



プライバシーの信認モデル

——リナ・カーン&デイヴィッド・ポーゼン「情報信認への懐疑」への応答

出典・凡例

本稿は、Jack M. Balkin, The Fiduciary Model of Privacy, *Harvard Law Review* 134, no. 1 (2020): p. 11-. (<https://harvardlawreview.org/2020/10/the-fiduciary-model-of-privacy/>) の要約である。本論文は Lina M. Khan & David E. Pozen, A Skeptical View of Information Fiduciaries, *Harvard Law Review* 133, no.2 (2019): p. 497-. (<https://harvardlawreview.org/2019/12/a-skeptical-view-of-information-fiduciaries/>) による批判への応答なので、そちらもあわせて参照されたい。

なお、本プロジェクトではカーンおよびポーゼンによる批判の要約 (http://dataethics.jp/resource/resource_category/03/) とバルキンが情報信認モデルを提示した代表的な論文の要約 (http://dataethics.jp/wp/wp-content/uploads/2021/04/summary_005.pdf) を Web サイトに掲載しているため、理解の一助にしていきたい。

本稿において、原語を付す際には () を用い、原文でイタリックの箇所には圏点を付した。

I. 監視資本主義におけるデジタル依存

- デジタル時代において人びとはますますデジタル・ビジネスに依存し、それらに脆弱になりつつある。情報資本主義 (information capitalism) によって生み出されるこうした依存と脆弱性があるため、法は、デジタル企業が信認の諸原理 (fiduciary principles) に従ってエンドユーザーのデータを収集および利活用するよう彼らを扱わなければならないと、筆者はこれまで述べてきた。法は、彼らを情報信認者 (*information fiduciaries*) とみなすべきである。
- デジタル企業はエンドユーザーから多くの情報を収集する一方、ユーザーはそのことについて多くを知らないという点で、両者には情報の非対称性がある。
 - また、デジタル企業はユーザーがそうとは気づかない情報をも含め、より多くの情報を開示 (disclosure) するよう促すインターフェイスを設計しているという点で、透明性を欠いている。
 - さらに、一方がアプリケーションの設計を支配し、他方がその設計の中でしか活動できないという点で、権力 (power) の非対称性がある。

- 情報の非対称性，透明性の欠如，権力の非対称性があるなかで，デジタル企業は自身が信頼に値する企業であると標榜し，ユーザーに自身を信頼するよう促している。また，ユーザーは企業に自身のデータを委託 (entrust) し，日常におけるさまざまな活動を行っている。
- こうした依存は今後増大する一方であり，いずれはこれらのテクノロジーなしに仕事や生活をするのが考えられないほどにまでなるだろう。

A. 情報信認モデル

- 法は，特定の状況に関して信認関係を認めている。その認定にあたっては，一般には，権力の不均衡，知識の重大な非対称性，より力をもたない当事者による監視の困難性，などの要素が考慮される。情報信認者は，一般の取引において求められる信義誠実義務を超えて，善管注意義務 (duty of care)，秘密保持義務 (duty of confidentiality)，忠実義務 (duty of loyalty) を負う。
- このようにして，情報信認者は，エンドユーザーに対し，秘密保持義務，善管注意義務，忠実義務という3つの基本的義務を負う。
 - 秘密保持義務と善管注意義務は，デジタル企業に対し，顧客のデータの秘匿性と安全性を守るよう要求する。
 - 忠実義務は，デジタル企業がエンドユーザーの利益のために行動しなければならず，彼らの信頼を裏切ってはならないことを意味する。
- 信認義務は，社会的諸関係から，またこれらの諸関係に内在する権力および脆弱性から生じている。したがって，信認義務の性質は当該諸関係の性質，参与者の理解，権力をもつ当事者による濫用や操作 (manipulation) の危険性などに依る。
- デジタル企業は，医師や弁護士とは異なる種類のサービスを提供しているが，そうした違いが示すのは，デジタル企業の信認義務は専門職のそれとは異なり，かつ狭いものであるとしても，それは等しく重要である可能性がある，ということである。

B. プライバシーと信頼

- 情報信認モデルはデジタル・プライバシーに関する理論における信頼と信頼性 (trustworthiness) という関係的観点からプライバシーをみる潮流のひとつとして位置づけられる。
- もっとも，従来の諸理論は告知と選択 (notice-and-choice) を中心に議論していたが，このモデルではエンドユーザーが最も脆弱であるときに，また知識，権力，支配における非対称性が最大であるときに，最も不適切となってしまう。

C. 信認モデルの全体への効果

- 従来の情報信認概念は個人間の信頼関係に関するものであるため、プライバシーの信認モデルが全体へもたらす効果 (systemic impact) は看過される可能性がある。
 - 第一に、信認モデルは、大手プラットフォームだけでなく、サービスの対価としてエンドユーザーの情報を収集するあらゆるビジネスに当てはまる。
 - 第二に、情報信認者が第三者とデータを共有する場合、信認義務はデータの所在と一致しなければならない。つまり、エンドユーザーと契約関係にないデータ・ブローカーは信認義務に拘束され続ける。
 - 第三に、大手プラットフォームは、エンドユーザーの利益のために行動する義務を負うが、それが結果的に社会公共一般のための利益のために行動する義務となることがある。(例：選挙や健康に関する情報など)
 - 第四に、データを開示するという決定は、自身に関わりがあるすべての人びとに関する情報を開示することにもなるため、第三者への重大な効果がある。

D. 信認モデルと第四修正

- 信認モデルは、政府による搜索と押収からの第四修正上の保護を確保することにも資するところがある。
 - 連邦最高裁は第三者理論 (the third-party doctrine) を採用し、個人が第三者にデータを渡した場合には当該個人は当該データに対する合理的期待を失うため、政府は令状なしで当該情報を得ることができるとされる。もっとも、連邦最高裁はデジタル時代においてはこの理論がほとんど意味をもたないことを認識し始め、徐々にそこから動きだし始めた。
 - 情報信認モデルは、こうした動きに対して明確な道筋を与える。当該デジタル・ビジネスが情報信認者であるならば、国民は信認者の秘密保持義務に対して合理的期待をもつことができ、政府はエンドユーザーに関する非公開データへのアクセスにあたっては通常令状が必要となる。
- 信認モデルは第三者理論を廃止するわけではなく、適用対象を限定し、情報信認者ではない人びとおよびビジネスにのみ適用されるとする。ここでは、プライバシーへの合理的期待の有無ではなく、エンドユーザーとデジタル企業との関係が信認関係にあるかが問題とされる。
- また、信認モデルの下では、デジタル・ビジネスにはエンドユーザーのプライバシーを私人からだけでなく政府の目からも守る積極的義務が課される。これはエンドユーザーへの善管注意義務、秘密保持義務、忠実義務から導かれる。

II. 反トラストは反信頼であるべきではない

- カーンとポーゼンによれば、今日われわれが直面する真の課題はデジタル・プラットフォームの経済的権力である。
 - デジタル・ビジネスの改革はプラットフォームの権力に焦点を当てなければならないという点、および構造的改革が必要であるという点については同意できる。
- もっとも、次の2点について同意することができない。
 - カーンとポーゼンは、信認モデルがデジタル・ビジネスモデルを変える仕方、および既存のビジネスの方法を変更させる仕方を、低く見積もっている点。
 - 第二の黄金時代 (Second Gilded Age) において、問題は知的財産法、消費者保護法、プライバシー法、通信品位法、第一修正、反トラスト法および競争法などのさまざまな場面で生じており、われわれはさまざまな場面へと乗り出していくほか選択肢がないと思われる。カーンとポーゼンのように経済的集中にのみ着目することでは問題は解決しない。
- たとえば、たとえ Facebook 社を 50 社に分割したとしても、50 社は監視資本主義を継続し続けるため、プライバシーの問題は解決されない。より小規模の企業は、経済的には力が弱いかもしれないが、情報の非対称性などを利用してエンドユーザーを監視し操作 (manipulate) することは可能である。エンドユーザーの大多数は無知・無力 (clueless) であるがゆえに、より競争的になったとしてもプライバシーの濫用的なプラクティスは終わらない。競争法改革だけでなく信認義務を課すことも必要である。

III. 情報信認モデルへの批判

A. あなたのプライバシーについては残念です：でもわれわれは利益を上げなければならないのです！

- カーンとポーゼンは、情報信認は株主に対する既存の信認義務と対立すると述べる。
- しかし、この批判は見当違いのように思われる。
 - 第一に、株主の利益を最大化する義務よりプライバシーを保護する義務を優越させる立法があれば忠実義務の相反はないという点は、彼らも認めている。したがって、そうした連邦法が立法されれば問題は解決される。
 - 第二に、株主に対する取締役等の義務は、会社はその活動によって影響を受ける人びとに対して負う義務を遵守することを前提としている (*assume*) (一部の企業は環境汚染などによって利益をあげることもできるが、彼らは環境法等の遵守を前提として利益をあげている)。したがって、彼らは誤った前提に立っている。

- カーンとポーゼンが主張する情報信認モデルの問題点は、善管注意義務、秘密保持義務、忠実義務があいまいな基準にとどまるという点かもしれない。しかし、そうであるならば、コモン・ローによる判例法形成や執政機関による規範形成および事案解決によって、より具体的なプライバシー義務の形成を待つべきである。

B. Facebook はあなたの医師ではありません。針よりも怖いのです。

- カーンとポーゼンは、デジタル企業と医師や弁護士等の専門職とのアナロジーの不適切さ (disanalogies) を批判する。
 - 第一に、デジタル・ビジネスはその専門性を用いてエンドユーザーをさらに脆弱にする点で、専門職とは異なる。
 - 第二に、エンドユーザーはデジタル企業との関係の真の性質を理解していない。
 - 第三に、デジタル・ビジネスの現在のビジネスモデルはエンドユーザーを操作 (manipulate) することでより多くの利益を得ている。
 - 第四に、デジタル企業はエンドユーザーに関するデータを可能なかぎりを多く集めようとする。
- しかし、こうしたアナロジーの不適切さは、むしろ信認モデルの必要性を補強する。
 - 信認義務は不平等な権力と脆弱性の関係という社会的諸関係から生じる。権力の不均衡が大きいほど、情報の非対称性が大きいほど、クライアントの環境に対する支配力が大きいほど、そしてクライアントの脆弱性が大きいほど、信認義務の必要性はより大きくなる。
 - カーンとポーゼンは、エンドユーザーの操作がデジタル企業のビジネスモデルに組み込まれている以上、信認モデルは意味がないと主張するが、そうではない。信認モデルの重要な点は、競争法に関していえば、デジタル企業のビジネスモデルを変えることであり、彼らが現在標榜するような——実際にはそうではないのだが——信頼に値する個人データの管理者へと彼らを変えることである。
- 医療や投資など、さまざまな分野においてアルゴリズムやロボティクスが用いられ始めているが、これは医師や資産管理者の信認義務を放棄するものではない。テクノロジーは人間同士の社会的諸関係を媒介し、構成しており、テクノロジーの変化によって権力と支配の新たな関係が生じる。
 - われわれは、テクノロジーの形式の背後にあり、そのテクノロジーにより生み出され拡大される不平等や支配という社会的諸関係に目を向けなければならない。
 - アルゴリズムによって人間が他の人間を不当に扱い、その責任が否定されるのならば、われわれは、そうしたテクノロジーを用いる彼らおよび彼らが運営する会社に対して義務を課すべきである。

C. しかし、ターゲティング広告についてはどうですか？

- カーンとポーゼンによれば、エンドユーザーへのターゲティング広告は、エンドユーザーとデジタル企業との間の利益相反をもたらすため、ターゲティング広告を認める信認モデルは成り立ちえない。
- しかし、この帰結は、あらゆるターゲティング広告が濫用的でありエンドユーザーの最善の利益に適わないということを前提しなければ導かれない。現実のターゲティング広告にはさまざまなものが存在し、こうした帰結が導かれるのは驚きである。
 - むしろ、われわれはエンドユーザーに対するターゲティング広告のうちどのプラクティスが彼らの信頼を裏切り、または利益に反して機能することがないのかを探究すべきである。
- われわれはまだデジタル広告が実際にどのように機能するのか、またどのような害を生じさせるのかを解明するうえで初期段階にあるにすぎない。デジタル広告についてより学ぶほど、どのプラクティスが害を生み、あるいは生まないのかが明らかになる。したがって、既存のビジネスモデルを所与のものとして受けとるべきではない。

IV. 第一修正と仲介者の免責¹

A. 秘密保持義務は第一修正と整合するか？

- 筆者はこれまで、多くのプライバシー規制が第一修正と整合する理由を信認モデルが説明できると主張してきた。
- 第一修正がプライバシー規制とどのように関わり合うかを理解するためには、プライバシー規制にはさまざまな種類があることを知る必要がある。
 - ①情報の収集、②照合 (collation)、③分析、④利活用、⑤開示と配布、⑥売却、⑦保持または破壊、などが挙げられる。
 - 第一修正は、これらの異なる種類のプライバシー規制と異なるかたちで関わり合う。裁判所は、情報の収集や利活用への規制は行為規制であることから、時・所・方法の規制として論じ、第一修正上の問題を生じないとする可能性が高い。むしろ、第一修正上の問題が生じるのは、情報の開示、配布、売却を規制する場合である。この場合については、今日の第一修正解釈が信認関係から得られた情報とそれ以外のものとを区別していることと同様に、政府が情報信認者に秘密保持義務を課すことは許容されうるということが出来る。
- カーンとポーゼンが主張するのは、現在のロバーツ・コートはデジタル・ビジネスと専門職のアナロジーを受け入れることがない、ということである。それはたしかにそ

¹ 原文では V. となっているが、順番は IV. なので要約にあたっては訂正してある。

うかもしれないが、連邦最高裁がまったく新しい理論を見出す可能性も同様に保障されていない。

- われわれは、第一修正の最もよい解釈を生み出すことに焦点を当てるべきである。もっとも、冷淡 (unsympathetic) な連邦最高裁から保護を求めるのであれば、以下のような方法もありうる。

B. ソーシャルメディアの公益義務

- 通信品位法 230 条は、通信サービスプロバイダーに対して、サービス利用者のコンテンツにもとづく多くの訴訟からの法的免除を定めている。
 - 連邦議会は、デジタル企業が同条にもとづく免除を得たいのであれば情報信認者として規制されることに同意しなければならないことを定めることもできる。
 - 同条の免除は、プラットフォームの運営によって第三者に通信や広告や売買等を可能にさせているあらゆるデジタル企業にとって重要である。そうであるからこそ、上記のような立法がなされれば、これらの企業には情報信認者になる強力なインセンティブが生じる。情報信認者にならないとしてもデジタル企業は第一修正による保護を受けるが、第一修正と通信品位法には以下のような違いがある。
- 第一修正は通信品位法 230 条の免除全体を要求しているのではないと解されている。通信品位法 230 条の規定と第一修正の要請との間の違いは、規制的助成金である。
- 政府は、この助成金と引き換えに、デジタル・プラットフォームから公益義務 (public interest obligations) を要求すべきである。
 - 第一に、デジタル企業は、彼らがエンドユーザーおよびビジネスのために情報を収集する対象すべての人びとに対して情報信認者であることを受け入れなければならない。
 - 第二に、デジタルビジネスは他のアプリケーションとの相互運用性 (interoperability) を確保しなければならない。
 - 第三に、デジタル・ビジネスは、競争法、プライバシー保護義務、消費者保護義務の実行の目的のための、彼らのアルゴリズムに対する政府規制者による調査を受け入れなければならない。
- 連邦議会はこれまでのところ、プラットフォームはコンテンツ・モデレーションに関して「中立」であることを定めるなどしてきたが、コンテンツ・モデレーションのみに焦点を当てるのではなく、デジタル権力のさらに深い淵源に目を向けるべきである。つまり、連邦議会はデジタル企業に対し、ビジネスモデルを刷新させ、操作 (manipulation) へのインセンティブを減少させるようにすべきである。競争法改革と組み合わせられることで、情報信認義務はデジタル資本主義と状況を変える長い道のりに乗り出すことができる。

(松本 有平)