

情報信認と第 1 修正

ジャック・M・バルキン

出典・凡例

本稿は Jack M. Balkin, Information Fiduciaries and the First Amendment (February 3, 2016). Yale Law School, Public Law Research Paper No. 553, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2675270> の要約である。

原語を示す際には () を用い、原文でイタリックの箇所には圈点を付した。また、特に重要と思われる点には下線を施した。

序

連邦最高裁の判例法理において、合衆国憲法第 1 修正は、商業上の規制に対する憲法上の防御の最も肥沃な淵源となった。

その結果、新たな形式の社会経済的権力の規制の必要性和第 1 修正の憲法上の自由とが緊張関係に立つこととなった。

本稿が試みるのは、これら二つのコミットメントを一貫させるということ——すなわち、情報化時代における個人のプライバシーの保護がいかにして第 1 修正下で保護される情報の収集、分析、配分の諸権利と共存しうるのかを示す、ということである。すなわち、本稿では、これらの対立すると思われる諸利益を 情報信認 (information fiduciary) という概念を通じて調和させる。

以下では、個人情報を収集、分析、利活用、売却、配分する多くのオンラインサービスプロバイダーとクラウドカンパニーは、消費者およびエンドユーザーに対して情報信認義務を負うと解されるべきであると主張する。

情報信認者には他者に対する特別の権力や他者との特別な関係があることから、彼らが情報を収集、利活用、売却、配分しているところの人びとの諸利益を害することのないよう行動すべき特別の諸義務を彼らは負う。これらの諸義務によって彼らはデジタル情報を獲得・利活用する他のビジネスおよび人びとは異なる地位に置かれる。異なる地位に置かれるがゆえに、第 1 修正は、他の人びとおよび企業に対するよりもいくらか強力な情報信認の規制を許容することとなる。

もっとも、あらゆる情報信認者が一様というわけではない；彼らが負う諸義務はそのビジネスの性格や公衆の合理的な期待にも依る。同様に重要なのは、インターネットにおけるすべての者が情報信認者というわけではないこと、そしてこれらの諸アクターがもつ第1修正上の権利は本稿での分析に影響されないということである。換言すれば、本稿の目的は、プライバシーに関する第1修正の議論の焦点を、情報に関する類いのものから、政府がプライバシー保護のために規制しうる諸関係——信頼 (trust) と秘密保持 (confidence) の諸関係——に関する類いのものへと移行させる点にある。

情報信認という概念は、情報プライバシーと第1修正の交点にある問題すべてを解決するわけではない。またそれは、ビッグデータの時代に不可避に生じる過剰性 (overreaching) の諸問題すべてを解決するわけでもない。そうだとすると、幅広い諸問題を理解するのに役立つのである。

I データに関する2つのストーリー

データに関連する2つの事例を考えてみよう。一つは、Uber社が収集したデータを目的外利用するおそれがあるという事例である。いま一つは、2016年アメリカ合衆国大統領で露呈したように、Facebook社がターゲティング広告等によって顧客を操作 (manipulate) するおそれがあるという事例である。

これらいずれの事例においても、合衆国最高裁の判例に照らすと企業の行為は第1修正によって保護されると考えられる。

UberやFacebookといった、エンドユーザーの情報を大量に収集し、さらに分析、利活用、配分したうえで売却して収益を上げたりビジネス上または政治上の優位を得る諸企業を政府が規制する方法に対し、第1修正はきわめて厳格な制限を設けているといえる。

これらのプラクティスを第1修正に沿うかたちで規制する方法は本当に存在しないのか？以下ではありうる法理論を検討する。

II 想定しうる第1修正上の解決策

A 収集、分析、利活用、開示、および売却の区別

まず、情報に関するプラクティスは次の5つに分類される——(1) 収集、(2) 分析、(3) 利活用、(4) 開示、(5) 売却。これらのうちには、第1修正が保護するものもあればしないものもあるが、とりわけデータの収集および利活用に関するプライバシー保護規制は第1修正上の問題を提起しないことが多く、利活用、開示、売却についてのものはそうすることが多い。

もっとも、情報を収集する第1修正上の諸権利が存在しないわけではなく、むしろ裁判所は公共の場で起きた出来事を記録する第1修正上の権利を認めるようになってきている。

B 商品 (Commodity) としてのデータか、言論としてのデータか

収集、編集、利活用、売却される場合、データは言論ではなく商品であるという見解もありうる。

もっとも、情報が伝達される形式 (format) が決定的な区別かは不明である。ジャーナリストや科学者が公衆に対してレポートとしてデータを公開した場合、それは言論として保護されるべきである。デジタルデータとしての情報の形式に着目するのではなく、社会的特徴付け、または社会的機能に着目する必要があるかもしれない。

C 時、所、方法規制としてのプライバシー規制

プライバシー規制は表現に対する時、所、方法による内容中立規制であると主張することもありうる。

しかし、このアプローチは公共的言論にあたる場合には規制が許容されないとされるにもかかわらず、なにが公共的言論にあたるかについては何も示さない。

他方で、時、所、方法アプローチは内容中立性を必要とする。特定のビジネス類型に対してのみプライバシー規制を向ける場合や、商業的なデータマーケティングのみを制限する場合、また広告目的でのデータの利活用のみを制限する場合には第1修正上の問題が惹起されうる。

D 営利的言論

データの収集等が営利的言論にあたるとしても、企業のデータ収集等は広告目的に限られない以上、営利的言論と呼ぶことはあまり役に立たない。

E 契約

プライバシーは私的契約の締結によって保護できるとの Volokh 氏の主張の要点は次のようなものである——政府は嫌いなものごとを他者に言うことを妨げることはできないが、同一の目的を達成する私的契約を執行することはできる。諸企業が個人データを特定の方法で収集、分析、利活用、売却、開示しないと取り決めるかぎりにおいて、それらの取り決めに反故にした場合には第1修正の保護は及ばない。したがって、Uber や Facebook といった諸企業に対してエンドユーザーライセンス合意や利用規約において述べられたプライバシーポリシーの諸条件で縛ることができる。

しかしながら、契約理論には反対の側面がある——もし契約がなければ、憲法上執行可能なプライバシー権はまったく存在しないこととなる。また、Uber や Facebook といった諸企業はあいまいな条件をプライバシーポリシーとすることも、ある程度意のままにプライバシー

ポリシーを変更することもできてしまい、利用規約やエンドユーザーライセンス合意に依拠することではきわめて限定的なプライバシー保護しか得られない可能性がある。

多くのプライバシー学者が指摘しているのは、こうしたアプローチのみに依拠すると人びとのプライバシー保護はきわめて過小になってしまうという点である。人びとはプライバシー管理に非常に長けているわけではない；彼らは自身の情報の収集、分析、利活用、売却を許容する合意の累積的な効果を理解していない。

さらに、Daniel Solove と Woodrow Hartzog は次のように指摘していた——「契約法——形式的契約と約束の禁反言——は、少なくともプライバシーポリシーをもつウェブサイトに関するかぎり情報プライバシー保護にはほとんど役立たない、と。消費者のプライバシー保護のためにプライバシーポリシーを用いる試みはこれまで失敗しており、多くの消費者プライバシー規制は連邦取引委員会 (FTC) といった行政機関に委ねられてきた。

F 契約モデルの限界

要するに、プライバシー保護の契約モデルはプライバシー規制に関するいくつかの最も重要な問いを投げかけている。たとえば、ビジネスが特定の種類のプライバシーポリシーをもつべきことを国家が決定することができるか；それともビジネスとエンドユーザー間での契約においてプライバシーの保証を追加ないし賦課することができるにとどまるのか。

プライバシーの契約モデルは、第1修正上の自由と契約上の自由を混合する傾向がある。反対に、同モデルは、私的契約の執行によってのみでは返済されえない潜在的な第1修正上の問題をあらゆるプライバシー規制の形式について創出する。情報プライバシー規制は私的契約を通じて達成されるかぎりにおいて、いちおう第1修正のもとで合憲である。しかし、もし国家が重要な諸条件の書き換えによって情報プライバシー契約を規制しようとした場合や、強制的義務を課そうとした場合は、そうした規制は第1修正のもとで合憲性に疑いが生じうる。このようにして、契約モデルは予期せぬ方法でロックナー的諸前提を呼び戻してしまう。第1修正が契約上の自由の行使に対して許容するものと禁止するものの境界を結びつけることで、結局のところ、第1修正上の諸保護を契約の自由の諸保護に転換させてしまっている。

U. S. West, Inc. v. FCC 判決と National Cable & Telecommunications Ass'n v. FCC 判決はプライバシーの契約モデルにとっての基本的な問題を例証している。契約モデルは、契約によるプライバシー保護——こちらは一般的には第1修正上の諸問題を惹起しない——とプライバシー侵害行為の不法行為法上の原因——こちらは第1修正上の諸問題をしばしば惹起する——との執行可能な区別を必要とする。しかし、契約と不法行為の境界は明確ではない。

III 情報信認

以下では、上述の諸アプローチとは別の方法、すなわち信認義務という考えを通じてアプローチを図る。信認義務という考えによって、第1修正上の自由を契約の自由に縛り付けていたネオ-ロックナー的モデルから離れることが可能となる。また、それによって、一定の種類¹の情報²が、政府が合理的な規制によって保護することのできる私的事柄の問題 (matters of private concern) である理由を説明する方法を得ることができる。中心的な主張は、次のものである——すなわち、一定の種類¹の情報²が私的事柄の問題であるのは、その内容が理由³ではなく、それを生み出す社会的諸関係⁴ (social relationships)こそが理由³なのである。

情報信認者は、他者との関係のゆえに、当該関係を形成する上で得た情報について特別の義務を負う人ないしビジネスである。情報の利活用および交換から生じる信認義務を負う人々および諸機関が情報信認者であるのは、彼らが不動産の運用や法的サービスまたは医療サービスのような、クライアントのための他の事業をも行っているかどうかとは関係がない。ほとんどの専門職の関係は信認関係であるから、ほとんどの専門職従事者は情報信認者でもある。そしてそのことが意味するのは、とりわけ、専門職従事者はクライアントについて得た情報をクライアントの利益のために利活用し、クライアントの不利益のために情報を利活用してはならない義務を負っている、ということである。

信認義務は、一般的に言って、信託〔信頼〕の義務である。じじつ、”信認 (fiduciary)”という言葉はラテン語の「信託〔信頼〕 (trust)」に由来する。

IV 信認と第1修正

情報信認という概念は、先に検討した言論の自由論の限界について理解するのに役立つ。それは、「商品化されたデータは言論ではない」という議論がなぜプライバシー規制にとっての最善のアプローチではないのかを説明してくれる。問題は、情報がとる形式ではなく、それが得られた方法や、依存および信頼の諸関係の文脈において用いられた方法である。商品化されたデータは容易に公共的言論の一部となり、完全な保護を受けうる——たとえば、科学の議論、ジャーナリズム、あるいはアートの部分として。

同様にわれわれは、個人データの収集を商業的言論として扱うことが魅力的であると同時に誤りである理由がわかる。データを商業的言論として位置づけることは、データは完全には公共的言論とはいえず、したがって完全な第1修正上の保護を受けるべきでないという認定を暗に行っている。しかし、そうした位置づけは、なぜそうしたデータが公共的言論の枠外にあるのかを誤解している。それが公共的言論の枠外にあるのは、信認義務を伴う特別の関係を背景として収集および利活用されるからである。一般的に言って、製品を買うよう引き込もうとするメディアにおける広告者と消費者の間で信認義務は存在しない。しかし、一

定の状況において、消費者はオンラインサービスプロバイダと信認関係をもつ。とりわけ、消費者がプロバイダを信頼し依存しなければならず、代わりにプロバイダが信頼と依存を推奨する場合には、とくにそうである。

V デジタル時代における情報信認

信認関係の法は歴史的に発展し、法は時代とともに新たな諸関係を認めてきた。デジタル時代には、私が思うに、個人データの収集および利活用の爆発によってできた新たな信認関係が生じてきた。エンドユーザーとオンラインサービスプロバイダの間の信頼関係は、従来の専門職の関係とあらゆる点で一致している必要はない。同様に重要なのは、この関係は、旧来の専門職の関係に当てはまった義務、忠誠、および保護について同程度が必要とは限らないということ。

なぜわれわれはデジタル時代において新たな情報信認者階層を認めるべきなのか？そしてなぜわれわれは彼らとエンドユーザーとの関係を信認関係と呼ぶべきなのか？われわれがそうすべきなのは、法がかつて信認義務という形式を認めたのとまったく同じ理由に拠る。

第一に、エンドユーザーと多くのオンラインサービスプロバイダの関係は、後者が膨大な専門性と知識を有しているのに対し、前者にはたいていそれがないがゆえに、重大な脆弱性を抱えている。

第二に、われわれ自身はこうした諸企業に依存する地位にある。彼らはわれわれが必要なさまざまなサービスを提供しており、われわれは彼らが秘密を濫用しないよう、またわれわれに害を与える仕方で緩慢に扱わないよう期待しなければならない。

第三に、多くの場合、すべてではないが、オンラインサービスプロバイダは個人情報と引き換えに一定の種類のサービスを提供する専門家として振る舞う。

第四に、オンラインサービスプロバイダは、われわれに不利益に用いられうる貴重なデータを保持していることを知っている——また彼らはわれわれがそれを知っていることも知っている。

以上の理由から、信認関係と信認義務を認めるべきである。もともと、その射程は信認関係の性質や信頼の合理性、自己取引回避の重要性によって異なる。

そこで、以下の場合に情報信認者として行動するという基本的な定式を考えてみてほしい：

- (1) これらの人びとまたは企業が、利用者の信頼を得るためにプライバシーを尊重する組織として公に主張する場合；
- (2) これらの人びとまたは企業が、個人情報を開示または濫用しないと諸個人が信じる理由を与えている場合；

(3) これらの人びとまたは企業が合理的行動についての既存の社会諸規範、既存の慣行の諸パターン、または信頼を合理的に正当化する他の客観的諸要因に基づいて個人情報を開示または濫用しないと、影響を受ける諸個人が合理的に信じる場合。

要するに、デジタル時代における情報信認という考えは、オンラインサービスプロバイダはペテン師 (con man) のように振る舞ってはならない、ということである。

これらのルールは誰にでもあてはまるわけではない。たんにインターネット上で他者とコミュニケーションするだけでは情報信認者とはならない。だからこそ、多くの収集、利活用、開示の慣行は第1修正によって今後も保護され続けるのである。

VI デジタル時代における信認義務の射程

デジタル情報信認者は伝統的な信認者（弁護士、医師、税理士など）とどのように異なるか。

伝統的な信認者は広範かつ強力な信認義務を負うとされる。一方でデジタル信認者には彼らほどの義務は認められないと考えられることが多い。∵金銭を対価に義務を付加することで利益相反を防ぐ（個人情報めぐってオンラインサービスプロバイダの会社の利益とエンドユーザーの利益が対立するおそれがある）

もっとも、市場の力だけではあらゆる不正行為を防ぐことはできない ∵大きな情報の非対称性があるから

従来の信認者との違い：①情報から利益を得る必要がある；②エンドユーザーに対する助言義務（医師等は健康リスクを避けるよう患者に助言すると期待できるが、オンラインサービスプロバイダには期待できない）；③ソーシャルメディアは人びとに情報を発信させることで利益を得ているため、情報開示をしすぎないようにユーザに助言することを期待することもできない

→こうしたオンラインサービスプロバイダは特別目的情報信認者 (special-purpose information fiduciaries) とみなされるべき；情報信認義務と提供するサービスの義務をつなげるべきだが、彼らの提供するサービスと彼らに合理的に期待できないことを考慮することでその範囲を限定できる。

オンラインサービスプロバイダの形態はさまざまなので統一的に立法することは難しい可能性があるが、各プロバイダに自主的にルール制定を促すことができる。その内容としてはユーザの言論の自由やプライバシー権を尊重することを求めるものなどがありうる。

VII 情報信認と第4修正

第三者法理 (the third-party doctrine) によれば、われわれが第三者に提供したデジタル情報を政府が取得するのに令状は不要とされる。

しかし、われわれは情報を提供した相手がプライバシーを尊重することへの合理的期待があるはずであって、法はそうした期待を理由に一定の信頼関係を創設・認定している。オンラインサービスプロバイダが情報信認者であるならば、われわれは少なくとも個人情報についてはそうした期待があるはずである。

したがって、情報信認者との関係において第三者法理は妥当せず、情報信認者が持つ情報には第四修正の保護が及ぶ。

VIII アルゴリズム社会における情報信認

情報信認の理論はあらゆるプライバシーの問題を解決するわけではないが、いかにして第1修正による言論の自由の保障が、デジタル時代におけるデータとデータ利用によって生じた一般的な諸問題への解決策としての規制と共存しうるかを解くことを可能にする。企業はさらに洗練されたアルゴリズムや人工知能を利用しており、もはやデジタル社会からアルゴリズム社会に移行したといえる。アルゴリズム社会に移行したからといって情報信認者たる企業の義務が変わるわけではない。

もっとも、アルゴリズムがユーザーに関する予測のために他の人びとのデータを利用している場合には、差別や世論等の操作 (manipulation) といった形で、エンドユーザーやクライアントよりも社会全体に対して影響を与える。ここでは、情報信認という特別な関係のないところで問題が生じるため、本稿の議論が及ばない。結局、データの収集、分析、利活用、売却および分配における善意 (good faith) と倫理的行動のいかなる義務を企業が社会全体に対して負うのかを問わなければならない。特定のエンドユーザーに対する秘密保持義務と忠実義務から社会一般に対する信用性 (trustworthiness) とフェアプレイの義務へと焦点が移るのである。

(松本 有平)