

ISSN 2186 – 3989

Privacy as Trust 論における Trust の意味
— プライバシー保護での信認義務の内容画定のために —

佃 貴弘

The Meaning of “Trust” in the Theories of the Privacy as Trust
— to Define the Fiduciary Duty in the Privacy Protection —

Takahiro Tsukuda

北 陸 大 学 紀 要
第53号(2022年9月)抜刷

Privacy as Trust 論における Trust の意味 — プライバシー保護での信認義務の内容画定のために —

佃 貴弘**

The Meaning of “Trust” in the Theories of the Privacy as Trust
— to Define the Fiduciary Duty in the Privacy Protection —

Takahiro Tsukuda*

Received June 27, 2022

Accepted July 26, 2022

Abstract

The purpose of this article is to discuss the meaning of “trust” for overcoming the hurdles in introducing the theory of the “privacy as a trust” into Japanese law.

The rise of platform businesses (especially matching services) in recent years has made it difficult to protect personal information through the informed consent (notice and choice) model. In solving this problem, the theory of Privacy as Trust (or information fiduciary) is useful.

There are, however, some hurdles to introduce this argument into Japan. Since the concept of trust and fiduciary is not well known in Japan, it is not clear when and what liability the provider shall have. To overcome it, this article discusses the meaning of Trust in this theory.

Key Words (キーワード) : Fiduciary Relationship (信認関係), Information Fiduciary (情報受認者)

1 はじめに

本稿の目的は、Privacy as Trust 論を日本法に導入する場合に生じる課題に答えるために、trust の意義について検討することである。

近年のプラットフォーム事業（とくにマッチング型サービス）の隆盛によって、インフォームドコンセント（通知と選択）型のモデルで個人情報保護を図ることが困難になっている。その問題を解決するには、Privacy as Trust 論または information fiduciary 論が役立つと考えられる。

*北陸大学経済経営学部 Faculty of Economics and Management, Hokuriku University

**責任著者 佃貴弘 Takahiro Tsukuda t-tsukuda@hokuriku-u.ac.jp

しかし、これらの議論を日本に導入するには、いくつかの障害がある。日本において trust や fiduciary という概念になじみがないため、事業者 (provider) ¹ に対しどのような場合にどのような責任が発生するのかがわからないからである。

そのためには、この議論における trust が指し示す意味を把握する必要がある。それは、信託という制度そのものを意味しない。また、fiduciary を「受託者」と捉えてしまうと、新たな誤解も生じうる。しかし、trust を「信頼」と同義語と捉えることにも疑問がある。

このような不明確性が trust や fiduciary という概念にあるため、本国アメリカにおいても、Balkin (2016) の information fiduciary 論に対して、Khan & Pozen (2019) による批判的検討がなされている。この批判に対しては、Tuch (2021) による反論があり、Balkin (2020) 本人による応答もある。本稿では、Tuch や Balkin を擁護する立場で検討する。

そこでまず、2. では、なぜプライバシー保護の文脈において trust に着目するのかについて、その社会背景や法理論上の問題について言及する。次に、3. では、trust に基づいてプライバシー保護を図るために、プライバシー保護の文脈における trust とは何かについて論じる。最後に、4. では、Privacy as Trust (information fiduciary) 論に対する批判に応答することにより、何を根拠にプライバシー保護を図ろうとするのかを明らかにする。

2 プライバシー保護の文脈で trust に着目する理由

本稿の 2 では、プライバシー保護に trust の観点が必要となる理由を説明するために、プラットフォーム事業の隆盛がその背景としてあることを指摘し、従来型プライバシー権論ではその隆盛で生じた問題に対処できないことを述べていく。

2-1 Privacy as Trust 論を必要とする社会背景——プラットフォーム事業の隆盛

プライバシー保護に trust の観点が必要となる社会背景については、Richards & Hartzog (2016) の議論が参考になる。その議論を要約すれば、次のようになる。現代のプライバシー問題を考察するには、IoT (internet of things) を想起するとわかるように、昔なら考えられなかったようなものから個人情報が集積されるようになった。このような現状において、従来型のプライバシー権論で保護を図ることが立ちゆかなくなった。現実社会における個人は、自己の情報をやりとりするときには完全に理解した状態で意思決定ができず、理解できたとしても利用についての意思を示した後しばらく経ってから深刻な問題が生じていたことに気づくことが多いからである。

このようなことが生じるのは、社会に多くのプラットフォーム事業が成立し、これらの事業から提供されるサービスを利用しなければ社会生活を営むことができないからである。Google のような検索サービス、Amazon のようなオンラインショッピングモール、Facebook や LINE のような SNS 型のプラットフォームなど、さまざまなものがある。

このようなプラットフォーム事業を利用するには、その事業者が示す利用規約に同意しなければならない。それに同意しなければ事業者のサービスを享受することができないので、多くのものは利用規約の内容を精査することなく同意してしまっている。そのために、利用規約に起因するプライバシー問題に気づかれぬままになることがありうる。これは、定型約款で生じる一般的な問題である。

しかし、プラットフォーム事業が介在した場合におけるプライバシー保護の問題は、この問題だけにとどまらない。本人が積極的に個人情報の第三者提供に同意しなければ、マッチング型のサービスの便益を受けることができない場合があるためである。これは、マッチング型プラットフォームで特に見られる問題である。この問題の解決には、契約 (約

款)に着目した事業者からの個人情報保護だけでは十分でなく、事業者を通じて個人情報
 を獲得した第三者からの保護も検討しなければならない。これは、従来型のプライバシー
 保護の方法では、第三者提供後の個人情報保護が不十分であることを意味している。

2-2 従来型プライバシーの限界——同意モデルの限界、同意後の保護をどう図るか

2-1 で述べたようなプラットフォーム事業が介在した場合に、従来型のプライバシー権
 論では限界が生じている。Warren & Brandeis (1890)・Prosser (1960) 型の不法行為プ
 ライバシーでは、本人が提供に同意してしまっているために、プライバシー侵害を認定す
 ることが困難である。

自己情報コントロール権論や現行の個人情報保護法制でも、同様に困難である。連邦取
 引委員会 (Federal Trade Commission: FTC) は、プライバシー保護の指針として「公正
 な情報慣行の原則」(Fair Information Practices: FIPs)を策定し、インフォームドコン
 セントの影響を受けた、「通知と選択 notice and choice」モデルを採用している。これは、
 自己情報コントロール権論と親和的であるし、日本の個人情報保護法も個人データの第三
 者提供などに本人の「同意」を求めている (旧法 23 条、新法 27 条)²。しかし、Richards
 & Hartzog (2019: 1498-99)は、現時点においても FTC の規制は「通知と選択」モデル
 を維持しているために、十分な解決策を提示できていないと指摘している。

もともと、Richards & Hartzog (2019: 1467)が「同意の帝国 Empire of Consent」と比
 喩的に表現するように、本人の「同意」はリベラルな政治思想や近代の人権思想とマッチ
 するため、広く受け入れられやすい。しかし、そのような「同意」モデルを成立させるの
 に必要な理想状態 (ideal circumstances for consent) がある。Richards & Hartzog はそ
 の状態にすることが実現困難であるという。

Richards & Hartzog (2019: 1492-98)は、「同意」モデルの成立に必要な理想状態が実現
 困難であるという。その状態とは、(1)頻繁に同意を求めないこと (infrequent requests)、
 (2)リスクが明確にわかること (vivid risks)、(3)同意の熟考が有益であること (incentives
 to take each request seriously) の 3 つである。(1)が困難なのは、同意を求める攻撃を
 絶え間なく受けており、頻繁に同意を求めれば求めるほど本人の同意に道徳的正統性を認
 めることができないからである。(2)については、インフォームドコンセントの方法がうま
 くいくのは、そのリスクが明確にわかるからである。しかし、実際は「虫が這い寄る感じ
 に creepy」データ収集がなされ、そのリスクが隠され、憶測・妄想または自信過剰にリス
 ク計算をしなければならない。そのために(2)も困難であるという。(3)については、多く
 の人が GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) と無関係に生活することが
 困難で、データに関わる危害は遠く離れた所で起きる。それにもかかわらず、多くの人は
 そこまで熟考して同意していないため、(3)も困難であるという。

また、Balkin (2016: 1201-02)は、
 当事者の合意のみでプライバシーを
 規律する場合の弊害を指摘する。リ
 バタリアニズム的な自己決定論で考
 えた場合、当事者で合意した内容 (利
 用規約の内容) だけで事業者の本人
 に対する義務が決定される。それが
 本人の自己決定の結果だからであ
 る。もし本人の自己決定を強調す
 るのであれば、図 1 に示すように、政
 府の介入により利用規約 A から利用

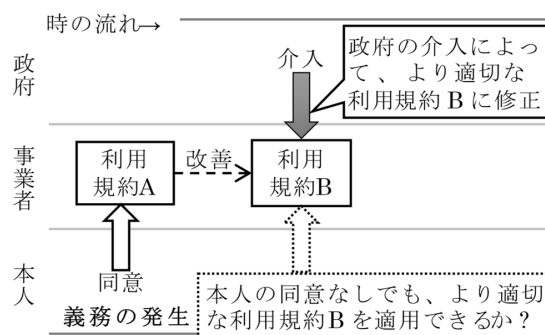


図 1: 適切な規約より同意した規約を優先する？

規約 B への改善が図られたとしても、本人の同意がなければ適用できないということになりかねないという³。Balkin の指摘は、本人の自己決定（同意）よりも政府の介入を優先すべき場合もあることを例証している。

では、当事者が合意していないにも拘わらず、何らかの義務を当事者に課することができるのはなぜか。本稿がプライバシー保護の文脈で trust に着目する理由は、この点に関わる。それを英米法の文脈で説明するのが信認関係（fiduciary relationship）であり、この関係から導かれる義務が信認義務（fiduciary duty）である。この関係から導かれる議論は、信託（trust）に由来することから、日本で「信託法理」と表現されることもある。

信託法理は契約とは異なる法理論で成り立っているため、信認義務は当事者の合意（当事者が契約したこと）から必ずしも根拠づけられない。本稿が信託法理・信認義務に着目するのは、「契約構成では、本人が委託した事業者に対しその責任を追及できても、その事業者から取得した第三者に対して追及することが困難」（佃 [2014: 91-92]）であるのに対し、信託法理であれば契約外の第三者への責任を目論むことができるからである。

2-3 Privacy as Trust 論導入のための論点整理

Privacy as Trust 論導入のための論点を整理すると、図 2 に示すように、①信認義務を導く法律構成、②信認義務の内容を導く根拠、③信認義務を導く実定法上の根拠の十分性の 3 つに整理できる⁴。

論点①は、「どのような法律構成を用いて、事業者に対する責任を導くのか」という、事業者の本人に対する義務をどの民事法上の根拠で導くのかという議論である。信認義務の内容が不明確であるとしても、その義務を主張する法的根拠がなければ、訴訟で訴えることができない。

論点②は、「信認義務の内容として、

事業者にどのような義務があるとされているのか」というものである。信認義務を論じるのは、事業者・本人間の合意内容だけでなく、政府が事業者に働きかけた内容も根拠にして、民事的解決を可能にするためである。しかし、個別具体的な法令で、個人情報保護に関する信認義務が事業者の本人に対する義務として定められてはいない。また、信託法や会社法のように信認義務（注意義務・忠実義務）が法定されていたとしても、どの行為が信認義務違反になるのかという問題が残っている。

論点③は、「信認義務の内容を導く根拠が、法制度として十分に整備されているか」というもので、個人情報保護法制の十分性と言い換えることもできる。信認義務（注意義務・忠実義務）を導くべき場面であるにもかかわらず、それを導く根拠がみあたらないのであれば、立法の不作为があることを論じなければならないであろう。

これらの論点のうち、本稿では主に論点②について検討する。論点①は、本稿の議論に必要な範囲内で言及することにとどめる。また、論点③については、紙幅の都合があるため、本稿では取り扱わない。

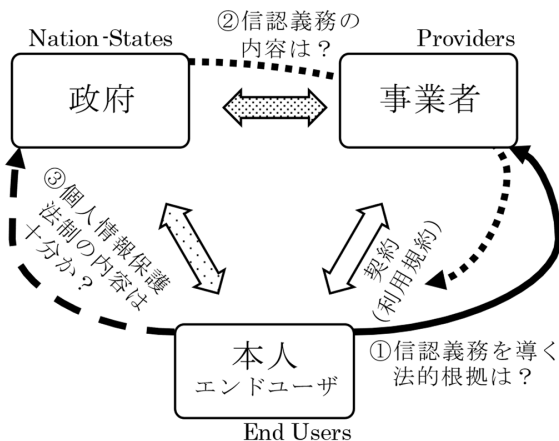


図 2: Privacy as Trust 論導入のための論点整理

3 Privacy as Trust 論における trust は、信託か信頼か

本稿の2で述べたように、Privacy as Trust (information fiduciary) 論は「信託法理」により「信託義務」を導き、その義務を根拠にプライバシー保護を図ろうとしている。しかし、この議論は、「信託」そのものから導かれる信託義務を根拠にプライバシー問題の解決を図ろうとするものではない。それを明らかにするために、本稿の3では、この議論における trust の意味について検討していく。

3-1 法律用語の trust——信託

英米法の法律用語としての trust とは、「信託」のことを指す。アメリカ信託法第三次リステイメント (Restatement (Third) of Trusts) ⁵ による説明では、信託は「財産 (property) に関する信託関係 (fiduciary relationship)」とされ、「信託関係を創設する意図を表明ことによって生じ」、「当該財産の権原を保有する者に、公益目的または1人もしくは複数の……受託者自身とは別の者の利益のために、当該財産を扱う義務を負わせるものである」 (§2) とされる。信託関係が成立すれば、図3のように、信託の設定者 (settlor)・受託者 (trustee)・受益者 (beneficiary) の三者関係 (§3) が生じる。信託関係における受託者 (trustee) は、信託が「財産に関する信託関係」であるので、信託関係における受託者 (fiduciary) でもある。

信託関係の特徴の1つとして、受託者に信託財産 (trust property) を固有財産と分別して管理する義務が生じる (§76(2)(d)) ことが挙げられる。これは、何が信託財産の対象となるのかを判断する際に重要な要素である。

もう1つの重要な特徴として、信託関係における受託者 (信託関係における受託者) に信託義務 (fiduciary duty) が課されることが挙げられる。信託義務は、主に注意義務 (duty of care) と忠実義務 (duty of loyalty) からなる。Restatement (Third) of Trusts によれば、注意義務とは「合理的な注意、能力および配慮する」義務とされ (§77(2))、忠実義務とは「もっぱら受益者の利益のために、信託を管理する義務」とされる (§76(2)(d))。

また、信託関係 (信託関係) が「信託関係を創設する意図」で発生する (§13) ことは、プライバシー保護の文脈で trust に着目する際に重要な意味がある。信託関係 (信託関係) は、相手方への通知も相手方の承諾もなしに設定できる (§14) ので、契約 (Contract) であることを必要としない (§15) ⁶。日本の信託法でも遺言信託 (3条2号) のように単独行為 (契約とは異なる法律行為) による信託関係の成立が認められる。

もし信託でプライバシー保護を図ることができるとすれば、信託関係における財産権的性質が享受できるというメリットがある。信託は「財産権」に関する信託関係であるので、信託財産の受託者が変更されれば、その権利義務も新たな受託者に随伴する。個人情報に関して信託と同様のことが言えるのであるとすれば、個人情報の管理者が変更されたり個人情報第三者に提供されたとしても、その権利義務を新たな管理者や第三者に随伴させることが可能となるからである。

しかし、Privacy as Trust 論または information fiduciary 論は、信託という制度そのもの

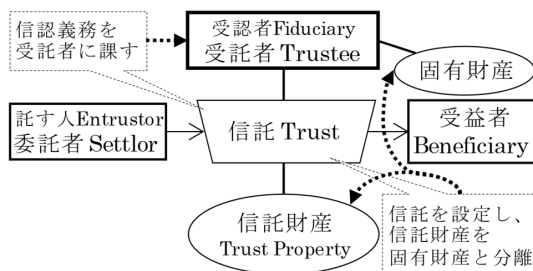


図3: 信託関係における三者関係

のを使ってプライバシー保護を図る議論ではない。3-2 では、この点について述べる。

3-2 「信託」そのものでプライバシー保護を図ることの困難さ

3-1 では、信託法理を用いてプライバシー保護を図ることのメリットについて論じた。それは信託関係における財産権的性質に由来する。しかし、それは、プライバシーや個人情報に所有権的性質を認める議論でもなく、信託そのものでプライバシー保護を図る議論でもない。それを実行しようとする、多くの障害があり困難であるからである。

まず、プライバシーを保護するために個人情報に本人の所有権 (property) に帰属するという考え方は、アメリカにおいて自己情報コントロール権論が発展してきた 1970 年代において議論されていた。しかも、所有権でプライバシー保護を図ることに否定的であったという事実を指摘しなければならない。たとえば、自己情報コントロール権の論者とされる Westin (1967: 324-25)は、「個人情報について、それをプライベートな個性を決定する権利として考えれば所有権として定義づけられるべき」という議論を展開していた。しかし、Arthur Miller (1971: 213=1974: 244)が Warren & Brandeis (1890: 200-01)を引用して指摘するように、初期のプライバシー権論 (私生活平穩権) が不法行為に着目したのは、所有権でプライバシー保護を図ることが困難であると考えたからである。「自分の個人情報は自分のものである」という言説は、自己情報コントロール権論を抽象論として理解するのに役立つけれども、個人情報の排他性を確保するほどの価値を導く根拠が明らかではない。Miller (1971: 212=1974: 243) が指摘するように、プライバシーで保護したい価値を所有権によって保護される価値とは無関係に論じているからである。

同様に、Miller (1971: 216-20=1974: 248-53)は、信託でプライバシーを保護することの困難さも指摘する。その信託によるプライバシー保護の議論は、さまざまな個人情報を特定の機関が一括管理し、その機関に信託義務 (受託者としての義務) を課すものである。この議論に対し、Miller は、信託の目的 (受益者の経済的利益の保護) がプライバシー保護の目的に適合するのかが疑問があること、信託契約の条件が管理機関側にとって都合よく設定されかねないことを指摘する。機密情報などのように、本来第三者に提供されたり漏洩されたりしてはならない情報に限定すれば、信託によるプライバシー保護の議論は成立しうる。しかし、Miller は、それを一般化して保護を図ることは期待できないという。

この議論は、個人情報が信託法上の信託財産となりうるのかという問題に置き換えられる。Restatement (Third) of Trusts §40によれば、財産権 (property) であれば、公序良俗に反しない限り (§29)、trust property (信託財産) になりうるとされている。それが無体物 (intangible things) であっても、(1)その利益が移転可能で(2)受託者の固有財産と分離可能であれば、信託財産になりうるとする。そのため、特許権 (patent) や著作権 (copyright) などの知的財産だけでなく、特許出願をしていない発明 (unpatented invention) などの信託財産になりうるとされる (§40 cmt. b)。日本の信託法でも同様で、信託財産については「特許権等の知的財産権」が含まれるが、「委託者の生命、身体、名誉等の人格権」は含まれないとされる (法務省民事局参事官室 [2005: 3])。

そこで問題となるのは、「情報」が信託財産になりうるのかということである。情報は無体物の典型であるが、日米ともに、それが「財産権」に該当すれば信託財産になりうる。この点について、松田 [2012]は、信託における情報の位置づけを論じ、営業秘密 (不正競争防止法 2 条 6 項) が信託財産となりうるのではないかと論じる。その根拠として、Restatement (Second) of Trusts §82 cmt. e で、営業秘密 (trade secret) に信託財産性を認めていることを挙げている。

もともと、Restatement (Third) of Trusts には、営業秘密 (trade secret) に関する言及がない。しかし、それは営業秘密の信託財産性を否定する趣旨ではなく、§40 の基準に従

えば、信託財産性を判断すべきである。不正競争防止法上の営業秘密であれば、データベース化して秘密として管理し、外部の者に知られないようにするので、その限りにおいて信託財産性を肯定されよう。情報もその基準に従って信託財産性を判断する必要がある。

それでも、日本の個人情報保護法における「個人情報」(新法旧法ともに2条1項)のすべてがこれらの要件を満たすとは考えにくい。少なくとも、「個人データ」(旧法2条6項、新法16条3項)に該当しなければ、信託財産性を肯定することはできないと考えられる。

このような議論を踏まえると、(a)個人情報が営業秘密に該当する場合や(b)個人データとして第三者に提供されることが想定された情報に限定すれば、信託財産性があると解釈する可能性がありそうである。しかし、(a)のような個人情報は、不正競争防止法における営業秘密の保護で図ることができ、信託で保護を図る必要性に乏しい。(b)は個人データが信託財産として固有財産等と分別管理できるかという問題が残る。

この問題については、近年の個人情報保護法に関わる立法政策を無視して論じることができない。平成27年改正前の個人情報保護法は、原則として、個人データの第三者提供に本人の同意を求めており、個人情報取扱事業者から個人情報が第三者に移転することを制限されてきた。個人情報の第三者提供を抑制するという法政策の下では、営業秘密や分別管理に着目して、信託財産性を論じることができそうであった。

しかし、平成27年改正以降の個人情報保護法では、パーソナルデータの利活用を立法目的として、匿名加工情報や仮名加工情報の制度が設けられた。個人データの信託財産性を認めることは、このようなデータの利活用を抑制するものであり、個人情報保護の法政策に矛盾を生じさせることにもなりかねない。

このように考えてみると、信託そのものでプライバシーを保護しても、契約外の第三者への責任を目論むことは困難である。個人データの第三者提供を認めないという法政策を前提にするため、信託財産性を強調すればパーソナルデータの利活用の法政策との制度的矛盾を導きかねないからである。個人情報一般に信託財産性を認めるのは、現実的でない。

3-3 trust を「信頼」と同視することの不十分性—— Waldman (2018) を踏まえて

3-2 で論じたように、プライバシー保護を信託そのもので保護しようとするれば、パーソナルデータの利活用の法政策と制度的矛盾が生じるため、個人情報保護の法政策として不適切になる。しかし、Privacy as Trust 論や information fiduciary 論は、プライバシーを信託という制度で保護しようとする議論ではない。そこで、これらの議論で trust をどのようなニュアンスで用いているかを確認する。

まず、Waldman (2018)の Privacy as Trust と題する博士論文における議論を確認しよう。Waldman は、いわゆるリベンジポルノの問題を解決するという文脈で、trust に着目する。リベンジポルノとは、カップルが恋愛中に撮影した性的関係のある写真を撮影したが、その関係が悪化したときにオンライン上で公開されてしまったという事例である。Waldman (2018: 108)は、「合意によらないポルノグラフィー nonconsensual pornography」として、サイバーハラスメントの一形態として取り上げている。Waldman (2018: 109)がその問題に trust による保護が必要であると論じるのは、性的関係のある写真の撮影時は恋愛中であったために、ポルノグラフィーの撮影に同意してしまっているからである。リベンジポルノの被害者のナラティブで考えれば、元カレ・元カノがそのような写真を秘密にしていることを「信じていた」にもかかわらず、公開されてしまったという点にプライバシー侵害を感じるということになる(Waldman, 2018: 113)。プライバシー保護を trust で考えれば、撮影時に本人が同意していたとしても、カップルの相手方に対して守秘義務のようなものを導くことで責任追及ができると考えられる(Waldman, 2018: 114–15)。

この文脈における trust とは相手方への「信頼」であり、その「信頼」が破壊されたこ

とがプライバシー侵害を認める根拠になるという主張と考えられる。しかし、「信頼の破壊」だけでプライバシー侵害を認めることは適切であるのかという疑問がある。Richards & Hartzog (2016: 449 n.65)は、次のように述べている。

Ari Waldman は、社会学者の業績をひいて、社会学的な trust の概念が私たちの友人や家族に対する「日常の信頼 everyday trust」よりも広いことを議論する。Waldman は、この分析から、プライバシーと信頼は同じものであると結論づける。……プライバシーの現代的な理解では信頼 (trust) を理由とした説明ができないという点で Waldman に同意するけれども、信頼とプライバシーが互いに同義語であるという点で同意できない。プライバシーと trust は別個の概念であり、trust はプライバシー法が果たすことができる重要な目的だからである。……プライバシー法のすべてを trust の御旗の下に拘束するのではなく、情報関係においてパーソナルデータを管理するルールが trust を促進する (trust-promoting) ものであるかどうか、またこの機能が構築すべき一種の持続可能なデジタル社会にとって不可欠であるかどうかということを議論すれば十分であると考えられる。

たしかに、Waldman (2018)の Privacy as Trust 論に限定すれば、それを「信頼としてのプライバシー」と訳出することはできるかもしれない。しかし、プライバシー保護のすべてを「信頼」の保護に置換することは不適切である。リベンジポルノの問題も、撮影について本人の同意があったとしても、撮影した写真を公開することに同意したとまではいえないことから、従来型の不法行為プライバシーで解決できるとも考えられる。

それでも、Waldman (2019: 987–88)が指摘した、マッチング型サイトにおけるプライバシー問題については注目に値する。性的マイノリティの人々 (LGB: lesbian, gay, and bisexual) がマッチング型の出会い系アプリを利用するには自己の性的指向 (LGB であること) を第三者に提供しなければならないからである。それは、本人の心理的に、自己の性的指向をカミングアウトすることに等しい。それは、出会い系アプリを悪用して利用者の性的指向をさらすものがあることを想定すれば、想像に難くない。本人の「同意」で保護を図ろうとする個人情報保護法制の不十分さを指摘する好例といえよう。しかし、「信頼」だけを根拠にプライバシー保護を論じようとするれば、誰にどの程度までの制限を導くべきなのかが明らかにならず、サイト利用者に必要以上の制限を強いることにもなりかねない。

「信頼」は、Privacy as Trust 論の必要要件であるということではある。しかし、それは、必要条件の1つにすぎず、十分条件であるとはいえない。Richards & Hartzog (2016) がプライバシー保護の文脈で trust を論じる際に忠実性 (loyalty) を強調し、Balkin (2016) が情報受認者 (information fiduciary) を論じているのは、信頼よりも厳格な信認義務 (注意義務と忠実義務) を意識しているからである。

4 信認関係 (fiduciary relationship) でプライバシー保護を考える

このように見ていくと、Privacy as Trust 論の trust を「信託」と捉えると必要以上の条件が求められ、「信頼」と捉えると必要条件であるが不十分とわかる。本稿の4では、信認義務の観点から trust の意義を考察することにより、その必要十分条件を検討していく。

4-1 Balkin の information fiduciary 論とその批判

まず、英米法における信認関係は信託以外でも成立する可能性があることは、邦語文献で紹介されている。たとえば、会社に対する取締役の責任、本人に対する代理人の責任、依頼者に対する弁護士責任について、信認義務に基づいた受認者の責任があることが知ら

れている（道垣内 [1994: 31-41]）。これらは、いずれも「他者からの信頼を受けて行動する者」（道垣内 [1994: 47]）であり、trust の意義を論じる際の必要条件として「信頼」があることは改めて指摘できる。

また、これらの「地位 status」に基づいて信認関係が形成され、分類化されていることを指摘しておく必要がある。たとえば、信託法 Trusts と代理法 Agency の分野は、アメリカ法律協会（American Law Institute: ALI）が 1930 年代から 40 年代の第一次リステイメント策定時から蓄積された判例法を条文の形式で定式化する作業を行っており⁷、信認関係であることが広く承認されていることが示されているからである。さらに、Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers §16 では、弁護士の依頼人に対する信認義務（注意義務と忠実義務）が課されることが示されている。日本法においても、株式会社における取締役について、信託法に対応した注意義務（信託法 29 条、会社法 330 条による民法 644 条の準用）と忠実義務（信託法 30 条、会社法 355 条）の規定がある。

Balkin (2016) の情報受認者（information fiduciary）論は、個人情報を取り扱う事業者についても信認義務が課されることを主張した議論である。この点については、佃 [2020: 51] が述べるように、Balkin (2016: 1205-06) の議論では、事実として、専門家に依存していることを前提にして考える。そのように論じることにより、事業者がプライバシー保護を怠ったときに、専門家の過誤（professional malpractice）として捉えることが可能となるという。本人と（個人情報を取り扱う）事業者との間で信認関係が成立したとき（それは必ずしも契約によって成立するとは限らない）に、注意義務と忠実義務が受託者に発生すると捉えるからである（Balkin, 2016: 1207-08）。

この情報受認者論に対しては、Khan & Pozen (2019)⁸によって批判的な検討がなされている。その批判は、2 つの内容に要約できる。

Khan & Pozen (2019: 508) による批判の 1 つは、図 4 の①に示すような、複数にまたがった忠実性（crosscutting loyalties）の問題、複数の信認義務が相互矛盾するという問題について言及がないことである。プラットフォーム事業者（Facebook など）を想定すれば、事業者はエンドユーザ（その事業の利用者）に対する信認義務だけでなく、株主に対する信認義務も生じる。Khan & Pozen (2019: 504) は、「株主とユーザの利益が異なる限り、会社の取締役は（エンドユーザに対する）信認義務を果たすために、（株主に対する）信認義務に違反しなければならぬという立場に置かれる可能性がある」と指摘する。

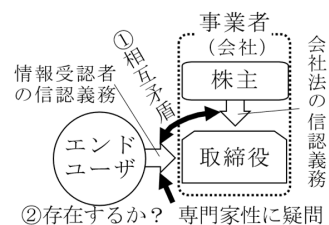


図 4: Khan & Pozen の批判

もう 1 つの批判は、プラットフォーム事業者は、(Balkin が論じるような信認義務を発生させるほどの) 専門家と本当にといえるのかという疑問である。Khan & Pozen (2019: 517) は、オンラインコンテンツの取扱者（online content moderator）は、医師・弁護士（などの専門家）というよりも、交通警察（traffic cop）に近いと指摘する。事業者ToEndユーザに対する信認義務を必要とするのは、事業者とユーザとの間で情報の非対称性が見られるからである。しかし、Khan & Pozen (2019: 521) は、（情報の非対称性から生じる）ユーザの脆弱性を利用した詐欺師的行動 act like con artist（機会主義的行動 opportunistic behavior）が本当に起こるのかという疑問を提起する。ビジネスモデルについて考える場合、「営利企業が顧客の最善の利益を促進するように動機付けられる程度」であるかどうかを決定するからである（Khan & Pozen, 2019: 515）。

4-2 Khan & Pozen (2019) による批判への反論—— Balkin (2020) と Tuch (2021)

Tuch (2021: 1936) は、Khan & Pozen (2019) の批判に応答し、その批判が会社法の一部

の解釈に偏りすぎていて、その解釈を認めてしまえば、企業規制の他の分野で有害で広範囲にわたる結果をもたらすになりかねないと反論している。4-2 では、Balkin (2020) 自身による応答を含めて、反論の内容をまとめておこう。

まず、Khan & Pozen (2019)と Balkin (2016)の議論の間には、信認義務の概念の捉え方に混乱が見られることを指摘しておかなければならない。会社法上の信認義務は取締役の会社に対する義務として設定され、組織の経済学の知見を踏まえ、出資者である株主 (shareholders) が経営者である取締役 (directors) を監視するという文脈で議論される。しかし、Tuch (2021: 1909)が指摘するように、Balkin の議論は、取締役ではなく、会社 (corporation) のユーザに対する信認義務を論じている。事業者 (株主および取締役) がユーザに対して信認義務があると論じているのである。

4-1 で述べた 1 つ目の疑問、Khan & Pozen (2019) が (デラウェア州会社法の定める) 信認義務と矛盾するという批判に対し、Tuch (2021: 1911)は、株主第一主義 (shareholder primacy) を前提にしていること——取締役は株主の利益を最大限に配慮すべきという前提に立って忠実義務を論じていること——を理由に反論する。その批判は、株主 (本人 principal) が経営者 (代理人 agent) をコントロールという意味で principal-agent 論を展開することを想定する。しかし、株主第一主義を前提にすれば、出資者 (株主) の短期的な利益まで優先すべきだということにもなりかねない。Tuch (2021: 1912–13)は、デラウェア州会社法が会社の長期的利益を無視してまで目先の利益を追及することまで求めていると述べて、反論している。企業の社会的責任 (Corporate Social Responsibility: CSR) の議論を踏まえれば、消費者の利益よりも出資者 (株主) の短期的利益を優先すべきという結論は導き得ない。Balkin (2020: 22)も、この批判に対しては、デラウェア州会社法に織り込み済みであり、解決済みであると応答している。

次に、もう 1 つの疑問——プラットフォーム事業者に専門家性があるのかという疑問——に対して、Balkin (2020: 24–25)は、信認義務を認めるべき構造が備わっていると応答している。医師や弁護士ほどではないとしても、プラットフォーム事業者に対する脆弱性は存在している。むしろプラットフォーム事業者による「監視資本主義 surveillance capitalism」に対抗する必要があると反論する。

監視資本主義とは、Zuboff (2019)が生み出した言葉である。Zuboff (2019: 68=2021: 74)によれば、かつて、Google 検索結果は「データ排出 data exhaust」という価値のないものと思われていたが、再帰学習によって重要な価値があることが認識されるようになった。Zuboff (2019: 75=2021: 82)は、データ排出 (多数の人間の検索行動) から「持続的で指数関数的に増える利益」を行動余剰 (behavioral surplus) とよび、Google はそのデータ排出からユーザの関心に一致した広告を提供することで収益化を図るようになった (Zuboff, 2019: 78=2021: 85–86)。この行動余剰を資産として捉え、「ユーザを監視して大きな利益を生み出す」監視資本主義が登場するようになった。Zuboff (2019: 94=2021: 104)は、監視資本主義によって「われわれは、他者の目的達成のための手段」にされていると警告する。Balkin (2020: 25)は、このような監視資本主義を根拠に、プラットフォーム事業者に専門家性があると論じる。

Balkin (2016)に対する Khan & Pozen (2019)の批判およびそれに対する Balkin (2020)の応答のなかで明らかになったのは、プラットフォーム事業者とエンドユーザとの間で信認関係が成立しうるかということである。受託者と受益者 (信託関係)・代理人と本人 (代理関係)・弁護士と依頼人・取締役と会社などのように、分類された信認関係 (categorical fiduciary relationships) の成立を論じるのは容易である。判例法の蓄積があるため、古くからあるリストイメントでその蓄積を基にして条文形式で定式化されているからである。しかし、信認義務が発生するとされる既知の分類に該当しないという事実をもって、信認

関係の成立を否定するのは解釈として妥当でない。

このことは、信認関係がどのような事実に基づいて成立するか、特に既知の分類にない信認関係の成立原因について検討することに置き換えられる。4-3では、これを論じる。

4-3 信認関係は何に基づいて成立するか——「事実」に基づく信認関係の存在

事業者が個人情報を取り扱うことが信託や代理に該当するのであれば、アメリカ法において信認関係が成立する。しかし、(信託や代理などの)信認関係とされる分類に該当しなければ、信認関係にないとは必ずしも言えない。もっとも、Tuch (2021: 1925)が指摘するように、分類された信認関係の外にあるものの場合、信認関係が成立しうるかを論じるための法的作業は複雑である。Kelly (2019: 6-7)は、Burdett v. Miller, 957 F.2d 1375 (7th Cir. 1992) 判決を引用して、分類された信認関係 (categorical fiduciary relationships) にない場合でも信認関係に該当することを示している。

Burdett 事件の原告(上訴人)は、自身が経験の浅い投資家だったので、大学で被告(被上訴人)の会計学の講義を受講したことがあったので、被告のアドバイスをを受けて租税回避のための投資をした。しかし、その投資に失敗し、原告が総額 20 万ドルの損失を出した。原告は、被告が RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act 事業への犯罪組織等の浸透の取締りに関する法律) が禁止する「ゆすり racketeering」をしたと主張し、被告に対してその責任追及を訴えたものである。

Burdett 事件の法廷意見を書いた Posner 裁判官は、この事件における投資アドバイザーとの関係は、(弁護士 lawyer や後見人 guardian と同列に扱えるような) 第 3 の類型にはならないが、「信認義務がその場限り (ad hoc) に課される場合がある」(Burdett, 957 F.2d at 1381) という。もっとも、専門的知識 (knowledge and expertise) があるからといって、専門家 (expert) との関係であれば誰でも信認関係が成立することにはならないことも指摘している (Burdett, 957 F.2d at 1381)。そして、先例として Amendola v. Bayer, 907 F.2d 760, 763 (7th Cir. 1990) 判決を引用し、「一方当事者が他方当事者に信頼 (trust and confidence) を置き、それによって他方当事者よりも影響力 (influence) と優位性 (superiority) を獲得する」ことが信認関係の存在を証明するのに必要であると述べる (Burdett, 957 F.2d at 1381)。Burdett 判決に関するサイテイタ (citor: 判例引用一覧) の情報を見ると、アメリカ判例法における先例として参照されていることが認められる⁹。

Burdett 判決は、信認関係が成立して信認義務が課されるには、受託者や代理人などの「地位に基づく status-based」場合に限られず、特定の「事実に基づく fact-based」場合にもあることを示している。さらに、Burdett 判決が示したことを踏まえれば、「信頼」は信認関係の発生の必要条件の 1 つにすぎず、十分条件とはいえないことを示している。少なくとも、Balkin のいう情報受託者論を組み立てるには、「影響力・優位性」といった要素が必要とされる。しかし、「信頼」と「影響力・優位性」の要素があれば十分であるのかについては、明らかではない。

Paul Miller (2019: 374)は、裁判例の特徴を参考に、「事実に基づく fact-based」信認関係に特徴的な要素をとって下記のことを指摘する (Kelly (2019: 10)も参照)。

- ・権限の存在：一方の他方に対する法的権限 legal authority・権力の所有と行使
- ・不均衡性：重要な地位・権力・強度・影響力の不均衡 inequality がある
- ・非独立性：一方が他方に対し、非独立 dependency で可傷性 vulnerability がある
- ・侵害に脆弱：横領・搾取などの危害 harm に対して脆弱 susceptibility である
- ・機密情報：機密情報 confidential information やプライベート情報が交換される
- ・信頼関係：信頼や信用 trust and/or confidence を置いていること
- ・監視不能：監視 monitor の能力がない incapacity または監視が不可能 inability

- ・ 依 存 性：一方が他方を信頼して依存している a person reliance on another
- ・ 忠 実 性：一方の他方に対し、善意・利他主義・忠実性 loyaltyなどを期待する

その上で、Miller (2019: 374)は、裁判例が「途方もなく異なる」特徴を根拠に信認関係を認めていることを指摘する。実際にこれらの要素を確認すると、区別が洗練されておらず、それぞれの要素に重複した要素がみられる。また、信認関係の成立にこれらの要素がすべて必要であるのかについて、さらなる検討が必要である。

アメリカにおける裁判例の傾向からは、必要な要素が十分に確立されないまま、既知の分類にはない信認関係の成立を認めている。もちろん、Gordon (2002: 1402)のように、信認関係を「一方(受託者 fiduciary)が他方(受益者 beneficiary)のために (on behalf of) 行動し、受益者に属する重要な資源 (critical resource) に関して裁量権 (discretion) を行使するとき形成される関係」といった定義づけの試みは、学説としてなされている。しかし、それが確立した定義であると捉えるべきではない。それでも、Burdett 判決などにみられる傾向を捉えてみると、単なる「信頼」ではなく、一方に専門家性や代理性を有していることに着目していることが見てとれる。このように考えれば、一方当事者の専門家性として何が求められているかについて、たとえば業界における指針を参照しつつ、信認関係の成立と信認義務の内容を論じることができると考えられよう。

5 おわりに

本稿では、日本法の文脈で Privacy as Trust 論を導入するために、この議論における trust の意味を考察した。trust の訳語として、「信託」や「信頼」が考えられる。しかし、「信託」として捉えると、プライバシーの十分な保護が可能であるとしても、実現困難である。また、「信頼」として捉えると(必要要件であるが)十分条件の検討がおろそかになる。trust の意味を「信託」と「信頼」の間にある何かとして捉える必要がある。

この議論における trust の意味を検討することは、信認関係 (fiduciary relationship) とは何かを考えることに置き換えることができる。信託における受託者、代理における代理人、会社における取締役には、信認関係に基づいて信認義務 (fiduciary duty) が発生することが知られている。それだけではなく、4-3 で示したように、アメリカ判例法では「その場限り ad hoc」での信認関係の成立が認められている。日本法の文脈でこのことを考察すると、(信託法や会社法などのような) 信認義務の明文規定がなかったとしても、一般条項 (信義則など) を介在させることによって、事業者に対し信認義務に基づく責任追及が可能かという議論を展開する余地がありそうである。

問題は、その信認義務の内容についてである。プライバシー保護の文脈で信認関係が成立し、事業者に信認義務 (注意義務と忠実義務) が課されると論じても、信認義務の内容として事業者に何が求められるのかについては明らかにならないからである。その内容を画定するには、事業者であれば当然に求められる内容を把握するために、プライバシーの保護指針を参照する必要がある。

しかし、連邦取引委員会 (FTC) が策定した「公正な情報慣行の原則 (FIPs)」は「通知と選択」モデルを採用しているので、時代遅れである。Richards & Hartzog (2016: 458-68)が指摘するように、FIPs は、機密性 (Confidentiality) を確保するために公開しない (nondisclosure) ことを考え、透明性 (Transparency) を確保するためにプライバシー・ポリシーの開示を要求し、セキュリティ (Security) の問題としてサイバー攻撃に対する防御を想定している。これは、パーソナルデータの利活用を推進する現状と乖離する。Richards & Hartzog (2019: 1483)は、FIPs では機密性・透明性・セキュリティという残

念な解決策しか提示できないと批判し、欧州から GDPR 類似の法令制定の働きかけを受けて US 版 GDPR ができたとしても期待できないという (Richards & Hartzog, 2019: 1499)。

Richards & Hartzog (2019: 1500–01) は、trust をベースに、プライバシー保護制度を組み立て直すべきと主張する。しかしながら、プライバシー保護指針の内容を踏まえただけで、あるべき信認義務 (注意義務と忠実義務) の内容を検討しようとすると、紙幅の都合があるために適切に論じることができない。

本稿では、整理した論点のうちの一部しか検討できなかつた。今後の課題としたい。

[付記] 本稿は、2021 年度および 2022 年度北陸大学特別研究助成 (奨励課題研究) による研究成果の一部であり、第 21 回情報ネットワーク法学会研究大会の分科会報告に加筆修正を加えたものである。分科会の企画責任者である村上康二郎氏、登壇者の斉藤邦史・成原慧の両氏によるコメント、聴衆によるコメントから有益な示唆を受けた。

脱稿後、曾我部真裕「憲法上のプライバシー権の構造について」毛利透編『講座立憲主義と憲法学第 3 巻』(信山社、2022) 7 頁に触れた。JILIS 情報法×憲法研究会で佃[2020] について報告する機会を得たが、そこでのやりとりを本稿に反映できなかつた。

記して御礼申し上げる。反映できなかつた点については、他日を記したい。

注

1 「事業者」とは何かという問題も Privacy as Trust 論を導入する際の障害となりうる。たとえば、Balkin (2018: 2014) は、インフラ事業者 (infrastructure providers) やインターネット基盤会社 (internet-infrastructure companies) といった表現を用いている。しかし、本稿の 2-1 で論じた問題を検討すると、その表現で十分カバーできるのかという問題が残る。本稿では、単に「事業者 providers」とし、詳細は別の機会に検討したい。

2 日本の個人情報保護法制は、基本法の部分を「個人情報の保護に関する法律」で定め、民間部門 (個人情報の保護に関する法律) と公的部門 (行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律) で異なる法律で定められていたが、令和 3 年改正により令和 4 年 4 月 1 日から「個人情報の保護に関する法律」に一本化される。本稿では、「個人情報の保護に関する法律」を個人情報保護法と略記し、同日より前の「個人情報の保護に関する法律」を旧法と略記し、同日時点の「個人情報の保護に関する法律」を新法と略記する。

3 もっとも、日本法の文脈では、定型約款の利益的変更 (民法 548 条の 4 第 1 項) であると解釈できるので、この疑問そのものが大きな問題として生じるとは考えにくい。

4 本稿の 2-3 のように論点を整理するにあたっては、Balkin (2018: 2014 fig. 1) の議論を参考にしている。本稿の図 2 は、それを参考に、日本法において何が問題となるのかを考察し、整理したものである。

5 信託法第三次リステイトメントの訳出で、樋口=神作(編) [2018: 342-362] を参照した。

6 英米法の Contract には「約因」という対価関係の存在が必要となる。日本法の契約はそれが不要であるため、贈与は日本法では契約となるが、英米法では Contract ではない。贈与には約因がなく、財産権 (property) の移転についての合意にすぎないからである。

7 近年のリステイトメント策定作業では、蓄積された判例法を記述することよりも、適切なルールを作成することに重点を置くものがある。また、リステイトメントはアメリカ法学会の著作物にすぎないため、リステイトメントに定められたルールがアメリカ法の各法域において承認されたルールであることは保証されない。

8 Lina Khan は、2021 年 6 月から、FTC (連邦取引委員会) の委員長を務めている。

9 Burdett 判決、同判決が引用する Amendola 判決、Kelly (2019: 7–9) が (Burdett 判決ともに引用して) 紹介する Wiener v. Lazard Freres & Co., 241 A.D.2d 114 (N.Y. App. Div. 1998) 判決および Patsos v. First Albany Corp., 741 N.E.2d 841 (Mass. 2001) 判決のサイテータ情報を確認すると、distinguished と positive の傾向を示しており、個別具体的な解決としては賛否両論がありうるが、先例として承認されていると理解できよう。

参考文献

- Balkin, J. M. (2016) "Information Fiduciaries and the First Amendment," *U.C. Davis Law Review*, 49: 1183–1234.
- Balkin, J. M. (2018) "Free Speech Is a Triangle," *Columbia Law Review*, 118: 2011–2055.
- Balkin, J. M. (2020) "The Fiduciary Model of Privacy," *Harvard Law Review Forum*, 134: 11–33.
- Gordon, D. S. (2002) "The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty," *Vanderbilt Law Review*, 55: 1399–1497.
- Kelly, D. B. (2019) "Fiduciary Principles in Fact-Based Fiduciary Relationships," in E. J. Criddle, P. B. Miller, & R. H. Sitkoff (Eds.), *The Oxford Handbook of Fiduciary Law* (pp. 3–22), Oxford University Press.
- Khan, L. M., & Pozen, D. E. (2019) "A Skeptical View of Information Fiduciaries," *Harvard Law Review*, 133: 497–541.
- Miller, A. R. (1971) *The Assault on Privacy*, University of Michigan Press. =(1974) 片方善治・饗庭忠男(訳)『情報とプライバシー』ダイヤモンド社.
- Miller, P. B. (2019) "The Identification of Fiduciary Relationships," in E. J. Criddle, P. B. Miller, & R. H. Sitkoff (Eds.), *The Oxford Handbook of Fiduciary Law* (pp. 367–383), Oxford University Press.
- Prosser, W. L. (1960) "Privacy," *California Law Review*, 48: 383–423.
- Richards, N., & Hartzog, W. (2016) "Taking Trust Seriously in Privacy Law," *Stanford Technology Law Review*, 19: 431–472.
- Richards, N., & Hartzog, W. (2019) "The Pathologies of Digital Consent," *Washington University Law Review*, 96: 1461–1503.
- Tuch, A. F. (2021) "A General Defense of Information Fiduciaries," *Washington University Law Review*, 98: 1897–1937.
- Waldman, A. E. (2018) *Privacy as Trust*, Cambridge University Press.
- Waldman, A. E. (2019) "Law, Privacy, and Online Dating," *Law & Social Inquiry*, 44: 987–1018.
- Warren, S. D., & Brandeis, L. D. (1890) "The Right to Privacy," *Harvard Law Review*, 4: 193–220.
- Westin, A. F. (1967) *Privacy and Freedom*, Atheneum.
- Zuboff, S. (2019) *The Age of Surveillance Capitalism*, PublicAffairs. =(2021) 野中香方子(訳)『監視資本主義』東洋経済新報社.
- 佃貴弘 (2014) 「信託法理の観点による個人情報保護の可能性」『情報ネットワーク・ローレビュー』13(1): 81–93.
- 佃貴弘 (2020) 「アメリカにおける Privacy as Trust 論の理論的前提」『北陸大学紀要』(49): 37–56.
- 道垣内弘人 (1994) 『信託法理と私法体系』有斐閣.
- 樋口範雄・神作裕之 (編) (2018) 『現代の信託法』弘文堂.
- 法務省民事局参事官室 (2005) 『信託法改正要綱試案 補足説明』法務省ホームページ:
<https://www.moj.go.jp/content/000011802.pdf>
- 松田和之 (2012) 「信託における情報の位置付け」『信託法研究』(37): 3–26.