

A I による二段の監獄

御厨, 祐希
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/2544146>

出版情報 : 学生法政論集. 13, pp.41-56, 2019-03-20. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

AIによる二段の監獄

御 厨 祐 希

<目 次>

- 第1章 個人の尊厳とAIの交錯
 - 第1節 AIの情報収集プロセス
 - 第2節 個人の尊厳との交錯
- 第2章 「情報収集」による二段の間接強制
 - 第1節 社会規範による間接強制
 - 第2節 アーキテクチャによる間接強制
- 第3章 プライバシー権による対抗
 - 第1節 プライバシー権から自己情報コントロール権への変革
 - 第2節 自己情報コントロール権の再構築
- 第4章 自己決定による対抗
 - 第1節 私事と自己決定
 - 第2節 リバタリアン・パターナリズム
 - 第3節 反射的 (reflexive) アーキテクチャ

序

近年、情報工学は著しい発展を遂げている。そのなかでも注目の的となっているのはAI (Artificial Intelligence) である。最近のニュースの中で、AIが世間からの注目を集めた出来事といえば、やはり電王戦においてAIがプロ棋士に勝利したことであろう¹。チェッカー、チェスに続いて将棋の世界においてもAIは人間の思考能力を上回った。確かに、人間と同様の感情・判断能力を持つ「強いAI」の開発はまだ遠い未来のことであるとされているから、現時点において「AIが人間に対して反逆する」「AIに対して人権を与える」ことを考えるのはSF小説の域を出ないように思える²。しかし、たとえそのようなAIを想定しなくとも、既にAIは平成の世において法的議論を巻き起こしている。私達はAIと聞けばゲームや小説における支配者の姿を想起し、あるいは電王戦における

1 日本将棋連盟「電王戦 棋戦」(<https://www.shogi.or.jp/match/denou/>, 2018年11月29日最終閲覧)

2 宍戸常寿ほか「AIと社会と法——テクノロジーと法の対話」論究ジュリスト25号(2018年)101頁〔佐藤一郎発言〕。

AIと棋士との勝負のように遠い世界の話だと思いがちである。だが、実際には、AIは既に我々の身近な所で使用されているものである。おそらく現在もっともAIが用いられているのは保険業界であり、AIによる分析を行うことで保険料の算定などを行っている。そして、特に本稿が取り上げたいのはもっと身近な、インターネット通販において使用されているAIである。例えば、読者の中には通販サイトで買い物をするときに、そのサイトが私たちの購入履歴や最近チェックした商品などを参照して、おすすめの商品を提示してくれているのだということに気付く人がいるかもしれない。これはいわゆるターゲティング広告の一種であるが、翻って見た時そこには法律上の問題点があるのである。

本稿は、第1章において個人の尊厳（憲法13条）を視座として、AIが多くの問題を引き起こしていることについて指摘する。そして、第2章においては本稿で取り扱うプライバシー権と自己決定それぞれについて、どのような問題が生じているのか、社会規範とアーキテクチャによる間接強制を挙げながらそれぞれの問題点について詳述する。そして、第3章においてプライバシー権における問題点が解決できないか検討を加え、第4章において自己決定における問題点が解決できないか検討を加える。

第1章 個人の尊厳とAIの交錯

第1節 AIの情報収集プロセス

まず、ビッグデータとAIとの関係について概説したい。AIネットワーク社会においては、以下のようなデータの循環（データ・サイクル）が一般化すると考えられている³。

Step 1：大量のデータを収集・プールする（「ビッグデータの収集・集積」段階）

Step 2：Step 1で収集した情報を解析し、相関関係・行動パターンを抽出・発見する段階（「解析」段階）

Step 3：Step 2の相関関係・パターンを特定のデータベースに適用して、当該データベースに登録した特定個人の趣味嗜好、健康状態、能力、信用力などを自動的に予測する段階（「プロファイリング」段階）

Step 4：予測結果を特定の目的（企業の採用活動、与信、テロリズム対策、裁判所の量刑判断など）の為に利用される（「利用」段階）

Step 5：予測結果の妥当性を検証するために、データベース登録者の行動が事後的に追跡される（「追跡」段階）

⇒Step 1に戻る

一般的に、Step 1におけるビッグデータの量は、Step 2における解析結果の正確さと比例する。そして、解析結果が正確になればなるほど、当然のことながら将来の予測は正確

3 山本龍彦「AIと憲法問題」同（編）『AIと憲法』（日本経済新聞出版社、2018年）21頁。

になるのである。この「予測力」こそ、AIが有する最大の武器である。人間よりもはるかに高い処理能力をもつAIは、人間が全く気付かないような相関関係さえも見つけ出すことを可能にする。その力の強大さは、前述の電王戦などにおいて既に示されていることであろう。

このビッグデータを用いた解析プログラムは、既に我々の生活に浸透している。その一例が、通販サイトにおけるおすすめ商品の提示（ターゲティング広告）である。自分のアカウントを持って通販サイトで買い物をした場合、過去の自分の購入履歴から傾向を分析し、次に通販サイトのホームページを開いた時にはおすすめ商品が提示されている。この場合、大量に通販サイトが集めた利用者の購入履歴（Step 1）を解析（Step 2）して、傾向・予測を個人個人に適用し、おすすめ商品を提示する（Step 3）のである。このターゲティング広告は日々進化を遂げており、昔はインターネットの各ブログに表示される広告が各個人によって変わる、といった程度の消極的・受動的なものでしかなかった。しかし、今では各個人のメールアドレスに対して、趣味・趣向に合わせてそれぞれ異なったおすすめを提示するまでに発展している。今では、時刻に合わせて「コーヒーはいかがですか?」「〇〇を購入なさいませんか?」などといったように、その人にとって最も的確なタイミングで、最も適切な広告をうつことができるまでに進化しているのであり、積極的・能動的なものへと変化している。

第2節 個人の尊厳との交錯

さて、憲法13条前段は「個人の尊厳」について規定している。この概念は近代憲法の根本規範の核心的領域を占める客観的原則として、ドイツ連邦共和国基本法における「人間の尊厳」との対比を通して理解されてきた。当初は個人の尊厳は人間の尊厳と同じ趣旨の規定とされてきたのであるが、その後、人間の尊厳とは「理性的本性」すなわち人格を基礎としたものであり、他方で個人の尊厳とは人格とは別個の個性を基礎とした、人間の尊厳とはまったく別個の概念であるとの指摘が法哲学者からなされ、議論が巻き起こることとなった⁴。

この「個人の尊厳」の議論について、山本龍彦教授は両者の概念を統合し、4層から成り立つ複層的な原理として個人の尊厳概念を理解する。すなわち、①個人は人間として尊重されなければならないという原理である、「人間の尊厳」に関わる層（第1層）、②個人は人格的存在として平等に尊重されなければならないという考え方である、「狭義の個人の尊重」に関わる層（第2層）、③個人は人格的自律の存在として尊重されなければならないという、「個人の尊厳」に関わる層（第3層）、④個人が自律的、主体的に決定・選択した

4 芦沢斉ほか（編）『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年）100頁〔押久保倫夫執筆〕、ホセ・ヨンパルト『人間の尊厳と国家の権力』（成文堂、1990年）30頁。

結果を尊重しなければならないという考え方である、「多様性・個別性の尊重」に関わる層（第4層）の合計4層である⁵。

さて、個人の尊厳、AIそれぞれについて概説したところで、様々な問題点が浮上してくる。まず、データ・サイクルにおいてはStep 3の段階で各個人個人が「日本人」「男性」「20代」「アニメを週5時間以上視聴する」などの情報で分割・タグ付けがなされ、セグメントされ、そして将来の予測に適用することとなるのであるが、そこでは第2層の、先入観を含んだ取り扱いをしてはならず、「平等に尊重しなければならない」との要請に反する事態が想定されうる⁶。また、AIは「予測力」を最大の武器としているのであるが、その「予測力」が周囲の人々に先入観をもたらし、第3層の人格的自律すらも妨げ、予測を強制的に現実化させてしまうことにはならないか⁷。

本稿では、種々ある問題点のなかでも、紙幅の都合からターゲット広告に関連した二つの論点に絞って論じることとする。先に挙げたターゲット広告について、一つ目の問題として、個人の趣味・嗜好について、企業が先のような情報収集を行っていることを知る人は意外にも多くない。もちろんプライバシー・ポリシーや利用規約にはきちんと明記されているのであって、常識的には個人の自己責任の問題として片づけられ得る問題である。だが、そもそも本人の無意識下において情報を収集することそれ自体プライバシー権との間で抵触を起ささないのだろうか。一つ目の問題として、無意識下の情報収集というプライバシー権についての問題について検討する。二つ目に、完全に趣味・嗜好を把握したうえでなされる広告は個人の自己決定に対して影響を及ぼさないのか。特に「おすすめ」の提示は、通常趣味・嗜好に合致することから個人が不快に思うことが少なく、無意識下において行われるという特徴を持っている。これは、個人の自己決定を無意識下において修正・決定させるという個人の自己決定プロセスに関する問題を引き起こさないのだろうか。二つ目の問題として、個人の自己決定プロセスについて検討する。

第2章 「情報収集」による二段の間接強制

第1節 社会規範による間接強制

先述の通り、物としてのインターネット（Internet of Things, IoT）が人々の間に

5 山本龍彦「ロボット・AIは人間の尊厳を奪うか？」 弥永真生＝宍戸常寿（編）『ロボット・AIと法』（有斐閣、2018年）82頁。

6 例えば、AIが「男性は犯罪を行う可能性が高い」という予測を発見したとして、その予測をそのまま個人に適用してしまうことは、個人を特定の否定的な性質を持つものとして扱うことに他ならない。また、相関関係があるように見えるが、実はたまたま相関関係があるに過ぎない「うわべだけの相関関係（spurious correlation）」の可能性も想定しなければならない。

7 山本・前掲註（3）43～51頁。

溢れる現代においては、人々の生活情報が何らかの形で収集されることが前提となっていることから、プライバシー権との抵触が発生し、ここでは二つの問題が発生する。

まず、典型的には、収集される情報が過度であるとの論点が提起されている。すなわち、利用者としては各投稿・検索の小さなスケールでのみプライバシーが侵害されていると考えているのであるが、実際には今までに蓄積された検索履歴・各投稿を合わせると莫大なスケールでプライバシーの侵害が発生しているのであり、利用者が同意の際に想定した法益侵害と実際に発生する法益侵害との間には大きな差異があるのではないかという問題があるのである⁸。

そして、自分が利用するサービスが望ましいものではないとの論を發した時に、インターネットの世界ではしばしば「嫌なら使うな」「嫌なら見るな」とのフレーズが用いられる。だが、このフレーズは状況に則して見れば正しいとは思えない。というのも、もはやすでにインターネットを断ち切るということ自体難しくなっているのであって、現実には使うことを強制されることが多くなっているからである。特に、ビッグデータはある程度の規模が必要とされるし、解析・予測の確からしさは母頼情報の大きさに依存する。したがって、便利なサービスを使うためにはたとえ気に入らなくともそのビッグデータを持つ会社を使わざるを得ないのである。また、解析・予測の正確さという観点では新たに事業を立ち上げたベンチャー企業はG A F Aに対して太刀打ちできず、従って自由競争の前提とする流動性もない。

また、利用者自身の目から見ると、就職活動をはじめ、メールアドレスの利用はもはや不可欠となっているし、仮に勇気を出してスマホとパソコンを打ち捨てインターネットを絶ったとしても、ただただ周りから見れば「不便な人」となってしまい、結局当該アプリケーションやIoTを利用せざるを得なくなる。さらに、長い間情報収集を断った場合、はたから見ればその人は「経歴不詳の人物」としての評価を免れえず、そもそも社会へと組み込まれることすらゆるされない。そうすると、結局のところ情報収集されることを受忍するしかなく、また、後述する自己決定の場面においてもA Iを使わない、A Iの決定に従わない自己決定というものは否定されることとなるという問題を抱えている⁹。

ここでは、法といった直接強制とは異なって、社会規範による「間接強制」が存在する¹⁰。

8 勿論、実際にはG A F A (Google, Apple, Facebook, Amazon) をはじめとする“四天王”を当然として、あらゆるサービスの利用の際には利用規約、あるいはプライバシー・ポリシーへの同意を求められる。それゆえに、規約への同意がある以上、Facebookによるトランプ陣営への不正流出などの事態が起こらない限り(笹川かおり「5000万人分のFacebook情報、トランプ陣営の企業が選挙に不正利用か」2018年03月20日 (https://www.huffingtonpost.jp/2018/03/19/facebook_a_23390009/, 2018年11月29日最終閲覧))、サービス提供者をプライバシーの観点から批判することは困難である。

9 瑞慶山広大「A I利用の『風潮』と自己決定」山本・前掲註(3)156頁。

10 瑞慶山広大「統治技法としての社会規範——「間接規制」の憲法的統制のための視座構築」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集57号(2017年)96頁。

細かな定義の違いはあるものの、社会規範とは①人々の行動を統制（規制していること）、②社会的サンクションを通じて強制されること、③そのサンクションは国家機関以外の主体によるものであること、の三要素が共通性として挙げられる¹¹。これを当てはめてみれば、①IoT社会に組み込まれるべし、IoTを使うべしとの統制、②使用しなければそもそもエントリーすら許されず、社会からのドロップアウトを意味するという意味での社会的サンクション、そして③IoT使用者という多数派が主体となっているという点で社会規範の定義に当てはまっている。社会規範は、アメリカの憲法学者ローレンス・レッシングも指摘するように、法、市場、アーキテクチャと並んで間接的に人々の行動を統制・支配する規制装置である¹²。

つまり、プライバシー権との関連においては、一つ目に利用者が意識しない、あるいは当人が想定しているよりも多くの情報が収集されているという状況はプライバシー権の侵害とはならないのかという問題、二つ目に仮に当人が情報収集に対抗しようとしても実際には社会規範による間接強制を受けるため対抗することができないのではないのかという二つの問題がある。

第2節 アーキテクチャによる間接強制

次に、自己決定との関連では、アーキテクチャにより人々の自己決定が修正されているのではないのかという問題がある。アーキテクチャとは端的に言えば、物理的な環境操作のことであり、例えば地下鉄のプラットホームにホームドアを設置することによって視覚障害者や酩酊した人間が線路へと転落する可能性を、地下鉄に飛び込むことで自殺しようとする健常者にとっての可能性もろとも、消去することが可能である¹³。また、アーキテクチャは実空間におけるものよりもインターネット上でその力を大いに発揮する。というのも、インターネットはC言語をはじめとするプログラム言語（コード）によって規定され、実空間の物理的条件にとらわれずに比較的lowコストで精密かつきめ細やかに設計することができるという利点がある。また、プログラムは専門家が見て初めてどのような制約がかかっているか分析することができ、実生活は五感を通して比較的多くの人が感知することができることと比べて差が激しいという点に特色がある¹⁴。

先程も登場したローレンス・レッシングは、法が個人の自由を規制するのみならず、個人

11 たとえば、後述のサンスティーンは社会規範とは「何をすべきか、または何をすべきでないかを明らかにする社会的態度」であると定義している。エリクソンによれば社会規範の定義は「個人の行動を統制し、社会的サンクションを通じて国家機関以外の第三者により分散的に強制されるルール」という点でおおよそ一致しているようである。瑞慶山・前掲註（10）109頁。

12 瑞慶山・前掲註（10）92頁。

13 大屋雄裕「ロボット・AIと自己決定する個人」弥永＝宍戸（編）・前掲註（5）64頁。

14 成原慧『表現の自由とアーキテクチャ——情報社会における自由と規制の再構成』（勁草書店、2016年）95、96頁。

の自由や権利・利益を保護するのと同様に、アーキテクチャも、個人の自由を制約するのみならず、個人の自由や選択肢を構成し、権利・利益を保護することがあるのだと指摘した¹⁵。アーキテクチャによる規制の在り方をより明確にするために、その特徴として①事前の規制、②利便性（低コスト）の実現、③自明性の獲得、④意識の素通り（個人の無意識や感覚に作用する）が取り上げられる¹⁶。近代法の基本原理としてしばしばもちだされるのは、「人格の対等性」、「所有権の絶対」、「契約の自由」であるが、それぞれの原則の前提には「合理的で自律的な主体」が当然の了解として想定されている¹⁷。だが、アーキテクチャは前述の特徴④において示されるとおり、個人の感覚や無意識に作用するから、合理的に思考するという意味における意識は不要であるとの特徴を持っており、近代法の基本原理が前提とする「合理的で自律的な主体」に退場を迫り、同主体を前提としない構造構築を行っているといえるであろう。

上述のようなアーキテクチャによる規制にはよくなされる有名な批判がある。それは、アーキテクチャ規制が、事前に、外部から、しかも一方的に、ヒトを規制していくがゆえに、そこでは人々が文字通り主体的に環境に関わり、能動的にそれを変えていく余地が最初からないのではないかという批判である。この考え方によれば、アーキテクチャとは人のある一定の型に当てはめて、その方がどんなに望ましい物であろうと外部から人々を配置＝支配していく“権力”なのである、ということになる¹⁸。

第1節において検討したとおり、21世紀においては社会規範によってIoTの世界に入り込むよう強制されていくこととなるのであるが、本節で検討したとおり、IoTの世界においては情報アーキテクチャによって、物理的な環境操作によって外部から人を権力の下へと配置するという、いわば「二段の間接強制」を受けることとなるのである。

15 成原・前掲註（14）96頁。

16 林田幸広「アーキテクチャ批判（の困難さ）への“いらだち”——近代法主体の「退場」に抗すべき理由はるか」江口厚仁ほか（編）『圏外に立つ法／理論——法の領分を考える』（ナカニシヤ出版、2012年）237頁。

17 例えば民法における売買契約（民法555条）を例に出せば、契約の当事者である買主も売主も抽象的な、対等な法人格をもつ主体として扱われる（そのため、取引ならびに訴訟において一方が優遇されることは基本的にない。人格の対等性）。また、諾成契約においては申込み・承諾という意思表示が原則として必要とされ、自分が所有権を有すると主張するには自己のためにする意思が必要不可欠である。このように、契約の締結、ならびに所有権の前提として主体の自律的な意思が必要とされることは明白であろう。

18 林田・前掲註（16）244頁。

第3章 プライバシー権による対抗

第1節 プライバシー権から自己情報コントロール権への変革

プライバシー権それ自体は実に多義的な概念であって、「貪欲な権利」であるともいわれており、単一の包括的定義は不可能であると主張される¹⁹。プライバシー権の古典的定義は、周知のとおり「一人でいさせてもらいたい権利」である²⁰。だが、この定義は明らかに広範に失するのであり、具体的な権利・利益として何が保護に値するのかが不明確なままである。

そこで、プライバシーに関する概念上の混乱を解消することを狙って、プライバシーの強い意味と弱い意味とを区別すべきことを提唱するものが現れる。提唱者であるグロス教授は、1967年の論文で、プライバシーは、強い意味においては、同意語を持たず、それは、侵犯者が人の私的事項を知るようになる侵入又は侵犯者が自分の知っている人の私的事項を他者に知らせる開示であるとし、弱い意味においては、同意語を持ち、精神的平穩、独居、人格的自律といったものがそれにあたり、法律上許容される用法は前者であるとした。彼によれば、プライバシーとは、「人と知り合うこと又はその人にとって個人的な生活事項を知ることが制限されている、人間生活の状態」、「自己の個人的な事項の享受をわかち合うことにつきコントロールが及んでいる状態」であるとする²¹。

そして、日本においては有名な「宴のあと」事件判決（東京地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁）においてプライバシー権が明確に認められることとなる。当該判決においてプライバシー権は「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」と定義され、「個人の尊厳を保ち幸福の追求をする上において必要不可欠なもの」とであるとされた。そしてこの判決によれば、①私生活上の事実又は事実らしく受け止められる恐れのある事柄であること（＝私事性）、②一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合、公開を欲しないであろうと認められるものであること（＝秘匿性）、③一般の人に未だ知られていない事柄であること（＝非公然性）の三要件に該当した場合に、プライバシー侵害と認められる（プライバシー侵害三要件）²²。

そして、佐藤幸治教授は自由権としてのプライバシー権を一步進めて、他者との関係性を志向する作為的権利として自己情報コントロール権を提唱した。佐藤教授は、個人情報のうちその人の道徳的自律の存在にかかわる情報と個人の道徳的自律の存在に直接かわらない外的事項に関する個別的情報とを区別し、前者を「プライバシー固有情報」、後者を

19 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）443頁。

20 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）122頁。

21 佐藤・前掲註（19）451頁。

22 小山剛「憲法訴訟の実践と理論——自衛隊事件控訴審判決」判時2328号（2017年）2頁。

「プライバシー外延情報」と呼ぶ²³。前者の例としては政治的・宗教的信条にかかわる情報、心身に関する基本情報、犯罪歴に関わる情報などがこれにあたる。対して、後者の例としては税に関する情報や単純な情報がこれに含まれるとされる²⁴。そして、公的機関による許可のないプライバシー固有情報の取得、利用ないし対外的な公示は原則として禁止され、その意に反した情報の取得・利用はただちにプライバシー侵害となる。他方、プライバシー外延情報については正当な目的・方法により情報を取得・利用する限りにおいては違法なプライバシー侵害とはならないが、悪用、集積などにより個人の人格的生存に影響を及ぼす可能性は存在するものと定義づけられた。

この自己情報コントロール権は憲法学会において通説として位置づけられ、詳細な定義について子細な議論がなされた。そして、もはや今日のデータ社会においては子細な個人情報にはあり得ず、権利主体であるところの個人が事後的にコントロールすることでは不十分であって、個人情報管理・利用する制度の構築にあたって、法律の留保による形式的正当化に加えて、情報システムの技術的・法的検討制に対する構造審査の必要が解かれることとなった（情報基本権説）²⁵。

第2節 自己情報コントロール権の再構築

憲法上の権利について確認したところで、データ・サイクルについて憲法上の問題はないか検討する。まず一つ目の問題について検討する。Step 1の段階であるが、実はこの段階ではあまりプライバシー権への侵害は起こらないように思える。というのも、情報収集の段階ではその情報は個人を特定するものではなく、あくまでも<日本人><男性><20代>などの属性ごとに抽象化して集計されているに過ぎない。その人物の名前などどうでもよいのである。それゆえに、実際上は個々のプライバシー権を侵害したものとは言えず、無意識下に情報が収集されていることそれ自体は想像よりも危険性は高いものではない。

専ら、プライバシー権の問題が発露するのはStep 3におけるプロファイリング段階でのことである。この段階で私は「御厨祐希」として具体的な生の情報をビッグデータに対して送り付けるわけであり、自己に関する情報の漏えいの危険が現実化するのには、このApply段階のことである。私たちは知らぬ間に生の情報を送信し、解析された結果について受け取っているわけであるが、しかしここでも自己の購買情報が外部に流れていない以上、やはりプライバシー権への侵害があると構成することは難しい。ただ、私たちにできるのは自己の情報が相手に握られていることを自覚し、プライバシー・ポリシーを信じることだ

23 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、2004年）454頁。自己情報コントロール権を「自己イメージコントロール権説」として再構成し、①情報収集型、②公表型として再構成したものにつき棟居快行『人権論の新構成』（信山社、2008年）196頁。

24 小山・前掲註（22）2頁。

25 辻村みよ子＝山元一（編）『概説憲法コンメンタール』（信山社、2018年）88頁〔小泉良幸執筆〕。

けである。漏えい後、事後的に当該企業を訴えるか、あるいは情報基本権説の唱えるように、情報システムの技術的・法的検討制に対する構造審査を訴えるほかはない。実際には、あまりにも情報漏えいの危険がある企業に対しては利用者が居なくなるという自浄作用が働くであろうし、問題となることは少ないのかもしれない。

次に二つ目の問題、社会規範に対する対抗策であるが、一つの機関ではない観念上の集合体であるところの社会規範に対して正面から対抗していくのは難しいであろう。というのも、社会規範の主体は観念的な社会であることから強制執行が不可能であり、国民の意識レベルからの改変という迂遠な方法をとるしかない²⁶。地道な周知という方法を抜きにして特効薬を求めるとするならば、やはり社会規範に押し込まれることを前提として被侵害権利の範囲を狭めていく方策を取るしかないであろう。結局、社会規範によるIoT利用への強制の問題は、プライバシー権の拡充の問題に一元化することとなる。

なお、第2章第1節で提起した問題に対する回答は以上になるが、私生活が社会にひらかれたものとなった今、自己情報コントロール権、プライバシー権の再編が要求されることとなるだろう。というのも、本来のプライバシー権のトポスは、「自己イメージを使い分ける権利」には回収されえない領域であったのであるが、IoTの私生活への進出によって、自己の私生活が外部に開示されることが多くなった結果、「Personaを被らない一個の実存として仮面を脱ぐ場所」それ自体が自己イメージの一つとして吸収されてしまったのである²⁷。

佐藤教授の提言した自己情報コントロール権は、もっぱら行政による情報収集を主眼としているのであるが、プライバシー固有情報・外延情報という分類は、個人の特定性という観点を重視してなされたものであって、それ自体として正しい分類だと考える。だが、個人の特定性という観点から考慮すれば、佐藤教授がプライバシー固有情報として挙げる政治的信条、宗教的信条などの情報よりも、常日頃SNSでアップロードする外延情報—例えばいつもどの店を利用し、どのような食事をとっているのかといった私生活の情報—の方が侵害の程度は高い。従来固有・外延という分類を再編することが求められよう²⁸。どのような画像が個人の「特定」につながるかわからない現状、個人に自由な痕跡の消去を求める権利、すなわち「忘れられる権利」類似の権利を認めることができないか検討す

26 社会規範を強要する各個人個人に強制執行していくことは非現実的であろう。

27 石川健治「人格と権利」ジュリスト1244号（2003年）30頁。

28 本稿がもう一つ想定しているのは、一見外延情報に見える情報であっても、その情報から別の固有情報を導き出してしまうという、近年SNSで相次いで発生している事態である。例えば、「私は車を買った」という情報は普通外延情報として分類されるであろうが、近年車のボンネットの映り込みから表札を見て氏名を把握する、あるいは顔を「特定」という事態が発生している。そもそもその情報自体を住所や氏名などの固有情報として分類するとしても、固有情報の範囲が過度な広がりを見せる結果、固有・外延という区分が適当ではなくなるのではないかと危惧がある。

ることも、IoT溢れる社会特有の責務として残されていると言えよう²⁹。

第4章 自己決定による対抗

第1節 私事と自己決定³⁰

では、自己決定の問題を検討するにさしあたり、自己決定の内容とはいったい何なのであろうか。民法においては、意思表示の発言までのプロセスを、動機 - 効果意思 - 表示意思 - 表示行為という4段階に分類して論じてきた³¹。しかし、この伝統的意思決定プロセス理論は日本がちょうど輸入した当時である19世紀のドイツで形成された意思表示理論をもとにしているのであって、現在の意思決定プロセスと齟齬が生じることも致し方ないものである³²。現実問題、心理学の発展に伴って幻肢痛などの心理学的誤謬が次々と発見されており、自己決定には懐疑が生じているといえる³³。

そこで、大村敦志教授は従来の判断過程の図式に変更を加え、新たな錯誤論を展開すべきであると主張する³⁴。錯誤論についての詳細な検討は避けるが、大村教授は下図のうち認知過程と判断過程を錯誤論の理論構築において重視すべきであると主張する³⁵。

29 もっとも、「忘れられる権利 (right to be forgotten)」は最高裁判所によって検索エンジン事業者の表現の自由を理由として否定される運びとなったのであり、実務への導入は現状難しいといえる (最判平成29年1月31日民集71巻1号63頁)。

30 「私事と自己決定」は、憲法13条後段における自己決定権の意義について、一大論争を巻き起こす契機となった山田卓生教授による書籍である (山田卓生『私事と自己決定』〔日本評論社、1987年〕)。翻って見れば、この13条における一般的自由権説と人格的自律権説との対立は、憲法上の権利を刑法の構成要件のごとく防御権的な攻勢を取るか、あるいは不法行為的保護を与えるかの違いでしかなく、議論に食い違いがあったように思える。すなわち、人格的自律権説をとって自己決定権とは人格的自律に不可欠な要素についての決定であると説いたにしても、それ以外の自由については比例原則をはじめとした制約に服するのであり、違憲あるいは違法との判断を免れるわけではないと考えるのである。石川・前掲 (27) 28 - 30頁、石川健治「人権論の視座転換——あるいは『身分』の構造転換」ジュリスト1222号 (2002年) 2 - 10頁参照。

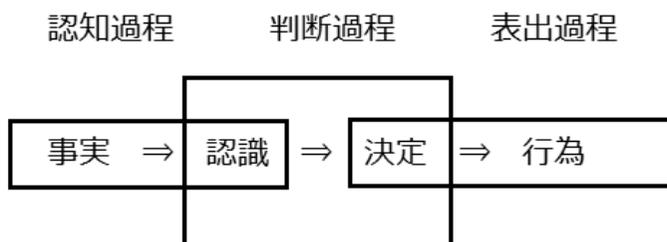
31 内田貴『民法I総則・物権総論〔第4版〕』(東京大学出版会、2008年) 46頁。

32 実際、錯誤の典型事例として数えられる表示行為の意味についての錯誤は、常識的には取り消すことができることが不思議な事例である。表示行為の意味についての錯誤とは、例えばドルとユーロを同じものだと考えていたような場合をさすが、常識的に考えればドルとユーロを勘違いすること自体あり得ない事態であって、重過失により否定されるべき (表示行為の錯誤と同様の括りにすること自体不自然な) 事例である。

33 幻肢痛とは、事故などで足を切断してしまった人が、実際には足がないのに足が痛いと感じる、といった症状。

34 大村敦志『民法読解 総則編』(有斐閣、2009年) 340頁。また、図についても同書340頁より引用した。

35 従来の錯誤論は、動機の錯誤は原則として要素の錯誤とはならないが、動機が表示されて意思表示の内容となった場合には法律行為の要素となりうるという二元論を構成することが、通説・判例の採用するところであった (内田・前掲註 (31) 66頁)。これは、平成29年改正法の下においても維持された見解といえる (平成29年改正民法は95条1項2号で基礎事情錯誤 (事実の錯誤、従来でいう要素の錯



いずれにせよ、錯誤（民法95条）や詐欺・強迫（同法96条1項）によって契約を取り消すには、動機と効果意思の形成において、あるいは認知過程と判断過程のいずれかにおいてゆがみが生ずることが必要不可欠である。だが、AIを用いたターゲティング広告においては、一種の特殊事例を除けば自分自身の意思によって瑕疵の無い意思形成を行っているのである³⁶。それゆえに、やはりあくまでも「おすすめの提示」から選んだ契約につい

誤）について規定するが、同時に2項において「前項第二号の規定による意思表示の取消しは、その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた時に限り」可能であると規定している。だが、前述のとおり動機と意思形成との間の垣根は低い物であって、不十分であるとの見方が多い。そこで、動機の錯誤と効果意思について区別しない一元論、さらに一元論を発展させて契約の側から錯誤について決定する新一元論を唱え、新たな錯誤論の形成を図る。もっとも、ここではあまり深く立ち入らない（大村・前掲註（34）319、320頁）。

36 ターゲティング広告に関連すれば、AIとの関係では広告による誘導が一つの事例として挙げられている。それは、例えば身体的にBMIの高い人に何日か肥満をもたらす危険性についての広告を打ち続け、そしてその人を不安にさせたところで、ダイエット食品の広告をうつことで、購買意欲を高めようとする方法である。もちろん、ダイエット食品が全くの無意味でプラシーボ効果しか生じさせないようなものであれば、詐欺・強迫による取消しの主張を行えるかもしれない（民法96条1項）。だが、ダイエット食品が本当に効果を持つ場合には詐欺は使えないし、さらに強迫は消費者が害悪を告げられ、それによって不安や恐怖心を抱いたために意思表示が行われたと言えない限り主張することができない点に限界がある。他の手段としてはまず消費者契約法などの特別法を用いることであるが、例えば同法4条3項は「不除去」「監禁」要件を要するという点で未だ課題が多い。

他方、先の錯誤理解を用いれば、認知過程・判断過程においてゆがみが生じており、したがって錯誤取消しを主張できるとの論も考えられないでもない。だが、GAFAをはじめとする大企業側からすれば定型約款を用いた一括性のある契約を行っているにすぎず、各個人について認識しているとはいいたい。さらに、仮にAIによって各人個別の契約を締結させたとして、AIによるプロファイリングは果たして「認識」といえるのかという特有の問題点も生じうることであろう。

また、平成29年度民法においては548条の2～548条の4において定型約款について明文化されることとなった。だが、仮にAIによって個別化した契約を締結した場合、548条の2以下の定型約款の要件に当てはまらず、したがってAIにより個別化された契約を締結させるインセンティブを沸かせることができないとの指摘もある（宍戸常寿ほか「AIと社会と法——契約と取引の未来」論究ジュリスト27号〔2018年〕154頁〔西内康人発言〕）。

一つ、一括大量取引であることを理由として、相手方保護の必要性が薄いことを理由に相手方認識の要件を緩和する方法も考えられないではないが、それを行う以前に消費者契約法などの拡充を行う方が手っ取り早いとの意見もあるだろう。結局、錯誤論を用いてAIを用いた契約につき裁判上の救済を行うことは、依然として難しいもののように思える。

ては、およそ契約取消しを主張できないということになりそうである。だが、実定法としての観点からはそうだとすると、アーキテクチャには本当に問題がないといえるのであろうか。

第2節 リバタリアン・パターナリズム

第2章第2節において検討したアーキテクチャに対する批判は、アーキテクチャは一種のパターナリズムであるということを指摘して、その濫用の危険性を訴えたものだともいえよう。だが、この批判に対して、アーキテクチャ的な手法を活用して選択の環境に硬軟様々な調整を加えることで、可能な選択肢の中から自らの望むものを自由に選択しているという本人にとっての状況と、その結果が社会的に・本人にとって望ましいものになるという事態を両立させることができる（リバタリアン・パターナリズム）と主張したのが、キャス・サンスティーンである³⁷。

まずパターナリズムとは父権的干渉（保護・温情）主義などと訳されるものであり、簡潔に定義づければ、自己の権利・利益を侵害する国民の行動を阻止するために公権力が介入し、当該国民の身体的自由・精神活動の自由・経済活動の自由を制約することは正当化されうるとの原理である³⁸。その原型は親が子の保護の為に干渉するという関係に見られるが、法的パターナリズムにおいては、国家などの公権力機関の個人に対する法的規制による干渉が問題となる³⁹。たが、J・S・ミルが主張する通り、自由主義国家においては本人にとって何が利益かというのは本人が一番分かっていることなのであり、他人が口を出すべきことではないという前提が共有されている⁴⁰。それ故に、現代自由主義国家においてパターナリズムは「余計なおせっかい」として敬遠されているものである。

これに対して、リバタリアン・パターナリズムとはいかなるものなのか。サンスティーンは「デフォルト・ルール」の提示によって場合によっては本人の判断のコストと誤りのコストを最小限に抑え、反面選択者の自主性を守ることができるという。例えば、ホテルのビュッフェで肉や魚といったメインディッシュの近くにサラダや果物を置いておけば、ビュッフェの片隅に置く場合よりも野菜の摂取量を増やすことができる。ほかに、ファーストフード店でサイドメニューは何も言わなければポテトになるが、店員に一言いえばサラダを選ぶことができるという状況にした場合と、反対に原則はサラダで、オプションとしてポテトを選択できるという場合を比較した場合には、後者の方がよりサラダを選ぶ人の割合が増える。もちろん、ベジタリアンや、「ポテトを食べたい」と確固たる意志を持つ客にとってはどちらでも変わらないのであるが、そうでない、「どちらでも構わ

37 キャス・サンスティーン（伊達尚美訳）『選択しないという選択』（勁草書房、2017年）122頁。

38 竹中勲「個人の自己決定とその限界」ジュリスト1022号（1993年）36頁。

39 田中成明『法理学講義』（有斐閣、1994年）143頁。

40 J・S・ミル（塩尻公明＝木村健康訳）『自由論』（岩波書店、1971年）151頁。

ない」と思っている客に対しては効果を発揮するであろう。サンステーションは、このような手法を「ナッジ (nudge、相手を柔らかく押しやること)」と呼ぶ。このようにデフォルト・ルールが設定された場合には本人は簡略な能動的選択を行うのみでよく、場合によっては判断のコストと誤りのコストが最小限に抑えられる。他方で、別に本人にとっての選択は狭まったわけでもない。このように、個々人にとっての選択肢の範囲を最大限保障するという政治思想 (リバタリアニズム) と、相手の幸福に配慮するための介入 (パターンリズム) は両立しようというのが彼の手法であった⁴¹。

上述の通販サイトでのおすすめに当てはめてみれば、畢竟、大型通販サイトはあくまでも「おすすめ」を提示しているに過ぎないのであって、やろうと思えば本人は別の選択もとりのるわけである。むしろ、本人にとっては「デフォルト・ルール」に近い、ぴったりな商品を見つけることによって判断・誤りのコストを最小限にできるのであって、なんら自由は侵害されていないように思えるのである。

第3節 反射的 (reflexive) アーキテクチャ⁴²

ところで、ここ最近ユビキタス社会という言葉が解かれるところである。その意味するところは「いつでも、どこでも、誰でも、コンピュータ・ネットワークにつながることができ、欲しい情報を引き出したり、伝えたい情報を提供したりして、遠隔地にいる他人とも自在に情報のやり取りができる環境を備えた社会」ということができるであろう⁴³。ユビキタス社会においては、例えば自分が九州大学箱崎キャンパス貝塚第三係前の掲示板に立っていたとして、現実 (自分の目) にはプレハブに面した「単なる点」であっても、その点にGPSからの情報を重ね合わせることによって、その方位、目的地までの距離、近辺の飲食店などの種類に至るまで、情報が「単なる点」を多角的に意味付け、点に居る個人は、点の周囲にある時空との関係を立体的に知ることができる。また、自分が「単なる点」に居なかったとしても自宅にあるPCからアクセスし、現在のシラバスや休講情報などを確認することによって、現在行われている現実を像として結ぶこともできる。このようにユビキタス社会においては目の前の現実まつわる様々な情報を引き出すことができると同時に、情報の引き出しにより目の前にない現実を意味づけていくことができる社会なのである。

他方、自分がネットワークから自在に情報を引き出すということは、別の角度から言えば、ネットワーク上に自分の痕跡を残すということである。私自身がPCやスマートフォンを通してどのような情報を閲覧・ダウンロードし、また商品を購入したのかは、すべて

41 大屋・前掲註 (13) 66頁、サンステーション・前掲註 (37) 159頁。

42 林田論文では「再帰的アーキテクチャ」と命名されているが、本稿においては「反射的アーキテクチャ」との用語を使用する。

43 林田・前掲註 (16) 246頁。

履歴として記録されることとなる。24時間365日、日々の情報が蓄積されることによってデータベースは“個別に豊饒化”されることとなる。そして大型通販サイトにいけば、データベースに蓄積された情報に基づいて、私たちに個別具体的な「おすすめの商品」が提示されることとなるのである。個別に分類されたこの私だけのデータベースに基づいて、数多ある他の選択肢（他行為可能性）をあらかじめ排除、不可視化し、当人の嗜好を反映させたメニューを並べることで行為を規制していくこのアーキテクチャは、地下鉄のプラットフォームの扉とは異なって、外部から一方的に規制していくアーキテクチャとは言えない。ユビキタス社会において行われるアーキテクチャは、個人の「主体性」を要素とする双方向な規制であり、さらにいくら嗜好性が反映されているとはいえ、個人は差し出された選択肢を排除しようと思えばできなくもないのであるし、排除された別の選択肢へのアクセスも検索エンジンを使えば可能である。このように、扉によってなされる物理的な障壁とは異なって、ユビキタス社会におけるアーキテクチャ（情報アーキテクチャ）は、個人の自由度が高い。もっとも、ここで拒否されれば次のおすすめ提示の際に拒否したという事実が参考にされることとなる。このように、主体の働きかけが直ちに次の規制に反映するという意味において、情報アーキテクチャを反射的 (reflexive) アーキテクチャと呼ぶことができるのである⁴⁴。

以上のような反射的アーキテクチャに対しては、いくつかの特有の論点を指摘できよう。

一つ目に、自分の履歴によって形成される「おすすめ」は、自分の過去の形跡によって共鳴してしまう危険があるという問題である。つまるところ、例えば私が動画サイトでモーツァルトの曲を検索すれば、それに対応して私におすすめのモーツァルトの曲が提示されるのであるが、おすすめをクリックすればするほどに提示されるデフォルト・ルールは小さな領域になっていくという点である。一般的なアーキテクチャとは異なって、反射的アーキテクチャは自身の履歴を参照するから、過去の履歴が膨大でかつ小分野あればあるほど自分の趣味・嗜好が自己強化されてしまうのである。

もっとも、これに対しては再批判を加えることができよう。サンステーション自身も、このような共鳴室（エコーチェンバー）に対しても、一定のノイズやぶれを「おすすめ」に組み込むようにすれば、偶然の素敵な出会いを組み込んだ - serendipity architecture - を作り出すことができると述べている。ただ、ノイズが追加されたとしても、先の例ではクラシックという大きな枠組みを出すことは不可能であろう。ノイズやぶれ自身も、結局は自己の履歴から参照された結果産出されたものに過ぎないのであって、ケルト音楽やJazzといった他の音楽を聴くには、自分が情報収集してその概念を知るしかないのである。また、二つ目の再批判として、反響したとしても何が悪いのだ、という批判がありうる。そもそも、「アーキテクチャによってあなたの選択肢が狭まっていますよ」という指摘それ

44 林田・前掲註 (16) 250頁。

自体が一種のパターンリズムに他ならないのであって、そのジャンルに「ハマっている」本人からすれば別段いやだと思ってもいい、という指摘ができよう。三つ目に、反射的アーキテクチャによる自己決定への懐疑について、そもそも選択に中立的な立場などない、という批判がある。どのような状況であれ、政治の立場において「中立」があり得ないのと同様にして、絶対的に中立的な選択状況などありえない。偏っていたとしてそれは Serendipity Architectureなどで偏りを戻してあげるか、あるいはナッジを用いる範囲・程度を社会的に決定して、ある程度の中立性が担保されればそれでよいのだとする立場も存在する。そして、干渉や制約の在り方を個人が決定しているのであれば全体を通して自己決定の結果と考えてよいのではないかと考えられるのである。

結局、「おすすめの提示」が違法を形成しうるのは、本人が検索してもなかなか他の選択肢にたどりつけないようアーキテクチャが設定されている、あるいは本人の意思とは反してしつこくターゲティングがなされるような場合に限定されるのであるが、そのような場合違法云々を語るよりも先に利用者から「使いにくいサイト」としての評価＝サンクションを受けるのであって、ことさらに取り上げるまでもなく自浄されうるであろう。また、仮にそれがGAF Aだったとしても、母体数の多さゆえに、認知過程・判断過程にバイアスを加えるような変更はすぐに利用者に発見・拡散され、問題提起がなされることであろう。そして多数の利用者による非難（抵抗）によって、GAF Aは仕様変更を余儀なくされることが想定される。やはり、想像しているよりも憂慮している事態というのは重くないのかもしれない。

跋

AIについては現在次々と問題提起がなされている状況であり、人類が営むすべての学問における流行といえるであろう。本稿は、AIという新しい技術について、憲法と民法、特にプライバシーと自己決定を視座としながら幾許かの検討を加えたものである。本稿自体は「憂慮している事態は杞憂に過ぎない」という結論を導き出したが、第1章第2節において述べた通り未だAIについては残された問題も多い。日々急速に発展する技術開発の中で、想定もしていなかったような法律問題が発生することは十全に考えられることである。

しかし、技術が潜在的に有している危険性を理由として技術そのものをブラックボックスに閉じ込めて否定することは、将来なされえたはずの危険性克服の道を閉ざすことと同義である。それゆえに、法規制を検討するにあたっては、可能な限り技術開発に配慮した方策を検討すべきであろう。AI、IoTがひきおこす諸問題については自然科学・社会科学問わず分野をまたいで議論がなされているところであり、未だ残された問題は多い。これからの研究に期待がかかることである。