

# アメリカにおける個人情報漏えいの被害者保護に関する新たな動き (3・完)

——原状回復法による保護をめぐる議論を中心に——

橋 本 伸

## I 序——問題の所在

- (1) 概説
- (2) 日米における個人情報漏えい問題の対応状況
- (3) 日米における現状に対する批判
- (4) 本稿の目的と叙述の構成

## II 従前の個人情報漏えいの被害者保護の問題点

- (1) 概説
- (2) 手続法上の問題——憲法上の「原告適格」の障害
- (3) 実体法上の問題①——不法行為に基づく請求の障害
- (4) 実体法上の問題②——契約違反に基づく請求の障害
- (5) 従来 of 状況の原因とそれに対する疑問
- (6) 小括 (以上, 74 卷 1 号)

## III 従前の原状回復法による保護の状況とその転換

- (1) 概説
- (2) 原状回復法の役割——実体法と救済法の側面
- (3) 従前の原状回復法の利用状況
- (4) 原状回復法を用いる新たな動きの契機
- (5) 小括

## IV 近時の原状回復法による保護の動き (その 1) ——ショルツの見解の紹介

- (1) 概説
- (2) 原状回復法による被害者保護の方法

- (3) 原状回復救済の正当化
- (4) 公的執行と私的執行の協働の必要性
- (5) 問題点
- (6) 小括 (以上, 74巻2 = 3号)

#### V 近時の原状回復法による保護の動き (その2) ——チャオの見解の紹介

- (1) 概説
- (2) 救済手段としての原状回復
- (3) 請求原因としての不当利得
- (4) 手続法上の問題との関係
- (5) 問題点
- (6) 小括

#### VI 結語——若干の検討

- (1) 議論の整理
- (2) わが国の議論への示唆 (以上, 本号)

#### V 近時の原状回復法による保護の動き (その2) ——チャオの見解の紹介

##### (1) 概説

次に、近時の原状回復法による保護の動きとして、個人情報漏えいがデータ主体（被害者）と漏えい者（企業等）との間に何らかの契約関係がある状況で生じる場面を考察するチャオの見解を取り上げることとする。

チャオは、企業による個人情報漏えいの場面において、先述の「損害」要件の障害のために被害者が救済されなくなっている状況を問題視している。そして、そのような中で、企業が顧客とのプライバシー約束を破って稼いだ不当な利益が存在することに注目し、原状回復法によりその利益を吐き出させる形で、被害者の保護を提案する<sup>280)</sup>。

---

280) Chao ①, *supra* note 37, at 556.

このような問題意識は、既にシオルツにおいて見られたものであった。その意味で、チャオは、シオルツの問題意識を引き継ぎつつ、シオルツが取り上げなかった被害者と漏えい者との間に契約関係がある場面に考察の対象を拡張したものと見える。

なお、原状回復法の分析をする際に、チャオは、上記の場面を①プライバシー約束が被害者と企業との間の契約の一部を構成する場面と②プライバシー約束が被害者と企業との間の契約の一部を構成しない場面の2つに分けて検討を行っている<sup>281)</sup>。というのも、①の場面では、原状回復法は、契約違反を理由とする救済を提供する役割を持つ（救済法としての役割）のに対し、②の場面では、原状回復法は、救済法としての役割のみならず、契約法、不法行為法、あるいは所有法に根拠づけられない別個の請求原因（責任原因）を提供する役割もある（実体法としての役割）からである。そのため、以下では、両者の場面を区別しつつ、チャオの見解を見ていくこととする。

## （2）救済手段としての原状回復

まず、プライバシー約束が被害者と企業間の契約の一部を構成する場面についてみよう。この場面では、どのように契約違反を理由とする救済として原状回復法上の救済、とりわけ、利益吐き出し<sup>282)</sup>が用いられるかが問題となる。もっとも、従来、契約違反一般による救済としての利益吐き出しは、英米法において消極的に解されてきたこともあり、このような救済を認めるためには、前提として契約違反一般による利益吐き出しが正当化される必要がある。そのため、チャオは、契約違反一般において利益吐き出しを肯定する近時の学説（とりわけ、メルヴィン・アイゼンバーグの見解<sup>283)</sup>）や原状回復リステイトメントの考

281) Chao ①, *id.* at 574-5.

282) チャオは、ここでの吐き出しの対象となる「利益」として、企業が個人から預かった個人情報の不適切な使用から得た利益や約束したデータセキュリティを提供しないことにより節約した利益を念頭に置いている (*Id.* at 574)。

283) Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, 105 MICH. L. REV. 559 (2006).

え方を参照しつつ、そこでの議論を個人情報漏えいの被害者の場面に応用する形で正当化を試みる。

そこで以下では、まず従前の契約違反による利益吐き出しを肯定する議論をチャオの見解を理解するのに必要な限りで紹介した上で、個人情報漏えいの場面に応用するチャオの議論を見ていくことにしよう。

### (i) 契約違反一般の救済としての利益吐き出し

#### ①概要

従来、契約違反による利益吐き出しは、消極的に解されてきた<sup>284)</sup>。その理由は、契約違反を理由とする原則的な救済が、期待利益賠償——その約束が果たされたならば(=違反がなければ)受約者が占めたであろう地位に置くことを目的とする損害賠償——であり、利益吐き出しは、期待利益賠償額を超えるものの回復を認めることに加えて、利益吐き出しは、効率的な契約違反を阻止することなどに求められる。

もっとも、近時、一定の場合(後述)に、契約違反による救済として利益吐き出しを認めるとする見解も増えており、また、原状回復リステイメントも、この救済を「本質的に新しいルール」<sup>285)</sup>として認めた<sup>286)</sup>。

284) アメリカにおける契約違反を理由とする利益吐き出しの従来の議論状況については、拙稿・前掲注(173)208頁以下で述べたので、文献を含め、詳細はそちらに譲る。

285) Caprice L. Roberts, *Restitutory Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*, 42 LOY. L.A. L. REV. 131, 140 (2008) (もっとも、本論文は、それ以前に認めていた先例も指摘するが)。

286) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 (AM. L. INST. 2011). 同条は、以下のように規定する(訳は、志馬康紀「意図的な契約違反に対する『利益吐き出し』法理について——米国第3次原状回復・不当利得法リステイメント第39条」国際商事法務47巻6号(2019)728頁, 731条注(7)を参照した)。

#### 第39条 機会主義的違反から生じた利益

(1) 計画的な契約違反によって、契約に違反した約束者に利益がもたらされ、かつ、受約者の契約上の権原が、利用可能な損害賠償が受約者の契約上の権原に十分な保護を与えない場合には、受約者は契約違反の結果として約束者により現実

## ②利益吐き出しの正当化

問題は、どのように契約違反による利益吐き出し（あるいは、それを認める原状回復リステイトメントの立場）が正当化されるかという点である。この点につき、チャオは、肯定する見解が挙げる効率性と信義誠実の概念をその根拠として挙げている<sup>287)</sup>。以下では、これらの根拠の概要を確認しておくこととする。

### (1) 効率性論

第1に、アイゼンバーグが依拠する効率性の観点からの議論が挙げられる。アイゼンバーグは、利益吐き出しを認める際に、その根拠を (a) 効率的契約違反理論が実際には効率的ではないこと、そして (b) 契約法において吐き出し利益を保護することがむしろ効率性の促進につながることの2点に求める。

まず、(a) の根拠については、アイゼンバーグによれば、効率的契約違反の理論は、それが念頭に置く場面、すなわち、売主Aが第一買主Bに商品を売却する契約を締結したが、その後商品Bよりも高値を付けて購入することを希望した第二買主Cに売却するために、Bとの契約を破棄する場面<sup>288)</sup>では、不正確であるとされる。というのも、この理論は、一定の前提——具体的には①受約者が履行と損害賠償のどちらでもよいと考えていること、および②約束者が受約者にとって履行の価値を知っていること——を基礎において論を進め

---

化された利益の原状回復を求める請求権を有する。本条の規律による原状回復は、損害賠償による救済の代替手段とする。

(2) 損害賠償が受約者の契約上の権原に十分な保護を与えない一つの場合は、通常、受約者が、損害賠償によっては、約束された給付と完全な等価物を代替取引で得られない場合である。

(3) 契約違反が利益をもたらす場合とは、契約違反により、被告が得た利益（損害の潜在的な法的責任における正味の額）が、被告が契約を履行していれば得た利益を上回る場合をいう。契約違反から得られる利益は、節約された出費および契約違反がなければ被告が実現しなかった結果的な利益を含み、これらは、吐き出しの他の事案に適用する規則（51条5項）を用いて、算定される。

287) See, Chao ①, *supra* note 36, at 580.

288) Eisenberg, *supra* note 283, at 571 (上記のような場面を「高値を付ける者のパラダイム」と名付ける)。

るが、そのような前提には誤りがあるからである<sup>289)</sup>。どのように誤っているかについて敷衍すると次の通りである。

①の前提は、期待利益賠償が認められれば、受約者（上記場面の第一買主B）は、主観的に履行と損害賠償の間でどちらもよいと考えるというものである。しかし、アイゼンバーグによれば、期待利益賠償はそのような効果を有しないとされる。その理由としては、第1に、期待利益賠償は、受約者の主観的価値に基づいてではなく、客観的価値に基づいて算定されるため、両者（主観的価値と客観的価値）が一致する場合は問題ないが、主観的価値が客観的価値を上回る場合には、期待利益賠償は受約者の損害を十分に填補しないことが挙げられる<sup>290)</sup>。また、第2に、履行がなされていたならば受約者が稼いだであろう利益は、損害賠償の範囲に関するHadley v. Baxendale事件<sup>291)</sup>のルールなどにより制限されることや期待利益賠償は弁護士費用や訴訟費用を含んでいないことも挙げられる<sup>292)</sup>。そうした理由のために、期待利益賠償は受約者にとって十分なものとはいえず、受約者は履行をより重視することになるとされる。また②の前提も、アイゼンバーグは、上記の設例のような場面では、約束者（売主）はめったにそのような情報を有しないため、不正確であると指摘する<sup>293)</sup>。というのも、通常、買主は、売主に契約から上げると期待する利益が何かについて述べないからである（買主がそのような情報を売主に与えると、売主が商品価格を釣り上げるためにその情報を利用するとの懸念がその背後にはある）。

次に、(b)の根拠について、アイゼンバーグは、契約法における吐き出し利益の保護は、——道徳性原理や不当利得原理などの根拠<sup>294)</sup>によってではなく——契約法の主たる関心である効率性の促進という点から正当化されると指

289) Eisenberg, *id.* at 570.

290) *Id.* at 571.

291) 9 Exch. 341, 165 Eng. Rep. 145 (1854). 本件については、さしあたり、樋口範雄『アメリカ契約法 [第3版]』(弘文堂, 2022) 290頁以下を参照。

292) Eisenberg, *supra* note 283, at 571.

293) *Id.* at 572.

294) *Id.* at 579-80.

摘する<sup>295)</sup>。というのも、吐き出し利益を保護するルールは、約束者に効率的なインセンティブを提供し、そして契約を実現するために必要であるからである。その上で、具体的に利益吐き出しが認められる場面を指摘する（この点は後述する）。

以上のように、アイゼンバーグによれば、効率的契約違反の理論は、①および②を前提に議論を進めるが、その前提に誤りがあり、その理論が念頭に置く場面においてさえも契約違反を認めることは効率的であるとはいえず、むしろ契約違反による吐き出し利益を保護することこそが契約法の目的（の少なくとも一つ）である効率性の促進に資することになるとされる。

## (2) 信義誠実論

第2に、原状回復ステイテイトメントが重視する考え方との関係からの説明が挙げられる。仮に契約違反が受約者に損害を与えることなしに約束者をよりよい状態にすることができるとしても、同リステイテイトメントは、既存の債務の交渉による免除 (negotiated release) を支持するであろうとされる<sup>296)</sup>。というのも、原状回復法は、効率的契約違反が問題となる先述の場面においては、非任意の取引よりも任意の取引を優先するからとされる<sup>297)</sup>。換言すると、強制的に取用するような形の対応は、原状回復法が非難するものであり<sup>298)</sup>、当初の契約締結時に予想していない事態が事後に発生した場合には、再交渉を通じて解決することが信義誠実という点からも望ましいと解されているといえよう。

チャオも、こうしたアプローチが、当事者達があらゆる余剰を分けることが

295) *Id.* at 580-81.

296) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 cmt. h (AM. L. INST. 2011). *See*, Chao ①, *supra* note 37, at 580.

297) *Ibid.*

298) この点については、問題となっている文脈は異なるものの、Kenneth E. Burdon, *Accounting for Profits in A Copyright Infringement Action: A Restitutionary Perspective*, 87 B.U.L.R. 255, 281 ~ (2007) (原状回復法が重視する考え方の一つとして、「意図的な違法行為者との強制的な交換を嫌う」とする考えがあることを指摘する)も参照。

できるという点で公正であり、また意図的な違反に報酬を与えないという点で、信義誠実 (good faith) の考え方と一貫するとして、望ましいとされる<sup>299)</sup>。

### ③利益吐き出しの要件

もともと、利益吐き出しを肯定する見解も、契約違反により損害を超える利益が生じれば、常に利益吐き出しを認めるべきであるとまで主張しているわけではない。例えば、原状回復リステイメントは、(a) 違反者に「計画的な (deliberate)」意図が認められること (主観的要件)<sup>300)</sup>、および (b) 期待利益賠償が不十分であること (補充性要件)<sup>301)</sup> という要件を課すことで、契約違反による利益吐き出しが認められる場面を限定している。これらの要件についてはいくつか解釈上の問題があり、その理解は後述の個人情報漏えいの場面での適用の可否にも関わることから、チャオがそれらをどのように理解しているかについて確認しておくことにしよう。

まず (a) の要件については、「計画的」という用語が純粹に意図的な行為のみを意味するか、それとも未必の故意 (reckless) のような行為まで含むかが問題となる。この問題につき、チャオは、先例<sup>302)</sup> の議論を踏まえた上で、未必の故意を含む広い意味で「計画的」を捉える立場に賛同する<sup>303)</sup>。というのも、このように広くとらえることは、原状回復リステイメント 39条の基礎にある目的、すなわち、機会主義的な契約違反を阻止することと完全に一貫するからであるとされる。

299) Chao ①, *supra* note 37, at 580-1.

300) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 (AM. L. INST. 2011). こうした要件が追加された理由は、従来の契約違反による利益吐き出しに対する消極的な立場への配慮であるとされる (See, Caprice L. Roberts, *A Commonwealth of Perspective on Restitutionary Disgorgement for Breach of Contract*, 65 WASH. & LEE L. REV. 945, 962 (2008)).

301) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 39 cmt. b (AM. L. INST. 2011).

302) *Kansas v. Nebraska*, 135 S. Ct. 1042 (2015). 判決においては、「deliberate」に「reckless」を入れるか否かをめぐり、裁判官の理解が分かれた。

303) Chao ①, *supra* note 37, at 579.



次に (b) の要件については、具体的にどのような場合に期待利益賠償の不十分性が満たされるかが問題となる。チャオは、アイゼンバーグの議論を参照してこの問題に応答する。アイゼンバーグは、先の利益吐き出しの根拠（効率性の促進）を前提とした上で、期待利益賠償が不十分な場合を「期待利益賠償が効率性を促進することができない場合」として定式化し、それに該当する場合として、以下の6つの場面（類型）を挙げる。すなわち、①受約者が約束者の違反による利益のために駆け引きした場面、②特定履行の代わりとして利益吐き出しが求められる場面、③期待利益賠償の代わりとして利益吐き出しが機能する場面、④金銭的利益以外の利益を目的とした取引の場面、⑤外部性（契約当事者以外の公衆またはその公衆の一部の人に利益を与えること）が生じる場面、⑥違反により節約された費用の吐き出しを求める場面である<sup>304)</sup>。もっとも、チャオは、個人情報漏えいとの関係で妥当するのは④と⑥の類型であるとして、これらのみ考察しているため、本稿でも、この2つの類型を取り上げるにとどめる。

まず「金銭的利益以外の利益に適うために設計された取引の場面」(④)は、金銭的利益以外の利益を実現することを目的とする契約が締結された場合であるとされる。アイゼンバーグは、具体例として、国家機密を守るためなどの目的を実現する契約が締結された場合（実際に問題となった例として、米国の *Snepp v. United States* 事件<sup>305)</sup> や英国の *Attorney-General v. Blake* 事件<sup>306)</sup> がある)を挙げる。このような場合、契約は実行されるのみであり、そして約束者にとっての正確なインセンティブは、吐き出し利益の保護により提供され得るのみであるとされる<sup>307)</sup>。というのも、金銭的利益以外の理由のためになされた約束を含む契約に関しては、その約束目的が金銭と関係しないため、期待利益賠償は十分とはいえないことが通常であるからである。その結果として、こ

304) Eisenberg, *supra* note 283, at 581 ~ .

305) 444 U.S. 507 (1980). 本件については、拙稿・前掲注 (173) 210 頁以下。

306) [2001] 1 AC 268. 本件については、拙稿・前掲注 (147) 145 頁以下。

307) Eisenberg, *supra* note 283, at 588.

これらのケースにおいて有効にこれらの約束を監視するための「最善かつおそらく唯一の方法」は、利益吐き出しを認めることであるとされる<sup>308)</sup>。

次に「違反により節約された費用の吐き出しの場面」(⑥)は、約束者が自己の費用を低減する方法で違反するが、受約者に相当の損失をもたらさない場合である<sup>309)</sup>。アイゼンバーグによれば、節約された利益の吐き出しは、契約を実施し、予防措置および履行のための効率的なインセンティブを提供し、そして不当利得を防止するために必要となるとされる。そしてこの場面に該当する具体的なケースとしては、節約されたサービス (skimped services) のケースと減少された価値 (diminished value) のケースが挙げられている。個人情報漏えいで関連する前者のみ取り上げると、これは約束者に特殊なサービスや財を提供することを要求する契約において、約束者は当該契約で定められたものを完全に履行しないか、または不十分に行ったが、結果的に受約者に損害は生じなかった場合である<sup>310)</sup>。上記のような内容の契約の目的は、約束者が約束したサービスを適切に維持することを確保することにある。そうだとすると、契約法が、約束者の節約した費用により計算される吐き出し利益を保護するルールは、約束者に履行する効率的なインセンティブを与え、契約を実行することにつながる<sup>311)</sup>。また、約束者は約束した給付をなしていないにもかかわらず、その対価を受け取っているという点で、不当に利得を得ることにもなっており、それを回避するためには、その利益を吐き出させることが必要である<sup>312)</sup>。

このように、契約違反による利益吐き出しは、何ら制限なしに認められるわけではなく、主観的要件と補充性要件の二つによる制約に服することになるが、チャオは、前者については、機会主義的な契約違反の阻止との関係で未必の故意を含めて広い意味で解釈しており、また、後者については、アイゼンバーグの類型論を参照して、その意味を理解しているといえる。以上がチャオの契約

---

308) *Id.* at 591.

309) *Id.* at 592.

310) *Id.* at 592.

311) *Id.* at 593.

312) *Ibid.*

違反による利益吐き出し一般についての理解である。では、本稿の考察対象である個人情報漏えいの場面ではどのようなになるのか。次にこの点を見ることにしよう。

(ii) 個人情報漏えいの場面における利益吐き出し

①利益吐き出しの正当化

チャオは、先述の契約違反による利益吐き出し一般で用いられる2つの根拠(効率性論と信義誠実論)を個人情報漏えいによる利益吐き出しの場面にも当てはめる形でその正当化を試みている。以下では、順に見ていくことにしたい。

(1) 効率性論に基づく正当化

チャオによれば、先述の効率的契約違反の理論の誤った前提の問題は、個人情報漏えいの被害者にとっては顕著であるとされる。その理由は、以下の通りである。

第1に、個人情報漏えいの被害者は、先述のように、不法行為などにに基づきあらゆる損害を回復することができないため、被害者は、履行と損害賠償のどちらでもよいということにはならない<sup>313)</sup>。確実にこのような状況下では、被害者は履行——それは漏えいされないことを意味する——を優先するとされる。

第2に、個人情報を漏えいされた企業は、彼らの違反を理由とする損害賠償を支払う必要はないため、企業は受約者(顧客)にとっての履行の価値をゼロとして見るかもしれない。そのため効率的契約違反は、企業が彼らの顧客のデータからゼロではない価値を得ることができるときはいつでも、企業がプライバシー約束を違反するべきであると提唱する可能性がある<sup>314)</sup>。現在の法は、このような方法により、企業がプライバシー約束を無視することを認めることになっている。しかし、チャオは、これに反対し、「企業があらゆる結果として生じる利益を吐き出すことを強制することにより、原状回復リステイトメント

313) Chao ①, *supra* note 37, at 580.

314) *Ibid.*

39条は、プライバシー約束を破る真の負のインセンティブを提供する。」と指摘する<sup>315)</sup>。

## (2) 信義誠実論に基づく正当化

チャオによれば、先述の交渉による免除という原状回復リステイトメントの考え方は、プライバシー法において最も妥当するとされる<sup>316)</sup>。というのも、プライバシー法においては、FTCはすでに、プライバシーポリシーの変更を開示しないことを不正な取引慣行として見ているからである。それゆえに、少なくともプライバシー法に関しては、原状回復リステイトメントは、単純に、FTCおよびその他の州の不正取引慣行制定法によりすでに課せられている行為と同じ基準を要求しているといえる<sup>317)</sup>。

### ②利益吐き出しの要件

では、個人情報漏えいによる利益吐き出しは、いかなる要件の下で認められるのか。この点についてもチャオは、契約違反一般を理由とする利益吐き出しの議論を応用する。具体的には、チャオは、以下の3点について検討を加える。

第1に、主観的要件の要否について。この要件を要求すると、個人情報漏えいの被害者にとって不利になる可能性がある<sup>318)</sup>。というのも、被害者がサイバー攻撃において自己のデータを失ったとき、多くの企業は、意図的に合理的にデータセキュリティを提供する約束を違反していないと述べることができるからである。しかし、ここでの主観的要件は、未必の故意で足りるから、被害者は、特定の企業が未必の故意によりこれらの約束を破ったと証明することはできるとして、チャオはこの点につき必要とする立場を維持する<sup>319)</sup>。

第2に、不十分性要件一般について。チャオは、個人情報漏えいの場面は、

---

315) *Ibid.*

316) *Id.* at 581.

317) *Ibid.*

318) *Id.* at 579.

319) *Ibid.*

この要件が当てはまる理想的な候補であると指摘する。というのも、救済が(不十分というよりも)そもそも存在せず、より強い代替的な救済がなければ、企業は、彼らの顧客契約においてするプライバシー約束を守るインセンティブを有しないからである<sup>320)</sup>。

第3に、不十分性要件の具体的な場面について。チャオは、個人情報漏えいの問題が従来の利益吐き出しの枠内で調和するかについてアイゼンバーグが挙げる先述の2つの類型(④と⑥)との関係で検討する。

まず「金銭的利益以外の利益を目的とする取引の場面」(④)は、データがプライバシー約束に違反して売却され、あるいは使用されたプライバシー被害者が裁判所に会社の不当な利益を要求するモデルとして役立つ<sup>321)</sup>。その理由は、金銭的利益以外の理由のためになされた約束を含む契約に関しては、その約束目的が金銭と関係しないため、期待利益賠償は、不十分になるためである。具体的には、被害者は、彼らの情報をプライベートのままにする約束が金銭的に彼らに利益を与えると期待しておらず(単純に放っておいてもらうことを期待している)、また裁判所は、賠償可能な損害として個人情報の喪失を承認することを拒絶するため、従来の契約法の救済では、これらのプライバシー約束を十分に保護することができない<sup>322)</sup>。以上の理由から、「企業にプライバシー約束を尊重するインセンティブを提供する最善の、そしておそらく唯一の方法は、彼らが許されない方法でデータを売却し、あるいはそれ以外によりデータからの利益を得るなら、彼らの利益を吐き出すこと」であるとされる<sup>323)</sup>。

次に、「違反により節約された費用の吐き出しの場面」(⑥)のうち「節約されたサービス」と呼ばれるケースは、企業が合理的なデータセキュリティ措置を採らなかったために、個人情報を漏えいされた被害者が、企業の不当な節約により得た利益を求めるためのモデルとして役立つとされる。というのも、不

---

320) *Id.* at 576.

321) *Id.* at 582.

322) *Id.* at 583 (この場面では、当該契約はすでに違反されているため、特定履行も役に立たないとも指摘する)。

323) *Id.* at 583-4.

当な節約による利益は、企業が十分なサイバーセキュリティの約束を現実に実行していたならば、費やすべきであった金銭になるからである。ここでの吐き出すべき利益は、会社がデータセキュリティに現実に費やした金額とその会社が費やすべきであったはずの金額との差額となる。なお、節約型の利益吐き出しは、損害を算定することが困難な場合のみならず、(サイバー攻撃が存在しない場合のように)損害がない場合でも利用できる点に意義がある<sup>324)</sup>。ここでの原状回復請求の根拠は、顧客データを失ったことではなく、それはデータセキュリティサービスを不当に節約している点にある<sup>325)</sup>。

ともあれ、契約違反による利益吐き出しは、従来消極的に解されていたこともあり、肯定する見解も一定の加重要件を課しているものの、個人情報漏えいの場面では、その要件は広く充足されるため、実質的な制限は少なく、広く認められることになろう。

### (iii) 小括

以上のように、チャオは、契約違反一般を理由とする利益吐き出しを正当化する近時の議論を踏まえた上で、そこでの議論を個人情報漏えいの被害者の場面にも応用することで、漏えいの被害者救済のための手段として契約関係が存在する場面においても利益吐き出しが認められると説くものである。先述のショルツの議論とも併せて考えると、個人情報の漏えいにおいて利益吐き出し救済を認めることは、被害者と漏えいした企業等の間に契約関係があるか否かを問わず、正当化されるといえる。もっとも、チャオの議論はこれにとどまらず、請求原因としても原状回復法の役割を認める。

---

324) *Id.* at 586.

325) *Ibid.* (なお、チャオは、サイバー攻撃を伴わない訴訟も理論的には可能となるが、実際に、起こることは少ないと評価している。というのも、顧客は通常、侵害が起こった後のみ、会社の不十分なデータセキュリティ慣行について認識するからである)。

### (3) 請求原因としての不当利得

次に、プライバシー約束が顧客と企業との間の契約の一部を構成しない場面について見よう。チャオは、この場面では、原状回復法が独立した請求原因を構成する、すなわち、不当利得が請求原因を構成すると説いている。

もっとも、不当利得と契約の関係をめぐっては、従来、裁判所の理解が分かれていた。そのため、以下では、両者の関係について従来の議論を確認した上で、請求原因としての不当利得の役割について確認することとする。

#### (i) 不当利得と契約の関係

不当利得と契約の関係をめぐっては、とりわけ、被害者と企業との間に契約関係があるものの、プライバシー約束が契約の一部を構成しない場合、不当利得に基づく請求は認められるか否かが問題となる<sup>326)</sup>。というのも、従来においては、有効な契約の存在が、不当利得の成立を阻止するとの理解が散見され<sup>327)</sup>、実際に、そうした理解を採用する裁判例も見られたからである<sup>328)</sup>。

しかし、チャオによれば、こうした理解は、原状回復法の誤解の産物であり<sup>329)</sup>、このような誤解が、被害者の不当利得に基づく請求を阻止してきたとされる。そして、チャオは、契約の「存在」が、不当利得を求める権利を排除するものではないと指摘して、このような「誤解」を取り除くことを試みる<sup>330)</sup>。

326) *Id.* at 587～.

327) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §2 (AM. L. INST. 2011) (「有効な契約がその範囲内の問題として当事者達の義務を定め、ある程度で、不当利得へのあらゆる調査にとって変わる」と述べる)。

328) *E.g.* *TruGreen Cos. v. Mower Bros.*, 199 P.3d 929, 933 (Utah 2009) (原状回復が「明示の合意が存在しない」ケースに制限されると判示する)。Chao ①, *supra* note 37, at 588-9.

329) Chao ①, *supra* note 37, at 587-8. *See also*, RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §2 cmt. c (AM. L. INST. 2011) (「『契約のケースにおいて不当利得は存在し得ない』という司法府の言明が、不用意に捉えられるならば、ミスリーディングになり得る。」と述べる)。

330) Chao ①, *id.* at 588. なお、チャオは、ここでの考察として救済としての原状回復法と契約法の関係を主として念頭においているようであるが、他方で請求原因としての原状回復にも妥当する書き方を示しており(例えば、デフォルトルール

その際には、不当利得をデフォルトルールとして捉えることによりこのような理解を正当化する。すなわち、契約当事者達が彼らの関係が不当利得により支配されることを望んでおらず、そして彼らの契約においてその決定を明示するとき、不当利得を求める権利は、適用されない。逆にいえば、そのような排除が明示されていない限り、不当利得は成立し得ることになる。

このような理解は、わが国の不当利得法の理解（とりわけ類型論のそれ）——不当利得法は表の法律関係に規律され、独自の価値判断をしないという理解<sup>331)</sup>——を前提とすると、理解にしにくい点があるのは否めないが、英米の不当利得法は、わが国のそれと比較して、より積極的な役割を果たすということであろう。

#### (ii) 請求原因としての原状回復法の役割

チャオは、以上の理解を踏まえた上で、契約違反の場面において原状回復法が救済を提供する役割のみならず、請求原因を提供する役割を持つことも指摘する<sup>332)</sup>。

この点につき、州によって判断が分かれているものの、プライバシー侵害を理由とする原状回復請求は、原状回復リステイトメント44条（「その他の保護された利益への侵入」）に根拠を求めることができる。同条1項は、以下のように規定する<sup>333)</sup>。すなわち、「原告の法的に保護された利益への意図的な介入により（あるいは、他人のそのような介入の結果において）利益を取得した人は、不当利得を防止するために必要なものとして原状回復に基づく責任を負う。ただし、競合する法の目的がそのような責任を不適切にする場合を除く。」。同

---

としての不当利得につき、「契約は、不当利得が通常提供する権利と救済を是認し、修正し、あるいは否定することができる。」）、便宜、ここで記述することとした。  
331) 例えば、藤原正則『不当利得法』（信山社、2002）12頁（不当利得という法制度に固有の評価基準は存在しないと指摘する）。

332) Chao ①, *supra* note 37, at 591.

333) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 44 (AM. L. INST. 2011).



条のコメントは、明確に「被告への利益が算定の影響を受けやすいならば、原告のプライバシー権の利益を生む介入は、44条に基づく請求を生む。」と述べる<sup>334)</sup>。

一例として、地元の薬局が、その顧客の処方記録を許可なしに全国の薬局に売却したとき、顧客は地元の薬局および全国の薬局に対して不当利得に基づく請求原因を有する。その際には、顧客は、地元の薬局が売却により得た利益および全国の薬局が得たあらゆる追加的な利益の双方を回復することができる<sup>335)</sup>。

このような不当利得に基づく請求は、契約関係があるものの、プライバシーポリシーが契約の一部を構成しない場面において、契約違反に基づく請求の「損害」要件の障害を回避しつつ、被害者救済の道を切り開く手法を提供するといえよう。

#### （4）手続法上の問題との関係

最後に、手続法上の問題との関係について見ていくことにしよう。チャオによれば、このような原状回復法を用いる手法は、実体法上の請求原因の問題のみならず、手続法上の問題として存在した「原告適格」の問題も回避することを可能にするとされる<sup>336)</sup>。このような理解を示すためにいくつかの点を指摘する。

第1に、先述のSpokeo事件における法廷助言者の書面およびそこで挙げられた判例から、裁判所が、原告への損害の障害にもかかわらず、不当利得請求の判決を下したと立証するのに十分に確立した判例の集合があることである<sup>337)</sup>。

第2に、原告適格の理解は求められる救済の種類に依存して異なるとする判

334) *Id.* § 44 cmt. b.

335) *Id.* § 44 cmt. b, illus. 10.

336) Chao ①, *supra* note 37, at 595 ~ . See also, Chao ②, *supra* note 37, at 14 ~ .

337) Chao ①, *id.* at 598.

例<sup>338)</sup>の考え方を指摘する。チャオは、この考え方から、填補賠償を求めるための原告適格の欠如は、原状回復請求に関する原告適格の理解に影響を及ぼすべきではないとし、原状回復のための原告適格は、原告が損害を被ったことを要求しないと指摘する<sup>339)</sup>。

第3に、近時の判決から、多くのプライバシーケースにおいて、被告の利得は確実に具体的であり、そして原告適格の連邦最高裁の基準である「事実としての損害」要件を満たすはずであるとも指摘する<sup>340)</sup>。すなわち、チャオは、企業がそれ自身のプライバシーポリシーに違反して顧客データを売却すると、その売買からの利益が会社の不法な利得を構成し、そして原告に原告適格を与えることになるはずであると説く。具体的には、第9巡回区連邦控訴裁判所は、被告であるFacebookが無断で広告主に原告らのセンシティブ情報を含むユーザーデータを売却したために、プライバシー侵害の不法行為などに基づき請求した事案において、「原告が十分に、侵害が彼らの『州制定法上およびコモンスロー上の請求』を提起するための原告適格を立証するために十分な損害を構成する州法上の権利（換言すると、不当利得）を主張した」と述べて、原告適格を認めた<sup>341)</sup>。本件では、不当利得が直接問題となったものではないが、このような分析は、個人情報漏えいの被害者に原告適格を付与する際にも応用可能であるとされる。というのも、漏えいのケースにおいては、不当利得は単純に合理的なデータセキュリティの予防措置を採らないことで企業が享受した不法な

338) *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 105 & n.6 (1983) (本判決は、求める救済手段の形式〔差止命令か金銭賠償か〕により、原告適格の有無の判断の仕方を区別する)。本判決については、大沢秀介「連邦裁判所においてエクイティ上の救済を求める当事者適格」ジュリ 819号(1984) 95頁、曾和俊文「エクイティ上の救済手段とスタンディング」判タ 535号(1984) 43頁を参照。

339) Chao ①, *supra* note 37, at 596, 598. なお、チャオは、参考判決として、*Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 572 U.S. 118(2015)を挙げる。本件において、連邦最高裁判所は、「損害賠償を回復するために十分な確実性を持ってその損失を定量化すること」ができないとしても、原告が、被告の利益の吐き出しを求めるために原告適格を有すると判示し、利益吐き出しを求める請求のための原告適格は、原告へのあらゆる損害を要求しないことを示唆した。

340) Chao ①, *id.* at 598; Chao ②, *supra* note 37, at 8.

341) *In re Facebook, Inc. Internet Tracking Litig.*, 956 F3d 589 (9th Cir. 2020).

節約による利益になるからである<sup>342)</sup>。

## （5）問題点

もっとも、このようなチャオの見解にも何ら問題がないわけではない。チャオ自身もその点を認識しており、いくつかの問題点を検討している<sup>343)</sup>。以下では、契約関係がある場面固有の問題と契約関係の有無に関係しない問題に分けて、順に見ていくことにしよう。

### （i）契約関係がある場面固有の問題

#### ①原状回復法の適用を排除する条項

第1に、チャオのように契約がある場面において原状回復法が適用されるとしても、企業が契約でそれを排除する条項を入れる可能性があるという点である<sup>344)</sup>。というのも、チャオの理解によれば、原状回復法は、デフォルトルールであり、当事者の合意により、その適用を排除することができるためである。もっとも、こうした原状回復法の適用を排除する条項が認められるか否かは現段階では不明である。この点につき、チャオは、以下の理由から一定の限界を指摘する。

まず、確かに、免責を認める可能性を示唆する判決<sup>345)</sup>はあるものの、同事件においては、顧客の主たる関心が個人情報の保護ではなく、サービスの利用にあった。これに対し、顧客は、銀行、医療提供者、そして特にセンシティブな情報を預かる企業に対してはより高いプライバシー保護を期待するであろう。そのため、中核事業の一部が個人情報自体を保護することを目的とする産

342) Chao ①, *supra* note 37, at 599.

343) Chao ①, *id.* at 600 ~ .

344) *Id.* at 602.

345) *In re Sony Gaming Networks & Customer Data Sec. Breach Litig.*, 996 F. 2d 942 (S.D. Cal. 2014). 本件は、ソニーのプレイステーションのプレイヤーの顧客情報（名前・住所などのほか、クレジットカード情報を含む）がハッカーの攻撃により漏えいした事案である。

業の場合には、このような免責が認められない可能性を指摘する<sup>346)</sup>。

次に、企業が債務から免責される能力への限界も指摘する。この点で、類例としての過失免責条項の有効性についての限界が参照される。すなわち、アメリカでは多くの州が重過失を免責する規定について無効とし、また一部の州は過失免責条項すら認めていない。そして制定法上の債務を免れる契約条項の執行も認めていない。これらの状況を踏まえて、チャオは、「この理論の将来は、迂回して契約され得ないその他の『違法行為』を発見するプライバシー被害者の能力に依存し得る」と指摘する<sup>347)</sup>。

## ②節約型の利益吐き出しの問題

第2に、契約関係がある場面において節約型の利益吐き出しを認めることをめぐる問題がある<sup>348)</sup>。より具体的には、以下の2つの問題に分けることができる。

まず、節約型の利益吐き出しが認められることについて、実務上安定していないという点である。というのも、従来、否定裁判例が散見されたからである<sup>349)</sup>。これに対し、チャオは、原状回復リステイトメント39条を各裁判所が受け入れたらならば、利益吐き出しを破棄されたプライバシー約束に適用するとの考え方は、異論の余地がないはずであると指摘する<sup>350)</sup>。もっとも、リステイトメントは裁判所を拘束するものではないことを踏まえると、こうした認識

346) Chao ①, *supra* note 37, at 603.

347) Chao ①, *id.* at 603.

348) 節約型については、Daniel Friedmann, *Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong*, 80 COLUM. L. REV. 504, 524 (1980) ; E. Allan Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 YALE L. J. 1339, 1384~(1985) を参照。

349) *E.g.* City of New Orleans v. Firemen's Charitable Ass'n, 9 So. 486, 488 (La. 1891). 本件は、原告(市)と被告(消防団)との間で締結された消防サービスの提供契約において定められた取決め(人数、ホースの種類等)に違反して、被告がその内容を提供していないことが後に発覚したが、消防活動は問題なく行われていたため、原告に損害は生じていなかった事案である。裁判所は、現実の損害がなかったことを理由に、原告のあらゆる回復を否定した。

350) Chao ①, *supra* note 37, at 586.

は若干楽観的過ぎるようにも思われる。

次に、節約型の吐き出しが受け入れられたとしても、裁判所の判断能力という点からの問題もある。すなわち、裁判所が本当に、企業がサイバーセキュリティ約束を破り、そして「十分な」または「合理的な」データセキュリティを提供しなかったか否かを決定することができるのかという点である<sup>351)</sup>。チャオによれば、アメリカ合衆国は、既に実務が合理的なデータセキュリティを構成し、あるいは構成しない共通の理解を発展させており、裁判所は、企業がこれらの基準を違反したか否かを決定するためにこれらの基準を適用することができるはずであるとする。この点、他の場面で裁判官は過失不法行為において安全予防措置が合理的であるか否かの判断を求められることを踏まえると、法は、データセキュリティに関する決定を同様に扱うべきであるとする<sup>352)</sup>。

#### (ii) 契約関係の有無を問わず問題となる点

第3に、吐き出す利益を算定する際に直面する問題（とくに、因果関係上の問題）がある<sup>353)</sup>。個人情報漏えい場面において原状回復法の利用を認めると、裁判所は、厳密にどれくらいの金銭を吐き出すかを決定しなければならない。この問題につき、チャオは、裁判所が利益を算定する際に直面する課題として、漏えい者が不法な行為を犯していなかったならば、獲得した金銭がいくらであったかを決定する作業であると指摘する。この作業は、吐き出される利益の額が、漏えい者が不法な行為からあげた金銭に根拠づけられるために、必要となるものである。

そうすると、裁判所は、吐き出すべき利益から不法な行為がない場合に漏えい者が稼いだであろう金銭——これは漏えい者自身の行為により生じた利益である——を控除する必要がある。しかし、このような利益の確定作業

351) Chao ①, *id.* at 586.

352) *Id.* at 587.

353) *Id.* at 603～. 利益吐き出しの場面における因果関係の問題は、要件のレベルと効果のレベルの双方で問題となり得るが、チャオは後者のレベルでの問題を検討している。

は、非常に困難になる<sup>354)</sup>。というのも、漏えい者が違法な行為に携わらなかった場合にどのように行動したかを考える際に、多数の選択可能な「反対事実 (counterfactuals)」があるからである。

この点を明らかにするために、チャオは、企業が顧客の位置情報および購入履歴を売却する状況を念頭に置いた上で検討する<sup>355)</sup>。なお、その際には、顧客の位置情報を売却することは不法となる（というのも、そのような行為は、おそらく、プライバシーポリシーや制定法に違反するから）が、顧客の購入履歴を売却することは認められると仮定している。このような場合に、少なくとも以下の2つの潜在的な反対事実があるとされる<sup>356)</sup>。

第1は、企業はあらゆる顧客情報を売却しなかったかもしれないという反対事実である。この場合、裁判所は、売買からのすべての利益を吐き出させることができる。もっとも、費用の控除や利益の配分は認められる<sup>357)</sup>。それゆえに、裁判所は、どれくらいの利益が位置情報に帰することができるかを評価することを求め、そしてその額を付与することのみできる。金額を決定する際の考慮事情としては、「公正さ」<sup>358)</sup>や裁判所が違法行為を抑止し、そして「取引からの利得」（それは、違法行為と原告がその違法行為がなければ稼いだかもしれない富の双方に帰すべき富を意味する）を付与しない必要性などが挙げられる<sup>359)</sup>。

第2は、企業が、その売買を認めるために、プライバシーポリシーを変更し、

---

354) *Id.* at 604.

355) なお、Chao ②, *supra* note 37, at 19 は、利益吐き出しとして問題となるもう一つの類型、すなわち、合理的なセキュリティ措置を採らないことにより節約した利益の算定の困難性も指摘する。もっとも、この場面では、チャオは、利益自体の算定の仕方を提案するのではなく、算定の困難性を理由に、——著作権法などの制定法において導入されているように——法定損害賠償の導入を提案する (at 20)。なお、不当利得は当事者適格の付与を承認するのに役立つまでである。

356) Chao ①, *supra* note 37, at 604-5.

357) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 51 (5) (AM. L. INST. 2011).

358) *Id.* at § 51 (5).

359) Mark P. Gergen, *Causation in Disgorgement*, 92 B. U. L. R. 827, 850 (2012).

そして顧客もそれに同意したであろうことを証明しようとするかもしれないという反対事実である。この場合、企業がその約束を破らなかつたならば、同額の金銭を厳密に稼いでいたであろうから、被告である企業は合理的に吐き出すべき利益がないと主張することが可能となる。

問題は、これら2つの反対事実のうちいずれを用いるかという点である。1つの考え方は、不法な行為がなければ大部分起こったであろうことを証明することができたものを用いるとするものである。しかし、このような考え方は、裁判所が実際に行っていることではないとの批判がなされている<sup>360)</sup>。すなわち、裁判所は違法行為者の行為が、「結果として生じた種類の損害を引き起こす強い傾向があるために、不法とみなされる」とき、違法行為者に不利に因果関係の不確実性を解決する<sup>361)</sup>。このような理解によれば、裁判所は、第2の反対事実を無視し、第1の反対事実を利用すべきことになる。

## (6) 小括

ここでの考察からは、以下の点が明らかになったといえよう。

第1に、チャオは、ショルツの問題意識を引き継ぎつつ、個人情報漏えいの被害者と企業との間に契約関係がある場合であっても、「損害」要件を回避するために、原状回復法による保護を説いていることである。チャオは、議論を進める際には、プライバシー約束が契約の一部を構成するか（契約としての拘束力を持つか）否かで区別し、構成する場合には、原状回復法は、契約違反による救済として利益吐き出しを提供する役割を持ち、また構成しない場合には、同法は、救済のみならず、請求原因を提供する役割をも持つと指摘している点である。さらに、チャオは、こうした原状回復法による保護が原告適格との関係でも妥当すると解している。

第2に、チャオは、原状回復法が救済手段としての利益吐き出しを提供する場面において、利益吐き出しを正当化する議論として、効率性論や信義誠実論

360) Gergen, *supra* note 359, at 840.

361) Liriano v. Hobart Corp., 170 F.3d 264, 271 (2d Cir. 1999).

に求めているということである。具体的には、チャオは、契約違反一般を理由とする利益吐き出しの根拠について、アイゼンバーグや原状回復リステイトメントの見解を参照し、効率性論や信義誠実論に求めた上で、そうした議論を個人情報漏えいの場面に応用することを試みている。これに対し、請求原因については、契約関係がある場合でも不当利得に基づく請求が認められることにつき、不当利得がデフォルトルールであるとする点にその根拠を求める。

第3に、チャオの見解にもいくつかの問題は残されているということである。それは、契約関係が存在する場合に固有の問題と存否を問わない問題に大別される。具体的には、前者については、①契約により不当利得の請求を排除する条項を入れる可能性と②契約関係がある場面において節約型の利益吐き出しを認めることをめぐる問題があり、また後者については、ショルツと同様に③利益の算定問題（ただし、因果関係を問題としている点では異なる）である。

## VI 結語——若干の検討

本稿は、個人情報漏えいの被害者保護をめぐる議論について、従来の日米の対照的な状況を踏まえて、漏えい者が得た利益に着目しつつ、原状回復法を用いて被害者保護を図ろうとする近時のアメリカの学説であるショルツとチャオの議論を取り上げ、そこでの議論から、わが国においてこの問題を考える際の示唆を得ることを目指したものであった。最後に、両者の議論を整理した上で、わが国の議論への示唆を得ることにしたい。

### (1) 議論の整理

まず、ショルツとチャオの議論の共通点を整理しつつ、若干のコメントを加える。

#### (i) 原状回復法による被害者保護の必要性

第1に、両者の議論は、個人情報漏えいの場面において、被害者に民事法上



の保護を与えることができ、また与えるべきであるとする考え方で共通しているといえる。

先述したように、従来、個人情報漏えいの場面において、アメリカの裁判所が、被害者に損害賠償による救済を認めることに消極的であった。その理由としては、先述のように、個人情報の保護については公的機関（とりわけ、FTC）に委ねられれば足りるとする理解に加えて、個人情報漏えいは今日避けることはできないため企業にすべての責任を負わせることには限界があるとの理解<sup>362)</sup>などが挙げられる。

これに対し、両者の議論は、原状回復法に依拠しつつ、民事法上の保護を個人情報漏えいの被害者に与えることの必要性があることを説いているといえる。その際には、公的機関による保護（公的執行）のみでは不十分であることや公的執行を補充する役割として私人による権利行使（私的執行）を認める必要性やそれを認めることの固有の意味（特に、プライバシーの尊厳的性格を承認する点）を強調している点が注目される。私人により法を実現しようとする発想<sup>362-2)</sup>はアメリカ法の様々な領域で散見されるところであるが、プライバシーをめぐっても同様の発想が見られるといえよう。

もっとも、このように私的執行による保護が必要であるとしても、当然に原状回復法により保護すべきことにはならない。というのも、「損害」要件を拡張する形での保護をすれば足りる（あるいはそれこそが望ましい）とする理解もあり得るからである。そこで次にこの点について確認する。

## (ii) 原状回復法による被害者保護の望ましさ

第2に、両者の議論は、原状回復法による救済を認めることが、個人情報漏えいの被害者保護にとって望ましい手段であると説いている点でも共通する。

---

362) Charles Rust, *Against The Wind: Have We Accepted Data Breach as An Inevitability?*, 43 N. KY. L. REV. 87, 103 (2016).

362-2) こうした発想については、田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987）（初出、1972）を参照。

すなわち、両者の議論は、従来のプライバシー研究においては十分に考慮されてこなかった、《プライバシー権の保護にとって望ましい救済とは何か》という問題意識から、個人情報の漏えいの被害者の保護が、原状回復法によるものであることを示すことを試みているといえる<sup>363)</sup>。具体的には、両者の議論は、個人情報漏えいの問題として、①被害者と契約関係のない企業（データブローカー）が無断で個人データを収集・利用することで利益を得る場面、被害者と契約関係のある企業が、②プライバシーポリシーに反して預かった個人データを使用・処分して利益を得る場面、あるいは③セキュリティポリシーに反して求められているセキュリティ措置を採らずに費用を節約することにより利益を得る場面を念頭に置いている。これらのうち①および②の場面においては、企業が個人情報の使用・処分から得た利益の吐き出しを認めることは、個人情報の無断利用を阻止する有効な手段となるであろう。というのも、利益吐き出しが認められると、侵害者は侵害行為から得た利益を吐き出すことが求められ、利益を得るために行った行為（の多く）が無駄になりかねないため、個人データを使用したい企業は、情報の主体の事前の同意を得てから行動することになり得るからである。また③の場面においては、現実の漏えいが生じた段階はもちろんのこと、現実の漏えいが生じていない段階においても、理論的には利益吐き出しによる救済が被害者に認められることになる。

もっとも、こうした救済は、個人情報漏えいの被害者を保護の手段として有効といえるかといえ、いくつかの懸念すべき点があるように思われる。以下ではこの点につき確認しよう。

一方で、③の節約された利益の吐き出しについては、それを認めたとしても、

---

363) こうした問題意識は、ショルツの見解において顕著である。これに対し、チャオの見解では必ずしも明確に述べられているわけではないが、ショルツの議論を踏まえつつ、その適用場面を拡張していることや従来、権利と救済の関係について最も意識的に議論されてきた契約違反による利益吐き出し救済の問題を論じている点（*E.g.* L. L. Fuller & William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages: I&2*, 46 *YALE L.J.* 52, 373 (1936-1937). *See also*, Dagan, *supra* note 225, at 1 n.1.) を踏まえると、同様の問題意識は当然にあると解してもよいであろう。

企業が十分なセキュリティ措置を採るインセンティブとなるかという点である。この点につき、チャオは、先述したように、アイゼンバーグの議論を参照しつつ、節約された利益の吐き出しは、データセキュリティのための適切なインセンティブを企業に提供すると解している。しかし、本当にこの救済を認めれば、企業が漏えい対策を十分に行うことになるのかは疑問の余地がある。というのも、データセキュリティ違反は、漏えいが起こった場合に初めて発覚するため、漏えいが起こらない（あるいは起こった場合には節約した利益を吐き出せばよい）と考える企業は、求められるセキュリティ措置を採らないで、一か八かに賭ける可能性があるからである<sup>364</sup>。こうした問題が生じる原因としては、利益吐き出しに関する上記の議論は、一定の前提——具体的には、侵害行為が常に発見され、被害者が提訴し、そして加害者の責任が認定されるという前提——の下で論じられているが、そうした前提が妥当しない場面がある（むしろ通常である）からである。もちろん、こうした問題を考慮して、漏えいが発見されない確率を加味して、吐き出し額を調整するという手段はあり得るかもしれないが<sup>365</sup>、発覚しない確率がどの程度となるかを正確に算定できるかという問題は残るであろう。そのため、データセキュリティとの関係では、節約された利益の吐き出しだけでは不十分であり、「損害」に着目する議論（不法行為に基づく損害賠償や契約違反に基づく損害賠償等）を別途認める必要性はいまだ残されていると思われる。もちろん、チャオは、後者の議論が不要と説いているわけではないので、その意味で両者の併存を認めても、チャオの考えと矛盾するものではないであろう。

他方で、①②の使用・処分により得た利益の吐き出しについては、個人情報

---

364) この点は、牧佐智代教授（北海道大学）より、研究会の場でご指摘頂いた。記して謝意を表したい。

365) 学説の中には、——必ずしも個人情報漏えいの場面ではなく、その他の利益吐き出しの場面を念頭に置くものでもあるものの——懲罰的損害賠償の文脈における議論を参照して、利益吐き出しの議論にも応用し、責任が認定されない確率を考慮して吐き出す利益の額を調整するという手法を説く見解が少数ながら説かれている（例えば、Daniel B. Kelly, *Deterrence and Disgorgement in Trust Fiduciary Law*, (2017) SSRN Working Paper, 1, 35 は、懲罰的吐き出しを説いている）。

を取り扱う企業に過大な負担を課す可能性がある。というのも、アメリカではデータブローカーが飛躍して大きなビジネス産業として発達しており、利益吐き出しを認めると、企業は巨額の利益を吐き出す責任を負わされる可能性があるからである<sup>366)</sup>。こうした負担は、情報の利用に対して大きな制約を課すことになりかねない。もっとも、この点は、従来の利益吐き出しの議論における取扱いを踏まえると、一定程度緩和する余地はあるかもしれない。すなわち、従来の様々な場面における利益吐き出しの多くの判例においては、取得に要した費用の控除が認められており、また利益を取得する際に侵害者の権利や労力などが用いられている場合には、侵害者への利益の配分（あるいは手当の付与）の形で考慮されることがあるからである（ただし、侵害者の主観的事情などにより否定されることもあり、必ず考慮されるというわけではない<sup>367)</sup>）。そのため、こうした利益吐き出しが認められるといっても、吐き出される利益は、企業が得た全ての利益ではなく、一定の範囲の利益に限定されることになり、情報の利用に配慮しているといえるかもしれない。もちろん、今日の個人情報の利活用自体を問題視する立場<sup>368)</sup>もあり、そうした立場からすれば、こうした配慮は不要であり、利益吐き出しは広く認められるべきことになろう。

(iii) 近時のプライバシー概念の多元論への応答

第3に、両者の議論は、近時のプライバシー概念の多元的理解に救済の側から応答しているという点でも共通する。

すなわち、伝統的なプライバシーは、「知られたくないものを公開されない」利益として理解されていたものの、このような捉え方によっては、近時のAI

366) 例えば、城田・前掲書注(40)40頁は、主要なデータブローカー企業であるアクシオムは、8000社以上の企業を顧客に抱え、2013年の売上は約11億ドルに上ると指摘する。

367) この点は、拙稿「『利益吐き出し』原状回復救済に関する理論的考察(7)——ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として」北法74巻4=5=6号(2024, 近刊)で考察を加えた。詳細はそちらに譲る。

368) 例えば、カリッサ・ヴェリツ著(平田光美=平田総一郎訳)『プライバシーこそ力』(花伝社, 2023)は、データ経済社会の在り方に対して懐疑的である。

時代における個人データの問題を正確に理解することは難しいとされる。というのも、個人データが経済活動に利用されるとき、宝の山のような個人データは、相手方の企業には、はじめから「見えて」いる行動の履歴だからである<sup>369)</sup>。しかし、観察すれば見える部分の情報を収集しているだけであれば、プライバシーの問題は生じないという理解には疑問が提起されている。というのも、近時のプロファイリング技術の発展は、見えている情報を収集し、分析する中から、見えていない部分、知られたくない情報を浮かびあがらせることを可能にしているからである。そのため、AI時代においては、情報（データ）の収集と公開の問題だけでは不十分であり、情報の使い方に一定の制約を課すことも必要となってくる<sup>370)</sup>。このような観点から、近時のプライバシーの議論の中には、情報の収集の場面のみならず、情報処理の場面にも念頭に置いて定義する見解が登場している<sup>371)</sup>。とりわけ、後者の場面においては、非セキュリティ状態や使用・処分（二次利用）の場面におけるプライバシー侵害が問題となっている。

このようなプライバシーに関する権利論の展開の中で、ショルツやチャオの議論は、不十分なサイバーセキュリティや二次利用による利益を問題視して、それを吐き出させる形で被害者保護を図っているといえ、まさにこのような情報処理の場面におけるプライバシー権侵害にとっての望ましい救済を提案するものであり、救済の側からこうした権利論に応答するものであると評することができるのではないと思われる。もっとも、権利と救済は、相互に影響を及ぼすものであるとの他の文脈における理解<sup>372)</sup>を前提とすれば、本来こうした応答は、もっと早くなされて然るべきであったが、プライバシー領域は、権利と救

369) 小塚莊一郎『AIの時代と法』（岩波書店，2019）74頁。

370) 小塚・前掲書注（369）78頁。

371) *E.g.* Solove, *supra* note 78, at 504 ~ .

372) *See*, Caprice L. Roberts, *Disgorging Emoluments*, 103 MARQ. L. REV. 1, 19 (2019)（「実体的権利は救済手段を形成し、そして救済手段はやがて権利を形成する。」と指摘した上で、利益吐き出しの救済との関係で後者の理解を示す）。なお、英米法における権利と救済の関係については、樋口範雄「英米法から見た『物権』と『債権』」ジュリ1229号（2002）77頁、特に81頁以下も参照。

済の関係を意識的に議論されることが少なかったため、そうなっていなかった。

## (2) わが国の議論への示唆

次に、シオルツやチャオの原状回復法を用いる議論がわが国の議論へいかなる示唆をもたらすかについて言及する。既に述べたように、わが国では「損害」要件の障害は、皆無とはいえないが、ベネッセ個人情報漏えい事件の最高裁の立場を踏まえると、少ないとはいえ、「損害」要件を回避するために、不当利得法を迂回手段として認めるといった形での議論をする実益はあるとはいえない。そもそも、英米法と大陸法という法体系の違いもあり、ここでの原状回復法の議論がわが国の不当利得法の問題といえるかも疑問があろう。しかしながら、こうした法体系の相違を超えて、アメリカの両者の議論は、プライバシーに関する問題を今後考える際の示唆をいくつか与えてくれるように思われる。以下では、そのような観点から考察することにした。

### (i) 価値判断のレベル

第1は、価値判断のレベルでの示唆である。すなわち、シオルツやチャオの議論は、わが国における個人情報漏えいの場面における被害者保護（あるいはプライバシーの保護）に関して私人に権利を与えるべきである。その際には、個人情報漏えいにおいて情報主体に私的執行を認めることは、プライバシーの尊厳的価値を承認する上で不可欠である点が強調されていた。

翻って考えると、わが国では、個人情報漏えいを理由に具体的な損害が生じる前の段階で不法行為に基づく損害賠償請求権が広く認められる傾向があることは既に見た通りである。このようなわが国の立場は、プライバシーの保護のために私人に何らかの訴権を与えているものといえる。そしてこうした立場は、上記の見解を踏まえると、望ましいといえる側面もある。というのも、データ駆動社会においては、我々は、様々なサービスの利用をするために、企業にとって大きな利益を生む個人情報を無償で提供することにより、自ら進んでプライバシーを放棄し、それに疑問を抱かなくなりつつある中で、私的執行を認める

ことは、プライバシーの尊厳的価値を取り戻すことに資するからである<sup>373)</sup>。そして、こうした私人に損害賠償請求権を認めることの必要性は、個人情報保護委員会のエンフォースメント権限が強化されようとも<sup>374)</sup>、変わらないであろう。もちろん、現在の実務における賠償額が規模として適切か否か（例えば、わが国においては慰籍料の額は少ないものの、漏えいの規模が大きいために、企業の経営に大きなダメージを与えることが問題視されている<sup>375)</sup>）は、今後も検討を要する。

## （ii）救済手段の多様化・充実化

第2は、プライバシー侵害の救済手段の多様化・充実化という点での示唆で

373) もちろん、個人情報が完全に個人の所有物であるとすれば、自分のものをどのように処分するかはその者の自由といえるかもしれない。しかし、個人情報は、個人所有の財産と同一ではなく、他人のものでもあるとの指摘もなされており（ヴェリツ・前掲書注（368）97頁以下を参照）、自由な処分は当然に認められるものとはいえない。

374) この点につき、寺田麻佑「個人上保護委員会によるエンフォースメントの強化と海外協力」ジュリ1551号（2020）48頁、特に51頁以下参照。

375) こうし懸念は、令和4年改正で、従来、消費者裁判手続法の対象から除外されていた精神的損害が一定の場合に、対象に含まれることになったため、より顕在化しているといえよう。すなわち、被害者が消費者である場合には、特定適格消費者団体による訴えの提起の可能となった以降も、請求できる損害は消費者契約の目的となった物または権利の損傷または滅失、役務の対象となった財産の訴訟または滅失に限られ、拡大損害、逸失利益、人身損害、精神的損害は除外されていた（消費者裁判手続特例法3条2項）ため、ベネッセ事件のような個人情報漏えいの場面において用いることは困難であった。しかし、上記改正は、①その額の算定の基礎となる主要な事実関係が相当多数の消費者について共通するものであり、かつ、② i）現行法上対象となる損害に係る請求（財産的請求）と併せて請求されるものか、ii）事業者の故意によって生じたもののいずれかに該当する場合につき、消費者裁判手続法の対象とすることを認めた（改正同法3条2項6号〔令和5年10月1日施行〕）。立法担当者の解説では、「故意に本人の同意なくその個人情報をいわゆるカモリストとして名簿屋に売却されたような事案においては、慰謝料が考えられる」との指摘がなされており（伊吹健人「消費者裁判手続特例法改正の概要」国民生活（ウェブ版）119号（2022）4頁、5頁を参照）、今後は、本稿において取り上げた個人情報漏えいの場面においても、こうした訴訟形態が用いられることも十分に考えられる。なお、集団的被害回復手続一般については、さしあたり、町村泰貴「集団的被害回復手続」中田邦博＝鹿野菜穂子編『基本講義消費者法（第5版）』（日本評論社、2022）423頁以下を参照。

ある。すなわち、シオルツやチャオの議論は、個人情報漏えいの被害者の救済手段として、被害者の損害に着目した金銭救済とは別に、加害者が得た（積極または消極の）利益に着目した金銭救済（原状回復救済）を提案するものである。こうした議論は、救済問題がプライバシーの議論の中で従来それほど重視されてこなかった中において、プライバシーの保護にとって望ましい救済とは何かという問題意識を明示化させつつ、利益吐き出し救済をその候補として提案することを通じて、プライバシー侵害の救済手段を充実化・多様化させることを試みるものであった。

こうした救済手段の充実化・多様化は、わが国においても同様に考えるべき点があると思われる。すなわち、従来のわが国におけるプライバシー侵害を理由とする救済としては、差止命令と損害賠償（慰謝料）のみが念頭に置かれたのに対し、加害者が得た（積極または消極の）利益の吐き出し（あるいは利益を参照した損害賠償）が提案されることは、（マスメディアによるプライバシー侵害などの場面における一部の見解を除けば<sup>376)</sup>）周縁化されてきた。もちろん、現状においてわが国では、個人情報の取引は名簿屋などによるものにとどまり、取引規模も大きくなく、アメリカにおけるようにデータブローカー産業が確立するには至っていない<sup>377)</sup>。そのため、こうした利益に基づく救済を認めたからといって、認められる吐き出しの額は大きくなく、損害賠償を認める方がいまだ威力はあるといえるかもしれない。しかし、データ駆動社会の進歩に伴い、

---

376) 例えば、マスメディアによるプライバシー侵害による損害賠償につき、侵害者が得た利益を考慮する見解として、窪田充見「人格権侵害と損害賠償——人格的利益の侵害を契機とする民法705条についてのスケッチ」民商116巻4=5号(1997)54頁以下のほか、仮屋篤子「マス・メディアによるプライバシー侵害とその私法的救済についての一考察(1)(2・完)」明治大学大学院法学研究論集9号(1998)177頁、10号(1999)152頁(救済手段として、損害賠償(慰謝料)の高額化のために、侵害者が得た利益を考慮する方法を指摘する)、石井智弥「人格権侵害に対する損害賠償の史的考察——損害賠償法の二元化」茨城大学政経学会雑誌78号(2008)129頁、特に134頁(非財産的損害賠償の新たな考え方の一つとして侵害行為の抑止という点から利益吐き出しを説く)など。

377) 城田・前掲書注(40)40頁は、日本の名簿屋が、社員数名の零細企業のイメージが強いと指摘する。



個人情報には大きな金銭価値を持ち、市場において商品として取引の対象として発展していくこと、そしてわが国においてもアメリカのような産業が確立されていくことは起こり得ない事態とはいえないであろう。そうした事態が起こる前に、こうした利益に基づく救済を選択肢として用意しておくことは、プライバシーの保護のためにも必要のように思われる。

### (iii) 救済手段から権利論一般へ

第3は、救済手段から権利論一般への示唆である<sup>378)</sup>。すなわち、ショルツおよびチャオの議論は、個人情報漏えいの被害者の保護にとって望ましい救済とはどのようなものかという視点から考察を加えており、そしてこうした議論は、救済手段によって保護される権利（プライバシー権）の理解に対しても一定の示唆を与えてくれることについては既に述べた通りである。このような視角から、利益吐き出しの救済のうち、個人情報の無断による使用・処分により得た利益の吐き出しを認めることが、情報に対していかなる権利をその主体に与えることになるかについても少し述べておきたい。

ところで、本稿が目した個人情報の無断による使用・処分による利益吐き出しの特徴としては以下の2点が挙げられる。

第1に、利益吐き出しは、あくまで金銭救済であり、特定履行である差止命令とは異なるということである。すなわち、情報主体は、自己の情報に対して排他的な支配権を有するわけではない。そのため、利益吐き出しが認められるからといっても、情報主体は他者（データブローカーなど）が自己の情報を承諾なく利用する行為自体を差し止める（拒否する）権利が認められるわけでは

378) 英米法の議論を参照しつつ、救済が権利を形成するとの視点については、拙稿「文化財の譲渡可能性の理論的考察——近時のアメリカ法学の議論を端緒に」松久三四彦先生古稀記念『時効・民事法制度の新展開』（信山社、2022）767頁、特に788頁以下でも若干述べたが、このような発想は、Fuller & Perdue, *supra* note 363に見られる。そこでは、救済として信頼利益賠償が説かれ、そこから契約法において信頼が保護に値する権利であることが導かれた。また、こうした手法を所有法にまで拡張し、所有理論の多元化を説く見解も見られる（Dagan, *supra* note 225）。こうした手法は、プライバシーとの関係でも応用することができるであろう。

ない。こうした取扱いは、そもそも公共財である情報が、特許や著作権などのように特別法で保護されない限り、排他的支配権を認められないことからしても理解し得るであろう。しかし、排他的支配権が認められるか否かという問題と利益吐き出しが認められるか否かという問題は、必ずしも同一ではないということである。

第2に、利益吐き出しが認められるといっても、侵害者が他者の個人情報を承諾なしに利用して得た利益全てが吐き出しの対象となるわけではないということである。というのも、利益の取得には侵害者の資材や労力が加わっていることが多く（とりわけ、データを利活用する企業は、データを収集し、複数のソースから集められたデータを統合した上で、解析して有益な結論を出すため、そのためには大がかりなシステムが必要となることを踏まえるとそうであろう<sup>379)</sup>）、こうした侵害者の貢献という事情は利益の配分などにより考慮され、侵害者の下にも一定の利益が残ることになるからである。

そのため、こうした救済により保護されるプライバシー権は、究極的には、利益の分配を求める権利として性格づけられることになるといえよう。つまり、情報主体は、自己に由来する情報から生じた利益の分け前を企業等に求める権利を有することになるであろう。こうした理解は、すでに別の観点からも指摘されている。すなわち、データの利活用が急速に進む現代において、EUは、2016年に一般データ保護規則を制定し、2018年に施行したが、その制定の背後には、かつての「資源ナショナリズム」の問題と同様の問題が現在のデータ経済社会において生じているのではないかとの指摘がなされている<sup>380)</sup>。つまり、かつて天然資源の採掘をめぐり、その埋蔵国（発展途上国）と採掘・商品化する国（先進国）が分かれた結果、利益の分配が後者に偏りすぎて、前者に少なすぎるとして、埋蔵国の権利を認める動きが国際的に広がったが、データ経済においては、EU域内の5億人に達する消費者が、そのデータを利活用して巨額の収益を上げるプラットフォーム企業に対して自己のデータに対する権

379) 小塚・前掲書注(369)99頁参照。

380) 小塚・同上83-4頁参照。

利の承認を求めているといえる。そしてここで問題となっている情報主体の権利は、排他的支配権という意味でのそれではなく、「利益の分配」要求としての意味であるとされる<sup>381)</sup>。本稿が取り上げた利益吐き出し救済の議論は、こうした権利の理解と軌を一にするように思われる。

もちろん、こうした取扱いは、プライバシー権の保護として十分といえるのかは疑問がないわけではない。しかしながら、強すぎればよいというわけでもない。というのも、情報に関する法制度の目的は、「情報の利用を促進し、それを通じて、関連産業を振興するとともに、社会を豊かにすること」にあり、その際には、情報の所有者の利益と利用者の利益はいずれも重要であるが、利益の主張が強すぎると、上記の目的（情報利用の促進）と矛盾することになりかねないため、その適切なバランスを図ることが肝要となるからである<sup>382)</sup>。このような観点から見ると、利益分配としての保護は、前者に過剰な保護を与えないための手法と見ることができよう。また、常に利益分配に留まるとも限られない。というのも、侵害者の貢献は、利益の配分として考慮されるといっても、例外がないわけではなく、考慮されないこともあり得るからである（例えば、利益吐き出しに関する一般的な議論の中では、利益の配分が否定される事情として、侵害者の主観的事情〔悪意の場合。ただし、反対する立場もある〕や貢献の不道徳性〔詐欺など違法な手段を用いる〕などが挙げられる）。こうした考慮がされない場合には、利益吐き出しは、単なる利益の分け前の要求にとどまらないより強力なものになり得る。そのため、利用する企業は、利益吐き出し救済が認められることを前提に、情報主体に一定の配慮を示しつつ、利用活動を行うことが促されることになるといえよう。

---

381) 小塚・同上 84 頁参照（収益の源泉に対する「権利」の主張、つまり実施的には分配の要求であると指摘する）。ただし、小塚は、一人ひとりの「データ主体」に分配される利益はわずかにすぎないとして、その権利を「データ主体」の利益へと具体化するための仕掛け（データの利用に同意すれば、ユーザーとして受けられるサービスの条件が有利になるという仕組み）を構築していくことを目指すものである。

382) 小塚・同上 110 頁以下参照。

\*\*\* \*\*

以上が、アメリカの原状回復法を用いて個人情報漏えいの被害者の保護を図るとする議論の概要である。もちろん、こうした議論は、アメリカにおいても漸く議論の緒についたばかりであり、今後こうした動きが彼地の実務（判例）において確立され、真の意味で「新たな動き」となるかは定かではない。しかしながら、こうした原状回復法による保護をめぐる議論はプライバシーの保護にとって無意味とはいえず、またわが国のプライバシーの問題を検討する際にも一定の示唆を与えてくれると思われる。今後の動向を注視したい。

〔付記1〕本論文の草稿段階において、橘雄介准教授（情報法・知的所有法、福岡工業大学）から有益なコメントを頂いた。また北大民事法研究会（令和5年11月24日開催）において報告の機会を得た。とりわけ、参加頂き、発言をしていただいた方々にはお礼を申し上げます。

〔付記2〕本稿は、科学研究費補助金（若手研究）（研究課題19K13552および22K13307）の成果の一部である。