

プライバシーの自主管理と同意パラドックス
Privacy Self-Management and The Consent Paradox
Daniel J. Solove

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171018

本論文は、ハーバードローレビューにて出版予定のプライバシー法に関するシンポジウムで紹介する草稿である。同シンポジウムは、2012年11月9日に開催される予定である。本論文は、なお草稿であることに留意されたい。コメント等を歓迎する。

はじめに

I. プライバシーの自主管理モデル

A. 認知問題

1. 十分な情報を持たない消費者の問題
2. 歪んだ意思決定の問題
3. 文脈の問題

B. 構造的な問題

1. 規模の問題
2. 集約の問題
3. 被害を特定する問題
- 4.見過ごされた社会的価値の問題
5. パワーの問題
6. オプトインの問題

C. プライバシーの自主管理モデルの展望

II. 同意のパラドックス

A. パターナリズムが持つ危険

B. 同意:一貫しない法概念

III. 衝突する同意とプライバシー

結論

はじめに

ビッグデータと融合センターの優位、データセキュリティ侵害の津波、Web 2.0 の台頭、行動型マーケティングの成長と追跡技術等、過去何十年にわたって、情報のプライバシーをめぐる問題は難しくなっている。重要な新しい規制案が米国及び海外で提案され、可決されてきた。でも、プライバシーを保護する基本的なアプローチは、未だ1970年代から大きく変わっていない。現在のアプローチは、自身の情報管理方法を決定することを可能にする一連の権利を人々に付与する法律を含んでいる。これらの権利は、主として、個人情報収集、使用及び開示に関する通知、アクセス及び同意を行う権利で構成されている。

米国及びEUのプライバシー法のように、ほとんどのプライバシー規制制度では、プライバシーの自主管理モデルは、当該制度の必須の中核をなしている。規制制度は、個人情報を安全なものとする義務というような、ある種の義務を企業に課すものの、これらの責任は一般的に周辺部を構成するだけである。個人情報の収集、使用及び

開示の多くの形態は、自主管理モデルにより処理されている。当該モデルの目標は、自身の個人情報に対する制御を人々に提供することであり、この制御を介して、人々は、自身の情報の収集、使用又は開示についてのコストとベネフィットにどれほどの重みを持たせるかを決定することができるのである。

このプライバシーの自主管理モデルは、実体(個人情報のある種の収集、使用又は開示が善であり悪であるのか)について中立的であろうと試みる。むしろ、自身の情報の収集、使用又は開示に人々が同意するのかどうかに関心を当てている。

プライバシーの自主管理モデルは、おそらく、いかなる規則制度においても称賛に値し、必要な要素であるものの、その能力を超えて機能すべきことを要求されていると私は主張している。その目的が人々に自身の情報に対する制御を提供することにあるにもかかわらず、**プライバシーの自主管理は意味ある制御を提供していない。**実証的かつ社会科学的研究は、自身の情報についていかに人々が意思決定しているかについて、つまり、**プライバシーの自主管理モデルを支持し正当化する主要な仮定を過小評価している。更に問題なことには、良く情報提供された合理的な個人でさえ自身のプライバシーを適切に自主管理できないことである。**

プライバシー自主管理の失敗のおおのの兆候により、政策立案者、学者等による典型的な反応は、より多くのかつ改善された自主管理を要求することである。本稿では、前進のために、プライバシー法及び政策は同意に関する複雑で困惑させるようなパラドックスに立ち向かわなければならないと、私は議論を展開している。個人情報の収集、使用及び開示についての同意は、しばしば意味を有しないことがあり、最も明確な解決策は、パターンリスティックな手続きとして、人々に対し、自身の情報についての合意に基づく選択を直接的に否定することでさえある。

もし、多くの情報活用が個々人や社会にとってほとんど便益をもたらさず、主に有害であるならば、パターナリズムの正当化は容易であろう。しかし、多くの情報活用は、コストに加えてベネフィットももたらさず。そして、個々人は、ベネフィットがコストを上回るのかどうかに関して合理的に反対の結論に至ることもありうる。問題は、コストベネフィット分析が、ある種の情報収集、使用又は開示を正当化しえないことではない。むしろ、問題は、個々人がこのコストベネフィット分析を適切に実施しえないことである。しかしながら、個々人が選択をなすことが、彼らの同意の能力を制約するのである。法がどのような方向性を示そうが、同意は限定されたものであり、このジレンマから脱出する方法は見つけがたい。

プライバシー法についてのこの会話は多くのことを同意に依拠していることから、我々は同意問題に直面しなければならない。当該問題の複雑性ゆえに、一般的に回避されてきたのは驚くことではない。その取り組みが行われない限り、プライバシー法は

その政策目標を満たしえないままとなると、私は主張している。

I. プライバシーの自主管理モデル

米国のプライバシー法制と EU のデータ保護指令では公的政策に違いを見せているものの、プライバシーの自主管理モデルは、公正情報取扱原則(FIPPs)にその起源を有している。増大する情報デジタル化の懸念に対処するため、米国健康教育福祉省(HEW)は、1973年の報告で、FIPPsを公的に明らかにした。当該原則は、(1)個人情報記録システムの透明性、(2)これらの記録システムのノーティスを受ける権利、(3)自身の情報へアクセスする権利、(4)同意無しに、個人情報が新たな目的のために使用されることを防ぐ権利、(5)自身の情報を修正し変更する権利、そして(6)情報保持者の誤用防止責任、を含んでいる。これらの原則は、米国の様々な規定に選択的に盛り込まれている。そして、1980年のOECDのガイドラインや2004年のAPECのプライバシー枠組みを形作る手助けをした。

FIPPsのほぼ全ての具体化は、どの情報が収集可能であり、どのように使用可能であるかを特定することに失敗している。むしろ、個々人が自身のプライバシーを自主管理する能力を有する(つまり、彼らがノーティスを受け、同意を提供する)のであれば、ほとんどの情報収集、使用及び開示の形態は、FIPPsの下で許容される。

プライバシーの自主管理モデルは広範に受け入れられ、プライバシー保護に関する深い論争がこのモデルの異なる解釈や適用を刺激するに至っている。例えば、2012年に、現行の規制的アプローチに対する不満足に触発されたFTCとホワイトハウスの両者が、プライバシーを保護するための重要な新たなフレームワークを発表した。しかしながら、両者の基礎は、同じ旧式のプライバシーの自主管理モデルである。FTCのフレームワークは、「情報収集と利用慣行をトランスペアレントにする」とこと、関連時間と文脈において自身の情報についての意思決定を行う能力を人々に提供することを目指している。ホワイトハウスが提案した消費者権利章典の中心的存在は、「個人情報の収集、使用及び開示について意味ある決定を消費者が行えるような時間と方法を提示することで、明確でシンプルな選択を有しながら」、自身の個人情報に対して「適切なコントロール」を行使する権利である。

ほとんどの人はプライバシーの自主管理モデルについて議論をしようとしなない。議論は、当該モデルがいかに強固に受け入れられているかに、また、そのモデルの目標を達成するためのテクニックに集中される。例えば、米国とEUのプライバシー規制間の相違についての話として、FIPPsはどのように実装され、特にどのようにして同意が取得されるのかに主とした違いを持ちながら、どちらの規制制度も主にFIPPsの後を辿っている。本巻へのPaul Schwartzの寄与は、主要な相違について素晴らしい要約を提示している。違った形態でかつ明暗度を変えつつも、米国及びEU共に、プライバシーの自主管理モデルに大きく依存している。Fred Gateが指摘しているように、

US と EU に加えて、APEC もプライバシーの自主管理モデルに大きく焦点を当てている。

しかしながら、本節で私が議論をしているように、プライバシーの自主管理モデルは、当該モデルのみでは、実効性あるプライバシーの規制制度の中心的存在として機能しえないことを示す、様々な問題に直面している。私は以下の2つの広範な問題を議論しようと考えている。(1)人が決定を行う方法により惹起される認知問題と、(2)プライバシーの決定がどのように構成されているかについての課題に係る構造的問題である。

A. 認知問題

プライバシーの自主管理モデルは、数多くの認知問題に悩まされている。プライバシーの自主管理モデルは、十分な情報を与えられたかつ合理的な人物を想定している。彼らは、様々な形式の個人情報の収集、使用及び開示について同意を行うべきかどうかについて適切な決定を行う。しかし実証的な証拠や社会科学の先行研究は、ほとんどの人が当該モデルの見通しとは程遠いことを示している。

1. 十分情報を与えられていない消費者の問題

プライバシーの自主管理モデルの最も重要な要素の一つは、収集され使用された情報について、個々人が十分な情報を与えられているということであり、彼らがそのような収集又は使用(選択)を受け入れるかどうかを選択することができるかどうか、にある。FIPPsのこれらの要素は、広く、米国において受け入れられた。つまり、「通知と選択」と言われるアプローチである。情報を譲渡する結果についての意味ある認識無しに、人は、そうすべきかどうかについて、十分情報を与えられた選択をなすことはできない。

業界は通知付与を受け入れてきた。それは、プライバシーノーティスを行う慣行を一般化してきたのである。多くの状況では、人々に与えられるその選択は、当該通知に記述されている情報収集のある形式及び使用についてオプトアウトを行うかどうかである。

FTC は、プライバシーノーティスの執行者として機能することに乗り出した。1998年来、プライバシーノーティスの約束を破ることは、「不公正で詐欺的な行為、または慣行であり、影響を及ぼす商取引」の事例となることを維持してきた。FTC は民事訴訟を提起し、差し止め救済を求めることができる。

通知と選択は、プライバシー規制の目玉でもあった。例えば、Gramm-Leach-Bliley (GLB)法は、金融機関が消費者に対し、プライバシーノーティスを行い、消費者に第三者との情報共有についてオプトアウトする権利を付与することを求めている。Ted

Janger と Paul Schwartz が指摘しているように、当該ノーティスを受領した後、ほとんどの消費者はオプトアウトしていない。

彼らの仮説によれば、その理由のひとつは、プライバシーノーティスは理解困難ということだ。主要企業のプライバシーポリシーの研究は、ポリシーが長く、忍耐と時間並びに理解のために非常に高度な教育を必要とすることを示している。

プライバシーノーティスを短くし単純化する多くの提案が存在した。しかし、これらの手当は、理解において際立った改善を示してこなかった。Ryan Calo は、「直観型ノーティス」がノーティスアプローチを蘇生しようと提案している。直観型ノーティスは、人々が経験するノーティスをより直接的で感情的にする試みである。でも、このアプローチはノーティスが持つパラドックスを無視している。ノーティスを単純かつ理解容易にすることは、情報を放棄する結果について人々に完全に情報を伝えることと矛盾することになる。もし十分詳細に説明されることが意味あるとするなら、極めて複雑なこととなる。人々は、十分情報を与えられた選択を行うためには、より深い理解とバックグラウンドを必要としている。しかし、このことは、ノーティスを短く、単純に、かつ直観的にする手法に逆行することになる。たしかに、多くのプライバシーノーティスは情報の活用についてあいまいであり、しばしば将来の変化する環境を考慮しそこなっている。当該企業が破産するような場合に、そのようなことが情報について起こりうるのである。Calo は、死のイメージを含めタバコの上に視覚的な注意書きを要求する FDA による努力に言及している。そこではその結果は死であり、そのような注意書きは、喫煙に対し幾分効果的と思われる。しかし、プライバシーについては、その結果は、更に抽象的であり、直観的な言葉に置き換えることは難しくなる。

プライバシーノーティスは、単純でかつ情報を与えるに十分個別的であると仮定しても、ほとんどの人はプライバシーノーティスを読まない。エンドユーザーライセンス契約や契約のひな形というような、他のノーティスの形態を持ってしても、先行研究は、極わずかなパーセンテージの人しかそれを読まないことを示している。

FTC 長官の Jon Leibowitz が要約したように、「最初は、プライバシーポリシーは良い考えのようだった。しかし、実際には、遺憾な点が多かった。多くのケースで、消費者は、プライバシーポリシーに気づかず、読まず、理解していない。」

ある者は、人々がプライバシーノーティスを読むかどうかの問題は、ウェブサイト上でそれを目立たせたり、利用者にポップアップさせたりすることにより改善可能と反論するかもしれない。しかし、少なくとも、逸話に富んだ経験からは、ノーティスが利用者の活動に介入するときでさえ、利用者はその仲介をはねつけ、インタラクションを継続することを示している。

Omri Ben-Shahar と Carl Schneider は、政策的な解決策としてのノーティスの失敗にもかかわらず、「取引の結果を特定することや選択を指令するかわりに、より良い決定をするための情報を提案している」ため、多くのノーティスと透明性を提供することは、「自由市場原則」と共鳴していると指摘している。そのようなアプローチは、また、「情報多いことは良いことであるという信念」に従うことになる。そして、それは安価で、安易な立法策でもある。

問題は、消費者は、実際にはプライバシーの自主管理に従事していないということである。多くの消費者は、情報の収集、使用又は開示についてオプトアウトを行わない。それは、ある者をして、消費者はプライバシーを気にしていないという結論に至らせる。しかし、調査では、一般的に消費者はどんなにプライバシーに懸念を持っているかを示すので、証拠はこの結論を支持しない。多くの人は情報を共有している。それは、そのようにデフォルト設定されているからであり、多くの人は、ウェブサイト上のデフォルト設定をわざわざ変更することもしない。

情報活用に対するオプトアウトの低率は、おそらく、人はプライバシーに懸念を有しているものの、自身でそれを管理したいと思っておらず、それを行う有意な能力を持っておらず、あるいはそれを行う知識も経験も持ち合わせていないことを示唆している。

2. 歪められた意思決定の問題

仮にもし、多くの人がプライバシーポリシーを定期的に読むとしても、人々は、ある現在の利用や自身の情報の開示に対する合意結果を適切に評価する十分な専門知識をしばしば欠いている。

先行研究は、どのようにして自身のプライバシーが保護されているかについて、人々はひどく間違った仮説を有していることを示してきた。2009年の研究は、人々が、自身のオンラインの取引についてのプライバシーに関連する質問のたった30%しか正しく答えられないことを見出した。Annenberg Public Policy Center による2005年の研究は、「スーパーマーケットは、人々が買った物についての情報を第三者の企業に売ることが認められていることを64%の人が知らなかった」、そして、「ウェブサイトは、プライバシーポリシーを有する場合、当該サイトは、他のウェブサイトや企業と私の情報を共有することは無いことを意味する」と75%の人が間違って信じていることを見出している。

これらの問題に対するもうひとつの明確な反応は、プライバシーに関する人々の教育を改善することである。これは、おそらく、荷の重い目標である。それはある種の誤った認識を治癒できるかもしれないが、より深刻な問題が残る。

人々はプライバシーを尊重すると言うにもかかわらず、非常に小さな利益のために自身の情報を引き渡してしまう。プライバシーについて人々が高い価値を表明することと、プライバシーについて非常に低い価値を示唆する行動の間には明確な断絶が存在する。このことは、人々は本当にプライバシーのことを気にしていないことを意味するのであろうか？社会科学の先行研究は、この断絶は、合理的な意思決定へのある種の障害から生じていることを示している。

私はここでは、他の分野とともに、行動経済学、実証研究及び心理学を包含するように幅広く定義しているが、社会科学における先行研究は、プライバシーに関して人々がなす決定方法について、我々が大事にしてきた仮説の多くが間違いであることを示している。Daniel Kahneman, Amos Tversky 他による研究は、人々は、しばしば経験則に基づいて意思決定し、選択方法が枠組みにはめられていることから(フレーシグ効果)、人々の意思決定についての伝統的な合理的なエージェントモデルは誤りであることを証明した。Richar ThalerとCass Sunsteinは、「間違った仮説は、ほとんど全ての人々が、ほとんど全ての時間で、他の人によりなされる選択よりもベストな利益と少なくともより良いものとして、選択を行っている、ということである」と指摘している。

人は複雑な状況について自身の知識を適用させようと四苦八苦しており、プライバシーに関して、人は「**限定合理性**」を有している。Alessandro Acquisti と Jens Grossklags が観察しているように、「我々の生まれながらに有する限定合理性は、全ての関連情報を取得し、記憶し、処理する我々の能力を制限している。そして、単純化されたメンタルモデル、近似戦略及び経験則に我々を依存させる。」人々のリスク評価も「入手可能な経験則」により歪められる。そこでは、人々は、良く知らない危険よりも良く知っている危険の方をリスクیであると評価してしまうのである。

社会科学の先行研究は、人々のプライバシー選好が、しばしば、選択がでっち上げられるような方法により形成される(そして潜在的には歪められる)ことも明らかにしている。例えば、人々は、当該制御が実際的であるのか幻想であるのかにかかわらず、自身で思いのままできると感じるときに、個人情報共有することをより多く望むようになる。より一般的には、「自身で思いのままできると感じるときに、人々はリスクを取りたがり、当該リスクがそれほど厳しいものではないと判断したがる。」

人々は、首尾一貫して、判断においてある間違いをおかす傾向がある。現在のところ、選択に影響を及ぼそうとしている企業や政治家等は、社会科学の先行研究からの洞察をうまく活用し始めたばかりである。そして、大多数の時間、むしろ逸話的で、宗教的な非科学的方法をなお採用し続けている。決定を明確にしようしている人達が、これらの社会科学の洞察に基づいてそのテクニックを磨くとき(皮肉にも、個々人とその行動に関するかつてないほど増加した量の情報にアクセスすることにより可能となっているのだが)、人々の選択は、かつてないほど良く制御されえるのである(そして

もまたまた皮肉にも、そのような選択は彼らが思いのままにできていると人々を認識させるように構造化されうる)。

3. 文脈の問題

プライバシーの自主管理モデルに関連する課題は、人々のプライバシー選好は文脈に依存するということである。つまり、それらは安定的でない。人々は理論的にではなく、特定の文脈で選択をしている。その選択方法は枠をはめられており、選択を行う時点で、人々の心に浮かんでいる事や、他の多くの要因が人々の選好に影響を与えている。

法学会において、より微妙で文脈的な方法でプライバシーを理解することに傾いた時代があった。例えば、私は、プライバシーを概念化する際、実利的なアプローチに賛意を持って議論をしている。プライバシーの抽象的概念を明らかにしようということから始めなければならないという者もいるが、むしろ、特定の文脈的な状況でプライバシーを理解することに焦点を当てるべきである。Helen Nissenbaum は、「異なる社会的文脈の多様性」において人々は行動すると論じる。彼女は、「個人情報適切なフロー」を決定する規範を探し求める「文脈統合」の理論を提唱している。同様に、Julie Cohen は、「プライバシーは、ほとんどの権利理論を支配している抽象化に耐性を示している。それは、それに意味を付与する文脈と場所から分離することはできない」と指摘している。Lior Strahilevitz は、他に開示された情報がなおプライベートかどうかを決定するに際し、裁判所はソーシャルネットワークの文脈に注目すべきと論じている。

プライバシーの自主管理に関して、文脈は、なお挑戦的な役割を演じている。もし、人々の選好が安定的でないとするならば、ある文脈において、自身の情報の収集、利用又は開示に同意を与えるかもしれないが、異なる文脈においては彼らの選好を変更するかもしれない。しかし、最初の文脈で得られた同意が十分に広いものであれば、その場合は、人々の選好が変更された新たな文脈においての利用ということに至ることになる。

プライバシーに対するその態度と価値は変化し続けるものであり、評価は困難である。 プライバシー選好と態度は、目標を動かし続け、文脈にそって変化し続ける。 それでも、プライバシーの自主管理モデルにおける同意は、しばしば、ある瞬間に固定されているのである。当該モデルは、人々の態度の一貫性と変異性を対処することに四苦八苦するのである。

B. 構造的な問題

たとえ人々が十分に情報を与えられ合理的であると仮定しても、彼らの決定が歪められることから保護されるべき道があり、自身の選好を正しく補足されるべき道がある。

そして、そのプライバシーの自主管理モデルもまた重大な構造的問題に直面しなければならない。これらの構造的問題は、個人情報の様々な形式の収集、利用及び開示に対し同意を与えるコストとベネフィットを適切に評価する能力に対する障害を含む。プライバシーの決定を意味あるように構造化することは、非常に困難な努力であることが判明する。

1. 規模の問題

主要な困難さのひとつは、「規模の問題」と私が呼んでいるものである。単純に、合理的な人が管理すべき情報を収集、利用、開示する会社が余りにも多いということである。たとえ、それぞれの企業が自身の情報に関する容易で明確な方法を人々に提供しているとしても、余りに多く企業が我々の情報を収集し利用している。平均的な人は、月間数百のウェブサイトを訪問しており、更に、個人情報における全産業のトラフィックは、彼らとやり取りをする人も無しに、あるいは、彼らが存在することを知りつつ、数えきれない企業(商店、公益企業、保険会社、技術、運輸、金融他)とオンライン、オフラインでビジネスを行っている。端的に言うと、人々は、人々が意味あるように管理しえない、または補足しえないような、大規模な情報の「タンク」によって不利な競争をさせられている。

当該問題は、教授達が共同して、毎晩、余りに多くの課題図書を読めず、追い詰められた学生を思い起こさせる。個々の教授からの見立てからは、当該課題図書は、一晩では合理的な量である。しかし、一晩に読む量として、5も6も同時に課される場合には、その量は集合的にあまりにも過大となってしまう。

全ての企業がノーティスと適切な選択を提示したとしても、この問題は持続する。合理的な人々は、まさに、自身の情報を保持する全ての企業について、プライバシーを管理する十分な時間を持ちえないことになる。そうすることで、非合理的な量の時間と努力が費やされる。ある調査では、全ての人々が、一年間に訪問したウェブサイトの全てのプライバシーポリシーを読まなければならないとすると、生産性の損失コストは7,810億ドルにも達すると推計している。そして、企業はプライバシーポリシーを変更するので、たった一度だけ読めば良いというわけではないのである。

2. 集約の問題

別の問題は、ある特定の時間点において、人々が、情報を共有することについてたとえ合理的な決定をしたとしても、なお、情報の集約を適切に管理しえないことである。ある人がある時点で無害である情報を漏らしたと仮定する。当該人は、何らセンシティブなものは開示していないと思っている。別の時間点において、当該人が同様に非センシティブな情報を開示する。しかし、この情報は、当該人についてのセンシティブな事実を明らかにするように突合され、分析されるかもしれない。当該人は、この事実が明らかになるとは決して予期していなかったし、この事実についての情報を漏ら

したわけでもない。この問題は、当該人が余りに多くの手がかりを漏らしたことにある。おおざっぱにデータマイニングとか「ビッグデータ」とか言及されるが、現代の情報分析では、これらの手がかりからある人について多くの事を学習することが可能である。ほんのわずかな無味乾燥な情報が、組み合わせさって多くの事を物語るのである。私はこれを「集約効果」と呼んでいる。

古い情報を組み合わせることで新たな情報を学習することに加えて、情報分析は、将来の行動についての予測を行うことも可能とする。ビッグデータは、自分自身で知るよりも前に、人についての何事かを知ることが可能とする。

集約効果に伴う困難さは、情報管理をほぼ不可能にすることである。より多くの情報を暴露するように情報を結合化する方法は、絶えず進化を続ける。ある情報を漏らすことが後日、他の情報と結合された場合に、何かセンシティブなものを暴露することになるのかどうかを評価することを非常に困難にする。

既存の情報を分析することから収集されえる新たな情報の種類は、人々がそのリスクとベネフィットを完全に評価しようとするには、この情報かなされる予測の種類は、余りにも広範かつ複雑で進化を遂げている。情報分析には多くのメリットがある。そして、情報を共有するについて合理的な決定を人々に可能とする。人々は、コスト-ベネフィット分析を行えるよう、潜在的な害と便益の幅についての理解を得る必要がある。もちろん、人々は、いつも不確実性に直面しながら決定をなしている。しかし、しばしば全くまずい対応をすることがある。心理学者の Daniel Gilbert が指摘しているように、人々は、いかに様々なできごとが自身の将来の幸福感に影響を与えるかを予測することについて驚くほど不確かなのである。

他の課題は、集約化が他の情報の同定可能性を変えてしまうことである。プライバシー規制は、「個人識別情報(PII)」の存在により一般的に引き起こされる。PII は、財務的には、ある特定個人に同定されうる情報と定義される。プライバシー法は、PII が含まれるときに規制を行う。そして、一般的には、PII が関与しない場合には、規制を行わない。PII についての問題のひとつは、それが固定的でないことである。情報の同定可能性は、文脈に依存する。例えば、サーチクエリは同定可能とは限らない。その同定可能性は、オンラインで入手可能な既存情報に依存している。AOL が開示した有名な匿名化された検索結果の事件で起こったように、自身のサーチクエリに基づきある特定の人を新聞記者が特定するに至った。情報が集約されるにつれ、同定可能でなかった情報が同定可能となるのである。相対的に無害な情報の漏れいが、結果として、意図的に同定可能となる他の情報になってしまう。

これらの問題を合成すると、人々は、たとえ、長期的に不利益であるとしても、しばしば短期の利益を好むようになるという事実に至る。プライバシーは情報管理の長期

課題であるが、情報の収集、利用又は開示に同意を与える多くの決定は短期利益に縛られていることを、集約効果は我々に示してくれる。

3. 被害を特定する問題

プライバシー侵害は、過度の精神的苦痛に至ることはめったにない。もちろん、裸の写真を暴露することや、非常に当惑させられるような、また不名誉な事実は、重大な精神的苦痛を生み出さう。しかし、ほとんどのプライバシー侵害は、小さなものであり、棘が刺さったようなものである。そのアナロジーを進めると、ある人は棘に刺されることにアレルギー体質であるかもしれないように、人々はプライバシー侵害に非常にセンシティブな場合もある。しかし、ほとんどの人はそうではない。問題は、小さなプライバシー侵害が集約されることである。一匹のハチの一刺しは一笑に付すことができるが、数百、数千ともなると致命傷になりかねない。

自身の個人情報の収集、利用又は開示について同意をすべきかどうかについてコスト-ベネフィット分析を行う場合、人々は、潜在的な侵害を評価することは非常に困難であると認識するだろう。

多くのプライバシー侵害は、累積的であり、かつ本来、抽象的である。人々は、長期にわたり、様々な形式の情報収集、利用又は開示に同意しうるし、侵害の効果は、当該情報の組み合わせの川下での利用から派生しうるのである。

個々の侵害は小さく、分散しているという事実にもかかわらず、それらは無視されるべきであると結論づけることは間違いであろう。企業が全ての人の銀行口座から1セントを取りえるかどうか想像してみよう。個々人にとっての侵害は極小である。法は、何ら侵害は無いと認定すべきなのか？答えは明らかにノーである。損害は多くの人にとって、ほんのわずかであり、ほとんど認知されることはない。何千という企業が各人から1セントをとったらどうなるか？プライバシーにとって非常に難しいのは、当該侵害が、しばしば、本来的に累積的であるということである。そして、各々の個々人の情報取引の際に、これらは、人々が評価することに意義を申し立てるのである。

4. 見過ごされた社会的価値の問題

プライバシーの自主管理モデルは、人々がなす決定は自身に影響を与えるのみならず、社会における他者にも影響を及ぼしうることを考慮すべきことを怠っている。何人かの学者たちは、プライバシーは社会の「構成要素」として認識している。Priscilla Regan は、その社会的利益の観点から、プライバシーを理解する必要性を論証している。Spiros Simitis は、「プライバシーの考慮は、もはや、特定個人の問題から派生するものではない」と認識している。むしろ、全ての人に影響を及ぼす衝突を表している。Robert Post は、プライバシーは「個々人及びコミュニティの両者の大部分を構成する礼節の原則を保護している」と強く主張する。Paul Schwarts は、市民社会に

としてのプライバシーの重要性を議論しながら、更に構成的プライバシーの理論を展開している。Schwartz は、情報プライバシーの保護が、サイバースペースの自己統治と民主主義をいかに推進することになるかに焦点を当てている。

Julie Cohen によれば、プライバシーは、「個々人にとってのある一定範囲の情報の自立性を守るものである。」プライバシーは、我々個々人の成長に不可欠であるばかりでなく、我々の文化的発展にとっても不可欠なものである。我々の知能発達、他者の創造性に依存し、同様に、我々の創造性は、彼らの知的成長を形作るのである。豊かな文化を発展させるために、これらの力が互いに影響しあう。個々人の創造性と知能発達を阻害することは、全体として社会を不毛にしてしまう。プライバシーは、人類の繁栄と文化の発展に寄与するのである。

Neil Richards のインテレクチャル・プライバシーの概念も、プライバシーの広範な社会的重要性を認めている。インテレクチャル・プライバシーは、「法又は社会的状況により保護されているのかどうかにかかわらず、他人の不快な熟視や干渉から離れて、考えや信念を展開する能力のことである。インテレクチャル・プライバシーは、我々の民主的な文化にとってあまりにも基礎をなすものであることから、「公的關係者のみならず民間関係者からの脅威に対抗して促進されなければならない。」

プライバシーの自主管理モデルは、プライバシー保全の相当の責任を個人に譲る。そして、是正されるべき主要な侵害は、非同意の情報収集、利用又は開示であることを仮定している。同意への侵害は是正価値のある侵害を構成するものの、プライバシーに対する人々の集団行動は、より大きな社会的価値をかき乱す。プライバシーの自主管理モデルは、そのような価値に注意を向けるものではない。

5. パワーの問題

上述の困難さが克服されたとしても、人々に与えられた選択が、彼らに同意すべきことを強いるに近い方法で構成されうることから、プライバシーの自主管理モデルは失敗するのである。人々は、様々な商取引における自身のプライバシーに関して、わずかなバウディングパワーしか有していない。ほとんどの場合、選択は、申出を受け入れるか拒否するかである。もし、ある人があるサイトへのアクセスしたい、サービスを利用したい、あるいはある製品を購入したいなら、当該人は、ある種の利用や更にアクセスに同意をしなければならない。電子商取引について一般的なビジネスモデルは、「フリー」な情報とサービスを提供することである。企業は、彼らが収集する情報から利益を得るのである。もし人々が当該情報の利用の同意を拒絶するならば、そのビジネスモデルは失敗することになる。

自身の情報が第三者と共有されるのかどうかについて、人々は選択を提示されうる。しかし、そこには選択が提示されない多くの他の側面の情報使用が存在している。

企業は、金をもうける方法を探す必要がある。そして、特に、人々の期待が価格はタダであるというオンラインの土俵においては、自身のビジネスモデルを選択するうえでの大幅な裁量権を企業は有している。

Lior Strahilevitz は、本巻において、人々にオンライン上で追跡されるべきか、追跡されるべきでないかについて選択を許容する「Do Not Track」に対する最近の主張のように、プライバシー選択はしばしば二値となると指摘している。多くの人は、自身の選択において、より多くの粒度を望んでいるかもしれない。しかし、追加的な粒度は、複雑性を強め、混乱についてのより大きなリスクを生み出すのである。

市場は、多くの理由から、代替の選択肢や代替のビジネスモデルを提供しえないかもしれない。人々は、より多くの選択を要求しないかもしれない。それは、しっかりと植え付けられた規範によるのか、自身の情報に関する無力感を認識しているからかもしれない。そうする能力を欠いていることから、多くの人々は交渉しない。契約条項を予備交渉することは、業界においては頻繁に行われることであるが、事業者と消費者の間ではそう頻繁に行われぬ。例外はあるものの、オンラインの文脈ではそうである。

6. オプトインの問題

欧州のように、その答えは、オプトアウトの制度からオプトインに移行することであると議論する者がいる。欧州では、積極的なオプトインの同意がしばしば要求される。FTC 委員長の Jon Leibowitz は、企業は、情報を収集しようとする際には、特に、消費者の情報を第三者と共有し、様々なウェブベースのサービス横断的に共有するに至る場合には、消費者が「オプトイン」するモデルに移行すべき、と述べている。

オプトインについての私の当初の楽観主義にもかかわらず、私は、今では、それは失敗すると確信している。理由のひとつは、原則として、組織は、高いオプトインの割合を生み出すような方法を見出すための洗練さと動機付けを有するというものである。彼らは単純にオプトインに製品、サービス又はアクセスの条件を課すことから、彼らはそれを行いうる。Paul Schwartz が適切にしているように、「デフォルト設定が消費者に情報共有を認めるか、排除するかを求めているかどうかにかかわらず、多くのデータ処理機関は、自身の条件で同意を得ることにたけている。」

さらには、「消費者は、金融機関のプライバシーポリシーや慣行というような非価格的条件よりも、当座預金口座のコストのような価格条件にずっとセンシティブなようである。」。たしかに、ウェブサイトへのアクセスを得る、あるいは製品やサービスを利用するためには、クリップ・ラップの契約やエンドユーザーライセンス契約に合意することが必須である。Apple の iStore へのエンドユーザーライセンス契約を考えてみよう。この契約の文章は、しばしば50画面以上に広がっている。もし、当該ストアからアプリ

ケーションをダウンロードしたければ、同意するしか選択肢は存在しない。これは、オプトインシステムと同種である。積極的な同意が求められている。このプロセスにおいて、いかなる交渉も選択も存在しない。

多くの新たな情報利用について企業に積極的な同意を得ることを要求することは、不必要にコストを上昇させ、情報の社会的に有益な活用を妨げることにもなるかもしれない。もし目標が、形式的な方法で情報の新たな活用を制限し、有害な利用から有益な利用を区別することにあるのであれば、新たな情報利用についてのオプトインのシステムは、新たな同意を求めることが高額につくにつれて、良い利用も悪い利用も妨げることになるかもしれない。これらのコストから、情報収集者は、将来、新たな同意を得る必要性を避けるため、潜在的な将来利用をより広範にかつあいまいに定義しようと試みるかもしれない。

消費者は、いかに自身の情報が利用され開示されるかについてのノーティフィケーションに注意を払うことを強いられることから、ある者はオプトインを支持するのかもしれない。オプトアウトでは、人々は余り知ろうとはしないものである。このベネフィットにもかかわらず、コストは存在する。オプトアウトの同意が単なる惰性やオプトアウトするためのオプションについての注意欠如の産物であるかもしれないことから、オプトアウト制度で得られる同意は、オプトイン制度よりも、合法性に劣る。このことは、オプトアウトの同意を違法とするものではないが、おそらく曖昧なものとなる。対照的に、オプトインでは、人々は、情報収集及び共有についての彼らの同意を積極的に示すことになる。しかし、このより明確で合法的な同意をもって、企業は情報をより広範囲に利用し開示する権限を持ったと感じるのかもしれない。

加えて、もし企業がオプトインの同意を得なければならないとすると、彼らが求める情報量とその情報を用いてしようとすることに更に攻撃的にもなりうる。

長い目で見れば、オプトインは、結局、より少ない人たちが情報を共有することに至らないことにはならないであろう。そして、当該情報でより多くの事をなすライセンスを彼らが有していると信じるように企業をつけあがらせることにもなりうる。

C. プライバシーの自主管理モデルの展望

私はプライバシーの自主管理モデルが悪いと議論しているわけではない。そのような決定について何かをなすために、秘密情報、自動化処理、内密の原理、並びにわずかな能力を用いることで、自身についての決定がますますなされるようになる世界において、人々にノーティス、アクセスと、自身の情報をコントロールする能力を提供することが、ある種の自立性を促進する鍵である。プライバシーの自主管理のない世界は、おそらく暗黒郷であろう。

更に、より多くの消費者教育、より目立ったノーティス、そしてより意味のある選択を通じて、プライバシーの自主管理を改善する努力は、おそらく称賛に値し、重要なことである。そのような努力は、主たる法的及び政策的な目標であった。本質において、このことは自主管理に倍賭けをすることになる。つまり、より多くの選択、ノーティスをより容易に理解させる、より多くのトランスペアレンシーというように。

しかし、このモデルが直面する認知的及び構造的問題は、プライバシー法及び政策が、現行のように、このモデルにそれほど大きく依存しえないことを明らかにしてきている。当該モデルは余りに多くの障害に直面している。(1)人々はプライバシーポリシーを読まない。(2)たとえプライバシーポリシーを読んだとしても、彼らはそれを理解しない。(3)たとえ、それを読み、理解したとしても、十分情報を与えられた選択を行うに十分なバックグラウンドの知識をしばしば欠いている。(4)もし、人々がそれを読み、理解し、十分情報を与えられた選択をしえたとしても、彼らの選好を反映する選択をしばしば提供されえない。たとえ、当該モデルが最初の障害を乗り越えたとしても、後者の障害は乗り越えるのは不可能に近い。状況は、Franz Kafka の寓話、次から次と強くなっていく無限の門番がいる「掟の門」における門番のようなものである。

素晴らしい意図にもかかわらず、多くの新たな情報利用に対するオプトインのシステムや積極的な同意を求めることは、決して完璧に成功することはありません。クリックすべきより多くのボタン、サインすべきより多くの書式が存在するが、より意味のあるプライバシー保護が存在するのかは不明確である。Fred Cate が適切に指摘しているように、「ノーティスと同意の要求は、しばしば、現実ではなく、意味ある消費者の選択の幻想を生み出す。」

皮肉にも、おそらくプライバシー自主管理モデルの最も現実的なインパクトは、個人にノーティスを与えることや彼らのプライバシー管理を改善することにあるのではなく、当該情報を収集し利用している会社にノーティスを与えることや、当該企業のプライバシー管理を改善することにある。このプライバシーのノーティスを生み出すプロセスは、情報収集及び利用についての自己認識を引き揚げながら、企業内における内的変化を強要する。チーフプライバシーオフィサー(CPO)は、プライバシーに配慮し、よりプライバシー保護的なものとなるようにソフトウェア、製品及びサービスに盈虚を与えるよう社員を教育する。

企業内におけるインターネットプライバシー管理は、確かに明確な発展してきているが、FIPPsが、ほとんど、個別の情報量について言及しておらず、主として人々の同意に主に焦点を当てていることから、企業毎に様々に異なるプロセスとなっている。企業は、彼らが個人に適切なノーティスと選択を付与するならば、彼らは人々のプライバシーを保護しているものと信じながら、プライバシーの自主管理モデルを採用している。確かに、CPO がしばしば保護しようとしているプライバシーの実態は、その自

主管理モデルに回帰している。そこでは、人々が同意するならば、情報の収集、利用及び開示は許容されるのである。

II. 同意のパラドックス

プライバシーの自主管理モデルから離れることは、そこに留まるのと同じくらい挑戦的であるのかもしれない。もし、法律が、ある種のプライバシーの選択を規制し、強制しなければならないとすると、プライバシー規制のリスクはあまりにもパターンリスティックなものになってしまうであろう。人々が意味ある同意を行使することができないことに応えて、パターンリスティックな規制は、彼らの自立性を促進する名のもとに、人々の選択の自由を制限することになるかもしれない。

しかし、ある人はマーケティングのターゲットになることを望んでいる。彼らは自身の情報が共有されることを望んでいる。彼らは自身の家にカタログが送られることを望んでいる。彼らは追跡されることを望んでいる。彼らはプロフィールされることを望んでいる。彼らは企業が彼らの情報を取得することを望んでいる。

我々はこのようにして進退窮まった状態にある。プライバシーの自主管理モデルを用いてこの問題に答えることは、しばしばパターンリスティックすぎることになる。この問題を何とかしない限り、プライバシー規制において多くの進展をいかに成し遂げるかを見出すことは難しい。

プライバシー法や他の法律分野でまだ適切に問題は処理されておらず、その問題の中核は、広範囲の法が支持する非常に未理論化状況の概念である同意にかかることである。同意とプライバシーにより良いアプローチを持つまでは、すべてが単に表面的な取扱いとなっているのである。

A. パターナリズムの危険

一般的な問題として、法は、表面上は合意されているように見受けられる取引を制限することを控えている。そして、法は、ある取引が非同意的なものに見做す前に、ある相当量の操作や強制を多めに見ようとする。もちろん、法は、危険で、社会的に有害、あるいは非道徳的と思われるような同意的取引を禁じている。大抵の場合、プライバシーを含む取引は、法が禁じる取引に類似しているわけではない。

しかし、先に示したように、個々人は、適切に自身のプライバシーを自主管理することができない。プライバシーを含む多くの文脈において、同意は意味を有していない。同意ベース制度に代替する主たる規制は、パターンリスティックなものとなる。プライバシーの自主管理モデルを用いての困難さは、プライバシーのパターナリズムを正当化するのか？そこでは、法は人々が自身の情報を共有することや、その利用や開示に同意を与えることを禁じる。

Anita Allen は、プライバシーは、自由で民主的な社会にとって不可欠なもので、「基本的な人間の美德」であると主張している。ある場合には、プライバシーは強制されなければならないと彼女は述べている。「基本的な人間の美德にとって、リベラルな社会は、適切に政府の強制と個々人の選択の両者を規律する。」

Julie Cohen は、プライバシーがいつも「他の財とトレードオフされる」されうる何かとして見ながら、批判している。彼女の見方によれば、なぜならば、この点について、個々人の選択でさえ、不当に形作られ、究極的に劣った創造性に至り、自我の成長を侵害しえることから、プライバシーは、全ての場合において放棄することを選択することを個々人が許容されるべき何かではない。本巻に対する彼女の寄与において、Cohen は、プライバシーとは「リベラルな民主政治体制の不可欠な構造特性であると主張している。その含意は、ある場合には、法は個人の同意を無効にしなければならないということである。

しかしプライバシーのパターナリズムは、パラドックスを生み出している。人々に自我を成長させる能力を与えるために、法は、その選択を無効としなければならない。

プライバシーを犠牲にし、情報を暴露するために、個々の選択はどれほど制限されるべきなのか、又は法により形成されなければならないのか？人々は、増大する頻度と大きさで、情報を共有しているようである。企業が情報を収集し利用するにつれて、多く人は、オプトアウトしようとしなない。人々は、Facebook, Twitter, Formspiring 他のようなサイト上に些細な彼らの生活の暗示を暴露している。プライバシー規範における世代のシフトが存在すると指摘する者もいる。そこでは、若者はプライバシーを気にかけないのである。しかし、実証研究は、若者と年寄の間でのプライバシーについての態度は驚くほど極めて似通ったものであることを示唆している。

人々が自身をさらす理由の一部は、リスクの認知を最小化しながら、暴露を促進し、最大化する、Web2.0 のデザイン方法ゆえである。より多くの暴露に至り、態度を形作るこれらの際との正に設計でありデザインなのである。これらのサイトの多くの利用者が10代であるという事実により、この問題はより深刻なものとなっている。彼らの意思決定する能力は、十分に成熟したものとなっていない。

Cohen は、プライバシーは創造性にとって不可欠であり、境界管理を含むと指摘することにおいて、おそらく正しい。しかし、法はいつ介入すべきなのか？全ての自己暴露が悪いわけでも正しい訳でもない。我々は、奇抜さと創造性を望んでいる。しかし、他人にとって社会的に破壊的であり、有害な行動や活動も存在しうる。そのため、我々はただ創造性を最大化しえないのである。我々はどの種類の特異性を育て、どの種類を抑制すべきかをどう決定するかが、重大な問題である。そしてこれについての

我々の決定は、それ自身、社会的に構築されるのである。

注意深い研究と社会科学の先行研究の適用を通じて操作技術が改善されるにつれて、問題はより先鋭化する。操作はより科学的なものとなり、技巧的なものではなくなっていく。そして、ましてや問題を含むものとなる。

しかし、もし法がいつでも人々の選択を制御すべきとするならば、同意はあいまいなものとなるか、おそらくは強要されたものとなる。膨大な範囲の選択(おそらくはそれらの大半が)が法の制御に従っているであろう。現実には、人々は彼らが思っているよりはるかに自由ではないということである。パターンリズムを受け入れるための中継地はどこにあるのか？人々が混乱し、非合理的となり、十分な情報が与えられず、操作されている場合にいつでも、もしパターンリズムが正当化されるとすれば、その時は、人々が行うほぼ全ての選択に対してパターンリズムは正当化されることになる。

B. 同意:一貫しない法概念

問題の核心は同意である。何かに同意するということは本当に何を意味するのだろうか？有効な同意として、法は何を認識すべきなのか？多くの取引は、何等かの知識及び力を伴う。いつ、この非対称性は強制されるほどに大きなものとなるのか？

同意は、法においてもっとも偏在し、かつ、厄介な問題の一つである。同意は、無数の法分野における重要な側面である。なお、それははなはだ未理論化の状況にある。確かに、同意は、法において、特にプライバシー法においては、膨大な量の作業を実行する。同意は、同意なしには違法で、許容されないとされる、ずらりとならんだ活動と契約を正当化する。例えば、ある人は、雇用の条件として、情報の機密性を維持するために同意しうる。当該人は、第一修正条項の下で、言論の自由の権利を放棄するため同意しようとしている。同意は、この権利放棄を正当化するのである。

一方当事者が非常に良くやらずに偏ったものであるとしても、契約法は一般に全ての合意を勧めることはしない。人々は、自身の最前の利益にならないような決定をいつでも行っている。人々は権利を放棄し、悪いリスクを取る。そして、法はしばしばそれを止めない。それがかなりな程度に偏り、問題を派生させないかぎり、法は合意の本質を見ない。そして、むしろ、同意が存在するかどうかに焦点を当てる。

多くの場合、同意は法の下で二値の問題となる。そこでは、同意かそうでないのかということである。答えはイエスかノーになる。そして、中間にグレーの色合いは存在しない。問題は、この単純な二値よりも、同意ははるかに複雑で微妙なことである。

多くの法分野で、同意は、重要な役割を果たしている。それでも、有効な同意を構成するものは、様々な法分野にわたり大きく異なっている。これまでのところ、なにが同

意を必要とし、同意に対してより一貫したアプローチを展開させるのかについて、体系的に分析しようとする試みはほとんどなかった。

例えば、職場における従業員のプライバシーの権利は、主として同意次第である。既存の法律の下で、従業員は、様々な形態の監視やテストに同意したとみなされている。例えば、Jennings 対 Minco Technology Labs 事件において、ある従業員は、被用者の薬物検査プログラムをプライバシー侵害として異議を申し立てた。裁判所は、薬物検査は、従業員の同意を得てのみ行え、それゆえ、そのような同意ゆえに、いかなるプライバシー侵害も発生していないと判示した。しかしながら、原告は、もし彼女が拒絶すれば、彼女は解雇され、彼女の厳しい財政状況を考えると大きな困難であるがゆえに、いかなる「同意」も言い訳に過ぎないと反論した。裁判所は以下のとおり結論した。「契約の作成、解釈および執行を統治するコモンローの下で、能力のある人の法的権利及び義務は、その経済的状況にしたがって変更されえるものではない。金持ちにはある契約法で、貧乏人には別の契約法は存在しえない。」

雇用者と従業員の間の本質的に異なる力関係を所与として、多くの雇用王権は本当に合意的なものなのか？法律は、それらがいかに強制的なものであったとしても、これらの状況に足を踏み入れるのを避けてきた。

同意の未解決状態についての別の症例は、刑事手続きである。第4修正法の下で、捜査対象者の同意がある場合、令状なしの捜査は有効である。しかしながら、同意は、ごまかしに基づいている場合がありうる。Lewis 対 United States 事件では、おとり捜査官が、偽りの名前とマリファナを買うことに興味があるふりをして、ある人の家に入る同意を得た。最高裁判所は、当該人の同意を有効なものとして支持した。更に、人は、同意を拒否する権利について情報を与えられる必要はないとした。そのような同意の観念は医療の文脈における同意と一貫性を持っていない。そこでは、患者は、患者の決定に関連するすべてのことについて十分に情報を提供されなければならない。

第4修正法は、第5修正法とは違ったバージョンの同意を有している。Schnecklot 対 Bustamonte 事件において、最高裁判所は、『自発性は、「知って」選択をすることを意味すると文字通り解釈されえない』と協調した。しかしながら、Miranda 対 Arizona 事件で、第5修正法は、それらを放棄するためには、人は黙秘する権利と弁護士への権利について十分に情報が与えられることを求めている。なぜ、第5修正の権利放棄への同意と、第4修正権利放棄への同意がことなっているのか？裁判所は答えを提供することを怠っている。

同意をもって、第1修正、第4修正及び第5修正の権利というような、憲法上の権利が放棄されうる。しかし、他の権利は譲渡不可である。同意はまた、不法行為法にお

いて大きく異なりうる。*Desnick 対 American Broadcasting Companies, Inc.*事件において、Posner 判事が述べているように、詐欺と欺瞞により取得された同意を法はしばしば承認している。

誘惑は、標準的に愛の偽りの約束のよって影響を受けるが、レイプではない。医療や精神的な治療を与える口実の下での性交は、少なくとも多くの州ではレイプである。それは確かに、一続きのものである。不法侵入は、似た類似を提示する。もし、自家所有者が、事実は全く異なり、家のインテリアに興味のあるおせっかいな人である、自称電気検針員にドアを開くとしたら、その入室に対する当該自家所有者の同意は、不法侵入訴訟に対する抗弁にはなりえない。そして、顧客のふりをして、実際は当該企業の営業秘密を盗むことを望んで、企業の建物に入るようなものである。

契約法では、人々はしばしば契約を読んでいないし、真の交渉力を有していない契約に人々は拘束されることを法は承認している。しかし、法は契約が非同意的なものとみなす状況も存在する。「契約成立の要件、当事者の同意が本物であるか現実的であることが提言されてきた。したがって、間違い、勘違い、並びに詐欺や脅迫の影響は、ある当事者の同意を弱めるほどに、全てがその同意に影響を及ぼすのである。」例えば、ある人が脅迫の下にあるとき、彼らの「自由意志」が「圧倒されている」ときは、契約は無効となる。

人々は危険な多くのことに同意することは可能である。それでも、法が一般的に合意的な取引を禁じる分野が存在する。煙草やお酒の購入は、たとえ危険性があるとしても、一般的に合意に基づくものとみなされている。フットボールをすることや、炭鉱や消防のような危険な職業につくことも同様である。しかし、いかに合意に基づくものであろうと、人々は死に至る剣闘士の戦いを行うことや、売春に従事すること、ある種の麻薬を使用することは許されない。いかなる同意の個別の理論がこれらの区別を説明しうるのかどうかは明確ではない。同意に対する法の変化に富んだ、一貫性のないアプローチは、立法に至る歴史的な偶然性と様々な道徳的態度の産物でもある。

その苦勞にも関わらず、法が実質的な選択それ自身を避ける主要な方法の一つであるように、同意の概念は、法において多くの仕事をなすべきことが求められている。同意は、しばしば実体について不可知論者のままである。現実の選択はややこしく、そしてむしろ手続きに依拠している。ある人が同意する場合は、当該選択は許容される。確かに、同意の主たる機能のひとつは、広範な契約、取引並びに権利放棄について正当性を提供することである。たとえ、人々が悪いあるいはおろかな選択をするとしても、同意を介してなされているのであれば、法はそれを受け入れる。

問題は、法が同意の理にかなった根拠を有していないことである。同意は、重要な中心的価値を議論することなく、成果に至る便利な方法となっている。

III. 衝突する同意とプライバシー

プライバシー規制を前進させるために、法は、プライバシーに係る同意についてのより良い、かつより一貫したアプローチを必要としている。現在、法は、人間の意思決定に絡む複雑性と課題について我々に示唆を与えてきた社会科学の先行研究に十分に取り組んできていない。法の同意についての現在の見方は非一貫的である。そして、法は同意を単純な二値(つまり、存在するか、しないかという)として扱っている。同意は、はるかに微妙であり、プライバシー法は、機能するにはあまりにも複雑になること無しに、ニュアンスをより良く構成する新たなアプローチを必要としている。

何らかの方法で前進するには、困難な実質的決定を可能とする法を必要としている。プライバシーの自己統治は、特定の形式の情報収集、利用又は開示のメリットにつて中立的立場に留まろうとしており、同意があるのかどうかを単純にみている。プライバシーの自治統治モデルでは、もし合意に基づくものであれば、ほとんどの形式の収集、利用又は開示は許容可能となる。前進するには、この種の中立性は維持不可能である。

法律は、基本的なプライバシー規範を成分化しなければならない。そのような成分化は、過度にパターンリズムになる必要性はない。統一商法典のような形式をとりうる。その場合、いくつかのデフォルト原則は放棄されうる。UCC の規範は、まったくゆるぎのないものとなり、しばしば継続される。これらの規範からの逸脱は極めて顕著で、適切な情報の収集、利用及び開示について、プライバシー法はこのように余りに少ないことしかいっていない。私は、パターンリスティックは形態を主張しているわけではない。外側の境界でのみ、法はそうすべきである。しかし、法は実体についてより強く関与すべきである。

本質的に、プライバシーを思い出すときに多くの人が望むことは、自身に便益を与える、あるいは、個人的に自身を害することなく社会を利するような方法で、自分の情報が収集され、利用され、開示されることである。もし、人々が情報のある利用方法に異議がある場合、彼らはノーと言える権利を求めている。しかし、多くの人々は、自身のプライバシーを微細に管理することを望んではいない。彼らは、自身のプライバシーについて、誰かが探査していることを知り、そして、悪意のある利用から彼らが保護されること望んでいる。

我々が食べる物と運転する車で、我々は、一般的なレベルの安全が存在すると信賴している。多くの選択肢は残るが、車を運転し、ミルクを飲むときにはいつでも、安全ではないと恐れる必要はない。

我々は、ある種の基本機能が利用可能であり、これらの製品がある合理的な安全

性のパラメータ内にあると信頼している。我々は車やミルクについての専門家になる必要はないのである

データの収集、利用及び開示についてより実体的なルールを確立することは役に立つであろう。これらのルールは、規範の基本セットを確立するために交渉されうるより柔軟なデフォルトルールに加えて、特に問題となるような慣行を阻止する強固な境界により構成されうる。確かに、交渉のための様々なレベルの優しさをもって、デフォルトルールは作り上げられる。

もちろん、中立性から離れる際、極端なパターンリズムは避けなければならない。法律が人々の同意能力を無効にするのは、彼らが同意するかも知らないものの害が、明確にベネフィットを上回ることから、決まってそうするのである。プライバシーにとっては、コストとベネフィットの測定はしばしば複雑になる。Lior Strahilevitz が本巻で指摘しているように、個人情報の収集、利用及び開示に関する様々な制限は、ある人たちにはベネフィットに、他の人たちには害悪に至るのである。プライバシーは配分効果を持っている。そして、このことは、どの選択がなすべき正しいものかを決定するには余りにも複雑なものにする。更に、Omer TeneとPolonetskyが指摘し、例を持って示しているように、個人情報の収集、利用及び開示は、たとえ同意なしであっても、個々人と社会にとっての大いなる利益に至りうる。

多くの場合、当該情報が収集された時点では、ベネフィットは直ちには明確ではないかもしれない。情報を組み合わせる新たな考え方、情報集約と分析における新たな発見、そして情報分析の新たな技法と技術は、方程式のベネフィット側を変化させるのである。それはコスト側も変化させるのである。新たな情報利用に対する新たな同意を要求するルールは、あまりにも桁違いに費用がかかるかもしれないし、これらの利用についてデファクトの障害として機能するのかもしれない。そのような結果は、社会的に望ましいことではないかもしれない。そして、情報が関与している多くの人々によって選好される結果とはならないかもしれない。その一方で、事実上無制限の配列での新たな情報利用を許容する包括的な同意は望ましくないであろう。情報が潜在的に有害な方法で利用されうるにつれて、人々は予想することも、理解することもできないかもしれないのである。

また、プライバシー侵害は定義するには余りにもとらえどころがないため、ある種の個人情報の収集、利用及び開示のコストを測定することは、極めて困難である。最終的には、この分野のダイナミズムゆえに、コストとベネフィットを評価することは、将来に対するかなりの憶測を必要とするのである。個々人は、事前にはそのような決定を良くしえず、事後も同様である。

このような決定は、特定の情報利用の時には良くなされるだろう。必要なのは、それ

が求められる時に、法が介入し、新たな利用のタイプについてのアドバイスを提供することである。おそらく、あるものは徹底的に禁止されるべきであり、あるものは制限されるべきである。あるものは新たな同意を必要とするべきであり、同意を無効とする権利を持って、あるものは許容されるべきである。そして、あるものは、新たな同意無しに、許容されるべきである。おそらく、当局が、それらが生じるにつれて、新たな利用に対する提案を再検討すべきである。

自主管理モデルは放棄されえない。そして、よりパターナリスティックな手段もまた放棄されえない。銀の弾丸は存在しない。そして、手元にある最も明らかなソリューションは、自主管理とパターナリズムの間で巧妙なダンスにふけりつづけようとするようなものである。

結論

あまりに長い間、プライバシー法はプライバシーの自主管理モデルに過大に依存してきた。このモデルは、その要求目標を達成することはできない。そして、その限界を超えて押し進められてきた。当該モデルは、多くの長所を有しており放棄されえないし、代替制度も極端にパターナリスティックなものとはなりえない。

多くのプライバシー問題の中核は、同意問題である。そして、あまりにもしばしば、法、政策及び学会はそれを無視している。前へ進む方法は、(1)個人情報について人は如何に決定を行うのかについての社会科学の発見を考慮する、同意への一貫したアプローチを発展させること、そして、(2)実体的なプライバシーのルールを発展させることを含む。これらは非常なる挑戦であるが、それらは取り組まれなければならない。そうでなければ、扱わなければならない問題はより大きくなり、そしてよりコントロールが利かなくなる一方で、プライバシー法は発育不全なままとなる。