

プライバシー・個人情報保護の新世代[※]

宮 下 紘

1. 1890年生まれのプライバシー権

「我々はすでにプライバシーの新世代へと突入している」¹⁾。

プライバシーが権利の名に値すると主張されてからおよそ120年が経過した。この約120年の間にプライバシーは大きく分けて2つの世代が時代を築き上げてきた。第1世代は、「独りにしておいてもらう権利」に始まる私生活の保障を謳ったプライバシー権である。第2世代は、自己の情報をコントロールすることができる権利²⁾として理解されてきたプライバシー権である。

しかし、これらの提唱者が当時予想することができないほどの情報通信技術

※ 本稿の執筆にあたり、2010年10月25日～28日にイスラエル・エルサレムにおいて開催されたOECD会議（OECDプライバシー・ガイドライン30周年記念会議）及び第32回データ保護プライバシー・コミッショナー国際会議（“Privacy: Generations”）においてそれぞれ発表の機会をいただき、パネリストや出席者から有益なコメントをいただくことができた。特に、会議中のみならず、エルサレムの旧市街を散策しながら議論にお付き合い下さったAlan Westin教授とJeffrey Rosen教授からは大変貴重な御指摘をいただくことができた。この場を借りて、両教授とコメントをいただいた方々に謝意を記す。また、本稿は、平成22年度駿河台大学特別研究助成「プライバシー権の現在地」による成果の一部である。

- 1 Yves Poullet & J. Marc Dinant, *The Internet and Private Life in Europe: Risks and Aspirations*, in *NEW DIMENSIONS IN PRIVACY LAW* 89 (ANDREW T. KENYON & MEGAN RICHARDSON eds., 2006). See also Omer Tene, *Privacy: The New Generations*, 1 *INT'L DATA PRIVACY L.* 15 (2010). 本稿において用いられている「世代」とは、プライバシー概念それ自体の世代を意味しているが、プライバシーをめぐって文字通り親と子の「世代」—現在の若者を“Generation Google”と呼ぶ論者もいる—を分断した、という見方も成立するであろう。See DANIEL J. SOLOVE, *THE FUTURE REPUTATION: GOSSIP, RUMOR, AND PRIVACY ON THE INTERNET* 9 (2007).
- 2 Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 *HARV. L. REV.* 194, 196 (1890).

の進展に伴い、いまやインターネットの世界において、独りにしておいてもらうことも、自己情報のコントロールも難しくなってしまった。1890年にウォーレンとブランダイスが想定していたゴシップの「広められる (spread broadcast)」⁴方法・手段は様変わりし、1967年にウェスティン教授が前提としていた「監視技術」⁵も今やはるかに容易になり、そして正確になった。インターネットの普及により、ウォーレンとブランダイスが警戒していた当時のイエロー・ジャーナリズムの読者をはるかに超える、「グローバルな聴衆 (global audience)」⁶を前にして一個人が情報を発信できるようになった。巨大なデータベースを保有する特定の行政機関のみが限られた情報のみを利用できたが、企業が保有するデータベースからその人物の行動パターンが予想することもでき、いまや誰もが検索サイトやソーシャル・メディアから特定の個人に関する情報を入手でき、同時に個人が様々な情報を発信することさえできるようになった。

我々を取り巻く環境の変化により、プライバシーの旧世代はもはや通用力を失いつつある。その証左として、新世紀を迎える頃からは『プライバシーの限界』⁷、『プライバシーの崩壊』⁸、『プライバシーの終末』⁹といった旧世代のプライバシーの「レクイエム」¹⁰の音響が高まっていった。

3 ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 7 (1967). 第1世代の延長上にある第2世代のプライバシーを明確に首肯した判決としての *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977) において、最高裁は個人的な事柄の開示を避ける利益のほか、ある種の重要な決定を下す際の独立性の利益を認めているが、本稿の対象は前者であり、後者のいわゆる自己決定権については検討の対象としていない。

4 Warren & Brandies, *supra* note 2, at 196.

5 Westin, *supra* note 3, at 3. ウェスティン教授は、「権威による監視 (surveillance by authority)」を前提としており、監視を公的機関が独占しているとは想定していないことに注意を要する。たとえば、親が子どもを、教師が学生を、雇用者が労働者を監視するといった例も検討の対象としていた。 *Id.* at 57.

6 Daniel J. Solove, *Speech, Privacy, and Reputation on the Internet*, in *THE OFFENSIVE INTERNET* 15 (Saul Levmore & Martha C. Nussbaum eds, 2010).

7 AMITAI ETZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* (1999).

8 JEFFREY ROSEN, *THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA* (2000).

9 CHARLES SYKES, *THE END OF PRIVACY* (1999). *See also* Jed Rubenfeld, *The End of Privacy*, 61 *STAN. L. REV.* 101 (2008).

他方で、プライバシーがますます危険にさらされる時代にあつては、他人の視線を遮断したいという欲求は絶えることがない。むしろプライバシーは、「人が繁栄するための不可欠の要素」¹¹であることが再認識されつつある。すなわち、第1に、プライバシーは、「ひとりの人となり、人であり、人であり続ける利益を保障」¹²し、自己実現という自己の人格の発展という価値を有している。第2に、プライバシーは、政府からの永続的な監視から解放された自律的な個人が利用できる情報を吟味した上での自己決定による統治をもたらし、政治から不要な私事を遮断し、健全な公的空間を維持するという側面を有している¹³。つまり、私的空間において自己決定を行うための自身の情報を整理・吟味し、私事を公的空間に持ち込まないことで、理性的な討議を行うことが可能となる¹⁴。インターネット空間においてプライバシーが保障されることによって、一定の社会的な交流を促進したり、またはそれに歯止めをかけることによりインターネットが討議民主政の空間となりうる¹⁵。このように、プライバシーは討議の「参画 (participation)」¹⁶の基盤となる価値を有しているのである。いまなおプライバシーの意義は失われていなどころか、その重要性は情報化社会においては増すばかりである。

本稿は、プライバシー・個人情報保護をめぐる新たな課題から突き付けられたプライバシー権の再考のための予備的考察を行うことを目的としている。すなわち、「21世紀の始まりに伴うアイデンティティへの不安」¹⁷とは具体的にど

10 Daine L. Zimmerman, *Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort*, 68 CORNELL L. REV. 291 (1982).

11 ADAM D. MOORE, *PRIVACY RIGHTS: MORAL AND LEGAL FOUNDATIONS* 33 (2010).

12 Jeffrey H. Reiman, *Privacy, Intimacy, and Personhood*, in *PHILOSOPHICAL DIMENSIONS OF PRIVACY* 314 (Fredinand David Schoeman ed., 1984).

13 See Paul M. Schwartz, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 52 VAND. L. REV. 1609, 1653 (1999).

14 See THOMAS NAGEL, *CONCEALMENT AND EXPOSURE* 15 (2002).

15 See Paul M. Schwartz, *Internet Privacy and the State*, 32 CONN. L. REV. 815, 836 (2000).

16 Paul M. Schwartz, *Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States*, 80 IOWA L. REV. 553 (1995).

17 JEFFREY ROSEN, *THE NAKED CROWD: RECLAIMING SECURITY AND FREEDOM IN AN ANXIOUS AGE* 8 (2004).

のようなものであり、そしてプライバシーが「限界」、「崩壊」、「終末」とまで形容されるようになった原因と考えられる現実の問題を取り上げることで、プライバシー権の現在地を明らかにすることを狙いとしている。本稿は、第1に、プライバシー・個人情報保護をめぐる状況から危機が生じていること、そしてプライバシーをめぐる環境の変化を具体的な事例をもとに明らかにする。そして、第2に、旧世代のプライバシー権がなぜ現代の情報通信技術には対応しえないかを指摘する。最後に、今現在プライバシー権はどこにあるのか、現在地を確認するとともに、新世代の生誕を歓迎する議論を分析する。

2. プライバシー・個人情報保護の危機

旧世代のプライバシー・個人情報保護が危機に瀕しているとしたら、現実問題としてプライバシー・個人情報をめぐる変化としてはどのようなものがあるのか。ここでは、3つの具体的な事例を取り上げつつ、従来のプライバシー・個人情報保護の見直しが迫られていることについて論証していくこととする。

(1) ストリートビュー

日本においても広く知られているとおり、グーグル社が提供するストリートビューは新たなプライバシー・個人情報保護の課題を提示した。ストリートビューとは、公道から撮影した道路周辺の画像を編集し、インターネット上で閲覧可能となるよう公開するサービスである。2008年8月上旬からこのサービスが展開され、地方公共団体からの意見書も含め、プライバシーや肖像権の観点から問題点がたびたび指摘されてきた¹⁸。また、同様のサービスが提供されている諸外国においては、ストリートビューが「プライバシーおよびデータ保護の法と文化規範」に抵触する可能性があることから、カナダをはじめとする10か国のプライバシー・コミッショナーによるグーグル社に対し改善を求める書簡を宛てている¹⁹。日本では、2011年3月福岡地方裁判所は、「本件住居のベランダに洗濯物らしきものが掛けてあることは判別できるものの、それが何であるかは判別できない」画像について、「元来、当該位置にこれを掛けておけ

18 ストリートビューの問題点については、新保史生「ネット検索サービスとプライバシー：道路周辺映像提供サービスを中心に」法とコンピュータ28号（2010）71頁、参照。

ば、公道上を通行する者からは目視できるものであること、本件画像の解像度が目視の次元とは異なる特に高精細なものであるといった事情もないことをも考慮すれば、被告が本件画像を撮影し、これをインターネット上で発信することは、未だ原告が受忍すべき限度の範囲内にとどまるというべきであり、原告のプライバシー権が侵害されたとはいうことができない²⁰と判断した。本稿執筆時点では、本件は控訴されており確定していないが、裁判所としても個々の画像に着目した判決を迫られた結果となっているように思われる。

ここでは公道における人物や公道から撮影した自宅の写真がプライバシーの侵害になるかどうか、または個人情報保護法に違反するかどうか争点として議論されてきた。総務省の提言において、ストリートビューのサービスに伴いグーグル社が個人情報取扱事業者である場合、不正な手段を用いて個人情報の収集を禁止する規定（個人情報の保護に関する法律17条）に抵触する可能性やプライバシー侵害の一定の法的リスクが残ることが指摘されている²¹。また、撮影する際に集合住宅等の部外者の立ち入りが禁止されている場所での撮影について、集合住宅におけるビラ配布の自由とも比較して、問題が残されている²²。そして、同様のサービスは欧米諸国においても展開されているが、特に日本の地理的・社会的状況とそれに伴う日本の文化から生じたプライバシーを受け止めるのに失敗した、と指摘される²³。ストリートビューにより、私たちは監視される存在であり、また同時に監視することができる存在となり、プライバシーの言説の前提となっていたはずの監視の主体と客体の分離を崩壊させた例である。

19 See Letter to Google Inc. Chief Executive Officer from Jennifer Stoddart, Privacy Commissioner of Canada (April 19, 2010) available at http://www.priv.gc.ca/media/nr-c/2010/let_100420_e.cfm (last visited August 1, 2011).

20 福岡地裁平成23年3月16日判決判例集未搭載。

21 総務省「利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会（第一次提言）」（2010年6月）12, 17頁, 参照。

22 この点については、堀部政男・宇賀克也編『地理空間情報の活用とプライバシー保護』（地域科学研究会・2009）113頁, 参照。

23 See SIVA VAIDHYANATHAN, THE GOOGLEIZATION OF EVERYTHING 103 (2011).

(2) 行動ターゲティング広告

賢いビジネスを行う者は、猫の飼い主に対してドッグ・フードの広告を送ることなどしない²⁴。広告はビジネス成功の秘訣であることは言うまでもない。行動ターゲティング広告 (behavioral advertising) とは、蓄積されたインターネット上の行動履歴 (ウェブサイトの閲覧履歴・回数・時間や電子商取引サイト上での購買履歴等) から利用者の興味・嗜好を分析して利用者を小集団 (クラスター) に分類し、クラスターごとに広告を出し分けるサービスを指す²⁵。これまでの購入履歴から特定の消費者像を浮かび上がらせること (consumer profiling) で、効果的なダイレクト・マーケティング、広告配信をできることから、その消費者情報を売買あるいは共同利用することで成り立つデータ・マイニング企業が登場してきた²⁶。

実際に、アメリカではダブルクリック事件²⁷において、11,000人以上のインターネット・ユーザーに対してクッキーを利用して広告を配信した行為がプライバシー侵害になるかどうかがクラス・アクションで争われた。連邦地方裁判所は、連邦議会において消費者のプライバシー問題の審議過程にあり、このような「センシティブ」²⁸な問題に裁判所として正面から結論を下すことを回避し、結局クッキーを用いたユーザー情報の収集が違法ではないと判断した。その後、アメリカにおいては行動ターゲティング広告をどのように規制すべきかについて議論されてきた。たとえば、アメリカ連邦取引員会のコミッショナーは2007年の時点で「オンライン行動ターゲティングそれ自体がデータ収集の範囲やプライバシーの侵害の問題を提起している」²⁹と指摘している。そして、同委員会

24 See SIMSON GARFINKEL, DATABASE NATION: THE DEATH OF PRIVACY IN THE 21ST CENTURY 155 (2000).

25 総務省「利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会 (第二次提言)」(2011年5月) 32頁。日本においてはライフログという用語を用いて議論されている。この点については、新保史生「ライフログの定義と法的責任」情報管理53巻6号 (2010) 295頁、石井夏生利「ライフログをめぐる法的諸問題の検討」情報ネットワークローレビュー9巻1号 (2010) 1頁、参照。

26 See Andrew J. McClurg, *A Thousand Words Are Worth One Picture: A Privacy Tort Response to Consumer Data Profiling*, 98 NW. U.L. REV. 63, 75 (2003).

27 *In re DoubleClick Inc. Privacy Litigation*, 154 F. Supp. 2d (479 S.D.N.Y. 2001).

28 *Id.* at 526.

はオンライン行動広告のためのプライバシー原則を公表し、消費者のプライバシー保護に向けた自主規制の枠組み構築に向けた議論を開始した³⁰。2010年12月には、同委員会が統一かつ包括的な消費者の選択の枠組みを推進するため、消費者がクッキーを通じて追跡されることを望むかどうか、広告配信を受領したいかどうかについて本人に知らしめるための仕組みを策定することが最も実践的な方法として、「Do-Not-Track」原則を掲げられた³¹。

また、欧州委員会第29条データ保護作業部会の2010年の意見において、1995年EUデータ保護指令及び1998年のいわゆる電子プライバシー指令にもとづき、オンライン行動ターゲティング広告についてはユーザーに情報が十分与えられた上での同意が与えられなければならないことが示されている³²。

わが国においても、2010年に総務省が「利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会（第二次提言）」において一定の情報を対象として6つの配慮原則（①広報、普及・啓発活動の推進、②透明性の確保、③利用者関与の機会の確保、④適正な手段による取得の確保、⑤適切な安全管理の確保、⑥苦情・質問への対応体制の確保）が提示されるとともに、2011年に消費者庁が「インターネット取引に係る消費者の安全・安心に向けた取組について」において、法的規制、自主規制、技術的対応に関する検討の必要性が示されている。

このような行動ターゲティングについて、そもそも消費者にとってのメリットがあり、インターネット上でのユーザーの閲覧履歴等が分析されることで、消費者自らがインターネット上でカスタマイズされた広告のみに触れることが

29 Commissioner J. Thomas Rosch, *A Different Perspectives on DRM*, 22 BERKELEY TECH. L.J. 971 (2007).

30 Federal Trade Commission, *Online Behavioral Advertising: Moving the Discussion Forward to Possible Self-Regulatory Principles* (December, 2007) available at <http://www.ftc.gov/os/2007/12/P859900stmt.pdf> (last visited August 1, 2011).

31 Federal Trade Commission, *Protecting Consumer Privacy in an Era of Consumer Change: A Proposed Framework for Businesses and Policymakers* (December, 2010) available at <http://www.ftc.gov/os/2010/12/101201privacyreport.pdf> (last visited August 1, 2011).

32 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2010 on online behavioural advertising (June 22, 2010). Available at http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_en.pdf (last visited August 1, 2011).

できれば、大量の商品があふれる現代社会において合理的な生活を送ることもできそうである。

(3) オーダーメイド医療

日本においてもカルテの電子化により医療・健康情報を管理・活用する方策が検討されている³³。このような医療・健康情報のデータベース化は、患者には異なる医療機関においても一貫した治療を受けることができる。個々の患者のオーダーメイド医療が実現しうるのである。また、医療機関は患者に対する治療がスムーズに行えるだけでなく、長期的には大量のデータベースから疫学研究等にも役立つことになる。他方で、患者の過去の病歴や遺伝情報から保険への加入が拒否されたり、高額な保険加入金を請求される可能性すらある。すでにアメリカにおいては、このような個別化医療に伴う遺伝情報の差別問題やプライバシーに関する配慮原則などをまとめた政府による報告書が示されている³⁴。日本においては、文部科学省・厚生労働省「疫学研究に関する倫理指針」において、個人情報の保護に配慮する観点から連結（不）可能匿名化に関する指針が定められている。また、具体的な事例としては、東京大学医科学研究所ヒトゲノム解析センター内バイオバンクにおいて保管されている本人のDNA等の開示請求について、内閣府情報公開・個人情報保護審査会は、「バイオバンクジャパンは、提供された試料及び臨床情報について、個人を特定する情報を保有していないだけでなく、個人を特定する情報を協力病院から入手することもできず、異議申立人が主張する『協力病院が持っている個人を識別する情報と結び付けることが可能な状態にある』とは認められない³⁵」ため、保有個人情報に該当しない旨の答申を出している。いずれにせよ、このような私たちの医療・健康情報は、そもそもその情報を医療に携わる専門家でなければ判別することができないプライバシーに係る情報が収集、利用、蓄積されている

33 高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部「医療情報化に関するタスクフォース報告書」（2011年5月）、参照。

34 Department of Health and Human Services, Personalized Health Care (November, 2008). Available at http://www.hhs.gov/myhealthcare/news/phc_2008_report.pdf (last visited August 1, 2011).

35 内閣府情報公開・個人情報保護審査会答申平成18年度（独個）答申第3号。

のである。

(4) プライバシーをめぐる環境の変容

これらの例から分かるようにプライバシーに対する脅威は変わり、同時にプライバシー保護のあり方は大きく変容してきた。ここではプライバシーをめぐる環境の変化として3点指摘する。

第1に、科学技術の進展に伴い、監視の形態が変容した。監視は、監視する主体と客体が分離・固定化することで、目に見えない支配を意味あるものとし、「個人の内面にある秩序感覚に働きかけ…秩序の内面化を果たそうとすることを典型とする『操作型権力』」³⁶をもたらした。しかし、誰もが誰かを監視する社会にあっては、監視する主体と客体の境界が崩壊し、監視がもつ支配性の威力が失われつつある。Big Brotherと呼ばれ、真理省や愛情省なる人の思想・行動を取り締まることを想定された巨大な機関³⁷のみが監視という特権を有しているわけではない。また、監視の対象も変わった。すなわち、人そのものではなく、人を記録したデータが監視の対象となった。このようなデータの監視については、“dataveillance”という言葉がしばしば用いられるが、data（データ）とsurveillance（監視）の2つの言葉を併せた造語であり、「個人データの電子的な監視」という意味で用いられている³⁸。この技術により、たとえば、特定の人物のデータが監視の対象となるわけではなく、その個人そのものと会うことも話すこともなく、膨大な量のデータの中から当該個人の行動パターンを分析することで、テロの容疑者や特定の商品を購入しそうな顧客を割り出すことが可能となった。このように、監視の態様が変わり、現在のプライバシーの脅威はBig BrotherというよりもLittle BrotherやLittle Sistersにある³⁹。

36 駒村圭吾『「視線の権力性」に関する覚書』『慶應の法律学公法I』（慶應義塾大学出版会・2008）288頁。

37 ジョージ・オーウェル・新庄哲夫『1984年』（早川文庫・1972）8-11頁、参照。

38 “dataveillance”という言葉は、法学の世界では、Symposium, Surveillance, Dataveillance, and Human Freedom, 4 COL. HUM. RTS. L. REV. 1 (1972) においてすでに用いられている。なお、データ監視（データ・マイニング）の紹介については、名和小太郎『個人データ保護』（みすず書房・2008）162頁以下、参照。

39 Katherine E. Giddings, *The Right of Privacy in Florida in the Age of Technology and the Twenty-First Century*, 25 FLA. ST. U.L. REV. 25, 27 (1997).

第2に、プライバシーの基盤をなしていた公私区分が崩壊した。プライバシーの権利それ自体はコモン・ロー上発展し、後に政府に対して主張することのできる憲法上の権利としての地位を獲得するに至った。しかし、後に考察するとおり、情報プライバシーが問題とされている場面において、不法行為上のプライバシーはもはや何の役にも立たない、という指摘がされることは何ら不思議ではない⁴⁰。なぜなら、「もはや情報に完全に公的なものも、完全に私的なものもない」⁴¹と指摘されるとおり、情報がいつどこでどのような場合に私的なものとして保障されるべきかどうかの明確な境界線が失われつつあるからである。プライバシーの法体系、すなわち、その公法上の側面と私法上の側面という区分自体が問い直されている⁴²。同時に、プライバシーが問題されると場面についても、科学技術の進展に伴い、公的空間におけるプライバシーがしだいに問題とされるようになった。ストリートビューの例のように公的空間においても監視の手は行き届いている。かつて、*Katz v. United States*において、憲法は「場所ではなく、人を保障」⁴³していることが明らかにされたが、その人を記録するデータは、公的な空間において利用される場合において、公的なものか、あるいは依然として私的なものか、そしてどのような法体系によって保障されるべきかなどプライバシーの理論的な課題が浮かび上がってくる⁴⁴。

第3に、必ずしも本人が了知しないところにおいてプライバシーの侵害の発生が生じている。プライバシーの理論の世界においては、個人情報コントロールできるという建前がとられているが、インターネットの現実の世界においては、もはやどこでどのように個人情報が流通しているか、または漏えいさ

40 Julie Cohen, *Privacy, Ideology, and Technology*, 89 GEO. L. REV. 2029, 2043 (2001).

41 Neil M. Richards & Daniel J. Solove, *Prosser's Privacy: A Mixed Legacy*, 98 CAL. L. REV. 1887, 1920 (2010).

42 この点、プライバシーの権利について、対国家の文脈では自己決定の自由を、対社会の文脈では情報の相互の獲得と利用に関する行為規範の順守を要求できること、とそれぞれ理解するものとして、浅野有紀「プライバシーの権利における公法と私法の区分の意義」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配 [下巻]』（成文堂・2008）179頁、参照。他方、プライバシー権については「憲法をむやみに持ち出す前に私権の発想（より広くは不法行為を含めた民法の発想）を大切に」という主張もある。内野正幸『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂・2010）78頁。

43 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).

れているかなど本人は知らないことすらある。あるいは、行動ターゲティング広告のように、多くの者が知らないところでプライバシーに係る情報や個人情報収集されることすらある。プライバシーという主観的な概念を法的に救済するために、保護の対象を客観化したはずの「個人情報」⁴⁵すら、何が個人情報に該当するかどうか判定が困難（たとえば、行動ターゲティング広告におけるアクセスログやIPアドレスは個人識別情報となりえるか⁴⁶）になってきている。さらに深刻なことに、各人は自らのプライバシーに係る情報、あるいは個人情報であると判別すらできないことすらある。コントロールできない情報としては、生体情報や遺伝子情報などが典型例であろう⁴⁷。DNAはまさにその個人を形作り、特定の個人を識別する決定的な情報であるにもかかわらず、DNA鑑定を職業とする者を除いて、およそ本人が自らのDNA配列を把握していることなどなからう。このように、もはやプライバシーの侵害を主張の前提となる、

44 たとえば、ソロブ教授は公の場におけるプライバシーの問題がますます難しくなっており、これに対する容易な回答などない、と声明する。See SOLOVE, *supra* note 1, at 169. 公共空間におけるプライバシーという難題は、公と私の関係性の前提にある「国家からの自由」と「国家による自由」をどのように捉えるか、という問題に置き換えることができる。棟居快行「公共空間とプライバシー」長谷部恭男ほか編『憲法2：人権論の新展開』（岩波書店・2007）193頁、参照。

45 プライバシーに代わる個人情報を保護の対象とすべきとした議論としては、see REYMOND WACKS, *PERSONAL INFORMATION: PRIVACY AND THE LAW* (1989). ワックス教授は、個人情報を「事実、通信、または意見から構成され、それらは個人と関係し、かつその人物が私的または機微であると考えることが合理的に予測され、そしてその結果、収集、利用、または伝達を差し控えまたは少なくとも制限することを望むもの」と定義し、既存の立法よりも広く個人情報を捉えているものとして評価できる。IPアドレス、クッキー、RFIDなどをめぐり新たなプライバシー立法の必要性を論じるものとして、see Yves Poulet, *About the E-Privacy Directive: Toward a Third Generation of Data Protection Legislation ?*, in *DATA PROTECTION IN A PROFILED WORLD* (Serge Gutwirth, Yves Poulet & Paul De Hert eds., 2010).

46 この点、現行の個人情報保護法制の下では、アクセスログを保有する者において、他の情報と容易に照合して特定の個人を識別できない限り、個人情報に該当しないと整理されるのが一般的である。園部逸夫『個人情報保護法の解説〔改訂版〕』（ぎょうせい・2005）50頁、参照。保護の対象を含む政府の個人情報施策の近時の動向については、宮下紘『個人情報保護の施策』（朝陽会・2010）、参照。

47 遺伝情報をめぐる法的諸問題については、山本龍彦『遺伝情報の法理論』（尚学社・2008）、参照。

基礎事実、すなわち、「私の情報」がどこにあるかという事実すら把握できなくなってしまったのである。

3. プライバシー・個人情報保護の旧世代

(1) 旧世代の歩み

日本においてもプライバシーの権利がどのようなものであるかについて、プライバシー権の原産国であるアメリカの議論が広く紹介されてきた。たとえば、伊藤正己博士は、1963年『プライバシーの権利』において「デリケートな問題—それは法のみならず、他の多くの社会規範とも関係してくる—が社会にあらわれることそのことが、その社会の文化的水準の発展段階を示していることである。つまり、プライバシーの権利という多彩をきわめる内容の権利が法的な保護をうけるまでに結晶したことは、その社会が一定の高度をもつ文化を享有するにいたった証拠と解してよい」⁴⁸と指摘し、ウォーレンとブランドイス、そしてウィリアム・プロッサー教授の論文⁴⁹をもとに日本におけるプライバシー権の幕開けを示唆した。そして、憲法の人権の基本書においてもプライバシーが登場することになるが、当初、憲法21条2項の通信の秘密の中にプライバシー権は位置づけられていた⁵⁰。その後、佐藤幸治教授が不法行為法上のプライバシーを憲法上のそれに昇華させる過程において、個人の自由な人格の発展にとって必要な権利が憲法13条によって包括的に保障されていることを論証し、このような理解が浸透していった⁵¹。佐藤教授は、人間にとって最も基本的な、愛、友情および信頼の関係にとって不可欠の生活環境の充足に必要な権利として、幸福追求権の一部を構成するにふさわしいとしてプライバシーの権利を捉えている⁵²。そして、佐藤教授は伝統的な独りにしておいてもらう権利、ある

48 伊藤正己『プライバシーの権利』（岩波書店・1963）7頁。

49 William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383, (1960).

50 宮沢俊義『憲法2 基本的人権〔新版改訂〕』（有斐閣・1974）286-7頁。

51 佐藤幸治「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察」法学論叢 86巻5号（1970）34頁。もっとも、佐藤教授の私的なものへの保全については、通信の秘密とプライバシーの権利との関連性があることも忘れてはならない。この点については、蟻川恒正「体系と差異」法律時報82巻5号（2010）35頁の指摘が参考になる。

52 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011）182頁。

いは私生活上の保障といった消極的な権利のみならず、自己についての情報をコントロールする権利として「かなり積極的な意味合い」⁵³をプライバシーの権利に含意させることとなった。

また、最高裁判所においても、私生活上の自由として、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態…を撮影されない自由」⁵⁴を有することを認めた。さらに、大学生の学籍番号、氏名、住所、電話番号という単純な情報であっても「プライバシーに係る情報として法的保護の対象となり、これらの情報を無断で開示したことは「プライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るもの」⁵⁵となることを明らかにしている。このように、プライバシーについては、独りにしておいてもらう権利から発展した私生活上の保障、そして自己情報をコントロールする権利というプライバシー世代が活躍をしてきた⁵⁶。

(2) 第一世代の限界—コモン・ロー上のプライバシー権／独りにしておいてもらう権利

しかし、旧世代のプライバシー権には限界がある。すでにプライバシーをめぐる環境の変化について指摘したとおり、もはやわれわれは独りにしておいてもらうことはできないのみならず、自己情報のコントロールもままならないインターネットの時代に置かれている。プライバシーの旧世代は、新たな科学技術を前にもはやその限界が明らかになりつつある。

ここでは、プライバシーの旧世代としての私生活の保障と自己情報コント

53 佐藤・前掲注51, 12頁。「多様な社会関係ごとに自己イメージを使い分ける自由」(棟居快行『人権論の新構成』(信山社・1992) 213頁)もまたコントロール(自己イメージのコントロール)を前提としている。

54 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

55 最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁。

56 山本龍彦准教授は、日本のプライバシーの類型について、第1期—私生活秘匿権、第2期—ウェットな自己情報コントロール権、第3期—システム・コントロール? に分類している(山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号(2010) 80頁、参照)。また、個人情報保護法制の文脈におけるプライバシー権の変遷については、加藤隆之「個人情報保護制度の遵守とプライバシー権侵害」亜細亜法学46巻1号(2011) 108頁、参照。

ロールについて限界を説明する。まず、伝統的な理解として発展してきた私生活情報の保障としてのプライバシー権については、次の2点で現実的な限界が指摘される。1点目は、メディアやインターネットに対する保障が明らかに脆弱であると指摘される⁵⁷。ウォーレンとブランドイスが想定していた不法行為は、法が報道価値のあるもの (newsworthy) と報道価値のないもの (non-news-worthy) を区分し、後者のみを規制するという建前をとっていたが、もはやインターネットの世界ではそのような規制をプライバシー侵害とすることは法の合理的な能力を超えている⁵⁸。1890年当時自らの名声を保護するためにイエロー・ジャーナリズムに対抗する武器として提唱されたプライバシーは、誰もがグローバルな聴衆に向けて情報を発信できるインターネットの世界においてもはや武器とは成り得ないのである。第2に、コンピュータによる大量で容易なデータ処理により、個人情報収集、利用、蓄積という過程において伝統的なプライバシーは「太刀打ちできない (stopped being malleable) 」⁵⁹状況になっている。

さらに、プライバシーには理論的な限界も指摘できる。ここでは、不法行為上のプライバシーの限界、自己情報コントロールの限界、そしてテロ対策の文脈における限界をそれぞれ説明する。まず、不法行為におけるプライバシーの4類型については、ダニエル・ソロブ教授がその理論的限界があることを論じる⁶⁰。1960年プロッサー教授は約300件の判例を考察し、独りにしておいてもらう権利を4類型に精緻化した。すなわち、①断絶された状態への侵入、②私事の公表、③誤った事実公表、④氏名等の盗用である。

ソロブ教授によれば、これらの4類型はいずれも現代のデータベースあるいはサーバースペースにおける個人情報が流通する社会への適合に失敗していると言う。断絶された状態への侵入について、データベース化それ自体はたとえその人物が物理的に他者とは断絶していても、その情報それ自体は収集・利用され続けるのである。もはや情報化社会にあって、自らの情報を一切他者に与

57 Richards & Solove, *supra* note 41, at 1918.

58 Geoffrey R. Stone, *Privacy, the First Amendment, and the Internet*, in THE OFFENSIVE INTERNET 192 (2010).

59 Richards & Solove, *supra* note 41, at 1921.

60 DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON 59-61 (2004).

えない断絶などはほぼ不可能になった。

私事の公表については、記録されたデータそれ自体が企業の取引等において公然と利用される状況にあっては、もはやこの公表を一切避けることは困難である。たとえば、他者クレジットカード番号を知られたくない、という人であっても、買い物をする際にはそのカードを利用し、たとえ番号それ自体が安全に管理されていても、カードから割り出された購入履歴からその人物像や行動パターンが浮かび上がってくる。プライバシーは限定的な役割しか果たせないものである。

また、誤った事実公表については、たとえ公表の段階に至らなくても、データベースに個人情報が収集・利用された段階でその人物の名声が害されることがあり、ここでもプライバシーには限界がある。

さらに、氏名等の盗用としてのプライバシーはデータベースに蓄積された個人情報についても一定の威力をもちうる。しかし、過去の判例からはそれが蓄積されただけで商業的な利益の損失が生じない場面ではプライバシー侵害を主張できないことがある。このように、プロッサー教授が半世紀ほど前に類型化したプライバシーの4類型はデータベース化社会においては、プライバシーの最大の問題は大量の個人情報の流通に伴うものであり、そこには単一の侵害者がいるわけではない。「単独かつ個別」⁶¹の侵害を対象として伝統的なコモン・ロー上のプライバシー侵害に対する従来の救済に対して、現代社会においては様々なアクターが様々な時に情報の取引、連結、消滅の過程における集合的な効果からプライバシーの侵害の可能性が生じているのである。

(3) 第二世代の限界—自己情報コントロール権

プライバシーの世代として脚光を浴びてきた自己情報コントロール権もまたその存在意義が問い直されている。かつて「プライバシーは、その人に関する情報の個人のコントロールを包含している」⁶²として、自己情報コントロール権が保障されてきた。

しかし、データベースにおいてパノプティコンが想定していた塔から監視す

61 *Id* at 62.

62 *United States Department of Justice v. Reporter's Comm.*, 489 U.S. 749, 763 (1988).

る看守の存在は見えない。この可視性の欠如によりインターネット上での消費者が同意のしやすい環境と、サービスの継続性による同意の撤回の困難な環境が形成されてきた⁶³。このように、データベース化された情報について、個人が真正な同意が行えていない状況にあつては、そもそも自己情報をコントロールなどできず、各人はデータベースにいつのまにかコントロールされる立場に置かれてしまった。そもそも、各人は企業がどのような情報を保有しているのかどうかについて、開示する権利があつたとしても、そもそもどの企業が自らの情報を保有しているのか、情報それ自体へのアクセスが困難な状況にある⁶⁴。仮に自らの情報を保有している企業に対してアクセスできたとしても、そこでの同意は「法的な擬制」にすぎず、「情報自己決定」には常に限界がつきまとう⁶⁵。ポール・シュワルツ教授は、オンライン・オフラインに関係なく、もはや自己情報コントロールとしてのプライバシー権を用いるべきでない⁶⁶と主張する⁶⁶。第1に、個人情報の取扱いについてユーザーと事業者との間の知識のギャップがある。特に個人情報が社会的・組織的な構造における体系的な形で処理されていることに多くのユーザーが気づいていない。第2に、データの利用に関する同意にはしばしば瑕疵がある。多くの場合、ユーザーはプライバシー・ポリシーを熟読してから同意に至るという実質を欠いた合意となっている。これとも関連し、第3に、ユーザーに対する通知と選択という自律に訴えかけること自体が個人情報を収集する正当化根拠となり、一種の「わな(trap)」となっている。そもそもユーザーに対する通知それ自体が黙示の同意という法的な擬制である。個人情報の開示をするか否かの実質的な決定がないにもかかわらず、同意が自律的な自己情報コントロールとみなされてしまうのである。

最後に、データの脱却という欺瞞である。個人は選択から逃げることで

63 Ian Kerr, Jennifer Barrigar, Jacquelyn Burkell & Katie Black, *Soft Surveillance, Hard Consent*, in LESSONS FROM THE IDENTITY TRAIL 10 (Ian Kerr, Valerie Steeves & Carole Lucock eds., 2009). また、可視性こそがプライバシーにとっての脅威であると論じるものとして、see Julie E. Cohen, *Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure*, 75 U. CHI. L. REV. 181 (2008).

64 Fred H. Cate, *Protecting Privacy in Health Research: The Limits of Individual Choice*, 98 CAL. L. REV. 1765, 1771 (2010).

65 Schwartz, *supra* note 15, at 821.

66 Schwartz, *supra* note 13, at 1660-64.

ない状況におかれ、説明責任を果たさず、個人情報を提供しないことは自らの情報を隠べいする欺瞞的な行為とみなされてしまうためである。このように、もはや大量の個人情報がデータベース化される中、自己情報のコントロールは本来の人間の尊厳や自律性といった根源的な価値を基盤としていたはずであるものの、インターネットの世界では「上っ面の儀式」⁶⁷でしかありえなくなっている。

(4) 旧世代の限界—アメリカにおける表現の自由とテロ対策

上記の理由のほかにもアメリカにはプライバシーをめぐる特有の状況も存在した。第1に強力な表現の自由の保障である。アメリカには“Fair Information Practices”において個人情報の取扱いの基本原則が定められているが、このような基本原則が、情報プライバシーの名の下にはたして自由な表現を妨げることができるかどうかについて激しい論争がある。たとえば、ユージン・ボロク教授は、表現の自由を制限する根拠として情報プライバシーが理由であっても、そのような制限がなぜ“Fair Information Practices”における“fair”であるか正面から批判する⁶⁸。そして、プライバシーは「人が仕事であれ私事であれ日々どのように振る舞うか—仕事で誰と親しくなるか、自分のお金を誰に託すか—を決定する言論が持つ利益」⁶⁹を害し、表現の自由を奪い去ってしまうと主張する。

67 *Id.* at 1685.

68 Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You*, 52 STAN. L. REV. 1049 (2000). また、アメリカの表現の自由の伝統が他国の憲法に比べて一段と手厚い保護をしている「例外的」存在であるという指摘として、Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 47 (Michael Ignatiff ed., 2005). また、表現の自由とプライバシーの調整の文脈において例外の国としてアメリカを紹介する論文として、阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』」東京大学社会科学研究所編『国家の多様性と市場』（東京大学出版会・1998）13頁、阪本昌成「プライバシーの権利と表現の自由(1)」立教法学76巻（2009）46頁、参照。

69 *Id.* at 1050–51. 実際、アメリカ最高裁も公益に資する真実の報道を保障してきている。See e.g., *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975), *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989), *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001).

さらに、9・11後のアメリカにおいては、プライバシーはセキュリティと対比され、「ゼロ・サム・トレードオフ」⁷⁰の関係にあるとして扱われてきた。近年は、人ではなく、データに焦点を絞った監視が行われてきているため、かつての「場所ではなく、人を保障する」憲法上の仕組みは現在さほど役に立たない⁷¹。他方で、不合理な搜索・押収を禁止する第4修正によって、「プライバシーはテロリストの最良の友である」⁷²とも言われ、プライバシーが国土の安全保障の妨げになっているかのように扱われてきた。

アメリカにおいてはこのような特殊な事情もあるものの、いずれにせよ、このような情報通信技術の進展に伴い従来のプライバシーのかたちが余儀なく変形を迫られることとなったのである。

4. プライバシー・個人情報保護の現在地

(1) プライバシーの類型化

いまプライバシー権はどこにたどり着いたのだろうか。旧世代のプライバシーが通用力を失う中、新たな世代のプライバシーの登場を期待する声が高まりつつある。

たとえば、ソロブ教授は、かつてプロッサー教授が類型化したように、秘匿 (secrecy) によるプライバシー概念を廃棄し、現代のインターネット社会に適合しうるようにプライバシー権を16の性格ごとに類型化を行う⁷³。まず、情報の①収集、②処理、③流通、そして④侵害という4段階に分類する。この4類型をさらに次のとおり細分化する。

①収集の段階

監視、尋問

②処理の段階

集積、同一化、安全管理、二次利用、消去

70 DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY 34 (2011).

71 Orin S. Kerr, *Updating the Foreign Intelligence Surveillance Act*, 75 U. CHI. L. REV. 225, 235 (2008).

72 Richard A. Posner, *Privacy, Surveillance, and Law*, 75 U. CHI. L. REV. 245, 251 (2008).

73 DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 172 (2008).

③流通の段階

信頼義務違反，開示，漏えい，アクセス，無断利用，盗用，情報内容の変更

④侵害

侵入，決定への干渉

ソロブ教授によれば，プライバシーを概念化するには以上の16の類型に注意を払う必要がある。このようにプライバシーを画一的に概念化するのではなく，プライバシーが問題となる場面ごとでのプライバシー概念の精緻化の過程を経て，現代のプライバシーの法的・政策的課題に対処しうることを指摘している。

(2) 著作権法的思考の導入

ジョナサン・ジットレイン教授は，次世代のプライバシーとして“privacy 2.0”を提唱する⁷⁴。ジットレイン教授は，1970年代の“privacy1.0”は政府のデータベースを対象としていたが，現在は安価で，迅速で，完全なデータのコピーを成功させ，この技術が新たなプライバシー侵害を生み出したと指摘する⁷⁵。科学技術だけが進歩し，法制度は1970年代のままにあっては，プライバシー侵害に対しては十分な救済を行えず，「プライバシーの現状はまったくもって先行き不透明（murkier）である」⁷⁶。そこで，個人がデータを作り出し，対等な存在（peer-to-peer）として通信を行うことができる時代にあっては，“privacy2.0”が顕在化する。そして，著作権もプライバシーも，いずれも自分のデータであるにもかかわらず，そのデータに対するコントロールが失われることに対する保護をする点で両者は同じ法的構成をとりうる。このデータに対する侵害が，経済的な利益であろうと，人間の尊厳であろうと，情報に対するコントロールを喪失したという点において「著作権もプライバシーも同一の目的を目指している」⁷⁷。

もっとも，プライバシーと著作権は，侵害されている利益に対する救済の態

74 JONATHAN ZITTRAIN, THE FUTURE OF THE INTERNET AND HOW TO STOP IT 200 (2008).

75 Jonathan Zittrain, *What the Publisher Can Teach the Patient: Intellectual Property and Privacy in an Era of Trusted Privication*, 52 STAN. L. REV. 1201, 1226 (2000).

76 *Id.* at 1228.

77 *Id.* at 1226.

様が異なる。著作権の場合、著作者が直接的な商業的利益を主張しうるので、その侵害が明確になり技術的に自力救済を行うことができる。また、多くの場合、著作者は著作権侵害に対する侵害に対する明確な要件の下、類型的な法適用・判断—差止（著作権法112条）、みなし侵害（113条1項）など—を期待することができる。これに対し、プライバシーの侵害の場合、一個人が、必ずしも商業的・経済的利益について具体的損失がない事案について、救済を求めることとなる。このように、著作権とプライバシーには、データのコントロールという同一目的を共有しているにもかかわらず、特に「侵害の特定化と侵害に対する執行」⁷⁸の面においてこれまで両者の違いが生じていた。このような差を埋めるため、各人は、著作物の利用と同様に、個人情報利用に対するそれなりの対価を請求する論理を展開しうるのである。ローレンス・レッシグ教授もまたジトレイン教授の議論を参照しつつ、「プライバシーが知的財産以上に真の財産に近い」として、プライバシーの財産的構成を唱導する⁷⁹。このような理解は、もともとウォーレンとブランドイスのプライバシーの権利それぞれ自身が「著作権」をかなり意識していたこととも重なり合う⁸⁰。

ジュリイ・コーエン教授もまたプライバシーの法執行が著作権と関係性を有することを比較的早くから主張していた⁸¹。「知的自由 (intellectual freedom)」⁸²を保障するには、著作者が自らの著作物に対してアクセスや利用を認める Digital Rights Management (DRM) 技術があるのと同様に、プライバシーもまたDRM技術の重要な側面を有することができる。すなわち、プライバシーはその人の知的活動の消耗 (intellectual consumption) の一種である。このよ

78 *Id.* at 1238.

79 LAWRENCE LESSIG, CODE 2.0 231 (2006). プライバシーの財産的構成については、それが必ずしも規範的な意味合いではなく、実証的にこのような構成をとりつつあるとも考えられる。See Paul M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, 117 HARV. L. REV. 2055 (2004).

80 See Warren & Brandies, *supra* note 2, at 200-01.

81 See Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 981 (1996). コーエン教授の当初の狙いは、著作権法にプライバシーの言葉 (privacy language) を用いることであったが、その後、著作権の言葉をプライバシー法への導入することとなった。

82 Julie E. Cohen, *Information Rights and Intellectual Freedom*, in ETHICS AND THE INTERNET 11 (Anton Vedder ed., 2001).

うな知的活動をむやみに消耗させることは著作権を侵害するのと同様に、その人のプライバシーを侵害する。そして、知的探究をするためには「息をつくことのできる場 (breathing space)」⁸³としての私的空間が必要となる。したがって、プライバシーと著作権との関連性を見出すことができるのである。所有、言論、真実、選択といった著作権の要素を用いることで、「賢明な情報政策」⁸⁴を展開する可能性を示している。ニール・リチャーズ教授は、知的活動それ自体を法的保障に値する「知的プライバシー (intellectual privacy)」と呼び、このプライバシーを保障すること自体が表現の自由の発展に寄与することを論証している⁸⁵。思想の自由、空間プライバシー、知的探究の自由、通信の秘密を基本要素とする「知的プライバシー」なるものの発想もまたその著作権 (intellectual property) を手掛かりにしていることは多言を要しない。

本稿では、このような著作権法的思考の導入の可能性について詳細に検討することはしないが、intellectual “property” とintellectual “privacy” に関連性があるとすれば、究極的には財産権とプライバシー権との類似性を検討することに行きつくはずとなろう。プライバシーの財産的構成といえは、すでに1970年代にリチャード・ポズナー裁判官が真実発見と経済効率性の観点から主張していた。すなわち、プライバシー (privacy) と詮索 (prying) という2つの経済的財がある中、プライバシーのみを法が保障してしまうとその人物を詮索するための取引費用がかさんでしまい、社会全体にとって経済効率性を損なう、というものである⁸⁶。もっとも、著作権法への接近に見られるプライバシー権論には、このような経済効率性というよりも、同意に基づく個人情報による流通の弱点を克服するためむしろ市場取引における「公正さ (fairness)」⁸⁷

83 Julie E. Cohen, *DRM and Privacy*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 575, 577 (2003).

84 Julie E. Cohen, *Examined Lives: Information Privacy and the Subject as Object*, 52 STAN. L. REV. 1373, 1436 (2000).

85 Neil M. Richards, *Intellectual Privacy*, 87 TEX. L. REV. 387 (2008).

86 Richard A. Posner, *The Right of Privacy*, 12 GA. L. REV. 393 (1978). もっとも、ポズナー裁判官もGPS技術を用いた監視について判断を迫られるなどし、(*United States v. Garcia*, 474 F. 3d 994 (7th Cir. 2007)), 本人の意図に反する個人情報の利用については一定の保障が及ぶことを認めている。See Posner, *supra* note 72, at 249.

87 Cohen, *supra* note 83, at 604.

を要求する点で両者は若干の違いがみられる。結局、プライバシーの財産的構成は程度の問題であり、プライバシー概念を財産権に過度に結び付けることは、所有という形態による「コントロール・フェティシズム」⁸⁸と言われるように、すべてのプライバシー問題を著作権法的構成で理解することができるかどうかさらなる検討が必要となる。

日本においても、阪本昌成教授がいわゆる情報プライバシーの問題についても「個人情報に関する財産権モデル」⁸⁹から構成することができることを論証しており、注目に値する。また、財産権的構成を手掛かりにプライバシーの第三世代を「自己データの利用に対価を求める権利」として理解する見解⁹⁰や、プライバシー的要素（人格権）とパブリシティ的要素（財産権）がハイブリッドに結合した権利を考える方向性⁹¹についても検討がなされている。いずれにせよ、大量のデータが容易に収集・処理・蓄積される情報化社会にあっては、個人の活動に「萎縮効果」⁹²をもたらす危険に歯止めをかけるためにも、プライバシー権の保護の対象が、伝統的な「圏域」から「情報」への推移、すなわち旧世代から新世代への橋渡しの理論化が重要になってくる⁹³。

5. プライバシー・個人情報保護の新世代の展望

本稿では、プライバシーの従来の理解の限界と新たなプライバシーの必要性について議論の紹介の域を出ないが、プライバシー権の現在地を改めて確認してきた。むろん本稿では、科学技術の進展に伴うプライバシーの危機に関連する個別の問題—たとえば、検索システム、ソーシャル・メディア、RFID、GPSなど—を十分に取り上げることができなかつた⁹³。さらには、近年主張さ

88 Julie E. Cohen, *Overcoming Property: Does Copyright Trump Privacy?*, 2002 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 357, 379 (2002).

89 阪本昌成『表現権論』（信山社・2011）90頁。阪本教授のプライバシー権論については、阪本昌成『プライバシー権論』（日本評論社・1986）、阪本昌成『プライバシーの権利』（成文堂・1982）、参照。

90 名和・前掲注38, 285頁。

91 林紘一郎『『個人データ』の法的保護：情報法の客体論・序説』情報セキュリティ総合科学1号（2009）90頁、参照。

92 SOLOVE, *supra* note 73, at 193.

93 この点については、最新の議論を検討している論文集として、堀部政男編著『プライバシー・個人情報保護の新課題』（商事法務・2010）、参照。

れてきた「データの匿名化を造形する (shaping data anonymity)」⁹⁴権利, あるいは「忘れ去れる権利 (the right to be forgotten)」⁹⁵といったインターネットの世界における新たなプライバシーの権利も更なる検討が必要である。

ここでは、プライバシーの新世代を果たして本当に歓迎すべきかどうかも含め、3つほど留意点を述べておく。第1に、プライバシーは優れて「状況に応じた (situational)」⁹⁶, そして「文脈依存的 (contextual)」⁹⁷な権利になりつつある。「プライバシーは文脈に依存して意味を変えるカメレオンである」⁹⁸と言われてきたのはそのとおりである。プライバシーがこれほど多くの顔を持たざるを得ないのは、プライバシーのアイデンティティたる核心がゆらいでいるからではないだろうか。あるいはプライバシーがあまりに多くの現実の場面に登場するため、その「複合的な価値 (pluralistic value)」⁹⁹を有しているから、核心がゆらぎはじめたのだろうか。いずれにせよ、いかなる文脈であろうと、その「文脈の根底にある価値」¹⁰⁰を明らかにする作業が重要であることは言うまでもない。プライバシーをめぐる環境を見極め、旧世代のプライバシーを放逐しなければならないのか、現実の動向に照らした研究がますます重要となってくる。他方で、ここでの重要な問いはプライバシーとは何か、ではなく、なぜ

94 Schwartz, *supra* note 13, at 1633.

95 European Commission, *A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union* (November 4, 2010) at 8. Available at http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf. この点、いわゆる「逆転」事件において、最高裁は、12年余の歳月が経過した人が「社会復帰に努め、新たな生活環境を形成していた事実」に照らせば、「…前科にかかわる事実を公表されないことにつき法的保護に値する利益を有していたことは明らかである」ことを認め、一定期間経過後に個人情報忘れ去れる利益として法的に保障されることを示唆している (最判平成6年2月8日民集48巻2号149頁)。

96 第32回データ保護プライバシー・コミッショナー国際会議における“*How did we get here?: Privacy, Culture, Religion*”のセッションにおけるウェスティン教授の発言。

97 Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 WASH. L. REV. 119 (2004).

98 Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193, 1202 (1998).

99 SOLOVE, *supra* note 73, at 98.

100 Lessig, *supra* note 79, at 230.

プライバシーを権利として保障しなければならないのか、というプライバシーの権利の正当化理由ないし保障の根拠であろう。グローバル化が進行する中、社会によって保障されるプライバシーの類型も異なるところがあり、依然として規範的な構成の必要性も指摘される¹⁰¹。この点、近年、注目を集めているプライバシー・バイ・デザイン (Privacy by Design)—プライバシー強化技術 (privacy enhancing technology) を用いたシステム開発段階におけるプライバシー予防対策の事前設計—¹⁰²などから情報システムの構造に着目してプライバシー・個人情報を保護していく可能性も検討されている¹⁰³。プライバシー権の客観的構成とは別に、権利のないところには制度・機関・システムはないのであって、依然プライバシー権の本質論—たとえば、「愛情、友情、信頼の関係」¹⁰⁴においてその権利が前提とする自我像—を追求する意義も忘れてはならない¹⁰⁵。

第2に、情報の流通が簡単に国境を超える中であっては、プライバシー・個人情報保護のグローバルな枠組みが必要になるとともに、日本の法制度もまた国際的な整合性が求められることになる。また、プライバシー権の法的保障根拠をめぐっては、しばしばプライバシーが「シビリティ・ルール (rules of civil-

101 Frederick Schauer, *Internet Privacy and the Public-Private Distinction*, 38 JURIMETRICS, J. 555, 564 (1998). また、プライバシーが規範的要請であることを主張するものとして、川岸令和「プライバシー権とは何のための権利なのか」阪口正二郎編『自由への問い3 公共性』(岩波書店・2010) 105頁、参照。

102 プライバシー・バイ・デザインは、カナダ・オンタリオ州のコミッショナーであるアン・カブキアン博士によって提唱された。See ANN CAVOUKIAN, *PRIVACY BY DESIGN: TAKE THE CHALLENGE* (2010). Available at <http://www.privacybydesign.ca/content/uploads/2010/03/PrivacybyDesignBook.pdf> (last visited August 1, 2011).

103 山本・前掲注56, 90頁, 山本龍彦「プライバシ―: 核心はあるのか」長谷部恭男編『人権論の再定位3: 人権の射程』(法律文化社・2010) 144頁, 参照。

104 Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475, 478 (1968).

105 近時、自我像にまで踏み込んでプライバシー権論の考察の必要性を主張するものとして、曾我部真裕「『自己像の同一性に対する権利』について」法学論叢167巻6号(2010) 1頁, 水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察: 人は自分の姿とどう向き合うのか」学習院法学会雑誌45巻2号(2010) 1頁, 石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学12法律から考える公共性』(東京大学出版会・2004), 参照。

ity)』¹⁰⁶ともいうべき社会規範を反映することがあり、それを自由に求めるアメリカと、それを尊厳に求めるヨーロッパとの文化的差異から生じた現実的衝突が生じていることも指摘されるところである¹⁰⁷。日本におけるプライバシーの文化的背景も考慮に入れながら¹⁰⁸、越境的な枠組みの中で国際的な整合性を担保していくことがますます重要になってくる¹⁰⁹。

第3に、プライバシーの権利を「コントロール」するのは誰なのか。「新たなプライバシー学派は、多数派の統治にとって必要な個人の自律を促進するのに役立つプライバシーの基準の多数決主義的構成を求める」¹¹⁰と言われるが、果たして、このようなプライバシーという個人の基本的権利を立法府重視の姿勢で議論することが適当かどうかについて検討が必要に思われる。プライバシーが絶対的な権利ではなく、「個人の他の利益や社会的利益との調整を必要とする」¹¹¹のであれば、法と技術の問題は立法府に放っておけばよいという短絡論はあまりに性急であり、各機関が協働していく必要がある¹¹²。

以上のとおり、本稿では、プライバシー・個人情報保護の新世代の確立に向けた動向の考察を試みたが、それは120歳を超えたプライバシーの権利がいまなお進化し、そして世代を継いで転換期を迎えつつあることを再認識すること

106 Robert C. Post, *The Social Foundation of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, 77 CAL. L. REV. 957, 963 (1989).

107 See James Q. Whitman, *Two Western Cultures of Privacy*, 113 YALE L.J. 1151 (2004). また、宮下紘「プライバシーをめぐるアメリカとヨーロッパの衝突(1)」比較法文化18号(2010)131頁、参照。

108 See Hiroshi Miyashita, *The Evolving Concept of Data Privacy in Japan*, 1 INT'L DATA PRIVACY L. 229, 238 (2011).

109 プライバシー・個人情報保護をめぐる国際的動向の背景と現実については、堀部政男「プライバシー・個人情報保護の国際的整合性」堀部政男編著『プライバシー・個人情報保護の新課題』(商事法務・2010)1頁、参照。また、近年構築されつつある越境的枠組については、藤原静雄「第3回への個人データ移転と『個人データの処理にかかるプライバシー保護の国際標準草案のための共同草案』」季報情報公開個人情報保護37号(2010)3頁、参照。

110 Paul M. Schwartz & William M. Treanor, *The New Privacy* (book review), 101 MICH. L. REV. 2163, 2184 (2003)

111 PRISCILLA M. REGAN, LEGISLATING PRIVACY: TECHNOLOGY, SOCIAL VALUES, AND PUBLIC POLICY 178 (1995).

112 Solove, *supra* note 70, at 170.

ができた。これは「ウォーレンとブランドイスの終わりなき遺産」¹¹³である。

113 Erwin Chemerinsky, *Rediscovering Brandeis's the Right to Privacy*, 45 BRAN-
DIES L.J. 643, 657 (2007).