

プライバシー・個人情報の「財産権論」

－ライフログをめぐる問題状況を踏まえて－

石井 夏生利¹

本稿の目的は、個人情報商品価値を伴ってネットワークを流通しているという実態を受け、個人情報の「財産権」の可能性を理論的に考察することにある。この問題は、ライフログをめぐる種々の論点の中でも原理的な性質を有する。検討に際しては、アメリカにおける個人情報の財産権論について、歴史的発展過程から、「第1期 伝統的プライバシー権の発展期(1890年～1960年頃)」、「第2期 現代的プライバシー権・法と経済学の提唱期(1960年代後半～1980年頃)」、「第3期 情報プライバシーとサイバースペース論議の発展期(1990年代後半～2000年代半ば頃)」に区分し、各時代の議論状況を検討した。その上で、適宜日本の文献を引用しつつ、筆者なりの視点から財産権論に対する問題提起を行い、自らの見解を明らかにした。

1. はじめに

近年、個人の生活履歴を用いたサービスに注目が集まっており、「ライフログビジネス」といわれている。「ライフログ」とは、一般的に、人間の行動記録をデジタル化し、集積したものを意味し、ウェブサイトの閲覧履歴、携帯端末による位置情報、IC乗車券による乗車履歴など、われわれの身の回りには様々なライフログが記録されている。事業者は、ライフログを用いれば、個人の好みに応じた便利なサービスを提供できるが、一方で、誰が、いつ、どこで、何に興味を持ち、誰と一緒にいるか、何をしたかといった情報を蓄積することとなる²。そのため、ライフログとプライバシー・個人情報保護や通信の秘密をめぐる問題に対応すべく、総務省では、2009年4月9日より、「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」を開催し、2010年5月26日の第二次提言においてこの問題をとりまとめた。そして、同研究会では、2012年1月より、「スマートフォンを経由した利用者情報の取扱いに関するWG」を開催し、新たな問題状況への検討に取り組んでいる。

本稿では、個人情報商品価値を伴ってネットワークを流通しているという実態を受け、理論的に、プライバシーないしは個人情報を保護する権利の性質を「財産権」であると位置づけることができるか、という問題を検討する(以下「プライバシー・個人情報の財産権論」という)。これは、ライフログに関する諸論点の中でも原理的な性質を有する。

プライバシー・個人情報の財産権論は、プライバシー権の提唱国であるアメリカにおいて、活発に議論されてきた。その議論を歴史的に概観すると、次の3期に区分することができる。

¹ 筑波大学図書館情報メディア系 准教授

² ライフログの問題に関する主な先行研究は、参考文献を参照。

第1期 伝統的プライバシー権の発展期(1890年～1960年頃)

サミュエル・D・ウォーレンとルイス・D・ブランドイスが、1890年に発表した「プライバシーの権利」(以下「ウォーレン&ブランドイス論文」という。)³により、伝統的プライバシー権が発展し、ウィリアム・L・プロッサーが不法行為の4類型を明らかにした時期である⁴。

第2期 現代的プライバシー権・法と経済学の提唱期(1960年代後半～1980年頃)

アラン・F・ウェスティンが1967年に発表した『プライバシーと自由』⁵、アーサー・R・ミラーが1971年に公表した『プライバシーへの攻撃—コンピュータ、データ・バンク、そして個人ファイル』⁶を代表とする現代的プライバシー権(自己情報コントロール権、情報プライバシー権ともいわれる)論議の中で、財産権論が検討された。また、1970年代以降は、法と経済学の開祖であるガイド・カラブレイジ及びリチャード・A・ポズナーが重要な業績を発表し、第3期の議論に影響を与えた。

第3期 情報プライバシーとサイバースペース論議の発展期(1990年代後半～2000年代半ば頃)

財産権論が隆盛を極めた時期である。「情報プライバシー」に「排他的」な財産権を認めることの可否について、数多くの論者が法と経済学的分析を行った。

日本に目を転じると、主な先行研究には、阪本昌成「情報財の保護か、知識の自由な流通か—プライバシーの権利と個人情報の保護」⁷、林紘一郎「個人データの法的保護：情報法の客体論・序説」⁸、橋本誠志『電子的個人データ保護の方法』⁹、高崎晴夫「パーソナライゼーションサービスにおける個人情報保護について—新しい制度的提案に関する考察—」¹⁰、村上康二郎「個人情報保護の基礎理論に関する研究—情報プライバシー権の日米比較—」(以下「村上博士論文」という。)¹¹、同「情報プライバシー権に関する財産権理論の意義と限界—米国における議論の紹介と検討—」(以下「村上新論文」という。)¹²な

³ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV.L.REV.193 (1890).

⁴ William L. Prosser, *Privacy*, 48 CALIF. L. REV. 383 (1960).

⁵ ALAN F. WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* (1967).

⁶ ARTHUR R. MILLER, *THE ASSAULT ON PRIVACY: COMPUTERS, DATA BANKS, AND DOSSIERS* (1971).

⁷ 阪本昌成「情報財の保護か、知識の自由な流通か—プライバシーの権利と個人情報の保護」『表現権理論』47-90頁、信山社、2011。この論文は、佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配【下巻】』83-133頁、成文堂、2008に収録された「プライバシーの権利と個人情報の保護—情報財の保護か自由な流通か—」を加筆修正したものである。

⁸ 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67-109頁、情報セキュリティ大学院大学、2009。

⁹ 橋本誠志『電子的個人データ保護の方法』信山社、2007。

¹⁰ 高崎晴夫「パーソナライゼーションサービスにおける個人情報保護について—新しい制度的提案に関する考察—」情報ネットワーク・ローレビュー9巻1号、67-78頁、商事法務、2010。

¹¹ 村上康二郎「個人情報保護の基礎理論に関する研究—情報プライバシー権の日米比較—」2009年度情報セキュリティ大学院大学博士論文。

¹² 村上康二郎「情報プライバシー権に関する財産権理論の意義と限界—米国における議論の紹介と検討—」InfoCom REVIEW 55号、45-61頁、情報通信総合研究所、2011。

どがある。それぞれの観点や論じ方には特徴が存在するが、いずれも、法と経済学的発想に影響を受けている点で共通する¹³。これらは極めて示唆に富む研究成果であり、憲法学の領域では通説化しているプライバシーの人格権説に一石を投じるものでもある。

しかし、筆者は、次節以下で考察するように、財産権理論は看過できない曖昧さや自己矛盾を内在させており、個人情報の「財産権」を認めることはできないと考えている。一方、商品価値を伴ってインターネット上を流通する個人情報に対しては、財産権論とは切り離れた形で、純粋な契約法上の債権債務関係に解決を求めることが考えられる。

ところで、財産権論の対象である「プライバシー」と「個人情報」の関係について述べておく。プライバシー権は、伝統的権利から現代的権利へと発展し、財産権論は、特に後者との関係で議論されてきた。現代的プライバシー権を具体的に論じたウエスティン及びミラーは、それぞれの著書の中で立法化の必要性を主張し、これに呼応するように、アメリカでは、1970年代以降、個人情報を保護するための数多くの法律を成立させるようになった。

このように、プライバシー権の保護対象である「プライバシー」と、個人情報を保護するための法律が対象とする「個人情報」は、極めて深い関係にある。しかし一方で、とりわけ現代的プライバシー権の概念は、「自己情報」「コントロール」の捉え方をめぐって百家争鳴の状況にある。現代的プライバシー権を検討した主な論稿によっても、個人を識別できる情報、身元を識別する情報、自己に関する情報のうち、尊敬、自尊心、愛を保護するために必要な情報、生活空間や活動領域、身体や声などの物理的側面、個人の行動などに分けられる¹⁴。したがって、「自己情報」としてのプライバシーと「個人情報」の概念相互の関係を明確化することは容易ではない。本稿で取り上げた先行研究においても、情報の概念に言及するものもあれば、規範的な分析を行わないものもある。しかし、財産権論が隆盛を極めた第3期では、生存する個人を識別できる情報、すなわち個人情報を含意した議論を展開するものが多いと考えられる。

また、本稿の主要テーマである「財産権」については、「プライバシー」や「個人情報」とは別の意味で多義的に理解されており、筆者は、「5. 考察」の中でこの点に関する問題提起を行った。財産権論を考察した各論者は、排他的支配権、知的財産権と同種の権利、通常の財産権よりも効力が制限される新しい特殊な財産権、利益の束、商品として取引可能という意味での「財」、自己情報の値段を自分で設定し交渉できるという意味での「財産権ルール」といった主張を展開している。

以上の認識に基づき、アメリカの議論を歴史的展開から紐解き、適宜日本の先行研究にも言及しつつ、財産権論の理論的問題点を考察し、筆者の考えを論じることとする¹⁵。

¹³ 名和小太郎『個人データ保護—イノベーションによるプライバシー像の変容』284-285頁、みすず書房、2008では、第三世代のプライバシー権として、「自己データの利用に対価を求める権利」を提唱した。これは、既に自己の情報が相手に捕捉されている状況で、濫用に歯止めをかけることを狙いとする。

¹⁴ 拙稿「プライバシー権の現在と未来—米国の最新の議論を踏まえて—」InfoCom REVIEW47号、29-43頁、情報通信総合研究所、2009。

¹⁵ 個人情報の帰属主体を「消費者」と呼ぶ文献もあるが、全て「個人」に統一した。同様に、「個人データ」や「自己情報」は「個人情報」とした。紙幅の関係から、各論者の所属

2. 第1期 伝統的プライバシー権の発展期(1890年～1960年頃)

1890年のウォーレン&ブランドイス論文は、その後のプライバシー権論議を発展させる礎を築いた論文として、最も有名である。同論文は、「ひとりにしておいてもらう権利」(the right to be let alone)としての伝統的プライバシー権を「個人の不可侵権」(personal immunity)に位置づけ、名誉毀損法や知的財産法との比較を通じて、プライバシー権を独立した法的権利として提唱した。

知的財産法との関係は、「しかし、作品の価値は、公開から生じる利益を得る権利においては見出されず、あらゆる公開を防止する力が与える精神の平和又は安心感において見出される場合、その言葉の共通理解において、その権利を財産権の1つとみなすことは困難である」、「個人的な書面や他の全ての個人的な作品を、窃盗や物理的な占有からではなく、あらゆる形式における公開から保護するという原則は、実際は、私有財産の原則ではなくて、不可侵の人格の原則である」¹⁶という文章に表れるように、違いが強調されている。

また、ウォーレン&ブランドイス論文がプライバシー権の本質及び救済方法を論じる際に依拠したのは、19世紀のイギリスの諸判決であった。そこでは、講義内容、エッチング版画、水彩画の写し、肖像写真の公開に対する財産権侵害(主に著作権)、信託違反、信頼違反、黙示契約違反に基づく差止め等が争われた。同論文は、イギリスの諸判決の手法ではプライバシー侵害に十分な保護を与えることができないと評価し、不法行為法に保護を求めた¹⁷。

20世紀に入ると、ウォーレン&ブランドイス論文が1つのきっかけとなり、多数のプライバシー侵害訴訟が提起された。それを不法行為の観点から分類・整理し直したのが、ウィリアム・L・プロッサーである。プロッサーは、1960年に「プライバシー」と題する著名な論文を掲載した¹⁸。諸判決を分析したプロッサーの4類型-「不法侵入」(intrusion)、「私的事実の公開」(public disclosure of private facts)、「公衆の誤認」(false light in the public eye)、「盗用」(appropriation)-は、第2次不法行為リステイトメント¹⁹に取り入れられた。

上記4類型のうち、「盗用」の不法行為(被告の利益のために、原告の氏名又は肖像を盗用すること)について、保護される利益は、精神的というよりはむしろ財産的なものであると説明されている。同類型は、パブリシティ権を発展させる1つの嚆矢となった²⁰。

他方、プロッサーは、4類型に共通する諸特徴に関して、プライバシー権が一身専属的な権利であり、譲渡はできないと指摘した点にも注意が必要である。

や肩書きは、一部を除き省略した。

¹⁶ Warren & Brandeis, *supra* note 3, at 200-201, 205.

¹⁷ 詳細は、拙著『個人情報保護法の理念と現代的課題-プライバシー権の歴史と国際的視点』25-65頁、勁草書房、2008。

¹⁸ Prosser, *supra* note 4.

¹⁹ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §§ 652A-652I (1977).

²⁰ パブリシティ権は、本稿で考察する問題状況とは異なるため、別稿に譲ることとしたい。詳しくは、内藤篤、田代貞之『パブリシティ権概説 第2版』木鐸社、2005、大家重夫『肖像権 改訂新版』173-216頁、太田出版、2011等を参照。

3. 第2期 現代的プライバシー権・法と経済学の提唱期(1960年代後半～1980年頃)

3.1. 現代的プライバシー権と財産権論

1960年代中葉になると、特にコンピュータ化との関係で、新たなプライバシー問題へと関心が寄せられるようになった。このような事態への対応に大きな影響を与えたのは、現代的プライバシー権である。この概念は、ウエスティンの『プライバシーと自由』(1967年)、ミラーの『プライバシーへの攻撃』(1971年)によって世界的に有名になった。

ウエスティンの定義は、「プライバシーとは、個人、グループ又は組織が、自己に関する情報を、いつ、どのように、また、どの程度他人に伝えるかを自ら決定できる権利」²¹である。

同書の第12章「すべての事実の総合」のうち、「コンピュータとプライバシー」の節では、将来のためのより広い原則として、「個人情報について、個人的な人格を決定する権利として考えた場合は、財産権として定義づけられるべきである。それは、公的、私的機関からのあらゆる干渉を制限することと、財産権に関する法がうまく工夫されてきたところの、適切手続の保障を伴う」ことが主張された²²。財産権と定義付けることにより、個人は、重要な中央ファイルに自らの情報が保存される場合に通知を受け、当該情報を点検し、正確性について異議を唱える権利等、また、場合によっては、名誉毀損的な情報システムにおいて、自分のファイルを開設されること自体に対して異議を唱える権利を付与される。そして、情報保有者の活動の透明性は、情報保有手続における公平性と配慮を保障するための最良の方策であることが指摘されている。ただし、ウエスティンは、財産権の具体的内容には触れておらず、権利内容は明らかにされていない。

ミラーは、前記『プライバシーへの攻撃』の中で、ウエスティンの掲げた財産権論を「新しい皮袋に入れた古いワイン—プライバシーの『財産権論』」(Old Wine in New Bottles—“Property” Theories of Privacy)と評し、次のように批判した。

財産権論を基礎付ける最大の意義は、情報が濫用された際の提訴権をデータ主体に付与することにある。しかし、財産権論は、ウォーレン&ブランドイスの初期の議論で、既に不適切として退けられている。データを求める組織に義務を課すことよりも、自分のことは自分で守るべきという個人責任をもたらす。連邦法がなければ州法によって規制されるが、保護対象が不統一であったり、適用法令が不確実であったりする。商業上価値あるリストを作り出すのは、データ主体ではなく第三者としての企業であるため、データ主体に財産権を認める裏づけがない²³。

ミラーは、その2年前である1969年にも「コンピュータ時代における個人のプライバシー：情報指向社会における新たな技術の挑戦」を発表し、財産権論に言及している²⁴。そこでは、「おそらく、プライバシーを保護するための最も容易なアプローチは、個人情報へのコントロールをデータ主体に付与された財産権であると考え、財産権に属するあらゆる範囲の憲法的及び法的保護の権利を与えるよう提案することである」と記されている。

²¹ WESTIN, *supra* note 5, at 7.

²² WESTIN, *supra* note 5, at 321-326.

²³ MILLER, *supra* note 6, at 211-216.

²⁴ Arthur R. Miller, *Personal Privacy in the Computer Age: The Challenge of a New Technology in an Information-Oriented Society*, 67 MICH. L. REV. 1089, 1224-25 (1969).

しかし、同じく次の問題点を指摘し、財産権論を否定した。

プライバシー理論は感情的及び精神的静謐を守ろうとするのであって、商品に対する法的権利を明確化したり、商品の利用をコントロールするようなものではない。財産権は州法に根拠を持つであろうが、保護が不均衡となり、法同士が衝突した場合に困難をきたす。コンピュータにより情報が州を超えて移転する状況では、全国的統一性が必須である。コモンロー上の財産権理論では、連邦のデータセンターで生じた問題を解決することは難しい。財産権論は、緒についたばかりの技術に関する発展の重要段階を規制するにはあまりに硬直的な方法であり、他の法的コントロールの道を閉ざしてしまう。

3.2. 「法と経済学」の開祖

第2期は、「法と経済学」の発展期としても重要な時期である。

カラブレイジ、ポズナー、ロナルド・コース²⁵は、法と経済学の開祖ないしは指導的存在といわれている。カラブレイジ及びポズナーは、後のプライバシーの財産権論に大きな影響を与えた。

カラブレイジは、1962年にイエール大学ロースクール教授、1985年に同スクール学部長、1994年には第2巡回区連邦控訴裁判所の裁判官に就任し、現在は同裁判所の現役復帰裁判官(senior judge)の地位にある。また、イエール大学の名誉教授である。

カラブレイジは、ダグラス・メラムド²⁶とともに、1972年、「財産権ルール、損害賠償ルール、取引不能ルール：大聖堂の一考察」²⁷と題する論文(以下「カラブレイジ&メラムド論文」という。)を発表した。これは、法と経済学の観点から、これまでは別々の分野で考察されてきた財産権法や不法行為法を統一的な分析枠組で捉えようとした点に特徴を有する。

ポズナーは、1969年にシカゴ大学ロースクール教授、1981年に第7巡回区連邦控訴裁判所の裁判官に就任し、1993年から2000年にかけて、同裁判所の裁判長を務めた経験等を有する人物であり、現在は、シカゴ大学ロースクール上級講師である。その著作が極めて多数に及ぶことでも知られている²⁸。

「法と経済」あるいは「法の経済分析」は、近代経済学の諸原則を用いて、法や法制度を説明するものである。これに関する運動は1960年代初頭に始まり、ポズナーらによっ

²⁵ 「コースの定理」で知られる人物である。Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. LAW & ECON. 1 (1960). 解説は、ロバート・D・クーター、トーマス・S・ユーレン、太田勝造訳『新版 法と経済学』124頁以下、商事法務研究会、1997。

²⁶ メラムドは、インテル社(Intel Corporation)の上席副社長兼最高顧問弁護士である。論文発表当時はワシントンD.C.の弁護士であった。

²⁷ Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). 邦訳は、松浦以津子「所有権法ルール、損害賠償法ルール、不可譲な権原ルール：大聖堂の一考察」松浦好治編『不法行為法の世界』111-172頁、木鐸社、1994。“inalienability rule”は、阪本・前掲注(7)74-75頁に倣い「取引不能ルール」とした。

²⁸ 林田清明「法は経済であるーポズナーの「法の経済分析」入門ー」北大法学論集42巻5号、97-140頁、北海道大学、1992参照。この論文の冒頭では、ポズナーは、最も知られ、最も批判されてきた法律家であると評されている。

て、70年代から推し進められてきた²⁹。

「法と経済学」は、法律において経済学の理論がどこまで適用・説明できるかという観点において、経済が判決にあたっていかなる役割も果たさないとする否定的見解から、経済はすべての法的効果を説明するという全面肯定の見解まで、様々な立場に分かれる。カラブレイジは中間に位置し、ポズナーは最も肯定的見解に近い。また、法と経済は、経済学における方法的な違いの影響を強く受け、二派に分かれている。1つは、シカゴ大学を中心とするシカゴ学派である。これは、個人の自由を重視し、自由市場を中心とする考え方であり、国家の市場への介入を必要最小限度にとどめようとするものである。ポズナーはその代表であり、その分析方法は「法の経済分析」と呼ばれ、法の実証的分析を主眼に置く。これに対し、イェール大学やヴァージニア大学を中心とする「改革学派」がある。市場が効率的に作用するために国家の介入をより積極的に認める立場であり、規範的分析に主眼を置いている。カラブレイジは改革学派に属する³⁰。

3.3. カラブレイジ&メラムド論文³¹

カラブレイジ&メラムド論文は、プライバシーの経済分析を行ったものではない。しかし、この論文は、後述するローレンス・レッシングが1999年に発表した著書『サイバー空間におけるコードと法』(以下「コード」という。)³²の中で、自説を根拠付けるために依拠したことや、それを痛烈に批判する論稿が登場したことから、日本でも注目されるようになった。同論文の概要は次のとおりである。

第1に、国が、紛争当事者の利益衝突を解決するための「権原」(entitlement)を誰に付与するかは、経済効率性(economic efficiency)、分配選好(distributional preferences)、その他の正当化理由(justice considerations)によって決定される。第2に、付与された「権原」の保護方法として、財産権ルール(property rule)、損害賠償ルール(liability rule)、取引不能ルール(inalienability rule)の適用場面及び適用条件を考察し、公害及び刑事制裁のモデルに当てはめている。なお、財産権ルールと損害賠償ルールは相互の欠点を補い合うものであるため、同一項目内で論じられているが、取引不能ルールは、権原自体の付与を制限又は規制する側面をも有していることから、独立の項目による検討が加えられた。

同論文がレッシングに影響を与えたのは、財産権ルールと損害賠償ルールの違いである。

財産権ルールによれば、「権原を権原の保有者から手に入れようと欲する者は、それを任意の取引によって、売主である保有者とその権原につける値段で買わなければならない。この方法は国家の干渉の発生を最小限にする権原の形式である」。これに対し、「ある者が客観的に決定される価値分だけ支払う用意があるならば、当初の権原設定を破壊することができる場合」には、その権原は損害賠償ルールによって保護される。このルールは、「国

²⁹ 林田・前掲注(28)127-137頁。

³⁰ 林田・前掲注(28)137-138頁。

³¹ 邦訳は、松浦・前掲注(27)によった。詳細は、村上・前掲注(11)186-188頁参照。

³² LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 142-163 (1999)。邦訳は、山形浩生、柏木亮二『CODE インターネットの合法・違法・プライバシー』255-295頁、翔泳社、2001。レッシングは、第7巡回区連邦控訴裁判所でポズナーの書記官を務めた経験を有する。

家の干渉というもう1つの側面を持っている。つまり、権原が保護されているだけでなく、権原の譲渡又は破壊も、当事者自身ではなく国家の何らかの機関によって決定される価値に基づいて許されている³³。財産権ルールの特徴は、自己情報の値段を自分で設定し交渉できること、損害賠償ルールの特徴は、被害者自身の受領額を被害者自身に事前に決定させないことである³⁴。

カラブレージ&メラムド論文は、社会が財産権ルールのみならず損害賠償ルールをも必要とする理由を経済効率性の観点から説明する。「当初の権原の価値を交渉によって確定する費用は、しばしば、非常に大きいので、権原の移転がたとえ関係者全員に利益となるとしても、そのような移転は起こりそうにない。もし逆に価値の集権的決定が可能だとしたら、関係者全員の利益となる移転はすぐに発生するだろう」。同論文はこのように述べた上で、損害賠償ルールを適用する好例として、強制収用(*eminent domain*)により公園を設置する例と事故の例を挙げる。前者について、売主が真の価値評価を隠蔽して高い販売価格を振りかざし、逆に、買主がただ乗りを企てて不当に土地の価格評価を低く設定した場合に、価値設定が困難となる。そこで損害賠償ルールを用いて、客観的価値を売主に強制し、買主に「利益」税を徴税すれば良い。ただし、損害賠償ルールにも問題はある。売主が感情的な愛着を持つがゆえに土地を高く評価する場合である。買主側についても、各人の「利益」評価が困難であるため、通常は均一額の課税が行われるという問題がある。後者について、被害者が事故で怪我を負わされない財産権を付与されたとすれば、他人に怪我をさせる可能性がある活動に従事する全ての者は、事故前に他人と交渉して手足を奪う権原を購入するよう要求されることになる。このような事故前交渉は極端に高額化し、価値ある活動を禁じる結果となりかねない。正式事実審理前和解のように、実際は事故後に交渉が行われるのは、その代替的手段が損害の集権的評価だからである³⁵。

3.4. ポズナーの「プライバシー権」

ポズナーの経済分析の基本的な視点は、次の3つにある。第1に、法律はほとんど経済の論理で説明できる。第2に、裁判所は、市場を中心とする私法で経済的効率性を押し進めている。第3に、立法(による規制)は、市場を中心としている私法を補完するものである。この分析は、正義、公平という要素がなく、経済的効率性が中心に据えられているため、「効率性大明神」と皮肉る見解が見られるほど、多くの批判を受けた³⁶。

プライバシーに関してもポズナーの姿勢は一貫している。その主な業績は、1978年の論文「プライバシー権」³⁷、それを敷衍させた1981年の著書『正義の経済学』³⁸である。『正義の経済学』のうち、プライバシーを論じた章は、第9章「秘密保持としてのプライバシ

³³ Calabresi & Melamed, *supra* note 27, at 1092.

³⁴ 阪本・前掲注(7)81-83頁。

³⁵ Calabresi & Melamed, *supra* note 27, at 1106-1110.

³⁶ 林田・前掲注(28)118、125頁。

³⁷ Richard A. Posner, *The Right of Privacy*, 12 GA. L. REV. 393 (1978).

³⁸ RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMICS OF JUSTICE* 231-347 (1981). 邦訳は、馬場孝一・國武輝久監訳『正義の経済学—規範的法律学への挑戦』211-313頁、木鐸社、1991に依拠し、一部修正した。阪本・前掲注(7)76-81頁、同書第3章「プライバシーの権利と表現の自由」108-115頁参照。

一)、第10章「プライバシーに関する広義の見解」、第11章「最高裁におけるプライバシーの法理」である。1978年の論文がもとになったのは第9章である。

ポズナーは、「プライバシー」という言葉が曖昧かつ多義的であることを前提に、秘密保持(secretcy)、隔離(seclusion)及び自律(autonomy)という3つの概念を議論の対象に置き、プライバシーの経済分析を行った。主たる考察対象は、『正義の経済学』第9章で取り上げられた「秘密保持」、すなわち、個人が自らの情報を制限することに置かれている。情報プライバシーに対しては「そのような情報とは、過去もしくは現在の犯罪行為又は道徳規準に悖るその人の道徳上の行為に関する情報であり、またその隠したいという動機は、彼の取引相手をしばしば誤った方向に導くためであることを、付言しておくのが公正であろう」と述べて否定的に捉えた³⁹。また、ポズナーのいう「プライバシー」は、営利的秘密も含まれることに留意が必要である。

第9章の後半では、プライバシーに関する不法行為法が取り上げられ、プロッサーの4類型に沿った形で、盗用、公開、虚偽の説明、不法侵入に関する経済分析が行われた。ここでは、非経済学的思考よりも経済学的思考の方が適していると主張されている。

ポズナーの分析は多岐にわたるが、本稿との関係でその主張の要点をまとめると、次の4点を挙げることができる。第1に、プライバシーの権利は道具的権利であること、第2に、プライバシー権は、他人を誤解させるために、自分自身に関する不利な事実を隠すことを法益としていること、第3に、プライバシーの財産権は認められ得ること、第4に、個人のプライバシーよりも、企業のプライバシーを保護すべきであること、である。

第1に関して、自らに関する事実やコミュニケーションの内容等に関し、情報の保有者が秘匿のためにかける費用と、他者がそれを発見するためにかける費用が生じる。そのため、「プライバシー」(privacy)と「詮索」(prying)という2つの経済財(economic goods)が存在する。そしてこれらは、「最終財(final goods)というよりも中間財(intermediate goods)であり、最終的な価値よりも手段的価値」である。「中間財」との評価から、ポズナーはプライバシー権の慎重論者であると評価されたが、それに対し、ポズナーは「私はプライバシー権を意味のある法的権利であると考えている」、「中間的又は道具的な価値が有益さを欠くものであるとは考えていない」、「この問題は、道具概念の適切さの問題である」と反論している⁴⁰。

第2に関して、人には他人を詮索するという欲望があり、それは、友人や同僚を正しく理解し、そこで得た知識は、その人物との間での社会生活上又は業務上の関係を形成する際に有益である。例えば、友人を選ぶ際に、その人物が慎重な人か軽率な人か、利己的な人か寛大な人か、などの情報を知りたいと思う場合などが当てはまる。他人の情報を求めることは、一種の自己防衛を目的とする。そのコインの裏側に存在するのが、「虚偽表示によって私利を図る機会」、すなわち、「他人を誤った方向に導くために自分自身に関する事実を隠す」という意味でのプライバシーである。そしてそれは、ウォーレン&ブランドイス論文がいうような「ひとりにしておかれる権利」では説明できない。人は、ひとりにしておかれることを望むのではなく、自分に関する事実を選択的に明らかにすることによ

³⁹ POSNER, *supra* note 38, at 233.

⁴⁰ POSNER, *supra* note 38, at 232-233, 274; Posner, *supra* note 37, at 394. See Ruth Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 YALE L. J. 421, 422-423 (1980).

て、自分を取り巻く世界を欲する⁴¹。

なお、こうした自己防衛は、ゴシップ記事によって提供されるような、全く知らない人の私生活を知りたいという需要に対する説明とはならない。ウォーレンとブランドイスは、人々が好奇心を抱く原因を新聞により誇張されたゴシップ記事に求めた。しかし、経済学者は、供給が需要を生むとは考えない。また、人々は、手当たり次第に好奇心を抱くわけではない。貧困社会ではプライバシーはほとんど存在しない。プライバシーの与えられた環境下にある裕福な社会では、隣人を監視するだけの時間的価値(それゆえ機会費用も)の方が大きいので、その他の機能の中でもとりわけ新聞が詮索のための専門的機能を担い、虚偽表示を暴露する⁴²。

第3に関して、革新的なアイデア及び私的な会話を分析する場合に、「情報操作」ないしは「虚偽表示」と関連づけて位置づける見解の特徴が表れる。情報を公開すれば、他者が当該情報を直ちに入手できるようになるが、情報の最初の生産者は、生産のためにかけた投資を回収できなくなり、投資を行うインセンティブを失う。その問題を解決するために、市場システムに合致させる2つの方法が存在する。第1は、特許法や著作権法に見られるように、情報の財産権を明確に創ること、第2は、情報の秘密保持を認めることである。この2つの方法のどちらを選択するかは、特定の条件下での、費用と便益の評価に依存する。例えば、貴重な情報を含む出版物について、秘密保持の手段を用いて公開を制限することは適切ではない。一方、人気のある料理の調理法や弁護士業務の過程で行った事件の調査や分析に関する情報に財産権を認め、特許制度で保護しても、執行費用が高く、保護すべき情報の価値と釣り合わないことが多い。そのような場合には秘密保持のルールが使われる。財産権又は財産権の代用物としての秘密保持のルールの目的は、情報を産出することに対する投資のインセンティブを作り出すことである。これは、社会的に望ましい情報の秘密保持と詐欺的なそれとの間に線を引く場合に、考慮すべき重要な事柄である⁴³。

不法行為の経済分析のうち、「盗用」について、法は、営利目的による写真使用に関して、人に財産権を付与している。雑誌の購読者リストを購読者の同意なしに他の雑誌社に売ることを雑誌社に許すべきという判決⁴⁴は、広告目的による写真の公開に対する排他的な特権を認めた判決⁴⁵と矛盾するかもしれない。しかし、購読者の同意を取り付ける費用は、リストの価値と比べるとはるかに高いので、後者の判決のような取引による解決は事実上不可能となる。同じ写真を競合他社に使われると、広告の価値はゼロに減少するのに対し、読者リストを他の競争相手が使用することはリストの価値を減少させない。そのため、被写体となった個人が、写真の使用枚数を制限できるような財産権を有することが重要である⁴⁶。

「公開」の不法行為は、以下の条件が満たされる場合には、プライバシーに財産権を認

⁴¹ POSNER, *supra* note 38, at 234.

⁴² POSNER, *supra* note 38, at 239-240.

⁴³ POSNER, *supra* note 38, at 242-245.

⁴⁴ *Shibley v. Time, Inc.*, 341 N.E.2d 337 (Ohio Ct. App. 1975).

⁴⁵ *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F. 2d 866 (2d Cir. 1953), *cert. denied*, 346 U.S. 816 (1953).

⁴⁶ POSNER, *supra* note 38, at 255-256.

めることを支持しているように思われる。虚偽表示の要素が全くなく、かつ、写真に含まれている情報を財産権の購入者がすべての外部性を排除しうる著作権として購入できる場合、である。ただし、取引費用が高い場合―パレードを見物している人々や、一定時間内に公開されなければニュース価値を失うような時間制限がある場合―に、被写体の肖像に財産権を認めることは非効率的である。財産権は一般的に、被写体となった人物よりも撮影者にとって明らかに価値がある⁴⁷。

第4に関して、個人的情報のプライバシーよりも業務情報のプライバシーの方が、より大きな保護を受けるべきである。秘密の保持は、企業主にとって、その人物が作り出した社会的便益を留保するための重要な手段である。しかし、私生活においては、秘密の保持は、むしろ単に不名誉な事実を隠すためにのみ役立っていることが多い。しかし、企業その他の民間組織内部のコミュニケーションは、個人間のコミュニケーションと同じ程度にしか保護を与えられていないように思われる。連邦及び州の立法傾向を見ると、個人に関する事実の秘匿―逮捕歴、健康状態、信用状態、夫婦関係、性癖など―は、その個人の同意なしには開示されないようになっている。これに対して、企業組織に関する事実は、企業がその計画と活動に関する重要な機密事項を保全すべく秘匿しようとしても、法律による開示が義務づけられて一般の目にさらされやすくなっている。事実の秘匿とコミュニケーションの秘匿の両方のプライバシーについて、個人により多くの法的な保護を与える傾向にある。個人的プライバシーが尊重される反面で、組織のプライバシーが軽視されるといふこの傾向は、経済学の立場からは不可解である⁴⁸。

以上、ポズナーは、①プライバシーの主体は広く捉えるが、その保護範囲を限定し、②費用対便益の衡量の結果、広告会社による肖像利用の場合などに排他的支配権としての財産権を認めるが、③基本的には、プライバシーの名の下に情報流通を規制することは社会の富を最大化しないため、個人のプライバシーを否定的に捉えている⁴⁹。

3.5. ポズナーへの反論

ポズナーの分析は様々な批判を浴びたが、プライバシーとの関係では、リチャード・S・マーフィが1996年に発表した「個人情報と財産権：プライバシーの経済学的防御」⁵⁰がよく引用される。そこでは、ポズナー、ジョージ・J・スティグラ、ジャック・ハーシュライファーによる経済学的観点からのプライバシー懐疑論に対し、一定の理解を示しつつも、その反論を試みている。

第1に、個人が有するプライバシーの「好み」(taste)を超えた強力な利点が存在し、これらの利点は個人情報の無制限開示を声高に宣言する際に考慮に入れる必要がある。第2に、任意の取引によって個人情報取得された場合、又は、時には同意なくして取得された場合に、基本的な問題は、その後の開示を認めるルールが、デフォルト・ルールとして、プライバシーを求めるルールよりも優先されるか否かである。いずれが効率的であるかは、

⁴⁷ POSNER, *supra* note 38, at 259-260.

⁴⁸ POSNER, *supra* note 38, at 248-250.

⁴⁹ See also RICHARD A. POSNER, OVERCOMING LAW 539-551 (1995).

⁵⁰ Richard S. Murphy, *Property Rights in Personal Information: An Economic Defense of Privacy*, 84 GEO. L. J. 2381 (1996).

取引や情報の性質による。

まず、開示制限に伴う費用は、その利益と衡量しなければならず、名声を操ることは、必ずしも、人々がプライバシーを望む唯一の理由ではない。心理的に恥と感ずることや将来の不安を回避したいと望むことは、プライバシー選好の理由となり得るが、名声とは明確に区別される。効用を分析する際には、こうした心理的価値が重視される。重要なのは「純粋」なプライバシー選好である。次に、開示から得られる情報の全体的価値は固定的ではなく、生成された情報の量又は質が開示によって減少するであろう場合は、開示を禁ずる方が最終的にはプラスの結果をもたらす可能性が存在する。このインセンティブ効果は、営業秘密と著作権保護の理論的根拠となる。プライバシー保護の法制度には、恥ずかしさを伴う行動を取る際のプライバシー維持にかかる費用の削減といった利点がある。

マーフィは、以上のようなことを述べて、開示の際の情報の価値が、個人の純粋なプライバシー選好の価値を超える場合であって、開示を認めることが、将来の取引の際に情報を歪曲し又は消去しない場合に限り、情報開示は認められると論じた。

そして、マーフィは、ウォーレン&ブランドイスマン論文が、自然権(natural right)としてのプライバシーを見いだしたことは、不法行為の失敗を導いたとし、任意の取引による場合には個人情報に財産権を割り当てて契約の締結を認めるべきだと主張している。ただし、情報の経済的価値に着目した形での主張であることには留意が必要である。

4. 第3期 情報プライバシーとサイバースペース論議の発展期(1990年代後半～2000年代半ば頃)

4.1. 「情報プライバシー」と「財産権」

第3期の議論は、いわゆる「情報プライバシー」に「財産権」を認めることができるか、というものであった。情報を「所有」する(ownership)という発想が明確に出てきたのは、この時代に入ってからである。

第3期の議論が「情報プライバシー」を対象にした根拠は、クリントン政権下で推進された全国情報基盤タスクフォース(National Information Infrastructure Task Force)のプライバシー作業部会が1995年に公表した「プライバシーと国家情報基盤：個人情報の提供と利用のための諸原則」(Privacy and National Information Infrastructure: Principles for Providing and Using Personal Information)である。プライバシーは「情報プライバシー」のことであり、「個人情報—個人を識別できる情報—が取得され、開示され、そして利用される際に従う諸条件をコントロールするための個人の要求」と記されている。

また、財産権論が盛んに議論されるきっかけとなったのは、1997年にアメリカ商務省電気通信情報局(National Telecommunications and Information Administration, NTIA)が発表した『情報社会におけるプライバシーと自主規制』(Privacy and Self-Regulation in the Information Age)という報告書であるといわれている。これは、ピーター・P・スワイヤを始めとする複数の有識者によって執筆された。

まず、プライバシー・個人情報の財産権論の利点を整理しておくとして、第1は、社会的費

用を内部化できること、第2は、個人に選好の機会を付与できることにある⁵¹。

第1の社会的費用の内部化は、最大の利点である。企業は情報を利用・提供することによる全ての利益を取得する一方で、提供による損失は個人に押しつけている。その原因は、個人が情報提供の実態を把握していないことにあり、企業は情報を過剰に利用することに向けたインセンティブを持つこととなる。そこで、個人情報を取引可能な財だと考え、市場での取引対象にすれば、個人は、取引を事前に拒否することができ、しかも、自らの情報の値段を自分で設定し交渉することができるようになる。他方の企業は、個人情報を必要とすれば、本人と値段交渉をせざるを得なくなる(社会的費用を内部化せざるを得なくなる)。

第2の個人への選好機会の付与は、本人が自らの情報の販売権を持つことによって、当該情報の値打ちを予測しつつ、プライバシー選好に応じてその価格を事前に決定でき、事後においても市場の動きを見ながら価格を自由に変動させることができる。

この時期に共通する問題背景は、様々な事業者において、個人の収入、興味、職歴、健康、購買及び嗜好といった情報を大量に収集し、極めて正確なファイルを作り上げている事態が生じていること、それによって、目に見えない形で個人が監視されたり、個人の人物像が無断で形成・利用されたりしていることである。いわば、現代的プライバシー権を法と経済学的観点から捉え直した議論だということもできる。

その他、財産権論には、第3に、個人が情報をコントロールし、個人情報を蓄積する者の不正な富を排除できること、第4に、アメリカ文化への適合性、すなわち、情報資産(information assets)への財産権付与や情報取引に抵抗が少なく、政府規制を好まず自主規制を重視すること、第5に、取引費用の問題は電子的な交渉代理人を通じて解決できることなどが利点として挙げられている⁵²。

商務省の前記報告書の執筆者でもあるケネス・C・ロードンは、個人情報の財産権に基づく全国情報市場(National Information Market, NIM)を提案し、為替取引や証券取引に類似した仕組みを主張した⁵³。また、市場的解決を目指した論文には、ジェリー・カンが1998年に発表した「サイバースペース取引における情報プライバシー」⁵⁴がある。そこでは、デフォルト・ルールとして、当事者が同意を与えていない場合には、サイバースペース取引において、最初に情報が収集された時の取引を完了させるために必要な利用(functionally necessary use)のみを認める原則が提案され、サイバースペースプライバシ

⁵¹ See PETER P. SWIRE & ROBERT E. LITAN, NONE OF YOUR BUSINESS: WORLD DATA FLOWS, ELECTRONIC COMMERCE, AND THE EUROPEAN PRIVACY DIRECTIVE 8 (1998). この本では、1995年EUデータ保護指令に対する自主規制の有用性が主張されている。阪本・前掲注(7)68-69頁、81-84頁によった。橋本・前掲注(9)143-144頁、高崎・前掲注(10)74頁、村上・前掲注(11)55-57頁、同・前掲注(12)46-48頁。村上博士論文及び同新論文では、社会的費用の企業への内部化、個人の様々な選好への対応、国民のプライバシー意識、政府による規制の回避という4項目に基づき整理されている。

⁵² Pamela Samuelson, *Privacy as Intellectual Property?*, 52 STAN. L. REV. 1125 at 1130-1136 (2000).

⁵³ Kenneth C. Laudon, *Markets and Privacy*, 39 COMM. ACM 92 (1996).

⁵⁴ Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193, 1249, 1271, 1287-1294(1998). 拙稿・前掲(14)35頁。

一法の制定が主張された。

その他、財産権論を肯定する見解としては、ウエスティンやミラーの議論を引用し、いまや主要な資産と化した情報資産に所有権を前提とした新しい法的枠組を作るべきだと主張するもの⁵⁵、ウォーレン&ブランダイス論文が取り上げたイギリスの裁判例等を考察し、電子的に蓄積された個人情報ファイルである「電子的ペルソナ」(electronic persona)を保護すべく、知的財産権の法理に示唆を得るもの⁵⁶などがある。

4.2. シンポジウム「サイバースペースとプライバシー」

2000年2月6日、「サイバースペースとプライバシー：新しい法的枠組み？」と題するシンポジウムが開催された。そこでは、ローレンス・レッシング、ユージン・ボロック、パメラ・サミュエルソン、アニタ・L・アレン、ジェシカ・リタン、ジョエル・R・ライデンバーグ、ジュリー・E・コーエン、マイケル・A・フルームキン、マーク・A・レムリー、ポール・M・シュワルツなどの著名な研究者が参加し、その成果がスタンフォード・ローレビューにまとめられた。本稿との関係では、レッシング、サミュエルソン及びシュワルツが有名である。巻頭言を述べたレッシングは、前年の1999年に『コード』⁵⁷を発表して話題を呼び、2006年には『コード：バージョン2.0』⁵⁸を発表した。シュワルツは、このシンポジウムでは修正第1条関連の問題を取り上げたが、2000年に「レッシングによるインターネットプライバシーのためのコードを超えて；サイバース空間におけるフィルタリング、プライバシー・コントロール、そして、公正情報実務」⁵⁹(以下「2000年論文」という。)、2004年には「財産権、プライバシー、そして個人データ」⁶⁰(以下「2004年論文」という。)をそれぞれ発表し、財産権論の是非をめぐる詳細な考察を行った。

シンポジウムの主な論点の1つは、情報プライバシーへの知的財産権付与の是非であった。

4.2.1. 財産権論の利点と自由譲渡性の欠点

シンポジウムの成果の中で最も注目すべきは、サミュエルソンの「知的財産権としてのプライバシー？」である⁶¹。この論文では、プライバシー・個人情報の財産権論の利点と欠点が分析的に考察された。

利点については、前記のとおり、社会的費用を内部化し、個人に選好の機会を付与することに加え、個人情報へのコントロールと不正な富の排除、アメリカ文化への適合性、取

⁵⁵ ANNE W BRANSCOMB, WHO OWNS INFORMATION ? : FROM PRIVACY TO PUBLIC ACCESS 180 (1989).

⁵⁶ Patricia Mell, *Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness*, 11 BERKELRY TECH L. J. 1 (1996).

⁵⁷ LESSIG, *supra* note 32.

⁵⁸ LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0 200-232 (2006). 邦訳は、山形浩生『CODE VERSION 2.0』279-324頁、翔泳社、2007。

⁵⁹ Paul M. Schwartz, *Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy-Control, and Fair Information Practices*, 2000 WIS.L.REV 743 (2000).

⁶⁰ Paul M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, 117 HARV. L. REV. 2055 (2004).

⁶¹ Samuelson, *supra* note 52.

引費用の問題回避などが挙げられている。

他方、この論文では、財産権論に対する多くの欠点が指摘された。

第1の、そして最大の問題は「自由譲渡性」であり、下流における譲渡可能性を本人がコントロールできないことにある⁶²。自由譲渡性は、例えば車の売買であれば、売主は、ディーラーが転売して利益を得ることは予想するが、車がどのように転売されていくかについては関心を持たないのが通常である。しかし、個人情報の売買は、これと同じようにはいかない。

個人情報の売主である本人は、ある利用目的であれば、ある会社に情報を販売しても良いと考えても、別目的の場合や他社に転売される場合には、販売したくないと考えているかもしれない。ところが、一旦販売してしまえば、本人は下流での取引をコントロールすることができない。売主は、販売時の利用目的に基づく利益を評価できても、別目的による利用や転売による価値を見積もることはできない。そこで、サミュエルソンは、当初の売主において、転買人を最初の販売条件で拘束しようとしても、譲渡可能性を制限するデフォルト・ルールを設定しない限り、達成できないであろうと指摘する。その関係で、汚染物質の排出権のような稀少資源を市場が効果的に割り当てられるという発想を個人データには適用することができないことも述べている。自由譲渡性の問題は、他の多くの論文等でも指摘された⁶³。

4.2.2. プライバシー市場の失敗⁶⁴

第2の欠点は、プライバシー市場が機能しないことである。これについては、シュワルツの2000年論文及び2004年論文が詳しい⁶⁵。

「プライバシー市場」を完全に機能させるためには、「価格の差別化」が必要である。差別化は、一般的には、売上原価はなく商品に対する需要の弾力性に基づき各買主に対して異なる価格設定を行うことをいう。他方、ここでいうプライバシーに関する「価格の差別化」は、標準的な定義とは異なり、購入者(データ処理者)において、個人情報の利用に関する個々人の選好の違いに基づき、多様な好みに対応した価格を提供できることを意味する。しかし、敏感な個人は、個人情報の開示前に「威嚇値」(threat value)—個人情報を開示しないことに置く価格—以上を要求する一方で、企業は、個人による自らの情報への価値評価を把握しておらず、双方の評価に乖離が生じる。その結果、交渉段階で高い取引費用が発生してしまう。そして、差別化を図れないことは、個人に対し、自らの個人情報の収集を認めるか禁じるかという、二者択一の選択を迫ることとなる。

また、価格差別ができない最大の構造的欠陥は、情報の非対称性(information asymmetry)にある。市場を機能させるために、個人は、一次的利用のみならず、二次的、三次的利用に対しても、インターネット上での個人情報取引の重大性を理解しなければな

⁶² *Id.* at 1136-1146. 阪本・前掲注(7)86-87頁、村上・前掲注(11)58-59頁、同・前掲注(12)49-50頁参照。

⁶³ *See, e.g.,* Jessica Litman, *Information Privacy/Information Property*, 52 STAN. L. REV. 1283, 1295-1301 (2000); Schwartz, *supra* note 60, at 2090-2092.

⁶⁴ 阪本・前掲注(7)85-86頁、村上・前掲注(11)61-63頁、同・前掲注(12)51、56頁参照。

⁶⁵ Schwartz, *supra* note 59, at 763-771; Schwartz, *supra* note 60, at 2076-2082.

らない。しかし、企業がスパイウェアなどを用いて無断で個人情報収集すれば、個人は、市場における「交渉」に気付かず、その後の情報処理や共有をも認識しない。企業は、個人のプライバシー選好にかかわらず、個人情報をほぼ無料で取得することができてしまう。

さらに、情報の非対称性は、レモンの均衡(lemons equilibrium)⁶⁶や経済合理性の限界(bounded rationality)の問題をも生じさせる。特に後者は、認識能力の限界によって、個人が限られた合理性しか持ち得ないことをいい、行動経済学の観点から説明される。ここでは、データ処理企業の提示した標準条項に直面し、自力での対処を期待されている個人において、大きな心理的影響を受けて選択の自由を抑制され、提示された標準条項に従ってしまうことを指す。

4.2.3. 公共財の問題

第3は、公共財(public good)の問題であり、情報プライバシーが清潔な空気や国防のような公共財として機能するという重要な社会的価値を無視していることを内容とする⁶⁷。

一般的に、公共財には、消費の非競合性(nonrivalrous consumption ; 消費者が増えても他の人の消費が減少せず、追加的な費用がかからない)と非排除性(nonexcludability)(対価を支払わない人を便益享受から排除することができない)という2つの性質を伴う。しかし、社会全体に望ましい水準で供給させるべき公共財を市場に任せると、最適供給を行えないという問題が発生する⁶⁸。また、財産権論は、市場における知識の自由な取引量を減少させ、人々の自由で正確で効率的な意志決定を妨げることにならないか、という負の効果も生じさせる⁶⁹。

4.2.4. その他の問題

サミュエルソン論文では、知的財産制度と個人情報保護制度との違いも指摘された。知的財産権に対しては、フリーライダーを排除して創造活動に費やした投資を回収するための法的保護制度が必要となるが、個人情報の大部分は既に存在しており、個人情報の生産や流通のために財産権を付与する必要はないといった問題点が存在する⁷⁰。

マーク・A・レムリーは、「私有財産」を発表し、サミュエルソンの問題提起を補足する形で、①企業の与える政治的影響力による政府規制の妨害、②個人が情報の取扱いを制限することによる商取引の機能不全、③個人が同意を事実上強制されることによるライセンシングの問題、④犯罪記録や運転記録等、一定の情報を利用する社会的必要性を指摘した⁷¹。

ユージン・ボロックは、「言論の自由と情報プライバシー：人々によるあなたに関する会

⁶⁶ レモンとは不良品や欠陥品を意味する。商品の品質について、売主と買主に情報の非対称性が存在し、取引される商品が不良品であるかもしれない市場をレモンの市場という。レモンの市場では最も劣悪な不良品しか出回らなくなるという事態が生じ得る。

⁶⁷ Schwartz, *supra* note 60, at 2084-2088.

⁶⁸ スティーブ・シャベル著、田中亘、飯田高訳『法と経済学』127頁以下、日本経済新聞出版社、2010。

⁶⁹ 阪本・前掲注(7)86頁。

⁷⁰ Samuelson, *supra* note 52, at 1139-1140.

⁷¹ Mark A. Lemley, *Private Property*, 52 STAN.L .REV. 1545 (2000).

話をやめさせる権利がもたらす迷惑な影響」を公表した。この論文は、個人情報に財産権を付与すると、これまでは純粋な事実のやり取りを制限する権限を有していなかった知的財産権に拡大の根拠を与え、それが商標権やパブリシティ権、営業秘密の法制にも一気に波及し得ることに最大の警鐘を鳴らしている⁷²。

ジェシカ・リタンは、「情報プライバシー・情報財」⁷³を公表した。この論文でも、①所有者により事実の利用が制限されれば修正第1条に適合しないこと、②自由譲渡性の問題に加えて、③取引費用の問題は些細な一面に過ぎず、財産権を持ち出すまでもなく、個人は自らの選択を示す手段を有するが、むしろ、当該選択を尊重させるための費用が原因となって、選択の機会が奪われていることを理由に、財産権論は否定され、不法行為法の有用性が説かれた。

以上のように、「サイバースペースとプライバシー」のシンポジウムでは、プライバシー・個人情報の財産権論に関する一定の利点は示されたものの、全体的には問題点を指摘する論文が多い。それらを整理すると、次のようにまとめることができる。

表1 財産権論の問題点

視点	具体的問題点
法と経済学	<ul style="list-style-type: none"> ・自由譲渡性(下流取引をコントロールできない。) ・プライバシー市場の失敗(価格差別化の困難性、情報の非対称性、レモンの均衡、経済合理性の限界) ・公共財の問題(消費の非競合性、非排除性、最適供給の困難性、市場における知識の取引量減少)
知的財産権制度	<ul style="list-style-type: none"> ・創造活動への投資回収という趣旨と個人情報保護制度との相違 ・知的財産権の急激な拡大への懸念
言論の自由	<ul style="list-style-type: none"> ・事実の利用を制限することによる修正第1条の侵害
政治的実現可能性	<ul style="list-style-type: none"> ・企業の与える政治的影響力による規制妨害
取引の実効性・有効性	<ul style="list-style-type: none"> ・商取引の機能不全 ・同意の強制とライセンス ・取引費用は些細な問題に過ぎない。
その他	<ul style="list-style-type: none"> ・社会的に必要な情報の制限

4.3. レッシング・シュワルツ論争⁷⁴

4.3.1. 『コード』と電子的執事の提案

第3期は、レッシングの『コード』⁷⁵をめぐる論争も重要である。「コード」は、慣例、お

⁷² 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).

⁷³ Litman, *supra* note 63.

⁷⁴ 村上・前掲注(11)57-63頁、村上・前掲注(12)48-54頁が詳しい。主に、自己情報コントロール権の問題、情報の非対称性と市場の失敗、カラブレイジ&メラムド論文の取り上げ方の問題に着目した整理が行われている。

きて、法規等の意味を有するが、この著書では、憲法や制定法といった現実世界の法規制を超えて、ハードウェアとソフトウェアがどのようにしてサイバー空間を規制・制御するかを述べる際の規律を「コード」と呼んでいる。

プライバシーについては、第 11 章の中で次のように論じられた⁷⁶。

現代的監視、とりわけプロファイリングは、2 つの懸念をもたらす。第 1 は、人を巧みに操作し、パターン化するということである。「プロファイルは、その規範を導き出した人々を規範化するようになる。観察は、観察される者に影響を与える。システムはあなたのすることを見ている。システムは、あなたをパターンに適応させる。パターンは、そのパターンが設定した選択肢という形で、あなたにフィードバックされる。その選択は、パターンを強化する。そのサイクルがまた一から始まる」。第 2 は、平等性への脅威である。全ての社会階層構造は、ランクによる差別をする前に情報を必要とする。社会の流動性が増せば階級による細かい区別はできなくなるが、効率的かつ効果的な監視システムは、階級による細かい差別を可能にする。「(マイレージシステムは)組織が価値を持つと判断する個人についての情報を提供し、サービスを分配する際にそれを使う。システムは、移動性によって破壊された情報を復活し、差別を可能にする—それは、匿名性のメリット—平等のメリットを破壊する手段である」。これまでは、差別を可能にする情報を取得するには費用が高額になり過ぎたため、比較的平等が維持されてきたが、コードが台頭した現在では、差別のための費用の方が見合っている。

レッシングは、以上の問題意識に基づき、個人のコントロールを回復させるために、コード及びそれを支えるための法を組み合わせた解決法を提案した。それは、個人への「通知」と個人の「選択」—個人に自分のデータがどのように使われるかを選ぶ権利—を確保するために「コード」に依存するという方法である。主に、財産権論の第 2 の利点である「個人への選択の付与」を実現させるものである。

「必要なのは、我々のプライバシーへの懸念を交渉する機械を用いる方法、交渉プロセスを賢い代理人—電子的執事(electronic butler)—を委任する方法である。その代理人が、執事と同じように、我々の好き嫌いを知悉している。

すなわち、必要なものは、プライバシー保護を交渉するための機械同士のプロトコルである。利用者は自らの選好を 1 度設定する—自らがどのようにしてプライバシーを交渉し、どこまでなら譲る気があるかを指定する—そしてそれ以降、利用者がどこかのサイトに入ると、サイトとマシンが交渉を行う。マシン同士が合意した場合のみ、サイトは利用者の個人データを取得することができる。

このアーキテクチャの中核は、W3C(World Wide Web Consortium)が出資する P3P(Privacy Preference Platform)というプロジェクトである。この狙いは、利用者が自分の選好を表明し、自らに関するデータの利用を交渉できるようなアーキテクチャを促進することである。「P3P 製品は、サイトの慣行について利用者が情報を得られるようにする(機械にも人間にも読める形で)。適切な場合には、自らのコンピュータに決定を委任し、利用者が特定のサイトとの関係を仕立てられるようにする」。

⁷⁵ LESSIG, *supra* note 32.邦訳は、山形・柏木・前掲注(32)を参考に、一部改訳した。

⁷⁶ LESSIG, *supra* note 32, at 154-155, 160-161.

レッシングは、このアーキテクチャには法の後押しが必要であると主張する。すなわち、「この法は、ある種のプライバシーにおける財産権になるであろう。個人は、プライバシー権を容易に交渉できる能力と、プライバシーを標準のものとして付与されなければならない。それが財産権の目的である。それによれば、欲する者は、交渉しなければ取得することはできない。P3Pは、この交渉を促進するアーキテクチャである。法は、交渉をしなければならないと述べるルールである」。レッシングの財産権ルールへの志向は、ポズナーの影響を受けたと評価されている⁷⁷。

レッシングは、この主張を論証するため、次のようなことを述べてカラブレイジ&メラムド論文の財産権ルールの有用性を主張した。第1に、財産権ルールでは、損害賠償ルールによる事後的な支払いとは異なり、財産を有する者に、事前に移転を拒否するという選択を与えることができる。第2に、財産権ルールは、交渉を通じて当事者が価値を決定できる。すなわち、「財産権制度は、ある財産を欲しがる人に対して値段を訪ねるよう義務付けることによって、自らのプライバシーを他者よりも高く評価する者と、低く評価する者の両方を保護する」。

4.3.2. 『コード：バージョン 2.0』

レッシングは、『コード』初版の第11章の最後で、概ね以下のような留保を付した。

P3Pには問題があり、それらが全て明確に解決できるわけではない。上記のプライバシーアーキテクチャの推薦を狙いとするのでもない。我々が暮らしているのは、既にデータが収集、利用、販売されるようになってしまった世界であり、既に地獄の蓋は開いてしまった。それを前提に、個人に多少なりともコントロールを与えるための方策を考えた提案である。財産権方式を支持するのは、それが理想だからではなく、別種ではあるがかなり大切な理想を実現するためにそれが便利だからである。今現れつつある問題に対する実用的な対応である⁷⁸。この考えには、現実を直視して対策を考えるべきだというレッシングの割り切りが表れていると見る見解がある⁷⁹。

初版は多くの反響を呼び、多くの批判的論文も発表された。

レッシングは、2006年に『コード：バージョン 2.0』⁸⁰を発表した。初版では、個人情報が取引されている現状を打開するための便法として財産権論を提唱する立場であったが、バージョン 2.0 では、財産権論への積極的態度を示すようになった。

初版と同様、プライバシーは第11章で論じられた。バージョン 2.0 では、「デジタル捜索」(digital surveillance)ー政府をはじめとする組織が、公共の場での人の活動を監視する能力が増大したこと、及び、民間事業者によるデータの蓄積ーへの対応策として、法(law)、規範(norms)、市場(markets)、アーキテクチャ/コード(architecture/code)の4種類が考えられることが記されている。そして、インターネット上のプライバシー問題には、少なくとも2種類の様式の混合が必要であるとされ、法とコードの組み合わせが提唱された⁸¹。

⁷⁷ Schwartz, *supra* note 59, at n.137.

⁷⁸ LESSIG, *supra* note 32, at 162-163.

⁷⁹ 阪本・前掲注(7)70-71頁。

⁸⁰ LESSIG, *supra* note 58. 邦訳は、山形・前掲注(58)を参考に、一部改訳した。

⁸¹ LESSIG, *supra* note 58, at 223-224.

初版に加えて説明された部分は、次のとおりである⁸²。

コードについて、P3Pはデータ利用をよりコントロールしやすくするためのプライバシー保護技術(privacy enhancing technology, PET)であり、それを補完するために、法規制が必要である。プライバシーに関する真の課題は、デジタル時代にどのようにして意味ある選択を可能にするかということである。P3Pの前提条件として、第1に、技術をウェブ上で全面的に広める強い動きがあること、第2に、P3Pインフラ内での発言を強制できるということが必要であり、いずれについても法的対応が必要となる。初版では、第1と第2の両方を実現できると思えた戦略として、個人情報の財産権的保護を提案した。この方式は、著作権と同様に、財産権を使って確実に適切な合意を得ようとする者に強いインセンティブを作り出し、人によるプライバシーの価値の違いにも配慮することができる。

「法は、財産権ルールよりもむしろ、損害賠償ルールを課すための様々な理由を有している。しかし、一般原則としては、少なくとも交渉の「取引費用」が低く、それと矛盾する公の価値がない場合には、我々は、財産権を使うべきである。そして、私の見解では、P3Pのような技術があれば、取引コストは十分に下がり、財産権ルールが機能するはずである。その財産権ルールは、今度は、自分のプライバシーについて人々が有するあらゆる多様性を強固にする—そしてある人はその権利を放棄し、他の者はそれに固執することを可能にする」。

ただし、この結論には条件が付されている。第1は、個人情報の売買について、個人は最終的又は完全なコントロールを有するものではない。第2に、財産権制度が全ての種類の私的データを保護する理由はなく、何が「私的」情報で何がそうでないかを教えてくれるものは存在しない。

4.3.3. シュワルツによる『コード』への批判

シュワルツは、前記2000年論文において、『コード』の初版で示されたレッシグの洞察に賛意を示しつつも、次のように、P3P導入に伴う内在的矛盾、個人情報への財産権付与への批判を多岐にわたり展開した⁸³。

P3Pとの関連では、PICS(Platform for Internet Content Selection)がインターネット上のコンテンツの格付けとフィルタリングを行うことに対しては、修正第1条を根拠に激しい批判が展開される一方で、それに類似するP3Pには賛意が示されている。レッシグは、言論はさほどコントロールされない「乱雑さ又は軋轢」の世界であり、プライバシーは、当該個人によって十分にコントロール(保護)される世界である旨に言及するにとどまり、解決はしていない。P3Pは、複雑な機能を使いこなすことを目的としたユーザーインターフェースの設計が極めて難解であり、個人はそれを理解できずに自らの個人情報を諦めるという側面がある。他方、インターフェースを単純化すると、電子的執事が他人の指示に基づいて交渉を行うであろう。

財産権付与との関連で、市場の失敗が生じる構造的原因には、①情報の非対称性、②経済合理性の限界のほか、③集団行動の問題(collective action problems)、④ある実務か

⁸² LESSIG, *supra* note 58, at 228-232.

⁸³ Schwartz, *supra* note 59.

らの「退出」の制限(limits on “exit” from certain practices)も存在する。

①については、十分な数の個人が電子的執事の仕組みを理解し、導入しなければならないが、情報の非対称性が存在するため、懐疑的にならざるを得ない。

②について、P3Pは、人のプライバシー選好に関する「プライバシー・メタ・データ」を新たに作り出し、市場取引に従事する者によって大いに追求される。そのため、個人は、プライバシーのみならず、プライバシー・メタ・データのためにも交渉することができなければ、フィルタリングは、さらなるプライバシー侵害の可能性を引き起こしてしまう。

③は、市場の中で個人のプライバシー願望を集団的に認識させることができないことを意味する。TRUSTeなどのプライバシー促進団体が効果的な活動を促進しているが、企業によるプライバシーポリシー遵守に関する情報が欠如しており、それを監視する費用は高額である。そのため、個人はインターネット上のプライバシーを理解している団体の努力にうまくただ乗りすることはできない。

④は、ウェブ上の貧弱なプライバシーレベルに「ロックイン」されてしまうことをいう。例えば、クッキーを拒否すればインターネット利用は困難になる。従業員は、日常的に監視下に置かれており、交渉の余地を与えられず、オンライン上のプライバシーを全般的に放棄させられている。従業員に電子的執事の利用は認められておらず、個人情報財産権は、雇用主の詮索能力を強化してしまう。

シュワルツは、以上のように論じ、サイバー上の合意は、新種の附合契約(adhesion contract)を創出する、すなわち、財産権とコードの組み合わせは、お粗末な契約ないしは契約すら締結しない状況を直ちに生み出してしまうことを批判した。

さらに、シュワルツは、レッシングによるカラブレイジ&メラムド論文の考察方法の偏りをも指摘した。レッシングは、損害賠償ルールが違反コストを事後に定めるのに対し、財産権ルールが違反コストを事前に定めるという点のみを取り上げているが、同論文の枠組みは、排他的な財産権ルールの必要性を指摘するものではなく、特に、後の研究成果に照らして読むと、複合的体制の利点を提案している。

具体的に、財産権ルールが妥当するのは、当事者がほとんど存在せず、価値評価が困難であり、取引費用が安価な場合である。損害賠償ルールは、対照的に、当事者が多く、戦略的な交渉の可能性があり、取引費用が高い場合に妥当する。しかし、インターネット上の個人情報には広範な下流利用が存在し、そこでは多くの当事者が関係する。取引費用の測定は困難であり、当事者が交渉前に直面する費用を完全に内部化させられる可能性は低い。交渉開始後にも1人の頑固者がいれば、複数当事者の取引が止められてしまう。そのため、カラブレイジ&メラムド論文は、必ずしも財産権ルールの根拠とはなり得ず、敏感な個人が安い費用で自らの選好を満たすだけの十分な弾力性をプライバシー市場は有していない。

4.3.4. シュワルツによる財産権論の再提案

ところが、シュワルツは、2004年論文によって、財産権論を肯定した⁸⁴。

2004年論文は、全4章で構成される。第1章では、個人情報が既に商品化された4つ

⁸⁴ Schwartz, *supra* note 60.

の事例(埋込み型IDチップであるVeriChip、装着型IDチップであるwOzNet、スパイウェアやアドウェアを含むネットワークコンピューティング、対価要求付きのテレマーケティング)を取り上げ、それらが情報プライバシーに与える懸念等が検討された⁸⁵。

第2章では、個人情報の取引を批判する3つの見解—市場の失敗、公共財としてのプライバシー、自由譲渡性—について、自らの過去の論文を取り上げつつ、反論を展開した。第3章は、財産権化した個人情報のモデルに関する5つの主要な要素として、①個人情報の利用・移転制限とオプト・イン、②情報処理実務に関する強制的情報開示の標準化、③合意した取引を取り消す機会の提供、④損害賠償制度、⑤個人情報の取引を取り締まる機関の創設を提案し、諸要素を上記4つの事例に当てはめて検討を行った。第4章の結論では、以上の考察が整理されている。

シュワルツは、アメリカ国内で個人情報を商品として捉える見解が強まっており、その具体的事例も存在すること、自らの過去の論文を含めたこれまでの懐疑論が⁸⁶、個人情報の財産権化を否定する決定打とはならないことを述べている。こうした状況が改説の背景に存在すると考えられる。

第1の批判であるプライバシー市場の失敗に関しては、個人の選好を市場に内部化させる可能性を主張した。情報の非対称性に対しては、例えば中古車を購入する場合に、自動車登録番号(Vehicle Identification Number)を用いて、オンライン上で事故情報等の詳細を記した報告書を取得できるようになっており、また、個人情報取引のオプト・イン標準を法律で定めれば、多くの情報を有する当事者に関連情報の共有を強制させることができる。経済合理性の限界については、政府の監視機関を設けること、集団行動の問題については、定額損害賠償(liquidated damages)を法律により定めるという方法がある⁸⁷。

第2の批判である公共財の問題に対して、シュワルツは、多くの公共財が市場に依拠して調達されてきたと反論する。国防の場面では、民間企業が武器や制服を製造して軍に供給し、環境法の場面では、「排出権」取引が試行され、民主的討論の発信地は、報道機関が担ってきたことなどがある。

第3の批判である自由譲渡性は、サミュエルソンの主張を念頭に議論が展開された。これは、①自由譲渡性は、他者による個人データの利用又は提供を阻止できないこと、②個人データの二次利用に対する適切な価格評価が難しいこと、③「物に対する唯一かつ排他的な支配権」(sole and despotic dominion)というサー・ウィリアム・ブラックストン(Blackstone, Sir William)流⁸⁸の財産権の定義に基づく。

しかし、シュワルツは、特に③について、財産権は、不完全な利益の形を取り、社会的関係を構成するために役立つという点を見落としていると反論する。ブラックストンは、コモンロー上の財産権に関する議論の中で、封建時代における土地の財産権が、貴族の土

⁸⁵ See Ian Ayres & Matthew Funk, *Marketing. Privacy*, 20 YALE J. ON REG. 77 (2003).

⁸⁶ See also Paul M. Schwartz, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 52 VAND L. REV. 1609 (1999).

⁸⁷ Schwartz, *supra* note 60, at 2082-2083.

⁸⁸ イギリスの法学者、法律家。初めてイギリス法の講義を行ったことで知られる。イギリスのみならず、アメリカでも、基本的な教科書として長年にわたって広く参照された。田中英夫編『英米法辞典』927頁、東京大学出版会、1991。

地に対する単なる所有権を構成する手段ではなく、貴族の臣下や領臣に対する関係を構成する手段ともなることに注意深く言及していると指摘した⁸⁹。

そして、シュワルツは、財産権を自由譲渡性への制限を含むと理解すれば、情報取引のプライバシーにもたらす脅威は減少するとの論を展開した。

シュワルツの主張する「財産権」は、上記 5 つの諸要素に対する法的配慮を通じて形成される「利益の束」(bundle of interests)であると説明されている。このモデルの核は、オプト・イン標準と連動させた利用・移転可能性への規制であり、論文中では、「ハイブリッド型取引可能性」(hybrid alienability)と呼ばれている。すなわち、個人による最初の個人情報情報の移転は認めるが、さらなる移転又は無関係な主体による利用については、当該個人が積極的な同意—オプト・インの機会が与えられた場合にのみ許されるという仕組みである。

この論文に対する筆者の疑問は後述するが、ブラックストンを取り上げた箇所について指摘しておく。財産権の性質は、『イギリス法釈義』の第 2 巻第 1 章「財産権一般」の冒頭で、「唯一かつ排他的な支配権であり、一人の人物が世界に存在する外部の物に主張し行使できるものであって、全世界の他のあらゆる個人を完全に排除する権利である」と説明されている。一方、封建時代に関する上記記述は、第 2 巻第 4 章「封建制度」(Of the Feodal System)の説明の中で登場するが、中世の封建領主と臣下の関係を解説した箇所のごく一部が抜粋されているにとどまる。それをもって財産権の不完全性や社会的関係を構成するために役立つという主張の根拠を見いだすことは困難であると考えられる。

5. 考察

5.1. 「財産権」の多義性

本節では、以上の考察をもとに、財産権論に対する筆者なりの問題意識を検討する。第 1 の問題意識は、「財産権」概念が極めて多義的であり、理論の外延が明確ではない、という点である。

5.1.1. “property”の要素

田中英夫編『英米法辞典』を紐解くと、“property”は、「1 財産；財産権；所有権」、「2 財産権；財産」、「3 財産；財物」と訳されている。それぞれに説明が付されているが、基本的には「物としての財産、または物に対する使用・収益・処分等の権利としての財産権」であり、一般に我が国の「財産」の概念よりも広く、無体物や債権なども含まれると説明されている。同じく、“property right”は「財産権」と訳され、「有形・無形のものに対して自然人・法人等の法的主体が有する、法(憲法・制定法・判例法)によって保護されるべき経済的価値を持った利益・権利」となっている。ただし、“property law”は、多くの場合は我が国の物権法に相当する部分が該当すると記されている⁹⁰。

⁸⁹ WILLIAM BLACKSTONE, 2 COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 2, 53-54 (George Sharswood ed., 1859) (1766). See also Carol M. Rose, *Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety*, 108 YALE L. J. 601 (1998).

⁹⁰ 田中・前掲注(88)675頁。

スティーブン・シャベルの『法と経済学』⁹¹では、「本書では、「所有権(property rights)」という言葉をも、広く、使用収益権と譲渡の権利という 2 種類の派生的な権利からなる権利を指すものとして用いる」とされ、使用収益権は、「目的物を自ら利用し、また他人による使用を排除するという権利である」、譲渡の権利は、「使用収益権を有する者が、その権利を他人に(通常は対価を得て)与えるという権利である」と説明されている。譲渡の権利には譲受人による再譲渡等の権利も含まれている。

法学的にも法と経済学的にも、“property right”は、排他的支配権と譲渡・処分の権利が要素であると見ることができる。

5.1.2. 各論者の理解

第 1 期では、「盗用」の不法行為の保護法益が財産的なものであると説明され、パブリシティ権論議を発展させる 1 つの契機となった。ただし、プライバシー権自体が揺籃期にあり、財産権論は意識されていない。

第 2 期では、現代的プライバシー権の提唱に伴い財産権論の是非が論じられるようになった。しかし、ウェスティンの『プライバシーと自由』の一部に、財産権を肯定する記述が見られたものの、具体的内容は明らかにされていない。ミラーは、「個人情報の商品化」という新たな状況に着目し、かつ、個人情報のコントロールを財産権と捉えることができるか、という問題提起を行ったが、前述の理由により財産権論を否定した。

法と経済学的観点からは、カラブレイジ&メラムド論文により、財産権ルールと損害賠償ルールが考察された。ただし、財産権ルールは、財産権の内容分析を行うという手法ではない。ポズナーは実証主義的分析ではあるが、排他的な財産権を認めた上で、業務情報のプライバシーを保護すべきであると主張した。

第 3 期では、個人情報を市場取引における価値ある商品ないしは契約の対象と見る見解、個人情報が主要な情報資産と化したことに着目して所有権を認めるべきとする見解が登場した。また、シンポジウム「サイバースペースとプライバシー」の中で議論されたのは、個人情報に知的財産権論を導入できるか、という問題であった。ただし、全体的な論調は財産権論に否定的であったといえる。また、レッシングは、財産権アプローチと著作権制度に示唆を得た主張を展開しているが、法規範的な分析は行われていない。

シュワルツの 2004 年論文で主張された財産権は、「利益の束」であり、自由譲渡性を制限するものであった。

阪本論文は、プライバシー・個人情報の財産権を「自己情報」の「排他的支配可能性」と位置づけ⁹²、林論文、橋本論文及び高崎論文は取引対象の財と理解し、村上博士論文では、後述のとおり、通常の財産権よりも効力が制限される新しい特殊な財産権という考えが示された。

このように、「財産権」といいつつも、その理解は様々であり、基本となる概念設定の曖

⁹¹ シャベル・前掲注(68)9 頁以下。クーター&ユールン・前掲注(25)111-112 頁は、「所有権の法概念とは資源の上の諸権利の束であり、それらの諸権利は、所有者による権利行使の選択が自由であり、そして、選択された権利の行使が第三者からの干渉に対して保護されているという 2 つの側面を持っているもの」であるとする。

⁹² 阪本・前掲注(7)54-55 頁。

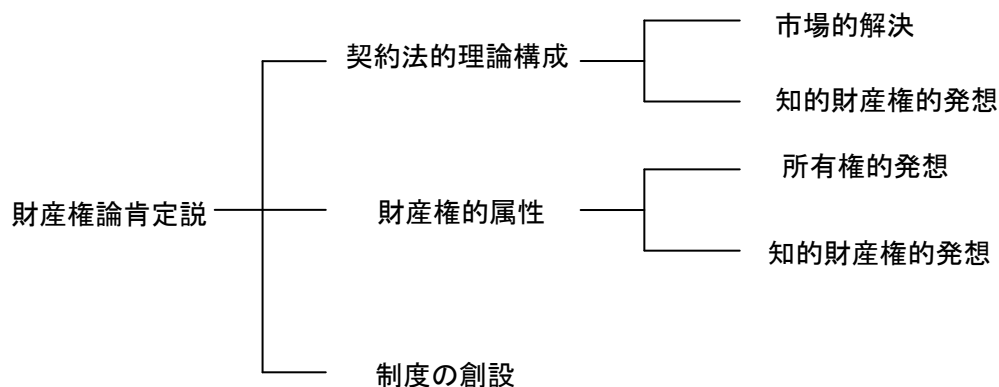
味さに、議論を複雑化させる要因があると考えられる。

5.2. 理論構成の困難性

5.2.1 先行研究の整理

第2の問題意識は、財産権論が自己矛盾を来しているという点である。財産権論肯定説には、契約法的理論構成に依拠するものと、個人情報に財産権的な属性を見いだそうとするもの⁹³があり、加えて、制度の創設による解決を目指すものもある。契約法的理論構成に依拠する見解の中には、市場的解決を目指すものと知的財産権の影響を受けるものがあり、財産権的な属性を見いだそうとする見解の中でも所有権的なものと知的財産権的なものに分かれる。また、論じ方に関しては、財産権の理論的考察に踏み込むものと、個人情報が商品価値を持って流通しているという現実面に着目したものに分かれる。各論稿にはそれぞれの特徴があるため、厳密に分析することは困難であるが、契約法的理論構成についてはサミュエルソン論文⁹⁴、財産権的な属性を見いだすものはシュワルツの2004年論文が、理論的考察を行っている。

図1 財産権肯定説の根拠



日本では、阪本論文が憲法学の立場からプライバシー・個人情報の財産権論を取り上げて注目を集めた。村上博士論文は、アメリカの財産権論を日本に導入することが可能であるという仮説を立て、法と経済学的な観点も考慮に入れつつ、一種の思考実験的な検証を行った。そこでは、極めて精緻な理論構成のもと、財産権論肯定説に立った場合における個人情報財産権の内容についての試論も提示された。同論文は、この問題について、日本で最も深い考察がなされた初の先行研究である。また、この論文では、カラブレージ&メラムド論文、サミュエルソン論文のほか、レッシングの主張を批判するシュワルツの2000年論文が考察され、規範的法律学及び法と経済学の観点の両方から見ても、個人情報に財産権を肯定する可能性は十分に存在していると記されている。その権利の性質は、人格権と財産権を区別しつつ、個人情報に関する権利は財産権と解し、伝統的プライバシー権という人格権と不可分一体のものであると解釈されている。権利内容に関しては、知的財産

⁹³ 阪本・前掲注(7)76-77頁。

⁹⁴ サミュエルソンは財産権論肯定説ではないが、精緻な理論的考察を行っている貴重な先行研究である。

権に示唆を得た上で、1つの方向性として、新しい特殊な財産権が提案された。それは、通常の財産権よりも効力が制限される性質を持ち、譲渡制限に力点が置かれている。また、財産権論に基づけば、ライセンスの考え方が適用されることも示された。すなわち、個人情報を取得しようとする者が個人情報を要求する行為はライセンス契約の申込みに該当し、本人が利用許諾の同意をする行為は、同契約の承諾に該当することとなる。この問題は、人格権構成ではあまり議論されてこなかったと記されている⁹⁵。しかし、その後の村上新論文では、財産権論への慎重な立場が主張されるに至った。

以下、これらの先行研究を参照しつつ、筆者の問題意識を述べることにする。

5.2.2 理論的困難性

サミュエルソン論文は、営業秘密法に示唆を得た市場ベースの契約法的理論構成に結論を見いだした。それは、個人情報は収集されることがないとするデフォルト・ルールを採用し、個人が自分の個人情報を契約によって企業に販売できるようにするというものである⁹⁶。個人情報には複数の利益が存在するため、柔軟な契約的解決にはメリットがあること、そして何より、ライセンス制の重要な利点は、自由譲渡性の問題を回避できることだと主張されている⁹⁷。

財産権論肯定説の中には、契約法的理論構成と関連づけて論じるものが多い。しかし、契約の成立から終了までのプロセスにおいては、申込みと承諾が成立し、契約内容が特定され、契約通りに履行され、違反の場合に法律上の救済が用意されることが肝要であって、財産権と捉えようが、人格権ないしは別の性質の権利と捉えようが、この点に変わりはない。そのような意味で、権利の性格と契約法的理論構成は、論理必然の関係ではない。サミュエルソン自身も、保護される情報の中に財産権が存在すると述べる必要はない、と指摘している⁹⁸。

冒頭で掲げた日本の先行研究の中では、林論文、橋本論文、高崎論文、村上博士論文において、ライセンスの考え方が示された。しかし、個人情報を財産権と捉えた場合の契約法的理論構成は追求し得るとしても、契約法的理論構成を求める場合に、個人情報を財産権と理解する必然性があるのかという点は明らかにされていない。特に、財産権に譲渡制限をかける場合に、個人情報の譲受人に利用権を設定する旨の意思表示について、それを「許諾」と表現するか利用の「同意」と表現するかという点に、顕著な違いは認められないと考えられる。

シュワルツの2004年論文では、「ハイブリッド型取引可能性」が採用された。そこでは、「財産権」を「利益の束」と理解し、自由譲渡性は、オプト・インがない限りは認めないという構成が採用されている。村上博士論文では、個人情報に関する財産権と伝統的プライバシー権という人格権は区別されるが不可分一体であり、財産権については譲渡可能性を制限するという考え方が示された。林論文の中でも再ライセンスは禁止すべきと記されている。

⁹⁵ 村上・前掲注(11)54-70頁、176-263頁。

⁹⁶ 阪本・前掲注(7)77頁。

⁹⁷ Samuelson, *supra* note 52, at 1156.

⁹⁸ Samuelson, *supra* note 52, at 1153.

確かに、知的財産権の分野で議論されるように、財産権を制限的に構成する考え方はあり得る。しかし、ブラックストーンが排他的支配を最初に取り上げ、リタンが“The *raison d'être of property is alienability*”というように、排他的支配性と自由譲渡性は、財産権の本質であり、「財産権」を他の権利と区別するための要素でもある。にもかかわらず、プライバシー・個人情報の「財産権」を認めるために、それらの性質をいずれも減殺するのであれば、個人情報をあえて「財産権」と主張する根拠が希薄化されるばかりか、「財産権」の本質を歪めてしまう可能性がある。そして、この問題は、他の理論に依拠しつつ複雑な論理構成を展開する場合にも、排他的支配と自由譲渡性を制限するのであれば、同様の結果をもたらしてしまう。また、財産権を制限的に解したとしても、個人情報提供の対価を求めることができるという残された利点はあるものの、財産権論によらずとも対価ないしは補償を求めることは可能である。

阪本論文は、憲法学で通説的立場を占めている人格権説を批判し、その問題を浮き彫りにする上で重要な示唆を得ることができる。しかし、阪本教授自身が、「一時隆盛を極めた財産権モデルは次第に色あせてきて、今では旗色が悪いように私にはみえる」⁹⁹と記しているように、自由譲渡性、市場の機能不全、公共財的性格という問題は解決されていない。村上新論文でもこの3つの観点から財産権論への慎重な立場を示すに至っている。

なお、シュワルツとの関係でいえば、村上博士論文は、否定説の展開された2000年論文に反論するなどして財産権論の可能性を追求し、新論文は、肯定説に改説された2004年論文を批判して財産権論を否定的に解するに至っている。新論文では、財産権論を否定的に捉えた理由は説明されているが、博士論文から新論文に至る過程における改説の理由は明らかにされていない。法と経済学的アプローチは、既に述べたように、種々の難題を抱えており、財産的価値を持って流通する個人情報の問題に対し、それを解決するための処方箋とはなりにくいことが理由にあるものと推測される。

さらに、「財産権」といえば、排他的権利を想像し、一見強い権利を与えるように見えるが、実際は、取引の名の下に自己責任を加重させるという側面が存在することを無視してはならない。この点は、ミラーの時代から既に指摘されていたことでもある。また、ミラーは、財産権論を否定する際の根拠として、「商業上価値あるリストを作り出すのは、データ主体ではなく第三者としての企業であるため、データ主体に財産権を認める裏付けがない」という点も指摘した。第三者である企業は、個人情報を大量に取得・集積し、他の情報と組み合わせて加工することにより、商業上高い価値を生み出すことが可能であり、現在も、価値ある情報を日々生成し、流通させている。これについて、財産権論に基づき契約法的理論構成を志向する見解によれば、個人ではなく、財産的価値を生み出した企業に権利を帰属させることを認めざるを得ない。しかし、そうなると、社会的費用の内部化や個人への選好機会の付与といった、財産権論の利点を満たすことは不可能となるばかりか、逆の結果をもたらしてしまう。財産権論を肯定的に捉える見解は、この点にも解を示さなければならない。

シュワルツは、2004年論文において、財産権論の否定説から肯定説へと転じた。その背景には、前述のとおり、アメリカ国内で個人情報が商品化されていること、財産権論への

⁹⁹ 阪本・前掲注(7)69頁。

懐疑論が、肯定説を全否定するほどの積極的根拠を示していないことにあると考えられる。しかし、ある権利を確立させるためには、他の理論に勝る積極的理由を示すべきである。「否定する決定打にはならない」という主張では、財産権論は市民権を勝ち取ることはできないと考える。

6. おわりに

以上、プライバシー・個人情報の財産権論について、歴史的発展から検討し、今日的議論の問題点を筆者なりの視点で考察した。これまでの議論を総合すると、プライバシー・個人情報の財産権論は、通説的見解の問題をあぶり出すという役割は果たすものの、固有の意義を見いだすことは困難であるといわざるを得ない。

アメリカでは、第3期終了以降、財産権論議は沈静化し、最近では議論されなくなったようである。「情報プライバシー学派」¹⁰⁰の代表格であるダニエル・J・ソロブは、2004年、『デジタル人間—情報化時代における技術とプライバシー』という著書¹⁰¹を発表した。財産権論は、同書の第5章「市場ベースの解決の制限」の中で考察されていたが、2008年の『プライバシーの理解』¹⁰²では、情報プライバシー権の問題を指摘する過程で若干論じられるにとどまり、2011年の『隠すものは何もない』¹⁰³では、取り上げられていない。他方、日本では、最近になって複数の研究成果が発表されている。

そして、日本の法学界では「プライバシー権は、人格権であるか財産権であるか」という二者択一的な議論が行われており、アメリカとは状況を異にする。筆者は人格権説に立つが、この立場による場合でも、権利の外延は明確ではなく、人格権が物権同様の排他性を有する根拠を明快に示せるわけではない。しかし、それでもなお、プライバシー権は、人格的属性を保護する権利であり、それは、自然権概念と結びついた人間の根源的な権利であると理解するのが素直な解釈であると筆者は考える¹⁰⁴。

他方、第3期の財産権論議がもたらした問題提起—個人情報商品価値を持って転々流通し、勝手にプロファイリングされている状況—が、ライフログの問題を考えるにあたって、極めて重要であることに変わりはない。

筆者は、日本的議論にとらわれることなく、純粋な契約的解決の可能性を追求しつつ、経済学的分析による知見にも期待したいと考えている¹⁰⁵。

¹⁰⁰ 阪本・前掲注(7)59頁以下。

¹⁰¹ DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON : TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE 75-92 (2004).

¹⁰² DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 26-29 (2008).

¹⁰³ DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY (2011).

¹⁰⁴ 人格権については、五十嵐清『人格権法概説』9頁以下、有斐閣、2003参照。

¹⁰⁵ 本論文は、2011年度独立行政法人日本学術振興会科学研究費助成事業若手研究B(課題番号23730116)「ライフログの利用とプライバシー・個人情報保護に関する比較法的研究」による成果である。

参考文献

- 1) Corien Prins, Information Law Series, *Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity*, Vol.16, pp.223-257, 2006, Netherlands
- 2) David Friedman, *Privacy and Technology, in The Right to Privacy*, pp.186-212, Cambridge University Press, 2000, UK
- 3) Fred H. Cate, *Privacy in the Information Age*, pp.1-248, Brookings Institution Press, 1997, USA
- 4) Francis S. Chlapowski, Boston University Law Review, *Note, The Constitutional Protection of Informational Privacy*, Vol.71, pp.133-160, 1991, USA
- 5) Julie C. Inness, *Privacy, Intimacy, and Isolation*, pp.1-176, Oxford University Press, 1992, UK
- 6) Michael A. Froomkin, Stanford Law Review, *The Death of Privacy?*, Vol.52, pp.1461-1543, 2000, USA
- 7) Nadezhda Purtova, Computer Law & Security Review, *Property Rights in Personal Data: Learning from the American Discourse*, Vol.25, pp.507-521, 2009, Netherlands
- 8) Nadezhda Purtova, *Property Rights in Personal Data: A European Perspective*, pp.1-308, Kluwer Law International, 2011, Netherlands
- 9) Viktor Mayer-Schonberger, California Law Review, *Beyond Privacy, Beyond Rights-Toward a "Systems" Theory of Information Governance*, Vol.98, pp.1853-1885, 2010, USA
- 10) 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、pp.1-14、商事法務、2010
- 11) 生貝直人「オンライン・プライバシーと自主規制－欧米における行動ターゲティング広告への対応」、『情報通信学会誌』、28巻3号、pp.105-113、情報通信学会、2010
- 12) 伊藤正己、木下毅『アメリカ法入門 第4版』、日本評論社、2008
- 13) 新保史生「ライフログの定義と法的責任－個人の行動履歴を営利目的で利用することの妥当性」、『情報管理』、53巻6号、pp.295-310、科学技術振興機構、2010
- 14) 高崎晴夫「パーソナライゼーションサービスにおける個人情報保護について－新しい制度的提案に関する考察－」、『情報ネットワーク・ローレビュー』、9巻1号、pp.67-78、商事法務、2010
- 15) 田中英夫『英米法総論 上』、東京大学出版会、1980
- 16) 田中英夫『英米法総論 下』、東京大学出版会、1980
- 17) 樋口範雄『アメリカ契約法 第2版』、弘文堂、2008
- 18) 平野晋『体系アメリカ契約法』、中央大学出版会、2009
- 19) 丸山英二『入門アメリカ法 第2版』、弘文堂、2009