

情報信認への懷疑

出典・凡例

本稿は、Khan, Lina and Pozen, David E., A Skeptical View of Information Fiduciaries (2019). Harvard Law Review, Vol. 133, pp. 497-541, 2019, Available at SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=3341661> の要約である。

要約作成にあたり、原語を付す際には () を用いた。また、訳者が補った箇所には [] が付されている。

なお、本論文は Jack M. Balkin の提唱する情報信認 (informational fiduciary) 概念への批判であるため、あらかじめ Balkin の議論を確認しておく必要がある。本論文にも Balkin の提唱を簡潔にまとめた箇所があるが、要約にあたっては省略した。Balkin が情報信認理論を展開している論文としては、Jack M. Balkin, Information Fiduciaries in the Digital Age, BALKINIZATION (Mar. 5, 2014, 4:50 PM),

<https://balkin.blogspot.com/2014/03/information-fiduciaries-in-digital-age.html>; Jack M.

Balkin, Information Fiduciaries and the First Amendment, 49 U.C. DAVIS L. REV. 1183

(2016), https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/4/Lecture/49-4_Balkin.pdf; Jack M.

Balkin, Essay, Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and

New School Speech Regulation, 51 U.C. DAVIS L. REV. 1149, 1160–63 (2018); Jack M.

Balkin, Essay, Free Speech Is a Triangle, 118 COLUM. L. REV. 2011, 2047–54 (2018); Jack

M. Balkin & Jonathan Zittrain, A Grand Bargain to Make Tech Companies Trustworthy,

THE ATLANTIC (Oct. 3, 2016),

<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2016/10/information-fiduciary/502346>;

and Jack M. Balkin, Fixing Social Media's Grand Bargain 11–15 (Hoover Working Grp. on

Nat'l Sec., Tech. & Law, Aegis Series Paper No. 1814, 2018),

https://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/balkin_webready.pdf などが

ある。

序

われわれは Balkin の独創性を称賛し、プラットフォーム規制の理由 (cause) を前進させた取り組みを称えたい。しかしながら、われわれは大部分において一定のデジタル企業がより厳格に規制されるべきかという理由についての彼の分析に同意するものの、情報信認 (information fiduciary) という概念が、彼の強調する情報の非対称性や濫用の諸問題への、ひいては市場支配および広範な監視を必要とするビジネス・モデルに関するより根本的な問題への、相当ないし適切な応答といえるか、という点について、疑問がある。本稿の主要な目的は、第一に、情報信認理論に潜む多くの曖昧さや緊張関係を同定する点にあり、第二に、同説がそれらを満足に解決する可能性への懸念を表明する点にある。また、情報信認の枠組みを採用することによる潜在的なコストについても注意を向ける——すなわち、構造的権力に関する諸問題について軟弱な自己満足をもたらし、より確固たる公的規制への見通しを頓挫させてしまうこととなるのではないかと。

I 誰に対する信認か？

情報信認に関する Balkin の主張を検討するためには、問題となる諸企業が置かれる法的状況について考慮する必要がある。Balkin の情報信認における中心的な例である Facebook や Google 等は、デラウェアの企業である。デラウェア会社法の下では、営利企業の役員および取締役はすでに当該企業および株主に対して信認義務を負っている。

これらの検討によってただちに、一貫性についてはそうでないとしても、情報信認という概念を主要なソーシャルメディア企業に当てはめる実現可能性について疑義を呈する理由がもたらされる。鋭く対立する忠実義務 (loyalty) を伴う信認は、矛盾の縁で揺らぐ。株主とユーザーの利益が分裂するかぎり、これらの企業の役員および取締役は、Balkin の提示する法体系の下での（エンド・ユーザーに対する）信認義務を果たすためにはデラウェア会社法の下での（株主に対する）信認義務を犯さなければならないという継続不能な立場に置かれる可能性がある——少なくとも、前者の義務を明らかに優先する「強引な政府干渉 (heavy-handed government intervention)」を排除することとなる。

ソーシャルメディア企業の株主の利益とユーザーのそれがどのように相反するかを想像するのは容易である。たとえば Facebook は第一にデジタル広告ベンチャーであり、プラットフォームの利用を無料とする代わりにサードパーティへの行動ターゲティング広告の場 (placements) を得ることで資産の大半を得ている。他の同様のビジネス・モデルをもつ企業と同様に、Facebook は、ユーザーが同サイト上で消費する時間を最大化し、ユーザーデータを収集し商品化する強い経済的インセンティブをもっている。程度の差はあ

るが、ユーザーの中毒的な行動はビジネスにとっては良い。対立を生み、あおり立てるようなコンテンツがビジネスにとっては良いのである。

医師や弁護士、会社の取締役が負う伝統的な信認義務は、オンライン・プラットフォーム企業ほどは顧客の個人情報や利益に還元したり、危機にさらしたりするよう出資されたり希薄な注意義務の関係になっていたりしない。オンライン・プラットフォーム企業の実践から生じる株主とエンド・ユーザーとの間の潜在的な対立は、企業のビジネスの中核から隔離されている、あるいはそれに付随的なものというわけではなく、むしろ中核そのものに属するものである。

デジタル情報信認についても同一の戦略が機能するだろうか？企業それ自身あるいは信認に関する法の根本的諸原理のいずれかを過度に害することなく、企業が既に株主に対して負っている義務をユーザーに負う新たな義務と調和することが可能だろうか？

Ⅱ いかなる意味での信認か？

A 分裂した忠実義務の取り扱い

Balkin は忠実義務の分裂を決して正面から扱ってこなかった。また、われわれの理解のかぎりでは、情報信認を擁護する他のあらゆる論者もそうしてこなかった。しかし、4つの方法を想定することができる。

①デラウェア会社法は、株主の利益が他の構成員の利益より優越すべきであるとの典型的な要求はしていない。したがって、取締役の株主への義務はエンド・ユーザーへの義務に劣後させられるということもありうる。

しかし、これはデラウェア会社法の通説に真っ向から反する。営利企業の取締役はつねに会社株主の最善の利益を追求しなければならないことは、1980年代中葉以来、最も明らかであった。

②広告を減少させたりプライバシーを保護したりするといったユーザーの最善の利益に資する改革が、会社および株主の利益をも増進させる、という議論もありうる。

しかし、Facebook 社がそうした自主規制をかたくなに拒んできたという事実こそが、こうした企業の取締役会は上記のような改革が会社価値や株主の資産を高めるとは考えていない、ということを示している。

③会社法は州または連邦の立法により改正されプラットフォームに対し株主利益よりユーザー利益を優先するよう義務づけることもありうる。

しかし、こうした制定法が置き換わるところの州法および地域法は、株主を優先するという法律ではなく「オンライン・プライバシーに関する法律」なのである。したがって、彼は既存の信認義務を修正してユーザーへの新たな義務を認めるよう求めることはしていない。

④ユーザーに対するあらゆる信認義務は企業価値を損ねないよう限界づけられており、立法がなかったとしても裁判官により課せられる。

しかし、ユーザーの利益を第一に置かなくてもよいのだとすれば、何のために情報信認という概念があるべきなのかが不明である。さらに、これがなぜ信認によるアプローチとして意味をもちうるのかも不明である。

B オンライン行動ターゲティング広告とユーザーを第一に置くことの不適切性

デジタルな信認義務が、明白かつ「永続的な」対立の状況の下、ユーザーへの忠実義務を果たすと考えられているのかは、不明である。

換言すれば、ビジネス・モデルが問題である。ビジネス・モデルによって、企業活動が顧客の最善の利益を促進するのか、それともその真逆を行おうとするのかを決定する。営利的信認義務の経済的インセンティブは顧客の利益と相反する場合があります、窮極的には困難な諸問題を生じさせる——真に完璧に利害が一致する (alignment) ならば、そもそも信認義務の必要性はなくなるだろう——が、利害の不一致 (misalignment) によって信認的忠実義務が疑わしい (implausible) ものとなるケースがある。行動ターゲティング広告はそうしたケースのひとつだと思われる。

多くの広告業者およびコンテンツ制作業者は、ユーザーと同等かあるいはそれ以上に Facebook にとらわれている。情報信認を提示することの目的が支配的なオンライン仲介業者とそれに依存する者との間の関係を再調整する点にあるとすれば、なぜその保護が一組の依存者のみに限定されるべきなのかは不明である。

C 構築された脆弱性

医師と弁護士と結びつける不適切なアナロジー (disanalogy) がもつ上記の諸点をうまくごまかすことで、Balkin の提案は、普通の諸個人と主要なオンライン・プロバイダとの間にある力の不均衡——それは、これらの企業が採用するビジネス・モデルと彼らが享受する市場の独占に起因する不均衡である——という依存的かつ構築された性質を覆い隠す危険を冒している。このブラインド・スポットが、翻ってそもそもそうした不均衡を生じさせないようにするかもしれない〔政府の〕介入に関するより広範な議論の門戸を閉ざしてしまう危険を生じさせるのである。

D 一階と二階の情報非対称性

伝統的な信認的関係は情報の非対称性を暗黙裡の前提としており、オンライン・プラットフォームもこうした非対称性があると Balkin は述べるが、これらの非対称性は異なるものである。

われわれは伝統的な信認関係における情報の非対称性を「二階の」非対称性と呼ぼう——受益者〔＝顧客〕は、自身に代わって行われる信認者の活動に関して具体的な詳細を知らないが、受益者はその関係の核となる条件を理解している。

他方、オンライン・プラットフォームにおける情報の非対称性を「一階の」非対称性と呼ぼう——オンライン・プラットフォームの活動、アルゴリズム、データ収集以外について、ほとんどのユーザーはその活動の基本的な外形を理解すらしていない。

こうした根本的な変革の必要なしにオンライン・プラットフォーム企業をユーザーへの信認者へと変換できるという考え方は、あまりにも現実味を欠く。

Ⅲ どの問題を解決するのか？

A 実体的諸問題

情報信認モデルでは、ユーザーに対して不正 (abusive) な行為や恣意的 (manipulative) な行為を行うことが禁じられる。とすれば、情報信認モデルは消費者保護法の修正として最もよく理解される。

その場合、しかしながら、次のように問うことが公平である——すなわち、なぜわれわれが消費者とプロバイダの関係について新たな抽象的理論化を必要とするのか、FTC によるか欧州のデータ保護機関によるかを問わず、どのようにして既存の法規範がより実効的に精緻化され、執行されうるかという機関に着目した説明 (institutionally sensitive account) では足りないのか、と。

情報信認モデルにおいて繰り返される「情報信認者は「信義誠実 (good faith)」に従って行動しなければならない」との命題は、そもそもあらゆる契約当事者がそれに従う必要がある以上、新たに何も付け足さない。

近時の Balkin は、新たに信認義務の内容としてユーザーの依存を推奨することの禁止やデータ提供の際に第三者の審査などを挙げているが、こうした義務は株主の利益を犠牲にしてエンドユーザーの利益を優先するという、想定していなかった帰結をもたらす。

B エンフォースメントの諸問題

Balkin は、情報信認義務がどのようにエンフォースされるのか、また違反がどのように救済されるかといった問題についても論じていない。

すでに Balkin に影響を受けた民主党上院議員らは信認義務違反を FTC（あるいはそれがなければ司法長官）によって直接に提訴可能なものとして扱う可能性がある。Balkin が、間接的なかたちでのみ情報信認義務を論じているとすれば、それはすでに起こりつつある訴訟の流れを止めてしまい、むしろこの義務を副次的なものとしてしまうだろう。

エンフォースメントの観点からは、個々のユーザーや機関が、いつオンライン・プラットフォームが信認義務に違反したかをどのようにして知ることができるとされているのか、という点にも疑問が生じる。すでに多くのデータ侵犯やプライバシー侵害が起きているにもかかわらずオンライン・プラットフォームが経済的に重要であり続けていることに鑑みれば、新たな信認義務の要否に関わらず、データ侵犯や他のコンプライアンス違反を迅速に公に開示する義務を課すことに加え、規制のための実効的な干渉や調査が必要となるだろう。

C 未解決の諸論点

Balkin が念頭に置いているプライバシーやデータ・セキュリティの問題以外にも、たとえば選挙においてオンライン・プラットフォームが悪影響を及ぼすといった問題は未解決である。

多岐にわたる害悪の多くは、過大な市場シェアをもつ行動ターゲティング広告のビジネス・モデルによって拡大されたり引き起こされたりしている。

こうしたプラットフォームの独占と民主主義の腐敗という状況に抗するには、ユーザーを中心に置くという情報信認理論の性質は一度立ち止まらなければならない。われわれは、次の議論を提示する——すなわち、法制度改革者にとってレレヴァントな問いは、Google や Facebook といった企業がエンド・ユーザーに対してその権力をどのように行使するか、ではなく、そもそもそうした権力を行使すべきか否か、というものであるはずである、と。これらの企業の一部の独占を制限するだけでも、プライバシー保護における競争と、一つのデータ・セキュリティの失敗によりさらに大きな害悪につながる可能性を減じることとによって、消費者のプライバシーに好影響を与えるだろう。

本節での要点は、次の点にある——市場構造や政治経済的影響力に立ち入ることなく、濫用的なデータ・プラクティスに焦点を当ててソーシャルメディア企業の広範な規制枠組みないし「一括交渉 (grand bargain)」を論じることが、せいぜい不完全にとどまるか、最悪の場合には必要な改革の妨げとなってしまう。

IV どのような便益と費用を伴うか？

A 第一修正の柔軟性についての誤った前提

第一修正はオンライン・プラットフォームの規制にとって障壁となりうるとされるものの、Balkin によれば、プラットフォームを信認義務者と位置づけ、さらにアメリカにおける裁判例を検討すれば、憲法の見通し (calculus) は規制者側に利する。

しかし、彼の議論はロバーツ・コートが実際に採りそうなアプローチをたどることができていないように見える。

より直截に言えば、支配的なオンライン企業を医師や弁護士に類比する第一修正理論は、他方でそうした企業の、大衆のコミュニケーションにとってますます不可欠のプラットフォームとしての地位を、また公共圏の「新たな統治者 (New Governor)」としての地位を、等閑視しているため、信用できない。そうした理論は、真の社会的諸問題を覆い隠してしまう。

B 裏腹のリスク

情報信認アプローチには、次のような潜在的な負の側面がある。

第一に、情報信認フレームワークは、デジタル世界について誤った描写をしている。それによれば、Facebook や Google は、ユーザーの利益を第一に考え、基本的に信頼できるアクターとされる。既述のとおり、これは多くのプラットフォーマーの姿について褒められた描写ではない。誤った提示により、ビジネス・モデルの固定化や問題のあるプラクティスの正統化といった事態を招くこととなる。

第二に、こうした誤った描写により、政策が不発となる。彼の解決策は既存の消費者保護法を反映しているにすぎないものが多く、それらの実効性確保等に注力することのほうが時間や労力の投下としてよりよい可能性がある一方で、彼の理論が既存の消費者保護法から離れる点があるほど、自身の理論の正当化根拠を失ってしまう。

第三に、情報信認アプローチはユーザーのプラットフォームへの依存という構造的な関係を所与のものとしており、プライバシーを公共財として位置づける見解などを暗黙裡に貶めている。

近年の Balkin は競争促進的ルールについて論じているが、われわれはこうした構造的アプローチには賛同するものの、情報信認アプローチがうまく適合するとの主張には疑問がある。むしろ、情報信認アプローチは競争促進的改革をつぶしてしまうのではないか。

Balkin らの主張は、政策立案者が主要なオンライン・プラットフォームを情報信認者として規制できるということを前提にしているが、実際には規制を行う見込みがなく、むしろプラットフォーマーの側は抜本的改革にさらされないという立場を享受している。

V 代替するアナロジー

本稿は批判の試みであり解決策の提示 (prescription) のそれではない。

もっとも、2つのより適切な出発点を記したい。

①Facebook や Google といった巨大オンラインプラットフォームの場合、われわれは社会経済インフラの「オフライン」プロバイダとのアナロジーを行うことができるだろう

う。これらのプラットフォームがコミュニケーション、商業、情報流通の主要な経路となっているかぎり、それらは不可欠なサービスへのアクセスの手段を支配しているものとみなされる。革新主義時代において政策立案者は私的企業によるインフラへの支配が集中することを恐れ、私的権力への介入のために規制手段を用いた。これと同様の規制原理は、今日も検討に値する。

②デジタル・プラットフォームによる個人情報の収集、集積、利活用によって提起される規制上の諸課題について考えるにあたって、われわれは環境汚染とのアナロジーを行うことができるだろう。Omni Ben-Shahar 教授が提示したこのアナロジーは、オンライン・プラットフォーマーが個人への監視のみならず第三者および公共の利益に対しても負の外部性をもちうるという点を指摘することを目的としていた。目的のための最適な手段が何であるかについては措くとしても、われわれは、デジタル監視による害が道徳的に課せられる諸基準ではなく明確な禁止と経済的なディスインセンティブによって対処されるべきであるという基本的認識について同意する。

「詐欺師 (con artist[ry])」の規制に着目する情報信認アプローチは、支配的なプラットフォームがいくばくかの行動をしないようにし、信頼性の外被を標榜することができるようにするにすぎない。そうではなく、特定の形式のデータ収集および保持に対して徹底した制限と重い罰を科すことが、より広いオンラインのエコシステムを無害化するのに資する。プラットフォーマーにより権力を与えないことが、全員にとって汚染がより少なくなることにつながるのである。

結

Balkin の情報信認理論は議論を前進させるものであったが、後退させるものでもあった——高度の市場集中に関するあらゆる諸問題、ソーシャルメディアにおける言論環境を悪化させるあらゆる諸問題、ターゲティング広告にもとづくビジネス・モデルに固有のあらゆる諸問題から、注意を逸らせるのである。われわれが思うに、構造的改革こそが議論のなかでより前景的地位を占めるべきである。反面、われわれは、主要なオンライン・プラットフォームの規制の取り組みとオンラインの公共圏の改善において情報信認という概念が重要な役割を担うべきであることには疑問がある。