊躇している。しかし，国際的な裁判所や立法府，ステークホルダーらはそうした躊躇を見せることはない。欧州人権裁判所―― Delfi 事件において，ネットニュースのポータル・サイトが利益衡量をすることはヘイト・スピーチへの対応として適切な手段であると判示した[4] ――も，欧州司法裁判所―― Google 事件において，データ管理者（ネット関連民間企業としての Google）は，データ・ブロッキングが要請された際に，プライバシー侵害を防ぐためにブロッキングを認めるべきか否かを自ら調査しなければならないと判示した[5] ――も，明確にこの第２の立場に立つ。EU の新たなデータ保護規則[6]〔EU 一般データ保護規則（GDPR）のこと〕には，民間主体がネット上の権利衝突を衡量する義務が含まれている。それ故，利益衡量という法的任務は，法や裁判所の権限を通じて民間主体に委託されているのであり，それはネット上の水平的関係に関する憲法裁判が激増すること[7]への懸念が弱まっていることを意味している。この立場に立つ３つ目の例として，欧州司法裁判所の Google 事件判決後に作られたグーグルの諮問委員会[8]のように，利益衡量のための独自の基準を定立する主導権を握ろうとするグローバルなインターネット企業〔の動き〕を挙げることができる。

いずれの立場も自らの結論は合理的なものであると主張するが，〔その根拠として〕驚くべきことに両者とも，ネット関連民間企業は自らのプラットフォーム上で発表されたコンテンツとごく近いところにいるという同じ事情に依拠している。第１の立場は，そのように近接する中での利益衡量が合理的ではありえないと主張し，反対に第２の立場は，そのように近接している中での利益衡量だからこそ合理的たり得るのだと主張するのである。デジタル領域においては，利益衡量を合理性に関する概念として――ただし，絶対的意味ではなく相対的な意味として――語ることが許されよう。利益衡量を民間企業に決して任せるべきではないとする立場の者は，そうした衡量は非合理的になってしまうからだと主張する。そのため，ネット上での非合理的な利益衡量を否定することが合理的な選択になる。逆に民間団体は利益衡量をすることができるとする立場の者は，そうした衡量は合理的な結果に至るだろうと主張する。このようにネット上の利益衡量の合理性に関する主張は，利益衡量が存在論的・認識論的観点から正当化可能か否かに依拠しているのである。正当化可能ならばそれは合理的な手法である。〔反対に〕そうした観点から正当化できないのであれば，利益衡量をすることは非合理的なままである。原則として，ネット上での利益衡量における合理性の本質は程度問題なのだ。その一方の極にある理想的な合理性は，存在論的・認識論的な側面で異論のない状態，または理想状態下での広範な実践に基づいている。他方の極にある非合理性は，存在論的・認識論的正当化ができない状態，または多様で広範な実践を欠いているからだとする。

存在論的な側面は衡量される基本権同士の関係性に関わる一方，認識論的な側面はネット世界でそれらの権利を適切に衡量できるか否かという疑問に関わっている。後者はネット世界において利益衡量を行う主体の能力の問題である。本論文で提示する IBF は，権利同士がぶつかり合う場合にネット世界での合理性の程度を向上させるという中核的な役割を果たすのである。

2.2 存在論的な面

衡量原理は，衡量される諸権利が等しい価値を持つ――例えば，プライバシーの権利と表現の自由を想起せよ――という理解を前提にしているが，これがオフラインの現実世界での存在論的な現状，換言すれば，利益衡量パラダイムの基盤をなしている。世界的な人権コミュニティに属する主要論者の間では，権利はネット上であろうが現実世界であろうが同一であり，その存在論的な基盤に異なるところはないとする，「修辞的な（rhetorical）」合意があるように見受けられる。ここで「修辞的な」合意という言葉を用いたが，その意味するところは，ネット世界でも現実世界でも権利は同じであるという言明がまったく十分に理由づけられてもいなければ，論理的に根拠付けられているわけでもない，ということである。

国連自由権規約委員会は一般的意見 34 号において，市民的および政治的権利に関する国際規約〔自由権規約〕19 条につき，同条 2 項[9] はあらゆる態様の表現と，その表現をあらゆる方法で流布することを保護しており，そこにはインターネットを基礎とする表現も含まれると表明した[10]。この一般的意見 34 号の主要執筆者のひとりであるマイケル・オフラハティ（Michael O'Flaherty）の説明によると，ネット・メディアに対する基準は伝統的メディアに対するそれと同一であり，国連自由権規約委員会はこのアプローチを明確に意識していた[11]。もっともオフラハティは，このアプローチを採用する理由を示していない。また欧州評議会閣僚委員会も，インターネット上の権利が現実世界のそれと同一であるとの見方を示している[12]。この時点では権利の同一性法理は基本権の普遍性という一般的な観念に基づいていると思われるが，ここでは権利の同一性という立場の説明で十分だろう。Delfi 事件における大法廷判決[13] や，それに続くストラスブールの裁判所〔欧州人権裁判所〕の「ハンガリー人」事件判決[14] は，ネット上と現実世界とで用いられる基準は変わらないという意見に基づいて執筆されており，裁判所はこのことを判決文の序文の節で次のように示している。

> 名誉毀損およびその他の明らかに違法な言論の類――そこにはヘイト・スピーチや暴力の扇動などが含まれる――は，全世界へ数秒のうちに拡散し，時にはネット上で永続的に閲覧できる状態に置かれる。これはかつてない事態である。これら 2 つの対立する現実が本件の肝である。自由権規約を支える諸価値を保護する必要性に留意するとともに，その第 10 条および第 8 条の下での権利が平等な尊重に値することを考慮して，両権利の本質が維持されるような仕方で利益衡量がなされなければならない。[15]

本論文の目的に鑑み，ネット上と現実世界での権利の同一性法理の正当化可能性について考えてみたいと思う。しかしながら，権利の同一性という存在論的な現状を正当化するということは，ある権利は他の権利を上回る保護に値しないだろうということを意味するわけではない，ということに注意が必要である。表現の自由とプライバシーの権利はネット上で同一の保護に値するという考えに対しては，両方の陣営からの異論がある。すなわち，ネット上での表現の自由は厚い保護に値すると考える者もいれば，プライバシーの権利こそがそうであると考える者もいるのである。

表現の自由にはより厚い保護が必要であるとする有力な例として，国連総会決議「インターネット上の人権の促進，保護および享受」を挙げることができる[16]。その第 1 段落において，「人々が現実世界で有するのと同一の権利がネット上でも保護されなければならない。特に表現の自由はそうである」と断言しているからだ。学説では，立法機関が私的検閲に相当するメカニズムを創り出そうとする数々の構想について，そのような私的検閲は表現の自由に対する脅威であるとして議論されている[17]。ポリチーノ（O. Pollicino）とロミオ（G. Romeo）は，欧州諸国の多くの裁判例で，利益衡量が表現の自由を制約する

ことの正当化のために用いられていると結論付けたが[18]，彼らの議論が含意しているのは，表現の自由はより厚く保護されるべきであるということだ。

プライバシーの権利を重視するというもう一方の観点から，ラ・ルーは，「インターネット上での活動は，利用者のプライバシー権の侵害を構成し，インターネットに対して人々が持つ信頼と安全を害することで，インターネット上での情報と思想の自由な流通を阻害し得るのだ」と警告している[19]。マルソーフ（A. Marsoof）は，インターネット上でのプライバシーに特化した立法を求めている[20]。ランド（M. Land）は，国際人権法とその価値を考慮しなければ，政府や産業界は，国際人権と両立せず，それを毀損しさえするようなプライバシーに関する基準を定立する方向へと向かってしまうだろうと予想している[21]。

ここまでに素描した議論は，インターネット上での権利衝突についての存在論的側面にではなく，ネット・コンテンツを評価する際のインターネット媒介者の能力とその豊富な実践に関係している。存在論的側面と認識論的側面とを区別することは，明瞭性のためにも，利益衡量がネット上の基本権衝突を解決する正当化可能な方法であるか否かを最終的に判断するためにも，必須である。存在論的側面は，衝突する諸権利を同じ程度の重みをもつ権利として扱うか否かという問題に関係する。認識論的側面は，どのようにして利益衡量を行うか，すなわち衡量を行う際に，何らかの理由に基づいて衡量される両権利に対して大きな重み付けを与えるか否かという問題に関係する。後者の問題を別の言い方で述べ直せば，利益衡量の過程においてインターネット媒介者は，権利間の関係を適切に認定できるかどうかという問題である。

こうした二極化された観点（例：表現の自由はプライバシー権よりも保護するに値する）を収斂させることができるのは，次のような理論を発展させた場合である。すなわち，対立する諸権利間の関係を同一平面上に置かず，デジタル世界に入る者なら誰もが直面する存在論的条件としてのインターネットの脆弱性（Internet vulnerability）を自覚した理論である[22]。インターネットの脆弱性は，オフラインの現実世界で知られている個人のプライバシーを保護するための伝統的な方法は，デジタル空間では効果的に実現できないか，相当程度弱められるということを自覚している。なぜなら，インターネット上に公開されたあらゆる情報は永遠にそこに留まり，いったん情報が公開されたら，プライバシー侵害に対処する時間はないからである。こうした諸要素がそのままの状態では，ネット上のプライバシーを保護できない。だからこそ IBF は，存在論的条件としてのインターネットの脆弱性に基づき，利益衡量を行う前に，衝突する諸権利間の当初の関係を変更するように提案するのだ。例えば，他の要素が互いに対して持つ相対的重みが理想的な均衡状態だとすれば，利益衡量の指標はプライバシーを保護するために設定される，というように。

2.3　認識論的な面

ネット上での利益衡量の認識論的な側面に関連する懸念は主に 2 つある。第 1 に情報の収集方法，第 2 にそれを評価する方法だ。

情報の収集方法に関する懸念――これはネット特有のものであり，現実世界での利益衡量における認識論的次元では問題とならない――は，時間の要素に関係している。裁判所が利益衡量においてどのような枠組みを用いるとしても，裁判所は衝突する諸権利を正しく評価し，適切なバランスを作り上げるために利用できる時間が潤沢にあるが，インターネット上ではそうはいかない。というのも，潤沢に時間を使うと，権利はもう侵害されていて，そこでは適切なバランスがとられていなかったという，効果の乏しい認定を後々になってする羽目になるからである。ネット上での利益衡量が効果的なものになるかは，公

開された特定の情報の価値が誰かの私的領域への侵犯という懸念を上回るものであるかどうかを迅速に決定できるかにかかっている。時間の経過につれて諸利益のバランスが覆されるかもしれないという理解――例えば個人情報を処理する場面――があるために，ここで時間は特別な関心事となる[23]。熟慮に基づく決定のための時間がないということは，最終的にネット上の利益衡量の合理性を否定するという結論へと至りやすい。ここで，インターネット上の利益衡量公式が中心的役割を発揮する。なぜなら，IBF は簡潔なかたちで事前に設定された入力をすることによって使用できる数学的公式であり，ある状況下で衝突する権利のうち，どの権利を優先するべきかについて即座に結論を下すものだからである。現在，インターネット媒介者は比較的簡単な事例の評価には人工知能を，より複雑な状況の評価には人間の知能を，それぞれ利用している。これらの異なる知能は実際どのように事例を評価しているのかという問いが第 2 の懸念に繋がっていく――恣意性である。

現実世界における利益衡量という方法に対する「恣意性」という批判を定式化したのはハーバーマス（J. Habermas）である。曰く、「確かに，具体的な決定を正当化するに際して，あらゆる権利がいっさいの集合的財に打ち勝つわけではない。しかし権利が敗れるのは，集合的財がそれに対応する規範に優先すること自体，より高次の規範または原理の観点から正当化可能な場合に限られる。規範と原理は，その義務論的特質のゆえに，特定の場面で優位するということだけでなく，普遍的拘束力を主張することができるため，そうした規範と原理は，価値よりも大きな正当化の力を持つ。価値とは，他の価値との関係で事例ごとに序列が変わらざるを得ないものである。そのための合理的な基準が存在していない以上，価値の重み付け〔価値の利益衡量〕は恣意的もしくは無反省的に，慣れ親しんだ基準や優先順位にしたがって行われることになるのである[24]」。これに対するアレクシー（R. Alexy）の応答は，「重み公式（weight formula）」は合理的基準を提供しているというものである。恣意性批判とそれに対する数学的公式を通じたアレクシーの応答は，ネット世界における利益衡量にも適用できる。それ故，ここではこの議論をより一般的な問題として扱う必要はない。民間主体が行うネット上の利益衡量に対する〔ここで取り上げるべき〕目新しい批判――この批判は恣意性批判と関係する――は，透明性の欠如に関するものである。この批判は，誰が決定主体なのか（人工知能か人間の知能か），どういった基準が適用されるのか，こうした議論は何であるのか，といった側面を含むものである。

欧州評議会は，「インターネット・サービス・プロバイダは，前述の規定に含まれる諸原理に違反していると主張するインターネット利用者からの苦情に合理的な時間制限内に応答するために，適切で，明確で，公開された，効率的な手続を制定すべきである」[25]と表明した。国連は，「すべてのステークホルダーの関与のもとでの透明かつ包摂的なプロセスを通じて，そしてその中核にインターネットへのユニバーサル・アクセスと人権の享受という目的を据えた，インターネット関連の公共政策を採用するよう，すべての加盟国に要請している[26]」。同様にラ・ルーは，「国際的な人権規範と原理に沿った，明確かつ明瞭なサービス利用規約を策定するよう企業に促す[27]」。これらの例により，恣意性や透明性の欠如に関する懸念を十分に示せたであろう。

今日，インターネット媒介者の間で広く行われている基本権衝突の衡量についての実践は，透明性の原理に反するものである。それは能力の問題，すなわち，ネット企業は衝突する権利を衡量しなければならないときに，毎回熟慮に基づく決定を下す能力を単に有していないという問題であり，また，そこでの議論を公表する必要がない場合すらある。決定に至るプロセスの透明性を示すことができないという能力上の限界は，まぎれもない現実である。実践的な対応策としては，少なくとも決定プロセスに関する何らかの情報――個別の事例に関するものではなく，原理の問題として――を公にする，というものがあ

り，次の 2 つの例がこのことを示している。2014 年 11 月 26 日，データ保護指令 29 条作業部会は，欧州裁判所の Google 判決を反映したガイドラインを採択した[28]。この部会は検索エンジンに対し，検索結果から除外する基準の公表と，詳しい統計を作成して誰もがそれを利用できるようにするよう勧告した[29]。グーグルの諮問委員[30]は忘れられる権利を実際に実現するためのガイドラインを策定するために立ち上げられた。専門家のなかには，グーグルは自身の決定について詳細な説明を行うべきだと主張する者もいるが，この勧告は透明性の要求を，一般に入手可能なガイドラインの策定と匿名化された統計の提供に限定している[31]。

IBF は，民間によるネット上での基本権の衡量における恣意性や透明性の欠如といった反論を乗り越える一般的な手法になりうる。IBF を適用すれば，すべての状況で同一基準の公式を用いるため，恣意性という批判を突破できる。また，透明性の欠如という批判も，利益衡量の結果は IBF 適用の産物であるというインターネット利用者の認識によって回避可能である。評価基準は IBF によって示されており，そこでの議論も数学的な計算である。恣意性・透明性に対する批判へのこれらの応答によって IBF は正当化される。そしてそれは，個別の事例における解決策という計算結果は「正しい」と主張できるということを意味するのである。

▶ 3　インターネット上の利益衡量公式

3.1　前　提

インターネット上の利益衡量公式（IBF）は，そこに入力する諸要素やそれらの相互関係が将来のデジタル環境の変化に応じて変わっていくことができるようにするために，十分な柔軟性を備えるものでなければならない。今日ではいまだ知られていない変化にも対応できる能力のおかげで，我々は IBF を，基本権を保護するための生ける手法として参照することができるのである。

現段階での前提は次のようなものである。第 1 に，IBF の数学的公式は国民全体にとって極めて重要な情報を妨げるように作動すべきではない。第 2 に，IBF はロベルト・アレクシーが展開した重み公式[32]から――特にそれが人権を裁定する枠組みを整序する手法として数学的処理を導入して以来――着想を得たものである。第 3 に，IBF に入力する諸要素は，裁判所，特に欧州人権裁判所が現実世界での権利衝突を衡量するために通常取り上げる基準を基にしており，さらに，ネット世界における人権というものから切り離すことのできない存在論的・認識論的考慮のために追加の基準が設定されている。第 4 に，IBF は誰もが適用できるはずのものである。換言すれば，IBF の異なる入力要素に具体的な価値を配分するに際しては，いかなる専門的な法学の訓練も必要とされず，実際の経験に基づいてそれを行うことが可能である。

IBF とは，2 つの基本権の相対的な数的価値の商〔割り算の結果〕である。すなわち，プライバシー権に関する入力要素の結果として配当された数的価値を，同じく入力要素の結果として表現の自由に配当された数的価値で割ったものである。数的価値の中には，0 から 1 までの指標と，1 から 3 までの指標がある。後者においては，介入の度合いに応じて低度（数的価値 1），中度（同 2），高度（同 3）で表される。これらと異なる指標については後述する。

人権に関する現在の世界情勢では，インターネット上のヘイト・スピーチは絶対的意味において禁止されている。暴力やあらゆる憎悪形態の扇動もこの意味での禁止に含まれる。本稿の目的に照らして，この確立された統一見解に従い，ヘイト・スピーチが発生した場合には衡量はあらかじめ排されると述べておけば十分である。ヘイト・スピーチか否

かを判断する基準の欠如またはその定立可能性については本稿の射程外としておく。したがって，IBF が適用可能となるのは，ヘイト・スピーチであるとの主張が退けられた後である。つまり，ステップ 1 として問題がヘイト・スピーチに関連しているか否かに答え，そうでないならばステップ 2 に進むのである。

3.2 プライバシー権

以下の諸要素が方程式のプライバシー権部分〔上辺〕を構成する。

第 1 にインターネットの脆弱性（Internet vulnerability）であり，これは常に数的価値 1 である。この要素は大文字の「V」で示される。将来的にプライバシーに対する一貫した脅威を最小化する方向で発展するというデジタル空間の可能性を否定できないので，この数的価値は程度問題へと変化するか，あるいは消去されるかもしれない。

第 2 にプライバシーへの介入（interference in privacy）という要素である。具体的重さであるその数的価値は介入の強度によって決まる。3 つのレベルに分けられた指標が使用され，介入の強度に応じて，「低度（light）」（数的価値 1），「中度（moderate）」（同 2），「高度（intense）」（同 3）で測定されうる。それ故，介入の重みというのは相対的であり，プライバシー権を侵害されたと訴える者／訴えるであろう者の主観的な認識ではなく，中立的な観察者の認識によって生み出されるものである。この指標によってプライバシー権への介入という第 2 の要素が決定され，これは大文字の「PR」で表される。それと同時にその強度が小文字の「x」――この文字はより重要な要素の測定に用いることにする――で表され，数的価値 1，2 または 3 が挿入される。そうすると，プライバシー権側は次のような数学的公式になる。V(1)+PR(x)。

第 3 に時間（time）の要素がある。この要素は，裁判所[33]でも学界[34]でも異論がない次の想定に基づいている。それは，何らかの情報や意見によるプライバシー侵害の程度は，時間の経過とともにその情報や意見が減少するにつれて減少していく，という想定である。利益衡量に対する時間の影響は程度問題であり，経過年数に応じた数的価値を任意に配当することを要求するものであることは自明である。時間は大文字の「T」，その強度を小文字の「y」でそれぞれ表し，後者には〔先ほどの諸要素と比べて〕重要性が劣る価値を挿入する。時の経過が 3 年以上 7 年未満であれば 0.25，7 年以上 10 年未満であれば 0.5，10 年以上 13 年未満であれば 0.75，13 年以上であれば 1 をそれぞれ配当する。衡量対象の事件の発生から 3 年を経過していない場合は，時間の要素は 0 である。以上より，プライバシー権側は次のような数学的公式になる。V(1)+PR(x)+T(y)。

3.3 表現の自由

以下の諸要素が方程式の表現の自由の辺〔下辺〕を構成する。

第 1 に主題の公益（public interest）の程度である。主題は，それが公にされている態様によっては，誰かのプライバシー介入についての懸念を高める。数的価値は公益の程度によって決まるものであり，ここでもそれは客観的な基準であって，表現の自由の実現を主張する者の目から見た主観的な基準ではない。公益の程度は，各情報が情報受領者に対して持ちうる影響力に関係するものである。

ここでは 3 つのレベルに分けられた指標が用いられる。公益という要素は大文字の「PI」で，その程度は小文字「x」――上述の通り，この文字はより重要な要素の測定に用いる――で，それぞれ表され，後者には数的価値 1，2 または 3 が配当される。低度の公益（= 1）は，地域共同体の話題であるか，その重要性が特定の出来事と結び付いた時間依存的なものの場合である。換言すると，その主題は空間や時間によって限定されている。中度の公益（= 2）はより広域の共同体が関心を抱く話題ではあるが，多数者の生活に直

接の影響を直ちには及ぼさないであろう場合である。重要な公益（＝ 3）は国民全体にとって重要な主題，あるいは多数者の生活に直接の影響を及ぼすであろう主題に関連する場合である。例えば，コミュニティセンターの再建設の可否はレベル 1，国内最上位公立大学の国際ランキング上の順位はレベル 2 だが，無償教育に代わって公立大学に授業料を導入しようとする政府の提案はレベル 3 である。また例えば，情報や意見の公表が単に好奇心を満たす目的にのみ仕えるような場合は，公益の程度が「0」である。

アレクシーの重み公式の文脈において，強度を数的価値で評価すること（プライバシー侵害度や公益の程度）の正当化可能性に関して批判が存するが，この批判は，デジタル世界における IBF に向けられたときには変容を被る。なぜならば，時間という要素を利用できないからだ。すなわち，時間の要素は，通常，強度を決定する理由を明確に示せるかということと関連しているからである。重み公式の文脈では，アレクシーは「議論テーゼ（argumentation thesis）」，すなわち介入の強度や重要性の程度に関する命題は，合理的正当化に適しているというテーゼを用いて，直観[35]，決断主義[36] および恣意性[37] にまつわる批判に反論している[38]。合理的正当化は，現実世界では公表される必要があるが，ネット上では時間という要素が即座の反応を求めるものに変容しているが故に，そうはいえない。それ故，強度や重要性の程度に関する命題に関する合理的正当化が持つ意義は，ネット上では狭く解釈されなければならない。これはつまり，強度を判定するための指標や数的価値を利用することそれ自体が合理的アプローチであることを意味する。中立的観察者の多数は，当初から同じ情報を有しているとの前提のもとでは，3 段階指標によるプライバシー介入度や公共の利益の程度について同一の判定をする可能性が高い。このように IBF は，強度の程度を評価するのが誰であってもその者は多数者集団に帰属すると想定している。仮にその者が多数者集団に属していないとしても，その者の（自然的または人工的な）総合アプローチは合理的であると想定しなければならない。なぜならば，様々な状況の評価は曲線によって表すことができ，それは緩尖的分布[39]，正規分布またはその他の分布になるが，これは IBF において衝突する諸要素の評価に同一の曲線が表れることを意味するからだ。この場合，分布に現れる潜在的バイアスは，公式の両辺において同様に妥当するため，打ち消されることになろう。

本稿で検討することはできないが，量的方法と質的方法とを組み合わせて用いる混合アプローチを必要とするであろう別の研究手法は，狭義や広義の合理性についての結果が大体において同じか否かを研究するものである。強度の評価に関して，より多くの情報を入手し考慮にも時間をかける可能性があった裁判所がまとめたものと，時間が使えない状況下で人間および／または人工知能がなしたそれとは，比較可能だろうか。両者が同じように考えられる場合は，結論は司法的評価の過程で下されるだろう。その反対のことが起こった場合，すなわち両者に類似性がなかったり明らかでなかったりする場合であっても，そのことは IBF を拒否することにはならない。なぜなら，IBF が主張しているのは全般的な正確性ではなく，評価がなされたある特定の時点における正確性だからである。表現の自由側にある公益の要素はこのようにして PI（x）と表される。

第 2 の要素はその情報が公人（public figure）に関するものか否かである。この要素を表すために大文字の「PF」を用いる。公人か否かがプライバシー権と表現の自由とを現実世界で衡量する際の重要な要素であるということについてはコンセンサスが確立している。関連して，公人の程度を小文字「x」で表す。重要な公権力を有している者は数的価値「3」，自発的に公共空間に参画した者は「2」，自発的に公共空間に現れたわけではない者は「1」をそれぞれ配当する。多くの人々は，問われたならば，政府の大臣は重要な権力を有している，議会の議員は自発的に公共空間に参画した，有名なサッカー選手の妻は公共空間に自発的には参画していない，とそれぞれ評価するだろう。公人の地位に関する

欧州人権裁判所の判例は，〔公人性判断の〕直感の源として寄与できるだろう。以上より，IBF の表現の自由の側は次のようになる。PI(x)+PF(x)。

第 3 の要素は情報の入手方法に関係している。この要素の理論的根拠は，ネット上の表現の自由の保護の程度を情報の出所（origin of the information）に応じて区別する必要性に基づいている。この要素を大文字「OI」で表す。評価要素全体の中でのこの要素の重要度は低いので，0 から 0.75 というより軽度で狭い指標を用いることし，小文字「y」で表す。この要素は消極的な影響を持つものだから，違法な情報入手には「－0.75」，道徳的には受け入れがたいが法的には可能な方法での情報入手には「－0.5」，道徳的に異論の余地がある方法での情報入手には「－0.25」をそれぞれ配当する。道徳的に異論の余地があることと，道徳的に誤っていることとを区別する基準は程度問題であり，また時間の経過によっても変化する。この区別についての評価は社会的価値の表明としての合理的選択を表すものであり，集団のなかの多数派に属する個人によって行うことができるだろう。これに対して，違法性の基準は客観的性質を有しているから，多数派の意見には依拠しない。以上より，IBF の表現の自由側はこうなる。PI(x)+PF(x)-OI(y)。

3.4　共感の側面

プライバシー権や表現の自由に関わる上記のすべての要素は，原則として人間か人工知能によって評価される。現在および近い将来においては，ネット・コンテンツについての個々の決定の多くが間違いなくネット関連大企業用の人工知能によって行われると考えられる。ネット関連の中小企業および市民ジャーナリストはこの決定を人間の手によって行うだろう。このことは利益衡量の結果が不合理になるだろうということを意味しない。ネット・コンテンツの評価から「人間味」を失わないようにするため，IBF の中に共感（empathy）の要素を組み込むことにしたい。原則として他の要素は合理性の議論に服する一方，この「共感」の要素の数的価値は衝突する権利の道徳的価値評価の結果である。今日の知見による限りでは，人工知能はいまだ道徳的価値評価を行うことができない。こうしてこの共感の要素により，ネット上における評価という仕事を人工知能が排他的に占有することにならないようになるのである。

共感の要素は大文字「E」で表し，公式全体での相対的重みの最大値を 1 として，数的価値を 0.25，0.5，0.75，1 とする。この価値の〔公式の上辺と下辺の〕両側の合計が 1 を超えないことを示すために，小文字「z」を用いる。つまり例えば，プライバシーへの共感の要素は 0.25，表現の自由へのそれが 0.75 とそれぞれ設定された場合，〔0.25 分が打ち消し合うことで〕このプライバシーの要素に残された数的価値は 0.5 である。

ネット上で衝突する権利の評価に際して，必ず共感の要素を含めなければならないわけではない。共感の要素は次の 2 つの状況で用いられることになろう。第 1 に，プライバシー権の各要素の合計を表現の自由の各要素の合計で割ったときの商が 1 の場合である。第 2 に，一定の道徳的理由から，ある状況とそれに類似する状況とを区別することが求められる場合である。これは主として，権利同士の衝突とは一切関係しないと考えられる特定の文脈的な理由のために，平等原則を引き合いに出すことが妥当であるような場合である。

3.5　インターネット上の利益衡量公式

上述した入力要素は次の公式に結実する。

$$\mathrm{IBF}=\frac{\mathrm{V}(1)+\mathrm{PR}(\mathrm{x})+\mathrm{T}(\mathrm{y})+\mathrm{E}(\mathrm{z})}{\mathrm{PI}(\mathrm{x})+\mathrm{PF}(\mathrm{x})-\mathrm{OI}(\mathrm{y})+\mathrm{E}(\mathrm{z})}$$

商が1より大きいなら，プライバシーの権利が優位し，問題となっている情報は公表ではなくブロックされるべきである。商が1より小さいなら，状況は正反対，すなわち表現の自由が優位する。この公式によってもたらされた結果は将来の議論には開かれていない。なぜなら，入力するいくつもの要素が時間の経過とともに変化するし，所与の状況において物事をいかに評価するかに依存しているからである。これが意味するのは，何らかの新たな必要性が生じたために一定時間経過後にIBFを適用した場合，異なる結果が生み出されるかもしれない，ということである。

3.6　歴史的真実の利益

すでに述べたように，IBFを用い始める時点でヘイト・スピーチは除かれている。そしてIBFの適用は歴史的真実の門にて終了する。つまり，IBFは原則として，ある社会のある時点で起きた歴史的真実として定義される事柄に関する情報をブロックする手段とされてはならないということである。歴史的真実の利益として定義されるものは時間の経過とともに変わり得る。すなわち，何らかの事柄における利益を歴史的真実の利益として定義することが許される閾値が存在するのである。ラ・ルーはネット空間の文脈における歴史的真実の重要性を次のように述べている。「人権に関して，逸脱することの許されない基本原則の一つが，人権侵害が存在する場合に，その真実を確証することである。そしてこのことは，犠牲者やその遺族の有する真実への権利であるばかりではない。社会全体が被害者を追悼するために歴史的記憶を再構築するという，社会全体への権利としても認識されているのである[40]」。本稿の目的は，歴史的真実という概念の探求に踏み出すことでも，歴史的真実が具体的な時間と空間という文脈に依存しているということの研究に従事することでもない。IBFを提示するという本稿の目的からすると，ある事柄が歴史的真実に関係するということがいったん確証されたのならば，IBFは適用されない，ということを指摘しておけばここでは十分である。それ故，数学的公式としてのIBFは，一方ではヘイト・スピーチの概念から，他方では歴史的真実の概念から，それぞれ切り離されていると言うことができるのである。

▶4　インターネット上の利益衡量公式の検証

IBFが機能するかどうかを検証するために，以下ではIBFを欧州人権裁判所で実際に問題となった2つの事例 —— Delfi事件[41]とEgill Einarsson事件[42] —— に当てはめてみたい。さらに，2つの仮想事例にも同様に当てはめてみようと思う。

4.1　Delfi事件

本件では，エストニア最大のネットニュース・ポータル・サイトであるDelfiに投稿された記事への匿名コメントが問題となった。問題となった記事は，エストニア本土から最大の島へと至るアイスロード〔冬季だけ開通する，凍った海を道路として使用した公道のこと〕を，この区間の輸送サービスを独占的に提供していたフェリー会社が破壊したという内容の記事であった。約20の匿名コメントがフェリー会社の主たる所有者を侮辱しており，そのうちのいくつかは，欧州人権裁判所によってヘイト・スピーチに該当するとされた。欧州人権裁判所は，当該コメントがヘイト・スピーチを構成するということを理由に，ネット関連企業がプライバシー保護の義務に違反すると結論付けても表現の自由に対する侵害とはならないと判断した。

本事案ではヘイト・スピーチが問題となったため，IBFが適用できない状況である。仮にヘイト・スピーチに該当するコメントがなかったとしたら，裁判所は表現の自由を支持

していたであろう。

IBF を用いれば，ヘイト・スピーチを構成しないコメント部分に関しては次のようになる。

【プライバシー側】
- 定数価値としてのインターネットの脆弱性：V=1
- 企業の業務に関連した侮辱――プライバシーに対する小さな侵害：PR=1
- コメントは即座になされているため，時間の問題はない：T=0
- 企業の所有者が共感に値するとされる可能性は低いだろう：E=0

【表現の自由側】
- アイスロードの破壊問題は国家全体にとって重要ではあるが，国家全体の福利にとって不可欠とは言えない：PI=2
- 大企業の所有者は確実に公人である：PF=2
- 情報は適法に入手されている：OI=0
- そして，表現した側にも共感すべき点はなさそうである：E=0

以上により，ヘイト・スピーチ問題以外の Delfi 事件に対する IBF の結果は次のようになるだろう。

$$\text{IBF}=\frac{\text{V}(1)+\text{PR}(1)+\text{T}(0)+\text{E}(0)=2}{\text{PI}(2)+\text{PF}(2)-\text{OI}(0)+\text{E}(0)=4}$$

IBF 値は 0.5 なので，表現の自由が優位する。ヘイト・スピーチの論点がなかったとしたら，IBF は欧州人権裁判所と同じ結論に達しただろう。

4.2 Egill Einarsson 事件

本件では，エイナルソン氏に関してインスタグラムに投稿されたコメントが問題となった。問題となったコメントは，彼はレイプ犯であり，数日前に裁判所で無罪判決を受けたばかりだとしていた。エイナルソン氏は自らのプライバシーの保護をアイスランドの裁判所に求めたが認められなかった。裁判所が，当該コメントは自分から公共全般とコミュニケーションをとることを通じて公人になった個人に関する価値判断である，と判断したためである。IBF では，インスタグラムに投稿されたコメントの問題に関して次のような結論となる。

【プライバシー側】
- 定数価値としてのインターネットの脆弱性：V=1
- 司法的に立証された事実に反して誰かをレイプ犯呼ばわりすることは価値あるプライバシーに対する大きな侵害である：PR=3
- コメントは即座になされているため，時間の問題はない：T=0
- エイナルソン氏が共感に値するとされる可能性が高いとは言えないだろう：E=0

【表現の自由側】
- 暴力犯罪の問題に関する公益は当然のものである。同時に国家全体にとっても重要であるが，その福利にとって本質的とは言えない：PI=2
- エイナルソン氏は自分の意思で公共と積極的にコミュニケーションをとっていたから，公人であった：PF=2

• 情報は適法に入手されている：OI=0
• そして同様に表現した側にも共感すべき点はなさそうである：E=0

以上により，エイナルソン事件に対する IBF の結果は次の通りである。

$$\text{IBF}=\frac{\text{V}(1)+\text{PR}(3)+\text{T}(0)+\text{E}(0)=4}{\text{PI}(2)+\text{PF}(2)-\text{OI}(0)+\text{E}(0)=4}$$

IBF 値は 1 なので，所与の状況では表現の自由とプライバシー権とが等しく保護されることを意味する。〔実際，〕この事件で欧州人権裁判所は全会一致とならなかった。7 人中 5 名の裁判官がプライバシー権への侵害を認める側に回ったのに対し，2 名は表現の自由の方が保護に値するという反対意見を著した。

4.3　仮想事例：致命的な病を抱えた首相が国家は破綻寸前であることを認めた事例

これは仮想上の X 国の事例である。致命的な病を抱えていた首相は閣議にて，来月までに政府が公務員の給与支払やその他の財政的な債務弁済が不可能になるという切迫した見通しについて話し合っていた。声明を準備した後，首相は閣僚らに対して，この情報を少なくとも向こう 2 週間は秘密にしておくよう指示した。その最中，激しい痛みに襲われた首相は指示を中断し，呟くように「また癌の痛みだ。もう数ヶ月も生きられないだろう」と述べた。閣議は録音されている。ジャーナリスト Y は賄賂を支払ってこの録音を入手し，オンライン・メディア企業がこの録音の全編を公表するか否かを検討している。もし首相が癌に冒されており，もうじき死ぬかもしれないという部分をカットしたなら，公衆はメディア企業が何かを隠していることに容易に気が付くだろう。このメディア企業の編集長は，参考のために IBF を使うことにした。

【首相のプライバシーを守る観点】
• 定数価値としてのインターネット脆弱性：V=1
• 誰かが癌で死にかけているということが国民全体に知られるのは，価値あるプライバシーに対する大きな侵害である：PR=3
• 録音の公表は即座になされるだろうから，時間の問題はない：T=0
• 首相は国家の多数者から深く尊敬されており，高い道徳心の持ち主であると広く見られているから，共感基準の中の最大値が当てられる：E=1

【録音を公表することに関する表現の自由】
• 国家破綻の可能性の問題は疑いなく国民全体にとって重要であり，その福利にとって不可欠である：PI=3
• 首相は重要な権力を持つ公人である：PF=3
• 情報は違法に入手されている：OI=-0.75
• 共感の基準はプライバシー側ですべて使い果たされている：E=0

この仮想事例での IBF の結果は次の通り。

$$\text{IBF}=\frac{\text{V}(1)+\text{PR}(3)+\text{T}(0)+\text{E}(1)=5}{\text{PI}(3)+\text{PF}(3)-\text{OI}(0.75)+\text{E}(0)=5.25}$$

IBF 値は 0.95 であるから，首相のプライバシーは保護されないことになる。〔同時に，〕

注意深い読者はIBFに関して既に述べた前提のひとつを思い出すだろう。すなわち，この公式は国家全体にとって本質的に重要な情報をブロックする手法であるべきではない，という前提である。

時間の経過があれば，結果はプライバシーをより保護する方へと変わるかもしれない。8年以上が経ちプライバシー側のTの要素が0.5になると，他のすべての要素が同一ならば，結果は5.5/5.25 = 1.05となる。それ故，首相の病への関心が歴史的真実の利益に該当するとする確固たる論拠がなければ，ネット関連企業はその情報の公表を差し控えるだろう。

4.4 誰が新しい権威的指導者になるかの事例

1991年8月，ソビエト連邦の大統領であったミカエル・ゴルバチョフ（Mikhail Gorbachev）政権を転覆させようとするクーデターが失敗した。当時の計画では，ソビエト共和国の重要な地位にクーデターの指導者たちに極めて忠誠的な新たな人物を置き，その者が従前の独立志向のあった地域の指導者やインテリ層に対し抑圧手段を行使していたかもしれない，という噂があった。当時のソビエト・エストニアでの最高指導者の一人であったアルノルド・リューテル（Arnold Rüütel）は，後に独立したエストニアの大統領に選出された。彼はクーデターが成功していた場合に誰が新しい指導者になる予定だったのかを承知している人物だと信じられていた。仮想事例として，リューテル氏がネット・メディア企業からインタビューを受け，その名前を問われたときにZ氏と言及したとしよう。このZ氏は公衆には知られておらず，今は70歳代で小さな街で平和に暮らしている。このメディア企業の編集長は，Z氏の名前を公表するか否かの参考にするためにIBFを使うことにした。

【Z氏のプライバシーを守る観点】
- 定数価値としてのインターネット脆弱性：V=1
- 誰が抑圧的体制の新しい指導者になる予定だったかを国民全体に知られることは，価値あるプライバシーに対する大きな侵害である：PR=3
- この出来事は25年以上も前に発生したことである：T=1
- Z氏はまったく無名の人物だから，彼女に対しては共感の側面は評価されえない：E=0

【Z氏についての情報を公表することに関する表現の自由】
- この問題は疑いなく国民全体にとって重要である：PI=3
- Z氏はいまだ公人ではない：PF=0
- 情報は適法に入手されている：OI=0
- 共感の基準は無関係であろう：E=0

この仮想事例でのIBFの結果は次の通り。

$$\mathrm{IBF}=\frac{\mathrm{V}(1)+\mathrm{PR}(3)+\mathrm{T}(1)+\mathrm{E}(0)=5}{\mathrm{PI}(3)+\mathrm{PF}(0)-\mathrm{OI}(0)+\mathrm{E}(0)=3}$$

この仮想事例でのIBFの結果は1.67であるから，明らかにZ氏のプライバシーの保護が必要になる。しかし，もしこの問題が歴史的真実に関するものと考えられるならば，IBFの結果は関係がなくなる。

▶5 結　論

ここで示したIBFは，民間によるネット上の利益衡量に際して，透明性の要素を最大化し，恣意性の要素を最小化することができる。それ故に，ネット世界で衝突する基本権に最適化された秩序を与える手法なのである。IBFは存在論的および認識論的観点から正当化されうる。つまりIBFは，所与の時間と空間に関連する文脈における正しさを主張できる，合理的で数学的な，生ける手法なのである。

この公式が実用されるかは，ネット・コンテンツの評価に関する決定をする際に，明確な基準と透明性を求めて発展している国際的統一見解を遵守しようとするステークホルダーの積極性にかかっている。

この公式がもたらす結果が，司法による衡量の結果に近似するか否かの研究も重要であろう。しかし，そのような研究はこの公式の適用にとって必要不可欠なものではない。

●注

1．Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, adopted by the UN Human Rights Council on 16 May 2011, para. 43. Available at https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf（最終アクセス2019年2月25日）。

2．コウダート（F. Coudert）とワーカーズ（E. Werkers）はインターネット・サービス・プロバイダの基本権保護能力に批判的である。なぜなら，基本権は民間団体を拘束するものではないし，民間団体によってなされる利益衡量には正統性が欠けるからである。F. Coudert and E. Werkers, 'In the Aftermath of the Promusicae Case: How to Strike the Balance?（2010）18(1) *International Journal of Law and Information Technology*, 50. アンゲロポウロス（C. Angelopoulos）とスメット（S. Smet）は，欧州の地方裁判所の裁判例の文脈における通報・対応システム（notice-and-action systems）〔ポータル・サイトのような媒介者に対して，当該サイト上に法令違反の疑いのあるコンテンツ等が存在している旨を利用者が通報し，その通報に基づいて媒介者が当該コンテンツを削除する等の対応をとるというシステム〕の効率性を分析し――彼らの見解によると，それは利益衡量法理を支持する――，媒介者責任をめぐる問題への適切な解答は垂直的アプローチ――国家こそが基本権保護公式を実行する負担を負うのであって，民間の媒介者はそうではない――だと結論付けている。C. Angelopoulos and S. Smet, 'Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Com- promise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability'（2016）8(2) *Journal of Media Law*, 266, 300–301.

3．R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. Julian Rivers（Oxford University Press, 2002）, 47.

4．ECtHR judgment *Delfi v. Estonia*（Grand Chamber）, no. 64569/09, 16 June 2015, para. 110.

5．*Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos*（*AEPD*）*and Mario Costeja Gonzáles*（Grand Chamber）, C-131/12, judgment of 13 May 2014.

6．Regulation（EU）2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC（General Data Protection Regulation）.

7．L. Besselink, 'The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All'（2013）9 *Utrecht Law Review*, 19.

8．L. Floridi et al., The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, 6 February 2015, available at:https://static.googleusercontent.com/media/ archive.google.com/en//advisorycouncil/advisement/advisory - report.pdf（最終アクセス2019年2月25日）。

9．市民的および政治的権利に関する国際規約19条2項は，1966年に採択されたためにインターネットには明示的に言及しないまま表現の自由の権利を保障している。

10．市民的および政治的権利に関する国際規約19条（意見および表現の自由）に対する一般的意見34号は，2011年9月11日にジュネーブでの第102回自由権規約委員会によって採択された（第12段落参照）。

11．M. O'Flaherty, 'Freedom of Expression: Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Human Rights Committee's General Comment No 34'（2012）12 *Human Rights Law Review*, 627.

12．「インターネットの利用者は，本規約第10条の規定に従って，自ら選択した役務，アプリケーションおよび機器を利用することによる，情報の受領および開示を含む表現の自由権を有する。」（段落1）。参照，欧州評議会閣僚委員会による構成国への勧告草案（CM/Rec（2016）1）の附録「ネットワーク中立性にかかる表現の自由および私的生活権の保護および促進に関して」（第124回閣僚代理会合2016年1月13日採択）。

13．*Delfi v. Estonia*（Grand Chamber）, no. 64569/09, 16 June 2015

14．*Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.Hu ZRT v. Hungary*, no. 22947/13, 2 February 2016（henceforth

MTE v. Hungary).
15. *Delfi v. Estonia* (Grand Chamber), para. 110; *MTE v. Hungary*, para. 59.
16. UN Human Rights Council resolution A/HRC/32/L.20, adopted at 43rd meeting on 1 July 2016.
17. A. Kuczerawy, 'Intermediary Liability and Freedom of Expression: Recent Developments in the EU Notice and Action Initiative' (2015) 31 *Computer Law and Security Review*, 46.
18. O. Pollicino and G. Romeo, 'Concluding Remarks: Internet Law, Protection of Fundamental Rights and the Role of Constitutional Adjudication', in O. Pollicino and G. Romeo (eds.), *The Internet and Constitutional Law: The Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe* (Routledge, 2016), at 234.
19. La Rue report, above, n. 1, para. 82.
20. A. Marsoof, 'Online Social Networking and the Right to Privacy: The Conflicting Rights of Privacy and Expression' (2011) 19(2) *International Journal of Law and Technology*, 110.
21. M. Land, 'Toward an International Law of the Internet' (2013) 54(2) *Harvard International Law Journal*, 393, 394.
22. マルティナ・ギレン（Martina Gillen）は，サイバー空間における利用者のインターネットの脆弱性は存在論的条件であり，この脆弱性はこれまで軽視されてきたけれども，当然にプライバシー保護の方向へと導くものである，と述べている。M. Gillen, 'Human versus Inalienable Rights: Is there still a future for online protest in the Anonymous world?' (2012) 3(1) *European Journal for Law and Technology*.
23. G. Sartor, 'The Right To Be Forgotten: Balancing Interests in the Flux of Time' (2016) 24 *International Journal of Law and Information Technology*, 72.
24. J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. William Rehg (Polity, 1996), at 259.〔ユルゲン・ハーバーマス（河上倫逸＝耳野健二訳）『事実性と妥当性（上）――法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』（未来社，2002年）302頁。ただし訳は，本論文が引用している英訳版に準拠して大きく変更している〕。本論文の目的のため，集合的財と価値，およびそれらと人権規範との関係の問題をめぐる論争には立ち入らない。
25. Appendix to Recommendation CM/Rec (2016) 1, para. 6.1.
26. A/HRC/32/L.20, above, n. 16, para. 12.
27. La Rue report, above, n. 1, para. 48.
28. Available at: http://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1080（最終アクセス2019年2月25日）.
29. *Ibid*., at 10.
30. The Advisory Council to Google in the Right to be Forgotten, above, n. 8.
31. *Ibid*., at 21.
32. R. Alexy, 'The Weight Formula', in J. Stelmach, B. Brożek and W. Załuski (eds.), *Frontiers of the Economic Analysis of Law* (Jagiellonian University Press, 2007), at 25.
33. 例えば，欧州司法裁判所のグーグル決定は「権利」を理解するための要素として時間を導入したが，それは時間によって情報の関連性が変わるからだろう。*Google Spain SL*, above, n. 5, para. 93.
34. コレンホフ（P. Korenhof）とその同僚は，その論稿のすべてを忘れられる権利の文脈における時間の要素の説明に割いている。彼らは結論で，「時間の経過を考慮することは，忘れられる権利の論点における情報のあり様を評し，経年するにつれ変化する情報の価値を説明することに役立つのであり，結果としてすべての権利が他の利益との間に見出す必要のあるバランスを確立することになる」と述べている。P. Korenhof, J. Ausloos, I. Szekely, M. Ambrose, G. Sarto and R. Leenes, 'Timing the Right to be Forgotten: A Study into "Time" as a Factor in Deciding About Retention or Erasure of Data', in S. Gutwirth, R. Leenes and P. de Hert (eds.), *Reforming European Data Protection Law* (Springer, 2014), 171, at 199.
35. Alexy, above, n. 9, at 82–4; see also R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, trans. R. Adler and N. MacCormick (Clarendon Press, 1989), 212.
36. B. Schlink, 'Freiheit durch Eingriffsabwehr — Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion' (1984) 11 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 462.
37. Habermas, above, n. 24, at 259.
38. R. Alexy, 'A Non-Positivistic Concept of Constitutional Rights', in M. La Torre, M. Susi and L. Niglia (eds.), *Human Rights and Controversy About the Nature of Law* (Edward Elgar, 2019).
39. 緩尖的分布（platykurtic distributions）では，正規分布において見つかる異常値と比べて，その極端の程度が低い異常値が生まれる。
40. La Rue report, above, n. 1, at 31.
41. *Delfi v. Estonia*, above, n. 13.
42. *Egill Einarsson v. Iceland*, no. 24703/15, 7 November 2017.

マート・スシ（タリン大学ガバナンス・法・社会学部教授）
横大道聡（慶應義塾大学大学院法務研究科教授）
瑞慶山広大（九州産業大学地域共創学部講師）