

インターネット上の**利益衡量公式**
に対する**アレクシー教授の批判**
への**応答**

マート・スシ
(監訳) 横大道聡・(翻訳) 瑞慶山広大

インターネット上の利益衡量公式 に対するアレクシー教授の批判 への応答

マート・スシ

横大道聡 [監訳]・瑞慶山広大 [訳]



▶ 1 本稿の射程

2017年6月の欧州委員会でのセミナー期間中に、私は、ネット上の利益衡量における合理性の部分を上向きさせる数学的手法であるインターネット上の利益衡量公式 (Internet Balancing Formula, IBF) のアイデアを初めて披露した。続いて2017年から2018年にかけて、南アメリカ、欧州、オーストラリアの大学で行ったいくつかの講義でもIBFを紹介している。このEuropean Law Journal 特集号では、IBFの理論的背景とIBF自体を広範な読者を対象に初めて示した論説を掲載した。また同号には、ロベルト・アレクシー教授によるIBFに対する批判的検討も掲載されている。アレクシーはIBFを自身の重み公式 (Weight Formula, WF) と比較し、両公式の類似性を指摘するとともに、IBFのいくつかの側面への疑問を提起している。私は現時点での意見に基づいて、ロベルト・アレクシーの批判へ応答する機会に恵まれた。それを通じて、デジタル領域における法的思考に秩序を与えるというIBFが持つ能力をめぐる議論が継続し展開していくことを望む。

▶ 2 ロベルト・アレクシーの批判

ロベルト・アレクシーがIBFを分析する際に最も注目を払った側面に焦点を当てて、彼に応答することにした。それはすなわち、インターネットの脆弱性の概念はプライバシーの抽象的重みと介入の強度のどちらに関連するものなのかという点、具体化テーゼ (concretisation thesis) に関する点、そして共感の要素に関する点、である。これらの諸点がさらなる議論を必要としていることに私は同意する。

2.1 インターネットの脆弱性

ロベルト・アレクシーは、IBFにおけるインターネットの脆弱性は定数であること——特にそれが価値1であること——を指摘している。それ以外のすべての要素が変数であるのに対し、この要素はそうではない。インターネットの脆弱性を通じて表現の自由に対するプライバシー権の重みが高められるという明らかな特徴に言及したうえで、アレクシーは、WFの観点からどのようにこれを理解するべきかという疑問に進んでいる。アレクシーは2つの解釈を提示する。第1の解釈は、定数V(1)がプライバシー権により高い抽

象的重みを与えたものとして理解するというものであり、第2の解釈は、プライバシー権に対する介入の強度が高められていることの表現であるというものである。アレクシーは次のように述べて第1の解釈を退ける。

抽象的重みはプライバシー権それ自体にのみ割り当てなければならないからである。仮に抽象的重みが特定の状況下——ここではインターネット上でのコミュニケーション——にあるプライバシー権に割り当てられるとしたら、それはもはや抽象的重みとは関係がない。むしろ、それは——たとえインターネット上でのコミュニケーションという状況が、極めて一般的な状況であったとしても——特定の状況下での重み、すなわち具体的重みに関係しているとされるだろう。¹

インターネットの脆弱性は、ネット上の表現の自由に対してプライバシー権が有する相対的に高い抽象的重みを表しているという見解を退けた後、アレクシーは第2の説明を採用する——介入の強度である²。アレクシーの批判は、数学的公式のシステムのなかに定数を持ち込むインターネットの脆弱性の考え方に関して展開される。定数要素VはIBFのなかに「準則」たる要素の領域を持ち込んでおり、それが2つの公式の決定的な違いとなる、というのである。

インターネットの脆弱性によってプライバシー側により高い重みを与えられることをアレクシーが退けるのは、人権は普遍的であり具体的実践から独立していると考えるからである³。このアプローチで行くと、特定の基本権の抽象的重みは、いったん決定されると当該基本権の絶対的な性質となる。基本権の抽象的重みが時間や場所、実践に依存しないとアレクシーは考えているのか、あるいは、抽象的重みは時間によって変化する可能性があることを認めているのか、彼の批判からは判然としない。前者の立場は通常絶対的重みの主張であろうし、後者の立場は絶対的重みを相対的に理解する主張であろう。アレクシーが明確に否定しているのは、ある基本権の抽象的重みが、ある特定の時代のある瞬間——例えば、21世紀の人権法とその実践——における人権体系の中で異なり得る可能性である。アレクシーに従い、いかなる基本権の抽象的重みも、権利が衝突する特定の状況の外側で決定されていること、それ故にいかなる権利衝突の状況にも適用できるということを確認しておこう。ここで対立しているように見える権利の抽象的重みの複数の理解は、利益衡量にとっては〔いずれにおいても計測のためのただの〕道具である。根本的な疑問は、いかなる基本権の抽象的重みであっても、法的、社会的および政治的文脈から離れて——まさにラテン語の *in abstracto* という語が示すがごとく、理念的な抽象的重みとして——決定されるのか、それとも、憲法上・国際法上の権利やその実践のなかで定義されるのか、というものである。もし前者の解釈が正しいのならば、対立が生じるのは、基本権の理念的な抽象的重みと人権法を通じて決せられた抽象的重みとの間において、ということになる。このこと自体、どのような抽象的重みでも絶対的性質を持つという考えに反するものである。もし第2の解釈が正しいとするならば、抽象的重みの絶対的かつ不変の性質という主張は、人権法とその実践が動的な進化や変化を遂げるという不可避の側面があるために、正当化できないものとなる。

原則として、実定法には3つのレベルの抽象的重みが存在する。絶対的な基本権、相対的な基本権、そして単なる法的権利であって（いまだ）基本権の地位にはないような権利である。様々な国際法文書や裁判所の実践から、表現の自由もプライバシー権も相対的な基本権であることがわかる⁴。このことは次のような結論を導くだろう。すなわち、WFでもIBFでも、もし定数（ $V=1$ ）としてのインターネットの脆弱性という考えを退け、また定数としてのインターネットの脆弱性は介入の強度の表現であるという考えをも退けるのならば、表現の自由とプライバシー権はいかなる場面でも互いを打ち消し合うことになる、という結論である。

私がロベルト・アレクシーの批判を受け入れないのは、いかなる所与の時間においても、特定の基本権にはたった1つの抽象的重みだけが存在するだろうという命題を否定するからである。それとは対照的に、いかなる所与の時間においても、ある基本権の抽象的重みは複数存在するというのが私の見解であり、それは次の理由による。第1の理由は基本権の抽象的重みの源泉に関わる。基本権の抽象的重みは詳細な説明を通じて決定されるのか、それとも人権の理念的次元から生じるものなのだろうか。私はIBFを紹介する論稿のなかで、表現の自由とプライバシー権の関係に関する現代の人権法および実践には様々な立場があるということを示しておいた。前者がより保護に値すると主張する者もいれば、その反対を主張する者もいる。これらの主張はまさしく、利益衡量という目的のために、抽象的重みを高められるのはプライバシー権なのか、それとも表現の自由なのかという争いを示しているのである。そしてこれらの主張はデジタル空間に特有のものである。もちろん、中には広く行われている実践の方が間違っており、抽象的な重みを理想通りに割り当てることが正しいと言う者もいるだろうが。

第2の理由は、抽象的重みという用語と介入の強度という用語との間の相関性や相互依存性に関わる。一定以上の強度を持つ一貫した介入は、抽象的重みへと転化するかもしれない。合意を調達しなければならないのは、基本権の抽象的重みという要素は、2つの衝突する権利を衡量するという目的のために、利益衡量がなされる前にあらかじめ決まっている要素だという点について——それが絶対的に決定されるのか、あるいは相対的であって変化するものなのかどうかという疑問はさておくとしても——である。基本権の抽象的重みがあらかじめ決まっているのは、眼前の個別事例のためではない。それ自体が事例一般に当てはまるカテゴリーなのである。私がロベルト・アレクシーに同意できないのは、基本権の抽象的重みについての正反対の認識、すなわち、そうした基本権の抽象的重みは、特定の権利の重みについての支配的で広く行われているアプローチを反映したものであるか（私見）、あるいはそうではないのか（アレクシーの見解）という相反する理解に基づいている。インターネットの脆弱性はプライバシーへの介入の強度を表しているというアレクシーの主張を発展させると、デジタル領域での権利衝突のすべての状況においてプライバシーの権利には高められた保護が与えられるのだろうか。そうすると、インターネット上でのコミュニケーションにおけるプライバシーの具体的重みは定数となり、デジタル世界におけるプライバシーの抽象的重みと近似するか、それ自体に変容する。そうした変容がいつ起こるのかという問題は、介入の一貫性についての程度問題である。

私がアレクシーに同意しない第3の理由は、人権の発展の一般的側面に関係する。プライバシーはかなり一般的な人権である。別個独立した新たな人権は、既存の十分に確立した人権から導出されるか、あるいはそこに包含されるものであろう⁵。新しい人権は議論の過程から生まれるのであり、そこでは一定期間内に新しい人権の主張が正当化されるかまたは退けられる。プライバシーに関連して、身体の不可侵（body integrity）の権利⁶、あるいは遺伝子保護の権利⁷を例にとってみよう。両権利とも国際人権法では独立した人権とは見なされていないものの、絶対的性質を有することを主張している。身体の不可侵はいかなる状況下でも侵害されてはならないし、いかなる状況下でも医者はある人の遺伝経歴をその者が知りたくないと拒絶するならば伝えてはならない。このように、一般的な人権としてのプライバシーの抽象的重みは相対的なものであることに同意したとしても、それと同時に、プライバシー権は絶対的な性質をも有し得るということを認めることによって、プライバシー権の特定の側面〔例えば、身体の不可侵や遺伝子保護の権利〕により強い保護を与える十分な理由が存在し得るということ認めざるを得ないのである。これが、ある1つの人権の抽象的重みだとしても、合理的正当化がなされた場合には、一定

の時間の中で異なるレベルがあるだろうことを主張する別の理由である。

2.2 重みの要素を含めたインターネット上の利益衡量公式の改定版

上述したように、私にはIBFにおけるインターネットの脆弱性の要素を再検討する用意がある。この改定は、デジタル世界のコミュニケーションにおいてプライバシーはいつでも表現の自由よりも保護されるに値する、という理解の否定に基づいている。しかし、本特集号中のIBFに関する論説において示したように、それと反対の主張、すなわち表現の自由の方がより保護に値すると主張する者からの根拠ある議論が存在している。インターネットの脆弱性の概念が合意された支持を得ることができれば、この要素を定数に戻すことも可能である。それ故、ロベルト・アレクシーがIBFをWFの「核心」として特徴付ける文脈において⁸、〔IBFの〕入力要素の中に抽象的重みの要素がないことに関する彼の指摘を受けて、改定を施したIBFを提案する。

この改定された公式は介入の強度と抽象的重みを導入する。介入の強度は大文字「I」で記し、下付文字「p」はプライバシーを、「e」は表現をそれぞれ表している。介入の強度を示すために挿入される要素は、IBFの〔上辺と下辺の〕両側に以前導入したのと同じままである。ただし、インターネット脆弱性の要素〔V〕がプライバシー側から取り除かれている。この公式では新たに、プライバシーには「 W_p 」として、表現の自由には「 W_e 」として、それぞれに抽象的重みを与えている。ネット上でも現実世界でも権利は同じであるという理解、あるいは両権利ともネット上で等しい保護に値するという理解に基づいて、両権利の抽象的重みは同じであるとされるならば、この抽象的重みの要素は互いを打ち消しあう。改定された公式は次の通りである。

$$IBF = \frac{I_p[PR(x)+T(y)+E(z)]+W_p}{I_e[PI(x)+PF(x)-OI(y)+E(z)]+W_e}$$

ここで間違いなく〔抽象的重みの〕指標をどうするのかという疑問が生ずるが、私は0から2までの指標を用いることを提案したい。抽象的重み2が適用されるのは、両権利の少なくとも一方が絶対的権利だと見なされている場合である。先ほど、プライバシー権が絶対的性質を帯び得るような例をいくつか提示した。表現の自由についても、一時的な理由とは言えない特定の政治的または社会的状況によって、絶対的重みを割り当てる必要が出てくるだろう。全体主義社会において、このことが問題になり得ることが容易に想像できる。同じく考慮に値すると思われるのは、世界報道自由度ランキングから着想を得て、表現の自由の面で「悪い状況」と格付けされた国は、この権利の重みを絶対的な意味で高める必要がある、ということである。

権利の絶対的性質が認められない場合には、「より保護に値する」というアプローチを使うと、ある権利はレベル1まで高められ、別の権利はレベル0のまま、ということになる。残された問題はこの指標をどう決定するかである。IBFの当初の目標に戻れば、IBFは民間によるネット上の利益衡量を整序しようとするものであり、ネット上のプラットフォームがIBFを用いるとき、このプラットフォームはそれら2つの権利の抽象的重みに関して自らの立場を公に示さなければならない。この立場は議論によって支えられたものであり、すぐに変化させてはならない。別角度から言えば、そうしたアプローチはフォーラム・ショッピング〔複数の管轄が認められる事件の場合に、原告が自己に有利な管轄を選択する戦術のこと〕現象を排除しない。もしかすると、これがデジタル領域における人権保護の新たな現実なのかもしれない。

2.3 具体化テーゼ

アレクシーは、彼の WF における価値 I_i と I_j が、IBF の入力要素とは異なる基準によって決定されるものであることを示した。アレクシーは、IBF の要素は WF の分母の要素に位置していると述べ、これを「具体化テーゼ⁹」と呼んでいる。WF における強度の要素は3つの主要な入力要素の1つであり、それ以上特定化されることはない。その一方、IBF における強度の要素には様々なものがあり、それらは〔上辺・下辺の〕両側にある。私は具体化テーゼに反対しないどころか、いかに IBF がデジタル領域における基本権保護〔のあり方〕に整序をもたらす道具として資するものであるかを説明するという目的に、それが仕えるものだと考えている。具体化テーゼは IBF を批判から擁護するのだ。このことを WF との比較により描いておきたい。

WF の要素の一般的性質は批判を招いている。ポッシャー¹⁰ (R. Poscher) やソメク¹¹ (A. Somek) は、そこでの利益衡量のプロセスが衝突する原理の相対的な重みに関する直感に依存しているとの見解を有しているし、ハーバーマス¹² (J. Habermas) は、恣意性の議論を用いて WF の一般的性質を批判している。アレクシーはすべての批判に「議論テーゼ¹³」を用いて応答している。議論テーゼは、強度判定の基礎となるすべての基準は合理的な議論に基づいて説明できるというテーゼである。アレクシーが記すところによれば、WF の変数は、正当化される必要のある格付けを表している。議論テーゼはどのように格付けをしたのかを正当化し、恣意性や直観といった懸念を最小化するものである。

具体化テーゼが IBF に資するというのはまさにこの部分である。具体化テーゼは IBF の両側にある価値 I を正当化する。なぜならば、最終価値 I_p と I_e へと至る各要素が何なのかを明示しているからであり、これが WF との違いである。具体的な基準がない WF では、その埋め合わせを議論が担っている。既に示したように、議論とその公表はネット・コンテンツの評価においては不可能であるか、あるいはより穏当に言えば、限られた範囲でのみ可能である。したがって具体化テーゼは、WF と IBF とで同じ目的に仕える。その目的とは、所与の具体的な法的および事実的状况において、基本権衝突の合理的衡量を最適化することである。

2.4 共感の要素

アレクシーは共感の要素が IBF の中で最大の弱点であるとした¹⁴。それは私の元々の議論における共感の要素の正当化の場面において、ネット上の権利衝突の衡量に道徳性の側面を含めようとしたためであるが、アレクシーは「合理的な議論」と「道徳的価値評価」とを対置すべきではないと注意を喚起した。

「合理的な議論」と「道徳的価値評価」とが対置できないことは確かに真であるし、かといって同義語であるわけでもない。しかしこれらは、憲法上の権利や人権の議論を補強する側面を有している。ここで共感の要素の背後にある元々の考えに立ち戻る必要がある。それは、ネット上におけるすべての基本権衝突の衡量がアルゴリズムに基づく人工知能によってなされうる、という状況を回避するためのものであった。「合理的な議論」という用語自体が示すように、この語は「合理性」と「議論」の両側面を含意するものであるのに対して、「道徳的価値評価」という用語には合理性が内在していない。道徳的論証は合理的であり得るが、完全に不合理でもあり得、それでいて正しさを主張することもありうる。果たして、デジタル領域における基本権保護の状況に直面した人々の多くは、人工知能によってそのすべての作業が遂行される可能性が残る数学的公式に基づいて基本権保護を実現することを好むのか、あるいは、より難解な事例においては人間の知性が舞台に上がってくることを望むのか、どちらであろうか。直感的には、多数の人々は後者を選択するように思われる。合理的な議論と道徳的価値評価との相違は、詳細な説明の要否と

いう観点から見た場合、後者は議論を経たうえでの正当化を行わなくてもよいという点にある。何か「道徳的に」望ましいと思われるのは、誰かの良心、あいまいなかつての経験、あるいはある時点のある社会における優勢な道徳性についての感受性に基づいて、まさに道徳的に望ましいと思われるものだからである。IBFの目的からして、共感の要素は「非合理性テーゼ」と呼ぶことができよう。

IBFの前提の1つ——それが生ける手法であるという前提——に戻ると、将来のある時点で共感の要素は不要になるかもしれない。それは、人工知能が「道徳的価値評価」の能力を獲得したり、あるいは、デジタル領域における基本権保護に対する社会の期待が——その時点においてはまだ完全なものではないかもしれないが——何らかのパラダイム転換を経験した時である。〔しかし、〕現段階のIBFにおいては、共感の要素は膠着状態となった事例や難解な事例に適用されるべきである。

●注

1. Robert Alexy, 'Mart Susi's Internet Balancing Formula', this special issue, 217.〔本号掲載の同論文翻訳87頁。以下同〕。
2. *Ibid.*
3. 人権の実践依存性と実践からの独立性の問題に関する議論として、see R. Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press, 1986); R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977); J. Rawls, *The Law of Peoples* (Harvard University Press, 1999); C.R. Beitz, *The Idea of Human Rights* (Oxford University Press, 2009); J. Raz, 'Human Rights Without Foundations', in S. Besson and J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford University Press, 2010).
4. 私はこのアプローチが自明のもので、参照の必要はないと考えている。
5. See J. Nickel, *Making Sense of Human Rights* (Blackwell Publishing, 2nd edn, 2007); and M. Burbergs, 'How the Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in which New Rights Are Born: Article 8 ECHR', in E. Brems and J. Gerards (eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (Cambridge University Press, 2013), 315-329; please also see A. von Arnaud, K. von der Decken and M. Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty and Rhetoric* (Cambridge University Press, 2019, forthcoming).
6. A.M. Viens (ed.), *The Right to Bodily Integrity* (Ashgate, 2014).
7. See the Oviedo Convention (the Convention on Human Rights and Biomedicine); or B.M. Knoppers, *Le génome humain: patrimoine commun de l'Humanité?* (Fides, 1999), at 35; F. Francioni, 'Genetic Resources, Biotechnology and Human Rights: The International Legal Framework', in F. Francioni (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights* (Hart Publishing, 2007), at 11 and 12.
8. Alexy, above, n. 1, at 219.〔92頁〕。
9. *Ibid.*
10. R. Poscher, 'The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?', in M. Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford University Press, 2012), at 241.
11. A. Somek, *Rechtliches Wissen* (Suhrkamp, 2006), 135.
12. J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trans. W. Rehg (Polity, 1996), 259.
13. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, trans. R. Adler and N. MacCormick (Clarendon Press, 1989).
14. Alexy, above, n. 1, at 218.〔92頁〕。

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）

【監訳者コメント】

本号掲載のスシ教授とアレクシー教授の論文は、2019年3月に刊行された EUROPEAN LAW JOURNAL の25巻2号「インターネットと人権法」特集号に掲載された以下の論文を訳出したものである。

1. Susi M. The internet balancing formula. Eur. Law J. 2019; 25: 198-212.
2. Alexy R. Mart Susi's internet balancing formula. Eur. Law J. 2019; 25: 213-220.
3. Susi M. Reply to Robert Alexy's critique of the internet balancing formula. Eur. Law J. 2019; 25: 221-225.

第1論文の執筆者は、ヨーロッパにおけるデジタル空間上の人権問題についての第一人者、エストニア・タリン大学（人権法）のマート・スシ教授である。インターネット上の人権問題は多岐に渡るが、スシ教授が焦点を当てるのは、インターネット上の表現の自由とプライバシーの衝突、とりわけネット関連民間事業者がプライバシー保護のために当該表現を削除したりブロックしたりするという場面である。スシ教授は、迅速かつ合理的で透明性をもったルールによって問題を処理すべきだという見地から、「インターネット上の利益衡量公式（Internet Balancing Formula, IBF）」を提唱している。衝突し合う人権の重みや強度を測るために様々な要素と指標を組み込んだIBFは、グローバルに用いることができるものであり、日本においても同様に利用可能な公式である。第2論文の執筆者はいわずとした現代ドイツを代表する理論家、ロベルト・アレクシー教授（キール大学法学部）である。スシ教授のIBFは、アレクシー教授の基本権理論、特に「重み公式（Weight Formula, WF）」を参考にしたものであるが、アレクシー教授は自身のWFとスシ教授のIBFの異同を指摘するとともに、その問題点や課題を指摘している。第3論文は、このアレクシー教授の指摘に対するスシ教授の応答論文である。アレクシー教授の批判に反論しつつ、改善すべき点を受け入れて、IBFを修正し、さらに発展させている。

これらの翻訳は、監訳者〔横大道〕が、スシ教授が編者を務められた Routledge Research in Human Rights Law シリーズの1冊、HUMAN RIGHTS, DIGITAL SOCIETY AND THE LAW: A RESEARCH COMPANION (Mart Susi, ed., Routledge, 2019) に論文を寄稿させていただいたこと (Satoshi Yokodaido, Asian Human Rights Law, Jurisprudence and Practices Toward the Internet, pp. 354-370) がきっかけとなっている (同書のなかでもスシ教授はIBFを議論している)。そのことが縁となって、スシ教授が来日された際、慶應義塾大学グローバル・リサーチ・インスティテュート (KGRI) のレクチャー・シリーズの一環として、スシ教授に「インターネット上の利益衡量公式」と題する講演を行っていただいた (2018年12月21日)。スシ教授のアイデア・理論を直接拝聴し、IBFを日本に紹介することには相応の意義があると考え、講演内容の邦訳をスシ教授に打診したところ、スシ教授から上記論文の翻訳したほうが日本の読者にとって有益ではないかという示唆をいただき、今回訳出した次第である。

翻訳作業は、上記講演にも参加し、邦訳化にも賛同いただいた瑞慶山広大氏（九州産業大学地域共創学部講師）がまず全体を翻訳し、監訳者がそれをもとに適宜加除修正を行い、何度もやり取りをしながら確定させる、という流れで行った。なお、文中の〔 〕内の文章は、(監)訳者による補足である。

本翻訳が、この問題に関心を持つ読者にとって有益な示唆を与えるものとなれば幸いである。

横大道聡（慶應義塾大学大学院法務研究科教授）