

東邦大学学術リポジトリ

Toho University Academic Repository

タイトル	検索事業者に対する削除請求をめぐる一考察：ドイツにおける裁判例の展開を中心に
別タイトル	Eine Überlegung über den Lösungsanspruch gegen Suchmaschinenbetreiber Nachdenken über die Entscheidungen der Gerichtshöfe in Deutschland"
作成者（著者）	高橋, 和広
公開者	東邦大学
発行日	2020.02.21
ISSN	03877566
掲載情報	東邦大学教養紀要. 51. p.27 58.
資料種別	紀要論文
内容記述	論文
著者版フラグ	publisher
JaLCDOI	info:doi/10.14994/toho.liberal.arts.rev.51.27
メタデータのURL	https://mylibrary.toho-u.ac.jp/webopac/TD30417288

検索事業者に対する削除請求をめぐる一考察

— ドイツにおける裁判例の展開を中心に —

高橋 和 広*

Eine Überlegung über den Löschungsanspruch gegen Suchmaschinenbetreiber
“Nachdenken über die Entscheidungen der Gerichtshöfe in Deutschland”

Kazuhiro TAKAHASHI

I. はじめに

検索事業者に対する、検索結果に表示されるサイトへのリンク等の削除請求は、いかなる場合に認められるか。本稿では、この問題を検討するための素材としてドイツにおける裁判例を整理し、ドイツにおける議論の展開を提示することを目的とする。具体的には、主にドイツ連邦通常裁判所 (BGH) 第6民事部2018年2月27日判決¹及びフランクフルト上級地方裁判所2018年9月6日判決²という2つの裁判例の整理を通じて、検索事業者に対する削除請求が、ドイツ法の下でどのように処理されているのか、その概要を明らかにする。

本稿における考察の結論は、以下の2点に集約される。①BGHは、検索事業者に対する削除請求の可否について、基本的には人格権侵害を理由とする(間接)妨害者責任の成否という文脈の中で判断している。判決の中では、検索エンジンは、妨害者責任の成立範囲を狭く解されているホストプロバイダと類比的に捉えられているが、BGHは検索エンジンの特殊性に着目することで、さらにその範囲を限定している。しかし他方で、その判断の過程で検索エンジンと基本法5条とが、どのように関係しているかという点は明らかにされていない。②BGHは、検索事業者に対する削除請求に関し、EU一般データ保護規則(GDPR)の適用が争われる事案に対して未だ判断を下していない。しかし、既に下されている下級審の判断を見る限り、この問題に関していうと、GDPRがドイツに与える影響は小さいのではないかと予想される。

II. ドイツ連邦通常裁判所2月27日判決

1. 事案

被告は、アメリカ合衆国カリフォルニア州に所在地を持つ、インターネット検索エンジン事業者Google、及びGoogleのサイト上で広告スペースの商品化を担う、ドイツ国内の子会社である。

*東邦大学理学部講師

¹ BGH, 27.02.2018, - VI ZR 489/16.

² OLG Frankfurt a. M., 06.09.2018, - 16 U 193/17.

夫婦である原告2人は、インターネットサービスのプロバイダとして働いている。原告(夫)は2011年2月中頃から、ネット掲示板の設立を支援していた。当該掲示板の利用者は、ストーカー行為等の迷惑行為で非難されていたことから、その後、ネット利用者からの苦情が(掲示板の設立にあたって設定され、なお稼働していた)メール転送機能を通じて、原告(夫)の下に送られてきた。原告(夫)が掲示板の責任者(と彼が考える者)に連絡を取るよう求める旨の返信メールを送ったところ、このメールにより第三者が原告(夫)のIPアドレス及び身元を特定し、さらにこの情報は当該掲示板に敵対的な、他のインターネット掲示板の利用者たちに伝達された。彼らはインターネットサイトにて、掲示板利用者たちの上記迷惑行為の責任は原告(夫)にある旨を投稿したため、原告の氏名を、犯罪を成立させるような言葉と共に検索ワードとして入力すると、「当該掲示板の運営者は原告(夫)である」、「彼は掲示板で公表されている内容について責任を負っている、又は少なくとも掲示板の内容について承知していた」といった内容が、さらに、原告(夫)の活動について知っていたに過ぎない原告(妻)に対しても、「当該掲示板における原告(夫)の役割について知っていたに違いない」といったことが書かれたサイトが、Googleの検索結果リストの中で表示されるようになった。また、それらのサイト上では原告2人に対して、ゴマすり屋(Arschkriecher)、最重犯罪者(Schwerstkriminelle)、卑劣漢(kriminelle Schufte)、テロリストといった言葉が用いられていた。

原告はGoogleに問い合わせた上で、自分たちは当該掲示板の運営者でも利用者でもないにも拘らず、人格権を侵害するコンテンツが検索エンジンを通じて発見されることに対して苦情を訴えた。その後、原告の削除申請により、幾つかのリンクは削除されたものの、削除されずに残っている数百のリンクにつき、原告2人は被告Googleに対してドイツ法の適用の下、①民法(BGB)823条1項及び1004条1項類推適用並びに②連邦データ保護法(BDSG:当時³)4条1項と連携したBGB823条2項を根拠に、継続的な人格権侵害に対する不作為を請求した。

本決定の論点は、国際裁判管轄⁴、準拠法⁵及びドイツに所在する子会社の被告適格⁶など多岐にわたるが、以下では主にGoogle本社に対するBGB及びBDSGを根拠とする削除請求の可否について検討する。

³GDPRの適用に合わせる形で2018年5月25日から改正BDSGが適用されている。しかし、本稿では特に断りの無い限り改正前の旧法を指すものとする。

⁴民事訴訟法(ZPO)32条によると、不作為請求も含む不法行為の訴えに係る国際裁判管轄は不法行為地(加害行為地及び結果発生地)に認められる。インターネット上の公表による人格権侵害について訴えが提起されている事案では、争われている報道が閲覧されることによる人格権侵害のおそれが存在する場合など、権利侵害を訴えられている公表内容に内国との関連性が客観的に認められる場合に、ドイツの裁判所の国際裁判管轄が肯定される。本件では、“www.google.de”のみならず、“www.google.com”を通じて提供される検索結果についても、ドイツ国内から検索可能であり、かつ原告の実名を含む検索結果をドイツ語で得ることが出来るという理由で内国関連性が認められた(Rn. 15ff.)(BGHのWebページで公開中の判決に付されている欄外番号を用いる。以下、断りのない限り同じ。)

⁵民法施行法(EGBGB)40条1項2文によると、不法行為の被害を訴える者は、加害行為地の法に代わり結果発生地の法を準拠法とするよう求めることが出来る。本件においては、原告がその生活圏において享受する社会的な承認請求権(Rn. 20ff.)が侵害され、脅かされていることから、主たる結果発生地はドイツであると判断されている。

⁶EU域外に所在するGoogle Inc.に対する個人データ保護指令の適用の可否が争われた事案において欧州司法裁判所(CJEU)の2014年先決判決では検索事業が、インターネット広告の販売を担当する、EU域内における支社の活動と不可分に結びついていることなどを理由に、Google Inc.による検索エンジンを通じた個人データの取扱いが、EU域内における支社の活動の範囲内で行われているとの判断が下された(The Court of Justice of European Union (CJEU), Case C-131/12, Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González (13 May 2014), para.45ff.。しかし、本判決ではこのCJEUの先決判決を参照しつつも、検索事業自体を行っていない支社については、データの収集やインデックスの作成など、権利侵害が争われている行為に影響を及ぼす立場にないことを理由に、被告適格が否定されている(Rn. 59ff.。本判決について紹介する文献は非常に多いが、ここでは中村民雄「忘れられる権利事件」法律時報87巻5号(2015年)132頁以下、山口いつ子「EU法における『忘れられる権利』と検索エンジン事業者の個人データ削除義務」堀部政男編『情報通信法制の論点分析』(商事法務、2015年)181頁以下、中西優美子「EU権限の判例研究」(信山社、2015年)321頁以下を挙げておく。

2. 根拠規定

最初に、本件における削除請求の根拠規定について確認する。本判決は、2018年5月25日から開始されたEU一般データ保護規則⁷(GDPR)の適用前に下されているため、同規則17条に定められる消去権の行使は、当然ながら本件における争点ではない。しかし、BDSG35条2項ではGDPR制定以前より既に、個人データの保存が法規定に違反している場合など一定の場合には、当該データを取り扱う事業者にデータの消去が義務づけられる旨が定められており、それに対応する形で本人にも消去権が認められるものと解されてきた⁸。さらにアルゴリズムを通じて情報へのアクセスを可能にしているに過ぎない検索事業者はBDSGの多くの規定の適用を免れるメディア特権の対象外と考えられており⁹、消去権等の根拠となるBDSG35条は、本件不作為請求の根拠であるBGBの条文に対して、特別法として位置づけられるのが原則であることも考え合わせれば¹⁰、本件請求の根拠規定はBDSG35条ではないのかという疑問も考えられる。まずはこの点について、念のために確認しておこう。

この点、本件においてBDSG35条に基づく消去権を行使することができない理由は、BDSG上の「消去」の定義にあると推測される。他の要件、すなわち削除請求の対象は自動処理される個人データ(BDSG1条2項3号、3条1項2項)に該当する点、また、検索事業を営むGoogle本社は私法上の法人(同2条4項1文)であり、さらに「管理者」に該当する(Verantwortliche Stelle(英: Controller):同3条7項)ことから、検索事業者による検索エンジンの運営に対してBDSGが適用される点に問題は無い¹¹。しかし、検索結果からのリンク等の削除はBDSG上の「消去」に該当しないと解されうる。すなわち、BDSG3条4項2文5号では、「消去」は「保存される個人データを認識不可能にすること」と定義されているところ、学説ではこれは当該保存データからの情報の獲得を復元できない形で不可能にすることと理解されている¹²。このような解釈に立てば、データのインデックス化を制限ないし排除したところで、原状に復することは技術的に可能であり、検索エンジンにより保存されるデータの認識可能性が排除されていない以上、リンク等の削除は「消去」には該当しないということになる¹³。

このような解釈により特別法にあたるBDSG35条を適用することが出来ないと考えると¹⁴、一般法にあたるBGB上の規定により削除請求が根拠づけられることになる^{15,16}。以下ではまず、BGBを根拠とする削除(不作為)請求の内実について、BGH判決の議論を補足しつつ整理することにしよう。

⁷ GDPRについては、宮下紘『EU一般データ保護規則』(勁草書房、2018年)参照。なお、ドイツ語ではDSGVOと表記されるが、本稿ではGDPRの表記を用いる。

⁸ Alexander Dix in: Spiros Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., 2014, Art. 35, Rn.24, 26.

⁹ Alexander Dix in: Simitis (Anm.8), Art. 41, Rn.11, Norbert Nolte/Christoph Werkmeister, in: Peter Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art. 17, Rn.45. s. a. CJEU (Anm.6), para.85.

¹⁰ Stefan Brink in: Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink (Hrsg.), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 2013, Art. 35, Rn.6.

¹¹ Vgl. BGH (Anm.1), Rn.43.

¹² Ulrich Dammann in: Simitis (Anm.8), Art.3, Rn.174, Hans-Hermann Schild, in: Wolff/Brink (Anm.10), Art.3, Rn.86.

¹³ Alexander Dix in: Spiros Simitis u.a. (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art.17, Rn.5, Carina Becker, Das Recht auf Vergessenwerden, 2019, S.115.

¹⁴ 検索事業者に対する削除請求の可否を、消去権(BDSG35条)に即して検討している裁判例として、Vgl. OLG Celle, 01.06.2017, - 13 U 178/16 -, Rn.16ff. (juris).

3. 妨害者責任の検討

(1) 妨害者責任の概要

BGB823条1項では生命、身体等に並んで「その他の権利」が違法に侵害された場合に損害賠償義務が成立する旨が定められているところ、BGHは、基本法1条と連携した2条1項を参照しつつ、この「その他の権利」の中には人格権が含まれていると解釈し、さらに当該権利に対する違法な侵害が差し迫っている場合には妨害者（Störer）に対して、所有権に基づく妨害排除ないし不作為（差止）請求（Unterlassungsanspruch）について定めるBGB1004条の類推適用を通じて、侵害行為の不作為を請求できることを明らかにしてきた¹⁷。本件では、検索事業者による侵害行為の不作為請求という形で、人格権を侵害するコンテンツが掲載されたサイトへのリンクを検索結果リストから外すことが求められたということである。

妨害者責任の内容についても簡単に説明すると、人格権に対する違法な侵害のおそれが認められる場合、不作為請求にあたり妨害者に過失等の有責性の存在は要求されない¹⁸。他方、不作為請求の相手方である妨害者については、侵害との関わり方により不作為義務の成立範囲が異なる。すなわち、自らの行為により侵害を直接に惹起した者（直接妨害者）でなくとも、間接妨害者としての責任が成立する場合がある一方、それは後述のとおり一定の条件が満たされる場合に限定されている¹⁹。しかし結論から言うと、BGHは本件において、いずれの責任についても成立を認めなかった。その論旨を次に確認しよう。

(2) 直接妨害者

まずBGHは、本件においてGoogleが直接妨害者に該当するか否かを検討する。人格権を侵害するコンテンツを自ら公表した者が直接妨害者に該当することはもとより、他人の表明したコンテンツであっても、単にそのコンテンツを提供・保存したにとどまらず、当該コンテンツを自ら作り出したかのごとく、自己のものとした者（wer sich den Inhalt einer

¹⁵ テレメディア法（TMG）8条から10条ではプロバイダの責任制限が定められている。BGHは、TMGの規定が検索事業者に対しても適用されることを認める一方で、これらの規定は不作為請求には適用されないという判断を維持している。Vgl. BGH, 27.03.2007, - VI ZR 101/06, Rn.7, BGH 25.10.2011, - VI ZR 93/10, Rn.19, BGH, 25.06.2013 - VI ZR 269/12, Rn.20, Frank Fechner, Medienrecht, 20. Aufl., 2019, S.366f. 鈴木秀美「テレメディア法と判例法理」堀部政男監修『プロバイダ責任制限法 実務と理論』（商事法務, 2012年）194頁。BGHは、（テレメディア法の前身の）テレサービス法におけるプロバイダの責任制限規定が不作為請求には適用されない点について、留保を示しているとの指摘も見られる。毛利透「ドイツにおけるプロバイダ責任法理の展開」新世代法政策学研究15号（2012年）68頁。

¹⁶ 検索エンジンの責任に関する規定がドイツ国内法において見られない経緯について、やや古いが、ジェラルト・シュピンドラー（若林三奈訳）『IT法における責任』川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展開と課題』（日本評論社, 2008年）652頁参照。

¹⁷ Arndt Teichmann in: Rolf Stürner (Hrsg.), BGB, 17. Aufl., § 823, Rn. 65, Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl., 2016, S. 167（ハイン・ケッツほか（吉村良一ほか監訳）『ドイツ不法行為法』（法律文化社, 2011年）202頁（邦訳は10版）, Erwin Deutsch/Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, 6. Aufl., S.252（ドイツ語ほか（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社, 2008年）306頁（邦訳は4版））。

¹⁸ Arndt Teichmann in: Stürner (Anm.17), Vor § 823, Rn.7 所有権に基づく不作為等請求においては、所有権に矛盾する状態が生じている限り、侵害の違法性は本人の同意や特別な受忍義務が認められる場合などを除き原則的に肯定されている。Christian Berger in: Stürner (Anm.17), Rn.4, 21.

¹⁹ BGB1004条1項では、不作為請求の相手方は「妨害者」と定められている。しかし、著作・商標権に関わる事件を扱うBGH第1民事部は、インターネット上の意見表明が関わる事案の中で、侵害を自ら惹起した「行為者（Täter）」と区別される。侵害に対して間接的に責任を負う者という意味で「妨害者」概念を使い始めるようになった。他方、同第6民事部は、他人の作成したコンテンツを流通させるものをも包含する、広義の行為者概念を採用したこともあり、直接/間接妨害者という呼び方を採用している。Vgl. BGH, 28.07.2015, - VI ZR 340/14, Rn.34, Vera Von Pentz, Ausgewählte Fragen des Medien- und Persönlichkeitsrechts im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des VI. Zivilsenats, AfP 2014, S.16, Becker (Anm.13), S. 195ff. このような相違が生じた経緯の詳細については、Vgl. Karl-Nikolaus Peifer, Beseitigungsansprüche im digitalen Äußerungsrecht, NJW 2016, S.24f.

fremden Äußerung erkennbar so zu eigen macht, als habe er ihn selbst hervorgebracht) は、直接妨害者として権利侵害の時点から無制限の責任を負うのが原則である²⁰。この「直接妨害者」該当性の判断につき BGH は、自らのサイトにて他人が公表したコンテンツが「自己のものとなっている」と認定されるためには、分別のある通常の利用者 (verständiger Durchschnittsnutzer) が関連する全事情に基づいて総合的に判断したときに、サイトに公表されたコンテンツに対する責任を、サイトの運営者が対外的に認識可能な形で引き受けている必要があるとの基準を示す一方で、直接該当者であるとの認定には原則として慎重さが求められると判示する (Rn.28)²¹。

このような前提の下、BGH は次のように述べることで、検索結果に表示されるリンクを通じて発見しうるサイト上のコンテンツについて、Google に直接妨害者としての責任を負わせることを否定する。検索事業者としての Google の活動は、いわゆるクローラーと呼ばれる検索プログラムを用いてインターネット上のサイトを巡回し、そこから自動的にアルゴリズムに従ってインデックスを作成したうえで、利用者からの求めに応じて検索エンジンが当該インデックスから、対応する検索結果を提供するというものである。BGH によると、分別のある通常の利用者が検索結果の表示を見ても、検索結果の中で示されたサイト上の、リンクを通じて到達しうる文章の中に、自分が入力した検索ワードがあるということを知覚するにとどまり、検索エンジンを通じて発見しうるコンテンツが Google のものであるとは考えない。また、その他に、インデックス化されたサイトのコンテンツを Google が検査し、編集するといった事実も確認されていない (Rn.29)。

BGH による先例としては、Google のオートコンプリート機能により、検索ワードとして入力される氏名と関連付ける形で自動的に示される、予測キーワードの削除が争われた事件がある。この事件に対する判決の中で BGH は、オートコンプリート機能の結果として検索エンジン利用者に示される補助的な検索キーワードは、検索事業者自身のコンテンツであるとし、Google は直接妨害者であるとの判断を下している²²。本稿で取り上げている BGH 判決とは異なる判断が下されているわけだが、おそらく BGH は、検索エンジン利用者の入力に応じて自ら補助的な検索ワードを作出する行為と、定期的な巡回及びインデックスの作成との相違を、利用者に提供される個人データを検索事業者が自ら積極的に作り出しているのか、それとも他者の公表した個人データを、検索エンジンを通じて純粋に技術的な方法で提供しているに過ぎないのかという点に見出し、区別しているのではないかと推測される²³。

²⁰ Von Pentz (Anm.19), S.15, Becker (Anm.13), S.193.

²¹ 本判決はレビューサイトの運営者に対する責任が争われた裁判例に従ったものと評価される。Georgios Gounalakis/Benedikt Muer, Anmerkung, NJW 2018, S.2299.「自己のものにあたる」か否かが争われた他の BGH の裁判例について、毛利・前掲 15) 47 頁、鈴木・前掲 15) 193 頁参照。

²² BGH (Anm.15), VI ZR 269/12. もっとも BGH は、Google 直接妨害者であることを認める一方で、ここでも審査義務を導入し、オートコンプリート機能が検索エンジン利用者による迅速な探索に寄与している点を重視し、責任の成立範囲を限定している (Rn.17ff., 30)。この判決については、鈴木秀美「『忘れられる権利』と表現の自由」慶応義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要 66 号 (2016 年) 22 頁以下、實原隆志「ドイツの『忘れられる権利』」奥田喜道編『ネット社会と忘れられる権利』(現代人文社, 2015 年) 159 頁以下参照。

²³ Vgl. Gounalakis/Muer (Anm.21), S.2300, Thomas Petri, in: Joachim Hruschka/Jan C. Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 23, 2015, S.208f. これに対して、ソフトウェアを用いて一定の順序で検索結果を整理・表示することで検索事業者は自らの情報を利用に供し、サービスを提供しているものと認定した裁判例も見られた。Vgl. OLG Celle (Anm.14), Rn.13 (juris)。このように考える場合、検索エンジンによる検索結果の表示とオートコンプリート機能による文字の自動表示との間に質的な相違は無いということになる。

(3) 間接妨害者

Googleの直接妨害者としての責任を否定した後、BGHは続いて間接妨害者としての責任の有無を検討する。既に述べたとおり、BGB1004条（類推適用を含む）に基づき妨害排除ないし不作為義務を負う「妨害者」は、自らの行為により直接に法益侵害を惹起した者に限られない。しかし他方で、自らの情報ではなく、他人の情報を提供ないし保存した者については、責任の根拠の段階から既に、直接妨害者とは異なる取扱いを受けることになる²⁴。具体的に整理すると、第三者の行為を介して何らかの形で意図的に、かつ相当因果関係が認められる形で（in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal）法益侵害に寄与した者には、間接責任者としての責任が成立する²⁵。このとき、自己の責任において行動する第三者の行為を援助ないし利用したに過ぎない場合でも、ここでいう「寄与（Beiträge）」に該当する。したがって、例えばインターネット上で誤った事実を主張した者は、自身のみならず他人のインターネットサイト上へと伝播されたコンテンツについても間接妨害者として、そのコンテンツの消去を請求される場合が考えられる²⁶。もっとも、間接妨害者としての責任を追及するにあたって相手方の有責性は不要であるが、しかし他方で、第三者による侵害行為を阻止しうる法的及び事実上の可能性が相手方に認められる必要がある²⁷。BGHは、違法な侵害を自ら行っていない者に間接責任者としての責任を負わせることには消極的であり、責任の成立の可否は、行為義務、とりわけ審査義務違反（die Verletzung von Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfpflichten）の有無、すなわち個々の事案における事情を考慮し、侵害発生を阻止しえたか否かによって判断されることになる（Rn.31）。したがって本件についても、BGHは判断を下すにあたって、検索エンジンの特性や事業者双方の利益等を考慮したうえで、検索エンジンを通じて公表されたコンテンツについて、Googleの審査義務が成立する範囲を特定する必要がある。

(4) ホストプロバイダの間接妨害者責任

検索事業者の間接妨害者責任を検討するにあたって、BGHは直ちに検索エンジンの特性からGoogleの責任の有無を論じることはせず、ホストプロバイダ²⁸の間接妨害者としての責任に関する、確立された原則を先に確認する²⁹。

BGHによるとホストプロバイダは、間接妨害者としての責任を回避するために、利用者がネット上で行った投稿が場合によっては権利侵害になるかどうか、当該投稿を公表する前に検査する必要は原則としてない。しかし、権利侵害を知った場合には直ちにホストプロバイダに

²⁴ Vera Von Pentz, Aus gewählte Fragen des Medien- und Persönlichkeitsrechts im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des VI. Zivilsenats, AfP 2019, S.122.

²⁵ Marina Wellenhofer, Sachenrecht, 34.Aufl., S.398. ヴェレンホーファーほか（大場浩之ほか訳）『ドイツ物権法』（成文堂、2016年）455頁（邦訳は30版）も参照。

²⁶ Vgl. BGH (Anm.19), Rn.37, Kötz/Wagner (Anm.17), S.167. この義務は、GDPRの17条2項に対応するという指摘も見られる。Vgl. Peifer (Anm.19), S.23ff.

²⁷ Fechner (Anm.15), S.126. 元々は「事実上 (tatsächlich)」という言い方は見られなかった (Vgl. Wellenhofer (Anm.25), S.398 (訳は455頁), BGH (Anm.15), VI ZR 269/12.Rn.24). 本判決で追加されたのは後述のように、検索事業者は検索結果に表示されるリンク先にあるコンテンツの作成者と連絡を取ることが実際に困難であることと関係しているのではないかと推測される。

²⁸ 利用者からの呼出しに迅速に応えることが出来るように、サーバー上にデータを保存するサービスの提供者。Vgl. Andrea Kovacs, Die Haftung der Host-Provider für persönlichkeitsrechtsverletzende Internetaußerungen, 2018, S.132ff. 毛利・前掲15) 32頁参照。

²⁹ ドイツにおけるホストプロバイダの妨害者責任をめぐる議論を分析するものとして、毛利・前掲15) 31頁以下、鈴木・前掲15) 190頁以下参照。

責任が発生する。したがって、被害を受けた当事者がホストプロバイダに対して、サービス利用者による人格権侵害を指摘した場合、ホストプロバイダには将来の妨害を阻止する義務が生じうる。もっとも、サービス利用者による人格権侵害が指摘されたからといって、直ちにホストプロバイダとの関係においても権利侵害が立証される訳ではなく、当該権利侵害の有無は人格権保護に対する当事者の権利（基本法2条1項と連携した1条1項、欧州人権条約8条1項）と意見及びメディアの自由に対するプロバイダの権利（基本法5条1項、欧州人権条約10条）との衡量により決定される。具体的には、プロバイダが直面している当事者からの異議により、利用者の法律違反が当事者の主張に基づき容易に確認できるときには、異議を受けている投稿の作成者の立場も場合によっては考慮に入れた上で事実関係全体を調査し、かつ評価することがホストプロバイダに求められることになる（Rn.32）。

ここで注目すべきは、プロバイダの責任制限に関係していると思われる利益衡量において、ホストプロバイダが持つ意見及びメディアの自由（Recht jedenfalls des Providers auf Meinungs- und Medienfreiheit）も衡量される利益に含まれているということである。一般的行為自由の具象化としての経済活動の自由（基本法2条1項）や職業の自由（同12条）の保障がホストプロバイダに及ぶことに争いは無いが³⁰、「自己のもの」ではない情報を流通させているに過ぎないホストプロバイダに、なぜ基本法5条1項で保障される自由を援用することが許されるのだろうか。判決では、名誉毀損的情報の掲載に対して、グーグルのホストプロバイダとしての責任が問われた判決³¹が先例として参照されている。しかし、この判決でもやはり衡量に際して、ホストプロバイダが持つ意見の自由及びメディアの自由が考慮されるべき旨が述べられているにとどまり、ホストプロバイダがそれらの自由を援用する理由については示されていない。この問題は検索事業者と基本法5条との関係をめぐる問題として、後で改めて検討することとしよう。

このように、ホストプロバイダないし検索事業者の活動と基本法5条1項との関係は、本判決の中でも十分に整理されてはいない。それでもBGHは、ホストプロバイダの間接妨害者責任を、サービスの特性も考慮に入れた上でその責任の成立範囲を限定する形で具体化しており、さらに、この議論はある程度まで検索事業者にも妥当する旨を明示する一方、その審査義務の範囲は、検索事業者においては更に限定されなければならないと述べる（Rn.33）。次節ではBGHのいう、検索事業者とホストプロバイダとの類似点と相違点について判決文を元に確認し、続いて、リンクの提供による人格権侵害を理由とする、Googleに対する本件不作為（削除）請求の可否について検討することにしよう。

(5) 検索事業者の間接妨害者責任

ここではまず、検索事業者に間接妨害者責任が成立する範囲について、BGHが述べている箇所を少し丁寧に見ていくことにしよう。

「理性的に考えれば、検索プログラムにより発見されるコンテンツが、合法的にインターネット上にあげられたものかどうかについて、それらを検索することができるようになる前に確認するよう、検索エンジンの提供者に求めることはできない。検索エンジンにより発見され

³⁰ Becker (Anm.13), S.87.

³¹ BGH (Anm.15), VI ZR 93/10, Rn.25f. 鈴木・前掲15) 194頁以下参照。

るコンテンツを公表することの合法性について調査する義務を、検索機能の提供者に課す（事前審査義務）ことは、検索エンジンの任務や機能（Aufgabe und Funktionsweise der Suchmaschinen）の妨げとなる。検索エンジンは、他の特定のサイトと結びつく個々のハイパーリンクを意図的に狙いを定めて設定する形で、他のサイトにアクセスしている訳ではない。検索エンジンは、コンピュータプログラムを用いた自動化された手続の下で、自由にアクセスすることのできるサイトを調査しており、その際に発見される投稿を、第三者の人格権を侵害しているか否かにより区別することはできない（…）。インターネット検索エンジンの任務を考えると、一般的な監視義務は不適切であろう。そのような検索エンジンの支援が無ければ、大量のデータの全体を見渡すことはもはや出来ず、個人がインターネットを有効に利用することはできないかもしれない。その結果、結局のところインターネットの利用は、検索エンジンの存在とその利用可能性に依存しているのである。インターネットを利用可能にするという、その根本的な重要性ゆえに、検索エンジンの稼働を脅かし、又は不釣り合いなほどに困難にするような審査義務を定めることは許されない。事実上ほぼ遂行することのできない監視義務を認めることは、法秩序により承認され、社会的にも望ましい事業モデルとしての検索エンジンの存在を、大いに疑わしいものとする」（Rn.34）。

この引用箇所では、検索エンジンとホストプロバイダの類似性を根拠に、公表されるコンテンツに対する検索事業者の事前審査義務が否定されている。要するに、他人の作成したコンテンツを機械的な自動処理を通じて広く提供することで、社会的に重要な任務や機能を果たすという点で両者は共通しており、いずれに対しても、人格権侵害のリスクを根拠に、その活動の前提を掘り崩し、事業の遂行を著しく困難にするような義務を課すことは許されないということである。続いて、事後の審査義務について述べられている箇所を確認することにしよう。

「これまで法廷が判断を下してきた、ポータルサイトの管理者の責任が関わる事例と異なり、検索事業者は通常、検索結果リストに挙げられるコンテンツの作成者と法的な関係に立ってはいない。直接妨害者の立場を考慮に入れた事実関係全体の調査と評価（ノータイスアンドテイクダウン手続）³²は、サイトの責任者と連絡を取ることが出来なければ通常、たやすく行うことの出来るものではない。通例、検索事業者には、検索結果の表示から特定のサイトを削除するよう求める当事者の申告しか利用できるものが無い。異議を受けたサイトの責任者と連絡を取るためには、相当な搜索コストが（検索事業者に）発生することが考えられ、かつ連絡を取ることに成功するとも限らない。（…）それ故に、直ちに責任者から報告が無かったからといって、検索結果リストを通じて提供されたコンテンツを違法であると簡単に結論づけることはできないだろう。一商標ないし著作権侵害における場合と異なり一保護法益に対する介入の違法性が示されず、かつノータイスアンドテイクダウン手続の実施が不可能な状況の中で検索事業者に対して過剰な要求をすることは、オーバーブロッキングの危険、すなわち、疑わしい事例において検索事業者がそれ以上の議論を回避するために、異議を受けたサイトを検索インデックスから取り除くようになりかねない。これは、一見すると

³² アメリカのデジタル・ミレニアム著作権法（DMCA）の解説について、松井茂記『インターネットの憲法学（新版）』（岩波書店、2014年）346頁以下、堀部政男編著『インターネット社会と法（第2版）』（新世社、2006年）257頁、264頁注14（中根哲夫執筆）参照。

問題があるように見えるものの、さらに審査すれば許容可能であると判断されるべきコンテンツが、事実上、発見できないようにされるという結果につながりうる(…)。さらに、リンクが削除されることになるため、削除が関係するのは、投稿のうち、許容されないものとして具体的に異議を受けた一部に限られず、投稿全体がその都度、関係することになる(Rn.35)。

それ故に、明白かつ一見して明確に認識できる権利侵害(offensichtlich und auf den ersten Blick klar erkennbaren Rechtsverletzung)を、具体的に指摘されることにより知らされた場合に始めて、検索事業者は特定の行為義務を課せられることになる(…)。原則として予防的な監視を義務付けられていないサービス提供者を、インデックス化された大量のインターネットサイトの中から、場合によっては第三者の権利を侵害しているかもしれないサイトを発見できるようにするための指摘が求められる(…)。上述した意味における権利侵害が明白な場合とは例えば、児童ポルノ、人に対する暴力の呼びかけ、明白な人違い、直接妨害者への既判力のある権限の存在、時間の経過による情報に対する全ての利益の消失(…)、憎悪表現、疑問の余地のない誹謗的批判(eindeutiger Schmähkritik)である」(Rn.36)。

検索事業者とコンテンツの作成者との関係が疎遠であるが故に、利益衡量の審査が現実的に困難であるというだけでなく、それが多くの合法的なコンテンツへのリンクが削除され(オーバブロック)、検索サービスへの影響ひいては利用者にとっての利便性の喪失といった事態につながるおそれを理由に、BGHは検索事業者に削除が求められる場面を、検索事業者から見て権利侵害を「明白かつ一見して明確に認識できる」場合に限定している³³。それでは、この基準の下で検索事業者が間接妨害者としての責任を負うのは、最終的にどのような場面か。BGHは誹謗的批判に限定された形で、以下のように説明する。

「実際のところ、特に憎悪表現や誹謗的批判が争われる事例においては、限界を引くのは難しい場合が考えられ、まさに誹謗的批判が争われる場面においては検索事業者に明白な権利侵害を認識できるかどうかは疑わしい。事実に基づく批判の表明として必要な範囲を超えて議論が先鋭化したとしても、それによって許される意見表明の限界を超えたことにはならないし、表明が誇張されている若しくは失礼な内容であったからといって、それだけで誹謗的批判と判断されるわけではない(…)。表明が誇張された、又は侮辱的な批判であるというだけで、誹謗的批判とみなされてはならない。誹謗的批判と判断されるためには、意見表明の実質的な関心事を完全に背後に押しやるような人物の中傷が付け加わる必要がある(…)。しかし、(意見表明に関する)事実即ち背景についての検証可能な情報が無ければ、中傷に該当するか否かについて、最終的な判断を下すことが出来る場合は稀である。同様のことは意見表明だけでなく、事実の申立てに対しても妥当する。そこで重要になるのは主張されている事実の真实性であるところ(…)、その点について検索事業者は典型的に情報を持っていない。それ故に当事者の報告が有効であると確認することが通常できないのであれば、「明白かつ一見して明確に認識可能な権利侵害」という基準により検索事業者が疑いの余地のない結論に至るのは例外的な場面にすぎない。したがって、対立する基本法上の保護利益と個別の状況を考慮に入れた上で、いずれの保護利益が優越するかについて、確実かつ

³³ Thomas Hoeren, Anmerkung, EWiR 2018, S.434, Gounalakis/Muer (Anm.21), S.2301.

疑問の余地のない判断を下すことは、検索事業者にとって、通常たやすく出来るものではない(…)](Rn.37)。

意見の自由と名誉との対立を調整するにあたりBGHは、名誉を侵害するような表現のうち、公共的な意義の認められない範囲へと限定的に解釈される誹謗的批判については、利益衡量の余地を論じることなく保護を否定する一方、他の批判については個別の事例における利益衡量を通じて意見の自由への配慮を示してきた³⁴。BGHはこのような連邦憲法裁判所の先例を、検索事業者が負う責任をめぐる議論の中で発展させている。すなわち、意見表明がなされた文脈や表明者の意図等のコンテンツ作成者側の事情を始めとした、事実関係の調査を前提とする利益衡量が妥当する場面において、遂行困難な調査、ひいては調査を経ない削除を検索事業者義務付けることはできない³⁵。それに対して、利益衡量及びそのための事実関係の調査を要しない、疑問の余地のない誹謗的批判については、検索事業者に削除を求めることに障害はない。BGHはこのような論理によりコンテンツ作成者との関係においては人格権侵害の成立を肯定する一方、問題とされる名誉毀損的な呼称と議論の主題との間には一定の結びつきが認められることを根拠に、Googleの間接妨害者としての責任は否定している³⁶。

(6) 小括

本件は、検索事業者に対するリンクの削除請求が、人格権侵害を理由とする間接妨害者責任の成否という形で争われた最初のBGH判決である^{37,38}。

BGHは、媒介者の審査義務(行為義務)という文脈の中で、検索事業者に対する削除請求が認められる余地を非常に制限的に理解している。すなわち、検索エンジンを通じて、他者が作成したコンテンツを公表するにあたり、当該コンテンツを事前に審査する義務については、問題をホストプロバイダの間接妨害者責任をめぐる問題と類比的に捉え、かつインターネット利用における検索エンジンの必要性をも指摘することにより当該義務を否定している。さら

³⁴ Vgl. BVerfGE 93, S.293, 303f. [小山剛「意見表明の自由と集団の名誉 — 『兵士は殺人者だ』事件 — 』『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社, 2006年)168頁以下参照]。S. a. Kovacs (Anm.28), S.95.

³⁵ 個別の事案において衡量判断を行うことは、検索事業者には困難であることは学説でも指摘されている。Vgl. Gounalakis/Muer (Anm.21), S.2301, Reinhard Singer/Benjamin Beck, Das »Recht auf Vergessenerden« im Internet, Jura 2019, S.130ff. 第三者である検索事業者が、当事者の一方が欠けた状態で衡量判断を下すことの妥当性という問題が、CJEU判決では欠けていた点も批判の対象となっている。Vgl. Becker (Anm.13), S.129.

³⁶ 本件原告は、「明白かつ一見して明確に認識可能な権利侵害」について、検索事業者に対して十分に具体的に指摘していない。確かに、上告申立てにより異議を受けている、原告に対する呼称は、誹謗的なまでに辛辣であり、原告の名誉を侵害するものである。しかし、人格権を侵害するその内容は、議論の主題に関するすべての文脈より最初から外れている訳ではない。問題の意見表明は、掲示板の設立に対して原告(夫)が果たしていた役割と明らかに関係しており、ストーリー行為等が非難されているのは、当該掲示板の利用者たちである。また、当該掲示板でも、第三者に対して同様の意見表明がなされていることも、Googleの責任を否定する要素として考慮に入れなければならない。原告(夫)と当該掲示板とのつながりが明確に否定されおらず、原告に対する非難に根拠が欠けていることについて十分な証拠は示されていない。このように考えると、「ゴマすり屋(Arschkriecher)」という呼称も、原告(夫)を中傷するために脈絡もなく用いられている訳ではなく、原告(夫)と掲示板との結びつきに関する推測を通じて、議論の主題とのつながりは認められる。「ゴマすり屋」を含む意見表明を全体的に評価すれば寧ろ、通常の閲覧者にとっては原告に対する誹謗中傷ではなく、原告の行為に対して攻撃的で誇張された批判が加えられているものと映るだろう。「最重犯罪者(schwerstkriminelle)」,「卑劣漢(kriminelle Schufte)」といった他の呼称についても、プログラマーの意見の自由も考慮すると、原告に対する非難に関する議論の一部である。その限りにおいて、こうした意見表明が事実に基づく非難とは完全にかけ離れており、原告の責任というも、彼らを個人的に誹謗中傷することを目的とした悪ふざけによる不自然な口実にすぎないということは、少なくともGoogleからすれば、明白かつ一見して明らかに認識できることではない(Rn.38ff.)。

³⁷ Vgl. Markus Rössel, Anmerkung, ITRB 2018, S.129.

に、公表後の審査義務についても、コンテンツの作成者との間に通常、取引等を通じて法的関係が生じることの無い検索事業者に対して、対立利益の衡量判断を求めることがオーバープロッキングにつながる恐れを理由として挙げることで、ホストプロバイダのそれよりもいっそう範囲を狭く解しており、義務違反の成立は実質的に、衡量判断、及びそのために必要な事実関係の調査が不要な場合に限定されている³⁹。

検索事業者に対する削除請求が争われた日欧の裁判例と比較したときに認められる、本判決の特徴をここで2点挙げておこう。まず一つ目として、検索事業者に対する削除請求が認容される範囲が限定される根拠についてである。周知のとおり日本の最高裁もその決定の中で、人格権の一つとして位置づけられるプライバシー⁴⁰に基づく検索結果削除請求の判断枠組みを示している⁴¹。当該決定では、損害賠償の可否を判断する際に用いられてきた等価値的な比較衡量⁴²ではなく、いわゆる「明らか」要件が導入されているところ、この導入の趣旨を、請求相手が検索事業者であるという事情によるものと解すべきか否かをめぐり見解は分かれている⁴³。この点は、検索事業者が削除義務を負う範囲の限定が、その事業モデルに由来することを明確にしている本件BGH判決とは対照的といえる。もっとも、このような検索エンジンに対する明示的な高評価はかえって、BGHの議論における瑕疵の所在をも同時に明らかにしているようにも見える。というのは、ホストプロバイダの妨害者責任が限定されることに関しては、TMG10条は適用されないことを認めつつも⁴⁴、その背景にある制度趣旨は不作為請求においても妥当しうるなどといった理屈により、TMG上の明文規定を妨害者責任についても参照することは確かに許されるのかもしれない⁴⁵。しかし、本判決において検索事業者の妨害者責任が、ホストプロバイダのそれよりもさらに限定されたことについては、そのような解釈の手掛かりとなるような規定すら挙げられていない。もちろん、情報の発信や獲得を含むインター

³⁸ 原告は本件において他にも幾つかの請求を立てているが、全て棄却されている。将来の損害発生を目的とする、一定の検索結果を自動的に差し止める検索フィルターの設置請求に対しては、人格権侵害の場合にこのような請求が認められるか否かについてBGHは態度を留保しつつ、本件においては被告に間接妨害者としての責任が成立していないことを理由に請求を棄却している（Rn. 53）。

争われている文書を作成した者の身元に関する情報請求については、情報提供が容易であるなど、一定の要件が満たされている場合にはBGB242条に基づき債務者に対して当該請求が可能であることは判決でも認められている。しかし、本件では被告に間接妨害者としての義務違反が認められない以上、債務関係の存在を前提とする同条を本件に適用することはできず、さらに通常、文章の作成者とは何ら取引関係の無い検索事業者にとって当該情報を提供することは容易でないと判断されている（Rn. 54ff.）。

また、既発生損害に対する損害賠償請求についても、被告に妨害者責任が成立していないことを理由に棄却されている（Rn. 57f.）。

³⁹ 比較衡量審査は本来的に不明確であり、衡量の結果は事案に係る諸事情を考慮に入れて初めて明らかにされるものであるため、詳細な事実関係を考慮することなく「明白かつ一見して明確に認識可能な権利侵害」を判断することは不可能であって、BGHの議論は循環論法に陥っていると判決を批判する見解も見られる（Gounalakis/Muer（Anm.21），S.2301. 原審に対する評釈だが同様の指摘として，s. a. Philip Rau, Anmerkung, K&R 2017, S.61）。

⁴⁰ 芦部信喜『憲法（第7版）』（岩波書店，2019年）123，125頁。

⁴¹ 最決平成29年1月31日民集71巻1号63頁。東京高判平成30年8月23日2391号14頁（評釈として，原田一明〔判批〕法学教室459号（2018年）150頁）など、名誉毀損を理由とする削除請求についても裁判例はあるが、最高裁がプライバシーの場合と異なる判断枠組みを採用しているかどうかは明らかでない（最決令和1年7月16日D1-Law.com判例体系28273301）。

⁴² 最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁，最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁。

⁴³ 曾我部真裕「『インターネット上の情報流通の基盤』としての検索サービス」論ジュリ25号（2018年）48頁参照。「明らか」要件をめぐる議論を整理するものとして，村田健介〔判批〕岡山大学法学会雑誌67巻2号（2017年）55頁以下参照。また，最近の議論として，前田陽一「プライバシー侵害の差止めの要件に関する覚書」近江幸治先生古稀記念『社会の発展と民法学（下巻）』（成文堂，2019年）648頁以下，大塚直〔判批〕Law and Technology No.84（2019年）38頁以下。

⁴⁴ 前注15）参照

⁴⁵ Becker（Anm.13），S.197f. ホストプロバイダの妨害者責任をめぐるBGHが，自らの解釈根拠を強化するために明文規定を用いていると指摘するものとして，毛利・前掲15）68頁以下も参照。

ネットの利用において、検索エンジンが重要な役割を果たしているという現実をBGHが重視したという点は、確かに肯定的な評価に値するものである。しかし、意見の自由及びメディアの自由との関係で検索エンジンというものがどのように位置づけられ、またそれが検索事業者の責任の成立範囲にどのように影響を及ぼすのかといった肝心の所が説明されないまま、曖昧な衡量に基づいて判断が示されているかのような印象は否めない。

上記と関連する2点目の特徴としては、インターネットの利用における検索エンジンの存在を、専ら積極的に評価している点である。CJEUが2014年に下した先決判決では、いつ、どこからでも検索エンジンを通じてインターネット上の膨大な個人情報を手に入れることができ、また、データ主体に関する概ね詳細なプロフィールを形成することが出来るといった理由から、データ主体のプライバシー及びデータ保護に対する権利への重大な介入を認定した。それに対してGoogleが意見の自由を援用することは認められず⁴⁶、比較衡量審査においてデータ主体の権利は、Googleの経済的利益及びインターネット利用者が持つ情報アクセスの自由に対して、原則的に優位するとの判断を下している⁴⁷。他方、本件BGH判決では、例えば人格権を侵害する情報がインターネットを通じて広範に流通させることによる深刻な被害発生のおそれなど、検索エンジンの稼働に伴う負の側面に言及されることはなく、インターネット利用者による情報収集ないし意見の表明において検索事業者が果たしている重要な役割を強調することで⁴⁸、その責任の成立範囲が限定されている⁴⁹。検索エンジンに対するCJEU/BGH双方の評価を矛盾なく説明しうるのは、懐疑的な見解が出てくるのは当然であろう⁵⁰。BGB上的人格権侵害とBDSG違反という、削除請求の根拠規定が異なる点に、相違の根拠を見出すことは出来るのかという点も含めて、この点は再度検討することしよう。

4. 保護法規違反

(1) 根拠規定に関する概要

本件において原告は、これまで検討してきた、人格権侵害を理由とする不作為請求の他に、BGB及びBDSG違反（BDSG4条並びに29条1項1文2号及び2項と連携したBGB1004条類推及びBGB823条2項）を理由とする不作為請求も本件削除請求の根拠として挙げている。本判決では主に前者が議論の対象となっているが、こちらについても議論の内容を確認することしよう。

BGB832条2項では、他人の保護を目的とする法規に有責に違反した者に損害賠償責任が成

⁴⁶ 単に他者の意見を提供しているに過ぎない検索事業者に意見の自由の保障は及ばないと説明される一方で（Vgl. Alexander Dix, in: Simitis u.a. (Anm.13), Art.85, Rn.18), CJEUのこの判断に対しては批判が多い（Vgl. Jürgen Kühling, Rückkehr des Rechts, EuZW 2014, S.529, Rudolf Streinz, Anmerkung, JuS 2014, S.1143, Christian Trentmann, Das "Recht auf Vergessenwerden bei" Suchmaschinentrefferlinks, CR 2017, S.28, Johannes Masing, VerBlog vom 14. August 2014, Ziffer 6. b) : <http://verfassungsblog.de/ribverfmg-masing-vorlaufufge-einschaetzung-der-google-entscheidung-des-eugh/>).

⁴⁷ CJEU (Anm.6), para. 80f.

⁴⁸ いわゆるゲートキーパーとしての役割自体は、CJEUの判決でも認められているとおり（Vgl. CJEU (Anm.6), para. 36. Vgl. Peter Schantz/Heinrich Amadeus Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn.1212., Peter Hilgert/Sebastian Hilgert, Anmerkung, JM, 2018, S.362f.）、判決に対する評釈もこの点を重視するものは少なくない（Vgl. Kühling (Anm.46), S.529, Gerald Spindler, Durchbruch für ein Recht auf Vergessen (werden)?, JZ 2014, S.987.）もともと、CJEU判決を見る限り、特段この事情が検索事業者に有利に作用しているようには見えない。

⁴⁹ Vgl. Hilgert/Hilgert (Anm.48), S.362f.

⁵⁰ Hilgert/Hilgert (Anm.48), S.363. CJEU判決では、検索ワードがデータ主体の氏名のみであったという事案の相違にも言及しつつ、この点を指摘するものとして、Vgl. Singer/Beck (Anm.35), S.129, 134.

立する旨が定められている。同 823 条 1 項では、権利又は法益の侵害が構成要件として定められているのに対し、同条 2 項では BDSG のような行政法規など、他の法領域において設定されている行為基準を、不法行為の構成要件としても利用することを可能にする形で、不法行為法の保護領域が拡張されている⁵¹。ただ、同項に基づいて不法行為の成立を主張するためには、問題とされる規定が公共の利益のみならず個人の利益をも保護するものであることが認められなければならない。この点、まず BDSG 1 条 1 項では、個人データの取扱いによる人格権侵害から個人を保護することが法目的であることが明記されている⁵²。さらに、以下で詳述するように、ここでの争点である BDSG 29 条違反の有無は、(データ保護指令 7 条 (f) に対応する形で) 管理者が依拠する経済的自由やコミュニケーションの自由に対して、一般的人格権に由来する当事者の情報自己決定権などが対抗するという、諸利益の衡量を通じて判断されるところから⁵³、当事者の具体的権利が保護されていると考えて問題ないだろう。不法行為による損害賠償請求ではなく、BGB 1004 条の類推適用を通じて不作为請求権が可能とされるのも同様に、BDSG 29 条違反が当事者の人格権侵害にあたると考えられているからであろう。以上より、ここでの争点は、個人データの取扱いに関するルールについて定める BDSG 違反の有無である。

(2) BDSG 29 条違反の有無

BDSG では、自ら個人データを利用する目的で個人データが取り扱われる場合と、第三者への提供を目的として個人データが取り扱われる場合とが別々に規律されている⁵⁴。29 条が定めているのは後者の扱いであり、ここでいう「提供」を目的とする取扱いには、名簿取引のほか、SNS やレビューサイト上で公開の対象とされる者のデータの取扱いも含まれると解されている⁵⁵。検索エンジンについても、その収集から公開に至る一連のデータの取扱いは、事業目的達成のための補助手段ではなく、それ自体が事業目的であり、検索対象とされる者の個人データの提供が問題になっている限りにおいて、BDSG 29 条が適用されると考えられていた⁵⁶。

BGH は、検索事業者としての Google による個人情報の取扱いに BDSG が適用されることを確認したうえで⁵⁷、検索エンジンを通じた本件リンクの提供が BDSG 29 条に違反するか否かを検討する。

本件と関係する範囲で BDSG 29 条の内容を確認すると、まず 1 項では提供の前段階におけ

⁵¹ BGB 823 条 2 項の概要については、Vgl. Kötz/Wagner (Anm.17), S. 96ff. (翻訳は 113 頁以下), Deutsch/Ahrens (Anm.17), S.100ff. (翻訳は 137 頁以下)。

⁵² Spiros Simitis in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., 2014, Art. 1, Rn.24.

⁵³ Vgl. Benedikt Buchner in: Wolff/Brink (Anm.10), Art.29, Rn.4f., 55f., BGH, 23.06.2009. - VI ZR 196/08 -, Rn.27. この判決については、鈴木秀美「インターネット上の表現の自由と名誉・個人情報の保護」[2012 年-1] アメリカ法 49 頁以下参照。

⁵⁴ Peter Gola/Christoph Klug/Barbara Körfner, BDSG, 12. Aufl., 2015, Art.29, Rn.1.

⁵⁵ Gola/Klug/Körfner (Anm.54), Art.29, Rn.8.

⁵⁶ Buchner (Anm.53), Art.29, Rn.41ff. これに対して、BDSG の制定過程を根拠に、インターネット上の個人情報の公開は「提供」に当たらないと主張する見解として、Becker (Anm.13), S.120ff. なお、このように理解しても、消去請求を受けた場合の管理者の通知義務について定める GDPR 17 条 2 項で「公開」という文言が用いられている以上、インターネット上の公開も適用対象となる。Vgl. Becker (Anm.13), S.143f.

⁵⁷ Google がインターネット上で既に公表された個人情報を、変更を加えない形で取り扱っていることは BDSG の適用を免れる理由にならないこと、投稿を自動的に列挙する形でのデータ処理は、ジャーナリスティックな目的のための、プレスに特有の編集を伴っていないことから、BDSG の一部適用免除を認める放送及びテレメディアに関する州際協定 (Rundfunkstaatsvertrag) 57 条の定めるメディア特権の対象にはならないこと、検索事業者に請求を立てるにあたって、事前になし同時並行的に元サイトの運営者に対しても請求を立てる必要はないことを確認するにあたって、BGH は CJEU の 2014 年先決判決を参照している。Vgl. BGH (Anm.1), Rn.43ff.

る収集、保存等の取扱いが規律されている。1項1号によると、これらのデータ取扱いを排除する「保護に値する利益」を当事者が持つと推定する根拠が認められない場合には、合法的にデータを取扱うことが出来る旨が定められており、諸利益の衡量を通じて、この要保護性の有無が判断されることになる。比較衡量のための準則を条文の文言から明確な形で読み取ることが難しく、柔軟な判断が可能となっている一方で、曖昧な文言が当事者の情報自己決定権に不利に作用することも懸念されており、原則として当事者の要保護性が前提とされるべきという主張も見られた⁵⁸。

もっとも1項2号では、インターネット上のサイトのように⁵⁹、一般的にアクセスできる情報源から入手することのできる個人データについては、収集、保存等のデータ取扱いが違法になる場面が、当該取扱いを排除することに対する当事者の保護利益が「明らかに優越する場合」に限定されており、1号よりも緩やかな規制が採用されている⁶⁰。

それに対して2項では、①データの提供を受ける第三者が、当該データを知ることに対して正当な利益を有することが信頼できる形で示され⁶¹、かつ②提供を排除する「保護に値する利益」を当事者が持つと推定する根拠が認められないことが、合法的なデータ提供の要件とされている。この2項の存在意義は、1項に基づいて収集等されたデータが提供される具体的な場面において個別に提供行為をチェックすることにあると説明されているが⁶²、ここでは、データ取扱いの要件を緩める1項2号のような規定はない。したがって、データの提供される範囲など比較衡量において考慮に入れられる要素は異なって来るものの、基本的には1項1号と同じように、当事者に原則として有利な衡量判断が行われるべきこととなる⁶³。しかしBGHは過去の判決において、レビューサイトのようなネット上における個人データの公開に対しては、意見の自由（基本法5条1項）を考慮に入れてBDSG29条2項を憲法適合的に解釈することが求められ、インターネットというコミュニケーションメディアを想定していないBDSGの規定を、文言通り適用することは、コミュニケーションの自由（基本法5条1項）にそぐわないと判断している⁶⁴。BGHによるこの憲法適合的解釈は、メディア特権に基づくBDSGの適用除外を否定する一方で⁶⁵、メディアの自由と人格権との衡量という事態を明らかに念頭に置いていないBDSGの窮屈な規定を、伝統的メディアと一定程度、機能的に類似する事業者に対して形式的に適用することに躊躇した結果であろうと推察されるが⁶⁶、技術の発展を理由に、実質的に人格権の保障を低減させるような憲法解釈を求めることに対しては異論も提起されている⁶⁷。しかし、本判決において1項2号とは別に、2項の判断が行われていないところを見ると、BGHはこの2項の解釈を本判決でも維持しているものと思われる。

BGHは、本件Googleによる個人データの取扱い目的は、インターネット上で検索可能な情

⁵⁸ Buchner (Anm.53), Art.29, Rn.51ff.

⁵⁹ Eugen Ehmann in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., 2014, Art. 29, Rn.193.

⁶⁰ Buchner (Anm.53), Art.29, Rn.75, 78ff. ここでは保護法益の明白な優越性が認められる場面として、個人関連データの取扱いが差別的に作用する場合などに加えて、オンラインアーカイブを通じた個人データの公開に対しても、時の経過により当事者利益の明白な優越性が肯定される場合があると述べられている。

⁶¹ データの提供を受ける者が意図する目標・目的のためにデータの内容を知ることが必要であれば、この正当な利益は原則として認められると説明される。Buchner (Anm.53), BDSG Art.29, Rn.105.

⁶² Vgl. Ehmann (Anm.59), Art.29, Rn.210ff.

⁶³ Buchner (Anm.53), Art.29, Rn.121ff.

⁶⁴ BGH (Anm.53), Rn.42. 鈴木・前掲53) 49頁以下参照。

⁶⁵ BGH (Anm.53), Rn.19ff.

⁶⁶ Vgl. Matthias Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S.26, Anm.20.

⁶⁷ Buchner (Anm.53), Art.29, Rn.117ff.

報を、検索エンジンを通して利用者に対して提供することであり、検索エンジンによる個人データの収集により広告収入が発生しているからといって、データ収集に目的が特定されるわけではないこと (Rn.48), また、Google が取り扱っているデータは、インターネット上で誰でも見つけることのできるコンテンツであり、一般的にアクセスすることのできる情報源に該当することを認めたくえて (Rn.49), 収集、提供等の取扱いの違法性を左右する利益衡量について検討する。上述のように、原告の不作为請求では①収集、保存ないし変更の排除に対する当事者の保護利益が明らかに優越すること、及び②1項の目的の枠内における提供を排除することについて、当事者が保護利益を有していると推定する根拠が存在することが要件とされているところ、BGHは比較衡量の結果、本件不作为請求はこれらの要件を充たしていないと判断する。保護に値する利益を原告が持っているか否かを判断するためには、基本権の間接的効力を考慮に入れた上で、原告の情報自己決定権 (基本法1条1項と連携した2条1項, 欧州人権条約8条1項及び欧州基本権憲章8条) と被告及び検索エンジン利用者とのコミュニケーションの自由に対する権利⁶⁸ (基本法5条1項, 欧州人権条約10条1項, 欧州基本権憲章11条) との衡量が必要になるところ (Rn.51), BGHはここで、妨害者責任を根拠とする不作为請求の可否を検討するにあたって行われた考察は、こちらの請求についても妥当するとし、「インターネットを利用可能なものとする上で検索エンジンが果たしている機能や、それが持つ特別な重要性を考慮すると、原告の保護に値する利益が優位していると言えるためには、明白かつ一見するだけでも明確に認識することのできる権利侵害を検索事業者に示す、十分に具体的な指摘が必要である」と述べ、インターネット利用における検索エンジンの重要性を、ここでも被告に有利な事情として持ち出し、間接妨害者責任における審査義務違反とBDSG29条違反の判断基準を揃えることで、BGHは本件における後者の違反についても否定している。さらに、本件で異議を受けている検索結果は原告の氏名だけでなく、他の一定の検索ワードが用いられた場合に提供されるものであることを考えると、これら本件検索結果を見つけ出すためには、原告と本件掲示板ないし本件掲示板に近い者たちとのつながりについて、利用者は既に予備知識を持っている必要があるという点についても言及し、検索エンジンを通じたデータの広範な流通を強調するCJEU判決との区別を正当化する事案の相違として位置づけられている (Rn.52)⁶⁹。

(3) 検索事業者と基本法5条

検索事業者の間接妨害者責任を検討する際に明示的には言及されていなかったが、ここで検索事業者及び検索エンジンの利用者に対して基本法5条の保障が及ぶことが示されている。し

⁶⁸ コミュニケーションの自由は、基本法5条1項の下で保障されている5つの自由を総称したものである (Hans D. Jarass, in: Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), GG, 15. Aufl., Art.5, Rn.1). 意見の自由を持つ民主的な意見形成に対する重要性や客観的内実などが連邦憲法裁判所により認められていることを根拠に、保護の範囲拡大や程度の強化を主張する見解も見られる (議論の概観として、Vgl. Matthias Jestaedt, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, § 102, Rn.10ff., Kovacs (Anm.28), S.88). しかし、こうした主張に対しては、コミュニケーションの自由という名称は、コミュニケーションの条件が大きく変わったことにより、基本権に対する新たな脅威が生じることに注意を向けさせる意味はあっても、それ以上に保障の枠組みの構造転換まで求められると考えると考えることに対しては懐疑的な見解が見られる。Vgl. Jestaedt (Anm.68), § 102, Rn.27, Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl., 2016, Rn.612 (ボード・ピエロートほか (永田秀樹ほか訳) 『現代ドイツ基本権 (第2版)』 (法律文化社, 2019年) 205頁以下 [邦訳は第31版])。

⁶⁹ 日本の最高裁決定でも、問題とされた検索結果が原告人の氏名のみならず居住地 (県) を検索条件とするものであったことが、プライバシーに属する事実の伝達範囲が限定的であったと判断する根拠とされている。最決・前掲41) 66頁以下。

かし、基本法5条の保障するいかなる利益がどのような形で本件と関係しているのか、判決中では説明されていない。したがって、ここで学説における議論を整理することにしよう。情報の伝達に関する分野において基本法5条1項では、1文前段で意見の自由について定められているのに対し、2文でプレス・放送・フィルムが保障されている。ホストプロバイダないし検索事業者に対して、これら自由の保障が及ぶか否かは、その具体的な活動及び、各々の自由が持つ保護の射程により判断されることになる。

(a) 意見の自由（基本法5条1項1文）

基本法5条1項1文では、自らの意見を表明する自由が明示的に保障されている。しかし、この「意見 (Meinung)」の概念は広範に解釈されており、価値判断 (Werturteile) のみならず、それ自体としては価値判断と区別される事実の申立て (Tatsachenbehauptungen) も保護範囲に含まれると考えられている。事実の選択や解釈を通じて事実、主観的・価値的要素としばしば分かち難く結びつくことや⁷⁰、公共の議論にとっての重要性という点では事実の申立てが価値判断に劣るということは決してなく、基本法5条1項が全体として保護している、意見形成のための前提条件として貢献している限りにおいて、意見の自由により保護されることなどが⁷¹、その広範な解釈の根拠とされる⁷²。

意見の自由に対する上記のような理解を背景として、まず、検索事業者による検索結果の表示が「意見の表明」に該当することを否定する見解がある。第三者の作成したウェブサイトへのリンクを提供したからといって、検索事業者が当該サイトで主張されている意見を自分の意見としている訳ではなく、検索結果に表示されるスニペットと呼ばれる文章もリンク先の文章からの抜粋にすぎないというのがその根拠である⁷³。

また、事実の申立ても意見の自由の保護範囲に含まれており、したがって、他者の意見の流通にも意見の自由の保障が及ぶことも考えられるが、実際には検索事業者による他者の意見の流通に対して表現の自由の保障が及ぶことも否定されている。連邦憲法裁判所の裁判例によれば、事実の申立てに対する意見の自由の保障は、意見の選択を通じて流通者が賛成や反対などの態度を表明することで、他者の意見の流通が同時に価値判断の表明でもある場合に限られており、流通が完全に内容中立的に行われている場合には、意見の自由の保障は及ばない⁷⁴。したがって、この裁判例に従う限り、何ら編集作業に基づいておらず、アルゴリズムに基づく自動化されたプログラムにより作成された検索結果の表示は、意見の自由の保障を受けないと説明される⁷⁵。

これに対して、アルゴリズムを用いたウェブサイトの整理・順位付けには価値判断が反映されていることを根拠に、意見の自由の保障を肯定する見解もある⁷⁶。しかし、この見解に対し

⁷⁰ Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, 6. Aufl., 2017, Rn.209, Jestaedt (Anm.68), § 102, Rn.35. Vgl. BVerfGE 61, S.9.

⁷¹ Michael/Morlok (Anm.70), Rn.209, Jestaedt (Anm.68), § 102, Rn.35. Vgl. BVerfGE 90, S.247. [小野寺邦広『「アウシュヴィッツの嘘」規制と意見表明・集会の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』前掲34) 162頁以下参照]。

⁷² 他にも欧州人権条約10条1項2文の解釈との整合性も根拠として挙げられる。Vgl. Michael/Morlok (Anm.70), Rn.209.

⁷³ Robert Elixmann, Datenschutz und Suchmaschinen, 2012, S.80.

⁷⁴ Vgl. BVerfG, 25.06.2009, - 1 BvR 134/03, Rn.58f. 株式市場の動向を専門家の視点から報道する雑誌において公表された、原告に対して当時進行中であったインサイダー取引等の捜査手続に関する転載記事に対して不作為(差止)請求が認められた事案において、当該転載記事に対する意見の自由の保障が否定されている。

⁷⁵ Vgl. Elixmann (Anm.73), S.80f.

では、たとえ検索結果の表示に価値判断が反映されているとしても、そこで示されるのは検索ワードに対する各コンテンツの優先順位にすぎず、順位付けされたコンテンツに対する態度ではないという再反論が見られる⁷⁷。

このように学説では見解の対立が見られるものの、結論としては、BGHはホストプロバイダ・本件検索事業者のいずれの活動についても意見の表明とは捉えていないとみるべきであろう。なぜなら、仮にBGHが人格権侵害を含むコンテンツの提供をホストプロバイダ・検索事業者による意見の表明と捉えているのであれば、当該事業者との関係において当事者の人格権を侵害しているのはまさにその提供行為であり、(オートコンプリート判決と同様に)これら事業者も直接妨害者と判断される余地が出てくるからである⁷⁸。しかし実際には、ホストプロバイダ及び本判決における検索事業者の直接妨害者性をBGHは端的に否定しており、こうした判断は、これら事業者はあくまで媒介者であって、意見表明の主体とは考えていないというBGHの立場を表しているように思われる。

(b) メディアの自由 (基本法5条1項2文)

5条1項の保障対象はコミュニケーション・プロセス全体であり、同項2文では「意見」とは区別される形で、プレス・放送・フィルムという制度自体が保護の対象とされている。ただし、意見の自由の保障においてはコミュニケーションの形態は問題とされていないの対し、基本法5条1項2文の保障する自由は、条文上その対象が上述のコミュニケーションメディアに保障対象が限定されている。これら伝統的なマスメディアは、時間的・空間的な限定を超えて不特定多数に情報を伝達するという特別な機能を持つ点で共通しており⁷⁹、個別の意見表明の重要性を上回る、公の意見形成に対して特別な役割を担っているから、意見の自由と区別される独自の要保護性を持つと説明されてきた⁸⁰。他方、その後のデジタル技術の発達を契機とする新たなメディアの登場により既存のメディアの区分を維持することが難しくなったことなど、社会の変化を背景に、「メディアの自由」といった名称の下での各種メディアの統一的理解や、「放送の自由」の拡大解釈の必要性が指摘され始める⁸¹。そして、新しいメディアに基本法5条1項2文の保障が及ぶか否かが問われるようになり、機能的に伝統的なマスメディアに比肩しうるメディアについては、その保障を及ぼす余地が生じてくる。その場合、保障の有無を判断するための基準が問題となるが、この点、コミュニケーションの人数の多寡を基準に判断することは難しく、編集や情報の整理・選択といった活動形態を重視する見解が出てくるようになった⁸²。

⁷⁶ Alexander Milstein/Matthias Lippold, Suchmaschinenresultate im Lichte der Meinungsfreiheit der nationalen und europäischen Grund- und Menschenrechte, NvWZ 2013, 182ff.

⁷⁷ Becker (Anm.13), S.94.

⁷⁸ Googleのオートコンプリート機能を通じた人格権侵害が争われた前掲判決でも、Googleに意見の自由の保障が及ぶことが認められているが、ここでは先例として引用されていない(BGH (Anm.15), VI ZR 269/12, Rn.22)。この判決ではGoogleが直接妨害者にあたることが認められているため、区別されたものと思われる。

⁷⁹ Vgl. Michael/Morlok (Anm.70), Rn.219.

⁸⁰ BVerfGE 85, S.12. ただし、ここで念頭に置かれているのはプレスである。Vgl. Jarass (Anm.68), Art.5, Rn.1, Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., Band I, 2013, Art.5, Rn.87.

⁸¹ Martin Diesterhöft, Das Recht auf medialen Neubeginn, 2014, S.185ff. EU基本権憲章11条2項では、具体的なマスメディアに言及することなく、「メディアの自由の尊重」とのみ定められていることも併せて指摘される。Vgl. Jarass (Anm.68), Art.5, Rn.2, Herbert Bethge, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl., 2018, Art.5, Rn.89c. 連邦憲法裁判所の判決にも「メディアの自由」といった表記は見られる。Vgl. BVerfGE 107, S.329; 117, S.258. これに対して、インターネットの発展に由来する新たな問題についても、既存の5つの基本権の問題の延長として理解すべきという立場として、Vgl. Schulze-Fielitz (Anm.80), Art.5, Rn.200.

このような、意見の自由とは別に保障される、メディアの自由の独自性は、当該自由の保護範囲の所在にも影響を及ぼしている。プレスや放送事業者における編集者やジャーナリストによる意見の表明に対して当然、意見の自由が適用されるが、それだけでなく、これらメディアを通じて伝達される他者の意見表明についても、プレスの機能それ自体ではなく、その内容の許容性が問題となっている限りにおいて、意見の自由の射程内とされる。その場合、メディアの自由の担い手は、他者の意見の自由を、メディアの自由の保護の中に「埋め込まれた」ものとして援用することができるものの、その許容性は、あくまで当該意見の自由を基準に判断されることになる⁸³。これに対して、意見の自由と区別されるメディアの自由の固有の意義として、個別の意見表明を超えた、自由な個人ないし公の意見形成にとってのメディアの意義が問題となる場面では、メディアの自由が適用される。具体的にいうと、基本法5条1項2文は、メディアが公のコミュニケーション・プロセスにおける任務に対応できるように、メディアに特有の、意見や情報を伝達する者としての職責をも保護の対象に含めており、その職務の執行及び当該メディアの制度的・組織的前提条件及び枠組み条件に特別の保護領域を設定している⁸⁴。

それでは、検索事業者自身に意見の自由の保障が及ばないとしても、それとは別にウェブ上の情報を伝達する検索事業者の媒介者としての機能に、(プレスや放送といった⁸⁵)メディアの自由の保障は及ぶのだろうか。この問題は、①検索事業者が直接メディアとして保障を受ける可能性と、②それらメディアの整備と緊密に結びついた補助行為として保障を受ける可能性とで分けて考える必要がある。

①学説ではまず、検索エンジンが所謂ゲートキーパーとして情報を提供することにより、メディアの自由(放送の自由⁸⁶)の保障根拠である、個人ないし公の意見形成のための重要な機能を果たしていることを根拠に、検索事業者も保護されるべきと説く見解がある⁸⁷。これに対しては、メディアの自由の保障を受けるためには、提供される情報は自らのものでなければならず(そう考えないと、次に検討する補助活動との区別ができなくなる)、検索ワードに関係するコンテンツを、事前に設定された技術的な基準により選別し提供しているにすぎない検索事業者にメディアの自由(放送の自由)の保障は及ばないという反論がある⁸⁸。他方、利用者のために一定の範囲で意見や情報が整理・選別されていることを理由に、メディアの自由によ

⁸² Vgl. Michael/Morlok (Anm.70), Rn.220, Schulze-Fielitz (Anm.80), Art.5, Rn.86ff., Jarass (Anm.68), Art.5, Rn.1. なお伝統的な区分によるものとして, Bethge (Anm.81), Art.5, Rn.45.

⁸³ Vgl. Jestaedt (Anm.68), § 102, Rn.104, BVerfGE 102, S.359. [川又伸彦「ショック広告と表現の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社, 2008年) 131頁以下参照].

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 85, S.12f., BVerfGE 113, S.75, s. a. Jarass (Anm.68), Art.5, Rn.32, Jestaedt (Anm.68), § 102, Rn.104. [牧野忠則「名誉毀損的表現と真実性の証明」『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』前掲34) 133頁以下] ただし、念頭に置かれているのはプレスである。放送については, Vgl. BVerfGE 77, S.74. 意見の自由とメディアの自由との関係に対する、連邦憲法裁判所とは異なる理解について, Sebastian Heselhaus, Anmerkung, NVwZ 1992, S.74If.

⁸⁵ スニベットに対する Google の審査義務が争われた事案において、検索事業者が検索エンジンを通じてネット上における意見ないし情報交換を保障していることを根拠に、検索事業者にプレスの自由の保障が及ぶことを肯定した裁判例がある (OLG Hamburg, 26.05.2011, - 3 U 67/11)。それに対して、検索事業者が直接放送の自由の保障を受けることを明示した裁判例は見られない。Vgl. Benedikt Grunenberg, Suchmaschine als Rundfunk, 2017, S.307f.

⁸⁶ 基本法における「放送」概念が技術の発展に対して開かれた概念であることもあって (BVerfGE 74, S.350f.; 83, S.302), 学説では検索エンジンに対する放送の自由の適用について検討するものが多い。Wolfgang Schulz, Von der Medienfreiheit zum Grundrechtsschutz für Intermediäre?, CR 2008, S.470, Elixmann (Anm.73), S.83, 90, Grunenberg (Anm.85), S.115ff.

⁸⁷ Vgl. Schulz (Anm.86), S.472.

⁸⁸ Vgl. Elixmann (Anm.73), S.89f., Becker (Anm.13), S.90.

る保障を肯定する見解もある⁸⁹。

また、これとは別に、メディアの自由（放送の自由）の保障対象が、不特定多数人に情報を伝達するマスコミュニケーションであったことから⁹⁰、利用者に対して提供される情報が、各人がその都度入力する検索ワードによって異なる検索エンジンに対してもメディアの自由を保障することが出来るかどうかの問題となりうる。もっとも、この要件は、例えば放送の受信者が不特定の人的集団であれば、誰もが放送を受信できることまでは求められていないと説明されているように元々厳格に解されておらず⁹¹、検索エンジンについても、個人の嗜好や検索履歴に拘わらず同一の検索ワードに対して、事前に設定されたアルゴリズムに基づいて同一の検索結果が提供されるのであれば、（マスメディアと区別される）パーソナルコミュニケーションには該当しないと説明されてきた⁹²。しかし、この点は所謂パーソナライズド機能の登場により、状況は変化している。すなわち、これまでは不特定多数の相手に対して同一のコンテンツが提供されることが前提となっていたが、その前提は既に崩れている。この事態に対してもなお、現行の検索結果の表示は、完全に個人別に作成されたものではなく、「客観的」な結果リストを個々の利用者に合わせて修正されたものにすぎず、提供内容が異なるからといって、直ちにパーソナルコミュニケーションになる訳ではないとして、なお放送の自由の適用を支持する見解もある⁹³。

なお、放送及びテレメディア（電子的な情報サービス及び通信サービス）に関する州際協定（Rundfunkstaatsvertrag）は57条において、テレメディアの提供におけるジャーナリスト的な目的のための個人データの処理に対してBDSGの一部適用免除を認めているところ、この規定についてBGHは基本法5条1項2文の保障するメディアの自由の発露と説明していた⁹⁴。したがって、テレメディアを運営する検索事業者にメディア特権の適用が本件BGH判決で否定されていることは、検索事業者がメディアの自由の主体と考えられていないことの傍証と考えることができるかもしれない。しかし、憲法上の放送概念と単純法律上のそれとは区別されることから⁹⁵、決定的な根拠とは言い難い。

②たとえ検索事業者自身がメディアと認められなくとも、その活動がメディアに対する一定の補助活動であることが認められれば、メディアの自由の保障を受ける余地が出てくる。プレス
の自由に関係する判決の中で連邦憲法裁判所は、プレスの組織外における補助活動には保障

⁸⁹ Jarass (Anm.68), Art.5, Rn.111, s. a. Schulze-Fielitz (Anm.80), Art.5, Rn.86. なお, Schulz は, 検索エンジンによる選別は情報の重要性に関する判断を伴うものではなく, その点で典型的なメディアによる選別との間に構造的差異が存在することを認めている。しかし, この点は, 保護範囲ではなく, 要保護性の程度の問題と考えているようである。Vgl. Schulz (Anm.86), S.473, 474.

⁹⁰ Michael/Morlok (Anm.70), Rn.227f., Schulze-Fielitz (Anm.80), Art.5, Rn.99.

⁹¹ Franz Schemmer, in: Volker Eppig/Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., 2013, Art.5, Rn.68, Grunenberg (Anm.85), S.77ff. s. a. Jarass (Anm.68), Art.5, Rn.47.

⁹² Vgl. Schulz (Anm.86), S.473f.

⁹³ Vgl. Grunenberg (Anm.85), S.119ff. 内容の同一性を厳格に求めると, 検索エンジンに限らず多くのオンラインサービスが基本法5条1項2文の保障範囲から外れる可能性も併せて指摘されている。しかし同時に, 技術の進展に合わせてメディアが変化の中で, このような説明が今後も引き続き妥当するとは限らず, 直接的に憲法上の概念ではないマス/パーソナルという区別を, 今後も基本法5条1項の保障範囲を画する基準として維持しうるかどうかわれなければならないとも述べられている。Vgl. Grunenberg (Anm.85), S.76, 122ff.

⁹⁴ BGH, 09.02.2010, - VI ZR 243/08, Rn.26.

⁹⁵ Vgl. Bethge (Anm.81), Art.5, Rn.90a, Schemmer (Anm.91), Art.5, Rn.66.1, Elixmann (Anm.73), S.83. 州際協定については, 鈴木秀美「EU一般データ保護規則とドイツのメディア適用除外規定」メディア・コミュニケーション69号(2019年)6頁以下参照。

が及ばないのが原則であると述べる一方、プレスの創作物に関わらない独自の補助活動であっても、典型的にプレスと関連しており、また、プレスと密接な組織的關係にあり、自由なプレスが機能するために必要な活動であって、なおかつ当該活動に対する国家の規制が、意見の流通を制限する形で作用する場合には、自由なプレスのために例外的に保護されうると判示しており⁹⁶、この議論は放送の自由にも妥当すると考えられている⁹⁷。

このような形で検索事業者にメディアの自由の保障を及ぼすことに積極的な見解も見られるが⁹⁸、この点についてもやはり反対説が見られる。確かに検索エンジンがオンライン・メディアを利用するための前提条件であったとしても、検索事業者と各サイトにおけるコンテンツの作成者とは、契約関係のような特別の関係にはなく、したがって、プレスと卸売商ないし書店との関係に見られるような、メディアに対して排他的な形で方向づけられた、緊密な組織的關係が検索事業者については認められないというのがその根拠である⁹⁹。

(c) コンテンツ作成者の意見の自由及び検索エンジン利用者の情報の自由

上記のように、検索事業者の活動に意見ないしメディアの自由が及ぶか否かについては意見が対立している。しかし仮に、検索事業者が自らの権利として基本法5条1項に依拠することが出来なくとも、比較衡量に際して他者の基本権が客観法的次元において、検索事業者の基本法上の地位を強化することも指摘されている。具体的に考慮の対象となるのは、①元サイトにおけるコンテンツの作成者が持つ意見の自由、及び②検索エンジンの利用者が持つ情報の自由である¹⁰⁰。以下、簡単に整理することにしよう。

①基本法5条1項1文後段では、一般に近づくことのできる情報源から、妨げられることなく情報を得る自由が保障されており、連邦憲法裁判所は民主制原理と人格発展の観点からその保障の必要性を根拠づけている¹⁰¹。ここでいう「一般に近づくことのできる情報源」とは、「不特定多数に情報を伝達することに技術的に適しており、かつそのように伝達するように指定されている」ものを指すと解されているところ¹⁰²、検索エンジンを通じて発見されるネット上の情報がこれに該当することに異論はないだろう¹⁰³。そして、情報の自由の下では情報の（消極的な）受領から（積極的な）獲得に至るまで、情報の入手方法が包括的に保護されており、検索エンジンを用いたネット上の情報検索も当然保護の対象である¹⁰⁴。

また情報の自由は、その客観法的次元において自由なコミュニケーション・インフラを確保するよう国家に要求しており、この要求は私人間における私法の解釈に対しても影響を及ぼす¹⁰⁵。もっとも、私人間における情報の自由の保障の程度はそれほど強いものではないという指摘もあり¹⁰⁶、また、2014年のCJEU判決においても情報の自由は比較衡量の中で衡量

⁹⁶ Vgl. BVerfGE 77, S.354. 波多野悟史「信託 (Treuhand) の思想」早稲田法学会誌第65巻1号 (2014年) 392頁も参照。

⁹⁷ Elixmann (Anm.73), S.90.

⁹⁸ Vgl. Kai von Lewinski, Staat als Zensurhelfer, AfP 2015, S.6, Hoeren (Anm.33), S.434.

⁹⁹ Vgl. Elixmann (Anm.73), S.90ff., Diesterhöft (Anm.81), S.190f. 連邦憲法裁判所の議論を参照しつつ、放送についてはプレスと異なりそこまで緊密な関係が求められていないと解釈する余地も指摘されている。Vgl. Schulz (Anm.86), S.471.

¹⁰⁰ Vgl. Diesterhöft (Anm.81), S.178ff., 191.

¹⁰¹ BVerfGE 27, S.81.

¹⁰² BVerfGE 27, S.83.

¹⁰³ Vgl. Elixmann (Anm.73), S.96.

¹⁰⁴ Becker (Anm.13), S.101, Schulze-Fielitz (Anm.80), Art.5, Rn.85.

¹⁰⁵ Vgl. Elixmann (Anm.73), S.96, Dieter Dörr, in: Merten/Papier (Anm.68), § 103, Rn.97.

される利益の中に含まれてはいるものの、削除請求を覆すほどの重要性までは認められなかったことは周知のとおりである¹⁰⁷。しかし、これに対して、ネット上の膨大な情報を有効に活用できるか否かは、検索エンジンによる案内 (Orientierungshilfe) に依存しており、その意味でネット上の情報を妨げられずに交換する上で検索エンジンの存在は大きなリスクになっているという事実を考慮に入れる必要性を強調する見解もある¹⁰⁸。

②また、検索事業者に対するリンク等の削除請求の可否を検討するに際しては、削除により生じる情報交換の制限は、元サイトにおけるコンテンツの作成者に対しても間接的に影響を及ぼすことから、彼らがもつ意見なしメディアの自由も考慮に入れる必要があると説く見解もある¹⁰⁹。レビューサイトやブログの運営者等のホストプロバイダに対する削除請求の可否が争われたBGHの先例において、事業者が自ら意見表明を行っている訳ではなく¹¹⁰、また、問題となっている意見の内容を自らのものとしている訳でもないにも拘らず¹¹¹、衡量に際して意見の自由なしメディアの自由と言及されていることを根拠に、BGHもこのような立場を共有していると説明されている¹¹²。本判決においても、Googleの審査義務違反に関する検討の中で、本件で問題とされる名誉毀損的呼称に議論の主題との結びつきが存在するか否かを判断するにあたって、ブロガーの意見の自由が考慮される旨が示されているところを見ると、確かにBGHも同様の理解に立っている可能性はある¹¹³。しかし、元サイトにおけるコンテンツ自体には影響を生じさせないリンク等の削除が、何故元サイトのコンテンツ作成者の自由を制限することになるのかという点については、説明が必要であろう。いくつかの裁判例では、「プレスなしメディアの自由をも含めることで情報の利用可能性に関する公共の利益が高められ、そのために検索エンジン利用者の情報の自由との関連性も格別となる¹¹⁴」、「表現の自由には、自分の意見を聴いてもらい、また流通してもらい権利も含まれる¹¹⁵」などと述べられている一方、BGH自身はこの問題について十分な説明をしているとは言い難い。

¹⁰⁶ パラボラアンテナの設置を排除する賃貸借契約上の規定を原則として有効と判定した連邦憲法裁判所の決定を引き合いに出しつつ、このことを指摘するものとして、Vgl. Dörr (Anm.105), § 103, Rn.98, BVerfGE 90, S.34ff.

¹⁰⁷ CJEU (Anm.6), para. 91, 97.

¹⁰⁸ Elixmann (Anm.73), S.97. 検索サービスがウェブ上にある膨大な情報を活用する上で重要であることをBGHはかなり早い段階から指摘している。BGH, 17.07.2003 - I ZR 259/00, Rn.68 (juris).

¹⁰⁹ Diesterhöft (Anm.81), S.178ff., Becker (Anm.13), S.90. これに対して、たとえ検索事業者にGG5条1項の保障が及ぶとしても、当該事業者の関心は主に商業的利益にあり、流通されるデータの内容に対しては強い関心を持っていないという事情を衡量の中で考慮すべきという見解もある。Petri (Anm.22), S.211f.

¹¹⁰ BGH (Anm.53), Rn.39. ここでは問題とされる意見の表明が、事業者ではなく学生によるものであることが前提とされている。

¹¹¹ BGH (Anm.15), VI ZR 93/10, Rn.20.

¹¹² Diesterhöft (Anm.81), S.180, m. Anm.837.

¹¹³ BGH (Anm.1), Rn.41. 前注36) 参照。

¹¹⁴ OLG Celle, 29.12.2016, - 13 U 85/16, Rn.14 (juris), s. a. OLG Celle, 01.06.2017, 13 U 178/16, Rn.19 (juris).

¹¹⁵ OLG Köln, 31.05.2016, - 15 U 197/15. 2014年のCJEU決定の前に提出された法務官意見の中でも、ウェブページにおける公表者が検索エンジンによるインデックス化を制限しなかった場合において、ウェブページにおける公表内容がネットで利用可能にされることは、公表者による表現の自由の行使にあたる述べられている。Vgl. Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-131/12, Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González (24 June 2013), para.122. これに対して、引用を求める権利、皆に聞いてもらう権利あるいは、さらに流通してもらい権利を意見及びメディアの自由が根拠づけることはないとして、否定的な見解も見られる。Petri (Anm.22), S.212.

(4) 小括

これまで見てきたように、BGHはBDSG違反を理由とする削除請求についても、人格権侵害に基づく削除請求を否定するにあたって自らが述べた内容を参照し、インターネット利用における検索エンジンの重要性を強調することにより、検索事業者に対する削除請求が認められる範囲を限定的に解している¹¹⁶。ここで先の小括における整理と合わせて、本件BGH判決の重要と思われる点を3つ挙げることにしよう。

① BGHは検索事業者に対する削除請求が認められる範囲を大きく制限している。しかし、検索エンジンが持つ肯定的な側面を考慮に入れたことは評価に値するが、それでもなお責任制限の根拠は曖昧であるように思われる。とりわけ重要なのは、検索エンジンと基本法5条1項との関係であろう。学説の中には、検索事業者の間接妨害者責任が検討される中で基本法5条1項への言及が無かったことから、検索事業者にプレスないしコミュニケーションの自由は認められなかったと解釈する向きもある¹¹⁷。しかし、BGHにより検索サービスとパラレルに捉えられているホストプロバイダについて論じている箇所では基本法5条1項が参照されている点や、保護法規違反の検討における利益衡量の中でも検索事業者ないし検索エンジンの利用者のコミュニケーションの自由に言及されている点を見る限り、検索事業と基本法5条1項との間に一定の関係性が存在することは認められていると考えるべきであろう¹¹⁸。むしろ問題は、その関係性の内実が不明確なところにある。「メディアの自由」ないし「コミュニケーションの自由」といった、インターネットを始めとする技術の発展に開かれているかのような言い回しは便利だが、しかし保障の範囲や程度を説得的に論じるためには、基本法5条1項の下で保障される誰のどのような利益が、本件との関係においてどの程度保護されるのか、やはり明確にする必要があったであろう¹¹⁹。例えば、合法的な事業の継続に対する配慮が必要であることは、意見ないしメディアの自由に限らず、ある程度一般的に通用する話だろう¹²⁰。しかし、現行の事業モデルが無条件に追認されるとは考えられず、とりわけ人格権との関係で当該事業モデルにどの程度の配慮が必要であるかは、関連する諸利益の衡量により決まってくる問題であろう。だが、本判決においてオーバーブロッキングへの懸念という形で示された、現行の検索事業に対する配慮には、メディアを委縮作用から保護する趣旨まで含まれているのか¹²¹、判決文からは明らかでない。また、インターネットの利用における検索エンジンの重要性をBGH

¹¹⁶ 本判決で示された判断枠組みは、その後の判決でも維持されている。訴訟に関する報道の中で、自身の職業上の能力を批判された弁護士が、人格権侵害を理由に、当該報道へのリンクを検索結果から削除するよう請求した事案においてBGHは、明白かつ一見して既に明確に認識可能な人格権侵害の不在を理由に請求を棄却している。BGH, 24.07.2018 - VI ZR 330/17.

¹¹⁷ Hoeren (Anm.33), S.434.

¹¹⁸ Vgl. Singer/Beck (Anm.35), S.134, Gounalakis/Muer (Anm.21), S.2301.

¹¹⁹ BGHの用いるコミュニケーションの自由という概念が不明確である点を問題視し、なおかつ、その原因は「インターネット」の法的位置づけが不明確であると指摘するものとして、Vgl. Buchner (Anm.53), Art.29, Rn.70.1.

¹²⁰ 商標権を侵害するような模造品のオークション・プラットフォームへの出品につき、プラットフォーム運営者の責任が争われた事件においてBGHは、ホストプロバイダの責任制限について述べる「電子商取引指令」(2000/31/EC)にも参照しつつ、過剰な義務が事業モデル全体に与える影響を考慮し、運営者による事前の一般的な監視義務を否定している(BGH, 11. 03. 2004, - I ZR 304/01, Rn.48f. (juris)). Vgl. Philip Fürst, Störerhaftung, WRP 2009, S.380. 毛利・前掲15) 53頁以下、鈴木・前掲15) 193頁以下参照)。著作権法上保護された画像を検索事業者が増加検索サービスを通じて提供することが、著作権侵害に該当するか否かが争われた事件においてもBGHは、情報社会の発展促進を掲げる「情報化社会における著作権ならびに著作隣接権の調和に関する指令」(2001/29/EU)に言及しつつ、検索エンジンの存立を脅かすことを理由に、やはり一般的な監視義務を否定している。BGH, 21.09.2017 - I ZR 11/16, Rn. 62.

¹²¹ プレスについて、Vgl. Michael/Morlok (Anm.70), Rn.220.

が強調している点についても、私人間における情報の自由の要保護性を高める事情とも解しうるが¹²²、基本法との関係で、どのような趣旨でこの事情に言及されているのか、やはり判決文からは明らかでない。判決ではこうした点が明確にされないまま、利益衡量の中で検索事業に強い重みづけが与えられることで、現行の事業モデルが追認された形となっている。

② BGH の本件判決を見る限り、削除請求の根拠規定は重要ではない。人格権侵害とは別に、BDSG 上の規定を構成要件として削除を請求することは可能ではあるものの、BDSG 違反の判断は聊か強引ともいえる解釈を通じて、間接妨害者責任の検討において示された利益衡量の判断へと実質的に統合されている。また、BDSG29 条の規定が BGH の示したように解釈されるのであれば、根拠規定が仮に BGB823 条 2 項ではなく BDSG35 条であったとしても、構成要件が同じである以上、結論は変わらないことになる。

③ 最後は、CJEU が 2014 年に下した判決との関係である。既に述べたところとも重複するが、BGH は、他の論点については概ね CJEU の決定に依拠する一方¹²³、比較衡量審査に関しては、削除請求の根拠規定とは無関係に、CJEU とは異なる判断枠組みを採用しており、かつ、その前提にあると考えられる検索エンジンに対する評価についても、CJEU によるそれとは異なる評価を下しているように見える。既に述べたように、検索条件が情報の流通範囲に与える影響という事案の相違を根拠として CJEU 判決との区別を正当化している可能性もあるが、その場合には人格権に対する介入の程度が判断枠組みに与える影響（介入が重大な場合に本判決とは異なる判断枠組みが採用されるのか）という別の問題が生じることになる。このような問題点が存在するにも拘らず、BGH 自身は本件における EU 法上の争点は既に 2014 年の CJEU 決定の対象であり、改めて先決付託手続¹²⁴をとる必要はないと述べるのみで (Rn.62)、この点をめぐる両者の関係について、BGH がどのように考えているかは必ずしも明らかでない。両者の関係性をめぐる問題は、消去権の保障を明記した GDPR の適用後も議論の対象になるが、この問題は次節で再び扱うことにする。

Ⅲ. フランクフルト上級地方裁判所 2018 年 9 月 6 日判決

続いて、これまでの整理を踏まえた上で、さらなる検討を行うための素材として、フランクフルト上級地方裁判所 (OLG) 2018 年 9 月 6 日判決について検討する。以下では主に、検索エンジンと基本法 5 条 1 項との関係はどのように捉えられているか、そしてドイツにおける検索事業者に対する削除請求に対して、CJEU の判決及び適用が開始された GDPR はどのような影響を及ぼすのかという点を中心に、判決を整理することにしよう。

¹²² 海外出身の賃借人が、ケーブルテレビで視聴することのできない出身国の番組を受信するために、パラボアンテナを設置する行為を、賃貸借契約により禁止することの可否が争われた事件において連邦憲法裁判所は、そのような外国人の利益（情報の自由）を利益衡量の中にも含める必要性は認めつつ、ブロードバンド放送などにより重大な不利益を伴わずに受信する他の方法が存在する場合には、禁止が正当化されることを示している。Vgl. BVerfGE 90, S.36ff, Dörr (Anm.105), § 103, Rn.98.

¹²³ 例えば、検索事業者が管理者該当にすることや、検索事業者に削除請求を行うにあたり、事前に又は同時にコンテンツの作成者に対して請求を立てる必要が無いことなどを確認する箇所でも CJEU 判決が参照されている。Vgl. BGH (Anm.1), Rn.43, 45.

¹²⁴ 先決付託手続については、庄司克宏『新 EU 法 基礎篇』（岩波書店、2013 年）141 頁以下参照。

1. 事案

原告は、ヘッセン中部の企業で、2012年4月まで経営幹部を務めていた者である。この企業は2011年に100万ユーロ弱の赤字という経営中の問題を生じさせているが、その直前に、原告は健康上の問題を訴えている。当該企業の経営状況は繰り返し報道の対象となり、またその際、原告の氏名及び彼が健康上の理由により職務に就いていないという事実も併せて報道されることもあった。原告は自身の氏名を単独で、又は氏名と地理情報を一緒に検索用語として入力した際に表示される検索結果のうち、上記の報道につながる5つの具体的なURLの表示を止めるよう、検索事業者であるGoogleに対して請求した。原審にあたる地方裁判所では、先に検討したBGH判決と同様にBGB及びBDSG(旧)に基づいて請求の可否が検討されたが、その後2018年5月25日にGDPR及びGDPRの適用に合わせて改正されたBDSG(新)の適用が開始された。原告の請求は将来に向けられた不作為請求であり、かつ請求権は(GDPR適用開始後の)口頭弁論の時点で存在していることを理由に、OLGでは新法の適用の下で削除請求の可否が争われることとなった。

2. GDPR17条の適用

(1) 本件削除の「消去」該当性

GDPRの事項的¹²⁵ないし地理的適用範囲¹²⁶についても簡単に検討されているが、本件における中心的な争点はいうまでもなく、GDPR17条の下で保障される消去権(Right to erasure, Recht auf Löschung)に基づき、本件削除請求が認められるか否かである。本判決では概ね以下のような形式的・実質的根拠により、本件におけるGDPR17条の適用可能性が正当化されている。

最初に問われるべきは、検索結果からのリンクの削除が「消去」に該当するかどうかである。GDPRの中で「消去」は定義されていないことから、学説では見解が分かれている。「消去」を媒体の破壊やデータの上書き等によるデータの物理的消滅を意味するものと解釈すれば、データの発見を困難にするにとどまる検索結果からの削除は、「消去」には該当しない¹²⁷。事実、GDPRの適用前に下された本判決の原審は、BDSG35条1項の適用を否定している。その根拠は、検索エンジンは動的なシステムであり、検索条件に該当するURL等がサーバーから消去されても、インターネット上のサイトがその後も繰り返し巡回、インデックス化され、新たな検索結果のリストが作成されることで、当該のURL等が再度、利用者に提供されることも考えられ、このような事態は「消去」ではなく、将来に向けられた不作為請求でなければ対処できないというものである¹²⁸。それに対して、個人データの「処理」の定義(GDPR4条2号)において「消去」と「破壊」が並記されていることから両者を区別し、「消去」は物理的消滅

¹²⁵ GDPR2条1項によると、完全に又は部分的に自動化された個人データの処理に対して本規則は適用される。既述のGoogleによるインターネット上にあるデータの取扱いは、「個人データ」(同4条1号)の「処理」(同4条2号)に該当することからGDPRの適用対象となる(Rn.48 (juris))。

¹²⁶ GDPR3条2項によると、データを処理する者は、EU内に支店を持っていないとも、EU内にいる者の個人データを処理する場合には、当該処理が有料であろうと無料であろうと、商品ないしサービスの提供と結びついている限りにおいて、GDPRの適用を受ける。「商品」ないし「サービス」についてGDPRでは定義されていないが、判決では学説を参照しつつ、無料の場合は特に広義に解釈する必要がある。また、本件の場合には自身のデータを提供することが、検索サービスの利用に対する事実上の支払いになっているとして、Googleに対するGDPRの適用が正当化されている。(Rn.49 (juris))。Vgl. Thomas Zedlick, in: Eugen Ehmann/Martin Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., 2018, Art.3, Rn.18.

¹²⁷ Dix (Anm.13), Art.17, Rn.5.そこでは、削除により少なくとも消去権は間接的に実現されると述べられている。

¹²⁸ LG Frankfurt/Main, 26.10.2017, - 2-03 O 190/16, Rn.68 (juris).

まで要求しておらず、保存されている個人データを認識できないようにすればそれで十分であるとする見解もある¹²⁹。この立場に立つ論者は、GDPRにおける「消去」を（旧）BDSGのそれと合わせる形で理解しようと述べているが、彼らによれば以前のBDSG35条の下でも、復元を不可能にすることまでは要求されていなかったということになる¹³⁰。

OLGは、結論としては後者の見解を採用するが（Rn.51 (juris)）、そうすると当然、検索事業者に対する削除請求の根拠をBDGS35条ではなく、BGB上の不作為請求に求めているBGHの立場との関係が問われることになる。この点についてOLGも、本件削除請求は一定の検索ワードを入力した場合に検索結果の中で示される特定のURLの表示を止めるよう求めるものであり、データの消去を求めるものではなく、本件請求により他の検索ワードを入力した場合に当該のURLが表示することまで禁じられるわけでないことは認めている¹³¹。このようにOLGはBGH及び原審の立場に理解を示しつつも（Rn.52 (juris)）、結論としては以下の事情を挙げることで、少なくともGDPRの適用開始後は、本件請求の可否はGDPR17条により判断されると述べる。①2014年の先決判決においてCJEUは、CJEUは同種の事案において当時の欧州データ保護指令（Directive 95/46/EC）を根拠に検索事業者の削除義務を肯定しており、それが判決後の検索事業者による削除申請への対応やGDPR17条をめぐる審議にも影響を与えていることから¹³²、その限りにおいて、検索結果からのリンクの削除に対してGDPR17条は明らかに適用されないとまではいえない。また、②実際に学説においても、同条を根拠に検索事業者に対して削除請求できることが当然の前提とされている¹³³（Rn.53ff (juris)）。

(2) CJEU判決の射程

もっとも、このようにCJEUの2014年判決とGDPRとの関係を、連続性のあるものと解した場合、今度は削除請求の可否を判断するにあたって、当該CJEU判決の示した判断枠組みの射程をどのように理解するかという問題が出てくる。次にこの点について整理しよう。

OLGによると、本件削除請求の根拠となり得る規定は、GDPR17条1項(a)及び(d)である。順に見ていくとまず同条1項(a)では、収集ないし処理目的との関係でもはや必要でなくなっているデータが消去の対象となる旨が定められているところ¹³⁴、問題になるのは「必要性」の解釈である。OLGは、この「必要性」をいかに理解すべきかについて、3通りの可能性を検討している。①まず、必要性の有無を被告である検索事業者を基準に考えた場合、その目的は表示されているURLによって記事を発見可能にすることである以上、例えば記事の内容が古く

¹²⁹ Hans-Georg Kamann/Martin Braun, in: Ehmann/Selmayr (Anm.126), Art.17, Rn.34ff., Nolte/Werkmeister (Anm.9), Art. 17, Rn.10, Tobias Herbst, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), DS-GVO · BDSG, 2. Aufl., 2018, Art.17, Rn.37.

¹³⁰ これらの論者は、復元不可能性を要求する Dammann の見解においても、実際は管理者にとって情報の利用が不可能になっていれば十分と考えられていると指摘する。Vgl. Herbst (Anm.129), Art. 17, Rn.37, Anm.28, Kamann/Braun (Anm.129), Art. 17, Rn.35, Anm.69.

¹³¹ Nolte/Werkmeister (Anm.9), Art. 17, Rn.63, Singer/Beck (Anm.35), S.129.

¹³² Kamann/Braun (Anm.129), Art. 17, Rn.7.

¹³³ Herbst (Anm.129), Art. 17, Rn.69, Kamann/Braun (Anm.129), Art. 17, Rn.57. 他の論者においても、メディア特権 (GDPR85条2項) を理由に検索事業者が削除請求を免れることの可否を検討していることから、検索事業者に対して17条が適用されることが前提とされている。Vgl. Nolte/Werkmeister (Anm.9), Art. 17, Rn.45, Kamann/Braun (Anm.129), Art. 17, Rn.38.

¹³⁴ この削除請求は、GDPR5条1項(b)の目的による制限、及びそこから派生するデータの最小化(同5条1項(c))と保存制限(同5条1項(d))の原理から導かれると説明される。Vgl. Kamann/Braun (Anm.129), Art. 17, Rn.20. 各原則の詳細は、宮下・前掲7) 45頁以下参照。

なったからといって、リンクの必要が無くなることはない。②次に、必要性の判断を、リンクされているプレス記事の内容を基準に判断することが考えられる。しかし、この場合も「目的の実現」を、先にみたBGH判決が挙げたように「時の経過による、情報に対する全ての利益の消失」と厳格に理解すると¹³⁵、本件のようなプレス報道の記事について目的の実現という事態が現実には有り得るのか疑わしくなってくる。そのためOLGは、③目的が実現されているか否かは、個別の事案における対抗利益の衡量によって確認されるものであって、CJEUの先決判決がデータ保護指令6条1項(c)及び(e)[目的による制限について定めたGDPR5条1項(c)及び(d)に概ね対応]¹³⁶、そして同7条(f)¹³⁷[利益衡量について定めたGDPR6条1項1文(f)に概ね対応]の解釈を通じて削除請求を肯定した判断も、まさにこのような判断であったとする¹³⁸。そして、その結果として、本件削除請求の根拠規定はGDPR17条1項(a)だけではなく、同項(d)もまた削除請求の根拠として関わってくることになる。すなわち、GDPR17条1項(d)[概ねデータ保護指令12条(b)に対応]では、個人データが違法に処理された場合にデータ主体による消去権の行使が認められる旨が定められているところ、この規定は受け皿的な構成要件(Auffangtatbestand)と解されており¹³⁹、GDPRのみならず関係するEU法ないし構成国法の違反は全てこの規定に基づく削除請求の根拠となり得ることから、GDPR6条1項1文(f)の定める利益衡量を通じた違法性判断は同17条1項(d)にも関係することになる(Rn.59ff.(juris))。

もっとも、消去権の行使が認められるか否か判断するためにはGDPR17条1項の要件を検討するだけでは不十分であり、同3項に列挙される例外に該当する場合、消去権の行使は退けられることになる。OLGは、本件に関係する例外条項として、個人データが意見表明ないし情報の自由に対する権利行使のために必要である限り、同1項は適用されない旨を定める同3項(a)を挙げる。本判決ではこの規定は、意見ないし情報の自由に対して包括的特権を認めた規定ではなく、当事者の個人データ保護と、管理者及び第三者の権利・利益との適切な衡量を求めるCJEUが、判例の中で示してきた一般的準則を置き換えたものと説明されている¹⁴⁰。もっとも、具体的な衡量基準についてはここでは提供されていないため、削除請求の可否は、個別の事例の中で関係する基本権のその都度における重要性及び介入強度に基づく包括的な衡量により判断されることになり¹⁴¹、OLGはGDPR6条1項1文(f)において規格化された衡量条項をここでも同じように用いている(Rn.66f.(juris))。これは単純に考えると、消去権の根拠規定であるGDPR17条1項(a)と、例外条項である3項(a)の判断を通じて重複する2回の利益衡量が行われているということの意味している。この点、1項(a)を単純に諸利益衡量について定める規定と解すことが出来るかどうか疑問がないでもない。実際に、これに続く判決文を見る限り、後者の衡量は前者のそれに対して独自の意味を持っていない¹⁴²。

¹³⁵ BGH (Anm.1), Rn.36. s. a. Kamann/Braun (Anm.129), Art.17, Rn.20.

¹³⁶ Vgl. Tobias Herbst, in: Kühling/Buchner (Anm.129), Art.5, Rn.4.

¹³⁷ Vgl. Benedikt Buchner/Thomas Petri, in: Kühling/Buchner (Anm.129), Art.6, Rn.5.

¹³⁸ このようなCJEU判決に対する理解については、拙稿「検索エンジンによる検索悔過削除請求事件」論究ジュリスト29号(2019年)67頁以下参照。

¹³⁹ Herbst (Anm.129), Art. 17, Rn.28, Dix (Anm.13), Art.17, Rn.14.

¹⁴⁰ Vgl. Kamann/Braun (Anm.129), Art. 17, Rn.56 m. Anm.116. s. a. Nolte/Werkmeister (Anm.9), Art.17, Rn.44.

¹⁴¹ Vgl. Kamann/Braun (Anm.129), Art. 17, Rn.56, Herbst (Anm.129), Art.17, Rn.73, Dix (Anm.13), Art.17, Rn.31.

3. 本件における利益衡量

(1) BGH 判決の踏襲

上述のように、OLGによると、GDPR17条を根拠とする本件削除請求の可否は、本件事案における諸利益、即ち原告の情報自己決定権と被告検索事業者及び利用者が持つコミュニケーションの自由との衡量に依存する。ここで興味深いのは、OLGがBGHの判決をほぼ引用に近い形で参照することで、その判断枠組みを踏襲していることである。つまり本判決でも、検索エンジンの特別な立場を理由に、検索事業者の行為義務違反が成立する場面は、検索エンジンの結果リストに示されるサイトのコンテンツにより「当事者の一般的人格権が、明白かつ一見して明確に認識可能な形で侵害されていることを、事業者が具体的な指摘により知った場合」に限定されている。

また、この枠組みの下で行われる、事案に対する衡量判断においてもOLGは、本件報道は真正の事実を内容とするものであり、当事者にとって不都合な内容であっても原則として受忍されなければならないことから、公表時点で合法であったと述べる。加えて、原告が企業の経営幹部であったという本件事情は（秘匿性の低い）社会的領域に由来するものであることや、企業の経営状況やそれと原告の病気との関係をめぐる報道には重大な公共の利益が存在すること、原告の病気は確かにセンシティブデータではあるものの、報道によって原告の健康状態の詳細が明らかにされている訳ではない一方、この病気に関する情報によって企業の経営状況に関する報道の完成度が高められていることなど、衡量判断に関わる事情を列挙したうえで、被告検索事業者の行為義務違反を否定する（Rn.70ff. (juris)）。

(2) 健康に関するセンシティブデータの取扱い

なおOLGは、本件におけるリンク先に掲載されていた報道に原告の健康状態に関する情報が含まれていた点が、結論に影響を及ぼすことはないとする。当該情報は、GDPR9条1項で原則として取扱いの禁止される「健康に関するデータ」に該当し、この場合、同2項の定める厳格な例外条項が適用されない限り、同6条1項(f)の定める一般的な利益衡量を経ずともデータ処理は違法となり、当該データは「消去」の対象となる（同17条1項(d)及び同3項(a)）¹⁴³。元サイトにおける報道は、メディア特権によりGDPR9条の適用対象から外れることになるが、検索事業者についてはどう考えるべきか。

「この点で、検索エンジンが無ければ、大量のデータの全体を見渡すことはもはや出来ず、個人がインターネットを有効に利用することは不可能かもしれず、その結果、インターネットの利用は全体として、検索エンジンの存在とその利用可能性に依存していることを考慮に入れなければならない（…）。検索エンジンにより取り上げられているプレス報道に関して、基本法5条1項に基づく著者の利益を考慮に入れる必要がある。そして、それ自体としては許容される報道を、（おおまかな）健康データを提供したからといって、検索エンジンを通して見つけることが出来ないようにしてしまうことは、上記の考慮とは相容れない。また、補足的に指摘されるべきこととして、ヘッセン州プレス法10条と連携するGDPR85条

¹⁴² GDPR17条3項(a)は、同条1項及び関連する規定に基づく衡量が、意見ないし情報の自由との相互作用の観点から行われなければならないことを確認する規定にすぎず、それ以上に削除権を制限する形で意味を持たせるべきではないという見解もある。Vgl. Trentmann (Anm.46), S.33.

¹⁴³ Benedikt Buchner/Thomas Petri, in: Kühling/Buchner (Anm.129), Art.6, Rn.149.

によれば、ジャーナリスティックな目的のためのデータ処理に対して GDPR9 条は適用されず、その上、立法者はプレス“の補助企業 (Hilfsunternehmen)”をも適用対象に含めている。確かに検索エンジンは、そのような補助企業ではない。それでも、このことはインターネット上におけるプレス報道の公表並びに発見可能性という枠内であっても、GDPR の規定を無制限に引き合いに出すことは出来ないということを明らかにしている。」(Rn.74 (juris)).

上記引用箇所において OLG は、検索事業者自身は、意見ないしメディアの自由の享有主体でもなく、GDPR の適用除外を受ける補助企業ですらないことを認めつつ、検索事業者に対する GDPR9 条の適用を実質的に回避している。OLG はまず、元サイトにおけるプレス報道が受ける基本法 5 条 1 項 (2 文) の利益を検索事業者が援用しようという立場を明らかにし、その上で GDPR の適用除外規定を検索事業者にも及ぼすことを試みている。

この点について、関連する規定の内容も踏まえつつ、引用箇所の意味を確認することによろう。GDPR85 条では、まず 1 項において、個人データ保護の権利と表現及び情報の自由との調和は、構成国の法律に委ねられる旨が定められている。これは、これら基本権の衝突を調整するための共通基準が EU レベルで定められている訳でないため、適切な衡量を構成国に求める規定と解されている¹⁴⁴。次に述べる 2 項のような、データの処理目的による限定は無いため、検索事業者も自らの依拠することのできる基本権を根拠に、適切な衡量を求めることはできる。しかし、ここで注意すべきこととして、1 項では 2 項と異なり、明文の規定を独自に設けることは要求されておらず、あくまで解釈における一般的な衡量を通して、現行法を GDPR の求める水準に対応させることが求められているに過ぎない¹⁴⁵。したがって、上記引用箇所而言及されているヘッセン州プレス法とも基本的には無関係である。

これに対して 2 項では、ジャーナリスティックな目的ないし学術・芸術・文学的な目的のためのデータ処理について、上記調和のために必要な範囲で構成国が、免責ないし留保条項を定める旨が定められている。ここでは、典型的にはプレス等による一定の目的を持ったデータ処理に対する特別な立法措置が想定されている。ドイツでは、プレスの規律について、その詳細は州に立法権限が認められていることから、GDPR85 条に対応するためにヘッセン州プレス法が改正されているということである¹⁴⁶。しかし、各州の制定するプレス法は、オンラインによるプレス報道に対しても適用される一方¹⁴⁷、プレスと内在的ないし密接な組織的な関係にない、すなわちプレスでも補助企業でもない検索事業者に対して同法が適用されることはない。したがって、上記引用箇所では恐らく、本来の適用対象であるプレスにおいて妥当する趣旨を、その適用対象外においても配慮する (具体的には GDPR9 条の適用を実質的に排除し、削除請求の可否を一般的な利益衡量に依存させる) ことが求められているものと考えられる。こうした OLG の議論は、検索事業者が形式的には適用除外規定の対象外であることを認めつつ、インターネット上の情報流通における検索エンジンの重要性を強調することで実質的妥当性の確保を試みたのだろうが、しかし法的な議論としては、やはり強引と言わざるを得ない。もっとも、その直接的な原因は、GDPR を含む法律において検索エンジンの位置づけが不明確あるい

¹⁴⁴ Alexander Dix in: Spiros Simitis u.a. (Anm.13), Datenschutzrecht, Art.85, Rn.1.

¹⁴⁵ Dix (Anm.144), Art.85, Rn.5f., Schantz/Wolff (Anm.48), Rn.1316. GDPR の説明部 153 でも、意見表明及び情報の自由と個人データ保護の権利とは、GDPR に即して構成国の法律の中で調和されるべきと書かれている。

¹⁴⁶ この経緯については、鈴木・前掲 95) 5 頁以下参照。Vgl. Becker (Anm.13), S.145f.

¹⁴⁷ 鈴木・前掲 95) 7 頁参照。s. a. Alexander Dix in: Simitis (Anm.8), Art. 41, Rn.9.

は不徹底である点に求められるべきであろう。

(3) CJEU 判決の射程

最後に、2014年のCJEU先決判決の射程に対するOLGの理解が示される。すなわち、OLGが主に参照しているBGH判決では、いわゆる「忘れられる権利」の問題は、検索事業者の事後の審査義務の下位事例として位置付けられており、同BGH判決によると審査義務違反が成立する「明白かつ一見して明確に認識することのできる権利侵害」が明らかになるのは、(単に目的が実現されたか否かではなく)時の経過により情報に対する利益が全て消失した場合である¹⁴⁸。この基準によれば、記事の公表から6、7年しか経過していない本件事案では、たとえ企業の経営状況の改善や、健康を回復した原告はもはやその企業では働いていないといった事情が見られるとしても、明白な権利侵害は認められない¹⁴⁹(Rn.76f. (juris))。

しかし、時間的要因を理由に削除請求が認められる場面を、このように情報に対する利益が全て消失した場合に限定するのは、衡量判断において個人データ保護に対する利益の原則的優越を示したCJEUの先決判決と矛盾しているのではないかという疑問の生じる余地がある。これに対してOLGは、以下の2点を理由にCJEU先決判決の射程を限定する。

①まず一つは、先決付託の対象となった事案は、意見の表明や、意見の自由を通じて保護される事実の主張ではなく、労働社会省の求めにより新聞にて公表された強制競売に関する情報であって、ここでの判断をプレス報道に転用することには懸念があるというものである。

CJEUが利益衡量の中で意見の自由を衡量要素として入れなかった点については、多くの評釈の中で批判的に取り上げられている¹⁵⁰。他方、このCJEU判決について、情報の発信者が(基本権に拘束された)官庁と、(何らジャーナリスティックな編集を行わず単に内容を複製しているに過ぎない)新聞社であった点に事案の特殊性を見出し、私人による発信が問題とされる事案では、発信者の意見表明ないしメディアの自由が、少なくとも間接的には衡量要素として考慮されると述べる見解もあり¹⁵¹。このような観点から、CJEU判決の射程を限定することは確かに考えられる。しかし、確かに本件情報に対する公共の利益は、犯罪報道に対するそれよりは小さいものの¹⁵²、情報の重要性は衡量の中で判断すべき事情であり、判断枠組み自体を規定するものではないという指摘も見られる¹⁵³。

②加えて、CJEUが定めた「原則—例外メカニズム」をGDPR17条3項ないし同6条1項1文(f)に則った衡量の枠内に適用することはできないという点も考慮するに値する。学説でも指摘されている通り、この「原則—例外メカニズム」を現行のGDPRの6条や17条の中に見つけることはできず¹⁵⁴、また、このメカニズムはGDPR冒頭の説明部(Erwägungsgrund)にすら取り上げられていない。さらに提案段階における検討理由53aでは、検索エンジンや検索条件に該当したリンクについて、GDPR6条1項1文(f)を具体化するために、CJEUの衡量メカニズムが明確に引き合いに出されていたものの、この提案は結局のところ通過していない¹⁵⁵。

¹⁴⁸ Vgl. BGH (Anm.1), Rn.36.

¹⁴⁹ 結局、健康に関するセンシティブな個人データにつき、どれくらいの時間が経過するまで、いかなる理由により削除が制限されるのか、判決では十分に説明されていないと批判されている。Vgl. Rebecca Mohr/Thomas Buchner, Anmerkung, MedR 2019, S.393.

¹⁵⁰ 前注46) 参照

¹⁵¹ Jan Weismantel, das "Recht auf Vergessenwerden" im Internet nach dem "Google-Urteil" des EuGH, Berlin 2017, S.79.

¹⁵² Kovacs (Anm.28), S.413.

¹⁵³ Vgl. Becker (Anm.13), S.129.

¹⁵⁴ Trentmann (Anm.46), S.31f.

上級裁判所曰く、これらの理由から少なくともいえるのは、CJEUの衡量メカニズムは一律に適用されるものではなく、個別事例におけるその都度の特殊事情が慎重に考慮に入れられる必要があるということである。そして、以上を踏まえた上で、本件事案においてはCJEUが示した原則を考慮に入れてもなお、報道の更なる利用に対する公衆の利益が原告の人格権に優越するとの判断が示されている(Rn.78ff. (juris))。

なお、GDPR17条とは別に、BGB823条1項2項を根拠に削除請求を立てることに独自の意義があるかどうかについては、OLGは最終的な判断を示していない。しかし、少なくとも本件については、BGBを根拠にしたところで、検索事業者の行為義務違反が認められる場面は同じであり、また本件事案における衡量判断にも影響はないということである(Rn.84f. (juris))¹⁵⁶。

4. 小括

これまでOLGの判決を整理してきたが、ここでBGH判決との比較も交えつつ、その要点を簡単に確認することにしよう。

まず、本件OLG判決は、GDPRの適用開始という状況の変化が生じる中でも適宜、説明を加えることにより、検索事業者に対する削除請求の可否をデータ保護法ではなく、BGB上の妨害者責任の問題へと統合する、既存のBGHの路線の継続を志向するものであるといえよう。意見の自由との関連性が無かったという事案の相違を理由にCJEU先決判決の射程を限定し、さらに当該判決がGDPRに与えた影響は限られていたという事情を挙げることで判決がGDPRに与えた影響もまた限定的に捉えようとしている。このような二重の限定を試みた上で、なおかつGDPRの曖昧な規定に乗じる形で柔軟な利益衡量が認められる余地を確保し、もって既存の判断枠組みの追認を図っているように見える。

他方、OLGが検索事業者をメディアではない純粋な「媒介者」と捉えることで、CJEU判決に倣ってメディア特権の適用を否定する一方で、とりわけセンシティブデータの取扱いに関するGDPRの厳格な規制の回避を試みたことが、議論の説得力の喪失につながっているようにも思われる。

IV. 若干の検討とまとめ

検索事業者に対する削除請求をめぐる問題をBGB上の間接妨害者、とりわけ媒介者の審査義務をめぐる既存の議論の延長線上に位置づけるだけでなく、さらに過剰ブロッキングのおそれという検索事業者特有の事情に明示的に言及したうえで、検索事業者に削除義務が成立する範囲を限定的に理解する連邦通常裁判所及びフランクフルト上級地方裁判所の議論展開は、比較的明快といえる。これに対して、当事者の人格権との対抗利益を保証する基本法5条1項と

¹⁵⁵ Council of the European Union, Council document. 11289/1/14 REV 1, p.6 (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2011289%202014%20REV%201>). 他にも、EU理事会における立法手続の中で、CJEU判決の影響を軽減することを試みる動きがあったことを指摘するものとして、Vgl. Petri (Ann.22), S.214.

¹⁵⁶ 本件上級地裁判決と同様に、GDPR17条の適用を認めた上で、検索事業者に対する削除請求についてはBGHの判断枠組みを維持して退けた裁判例として、Vgl. OLG Dresden, 07.01.2019, - 4 W 1149/18. 自らの氏名を単独で又は他の情報と合わせて検索ワードとして入力すると、「犯罪者」、「恐喝者」などと自身を中傷するサイトのURLが検索結果に表示されることから、仮処分命令手続によりURLの表示を止めるよう検索事業者に対して請求したものの認められなかったため、即時抗告に訴えたという事案である。本決定では、唯一「児童虐待者」という表現については差し止めるうえで意見の自由との衡量は不要であると述べつつ、本件においては、「児童虐待者やひったくり犯と同等のありふれた犯罪者」という記述であったことから、中傷には該当しないとの判断を下している。

検索エンジンとの関係が不明確であることを問題点として指摘することもできるだろうが、事案の相違や検索エンジンの重要性など種々の事情を挙げることでCJEU判決やCDPRとの齟齬が顕在化することを避けようとする裁判例の議論展開を見る限り、GDPR適用開始後もこの展開は続く可能性は高いと考えられる¹⁵⁷。

他方、上記のようなBGHの議論展開に対しては、検索事業者の事業モデルを追認し、広範な免責を認めるBGHの判断枠組みそのものを問題視する見解も見られる。これは、検索エンジンを通じて発生する人格権侵害のリスク分配のあり方、特に、その分配について考える際に検索事業というものをいかに評価するかという問題であるといえよう。当事者からすれば、誤った主張を流通させた以上、検索事業者は責任をとる必要があり、私企業による経済活動の中で、自らの権利がいかなる技術的措置の下で侵害されたのかは問題ではないという考えが出てくるのは不思議なことではない¹⁵⁸。しかし、公表前の事前審査はインターネット上の膨大な情報の機械的処理を不可能にし、削除申請後の綿密な調査を通じた比較衡量審査も検索事業者に膨大なコストを発生させるものである¹⁵⁹。したがって、こうした形での検索事業者に対する広範な審査義務の設定は、明らかに現行の検索事業に事業の撤退ないし変更（オーバーブロッキング）を強いるものであり、さらに検索事業者の活動の中にインターネット利用者による情報の入手や発信に対する積極的な意義も見出すのであれば、（理論的には不明確なところが少なくないものの）¹⁶⁰人格権侵害が発生しているからといって直ちにその責任を検索事業者に対して帰属することが正当化されるわけでもないだろう。BGHが、事実関係を調査せずとも衡量結果が明らかな範囲まで検索事業者の審査義務を限定することで、オーバーブロッキングの懸念に対する配慮を示したことについては好意的な評価がなされているが¹⁶¹、要するに、（基本権との関係をどう整理するか問う問題はあがあるが）人格権侵害発生というリスクに対する回避コストが大きすぎるために、検索事業者に対して容易に責任を転嫁することが出来ないのである。

もちろん、BGBに基づく既存の責任分配の枠組みでは検索事業者に対する責任転嫁が許されないという点にとどまっていたは、被害者の下に転嫁することのできないリスクが残存し続けることになる。この点、削除手続を検索事業者に代わり公的機関ですべて賄うのは明らかに非現実的であり、手続における検索事業者の積極的な役割を認めた上で、審査過程における元サイト運営者の強制参加や決定過程の透明性を保障すべきという考えや、あるいは意見表明を

¹⁵⁷ GDPR17条の意義について懐疑的な見解は既に見られた。園部逸夫・藤原静男編集『個人情報保護法の解説（第2次改訂版）』（ぎょうせい、2018年）463頁参照。

¹⁵⁸ Johannes Hager, Anmerkung, JA 2018, S.549. BGH判決に対する原審に対する評釈であるが、Rau (Anm.39), S.60.

¹⁵⁹ 膨大な量にのぼる申請に対する審査は、アルゴリズムのような技術的な手続を用いることなく、個別に行われている。基本権の包括的な衡量が必要であることを考えると、審査の自動化は考え難いと指摘されている。Vgl. Weismantel (Anm.151), S. 159.

¹⁶⁰ 他人が作成した名誉を侵害するコンテンツを放送した者の妨害者責任の範囲が、思想の自由市場（基本法5条1項）を根拠に限定されるといった裁判例はかなり前から見られる（BGH, 06.04.1976, - VI ZR 246/74, Rn.18 (juris)）。しかし、そもそも行為義務（審査義務）や期待可能性といった概念を用いて妨害者の責任を限定することが何故できるのか、実定法上の根拠は必ずしも明らかでない（Vgl. Becker (Anm.13), S.196f.）。妨害者責任における審査義務の判断では実質的に、本来は不要とされているはずの「有責性」の要素が導入されているという指摘は正当であろう（Vgl. Kovacs (Anm.28), S.483, Fürst (Anm.120), S.387f.）。事実、本件の担当判事の一人である von Pentz は、権利侵害に間接的に寄与したに過ぎない者に、権利侵害について帰責するには追加の正当化が必要であると述べているが（von Pentz (Anm.24), S.123）、このような帰責範囲の限定が、例えば過失責任主義の導入と実質においてどう異なっているのかという点は、確かに良く分からない。

¹⁶¹ Hoeren (Anm.33), S.434, Gounalakis/Muer (Anm.21), S.2301. 他にもこの要件がどのような場合に満たされるのか明らかではないという指摘も見られる（Rössel (Anm.37), S.129）。日本の最高裁が導入した明らか要件に対しても同様の批判がなされていることは周知のとおりである（例として、根本尚徳〔判批〕民商法雑誌154巻1号（2018年）168頁以下参照）。

した者の匿名性を低下させる立法的措置をとることで、紛争の一方当事者を検索事業者から意見表明者へと転換させることを可能にする制度的枠組みの構築が提案されている¹⁶²。これらは上述した責任配分に関する既存の枠組みを前提としつつ、被害者救済を模索するものと評価することができよう。

検索事業者やインターネット利用者を含む多種多様な利害関係者の利益が絡み合う中で、アドホックな対立利益の衡量による紛争解決という、既存の責任配分の枠組みが限界に直面していることを本判決は示唆しているようにも思われる。国境を越えて情報が流通する中でどのように実効性をもった枠組みを構築することが出来るのかなど、無数の課題が山積することは明白だが、それでも、この問題は（切り札による人権の発動を留保しつつも）制度形成による対応を志向せざるを得ないのではないだろうか¹⁶³。

※脱稿前に連邦憲法裁判所の判決（BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 06. November 2019 - 1 BvR 276/17 -）が下された。元サイトにおけるコンテンツの提供者が持つ意見の自由が、直接的に関係する基本権として衡量に入れられることを確認している点（Rn.121）や CJEU の 2014 年判決の射程を限定している（Rn.141）を始め重要な判断を示しているが、本稿において考察の対象にすることはできなかった。

* 本稿は科学研究費補助金（課題番号：18H00798）による研究助成の研究成果の一部である。

¹⁶² Singer/Beck (Anm.35), S.130ff., Gounalakis/Muer (Anm.21), S.230f.

¹⁶³ 人格権に関する議論が蓄積されてきた日本で「忘れられる権利」を独立の権利として立法化することには、権利内容の確定や立法事実の裏づけ、立法化が及ぼす波及効果の点から賛成しがたいとの立場を示すものとして、石井夏生利「判批」判例評論 708 号（2018 年）151 頁。