

Web2.0 時代におけるサイバー労働法の新たな課題：その 1 ——「プロフィールへの武勇伝の書き込みに要注意！」——

竹 地 潔

キーワード：個人情報保護法，雇用差別禁止法，職業安定法 5 条の 4，素行調査，ソーシャル・ネットワーキング・サービス，プライバシー，SNS，Web 2.0

I 問題の所在

現在，米国では，マイスペース（MySpace）やフェイスブック（Facebook）など，人と人とのコミュニケーションの促進・支援を目的とするソーシャル・ネットワーキング・サービス（以下，SNS という）が普及するにつれ，それらのサイトにユーザー登録を行い個人用ウェブページ（プロフィール）を作成し，それにプライベートな事柄や出来事を書き込んだり画像を掲載したりして，それらの情報を友人と共有する若者がますます増加してきている。それらの書き込みの内容には，お気に入りのミュージシャンや映画といった趣味や娯楽などについての「無害」な情報ばかりではなく，大人が眉をしかめるような，飲酒，薬物，セックスおよび非行などにかかわるジョークや体験談なども含まれることがある。

このような SNS サイトに注目し始めた企業は次第に，就職応募者の採用に際して，グーグル検索（いわゆる「ググる」こと）によって SNS サイト上にある彼らのプロフィールを探索・発見し，そこに掲載されている大量の個人情報収集し，それらをもって彼らの採否を決定するようになってきている。実際に，応募者のプロフィールに掲載されている情報に基づき，彼または彼女を

不採用とした企業も多数存在する。

ところで、SNSサイトは、ユーザー本人が自らプロフィールの閲覧可能な「友人」の範囲を限定して公開範囲を選択できる機能（プライバシー環境設定機能）を備えている。それにより、本来ならば、ユーザー本人の想定しない者が彼または彼女のプロフィールをのぞき見することはできないことになっている。にもかかわらず、企業は、応募者の「友人」になりすましたり、「友人の友人」になったりするなどして、彼または彼女のプロフィールを閲覧し、採否を決定するための情報を収集することがある。このようなやり方による情報収集がプライバシー侵害にあたるのかどうか問題となる。

他方、応募者のプロフィールが他のユーザー全員に公開されている状態にあるような場合、従来ならば法的規制により入手が困難であった種類の個人情報さえも収集することが可能となる。しかし、その収集したセンシティブな個人情報をそのまま応募者の採否の決定に利用することが法律上許されるかどうか問題となる。

このような企業によるSNSを通じた応募者の素行調査に関して、わが国の実情は不明である。とはいえ、米国と同様に、若者の間にSNSが普及するにつれ、わが国の企業の中にも、「問題」社員となる恐れのある応募者を早期に見つけ出すことなどを目的として、SNSを用いた素行調査にもうすでに着手し、またはそうしようと考えている企業が存在すると推測される。

本論では、Web 2.0時代におけるサイバー労働法の新たな課題¹⁾の1つとして、使用者によるSNSを通じた就職応募者の素行調査をめぐる法律問題を取

1) Web 2.0とは、情報の送り手と受け手が固定され送り手から受け手への一方的な流れであった従来のWebの利用状態が、送り手と受け手が流動化し誰でもがウェブを通して情報を発信できるような、新たな利用状態に移り変わったことを言い表すIT用語である。Web 2.0(時代)の代表的なサービスとして、ロボット型の検索エンジン、SNS、ウィキ、巨大掲示板、ブログなどが挙げられる。現在、応募者・被用者および（または）使用者によるそれらのサービスの利用等に関して、労使関係におけるさまざまな法律問題が生じている。本論のテーマである、使用者によるSNSを通じた素行調査と応募者のプライバシー・個人情報の保護も、その1つである。

り扱う。まず、SNSとは何かをはじめ、SNSを通じた応募者の素行調査に関する米国の現状を紹介する。次に、米国において、当該素行調査が法的に問題となっている領域、つまり、プライバシー、雇用差別禁止およびサービスの利用規約との抵触といった問題領域ごとに、どのような法的対応を行っているか、または行いうるかについて、概観する。そのうえで、それらを参考にして、わが国では、SNSを通じた応募者の素行調査について、労働法上、どのように対応できるのか、あるいは対応すべきなのかについて論究することとする。

II SNSとそれを通じた応募者の素行調査をめぐる米国の現状

1 急成長するSNS

SNSとは、個人間のコミュニケーションを促進し、社会的ネットワークの構築を支援するインターネットを利用したサービスである²⁾。それは、趣味や嗜好、職業、居住地域および出身校などを同じくする個人同士が出会い新たな人間関係を築く場としてのバーチャル・コミュニティを提供する。

SNSは、若者をはじめ多くの人々の間で人気を博し、極めて短期間で急成長しており、現在のところ、数百サイトにも達している。それらのうち、最も人気のある2つのSNSサイトは、myspaceとフェイスブックである。前者は、2009年5月現在、全世界で登録ユーザー数2億人以上を有する大手のSNSである³⁾。他方、後者は、全米の大学をつなぎ登録資格を大学生に限定するSNSとして出発し、その後一般にも開放され、2009年7月現在、全世界で登録ユーザー数が2億5000万人以上に至っている⁴⁾。

これらのサイトは、「プロフィール」としばしば呼ばれる個人用ウェブペー

2) SNSについては、原田和英『意外と知られていないSNSの謎を解く』（シーアンドアール研究所、2006年）、SE編集部『SNSの研究－あなたはまだ「マイミク」のことが好きか?』（翔泳社、2007年）参照。

3) See <http://www.myspace.com/>.

4) See <http://www.facebook.com/>.

ジから構成されており、そこには、画像や文章をもって、ユーザーの肖像、趣味、嗜好、日記、友人のアドレス等が掲載されている。さらに、プライバシー環境設定機能により公開範囲を制限できるとはいえ、プロフィールには、ユーザーの氏名、住所、電話番号、Eメール・アドレスなどといった基本的な個人情報も大量に含まれている。

2 応募者に忍び寄る素行調査

若者の間に、マイスペースやフェイスブックがもてはやされ広まるにつれ、それらのサイトにある応募者のプロフィールを探索し、彼または彼女の素行調査を実施する企業も増加する傾向にある。全米最大の求人サイトであるキャリアビルダー・ドットコム⁵⁾の2008年に実施したアンケート調査（人事担当者3169名対象）によると、人事担当者の22%がSNSを使って応募者の調査を行っており、2006年調査の11%から大幅に上昇した。それに加えて、現在はSNSを利用していないが、今後その利用を予定していると回答した人事担当者も9%いた⁵⁾。

応募者の選抜にSNSを利用している人事担当者のうち34%は、応募者がプロフィールに掲載した情報を理由に、採用選考の対象から彼または彼女を除外したことがあると答えた。その理由となった情報で最も多かったのは、「飲酒または薬物使用に関する情報」（41%）で、その次は「(性的に)挑発的または不適切な画像または情報」（40%）である。それらに続き、「コミュニケーション能力の乏しさ」（29%）、「以前の勤務先や同僚への悪口」（28%）、「資格・能力の詐称」（27%）、「人種、ジェンダー、宗教などに関連する差別的な表現」（22%）、「職業倫理に反するようなハンドルネーム」（22%）、「犯罪行為への関与」

5) See CareerBuilder.com, One-in-Five Employers Use Social Networking Sites to Research Job Candidates, CareerBuilder.com Survey Finds (Sep. 10, 2008), <http://www.careerbuilder.com/share/aboutus/pressreleases.aspx>.

(21%),「以前の勤務先からの機密情報の持ち出し」(19%)が挙げられる⁶⁾。

反対に、応募者のプロフィールが、採用選考上、彼らにとって有利に働くこともある。SNSを使って調査を行っている人事担当者のうち、応募者のプロフィールに掲載されている情報が採用の決め手となったと回答した者が24%もいる。採用の決定に有利な影響を与える情報のうち最も多かったのは、「職務上の資格・能力を証明する経歴」(48%)で、その次は「優れたコミュニケーション能力」(43%)である。それらに続き、「社風への適性」(40%),「プロフェッショナルな印象を与えるプロフィール」(36%),「他人からの並々ならぬ推薦文」(31%),「広範囲な好奇心」(30%),「受賞歴」(29%),「創造力のある人物」(24%)が挙げられる⁷⁾。

なお、SNSを用いた素行調査の問題性を論究しようとする、となく、応募者のプロフィールが彼または彼女の雇用の機会に及ぼしうるマイナスの影響について、目が行きがちであるが、その掲載された情報によっては、応募者にとって採否の決定にプラスとなりうることにについても留意する必要がある⁸⁾。

6) *Id.*

7) *Id.*

8) このことからわかるように、SNSサイトのプロフィールは、自らの職業上の能力や適性の高さを証明し、将来の使用者の信頼を得るような諸情報を提供する安価で効果的な手段として応募者にとって役立ちうるという、もう1つの側面を有する。そのため、人事担当者に対し適性のある有能な人物イメージを与えるような内容に、プロフィールを書き換える応募者が増加する傾向にある。その結果、SNSを通じた素行調査を行っても、それによって取得する応募者の情報が、場合によっては、信憑性の乏しい眉唾物であるといった落とし穴が存在する。使用者は、SNSを通じた素行調査を実施するかどうかを判断するのに際して、このことについても考慮する必要がある。

Ⅲ SNSを通じた応募者の素行調査 VS プライバシー

1 コモン・ロー上のプライバシー保護

(1) プライバシー侵害に関する法的枠組み

採用選考時における使用者による応募者の素行調査との関係で、法的問題としてまず想起されるのは、コモン・ロー上のプライバシー権への侵害である⁹⁾。

プライバシー権とは、コモン・ロー上「一人にしてもらう権利」のことであり¹⁰⁾、それへの侵害は四類型の不法行為、つまり①氏名や肖像の盗用、②私生活領域への侵入、③私事の公表、④誤認を生ずる表現、に整理されている¹¹⁾。それらのうち、採用選考時の素行調査との関連で問題となるのは、第2類型の「私生活領域への侵入」である。

この類型は、原告の独居もしくは他人から隔離された状態または私事への不合理かつ非常に不快な侵入によって成立するプライバシー侵害のことである。「侵入」という概念は、住居の侵入のような物理的侵入を越え、ワイヤ・タッピングによる私的会話の盗聴や窓から住居内をのぞきこむことにまで拡大され、さらに、所持品検査をはじめ他人の私事に関する各種の調査・検査も含むと解されている。この類型のプライバシー侵害が成立するのには、第1に、被告の行為が「侵入」にあたること、第2に、その対象が私的なものであるこ

9) 米国における労働者のプライバシー・個人情報に関する法的枠組みおよび現状については、島田陽一、砂押以久子、竹地潔、緒方桂子、小宮文人『労働者の個人情報保護と雇用・労働情報へのアクセスに関する国際比較研究』（日本労働研究機構、2003年）223頁以下（筆者担当部分）参照。

10) プライバシー権は連邦憲法（および州憲法）上も保障されており、公務労働関係の紛争で問題となりうる。私企業における紛争には適用がないこともあり、本論では、憲法上のプライバシー権について言及しないこととする。なお、同権利は、①（修正第4条で保障される）私事に対する政府の監視や干渉を受けない権利、②私事についての重要な決定を独立に行いうる権利（いわゆる自己決定権）、および③私事の開示を回避しうる権利（限定的な情報プライバシー権）によって構成される、といわれている。

11) Restatement (Second) of Torts §652B (1977).

と、第3に、その侵入が通常人にとって非常に不快であること、が求められている¹²⁾。プライバシー侵害についての救済を受けるのには、原告は、この3つの要件について立証しなければならないのである。

(2) プロフィールの公開とプライバシーへの期待の喪失

使用者によるSNSを通じた素行調査が応募者のプライバシー権への侵害にあたるかどうか争われた裁判例は現在までのところ存しない。実際にそのことをめぐる訴訟が提起された際に、最も問題となりうるのは、第2要件の成否、つまり、素行調査の対象となったSNSサイト上の自らのプロフィールに掲載した情報（書き込みや画像など）に対し、応募者がそもそもプライバシーへの合理的な期待を有していたかどうか、である。

前述したように、フェイスブックその他のSNSサイトには、自らのプロフィールを閲覧できる人々の範囲を制限するプライバシー環境設定機能が備えられている。しかし、同機能への無知・理解不足が原因で、その初期設定を変更して、閲覧できる人々の範囲を限定するユーザーはそう多くない。そのため、多数のプロフィールの公開範囲は、初期設定のまま最大となっており、それにアクセスしようとするすべての人々に閲覧できる状態となっている。それにもかかわらず、多数のユーザーは主観的に、SNSサイト上で行う自らの表現活動について、プライバシーへの期待を抱いているようである。

まず、応募者のプロフィールが、それにアクセスしようとするすべての人々に公開されている場合についてみる。一般的に、インターネット上で利用できる情報は、一切の排他的権利を放棄し、一般公衆に属する状態（public domain）にある、と裁判所はみなす傾向にある¹³⁾。そのため、SNSサイト上に掲載した情報についても、インターネット上に公開されて以降、「パブリッ

12) Restatement (Second) of Torts §652B (1977) ; W.Prosser & W.Keeton, The Law of Torts §177 (5th ed.1984).

13) See Ian Byrnside, *Six Clicks of Separation: The Legal Ramifications of Employers Using Social Networking Sites to Research Applicants*, 10 Vand. J. Ent. & Tech. L. 445, 461 (2008).

クトメインの状態にあれば、それは誰でも利用できる」との基本原則があてはまり、それについて応募者がプライバシーへの「合理的」な期待を有すると主張できる、と考えるのは困難である¹⁴⁾。このことは、応募者自身が「自発的」にSNSサイト上に情報を公開し、それをパブリックドメインの状態に置いたという事実からも明らかである。したがって、応募者のプロフィールが、それにアクセスしようとするすべての人々に公開されている場合、使用者がそれを探索・閲覧して情報を収集したとしても、そのことから、直ちに不法行為としてのプライバシー侵害が成立するとは認められない。

(3) アクセス制御とプライバシーへの合理的な期待

他方、応募者がプライバシー環境設定機能を用いて、自らのプロフィールを閲覧できる人々の範囲に制限を加えていたような場合は、すべての人々に公開されている場合とは異なって、それに掲載した情報について、彼または彼女はプライバシーへの合理的な期待を有するとみなされる可能性が高まる¹⁵⁾。

実際に、SNSサイト上にある自らのプロフィールに掲載した情報に対し、応募者がプライバシーへの合理的な期待を有するかどうかについては、諸般の事情を考慮して、ケース・バイ・ケースに判断されることになる。それに際して考慮されるべき要素は多数にのぼりうるが、それらのうち主要なものとして、①プライバシー環境設定機能が利用可能であったかどうか、②同機能を有効にしようと試みたか、または有効にしたかどうか、③設定しようと試みた、または設定できたプライバシー・レベル、④応募者が自己情報の閲覧を認めた人々およびグループの種類、⑤その閲覧を認められていない人々が当該情報入手したのは、たまたまそれに出くわしたのか、またはアクセス制御をかいぐって、不法侵入しそれを見つけ出したのか、そのどちらであったか、などが

14) *Id.*

15) See Byrnside, *supra* note 13, at 462; Robert Sprague, *Googling Job Applicants: Incorporating Personal Information into Hiring Decisions*, 23 Lab. Law. 19, 32 (2007).

挙げられる¹⁶⁾。

これらに照らして、応募者が自らのプロフィールに掲載した情報に対し、プライバシーへの合理的期待を有すると判断されれば、おそらく、使用者によるプライバシー侵害の成立が認められることになろう。つまり、応募者がプライバシー環境設定機能を使って、自らのプロフィールを閲覧できる人々の範囲を「友人」に限定すると、通常、使用者は「友人」ではありえないので、応募者のプロフィールにアクセスさえできないはずである。にもかかわらず、素行調査のために、使用者はSNSサイトのアクセス制御をかいぐって、たとえば「友人」になりすましたり、「友人の友人」になったりするなど¹⁷⁾して、応募者のプロフィールにアクセスし、彼または彼女の個人情報の収集を試みるのである。したがって、このようなやり方による情報収集は、人をだましてセンシティブな個人情報を取得する行為¹⁸⁾であり、プライバシー侵害の成立に関するその他の要件である「通常人にとって非常に不快」な「侵入」に該当する、と考えられる。

要するに、応募者がプライバシーの確保のため意識的に、自らのプロフィー

16) See Carly Brandenburg, *The Newest Way to Screen Job Applicants: A Social Networker's Nightmare*, 60 Fed. Comm. L.J. 597, 612 (2008).

17) より具体的にいえば、たとえば、①新卒採用者に対し、彼または彼女の学生時代に作成したプロフィールを有させつづけ、SNSサイトへの接続を維持させ、就職希望者となる大学生のプロフィールに接近させる方法、②被用者に対し、保有する出身大学のEメール・アドレスまたは卒業生用のEメール・アドレスを使って、プロフィールを作成させたり、学生対象の大学のネットワークに加入させたりすることにより、就職希望者となる大学生のプロフィールに接近させる方法、③プライバシー環境設定機能によって応募者のプロフィールへのアクセスが制限されているような場合、それへのアクセスが許されている現役大学生を雇い入れ、彼または彼女の助けを借りて、応募者のプロフィールに接近する方法などがある。See Brandenburg, *supra* note 16, at 602.

18) See Johnson v. K-Mart Corporation, 723 N.E. 2d 1192 (Ill. App. Ct. 2000). 本件は、私立探偵を雇って従業員の素行調査を実施した事件ではあるが、同探偵に対し、職場の同僚を装いながら、「被用者の家庭問題、健康問題、性生活、今後の転職プラン、被告への不満に関する情報」を収集させ、「この極めて私的な情報を被告（使用者）に報告」させたことにより、使用者は被用者のプライバシー権を侵害したとされた。

ルを閲覧できる人々の範囲について厳格な制限を加えている場合は、使用者によるSNSを通じた素行調査は不法行為としてのプライバシー侵害に該当し、応募者から使用者への法的責任が追及されうることになろう。

2 制定法上のプライバシー保護

(1) 保存通信法

使用者がSNSサイトのアクセス制御をかいくぐって応募者の情報収集を行う場合は、インターネット上に保存された情報のセキュリティを保護する連邦法、特に保存通信法（the Stored Communications Act (SCA), 18 U.S.C. §§2701-2711）への抵触が問題となりうる。SCAは、その目的の1つとして、保存された通信への権限のないアクセスを禁止することによって、インターネット上のウェブサイトで保存される通信に対してプライバシーの保護を提供する。

使用者によるウェブページやブログへの権限のないアクセスに関しては、現従業員に対するものではあるが、Konop v. Hawaiian Airlines, Inc. 事件¹⁹⁾が実例となる。同事件では、被告航空会社に雇われていたパイロットである原告が、会社、役員および労働組合について批判的なコメントを掲載するウェブサイトを立ち上げ、維持していた。当該ウェブサイトは、アクセス制御がなされており、特定のパイロットおよび被用者に対し、有効なユーザーネームとパスワードを使ってアクセスし閲覧することを許す一方、その他の者については、その利用を認めないことにしていた。そして、当該ウェブサイトには、経営陣による閲覧の禁止と、その内容についてのユーザーによる他人への開示の禁止とがその利用条件として課されていた。このような状況の下で、被告会社の副社長が、原告から明確な許可を受けることなく、アクセス権限のある他のパイロット2名からユーザーネームを借りてパスワードをつくり、当該ウェブサイ

19) See Konop v. Hawaiian Airlines, Inc., 302 F.3d 868 (9th Cir. 2002).

トにアクセスした。

第9巡回区連邦控訴裁は、被告会社の副社長による当該ウェブサイトの閲覧について、SCAの禁止する「故意に、権限がないにもかかわらず、電子通信サービスを提供する施設にアクセスし、・・・それによって、当該施設で電子保存されている有線通信または電子通信へのアクセスを取得する」違法行為²⁰⁾であると認めた²¹⁾。しかし、当該事件において最も重要な争点は、アクセス権限のあるパイロットたちから、ユーザーネームを借り当該ウェブサイトの利用の許可を受けていたことを理由として、副社長による当該ウェブサイトへのアクセスは法的責任を免除されるのか、あるいは、されないのかである。つまり、SCAには、「当該サービスの利用者による、または当該利用者宛の通信に関して、当該利用者から権限を与えられた行為」については、法的責任を免除するとの規定²²⁾がおかれており、副社長による行為がそれに該当するかどうか問われる。第9巡回区連邦控訴裁は、原告のウェブサイトへのアクセスを副社長に許可したパイロットたちは確かに、それへのアクセス権限のある者ではあったが、彼らが実際にそれを利用していたとの明白な証拠がないことから、当該パイロットたちはSCAの定める文言の「利用者」に該当しないとし、その免除規定が適用されるとの連邦地裁のサマリー・ジャッジメントを破棄した²³⁾。

以上のことから少なくとも、使用者によるSNSを通じた応募者の素行調査の場合について、応募者のプロフィールへのアクセスを許され、実際にそれにアクセスし利用している応募者の友人や知人などから、使用者が当該プロフィールへのアクセス権限を付与してもらうといったことがない限り、使用者がアクセス制御下にある応募者のプロフィールにアクセスしようと試みると、SCA違反として法的責任が追及されることになる、といえる。

20) 18 U.S.C. § 2701 (a) (1).

21) *See Konop*, 302 F.3d at 879.

22) 18 U.S.C. § 2701 (c) (2).

23) *See Konop*, 302 F.3d at 880.

(2) 公正信用報告法

外部の調査機関に対し、応募者の信用調査を依頼する場合については、公正信用報告法（the Fair Credit Reporting Act, 15 U.S.C. §§ 1681-1681t）の適用が問題となり、使用者は同法の定める諸義務を履行することが求められることになる。同法は、信用情報機関が本人の知らないうちに顧客企業等に対し広範囲の個人情報をも無分別に提供したり、また、その情報が不正確ないし不完全であることによって、信用供与、雇入れまたは保険加入が拒否されたりするのを防止することを目的として、信用情報の提供や利用に対する規制を加えている。応募者等は、同法に基づき、自己の信用情報の流通に対し一定程度のコントロールを及ぼすことができる。

同法では、外部の調査機関を使って応募者の身元調査を実施しようとするとき、使用者は応募者に対し調査を実施する旨を通知し²⁴⁾、そのことについて応募者から承諾を得なければならない²⁵⁾。また、調査機関の報告に基づき不採用その他の不利益な取扱いを行うときは、使用者は応募者に対し所定の通知をなさなければならない²⁶⁾。

したがって、使用者が自ら応募者のプロフィールの調査を行うのではなく、それを外部の調査機関に委託するような場合は、使用者は、公正信用報告法の適用を受けて、前述の諸義務を履行しなければならないのである。

24) 隣人、友人または同僚等からの聞き取り調査を伴う場合は、使用者は、性格、一般的評判、個人的特性または生活状態に関する情報が調査対象に含まれることを、調査の性質と範囲についての開示を求める権利の通知とともに、応募者に対し明確かつ正確に開示することも求められる（15 U.S.C. § 1681d (a) (1)）。

25) 15 U.S.C. § 1681b (b) (2)。

26) 15 U.S.C. § 1681m. また、それに際して、使用者は、不利益な取扱いの根拠である調査報告の写しや、調査対象者の権利に関する文書を事前に交付することも義務づけられている（15 U.S.C. § 1681b (b) (3)）。

Ⅳ SNSを通じた応募者の素行調査 VS 雇用差別禁止法

1 雇用差別禁止法と採用選考時の情報収集・利用

米国において、採用選考時の情報収集・利用への法的規制として、特に注目しなければならないのは、一連の雇用差別禁止法である。それらは、マイノリティに属する労働者の雇用上の差別を未然に防止するため、使用者が偏見で不利益な評価を与えかねない個人情報を収集し利用することを制限ないし禁止している。

たとえば、連邦の代表的な雇用差別禁止法として、1964年公民権法第7編(the Title VII of the Civil Right Act of 1964, 42 U.S.C. §§2000e-2000e (17))を挙げるができる。同法は、人種、皮膚の色、宗教、性または出身国を理由に、使用者が応募者および被用者を差別することを禁止する。しかし、同法は、明文をもって、保護対象の集団の状態に関する情報を聞き出す質問自体を禁止してはいない。裁判所の判断においても、このような質問への回答で示された情報が実際の採用選考過程で使用されたとの証拠がなければ、当該質問は違法ではない、とされてきた²⁷⁾。それにもかかわらず、使用者がこのような質問を行えば、経験則上、そのことから、使用者の差別的意図(意思)が推論される²⁸⁾。それゆえに、平等雇用機会委員会(EEOC)のガイドでは、「第7編の禁止する差別の証拠」となりうるような質問として、保護対象の集団の状態についての直接的な質問や、表面上中立的であっても、保護対象の集団の構成員に対し差別的な影響を有するであろう質問を尋ねないよう勧められる²⁹⁾。したがって、このような質問に基づき不採用を決定すると、それから聞き出される情報が問題の職務に対する応募者の能力または資格の有無を判断するのに必

27) See, e.g., *Bruno v. City of Crown Point*, 950 F.2d 355, 363-65 (7th Cir. 1991).

28) See, e.g., *Barbano v. Madison County*, 922 F.2d 139, 142-43 (2d Cir. 1990).

29) See generally EEOC Guide to Pre-Employment Inquiries, 8A Fair Empl. Prac. Man. (BNA) 443:65 (1992). 法解釈についてのこのようなガイドラインは法的効力を有さないが、それらについて裁判所は相当の敬意を払うのが一般的である。

要とされていない限り、第7編違反となる。

そのほかにも、雇用年齢差別法（the Age Discrimination in Employment Act of 1967, 29 U.S.C. §§621-634）は、年齢をめぐる質問等に対し同様の規制を加え、また、1990年障害を持つアメリカ人法（the Americans with Disabilities Act of 1990, 42 U.S.C. §§12101-12213）は、雇い入れ以前に、職務との関連性がなく、障害の有無ないしその性質や程度について質問や調査を行ったり、または障害を持つ応募者を選別する検査を実施することを禁じている。さらに2008年には、遺伝子情報差別禁止法（the Title II of the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008, 42 U.S.C. §2000ff et seq.）が制定され、一定の場合を除き、使用者による応募者および被用者の遺伝子情報の取得も禁止されている。

なお、州レベルでも、連邦と同様、またはそれ以上に各種の雇用差別禁止法に基づき（法によっては明文をもって）、使用者による応募者の質問・調査に対し同様の法的規制が加えられている。

2 SNSを通じた素行調査による法違反のリスク

前述したように、フェイスブックその他のSNSサイト上にあるユーザーのプロフィールには、文章や画像をもって、ユーザーの肖像、趣味、嗜好、日記等が掲載され、場合によっては、ユーザーの氏名、住所、電話番号、Eメール・アドレス等といった個人情報も含まれている。このようなプロフィールからは、ユーザーの人種、肌の色、宗教もしくは出身国、または障害に関する情報を、さらには、性的志向、政治的所属、年齢または結婚歴に関する情報さえも収集することが可能である。使用者が応募者のプロフィールを閲覧したからといって、必然的に彼または彼女に対し差別を行うわけではないが、応募者の多種多様でセンシティブな個人情報を含むプロフィールを理由として、使用者が彼または彼女の不採用を決定すると、各種の雇用差別禁止法の違反を問われる可能性がある。

応募者の人種、性、皮膚の色および年齢といった情報は、面接試験を通じて自ずと、使用者に明らかになりうるが、応募書類や履歴書等の書類審査といった、採用選考過程の初期段階においては、使用者は通常、それらの情報を知りえない。なおさら、結婚歴、性的志向および政治的所属に関する情報は、応募者が自ら明らかにするか、または使用者が直接に質問しないかぎり、明らかになることはない。それゆえに、使用者がSNSサイト上にある応募者のプロフィールを探索・発見し、それを閲覧して、それに基づき彼または彼女を不採用とした場合、当該プロフィールに掲載されていた、人種、性、年齢もしくは障害、または、性的志向もしくは政治的所属など保護対象の集団の状態にかかわる情報を根拠に、採用を拒否されたのであるとの主張が応募者からなされると、使用者は、それに対し抗弁するのが非常に難しく、各種の雇用差別禁止法の違反を問われることになりうる。とりわけ、採用選考過程の初期段階において、使用者が応募者のプロフィールを閲覧し、一定の保護対象の集団に属する応募者たちについて組織的に採用を拒否した場合は、このことがよりいっそうあてはまる³⁰⁾³¹⁾。

V SNSを通じた応募者の素行調査 VS サービスの利用規約

使用者は、応募者の素行調査を目的としてSNSサイトを利用しようとするれば、当然、当該サイトの利用規約に1ユーザーとして法的に拘束されることになる。当初、その利用規約において、サービスの利用は、ユーザーによる個人

30) See Byrnside, *supra* note 13, at 463; George Lenard, Employers Using Facebook for Background Checking: Is It Legal?, http://www.collegerecruiter.com/weblog/2006/09/employers_using.php.

31) とはいえ、雇用差別禁止法との関連では、それらに違反しないかぎり、採否の決定に際して、SNSサイト上にある応募者のプロフィールで見た個人情報を考慮に入れること自体が違法となるわけではない。たとえば、社会通念に照らして「問題行動」とみなされる応募者の言動に関する情報を彼または彼女のプロフィールから取得し、それを理由として応募者を組織的に不採用としたとしても、雇用差別禁止法との関連において、適法であるとされる。

的な利用にかぎり、商業的利用（commercial use）は許さないといった一般
的かつ抽象的な規定がおかれていたため、使用者による応募者の素行調査が「商
業的利用」にあたり、規約に違反するのではないかと、との主張があった。しかし、
規約の定める商業的利用の禁止は、規約の全体から察すると、広告など直接的
な営利活動のみを対象とするものであると考えられ³²⁾、実際にその後、利用
禁止の対象をより限定し明確にする規約の改正が行われている³³⁾。したがっ
て、応募者の素行調査のためのサイトの利用が商業的利用に該当せず、規約に
違反するとはいえなくなっている。

しかし、その実施方法によっては、もちろん規約違反が問われうる。つまり、
応募者の素行調査のため、「大学の所属について偽りを述べて、アカウントを
入手すること」、または「他人のアカウントを利用すること」によって、使用
者が不正にSNSサイトへアクセスすると、当該サイトの利用規約に違反する
ことは明白である³⁴⁾。いずれのSNSサイトにおいても、このような不正アク
セスは利用規約で禁止されているからである。

VI わが国ではどのように対応できるか？ 対応すべきか？

1 個人情報保護に関する法的規制

わが国では、米国とは異なり、使用者による応募者の個人情報の取扱いにつ
いて、職業安定法5条の4およびその一般法である個人情報保護法に基づく包

32) See Byrnside, *supra* note 13, at 467; Brandenburg, *supra* note 16, at 613.

33) たとえば、マイスペースの利用規約については、MySpace.com Terms of Use Agreement (June 25, 2009) を、フェイスブックのそれについては、Statement of Rights and Responsibilities (August 28, 2009) を参照。

34) See Byrnside, *supra* note 13, at 467.

括的かつ一般的な法的規制が加えられている³⁵⁾。

職業安定法5条の4は、個人情報の取り扱いとして、本人の同意がある場合その他正当な事由がある場合を除き、「その業務に関し、求職者、募集に応じて労働者になろうとする者又は供給される労働者の個人情報を収集し、保管し、又は使用するに当たっては、その業務の目的の達成に必要な範囲内で求職者等の個人情報を収集し、並びに当該収集の目的の範囲内でこれを保管し、及び使用しなければなら」ず、また「求職者等の個人情報を適正に管理するために必要な措置を講じなければならない」とされている。具体的に、求職者等の個人情報をどのように取り扱うべきかについては、その指針（同法48条に基づく指針）で詳細に定められている。

本論のテーマとの関係で問題となる指針の定めるルールとして、①業務の目的の範囲内で求職者等の個人情報を収集することとし、業務の目的の達成に必要な不可欠であって、収集目的を示して本人から収集する場合を除き、いわゆるセンシティブ・データ（人種、民族、社会的身分、門地、本籍、出生地その他社会的差別の原因となる恐れのある事項、思想および信条、労働組合への加入状況）を収集してはならないものとする、②個人情報を収集する際には、本人から直接収集し、または本人の同意の下で本人以外の者から収集するなど適法かつ公正な手段によらなければならないものとする、が挙げられる。

これらに照らして、使用者によるSNSを通じた応募者の素行調査の適法性を検討すると、まず、当該素行調査は、いわゆる「身元調査」と同様に、通常、本人の知らないところで実施するものであり、本人からの直接収集の原則に反する。次に、「友人になりすましたり、友人の友人になったりする」ことなど

35) 採用選考時における応募者等の個人情報の収集をめぐる法律問題をはじめ、職業安定法5条の4およびその指針については、拙稿「採用選考時における労働者の個人情報保護」部落解放研究133号41頁（2000年）[http://blhrri.org/info/book_guide/kiyou/ronbun/kiyou_0133-04.pdf]を参照。個人情報保護法と労働分野における各種のガイドラインについては、拙著『従業員の個人情報保護と人権－求められる企業の積極的対応』（大阪企業人権協議会、2007年）、拙稿「新たな段階を迎えた労働者の個人情報保護と企業の対応」季刊労働法213号71頁（2006年）を参照。

を通じて不正にパスワード等を入手して、応募者のプロフィールにアクセスし調査することは、「適法かつ公正な手段」によるものとはいえず、場合によっては、不正アクセス防止法の禁止する「なりすまし行為」（同3条2項1号）とされることもあろう。また、当該素行調査が、法の許さない社会的差別の原因となる情報収集であれば、センシティブ・データ収集禁止の原則に反することになる。これらのことに鑑みると、SNSを通じた応募者の素行調査は、職業安定法5条の4に違反することが濃厚である、といえよう。また、同時に、個人情報保護法との関係でも、同17条の「適正な取得」にも違反することになる。

なお、職業安定法5条の4または（および）個人情報保護法17条に違反すると認められると、違法な状態を是正するための行政指導や処分等が行われることになっている³⁶⁾。しかし、それらの違反から直ちに、私法上の効力は生じないため³⁷⁾、応募者は自らの損害について、不法行為法や契約法等を用いて、民事責任を追及しなければならない。

2 応募者による民事責任の追及

（1）不法行為としてのプライバシー侵害

使用者によるSNSを通じた応募者の素行調査について、民事責任を追及するための根拠として、まず想起されるのは、不法行為としてのプライバシー侵害である。

36) 職業安定法では、指導および助言（48条の2）、改善命令（48条の3）、改善命令違反への罰則（65条）が定められている一方、個人情報保護法では、主務大臣による報告徴収（32条）、助言（33条）、勧告および命令（34条）、前記義務違反への罰則（56条、58条）が定められている。また、同法では、個人情報保護の取扱いの透明性を図るとともに、本人自らの関与によって個人情報の適正な取扱いを確保するための仕組みとして、個人情報取扱事業者に対し、保有個人データに関する事項の公表等（24条）をはじめ、保有個人データの開示（25条）、訂正等（26条）および利用停止等（27条）に関する諸義務も定められている。

37) とはいえ、少なくとも法解釈上、個人情報保護法上の義務を履行したかどうかや、指針上の措置を講じたかどうかは、民事責任の有無を判断するのに際して考慮される重要な要素であることについて、留意する必要がある。

米国における議論と同様に、最も問題となるのは、SNS上にある自らのプロフィールに掲載した情報について、応募者がプライバシーの権利を有していたかどうか、である。このことについては、大きく分けて2つの場合、つまり、SNSサイトにアクセスできるすべての人々に対しプロフィールを公開している場合と、当該サイトの備えるプライバシー環境設定機能を使って、プロフィールを閲覧できる人々の範囲を厳格に「友人」のみに制限している場合とでは、自ずとその結論は異ならざるをえない。

前者の場合は、たとえ本人が主観的にプライバシーの期待を抱いていたとしても、法的観点からは、SNSサイトにアクセスできるすべての人々が閲覧できる状態にプロフィールを公開した時点で、プライバシーの権利を放棄したとみなされる。それゆえに、たとえ職業安定法5条の4等に違反する素行調査であっても、そもそも、応募者自らがプライバシーの権利を放棄したものとされ、不法行為としてのプライバシー侵害に基づく民事責任を使用者に問うことはできない、と考えられる。

他方、後者の場合は、「友人」以外の人々に知られたくないとして、プロフィールへのアクセスを厳格に制限するといった、プライバシーを確保する措置をとることにより、それに掲載した情報について、応募者はプライバシーの権利を有する、と評価されよう³⁸⁾。そして、このようにプロフィールへのアクセスが厳格に制限されている場合、それにもかかわらず、使用者があえて素行調査

38) 実際には、それぞれのケースごとで、使用していたSNSサイトの種類、プライバシー環境設定機能、その提供するプライバシー保護レベル、応募者の設定した公開の範囲（閲覧できる人々・グループの範囲）、または、使用者による情報収集の方法・手段等について相違があり、それらの相違によって、応募者がプライバシーの権利を有していたかどうか、が左右される。したがって、米国における議論と同様に、①プライバシー環境設定機能が利用可能であったかどうか、②同機能を有効にしようとしたか、または有効にしたかどうか、③設定しようとしたか、または設定できたプライバシー・レベル、④応募者が自己情報の閲覧を認めた人々およびグループの種類、⑤その閲覧を認められていない使用者等が当該情報を入手したのは、たまたまそれに出くわしたのか、またはアクセス制御をかいぐって、不法侵入しそれを見つけ出したのか、そのどちらであったか、等諸般の事情を考慮して、応募者がプライバシーの権利を有していたかどうかを判断する必要がある。

を実施しようとする、当然、何らかの不適正または違法な方法・手段を用いてパスワード等を入手し、当該プロフィールにアクセスし情報収集を行うことになる。したがって、このような素行調査は、プロフィールに掲載した情報に対する応募者のプライバシーの権利を侵害するものと評価され、使用者は不法行為等に基づく民事責任を問われることになる。

(2) 個人情報保護と民事責任

多くの企業では、個人情報保護法等を遵守するため、名称はともかく、個人情報保護方針および個人情報取扱規程等が策定され公表されている³⁹⁾。それらは、顧客をはじめ被用者や応募者等に対し、個人情報保護法およびそのガイドライン等の定める義務を履行し、それらに沿った措置を講ずることを約束する内容となっている。インターネット等で各企業の個人情報取扱規程を調べると、個人情報の収集に関しては、「・・・業務上必要な範囲において、個人情報を適正かつ適法な手段により取得いたします」といったような規定が、ほとんどすべての規程で見られる。

このような個人情報保護方針および個人情報取扱規程は、それらの公表を通じて、顧客をはじめ応募者および被用者などに対し、企業がそれらの中で約束した義務を履行し措置を講ずることについての、法律上保護される期待ないし利益を生じさせると考えられる⁴⁰⁾。このことにより、応募者は、応募先企業が採用選考に必要な範囲で「適正かつ適法な手段」によって自己情報を取得す

39) 拙稿「従業員の個人情報保護への企業の取り組みの現状と今後の課題」部落解放研究172号17頁(2006年) [http://blhrri.org/info/book_guide/kiyou/ronbun/kiyou_0172-03.pdf] 参照。

40) なお、被用者については、個人情報保護方針および個人情報取扱規程の下で、使用者が自己情報を適正に取り扱うとの、法律上保護される権利利益が生じるのに対し、使用者は労働契約上の義務として、当該指針および当該規定の定める諸義務を負うことになり(労働契約法7条)、労働契約上の信義則に基づき、それらを履行しなければならない。もし使用者がそれらを誠実に履行しないと、契約法に基づく民事責任も追及されることになる。また、応募者についても、労働契約の締結以前であっても、使用者は信義則上、被用者の場合と同様の諸義務を負うと考えられ、もしそれらを履行しないと、信義則上の義務違反が問われることにも留意する必要がある。

るとの、法律で保護される期待ないし利益を有することになる。

前述したように、個人情報保護法および職業安定法5条の4等に照らすと、SNSを通じた応募者の素行調査は、それらに抵触し、違法性の強いものであると評価される。それゆえに、使用者が当該素行調査を実施するということは、適正かつ適法な手段による情報の取得について自らがなした約束を反故にして、応募者の有する前述の期待ないし利益を侵害することを意味する。以上のことから、応募者は、SNSを通じた素行調査の実施について、使用者に対し不法行為等に基づく民事責任を問うことが可能であるといえよう。なお、この場合、不法行為としてのプライバシー侵害の場合とは異なって、応募者がSNSサイトにある自らのプロフィールに掲載した情報に対しプライバシーの権利を有していたかどうかは、問題とはならない。

VII 結びにかえて

本論では、使用者によるSNSを通じた応募者の素行調査について、米国におけるその現状および法的対応を概観したうえで、米国の議論を踏まえ、わが国ではどのような法的対応ができるのか、またはすべきかを論じてきた。

わが国の場合、米国とは異なって、職業安定法5条の4および個人情報保護法等に基づく応募者の個人情報保護のための相対的に厳格な法的規制が存在する。そのため、SNSを通じた応募者の素行調査自体が、不適正または違法な方法・手段による情報収集と評価される可能性が極めて高い。それゆえに、応募者は、SNSサイト上にある自らのプロフィールに掲載した情報についてプライバシーの権利を有していなかったときでさえ、使用者に対し不法行為法等に基づく民事責任を追及することができる、といえよう。

しかし、以上のことは、あくまでも法律論である。現実には、SNSを通じた素行調査は応募者の知らないところで実施されるため、応募者は自らの権利利益を侵害されていることさえ認識していないこともあろう。また、応募者が

その実施を知り、自らの権利利益を回復するため裁判で争おうとしても、権利利益の侵害等に関する諸事実を立証するには、大きな困難が伴うと予想される。

そうであるがゆえに、わが国でも、少なくとも一部の使用者がSNSを通じた素行調査を実施していると想定して、応募者は自己防衛のため、SNSの利用の仕方に注意を払う必要があるだろう。つまり、将来の使用者によって自らのプロフィールが見られうることを前提に、それにはいかなる情報を掲載すべきか、また、それからいかなる情報を削除すべきかを十分に吟味して、決定することが重要である。とはいえ、自らのプロフィールには、将来の使用者からネガティブな評価を受けかねない情報を含め、ありのままの自らのことを掲載したいと強く欲するならば、少なくともプライバシー環境設定機能を使って、それにアクセスできる人々の範囲を厳格に制限しておくべきであろう。でも、それで十分かといえば、そうではない。このことは、本論からもうすでにおわかりであろう。だからこそ、「学生諸子、プロフィールへの武勇伝の書き込みに要注意！」と⁴¹⁾。

提出年月日：2009年11月18日

41) 本論の脱稿後に、4年の男子大学生がホームレスを襲う「自作自演」の映像をミクシィに掲載したところ、当該映像がユーチューブ等の動画投稿サイトに回り、その内容に怒りや不快感を抱いた人々から、ネット上に批判の書き込みが殺到し、また、メールや電話で、当該学生の所属大学および入社が内定している大手家電メーカーに抗議が寄せられるといった事件が発生した（「ホームレス襲撃、自作自演 動画投稿の神戸大生に批判殺到」朝日新聞2009年10月30日朝刊等参照）。わが国でも、このような事件を契機に、採用選考に際して「問題社員」となりうる学生を早期に発見するため、SNSサイトを通じた素行調査を実施しようとする企業も増加するのではないか、と推測される。なお、自作自演であったとしても、「ホームレス襲撃」を笑いのネタにすること自体が、洒落にもならない悪質な行為であり、市民社会から厳しい断罪を受けてもやむをえないことはいうまでもない。