



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバー時代におけるプライバシーの法理論（４）：私法上の問題を中心に
Author(s)	角本, 和理
Citation	北大法学論集, 68(5), 35-102
Issue Date	2018-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68232
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no5_02.pdf



サイバー時代におけるプライバシーの法理論（四）

—— 私法上の問題を中心に ——

角 本 和 理

目 次

序章

第一章

日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題
第一節 プライバシーの権益に関する判例法理

（以上、六七巻四号）

第二節 プライバシーの権益に関する民法学説

第一款 プライバシー概念不要説

第二款 プライバシー概念肯定説（一元的構成）

第三款 プライバシー概念肯定説（二元的構成）

第四款 プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）

第五款 プライバシーの法的保護の限界

第六款 近時の理論動向

第三節 本章の総括と若干の検討——従来の研究に残された課題

第四節 プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説——次章への橋渡しとして

第二章 実社会のサイバー化とエツイオーニのプライバシー理論

第一節 はじめに

第二節 リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理論

第一款 アメリカにおけるプライバシー法理の展開と課題

第二款 リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理解のあり方

第三款 サイバー時代におけるプライバシー保護

第三節 若干の考察——情報のサイバーネーションとプライバシー

（以上、本号）

第二章 実社会のサイバー化とエツイオーニのプライバシー理論

第一節 はじめに

（以上、六七卷五号）

（以上、六七卷六号）

序章で検討した日本の「ICT街づくり」同様、アメリカにおいても「スマートシティ構想」として、ICTの都市機能への取り込みが積極的に展開されている。⁽¹⁾ ここでは、「スマートグリッド」(smart grid)⁽²⁾を応用したサービスである「スマートエネルギー」や「スマートビル」、あるいはヘルスケア、交通システム、行政サービス、防犯や災害対策へのICTの活用が期待されている。⁽³⁾ この点、スマートシティ構想の技術的側面を支えているのは国家ではなく、情報産業界の民間企業である。⁽⁴⁾ そのため、そのシステムの不備や悪意のある設計・利用について責任を問う場合には、対民間企業の問題でもあるということを念頭に置かなければならないといえる。しかしながら、スマートシティ構想は単に地方都市や民間企業によってのみ企画が進められているのではない。⁽⁵⁾ 一方で連邦政府が経済面での支援を行い、他方で情報交換や技術提携を見込んだ業界団体も形成されてきているのである。⁽⁶⁾

以上のような状況において、利活用の対象となる個人の情報・プライバシーはいかなる形で保護されるのだろうか。この点、アメリカは日本のような包括的な個人情報保護に関する法律を持たないが、業種別（セクトラル方式）に各種連邦法が整備されており、なおかつそれぞれの州において個別の立法がなされるという形になっている。現状、連邦法レベルではスマートシティのような問題に特化した法律は存在しないが、その中核技術ともいえるスマートグリッドに関するワーキンググループの検討では、これまで制定されてきた多岐にわたるプライバシー関連法を個別に適用するか、あるいは改正することで問題に対応することが考えられるとされている。⁽⁷⁾

そのため、このスマートグリッドと数多の技術とを複合させるスマートシティにおいては、多分野に亘る複合的な規制が必要になってくることは必至である。しかし、繰り返し述べるように、これに包括的に対応する法律はアメリカにはなお存在しない。そこにおいては、より統合的・包括的観点からの個人情報保護・プライバシー保護が求められているのである。

このような課題を抱えるアメリカの学説では、これまでプライバシーを「ほうっておいてもらう権利」、「自己への限定アクセス」、「秘密」、「個人情報コントロール」、「人格性」、「親密性」といった形で概念化してきた⁽⁸⁾。このような理論のうち、本稿で主として検討するのは、すでに序章にて言及している通り、社会学者アミタイ・エツィオーニ (Amitai Etzioni) の見解である。

既述の通り、彼は二〇世紀末頃から、情報の利活用によって得られる公共的な利益と、個人のプライバシーの保護のバランスをいかにとるかについて検討を重ねている。また彼の比較的近時の論考では、人々のあらゆる行動がデジタル情報化され、プログラムによって自動処理される「サイバー時代」におけるプライバシー保護のあり方について法政策的提言を行うのみならず、人工知能技術の利用と統御のバランスのとり方についてまでその検討は及んでいる。

より効率のよい省エネ、ヘルスケア、防犯等の公共政策の達成を目的に、個人に関する様々な情報を多角的に利活用することでもちづくりを行いつつある昨今においては、個人の権利と公共的な利益との衡量を慎重に行い続けているエツィオーニの検討は、むしろ示唆にあふれるのではないのだろうか。

- (1) アメリカのスマートシティ構想を紹介する近時の論考として、和田恭「米国におけるスマートシティを巡る最近の動向」ニューヨークだより二〇一一年二月号 (情報処理推進機構) <<http://www.jif.org/column/pdf2011/201102.pdf>> (最終アクセス二〇一五年二月九日)、八山幸司「…米国におけるスマートシティに関する取り組みの現状」ニューヨークだより二〇一五年一〇号 (情報処理推進機構) <<https://www.ipa.go.jp/files/000048357.pdf>> (最終アクセス二〇一五年二月九日)。

- ここでの検討は、これらの論考に負うところも大きい。
- (2) スマートグリッドとは、電力系統を最適に制御することで効率的なエネルギー利用を図るシステムのことである。

(3) まず、ニューヨークでは、ロックフェラーセンター以来の大規模開発ハドソン・ヤード再開発プロジェクトにおいて、スマートシティ機能の導入が進められる予定となっている。この地域の各ビルと施設は光ファイバーのネットワークでつながれ、各所に設置されたセンサーからデータを集めて地域の動向をリアルタイムで分析することが可能となるという(Heather Clancy, Hudson Yards: A connected neighborhood grows in Manhattan (Jun. 11, 2014), <http://www.greenbiz.com/blog/2014/06/11/along-new-york-urban-analytics> (last visited Dec. 9, 2015))。

つぎに、カリフォルニア州サンフランシスコでは、都市部のデータをスマートシティへつなげる試みとして、データの可視化とオープン化を進めている。例えば、都市部のデータを省エネに活用しスマートシティへつなげる試みとして、都市環境のデータを一元的に提供するeSD Smart San Francisco 2030 District プロジェクトが勧められている(Patrick Marshall, San Francisco focuses IoT platform on energy data streams (Mar. 3, 2015), <https://gcn.com/Articles/2015/03/03/San-Francisco-CityZenith.aspx> (last visited Dec. 9, 2015))。

そして、マサチューセッツ州ボストンでは、交通と道路環境を中心としたスマートシティの取り組みを進めている(City of Boston, Boston Taking a New Approach to Traffic and Parking Challenges (Dec. 11, 2013), <http://www.cityofboston.gov/news/Default.aspx?id=6436> (last visited Dec. 9, 2015))。

ほかに、フロリダ州オーランドの郊外にある計画都市レイクナナ(Lake Nona)では、ヘルスケアにフォーカスしたスマートシティの構築が進められている(Anjelica Partridge, Students Lead "Smart House" Tours For Health IT Conference (Mar. 3, 2014), <https://med.uct.edu/news/2014/03/students-lead-smart-house-tours-for-health-it-conference/> (last visited Dec. 9, 2015))。

(4) 代表的な企業としては、シスコ(Cisco)社、GE社、IBM社が挙げられる。

(5) 連邦政府では従来から超高速ブロードバンドやIoT研究、スマートシティの基盤作りを進めてきており、近年では、ブロードバンドを活用した本格的なスマートシティの構築へと乗り出している。二〇一五年九月、バラク・オバマ(Barack Obama)大統領はスマートシティへの取り組みに一億六千万ドルを投入するSmart Cities イニシアチブを発表した(The White House Statements & Releases, FACT SHEET: Administration Announces New "Smart Cities" Initiative to Help Communities Tackle Local Challenges and Improve City Services (Sept. 14, 2015), <https://www.whitehouse.gov/the->

press-office/2015/09/14/fact-sheet-administration-announces-new-smart-cities-initiative-help (last visited Dec. 9, 2015).)。このイニシアチブはこれまでの取り組みを更に進めるもので、整備されたブロードバンドを活用して交通渋滞の解消、犯罪対策、経済成長の促進、気候変動への対応、行政サービスの向上を目指した研究開発が行われる。

(6) アメリカで最も大きなスマートシティ業界団体の一つである Smart Cities Council では、スマートシティ構築のためのフレームワークづくりを進めている (Smart Cities Council HP, <http://smartcitiescouncil.com/category-membership> (last visited Dec. 9, 2015))。この団体は二〇一三年五月に設立され、生活、雇用、持続性の高いスマートシティの構築を目的としており、GE 社、IBM 社、アメリカ通信大手 AT&T 社など様々な分野の大手企業に加え国内外の大学や研究機関が参加するなど、横断的な取り組みを進める組織となっている。

(7) The Smart Grid Interoperability Panel - Cyber Security Working Group, *NISTIR 7628 Guidelines for Smart Grid Cyber Security: Vol. 2, Privacy and the Smart Grid* (Sept. 2010), http://www.nist.gov/smartgrid/upload/nistir-7628_total.pdf (last visited Dec. 9, 2015) at 8.

(8) アメリカにおけるプライバシー論を包括的に整理し、批判的に検討する近時の論考としては、例えば、ダニエル・J・ソロブのものがある。DANIEL J. SOLOVE, *UNDERSTANDING PRIVACY* (Harvard University Press, 2008). 邦訳として、ダニエル・J・ソロヴ (著)、大谷卓史 (訳) 『プライバシーの新理論 概念と法の再考』(みすず書房、二〇一三)。
ソロブによると、アメリカの学説によるプライバシーの概念化はあまりにも広すぎるか、逆に狭すぎるという欠点を抱えているとされる。

第二節 リベラル・コミュニティアニズムのプライバシー理論

本節では、エツイオーニのプライバシー理論を検討していく。

この点、エツイオーニの基本的な思想的立場は、リベラル・コミュニティアニズム (liberal communitarianism)⁽⁹⁾と

呼ばれるものである⁽¹⁰⁾。かつてコミュニタリアニズムは、今日の政治哲学で主流たるリベラリズムの（公的領域における）非倫理性や、個人主義という名の下における原子論的な孤立を批判し、その対抗思想として登場した。これに対して、リベラルな論者は、抑圧的・権威主義的な共同体の復興を企てる前近代的ないし復古的な危険な思想として反批判する⁽¹¹⁾。

これにエツイオーニは再反論して、コミュニタリアニズムが考える今日のコミュニティは伝統性と現代性を融合させたものであり、「多重コミュニティ」であって「重層的忠誠心」が存在するとする。彼によると、コミュニティには、求心的な力と遠心的な力とが働いており、コミュニティの「秩序」と個々人の「自律」とがそれらにあたるとする。この二つの力のバランスをとるのが、コミュニタリアニズムの基本的発想であると主張する⁽¹²⁾。

これまでの日本のプライバシー研究は、既述のような思想を重視する彼をプライバシー権の終焉を説く学説の一端を担うものとして消極的に捉え、つぶさに検討することはほなかったといえる⁽¹³⁾。しかし、そのような捉え方は必ずしも正確ではなく、後に検討するように、彼の主張にはむしろ現行の保護法制では抜け落ちてゐる個人の権益の保護を訴える側面もあるのである。

以下では、第一款において、アメリカにおけるプライバシー法理の展開とエツイオーニの問題意識を検討する。次に、第二款において、リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー保護の基本的方向性について検討する。そして、第三款では、あらゆる情報がデジタル化され自動で分析・処理されるサイバー時代におけるプライバシー保護のあり方について検討する。

(9) かつてエッイオーニは、自身の思想的立場について、応答的（応答する）コミュニタリアニズム（responsive communitarianism）と表現していた。しかし近時の論考ではむしろ liberal communitarianism の語のほうが利用されているため、ここでは明らかに統一する。そのため、かつて明示的に responsive communitarianism と論じられていた部分も「リベラル・コミュニタリアニズム」と訳出していることが多いことを述べておく。

(10) エッイオーニの基本的な思想が表れている著作として、AMITAI ETZIONI, *THE SPIRIT OF COMMUNITY RIGHT, RESPONSIBILITIES AND THE COMMUNITARIAN AGENDA*, (Crown Publishers Inc, 1993). 本書の巻末には、コミュニタリアニズムを基調とした政治運動の声明文である「コミュニタリアン綱領（一九九二）」が掲載されている。同綱領の翻訳として、宮平望「アメリカの『コミュニタリアン綱領（一九九二）』の全訳」西南学院大学国際文化論集第二二巻第二号（一九九八）二〇三頁以下。同綱領及びエッイオーニの同著作に表れた、エッイオーニの思想とユダヤ・キリスト教との関連を重視する解説として、同「アメリカの『コミュニタリアン綱領（一九九二）』の解説」西南学院大学国際文化論集第一三巻第一号（一九九八）一八七頁以下。また、エッイオーニの思想の到達点が示された著作として、AMITAI ETZIONI, *THE NEW GOLDEN RULE: COMMUNITY AND MORALITY IN A DEMOCRATIC SOCIETY* (Basic Books, 1997). 邦訳として、永安幸正（監訳）『新しい黄金律——善き社会を実現するためのコミュニタリアン宣言』（麗澤大学出版会、二〇〇一）。

その他、エッイオーニの議論について検討する日本の論考としては、例えば、堀内一史「共同体主義とは——今日の「共同体」の概念をめぐって——」麗澤レビュー第五巻（一九九九）二七頁以下、坂口緑、中野剛充「現代コミュニタリアニズム」有賀誠、伊藤恭彦、松井暁（編）『ポスト・リベラリズム——社会的規範理論への招待——』（ナカニシヤ出版、二〇〇〇）九七頁以下、麻野雅子「共同体主義——「負荷なき自我」批判からエチオーニの共同体主義運動へ——」足立幸男、森脇俊雅『公共政策学』（ミネルヴァ書房、二〇〇三）三六〇頁以下、菊池理夫『現代のコミュニタリアニズムと第三の道』（風行社、二〇〇四）一三五頁以下、坂口緑「コミュニタリアニズムの政策論——エッチオーニとガルストン——」有賀誠、伊藤恭彦、松井暁（編）『ポスト・リベラリズムの対抗軸』（ナカニシヤ出版、二〇〇七）四三頁以下等が挙げられる。これらの多くは、エッイオーニの基本的な政策論をコミュニタリアニズムの思潮に位置付けつつ解説し、日本への示唆を得ることを目的としている。

(11) コミュニタリアニズムをリベラリズムの立場から批判的に検討する日本の論考として、例えば、井上達夫の一連の著作、

- 同「共同体の要求と法の限界」千葉大学法学論集四卷一号一二一頁以下、同「共同体論——その諸相と射程」法哲学年報一九八九（現代における〈個人——共同体——国家〉）（一九九〇）六頁以下、同「自由をめぐる知的状況——法哲学の側から」ジュリスト九七八号（一九九二）二二頁以下、同「共同体と責任——棚瀬理論への法哲学的応答」棚瀬孝雄（編）『現代の不法行為法』（有斐閣、一九九四）二二六頁以下等、また、森村進「リベラリズムと共同体主義」矢崎光圀、長尾龍一（監修）桂木隆夫、森村進（編）『法哲学的思考』（平凡社、一九八九）七頁以下等。
- (12) エツイオーニ（著）、永安（監訳）・前掲書注（10）六四頁以下。
- (13) 例えば、宮下紘『プライバシー権の復権』（中央大学出版部、二〇一五）三〇九頁。

第一款 アメリカにおけるプライバシー法理の展開と課題

一 判例によるプライバシー保護の史的展開

ここでは、アメリカにおけるプライバシー保護の史的展開について略述し、これに対するエツイオーニの批判を検討していく。この点、アメリカのプライバシー保護に関する通史的研究は、すでに日本においてもいくつか優れたものが存在する⁽¹⁴⁾。そのため、本稿ではこれを、エツイオーニの観点から再整理したものを見ていくことにする。

具体的には、プライバシーの発展史を、①一八九〇年以前（プライバシーを保護するために財産権の理論を利用していた時期）、②一八九〇年から一九六五年（不法行為法の領域においてプライバシーが発展した時期）、③一九六五年以後（プライバシーの権利の憲法的基礎に関する大きな展開を迎えた時期）の三つの時期に区分して検討する。

一——一八九〇年以前

一八九〇年以前のアメリカ社会は、他の社会同様、はっきりとしたプライバシーの觀念を有しているわけではなかった。のちにプライバシーと呼ばれるなんらかの側面を守るための法的争訟はいくつか見られたが、それらは典型的には私有財産に関する権利に依拠していた。たとえば、私的な事柄を曝露して人の評判を傷つけることは、ある人が有するもの（つまりその人の評判）に損害を与えると考えられており、プライバシーの侵害とは看做されていなかった。⁽¹⁵⁾

当時、私有財産の権利は、半ば神聖なものとして扱われていた。これは、自然法の反映であり、奪うことのできない権利であり、軽減されない、あるいは少なくとも堅固に特権が与えられた善であつた。これはロックの思想に根ざすものである。⁽¹⁶⁾

古典的なリベラルは、個人の権利はその行使が他人の自由を侵害しない限り主張することができものである。個人の権利はその意味で、制限されている⁽¹⁷⁾と認識していた。しかし、この制限は概して、社会的に構想された善に奉仕することを考慮したものではなかったことを、エツイオーニは指摘する。⁽¹⁸⁾

一——一八九〇年から一九六五年

この時期のプライバシー論に特徴的なのは、無論、何百もの法的争訟の基礎の役目を果たしたウォレンとブランドイスの論文である。

この点は序章にて既述だが、ウォレンとブランドイスは、彼らの主張を「ほうっておいてもらう権利」という、二つのことが自明のことと想定された権利として組み立てた。彼らは、個人及び家庭生活の範囲は、公共圏やコミュニティから隔離される特性を含むものであり、尊重されるべき（sacred）もの⁽¹⁹⁾であると言及している。

彼らに主張されたように、ほうっておいてもらう権利はそのほかの考慮から隔絶されたこの上のない権利であると一般に構成されてきた。⁽²⁰⁾そこには、もしコミュニティのメンバー全員がこの自由を行使したら、共通善が不当に扱われるという明示的な認識がないことを、エツイオーニは問題視する。⁽²¹⁾

のちの政府当局も、プライバシーを「不可侵の権利」、つまり、強力な主張と切り札としての地位を示すものであると言及している。⁽²²⁾さらに、プライバシーを自律（ないし自由）のきわめて重要な要素として扱ったり、あるいは、自律や自由という概念をあたかもプライバシーと同義であると扱ったり、さらにはプライバシーへの敬意を拡張する強硬な傾向がみられるようになった。フリードはさらにこれに、人は、プライバシー権の侵害は彼等のまさに人間性を害するものであると感じるので、プライバシーなしには人びとが互いに尊敬し、愛しあうことなど、想像できないとする意見を付け加えた。⁽²³⁾

また、プライバシーはわれわれの最も重要な価値——われわれが自己省察や選択のできる道徳的自律の存在であること——と密接に結びついており、その侵害は個人主義の品位を貶め、個人の尊厳を侮辱することになるため、プライバシーの侵害は西洋的価値の核心を害するものであるとする者も現れた。⁽²⁴⁾

これらの議論はすべて、プライバシーの権利を軽減されない善、あるいは、少なくとも堅固に特権を与えられた価値として描いている。彼等は、共通善がプライバシーに何らかの制限を要求することが道義的に許される場面を認めないと、エツイオーニは捉えている。

一—三 一九六五年以後

プライバシーの法的基礎の発展の第三段階目は、一般に以下の事案によって始まったとされており、エツイオーニも

これに倣う⁽²⁵⁾。それは、 그리스ウォールド対コネチカット州判決⁽²⁶⁾、アイゼンシュタット対ベアード判決⁽²⁷⁾、ロー対ウェイド判決⁽²⁸⁾であり、これらはすべて、生殖に関する選択 (reproductive choice) を扱った事案である。

これらの事案以前の時期は、むしろ共通善の観念の方が個人のプライバシーや自律の保護よりもずっと重視されていたため、避妊具の使用、配布、販売は、既婚のカップルにとっても違法なことでとされていた。さらに、妊娠中絶はほとんどの州で禁止されており、例外的に母体の生命を救うときのみ許可されていた。

この状況は、一九六〇年代から七〇年代にかけての一連の画期的な裁判所の判決によって劇的に変化した。

グリスウォールド判決は、生殖に関する選択の事案の最初のものであるが、ここでは一般的な憲法上のプライバシー権が確立されたと一般に考えられている。この事案で、連邦最高裁は、コネチカット州法が避妊具の使用を禁止していることを夫婦のプライバシーの侵害であると判示した。

この新しい権利はすぐに拡張した。アイゼンシュタット判決では、裁判所は、避妊具の配布を禁止することを、それが未婚のカップルに対するものであったとしても、無効とした。その後のキャリー対ポプulerション・サービス・インターナショナル判決⁽²⁹⁾では、未成年者に対する避妊具販売の制限が撤廃された。

これらの事案では、すべて、裁判所は問題となっている自由に関する条件や制限を提示することも、明白に認めることもしなかった。プライバシーの保護はおおよそ絶対的なものとなったのである。裁判所は事実上、州が避妊を不法とすることが妥当となる目的や動機に注意を払わなかった。そして、グリスウォールド判決では避妊具の使用は既婚のカップルに制限されていたにもかかわらず、アイゼンシュタット判決では、新しい、より広い、個人のプライバシーの概念が創出された。

また、その後のロー判決では、裁判所は中絶の禁止を無効とすることによって、プライバシーの権利をさらに拡張し

た。しかし、この事案は、議論の余地はあるにしても、おそらくそのほかの事案よりもいくらか包括的ではないように思われるとエツイオーニは解する⁽³⁰⁾。なぜなら、裁判所は妊娠中絶に関するいかなる制限も課してはいないが、際限のないプライバシー権を認めるアプローチは採用せず、州が中絶を禁止することができるいくらかの基準を定式化しているからである。

しかし、ロー判決は、それまで州によって支配されてきた行為を個人の選択に従うものとしたという意味で、重要な事案である⁽³¹⁾。

一―四 今日におけるプライバシー理解のあり方

以上のような歴史的展開を経て、現代のプライバシーの擁護者は今なお、プライバシーを際限のない特権を与えられた善として扱っていると、エツイオーニは批判する。

プライバシー擁護者は権利一般、そのなかでも特にプライバシーは、現代のアメリカでは一八九〇年代やそれ以前と比べるとかなり保護されるようになっていたことを認識しているにもかかわらず、今なおその思想的な先達と同様の議論を行い続ける。なぜなら、彼らは国家が個人に対して威圧的になるかもしれないと恐れ続けており、さらに、新しい技術的社会的な発展がプライバシーの破壊に繋がらないにしても、縮小に繋がるのではないかと考えてもいるからである。

その一方で、プライバシーや他の個人の権利を不可侵のものと扱うことのネガティブな結果は、初期に形成された法的概念を引用し続ける者たちによって、凡そ無視されて来たことを、エツイオーニは指摘する⁽³²⁾。

そのため、権利、私的選択等は膨張・拡張し続け、その必然的結果として社会的責任やコミュニティへのコミットメ

ントは無視され、公共の安全や公衆衛生の悪化というネガティブな結果が生じてしまったという⁽³³⁾。このようなプライバシー最重要視の方向性は、今日においてどこまで有効なのだろうか。

このような問いに対し、エツイオーニは、プライバシーと公共的な利益とを慎重に調整し続けることを主張するのである。

二 エツイオーニの近時の問題意識

以上のようなプライバシーの史的展開を前提に、ここでは彼の近時におけるプライバシー問題へのアプローチを検討する。

前述のように、アメリカにおけるプライバシー権は、判例上、古典的には主としてイエロージャーナリズムに対抗する権利として形成されてきたが、その後、盗聴等の捜査機関による違法収集証拠の問題や、あるいは避妊や妊娠中絶等の女性の性に関する決定にまつわる問題の解決へと応用されるようになった。

この点、捜査機関による盗聴等の事案でよく争点となる憲法第四修正⁽³⁴⁾——これはスマートグリッドを利用した際の宅内のプライバシーを守る根拠とも目されている⁽³⁵⁾——は、少なくとも一九世紀後半まではコモン・ロー上の不法侵入(trespass)と結びつけて理解されてきた⁽³⁶⁾。そのため、かつて、捜査機関による盗聴は、「現実の物理的侵入」が存在しないこと、そして、盗聴された会話は、「有体物」の押収ではないことから、第四修正にいう「搜索・押収」に含まれないとした判例法理が存在した⁽³⁷⁾。

しかし、科学技術の発展に合わせて、その後の判決では所有権に依拠したアプローチからは離れるようになり、「有体物」が押収されなくても、第四修正の「搜索・押収」に含まれるとされた⁽³⁸⁾。ただし、憲法上保護された領域への「物

理的侵入」が存在しなければ、「搜索・押収」ではないとする「不法侵害法則」は、変更されずに維持されてきた。

最高裁はその後の一九六七年、カツツ対合衆国判決⁽³⁹⁾において、第四修正ケースに対する家を中心とするアプローチから離れた。本件はカツツが賭博に関する情報を電話で伝えたことが犯罪とされたものであるが、捜査の過程でFBIの捜査官が公衆電話ボックスの外側に電子的監視装置（盗聴・録音機）を取り付け、カツツの会話を盗聴し、これを証拠としたことが第四修正に違反するとして訴えられた事例である。

この判決においては、公衆電話ボックスの外側に電子的監視装置を取り付けることは「搜索」に当たり、政府は物理的な不法侵入を伴っていなくてもあらかじめ令状を得なければならぬと判示された。その理由として連邦最高裁は、第四修正は人民を保護するものであつて場所を保護するものではないとし、個人のプライバシーに対する合理的な期待が侵害されたときには物理的な侵害がなくても第四修正に違反するとしたのである。そして、その後の判決では、公務員が「プライバシーの合理的期待（プライバシーの客観的期待）」を侵害した場合のみ第四修正違反となるという、カツツ判決におけるハラン（Harlan）⁽⁴²⁾ 判事の基準を適用してきた。

その後同様の問題についてなされた判示としては、例えば、テリー対オハイオ州判決⁽⁴⁰⁾、合衆国対ホワイト判決⁽⁴¹⁾、合衆国対ノッツ判決⁽⁴²⁾、合衆国対カロー判決⁽⁴³⁾、カイロー対合衆国判決⁽⁴⁴⁾、合衆国対ジョーンズ判決⁽⁴⁵⁾、フロリダ州対ジャーディン判決⁽⁴⁶⁾、等が挙げられる。これらの事案は、薬物検査や盗聴、空港での安全検査、DNAサンプリング、呼気検査、麻薬捜査犬が第四修正の「搜索」を構成するかどうかが問題となったものである。

この点、カツツ判決の「プライバシーの合理的な期待」の基準は、人や社会がどう期待するかについて、客観的な手法で決定することができず、問題があることがしばしば指摘されてきた。なぜなら、もし判事が原告の主張するプライバシーの期待が合理的であると思えば原告の訴えは認められるが、もし原告の主張が判事の考える「合理的な」期待と

かみ合わなければ、その訴えは認められなくなるからである。この点については多くの法学者が批判をしており、例えば、リチャード・A・ポズナー (Richard A. Posner) は、「プライバシー保護の合理的な期待のあるプライバシーを侵害された個人でない限り、プライバシーの侵害はないというのは、循環論法である」とこれを批判する⁽⁴⁷⁾。

このようなプライバシーの判例法理について、エツイオーニはさらに、次のような課題を指摘する。①一次的収集から二次的利用へと着眼点をシフトする必要があること、②公私（国家と市場）の領域が曖昧化しているため、それに対抗するためにコミュニティの役割が重要となること、③リベラル・コミュニタリアニズムに依拠する個人の自己像をふまえる必要があることの三点である。

二― 一次的収集から二次的利用へと着眼点をシフトする必要性

まず、①の一次的収集から二次的利用へと着眼点をシフトする必要性についてエツイオーニは、裁判実務上、一般的には、情報取得についての同意がある等最初の収集が合法であれば、その後の利用は不問に付されることが多いことを指摘する。これらの判決では、一次的収集ばかりに目が行ってしまっているのである⁽⁴⁸⁾。しかし昨今では情報技術の発展によって、些細な情報からセンシティブな情報（思想信条や医療情報等）が推測できるようになった。そこで、情報がデジタル化され、二次的利活用の多角化が進む今日においては、二次的利活用の危険性についても配慮し、一次的収集については許容しつつも、二次的利用についてはその内容を制限したり、禁止したりする必要があると主張する⁽⁴⁹⁾。そのため、情報のセンシティブさを重要な基準としつつも、そのみに依拠しない、技術の変化と不当な二次的利活用に対応できる理論が必要であるとする。

この点について、二次的利活用の問題に言及している判例もある。最高裁は、合衆国対ミラー判決とスミス対メリー

ランド州判決⁽⁵¹⁾において、金融証書（financial documents）や電話先の番号は、ある種の状況では当局による令状のない収集であっても保護されないとしたと考えることができるのである。⁽⁵²⁾ 裁判所はこの事案で、人々は一般的に電話番号をダイヤルするという行為によって、通話記録に関するプライバシーの期待を放棄していると主張したのだ。リチャード・A・エプSTEIN（Richard A. Epstein）は、この「第三者原理」（Third Party Doctrine）を、「第三者に情報を明らかにした場合には、いかなる者であってもその情報に関する第四修正の保護を与えられないとする、一般に受け入れられた司法の知恵」であると要約する。⁽⁵³⁾

この第三者原理は、サイバーネーションの時代においては、特に問題であるとエツイオーニは主張する。⁽⁵⁴⁾ なぜなら、人びとに関する情報がより多くサイバースペースでやり取りされ、より多くクラウドに保存されるようになればなるほど、情報はそれだけ第三者の手中に収められていくことになるのは明らかだからである。よって、もし第三者原理をそのままこの問題に適用してしまうと、われわれのプライバシーはほぼなくなってしまうのだ。

このような問題について、ウィル・トーマス・デブリース（Will Thomas DeVries）は、プライバシーにとつてデジタル革命の鍵となる特徴の一つは、われわれに関するあらゆる情報がデジタルで保存され、特定の個人にリンクされるために、「デジタル時代のインパクトは深刻かつ広汎であり、プライバシー法の一つの領域の拡張では問題を適切に処理できないように思われる。現行の枠組みのみではなく、プライバシーの概念上及び法律上の地位をも進化させることが求められる」と指摘する。⁽⁵⁵⁾

二―二 公私（国家と市場）の領域の曖昧化

次に、②の公私（国家と市場）の領域の曖昧化については、情報産業によるプライバシー侵害の問題においては、公

的機関も私企業もともに多角的な情報の活用を行いつつあり、互いの間を情報が流通しうるため、もはや「公」(public)——「政府」と同義——と、「私」(private)——「政府以外のもの」——二つの領域の曖昧化が起きていることを指摘する。⁽⁵⁶⁾ 彼によると、この現象はサイバースペース (cyberspace) の出現によって起っており、特にプライバシー、社会保障番号 (social security number, SSN)、サイバーセキュリティ (cybersecurity) の三分野で顕著であるという。このうちプライバシーの問題について検討すると、エツィオーニは、「民間企業は、政府が行ってきたプライバシー侵害行為のほとんど全てを現状では法の制限もなく行うことができる」と主張する。⁽⁵⁷⁾ 消費者の行動に関する情報を集めている企業には、単に彼らのサイトを訪れるユーザの行動をビジネスの一環として追跡する企業と、インターネットユーザの投影を作成し、彼らに関する詳細な情報のファイルを持することを主としたビジネスをするプライバシー商があるが、後者は誰であれ対価を支払うものに対して情報を売ること(58)を業としている。さらに重要なのが、企業が収集した情報を政府が利用できることにも留意しなければならないのである。⁽⁵⁹⁾

この点について、エツィオーニは、「公私の領域の間の区別は、なおプライバシーに関するわれわれの熟慮や政策を系統立てる主要な方法となりうるだろうか」と問う。⁽⁶⁰⁾ そのため、問題解決には従来の枠組は役に立たない可能性がある。そこで、第三の領域としてのコミュニティないし市民社会(＝様々な中間的組織)とその社会運動が肝要であるとする。

以上のように、三つの問題領域で公私の曖昧化が進んでいることを主張するエツィオーニであるが、一方で、このような問題設定に批判的な者もいる。ここではそのうち、五人の見解について略述する。すなわち、グラント・マコーネル (Grant McConnell)、E・E・シャットシュナイダー (E.E.Schattschneider)、C・ライト・ミルズ (C. Wright Mills)、セオドア・ローウィ (Theodore Lowi)、マンサー・オルソン (Mancur Olson) らの見解である。

まずマコーネルは、徐々に絡まっていくものとしての私と公の領域の変化という観点をそもそも採用しない。反対に、

彼は、公の権力が弱くなり分散化していつている一方で、私の権力が強くなり中央化していると考える。⁽⁶¹⁾

つぎに、シャットシュナイダーは、私と公の衝突を並行的なものとみる。しかしながら、彼はこの衝突が私の領域に起源を持つものであり、私が公となるような状況について研究しているといえる。⁽⁶²⁾

そして、ミルズは、政治（公）と経済（私）の権力の収束、すなわち、ふたつのパワーエリートが一つとなる過程を検討する。⁽⁶³⁾ このテーマは「軍産複合体」の語にも反映されている。

さらに、ローウィとオルソンは、これら二つの領域を利益団体が架橋しており、それが双方の領域が絡まる影響力となっていると看做すことができると主張する。⁽⁶⁴⁾

これらの見解では、とくにミルズのそれに顕著だが、なお公と私の領域が別のものであり、一方が他方に大きな影響力を与えているかのように措定していることを、エツイオーニは見逃さない。⁽⁶⁵⁾

以上のような見解に対し、エツイオーニは、これらの事象で鮮明になっている「社会的な変化を生じさせる力」が、「公」か「私」どちらか一方の領域において生じ、その力が他方へ影響を与えているという想定は間違っていると看做す。そうではなく、これらの二つの領域はサイバー時代によって深刻なまでに「絡まりあい」（intertwined）、相互に影響し合うことで、あくまで別領域ではあるものの、あたかもひとつのシステムであるかのようになっていると主張する。そのため、「公」と「私」の区別を超えた複眼的な視野からの議論が必要となるのである。

二―三 リベラル・コミュニタリアニズムに依拠する個人の自己像をふまえる必要性

そして、③のリベラル・コミュニタリアニズムに依拠する個人の自己像をふまえる必要性については、「個人主義的な『強い』自己像」や「消費活動等における恣意的な選好」の想定は現実的ではないとする。個人は社会に構造化され、様々

な選好もコミュニティの共同決定的な影響を受けている。⁽⁶⁷⁾ また、消費者を、自身の最善の利益と個人の選好と入手できる情報に則して決定する合理的な行為者であるとするこの考えの仮定は、行動経済学者によって合理的な疑い以上の反証が挙げられている。⁽⁶⁸⁾ そのため本問題に対処するためには個人と社会の関係を踏まえる必要があるのである。この点、エツィオーニは、社会には個人の自律と社会の秩序がともに必要であり、その適度なバランスが求められるとする。⁽⁶⁹⁾ エツィオーニの想定する秩序と自律との間に見られる特有の関係は、われわれがよく知っている大半の事例とは異なる。それは、まずゼロサム関係——つまり、社会の秩序が強まれば強まるほど、その分自律が少なくなる、あるいはその逆になる、という関係ではない。また、ゼロプラス関係——つまり、諸々の要因が互いに補完しあう関係の一つでもない。

リベラル・コミュニタリアンの社会的な基礎にエツィオーニが見出すのは、次のような関係である。⁽⁷⁰⁾ つまり、社会には、二つの構成物の結合が——ある程度までは——お互いを高め合うという関係が存在する。そして一方が優勢な場合、その直接的な効果として他方も強くなる。これがまさに共生的な関係である。しかし、どちらか一方がより強くなると、他方は弱体化し始め、二つの構成物の働きが相互に反目するように転換する。

エツィオーニはこの関係を、「逆転共生」⁽⁷¹⁾ (inverting symbiosis) と名付けている。これが以下に示すように、コミュニティアン社会の二つの構成物、すなわち秩序をもたらしものと自律を生み出すものとの関係である。では、秩序と自律とがバランス状態にありさえすれば、社会はますます高レベルで秩序と自律の状態を達成できるのか。逆転共生が示唆するところでは、高レベルにおいては、これらの双方が互いに矛盾してくるのはどうしても防げないのである。

この点、個人の自律についてエツィオーニのいう善き社会が要求する見方は、一般のものとは少し異なる。普通、各個人は自由を愛し、自律という美德を保持するように行動する。しかし、善き社会は自律を単にそうした「個人の美德」

とは看做さない。エッイオーニは、個人やサブグループの特定の価値やニーズや好みを表現できる機会と正当性が、社会の中に構造化されていることが求められると考えている。⁽²⁷⁾

- (14) 例えば、アメリカにおける私法上及び憲法上の判例・学説を詳細に検討した論考として、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』(成文堂、二〇〇〇)がある。また、近時の判例法理を検討するものとして、例えば、大林啓吾「アメリカにおける情報プライバシー権の法理」千葉大学法学論集第二七巻第四号(二〇一三)一五七頁以下。
- (15) このような考え方に立っている判決として、英国のものではあるが、Gee v. Pritchard³⁶ Eng. Rep. 670 (1818)。
- (16) JOHN LOCKE, SECOND TREATISE OF GOVERNMENT §27 (Thomas P. Peardon ed., 1952)(1690, 邦訳として、例えば、ジョン・ロック(著)、加藤節(訳)『完訳 統治二論』(岩波文庫、二〇一〇)。ロックの労働所有理論について検討する日本の近時の文献としては、例えば、森村進『財産権の理論』(有斐閣、一九九五)一六六頁以下、同『ロック所有権論の再生』(有斐閣、一九九七)等が挙げられる。
- (17) このような見解に立つ代表的な論者として、J・S・ミルが挙げられよう。その代表的な著作として、J. S. MILL, ON LIBERTY (London: Longmans, Green, Reader and Dyer, 5th ed., 1874, 邦訳として、J・S・ミル(著)、斎藤悦則(訳)『自由論』(光文社古典新訳文庫、二〇一三)。
- (18) AMITAI ETZIONI, THE LIMITS OF PRIVACY 189 (Basic Books, 1999)。
- (19) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, The Right to Privacy, 4 HARV. L. REV. 196 (1890)。
- (20) この点、近時、ブランドイスのプライバシー観を相対化する研究がなされている。宮下紘によると、ブランドイスのプライバシー権は、「独りにしておいてもらう権利」から連想されるような他者との関係を遮断するための隠匿や撤退という言葉と結びつくものではない。むしろ、「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」は、共同体の中の自らの存在と本質的属性の会得と反芻の過程において、自我を造形し、解釈し、発展させ、そして表現するための概念であり、ひいてはそれが『公開の義務』を前提とした民主制の維持と発展に不可欠な理念であり、「ブランドイスのプライバシー権はか

かる概念と理念を内包している」という（宮下・前掲書注（13）五二頁）。非常に興味深い研究であるが、ここでは「ほうつておいてもらう権利」の「古典的な」理解を前提として論じていく。

- (21) Etzioni, *supra* note 18, at 190.
- (22) U.S. Office of Science and Technology, *Privacy and Behavioral Research*, 3 U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE (1967).
- (23) Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1968)
- (24) Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 973 (1964).
- (25) Etzioni, *supra* note 18, at 192.
- (26) Griswold et al. v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)
- (27) Eisenstadt, Sheriff v. Baird, 405 U.S. 438 (1972)
- (28) Roe et al. v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)
- (29) Carey, Governor of New York, et al. v. Population Services International et al., 431 U.S. 678 (1977)
- (30) Etzioni, *supra* note 18, at 193.
- (31) *Ibid.*
- (32) *Id.* at 195.
- (33) *Id.* at 196.
- (34) 不合理な搜索および押収に対し、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障されるという人民の権利は、これを侵すてはならない。令状は、宣誓または確約によって裏付けられた相当な理由に基づいてのみ発行され、かつ搜索すべき場所、および逮捕すべき人、または押収すべき物件を特定して示したものでなければならぬ。
- (35) *supra* note 7, at 8.
- (36) Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)
- (37) Olmstead v. United States, 277 U. S. 438 (1928), Goldman v. United States, 316 U. S. 129 (1942)
- (38) Silverman v. United States, 365 U. S. 505 (1961), Wong Sun v. United States, 371 U. S. 471 (1963), Clinton v. Virginia, U.

- S. 158 (1964)
- (39) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)
- (40) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)
- (41) United States v. White, 401 U.S. 745 (1971)
- (42) United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983)
- (43) United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984)
- (44) Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)
- (45) United States v. Jones, 132 S.Ct. 945 (2012)
- (46) Florida, Petitioner v. Joelis Jardines, 132 S.Ct. 995 (2012)
- (47) Richard A. Posner, *The Uncertain Protection of Privacy by the Supreme Court*, 1979 SUP. CT. REV. 188 (1979). See also, Richard S. Juile, *High-Tech Surveillance Tools and the Fourth Amendment: Reasonable Expectation of Privacy in the Technological Age*, 37 AM. CRIM. L. REV. 132 (2000); Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV. 349, 384 (1974); Jed Rubenfeld, *The End of Privacy*, 61 STAN. L. REV. 106 (2006); Richard H. Seamon, *Kyllo v. United States and the Partial Ascendancy of Justice Scalia's Fourth Amendment*, 79 WASH. U. L. Q. 1023-1024 (2001).
- (48) 々の問題について検討する日本の憲法学上の論考として、山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集 六三巻八号 (二〇一〇) 一一一頁以下、同「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報八七巻五号 (二〇一五) 六〇頁以下 (ついでに『プライバシーの権利を考へる』(信山社、二〇一七) に所収)。
- (49) AMITAI ETZIONI, *PRIVACY IN A CYBER AGE: POLICY AND PRACTICE* (Palgrave Macmillan, 2015) pp23-24.
- (50) United State v. Miller, 307 U.S. 174 (1939)
- (51) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979)
- (52) Stephen E. Henderson, *After United States v. Jones, after the Fourth Amendment Third Party Doctrine*, 14 NC JOURNAL OF L. & TECH. 434 (2013); Orin S. Kerr, *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561-601 (2009).
- (53) Richard A. Epstein, *Privacy and the Third Hand: Lessons from the Common Law of Reasonable Expectations*, 24:3

- BERKELEY TECH. L. J. 2000 (2009).
- (45) Etzioni, supra note 49, at 21.
- (46) Will Thomas DeVries, *Protecting Privacy in the Digital Age*, 18:1 BERKELEY TECH. L. J. 291-292, 293 (2003).
- (47) Amitai Etzioni, *The Bankruptcy of Liberalism and Conservatism*, 128 POLITICAL SCIENCE QUARTERLY 45 (2013).
- (48) Id. at 50.
- (49) プライバシー商は「われわれ全員」についての情報をクライアントに提供し、そこには「基本的な人口統計情報 (basic demographic information)」、収入、自己資本 (net worth)、不動産、社会保障番号、現在そして過去の住所、電話番号、ファックス番号、近隣の住民の名前、運転に関する情報、自動車のナンバー、車検番号、破産や金銭貸借の履歴、雇用歴、職歴、前科、銀行の口座や取引、株式の購入歴、クレジットカードの取引」が含まれる。See, Christopher Slobogin, *Government Data Mining and Fourth Amendment*, 75 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 320 (2008).
- (50) Etzioni, supra note 56, at 50.
- たゞせば、チョイスポイント (Choicepoint) 社はほぼすべてのアメリカ人の情報を収集している企業だが、彼等は司法省 (を通じて FBI)、麻薬取締局 (DEA)、内国歳入庁 (IRS)、市民権入国管理局 (BCIS) を含む政府機関と、少なくとも三十五回は取引していることが判明している。See, Jay Stanley, *The Surveillance-Industrial Complex: How the American Government is Conscripting Businesses and Individuals in the Construction of a Surveillance*, ACLU (Aug. 2004), http://www.aclu.org/FilesPDFs/surveillance_report.pdf (last visited Dec. 25, 2015) at 26).
- その他にも、商業的データ・バンクは日常的に金融情報等の個人に関する背景知識を当局に提供しているという。See, Christopher Hoofnagle, Big Brother's Little Helpers: How Choice Point and Other Commercial Data Brokers Collect, Process, and Package Your Data for Law Enforcement, 29 N.C. ILLJ (Summer 2003) 595.
- また、連邦政府は、個人の「犯罪歴、写真、財産の所有、社会保障番号、住所、破産歴、家族、クレジットカードの情報」を含むデータベースの開発のために、民間のデータ・マイナーに一千二百万ドルの出資をしているという (DANIEL J. SOLOVE, *THE DIGITAL PERSON* 170 (NYU Press, 2004))。
- (60) Etzioni, supra note 56, at 52.

- (61) GRANT McCONNELL, *PRIVATE POWER AND AMERICAN DEMOCRACY* (Knopf, 1966).
- (62) E.F. SCHATTSCHEIDER, *THE SEMI-SOVEREIGN PEOPLE: A REALIST'S VIEW OF AMERICA* (Holt, Rinehart, and Winston, 1960). 邦訳として、E・E・シャットシュナイダー (著)、内山秀夫 (訳)『半主権人民』(而立書房、一九七二)。
- (63) C. WRIGHT MILLS, *THE POWER ELITE* New Edition (Oxford University Press, 2000). 邦訳として、C・W・ミルズ (著)、鶴飼信成、綿貫譲治 (訳)『パワーエリート (上) (下)』(東京大学出版会、一九五八)。
- (64) THEODORE LOWI, *THE END OF LIBERALISM* (Norton, 2d ed. 1979; MANCUR OLSON, *THE RISE AND DECLINE OF NATION* (Yale University Press, 1982). 邦訳として、セオドア・ロウイ (著)、村松岐夫 (監訳)『自由主義の終焉——現代政府の問題性』(木鐸社、一九八一)・マンサー・オルソン (著)、加藤寛 (訳)『国家興亡論——「集合行為論」からみた盛衰の科学』(PHP 研究所、一九九一)。
- (65) Etzioni, *supra* note 56, at 46.
- (66) Id. at 47.
- (67) エツィオーニ (著)、永安 (監訳)・前掲注 (10) 四三頁。
- (68) この点に関する更なる議論は、以下を参照。DAN ARIELY, *PREDICTABLY IRRATIONAL: THE HIDDEN FORCES THAT SHAPE OUR DECISIONS* 243 (Harper Collins, 2008).
- (69) エツィオーニ (著)、永安 (監訳)・前掲注 (10) 六四頁。
- (70) 同前、六六頁。
- (71) この用語の翻訳は、永安 (監訳) 前掲注 (10) の翻訳を参照している。同書の訳注 (六六頁) によると、逆転共生は「エツィオーニのバランス思考にとって決定的な意味を持ち、その『中道』思想を支える。逆転共生は、エコシステム (生態系) における異種の相互関係の一変形と看做せる。エコシステムには、協力、寄生、捕食、競争、無関係 (独立) といった相互関係のパターンがあり、協力が途中のレベルまでは相互に促進しあい、その点を超えると打ち消しあう方に転じるという逆転共生の関係については、「エコロジーの少し詳しい書物だと書いてある」とのことである。
- (72) 同上、四六頁。

第二款 リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理解のあり方

前款で検討した判例の展開や問題意識を前提にし、エツィオーニは、次のようなプライバシー理解を示す。まず、アメリカのプライバシーに関する判例について、一八九〇年代は全体が強すぎたためプライバシーの権利が誕生したが、時代が下がって一九八〇年代には個が強くなりすぎたとし、その間の一九六〇年代の諸判決をプライバシー理解の範とする。次に、この時期の第四修正に関する判決にあらわれたプライバシー権を批判的に検討したうえで、これを、「詮策の免除に関する社会的認可 (societal license) を受けた領域」としての「プライバシー」(privacy) と、「規制の撤廃、学校の選択、生殖に関する選択等」の「私的選択」(private choice) に分類し、前者の過剰保護を控えて共通善(単なる国家や市場の利益ではなくわれわれの、という意味での、公共の安全や公衆衛生)を達成しつつも、後者の抑圧を回避することを主張するのである。ここではひとまず、プライバシーと比較衡量される共通善に関するエツィオーニの考えをおさえることとする。

一 共通善とは

リベラル・コミュニタリアニズムの立場によって支持される、プライバシーと調整されるべき、社会に共有される価値とはいったいかなるものだろうか。エツィオーニは、この共通善 (common good——また、public interest や、public goods とも。これら全てがエツィオーニにとっては同様の共通善を意味する) を、「ある所与のコミュニティやその組織の全てのメンバーに寄与するような善の集合のこと」をいい、「ある識別できる特定のグループに寄与するわけではない善」や、「まだ生まれていない世代に寄与する善」をも含むものと位置づける⁽¹³⁾。では、そのような共通善とは、

具体的にどのような利益であろうか。

—— 公共の安全に関する判例とリベラル・コミュニタリアンの方向性

アメリカのこれまでの裁判所の判断をみると、そこには、共通善に奉仕するとして個人の権利の領域に多様な介入を認める、「公共の安全」(public safety)の広範な理解が有ることを、エツイオーニは指摘する⁽⁷⁴⁾。

ここにあらわれる「公共の安全」の最も基本的な要素は、「法と秩序の擁護」(upholding law and order)、「犯罪の抑止と予防」(the deterrence and prevent of crime)であるといえる。また、「公共の安全」の第二の要素は、「不慮の死や負傷の予防」(preventing accidental death and injury)である。裁判所は、ランダムな薬物・アルコール検査を列車の従業員に課すことを、列車事故の度重なる発生という時流のさなかで認めた⁽⁷⁵⁾。同様に、飲酒運転の結果生じる自動車の死亡事故を防止するために、高速道路でランダムなチェックポイントを設けることをも認めている⁽⁷⁶⁾。そして第三の要素として、「公衆衛生」(public health)の促進が挙げられる。裁判所は、天然痘の根絶という公共の利益は義務的な予防接種プログラムを正当化するとし、職業安全衛生法(Occupational Safety Health Act, OSHA)上の調査のための捜索令状には、刑法上の意味での「相当の根拠」は求められないとした⁽⁷⁸⁾のだ。

また、「公共の安全」のほかの要素として、「国家安全保障」(national security)や「対テロリズム活動」(counterterrorism)が挙げられるとしつつも、しかしこの要素は他の要素と大きな違いがあるので、エツイオーニはここでは「公共の安全」の要素に含まない⁽⁷⁷⁾。

これらの問題領域におけるコミュニタリアンのバランスをどう引き出すかの決定に際し、裁判所が本問題でしばしば第四修正を用いていることに、エツイオーニは着目する。

なぜなら、「不合理な」(unreasonable) 搜索と押収のみを禁止することによって、第四修正は明らかに、「公共の安全」を促進するための令状や相当の根拠が求められないこととなる典型としての、合理的な搜索のカテゴリーの存在を認めているのである。

最後に、個人の権利と共通善とのバランスをとる考えに反対するものがあるいは無視⁽⁸⁰⁾し、裁判所は、搜索が合理的かどうかを「競合する利益のバランス」を通して決定する。この「競合する利益のバランス」は、裁判所が第四修正の鍵となる原則であると考えられるものである。⁽⁸¹⁾つまり、裁判所は「個人の第四修正の利益に対する侵入の特性と性質」と「侵入の正当化を主張する政府の利益の重要性」を比較し、「ある種類の搜索や押収が正当化される環境が全体としてあったかどうか」⁽⁸²⁾を決定するのである。

以上より、第四修正はリベラル・コミュニタリアンの「テキスト」⁽⁸³⁾として卓越していると、エツイオーニは評価する。

この個人の権利と共通善の間のバランスの追究において、裁判所はそれぞれの理論的根拠を持つ様々な基準を使っている。その中の一つが、本稿で検討しているプライバシー⁽⁸⁴⁾ないしその期待なのである。

一―二 共通善に関する議論

一方で、多くの経済学者にとって、共通善とは個人の善の集合のことを指す。そしてその善とは経済的取引が成長することをいうので、しいて「共通善の促進」というものを別個に観念しなくても、全体として経済が成長するかどうか判断すれば足りることとなる。そのため彼らは、「共通善」という用語をよく批判する。

そのような批判の中に、端的にそのようなものはどこにも存在しない、というものがある。アイン・ランド (Ayn

Rand) は「『公共』 (the public) なるものは存在せず、単に多数の個人なのであって、個人の利益や権利に共通善 (public interest) がとつかわる」という考えは、ただひとつのことを意味するにすぎない。すなわち、ある個人たちの利益や権利がその他の者の利益や権利に優先する、というものである」と痛烈に批判する⁽⁸⁵⁾。

対照的に、コミュニティアンは、共通善は「個人の善の総和以上のものを包含する」という考えを持っている⁽⁸⁶⁾。さらにいえば、共通善への貢献はしばしば即座の配当や利益を提供しないし、長期的に見たときに、誰がその受益者となるのか予見することが難しいともいう。はたまた、コミュニティのメンバーが共通善に注力するのは、それが必ず彼等の利益になるからではなく、共通善を促進し、奉仕することが、善であると考えているからである⁽⁸⁷⁾。このような献身の性質は、共通善への奉仕が個人へのコストや、とりわけ国のために戦うといったリスクを伴うときに明らかとなると、エッイオーニは指摘する⁽⁸⁸⁾。

しかし他方で経済学者は、市場が社会全体の利益となる「公共財」 (public goods) を提供するのに失敗し、政府がこれらの善を合法的に促進する状況があることを認める。そのような公共財とは、国防、基礎研究、そして公衆衛生である。さらに具体的にいえば、水道水へのフッ素注入や、予防接種が挙げられる⁽⁸⁹⁾。これは（裁判所及び）エッイオーニの想定する共通善に非常に近いものである。

しかしながら、以上のような経済学の想定に同意する政治学者 (political scientists) は、共通善 (public interest) の概念の必要性をほとんど見出さない⁽⁹⁰⁾。このような政治学者は、リベラルな民主主義においては、個人の選好を明らかにし、これを導く利益集団間の競争が、全体の幸福 (general welfare) を最大化する公共政策のもととなると考えている。このような考え方に対する批判者は、富、権力、そして社会的地位の不一致が、様々な集団が政府に対して行使する手段の影響力の違いを許していると主張する。その結果として、公共政策——とくに利益集団政治に基づくそれ——は、

共通善というよりもむしろ、力のある集団の利益に奉仕することになるのだ。⁽⁹¹⁾

また、左派からの共通善への批判としては、「この概念は経済的利益や政治的権力に関する階級差をひた隠し、恵まれない立場にある者がコミュニティに対して要求を行うことを諦めさせる」というものが考えられる。しかしながら、この概念の濫用の事実、必ずしもそこに大きな利益が生み出されないことを意味するものではない、つまり恵まれない立場にある者の利益にもつながる場合があると、エツイオーニは再批判する。⁽⁹²⁾ これはロールズの格差原理——社会で最も恵まれない者の利益になるような差別であれば許されうるとする考え——を念頭に置いた反論であるように思われる。

最後に、何人かのアカデミックなコミュニティアン、特にマイケル・サンデル (Michael J. Sandel) とチャールズ・テイラー (Charles Margrave Taylor) は、共通善の概念を、「社会のレベルでつくりあげなければならぬ、なぜならコミュニティは」この問題では中立では「ありえないからである」と主張する。⁽⁹³⁾ さらに、その観点からは、善の「社会的な公式化」がない限り、個人と集団の間の衝突を解決するための規範的な基礎は存在しないこととなる。

しかし、所与の価値が所与のコミュニティの共通善であることを宣言することは、ある社会の全てのメンバーがそのことに同意し、彼等が皆その命令に従って生きることの意味しないとエツイオーニは理解する。⁽⁹⁴⁾ ただ、その価値が共通善として大多数の者に認識されていることは、当該価値が法や他の制度によって体现されるには十分な理由となる。しかし一方で、たしかに共通善は国家によって促進されたり強制されたりもし得るが、これは必ずしも全てに当てはまる事実ではない。エツイオーニは、実のところ、核となる価値は、インフォーマルな社会のコントロールや、ピア・プレッシャー (友人や同僚からのお勧めや、環境・雰囲気に基づく事実上の行動促進等) や、コミュニティによって促進されていると考えるべきなのであるという。⁽⁹⁵⁾

そこでエッイオーニにとって特に重要となるのは、共通善は、善（goods）よりもむしろ共通（common）に強調をおいているかのように解釈すべきであるということである。ここで問題となるのは、ある価値が広く共有され構造化されているかということであって、ある特定の倫理学者がそれを道徳的に善いといっているかどうかではない。つまり、たとえば、ある社会が政治の発展よりも経済的発展を優先するものとして共通善を定義したり、あるいはある特定の宗教を固守することを共通善と定義したと考えよう。おそらく多くの者はこのような社会を善い社会だとは看做さないだろう、しかし、エッイオーニは、まさにその所与の社会ではその共通善として、それが「善」であるとされていることを必ずしも軽視はしない⁽⁹⁶⁾。

また、幾人かの研究者は、権利と共通善とのバランスをとるアプローチに強行に反対している⁽⁹⁷⁾。彼等は、権利は共通善であると主張し、それゆえその二つの善の衝突のゆえに、両者のバランスをとろうとするアプローチは間違っている⁽⁹⁸⁾と主張する。また、個人の権利の強力な保護はそれ自体が公共の利益に優越すると信じる者もいる。前者の立場に含まれるものとして、ソロブは特にプライバシーの問題について、次のようにエッイオーニを批判する。

ソロブはまず、「コミュニティアンは、プライバシーを個人の権利とする見解では、なぜ個人的ニーズが社会的諸利益に勝る切り札となりえるのか正当化できないと指摘する点で正しい⁽⁹⁹⁾」とする。しかしながら、コミュニティアンは、個人と社会とを二分法で見る、自分たちが批判する見解と同一の図式にはまり込んでいることを指摘する。彼らは、個人主義が共通善に貢献する要素的価値ではなく、共通善と対立する立場に立つ反対価値であると考え、コミュニティを敵視する見解と同じ穴のムジナなのであるとする。この点、共通善とプライバシーの比較考量を批判する際に、ソロブがエッイオーニの逆転共生という発想を度外視しているように思われる点には留意すべきだろう。エッイオーニは必ずしもソロブが捉えるようなかたちでは個人と社会の関係を捉えていないのである。

この点を留保するとして、ソロブはさらに、「プライバシーの価値は、これが社会に対してどのように貢献するかを基礎として評価すべきである」とする。ソロブによれば、個人のプライバシーを保護するのに社会の代償を支払う必要はなく、むしろ、人々のプライバシーを防衛する価値は、その社会的利益によつて正当化すべきであるとする。⁽¹⁰⁾ソロブによれば、個人主義は共通善の概念の外にあるとみなされるのではなく、その中に組み込まれるべきものであることとなる。なぜなら、個人主義が共通善から切り離されると、価値の見積もりは、共通善と同一視されるものに偏る方向にしばしば歪められるからである。

このように、個人の観点からプライバシーを理解すると、個人の必要や欲望が社会全体の福祉に勝つという可能性はほとんどありえないため、社会的諸利益との比較衡量はしばしばうまくいかなくなる。この点、ソロブは、「プライバシーは確かに個人を保護するものだが、この事実がプライバシーが個人主義的権利であることを意味しない」と主張する。プライバシーは、自己のある特定の側面を促進し、保護することによつて社会に利益を与えるため、「プライバシーが社会的利益を有すると理解すれば」、「コミュニティと個人を対立させることはなくなるし、個々人へのプライバシーの利益という点でのみプライバシーの価値を見積もるということではなくなる」とする。⁽¹¹⁾

ソロブによれば、プライバシーは、「原子論的個人が自然状態で所有し、社会契約を結ぶために犠牲にすべき何物かではな」く、「社会全体内部における権力と自由の構造に対して根本的効果を有するがゆえに」プライバシーは確立される。⁽¹²⁾つまり、プライバシーは、私たちが生きるコミュニティを形成し、さまざまなタイプの危険や混乱から個人を守るために必要とされる保護を提供するために、社会的価値を有するのである。⁽¹³⁾

この問題について、どのように考えるべきだろうか。エツイオーニは次のように自論を展開する。

まず、あえて共通善をひとつの権利であると措定するアプローチを採り、共通善としての安全ではなく、それを安全

のための権利、生活のための権利と捉えらるゝとする。しかしながら、このような再定義は、バランスの問題を無効にしたり、取り除いたりはしない。それは単に善と権利の間のバランスの探求を、異なる公共政策や行為規範の命ずる二つの権利の間のバランスの探求に置き換えているに過ぎない⁽¹⁰⁸⁾。

つぎに、合衆国憲法や世界人権宣言のどちらにおいても、多くの共通善が権利とみなされていないことに気をつけなければならぬ⁽¹⁰⁹⁾。そこには国立公園の権利も、歴史保全 (historical preservation) の権利も、公衆衛生の権利も、基礎研究の権利も定められてはいない。無論われわれはこのような権利を追加する努力をすることはできる。しかし、そのように認識されるまでは、これらの善に対する規範的な要請を減じないのが最もよからう。なぜならそれらは現状では「たかが」共通善に「すぎない」のであり、個人の権利ではないからであるとエツイオーニはいふ⁽¹¹⁰⁾。

最後ではあるが見逃せないものとして、いくつかの共通善（公共財）は個人の権利として合理的に定義することができないものがあるということである⁽¹¹¹⁾。ワシントンDCの国立アーカイブには合衆国憲法の原本があるが、それは明らかに共通善（公共財）であるといえるだろう⁽¹¹²⁾。そのため、共通善と個人の権利の間には、あくまで性質の違いがあるということになる。

以上より、やはり共通善と個人の権利のバランスをとる必要があるのと、エツイオーニは主張する。この点、権利と共通善の関係一般についてはともかく、特にプライバシーを権利と捉えるべきか共通善と捉えるべきかという問題について、エツイオーニがソロブの批判に対し充分に応接しているとは必ずしもいえない。そのため、この点につきどう応答するかというのが、課題として残っているように思われる。

- (73) Amiaï Etzioni, *The Standing of the Public Interest*, 202 BARRY L. REV. 192 (2015).
- (74) Id. at 202.
- (75) Skinner, Secretary of Transportation, et al. v. Railway Labor Executives' Association et al., 489 U.S. 602 (1989)
- (76) Michigan Department of State Police, et al., Petitioners v. Rick Sitz, et al., 496 U.S. 444 (1990)
- (77) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905)
- (78) Marshall, Secretary of Labor, et al. v. Barlow's, Inc., 436 U.S. 307 (1978)
- (79) Etzioni, supra note 73, at 203.
- (80) Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc., et al., 486 U.S. 888 (1988)
- (81) Michigan v. Summers, 452 U.S. 692 (1981)
- (82) Tennessee v. Garner et al., 471 U.S. 1 (1985)
- (83) Etzioni, supra note 73, at 203.
- (84) 裁判所は「*必要事情* (Exigent Circumstances) 特別な必要に行政上の特殊 (Special Needs and Administrative Searches) 同意 (Consent) 侵入性 (Intrusiveness) 並行して検討するべし。 Id. at 202-209.
- (85) Ayn Rand, *The Pull Peddlers*, in CAPITALISM: THE UNKNOWN IDEAL 167, 170 (1967).
- (86) 近時の日本における共通善に関する論考として、菊池理夫『共通善の政治学』(類草書房、二〇一一)。本書は、「共通善」の語法を歴史的に検討するとして、コミュニティアニズムのいう「共通善」に対する日本における誤解を解こうとするものである。
- (87) See also, PHILIP SELZNICK, THE MORAL COMMONWEALTH: SOCIAL THEORY AND THE PROMISE OF COMMUNITY 385 (University of California Press, 1994).
- (88) Etzioni, supra note 73, at 194-195.
- (89) Dinesh Sharma, *A Vaccine Nation*, 28 HEALTH AFF. 590, 590 (2009).
- (90) William F. Shughart II, *Public Choice*, in THE CONCISE ENCYCLOPEDIA OF ECONOMICS (Online, 2nd ed., 2008), <http://www.econlib.org/library/Enc/PublicChoice.html> (last visited Dec. 9, 2015).

- (16) Martin Glens & Benjamin I. Page, *Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens*, 12 *PERSP. ON POL.* 564, 576 (2014).
- (92) Etzioni, *supra* note 73, at 195.
- (93) MICHAEL J. SANDEL, *JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO* 260 (2009); CHARLES TAYLOR, *PHILOSOPHICAL ARGUMENTS* 190-191 (1995), 前者の邦訳と「つ」マイケル・サンデル (著)・鬼澤宏 (訳)『われからの「正義」の話をしよう: ちやんそくをめぐっての哲学』(早川書房、二〇一〇年)。
- (94) Amitai Etzioni, *The Good Society*, 1 *SEATTLE J. SOC. JUST.* 83, 89-90 (2003).
- (95) Etzioni, *supra* note 73, at 196.
- (96) *Ibid.*
- (97) Kevin P. Quinn, *Sandel's Communitarianism and Public Deliberations over Health Care Policy*, 85 *GEO. L. J.* 2161, 2182-2183 (1997).
- (98) Jack B. Sarno, *A Natural Law Defense of Buckley v. Valeo*, 66 *FORDHAM. L. REV.* 2693, 2737 (1998).
- (99) ノローズ (著)・大谷 (訳)・前掲書注 (8) 一一六頁。
- (100) ノローズは「ジョン・デューイの『記論考』に依拠している」。John Dewey, *Liberalism and Civil Liberties* (1936), in 11 *THE LATER WORKS OF JOHN DEWEY* (Jo Ann Boydston ed., 1991)
- (101) ノローズ (著)・大谷 (訳)・前掲書注 (8) 一一七頁。
- (102) 同前、一一九頁。
- (103) 同前、一二七頁。
- (104) Etzioni, *supra* note 73, at 196.
- (105) George Anastaplo, *The Constitution at Two Hundred Explorations*, 22 *TEX. TECH. L. REV.* 967, 1095-1996 (1991). See also, United Nation, *Universal Declaration of Human Rights*, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (last visited Dec. 9, 2015).
- (106) Etzioni, *supra* note 73, at 197.

(107) Sarno, *supra* note 98, at 2737.

(108) Lee J. Strang, *A Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalism Precedent, and the Common Good*, 36 N. M. L. REV. 419, 437, 441 (2006).

二 リベラル・コミュニタリアンのプライバシー

自律と秩序の「逆転共生」関係を前提に、以上のような共通善と衡量することになるプライバシー保護のあり方とは、一体どのようなものとなるだろうか。

二― 規範的なものとしてのプライバシー

この点、エッイオーニはプライバシーを、ある種の行為が「コミュニティ、公衆、あるいは政府からの詮策を免除されることを認める社会的認可 (societal license) を受けた領域」と看做されるべきであるとする⁽¹⁰⁹⁾。このような状況では、プライバシーの尊重の観点から、例えばある行為の結果が監視を免除されたスペースから外へ出てきてはじめて、国家は関与できるということになる。

加えて、プライバシーは、特定の社会のメンバーが、支配的な社会的習俗や法律によってたやすく監視されないよう、ボジティブに期待できる行為を包含する⁽¹¹⁰⁾。たとえば、多くの社会では、排せつ行為は視界の外で行われるよう期待される。これらの行為は、個人の自律というよりもむしろ、共通善や社会の美德を支えることが目的とされている。このような場面で要求されるプライバシー (mandated privacy) は、いわゆる道徳律 (moral laws) が反映されているといえる。

また、多くの社会では、公共空間は、私的なこととされる行動や行為がなされないよう、透明性が確保されている。この規範的な性質に鑑みると、要求されるプライバシーは、この場面では、権利ではなく社会的な義務であるといえる。⁽¹¹⁾ 例えば、砂浜で裸になることを禁止することは、ヌードにされない権利の保護として扱われているのではなく、むしろそれを隠す社会的な要請として扱われているのである。

プライバシーに関する多くの議論では、規範的な内容を見捨てて経験的にプライバシーを定義しようとする。⁽¹²⁾ しかし、プライバシーの定義には、以上のように規範的な要素が含まれていると、エツイオーニ⁽¹³⁾は主張する。

二―二 プライバシーの根拠

では、そのようなプライバシー保護の根拠は、一体どこに求めることができるだろうか。かつては自然法やコモン・ローに根拠が求められてきたものの、近時は憲法上の規定にこれを求めることが一般的である。その方向性を大まかに分類すると、単一条項に根拠を見出す考えと、複数条項に根拠を見出す考えとに整理できる。

このうち、一九六五年のグリスウォルド判決以後の時代についていえば、プライバシーは憲法に明記されていないけれども、むしろそれは権利章典に明確に記された保障の「半影」や「放射物」から引き出されたものである、とする評価が有力である。⁽¹⁴⁾ この考えは、プライバシーの保護を、憲法第一修正、第三修正、第四修正、第五修正、第九修正と、複数の条文に求める。

しかし、この考えについては、「プライバシー権は妊娠中絶をするかどうかを決定する女性の権利を明白に十分に認めるものである」と裁判所はいったものの、なぜ「明白に十分なのか」を説明していないとか、これはプライバシーの法的概念にまつわる概念上の空白を理由に成長した憲法上の「奇形」であるとかいった批判がある。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

一方で、リベラル・コミュニタリアンによるプライバシーの概念は、憲法上の権利の種々様々の合成物という伸張された解釈ではなく、憲法第四修正に含まれる法的概念を採用する⁽¹⁷⁾。

この第四修正において、憲法は、共通善に奉仕し、プライバシーの考慮に優先する行為のための明白で強固な基礎を、「『合理的な』 搜索」という文言で合法的なすべてのカテゴリーを確立することによって提供していると、エツイオーニは主張する⁽¹⁸⁾。

この点、第四修正の現在の解釈が公正であるか、単に他の法律文よりもプライバシーの優越を認めないものではないかという点については、議論の余地がある。しかしいずれにせよ、第四修正のもとのプライバシーの扱いは、ウォレンとブランドイスの論証や生殖に関する選択の事案で育まれた判決よりも、共通善とのバランスの取れたアプローチに近いといえると、エツイオーニは考えている⁽¹⁹⁾。

では、なぜ最高裁はプライバシーの憲法上の権利を、グリスウォルド判決やそれ以後の事案において、第四修正をもとに作り上げなかったのだろうか。それは、第四修正をそのまま適用しても、フリーチョイス——生殖に関するコントロールをする権利——を導けないからである⁽²⁰⁾。第四修正におけるプライバシーは公共の監視、つまり政府に「見られること」を避けるための権利であり、問題となっている行為を「コントロールする」あるいは「決定をなす」権利ではないのだ。

そのため、グリスウォルド判決のよくある批判として、生殖に関する権利はプライバシーを基礎としてはいないというものがある。プライバシーの概念は生殖に関する権利に合うように形作られなかったのである。ただそれでもエツイオーニは、他の保護のあり方が第四修正を根拠とするより妥当であるとは考えない。

結局、第四修正に関する彼の検討は、ひとつの結果を求めているものである。それは、第四修正は「特権を与えられて

いない」プライバシーの概念を提供しているものであることを示す、というものである。⁽¹²⁾ この第四修正に依拠するがゆえに、共通善との衡量をするプライバシーという構成が可能になるのである。

また他方で、第四修正は私人と政府の間の問題を扱うものであると主張する者もいるが、エツイオーニは私人間にも適用すべきであると考え⁽¹²⁾。政府によってなされていないという理由で第四修正のいう搜索には当たらない場合でも、一般的な理解では明らかに搜索にあたる場合があるのだ。それは、例えば、メディアによる個人のプライバシーの侵害の事案等である。このことは、技術が発達し、公私の曖昧化が進む昨今においては、一層当てはまろう。

以上より、第四修正の下で何が合理的とみなされ何が非合理的であるかを再定義することによって、プライバシーの問題に関するバランスをとるという手法が採用されることとなる。⁽¹³⁾

二―三 プライバシー権の構成

最高裁が作った、「監視から免除される権利」と「国家の支配から免除される権利」を包含するプライバシーの権利、これら二つの権利の区別の重要性は、生殖に関する問題で強調される⁽¹⁴⁾。これらのケースで問題になっているのは、誰が決定をコントロールするのか——その問題にかかわっている個人か、国家なのか——ということであり、秘匿性ではない。

この点、グリスウォルド判決がプライバシーを透明性（transparency）の問題として扱ったのか、私的選択（private choice）の問題として扱ったのかについては、争いがある。たとえば、ゲラルド・ガンサー（Gerald Gunther）とジョン・ハート・イーリー（John Hart Ely）は、これを透明性の問題として扱った⁽¹⁵⁾。一方で、例えばルイス・ヘンキン（Louis Henkin）はコントロールの問題として扱う⁽¹⁶⁾。しかし重要なのは、ロー判決を含むその後の判決が、生殖に関する事案をコントロールの問題として扱い、透明性の問題として扱っていないということであると、エツイオーニはいう⁽¹⁷⁾。

もし上記の二つの権利の区別をするならば、進むことができる道は以下の二つしかない。

第一は、透明性の問題を「プライバシー」として扱い、コントロールの問題を「私的選択」の問題として扱うアプローチであり、第二は、二つのカテゴリーを共にプライバシーとして扱うアプローチである。

これら二つのカテゴリーは、どちらにせよ、強固で明確な理論的根拠を——事実上すでに暗黙の裡に含んでいるが——必要とする。しかし、共同社会の文脈における個人の独立性という意味で、人間の尊厳と自由の双方に関係があるとすると、二つのカテゴリーはむしろ異なった事実を伴ってくる。

二つのアプローチとともにプライバシーと扱われる第一のカテゴリーは、合法的に異なっている価値、法的道德的圧力なしに個性を与えられることを扱っており、これは、社会からの小休止である。

二つ目のカテゴリーである私的選択と第二のプライバシーは、自身の人生を合法的に管理することができる領域における決定という、重大な意味における自律にかかわっている。

つまり、最初のカテゴリーは、「信頼」(trust)によって特徴づけられている。社会は個人が監視されたくないと考えていると判断(信頼)する。かといって、児童に対する性的虐待や、爆弾を作成する権利を許すわけではない。⁽²⁸⁾

そして、第二のカテゴリーは、社会の「無関心」、それゆえに生じる個人(あるいは集団)の完全な自由によって特徴づけられている。⁽²⁹⁾これは、その行為が公衆の面前で行われようがなかろうが、個人が自由に思うように行動できる領域だと社会が考えることにかかわっている。

ここで、プライバシーのさらに精密な定義が必要となる。

この点、一方で、個人主義者は善の社会的な定式化に強硬に反対し、個人がそれぞれ自分自身の善を形作り追求する自由があるべきだとし、私的選択とプライバシーを最大化しようとする⁽³⁰⁾と評価できる。そのため、彼らにとってプライ

バシーと私的選択の間の区別はあまり意味をなさない。

他方、社会保守主義者——とくに彼らの価値観（例えばポルノの出版禁止）を国家に頼って強制しようとする宗教的な原理主義者——は、私的選択とプライバシーを縮小しようとする⁽¹⁰⁾と評価できる。そのため、彼らにとってもプライバシーと私的選択の区別は重要ではない。

これらの方向とは対照的に、コミュニタリアン——とくにリベラルなそれ——の立場では、プライバシーと私的選択の区別は大きな意義を有する⁽¹¹⁾。この立場では、善の重要部分つまり共有される中心価値については社会が形成し保持するが、善のかなりの部分は個人の私的選択にも委ねるという形をとる。ただしそれは、コミュニティによって十分な透明性が保証される限りにおいてなのである。

以上より、エツイオーニは、従来の判例によって保護されてきたプライバシーの領域を、プライバシーと私的選択に分け、前者の過剰な保護を抑制して共通善への貢献を引き出しつつ、後者の抑圧をできるかぎり回避するという方向性を採用するのである。

(10) Etzioni, *supra* note 18, at 196.

(11) *Ibid.*

(11) *Id.* at 197.

(12) Richard A. Posner, *The Right of Privacy*, 12 *GEORGIA L. REV.* 398-422 (1978); Richard Parker, *A Definition of Privacy*, 42 *N.Y. UNIV. L. REV.* 35 (1967).

(13) Etzioni, *supra* note 18, at 197.

- (14) Louis Henkin, *Privacy and Autonomy*, 74:8 COLUM. L. REV. 1421 (1974); June Alice Eichbaum, *Towards an Autonomy-Based Theory of Constitutional Privacy: Beyond the Ideology of Familial Privacy*, 14 HARV. CIVIL RIGHTS-CIVIL LIBERTIES L. REV. 361 (1979).
- (15) Carl E. Schneider, *Moral Discourse and the Transformation of American Family Law*, 83 MICH. L. REV. 1864-1865 (1985).
- (16) Hyman Gross, *The Concept of Privacy*, 42 N.Y.U. L. REV. 35 (1967).
- (17) Etzioni, *supra* note 18, at 203.
- (18) *Ibid.*
- (19) *Id.* at 204.
- (20) *Id.* at 205.
- (21) *Id.* at 205-206.
- (22) *Id.* at 206.
- (23) *Id.* at 207.
- (24) *Id.* at 208.
- (25) GERALD GUNTHER, CONSTITUTIONAL LAW 491-571 (Foundation Press, 1991); John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920 (1973).
- (26) Henkin, *supra* note 14, at 1424.
- (27) Etzioni, *supra* note 18, at 209.
- (28) *Id.* at 210.
- (29) *Ibid.*
- (30) *Id.* at 212.
- (31) *Id.* at 212-213.
- (32) *Id.* at 213.

三 社会的認可を受けた領域とは

三―一 選択的秘密構成の採用と批判への応答

すでに検討したように、エッイオーニは、プライバシーを、ある種の行為がコミュニティ、公衆、あるいは政府からの詮策を免除されることを認める「社会的認可を受けた領域」と看做されるべきであるとする⁽¹³⁾。しかし実際のところ、この領域とは、いったいいかなる範囲で認められるものだろうか。個々人の部屋か、家か、それとも身体か、あるいはデータベースなのか。

この点、このようなエッイオーニのプライバシー理解について、ソロブはこれを「プライバシーを『秘密』として概念化する見解」の一つとして位置づけたうえで、次のように批判する。すなわち、プライバシーの共通分母として秘密を基準とするのは、概念化として狭すぎる⁽¹⁴⁾。なぜなら、ほとんどの理論家がある種の秘密の開示がプライバシー侵害であると認識するだろうが、プライバシー侵害には秘密の喪失が常に伴うわけではないという事実も多くの論者が共通に認識しているからである。この点、エッイオーニは、このような批判を回避するためか、単なる秘密構成ではなく、社会の選択に基づく秘密に焦点を置いている。しかし、エッイオーニの構成する「選択的秘密概念のもとでさえ、プライバシー侵害が引き起こす危害は、以前は秘匿化されていた情報の開示として理解される。しかしながら、プライバシーには、開示の回避以上のものが含まれている」と批判する。このような批判を受けてのことか、エッイオーニが近時展開するプライバシー理論には変化がみられ、単なる開示のみを問題視することから離れている。それをここでは検討していこう。

エッイオーニは、今日の社会においては、プライバシーは個人的な場所にかかわりなくパーソナルな範囲と看做されるのがよいと主張する⁽¹⁵⁾。これは、クリストファー・スロボジン（Christopher Slobogin）がプライバシーの人格保護バー

シモン (the protection-of-personhood version of privacy) と呼ぶものがある。

これは、スロボジンによれば、「人を定義づけることからの自由を、個人に保障する手段としてプライバシー権を捉える見方」である。⁽¹³⁶⁾ここでは、プライバシーは、ある者が家にいようと外にいようと同じ役割を果たすことになる。「なぜなら、われわれの個性の重要な部分は公共の場で、家の外や家族から離れたところで起こるわれわれの日常生活の慣習的行為を通して発達するからであり、公的な品行を馬鹿らしく見せる (stultity) 監視カメラは個性の発達を抑えて (stifle) しまっからいであろ」。⁽¹³⁷⁾

このようなスロボジンの見解に依拠しつつ、エツィオーニはこれをより具体化していく。

彼はまず、家の不可侵性は家庭内暴力等の国家によって規制されるべき行為を過当に保護することになり、家の優先は公的な介入から自由であるべき行為者 (貧者や弱者等) に「不当に介入する」(underprotects) ことにつながるとするフェミニズムの批判を踏まえつつ、「家の特権化」を否定する。あわせて、急激な技術発展の時代においては、人がどこにいたかということ自体は重要ではなくなっているとして、物理的空間の保護ではなく、どのような情報がどの程度集められどれくらい処理されているかという、そういう意味での「個人的な領域」の保護を徹底する必要があるとする。ここでは、それらの見解について検討する。

三―二 家の特権化の否定

フェミニズム研究は、一九七〇年代における公私の区別に関するフェミニストの分析に基づいて、住宅例外主義に対する批判を繰り返してきた。⁽¹³⁸⁾

フェミニストの法学研究者たちは、世界を公と私の領域へと分かちつべラルの区別——政治とノンポリ、自由と干渉、

疎通性 (accessible) と非疎通性、社会と個人、その他の概念化の二分法を包含し、⁽¹³⁹⁾「法とその執行官がぼんやりとした特別の環境を超えることができない境界」⁽¹⁴⁰⁾として法を象徴する広範な区別——は、高度に性差を表現していたことを指摘した。⁽¹⁴¹⁾

特に、女性⁽¹⁴²⁾は歴史的かつ法的に投票や財産の所有を含む多くの政治的、社会的、そして公的な活動への参加から排除されてきた。産業革命以前、女性たちは、家族や家庭の仕事の領域に閉じ込められており、産業革命後の労働も、ほとんどが家庭内のそれに制限されてきた。さらに、イギリスのコモン・ローの社会契約や、究極的にはアメリカ憲法の第四修正すら、この排除に依拠している。そこでフェミニストは、公と私の二分法は人工的、偽り、不自然 (artificial) であり、権力のレトリックの道具であると主張する。そして、その言語上あるいは概念上の区別はそれ自体が女性の不利益に繋がる社会的状況を凝固させ、組み立てていると考える。⁽¹⁴³⁾

例えば、キャサリン・マッキノン (Catharine MacKinnon) は家に特別の保護を認めることの問題について、「プライバシーがある者にとって避難所になる一方で、またある者にとってはしばしば同時に、地獄のようなところ (hellhole) となる」⁽¹⁴⁴⁾という。また、リンダ・マクレイン (Linda MacLean) は家における国家の影響からの自由について、「プライバシートでなされること——レイプ、暴力、その他の犠牲 (exploitation) ——について、男性の免責を認めることになる」⁽¹⁴⁵⁾と指摘する。すなわち、空間的なプライバシーが家の中で起こる女性に対する暴力的で攻撃的な男性の行為を国家の介入から守る限り「女性は、男性のプライバシーの被害者かも知れない」⁽¹⁴⁶⁾のだ。例えば、一九七〇年代まで夫婦間のレイプは合衆国のほとんどで犯罪ではなかったし、ノース・カロライナでは一九九三年まで合法であり続けたという。このような問題を減らすために、フェミニストの研究者は国家が介入できない本質的に「私的な領域としての家」を拒絶する主張をするのである。

また、神聖な家に対して法によって許可される例外——つまり行政的な搜索や承諾——は住民の特定の集団(segment)に対して構造的に不当に介入している(underprotect)と主張してきた者たちもいる。

例えば、法の執行を超えた特別の必要性がある場合や「主として慈善目的の」ものとして特徴づけられうる政府の介入の場面では、その立ち入りは搜索を全く構成することすらないことを、エツィオーニは指摘する。これは、福祉の利益の受領者に対する義務的な家庭訪問に関するケースにおいて、最高裁によって達した結論である⁽¹⁷⁾。この判決は、貧困者——政府による利益の受領者——は政府の介入に対して比類なく保護されていないグループであると効果的に明示している。さらに、貧困は道德の不足の産物であるという合衆国における根強い信念は、様々な政府職員による貧困者の家に対する正当な理由(warrant)のない立ち入りを正当化してきた。⁽¹⁸⁾同様に、仮釈放者(parolee)や執行猶予者(probationer)はその他の市民よりも少ないプライバシーの権利しか最高裁に認められない。⁽¹⁹⁾同様に、必要書類のない移民の住居も、移民・関税執行局(Immigration and Customs Enforcement)の担当職員の「手入れ」を受けることになる。⁽²⁰⁾

さらに、最高裁によって与えられる人、紙、家財(effects)に対する家の特権が、家を所有しない者を政府の立ち入りに服従させることになると指摘する者もいる。⁽²¹⁾裁判所によって「家」と認識される財産を有しない多くの人々は、露地(open field)で生活している。この露地は、裁判所によって、正当な理由がなくても政府が合法的に立ち入りできる領域として看做されており、ときにそのような立入は家を所有しない者たちにとって過酷なものとなる。

三—三 技術の変化とプライバシーの変化

また一方で、監視カメラやGPS等の技術の発展の結果、公私の区別がとりわけプライバシーに関する領域において

急速に重要性を減じていると想定する議論もある。⁽¹²⁾

前述のように、プライバシーは、政府によつてのみではなく、人びとの生活の私的な（intimate）側面に関する情報も含めた非常に多くの情報を収集し、彼らに関する詳細な履歴（ dossier ）を作ろうとする企業によつても侵害されている。これらの企業は単に自身が人々の私的領域に押し入るだけでなく、データを政府の様々なエージェントに売却しもある。そのため、データ・バンクの公私の区別は単に形だけのものに過ぎない。

この問題は、いくつかの主要な技術の発展によつてより深刻になっている。それらのうちもつとも顕著なのは、パーソナルコンピュータとインターネットの隆盛である。これらのものは、人が家の中でプライバシーに守られて情報にアクセスするか、公の場でアクセスするか、その違いをどんどん小さくしているとして、エツイオーニは、以下のように具体例を挙げる。⁽¹³⁾

もし、個人が急進的な政治的な文章のコピーを公のベンチで読みあげたとしても、普通の状態であれば、通行人や通りかかった官憲だけがそれを知ることができる。対照的に、インターネット時代では、同じことをハッカーや情報機関や他の大陸を旅行中の恋人が観察することができる。さらに、かつては家の引き出しの中に入れていた、信書（correspondence）、ラブ・レター、金融情報、医療記録を含む個人によつて保存される情報が、最近では「クラウド」の中で見つかる可能性が高い。人々は自身の個人的な情報が彼のパソコンのハード・ディスクに保存されているのかクラウドに保存されているのかわかっておらず、さらにはそれによつて他者によるアクセスやプライバシーの法的保護の難易度にどれだけ差が生じるか気付いていないことだろう。さらに、携帯電話は、そこが自宅であれ公共のスペースであれ、電源がオフになつていても盗聴器になり得るし、カメラはどちらの領域であっても視覚的な監視を提供しうる。

さらに、精度の高い双眼鏡のような新しい技術や、ドローンのような航空監視のツールや、熱感知器は、公私のどち

らのスペースにおいても、物理的な侵入なしに家や宅地の内部の詳細を知ることができる。これらの技術によって、私人、企業、政府の職員は、ある家の中での出来事を、さもそれらがオープンな公共のスペースで行われているかのよう
に、知ることができる。

これらすべてのことが、急激な技術の発展の時代においてプライバシーを守るために重要なことは、人がどこにいたかではなく、むしろどのような種類の情報が集められたかであるということを示している。しかし、今なおアメリカの裁判所は、家（及び家類似のスペース）と公的領域の区別を主として維持している。

三―四 個人的領域としてのプライバシー保護基準の必要性

一九六七年のカッツ判決において、最高裁は、第四修正に関する事案に対する住宅を中心とするアプローチから離れた。そしてそれ以後、「プライバシーに対する合理的な期待」テストが修正第四条に関する司法審査の基準とされるようになり、いくつかの判決が現れた。ここでは、住宅ではなく、コンテナや車のなかにおけるプライバシーが問題となった。と同時に、第四修正の保護が物理的な侵害を伴わないプライバシーにも及ぶとされたことから、通信の領域におけるプライバシーに第四修正の保護が及ぶことになり、その保護の範囲が大きな議論となる。⁽¹⁵⁴⁾

しかしながら一方で、カッツ判決やそれに続く判決が、プライバシーの保護される領域を、家に類似しているか、それを人工的に拡張したものに求める考えにしばしば依拠している点に留意しなければならない。⁽¹⁵⁵⁾ 例えば、ジョーンズ判決は、GPSの車への取り付け行為を、車を私的領域と看做すことで、不法侵入にあたるとした。つまり、カッツ判決やその他の判決は、実のところ「住宅例外主義」に則って判断し続けているのである。⁽¹⁵⁶⁾

このように、現行の判決に頼ることができない以上、プライバシーの個人的領域を定義するためには、どの行動がそ

の領域に含まれ、どの行動が除外されるかを決定する基準をどうにかして設ける必要がある。そしてこれらの基準は、住宅中心のプライバシー理論において物理的な壁によって演じられていた役割に取って代わらなければならない。サイバー時代におけるプライバシーの保護理論は、いわば人がどこに行こうと共に移動する、彼ら彼女らを包み込む「泡」のように、プライバシーを適用しなければならないのである。⁽¹³⁵⁾

このように、エッティオーニの秘密構成的プライバシーは、必ずしも古典的な意味での開示・暴露のみを問題視するものではないのである。

- (133) Etzioni, *supra* note 73, at 196.
- (134) ソローズ (著)・大谷 (訳)・前掲書注 (8) 三一頁。
- (135) Etzioni, *supra* note 49, at 4.
- (136) Christopher Slobogin, *Public Privacy: Camera Surveillance of Public Places and the Right to Anonymity*, 72 MISS. L. J. 213, 264 (2002).
- (137) *Id.* at 213, 265.
- (138) Myra Marx Ferree, *Beyond Separate Spheres: Feminism and Family Research*, 52:4 J. OF MARRIAGE & THE FAMILY 847 (1990).
- (139) Ruth Gavison, *Feminism and the Public/Private Distinction*, 45:1 STANFORD L. REV. 5-7 (1992).
- (140) Ronnie Cohen & Shannon K. O'Byrne, *Can You Hear me Now... Good!* "Feminism(s), the Public/Private Divide, and *Citizens United v. FEC*", 20 UCLA WOMEN'S L. J. 41 (2012).
- (141) フェミニズム法理論の諸潮流とそれらの見解の概要について紹介する日本の論考として、紙谷雅子「ジェンダーとフェミニスト法理論」『岩波講座・現代の法11 ジェンダーと法』(岩波書店、一九九七)三七頁以下、中山竜一『二十世紀の

法語集】(岩波書店 11000) 195—1105頁等。

- (12) Tracy E. Higgins, *Revealing the Public/Private Distinction in Feminist Theorizing*, 75 CH. KENT L. REV. 847, 851 (1999-2000).
- (13) Gavison, *supra* note 139, at 3.
- (14) Catharine A. MacKinnon, *Reflections on Sex Equality under Law*, 100 YALE L. J. 1281, 1311 (1991).
- (15) Linda C. McClain, *Invulnerability and Privacy: The Castle, the Sanctuary, and the Body*, 7 YALE JOURNAL OF LAW & HUMANTIES 195,209 (1995).
- (16) Higgins, *supra* note 142, at 851.
- (17) *Wyman v. James: Welfare Home Visits and a Strict Construction of the Fourth Amendment*, 66 NORTHWESTERN UNIV. L. J. 719 (1971).
- (18) Jordan C. Budd, *A Fourth Amendment for the Poor Alone: Subconstitutional Status and the Myth of the Inviolable Home*, 85 IND. L. J. 365-366 (2010).
- (19) Daniel M. Stout, *Home Sweet Home - Maybe Not for Parolees and Probationers When It Comes to Fourth Amendment Protection*, 95 KY. L. J. 811 (2006-2007).
- (20) Antos-Fallon, *The Fourth Amendment and Immigration Enforcement in the Home: Can ICE Target the Utmost Sphere of Privacy?*, 35 FORDHAM URB. L. J. 1000 (2007).
- (21) Budd, *supra* note 148, at 355-408; David Reichbach, *The Home Not the Homeless: What the Fourth Amendment has Historically Protected and Where the Law is Going After Jones*, 47 UNIV. OF SAN FRANCISCO L. REV. 2 (2012-2013); Andrew Guthrie Ferguson, *Personal Curtilage: Fourth Amendment Security in Public*, 55 WILLIAM & MARY L. REV. 4 (2014).
- (22) Slobogin, *supra* note 136, at 213; Scott E. Sundry, *Everyman's Fourth Amendment: Privacy or Mutual Trust between Government and Citizen?*, 94 COL. L. REV. 1751, 1758-1789 (1994); Bethany L. Dickman, *Untying Knots: The Application of Mosaic Theory to GPS Surveillance in United States v. Maryland*, 60 AM. U. L. REV. 731 (2011).
- (23) Etzioni, *supra* note 49, at 67.

(154) Susan Freiwald, *First Principles of Communications Privacy*, 2007 STANFORD TECH. L. REV. 3:21 (2007).

(155) Cynthia Lee, *Package Bombs, Footlockers, and Laptops: What the Disappearing Container Doctrine Can Tell Us About the Fourth Amendment*, 100:4 THE JOURNAL OF CRIMINAL L. & CRIMINOLOGY 1415 (2010).

(156) Etzioni, *supra* note 49, at 69.

(157) *Id.* at 39.

第三款 サイバー時代におけるプライバシー保護

プライバシーの権利は、バーチャルとオフラインという人の二つの側面を双方ともに包含するべきだとするエツィオーニは、この役割を果たす要件を、「情報の機微度ないしセンシティブさ（sensitivity）の水準」、「集められた情報の容量（volume）」、それに施されている「情報のデジタル化、結合、プログラムによる解析といったサイバーネーション（cybernation）の程度」を基準に判断されるべきであると主張する。⁽¹⁵⁸⁾これらの根拠が共通善のレベルを一定に保つ、プライバシーに対する侵入の程度の最も低い状態を示すガイドとなると、彼は主張する。ここでは、これらの要件について具体的に検討すること、その理論を明らかにしていく。

一 機微度、センシティブさ

プライバシー保護の一つ目の座標軸は情報のセンシティブさである。一般的に、問題となっている社会の文化的価値に基づいてセンシティブであるとされる情報については、たとえば配偶者や個人とその主治医のような、「情緒や特

別なビジネスに基づくすでに存在する関係なしにこれを曝露したり追い求めたりすること」は、一般規範 (prevailing norms) の重大な侵害であると看做される⁽¹³⁹⁾。

例えば、健康状態、政治理念や政治に関する行動 (投票)、内心に関する情報は、かなりセンシティブな (Highly sensitive) 情報と看做されるだろう。一方で、金融・財産に関する情報は、医療情報よりはセンシティブでない情報とされ、公式に公開されているもの (ナンバープレート等) や、消費者の選択に関する情報は、なおさらそうであろう。この、センシティブさという基準を擁護する論者には、他に、オリン・カー (Orin Kerr) がいる。彼は、数多くの主要なケースにおいて、通信内容には通信内容でない情報よりも高度な水準のプライバシーの懸念が含まれ、より高度なプライバシー保護を前者に与え、より低い保護を後者に与えるのは有意義であるとする⁽¹⁴⁰⁾。

一 ― センシティブさのランク付け

センシティブさのランク付けは、単に裁判官が社会的な価値 (social values) に基づいて (このという体で恣意的に) 決定したり、議会の法律によって決定されたりするのではなく、共有された社会的価値を反映し、リベラルな民主主義の過程やモラル対話 (moral dialogues)⁽¹⁴¹⁾ による、よい意味での政治の産物であるべきであると、エツィオーニは主張する⁽¹⁴²⁾。

ある種の情報がほかの情報よりもよりセンシティブであるという考えは、この語の多様性にもかかわらず、プライバシー法の研究者によって主張され、すでに立法者によって運用されてきている。応用されてきた追加的な専門用語は、「親密な関係の情報」とか、「暴露的な情報」を含み、研究者はこれらの語を人びとのプライバシーへのリスクのレベルや危害の程度という観点から定義してきた。

この点、情報のタイプに関する二つのレベルの区別が、センシティブな情報のニュアンスの理解を発展させるために求められる。最初の区別は基本的なものである。パーソナルな情報を、その他の形態の情報、すなわち個人に関しないもの——不可逆であると想定される非同一体化 (de-identified)、匿名化 (anonymized) が施されている情報——から区別する必要がある。端的にいうと、エッイオーニは「パーソナルでない情報はすべてセンシティブでない」と考えている。⁽¹⁶³⁾ シュワルツとソロブも、多くの連邦法が「個人を識別できる情報」(personally-identifiable information) と「その他の情報」の区別に依拠していると指摘している。⁽¹⁶⁴⁾ そこで、センシティブさの問題は、多種多様なパーソナルな情報をより分ける、第二のレベルの区別にかかわってくる。

この点、エッイオーニは、全てのパーソナルな情報が同じレベルの保護を受けうる、あるいは受けるべきである、とは考えない。⁽¹⁶⁵⁾ ただし、何らかのエージェントが収集しようとする情報がよりセンシティブであれば、よりプライバシーを保護する手段が実行されなければならず、その収集を合法化するためにより高い共通善が求められるとする。⁽¹⁶⁶⁾

それでは、情報のセンシティブさを決定するのは何であろうか。センシティブさの測定は、前述のように、その問題となっている社会の価値を真に反映しなければならないと、エッイオーニは主張するのである。⁽¹⁶⁷⁾ たとえば、女性の肌の露出については世界各国で許される程度が変わってくるだろうし、ある種の紛争は内に解決するほうがよいとするその具体的内容も地域によって異なってくる。ただこれは、ある特定の社会のプライバシーの基準がそれだけで優れており、その基準が単に、社会のある特定の規範的な文化によって影響を受けているとか、法制度によるセンシティブなパーソナル情報の具体的決定に重要なファクターとなるのだ、といったわけではないと、エッイオーニは付言する。⁽¹⁶⁸⁾ これはあくまでもプライバシー保護の基準の一部分に過ぎないのである。

一―二 アメリカにおける実例

情報のセンシティブさについては、実際にそれぞれの社会で、立法者や裁判所は様々な種類の情報の規範的な基準におけるこれらの違いを運用している。例えばアメリカでは、以下のような実例がある。

まず、議会では、以下のような立法が為されている。

第一に、医療保険の相互運用性と説明責任に関する法律 (the US Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, HIPAA) は、「保護健康情報」(protected health information)を取り扱っている。

この情報とは、ある個人をその健康状態と結びつけうる限定された情報を、非常にセンシティブなものとして、精神療法の記録の開示について非常に厳格に制限を設けている⁽¹⁰⁾。

第二に、ミラー判決に従って一九七八年金融取引プライバシー権法 (the Right to Financial Privacy Act) が制定されている。この法律は、金融機関とその顧客の関係に関するいかなる記録についても、当該金融機関が他と共有する能力を制限している。

第三に、その他のいくつかの情報についても、連邦法によって保護されるに十分なほどセンシティブであると看做されてきた。たとえば、一九八八年ビデオプライバシー保護法 (the Video Privacy Protection Act of 1988) によって、レンタルビデオの履歴が保護されている。

また、高度な保護に値する追加的な情報としては、「家族の教育的権利及びプライバシー法」(Family Educational Rights and Privacy Act) によって学歴が、「遺伝子情報差別禁止法」(the federal Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008) によって遺伝子情報が、「一九八〇年プライバシー保護法」(Privacy Protection Act of 1980) によって取材の情報源が、それぞれ保護されている。

また、FTC (Federal Trade Commission) はセンシティブデータを五つのカテゴリーに分類している。すなわち、金融情報、健康情報、社会保障番号、子供に関する情報、例えば携帯電話から収集された位置情報である。まだ立法には至っていないが、議論が進んでいるものとして、人種、民族、思想信条、性的志向、そして「固有の生体情報」がある。⁽¹⁰⁾ これらの事案では、センシティブとされる情報の種類は、定義されるというよりも、示されている。つまり、それぞれのカテゴリーを定義づける典型的な性質が示されているというよりも、単なる例のリストなのである。

個人に関するある特定の情報を他のものよりセンシティブであると分類するとき、議会はしばしばプライバシーは経済的あるいは身体的損害を防止するべきであるとの根拠に依拠する。つまり、センシティブな情報とは、その権限のない曝露が金銭的な損害 (tangible harm) を引き起しうる情報であると定義されている。⁽¹¹⁾

センシティブさはまた、典型的な性質の表明ではなく、情報がセンシティブかそうでないかの具体的な性質の列挙を通して運用されている。例えば、一九七〇年公正信用報告法 (The Fair Credit Reported Act of 1970) は「消費者の情報」 (consumer reports) を開示することを規制しているが、この情報の情報とは、「消費者に貸付の価値があること、あるいは消費者が貸付や保険に適格かどうかを判断する際に使用する個人的な特徴、あるいはその他の限定された目的に使用される」あらゆる情報とされているのである。⁽¹²⁾

裁判所もまたセンシティブな情報の分類を行っている。

たとえば、スミス判決では、連邦最高裁は人々がダイヤルする電話番号は通信の内容ほど機微ではないため、プライバシーの合理的期待はないと判断した。ほかに、ジョーンズ判決では、ソトマイヤー判事 (Sonia Sotomayor) は結果的に多数意見に加わったが、自身の意見も表明しており、そこでは、「GPSのモニタリングは短期間であってもプライバシー権を侵害する。なぜなら、それは家族の、政治の、職業の、宗教の、そして性的な結びつきについての詳細

に関する豊富な情報を反映しているからである」とした。また合衆国対ラムリー判決では、個人の書籍の購入履歴を手する政府の権限を制限している。⁽¹⁷⁴⁾

一―三 センシティブ情報のセクトラル方式による保護の問題点

このように実務にも採り入れられているこの手法にも、二つの深刻な欠点がある。第一の欠点は、民間部門におけるテクノロジの発展に対して、適宜立法を行うとなるとひどくタイムラグがあることである。そして第二の欠点は、センシティブな情報とセンシティブでない情報の区別は思われているほど厳格ではなく、近い将来にはより弱くなってしまうということである。たとえセンシティブな情報が医療や金融の記録のようにオンラインでより保護されていたとしても、あまりセンシティブではない――つまり、あまり保護されない――情報のデータ分析の結果、大量のセンシティブな情報を明らかにすることができるのである。後者を根拠として、例えばソロブはセンシティブさをプライバシー保護の基準とすることを拒否する。⁽¹⁷⁵⁾

そのため、この欠点を補いつつ、事態適合的に問題の解決を図らなければならない。そしてそのためには、まず、無数の法律を再調査し、より系統的一貫した、その他の情報よりもより保護されるべきパーソナルな情報のタイプの分類をする必要がある。しかしながら、まず大まかな仮説を立てるという目的のためには、センシティブさを要件の一つとして運用しうることについて疑問の余地はほとんどなく、かつ、多くのパーソナル情報のセンシティブさの大まかな分類がすでに用意されているといえるのではないだろうかとし、エツイオーニはこの基準を採用する。⁽¹⁷⁶⁾

二 容量、ボリューム

サイバー時代のプライバシー理論が第二の座標軸に選ぶべきものは、収集された情報のポリウムである。

情報には、オービス等、時的空間的に限られたものから、中程度といえる監視カメラのそれ、そして電話の盗聴等一定程度まとまったもので、ポリウムがある。このポリウムが大きければ大きいほど保護の必要性が増すと、エツイオーニは分析する。⁽¹⁷⁾ この「ポリウム」は、ある人物についてあるひとつの機関なりあるひとりの行為者が収集した情報の総量を差す。ポリウムは、監視が実施された時間の程度、あるそれぞれの時点に収集された情報の「量」(quantity)と、あるひとつの時点に収集された情報の種類の幅、つまり「帯域幅」(bandwidth)に分類される。

ポリウムの座標軸に関連する第一の要素である「量」は、端的に収集された情報の量に関連し、Eメール、電話記録、テキストメッセージ、あるいは情報のメガバイトによって計測される。⁽¹⁸⁾ また、情報収集の時間の長さは、実際大まかではあるが、使用に適した「量」の計測法である。同時に、距離関数 (metric) も有用である。

個人に関する情報の収集が適当か過当かを判断する概算的基準として、時間を使っている例は、以下のようなものである。

Eメールや同種のデータについて、「電気通信におけるプライバシー保護法」(the Electronic Communications Privacy Act of 1986) は、司法当局等から情報を保持しておくよう要請があった場合は、通信業者が係争中の法的手続に必要なアカウント内の利用可能な電子的記録のスナップショットを取らなければならないことを定めている。この情報は九〇日間保持されうることになっている。また、この期間はさらに九〇日間延長されることがある。⁽¹⁹⁾

また、一回の情報の収集が搜索を構成するかどうかについて単に検討するよりも、ポリウムを検討するほうがよいという先例として、ジョーンズ判決が挙げられるとする。⁽²⁰⁾

この事案では、GPSの追跡装置が二十八日間ずっと稼動していた。多数意見はGPSの監視の長さについての言及

はなかったが、しかし、アリトー判事 (Samuel Anthony Alito, Jr.) の同意意見のなかでは、監視の長さが重要なファクターとなっている。

彼は以下のように述べる。「ほとんどの犯罪捜査において、長期間にわたるGPSの追跡装置の使用は、プライバシーの期待を侵害する。そのような犯罪においても、当局やその他の機関が、個人の関心事を長期間にわたって、一つの瞬間ごとに密かにモニタリングしたりカタログ化したりしないだろう——あるいは実のところ、概して単にしていけない——と考えるのが、社会の期待であり続けている」⁽¹⁸⁾。

さらに、ここでは、ボリウムに関する最も重要な違いについて識別する必要があると、エツィオーニは主張する⁽¹⁹⁾。それは、「ごく短期間の収集」(spot collection) と「長期間の収集」(prolonged collection) の違いである。前者は、非常に短い期間のあいだのひとつあるいは非常に少ない情報の個別のピースの一回限りの収集をさす。例えばこれは、空港の安全検査や監視カメラが当てはまる。後者は、盗聴やGPSの追跡が当てはまる。

この点、この種の問題に詳しい者は、ある種のごく短期間の収集を行うプログラム、特に繁華街の監視カメラのようなものは、比較的包括的であることを理由に、これに反対するかもしれない。なぜなら、これらは、たとえば街を往くすべての個人を捉えるからである。しかし、ビッグデータの分析の場合には、一個人に関する情報が必ずしも多く収集されることがなくても、他の大勢の人々の情報と合わせて分析することで、個人に関する何らかの情報を推測できるようになるため、ボリウムというよりもむしろサイバーネーションの要素が重要になることに留意すべきであると、エツィオーニは主張する⁽²⁰⁾。

ボリウムの座標軸に関連する第二の要素である帯域幅は、「ある一つの対象からの、あるいはその対象についての、異なったタイプの情報の収集」⁽²¹⁾を意味する。たった一種類のタイプの情報の収集、例えば個人の電話、Eメール、位置

情報などのメタデータは、帯域幅の狭い収集を構成する。対照的に、いくつかの種類の情報の収集、たとえば、電話の内容「と」、音声データ「と」、テキストメッセージの内容「と」、Eメールの内容は帯域幅の広い収集を構成する。帯域幅は重要である。なぜならそれが広いものである場合は、狭いものである場合よりも監視によって人のかなり包括的なプロフィールを得ることを法が許すことになり、つまりそれはプライバシーをずっと減じることになるからである。帯域幅が狭い場合であっても、ビッグデータのケースのように、多くの量のデータが集められたら、個人の私生活の包括的な見取り図を描けるのではないかと疑問に思うものもあるかもしれない。しかし、この疑問についても、サイバーネーション、とくにセンチティブな情報に対するそれへと適用される強力な制限を考慮に入れていない点で不十分なである。⁽¹⁸⁶⁾

二―二 ポリウム要件に対する批判

このような情報のポリウムをプライバシー保護の考慮要素とすることについて、オリン・カーは、「収集のポリウムがどこまでが合理的で、どこからが侵害となるのかを決定することの困難」を指摘する。⁽¹⁸⁷⁾これに対して、エツイオーニは以下のように再反論する。

なるほど確かにポリウムの境界線を明確にすることは難しいかもしれないが、しかし、そのような期限や限界といった問題は、選挙権の年齢や運転免許の年齢等、そもそも法的問題にはおおよそつきものである、プライバシー問題固有のものではない。現実の運用では、それが明らかに行き過ぎているのか、あるいは不十分なのかの妥協・折衷案として、裁判官が考慮したものを反映しているのだが、この線引きはしばしば事後的に調節することができる。そのため、単に決定が困難であるという理由だけではポリウムを基準とすることができない理由にはならないのである。

三 サイバーネーション——人工知能による情報処理

三——サイバーネーションとは

エツイオーニの理論の三つ目の座標軸は、法や法理論が最も追いつかなければならない、重要性の増しているものが当てはまる。

これまで、歴史的には、政府が特定の状況下で特定の情報を合法的に「収集できるかどうか」という問題に多くの注意が払われていた。これはその当時は妥当であったと評価できる。なぜなら、プライバシーの侵害のほとんどが、第一段階の、ごく短期間における収集を含意する搜索や監視によって起きていたからである。実際のところ、いくつかの重要な侵害はまた、情報の対照 (collating)、保管、分析、流通によって起きていた。しかしながら、その記録が紙媒体である限り、プライバシーの二次的な侵害は本質的に限られていたともいえる。

しかしながら、そのような情報が、データのデジタル化やコンピュータの使用により蓄積され、他の情報と結合され、分析され、流通したら、つまりサイバーネイトされたとしたら、人の私生活の非常に包括かつ暴露的なプロフィールができあがる。

手短かにいうと、今日において最も深刻なプライバシーの侵害がしばしば永続化させられるのは、監視や情報の収集によつてではなく、サイバーネーションによる、結合、操作、データ共有によつてなのである。情報がサイバーネイトされればされるほど、それはより私事への侵入となる。

このプログラムによるサイバーネーションという考慮要素が、エツイオーニの理論の最も新奇な要素であるといえる。本理論の第一の要素であるセンシティブさは、「ペーパー時代」において十分熟した要素であった。また第二の要素であるポリウムは、いわんや実践的な制限のための急を要する重要性のあるものではあるが、これもまたペーパー時代

の問題である。

しかしながら、サーバーネーションによって生じる、パーソナルな情報の処理や二次的利用の性質は、そのプライバシーへの影響も同様に、ペーパー時代には想像もつかなかったものとなっている。

サーバーネーションはまた三つの座標軸の最も重大な要素である。なぜなら、プライバシー侵害防止の重点を、「二次的な収集に焦点を当てること」から、「二次的利用による侵害に焦点を当てること」へと、重大な変化を生じさせるからである。⁽¹⁸⁾ サイバー時代においては、情報の一時的収集は、二次的利用の範囲やそれに対する制限よりも、もはや重要ではない。著しく大きくなり続けるとされる二次的利用の重要性の比率は、人工知能の進歩の程度にかかっている⁽¹⁹⁾とエツイオーニはいう。

三―二 サイバーネーションの各要素

サイバーネーションの制限について、より詳細に検討していく。

サイバーネーションは、情報の「蓄積」(storing)、「対照」(collating)、「分析」(analyzing)、「流通」(distributing)の各要素からなる。

まず、蓄積(保管)の規制が、サイバーネーションの最初の尺度である。プライバシーは、もし収集された情報が蓄積、保管されていなければ、よりよく保護されうる。⁽²⁰⁾ しかし対照的に、一つの特定のパーソナルな項目――人がどんな雑誌を読むか、人がよく行くバーはどこか、等――についてであっても、記録が保持されれば、これを保管しないシステムと比べて、プライバシーへのより高度な危険となる。この規制は、「情報が蓄積されるか、すぐに消去されるか」の判定をまず課すし、もし情報が蓄積されていたら、さらに、「情報が保持される時間の長さ」⁽²¹⁾が問題となる。

つぎに、対照（情報の照らし合わせ、突合）の規制が、第二の尺度となる。同じ人物の情報の対照に関していえば、特にその人物に関する情報のファイルが構築されるときに、ある機関によって収集され保管されている情報が他の機関によって収集され保管されている情報と結合、リンクされると、プライバシーへの脅威は増幅する。⁽¹⁹⁸⁾ 法は技術的な発展に適合し、リンクされた全てのデータの一つとして扱い、情報の集積に制限を課すことを求める。⁽¹⁹⁹⁾

そして、分析の規制が、第三の尺度となる。パーソナルな情報が単に蓄積され対照されているに過ぎないときよりも、他の情報を探り出したり、未加工のデータでは明らかではないその人物についての結論を引き出したりするために情報が分析されている場合のほうが、プライバシーへのリスクはより高くなる。分析はまず、「分析が少しもなされていないか」を判定する。⁽¹⁹⁵⁾ つまり、「未加工のデータの単なる使用」と対比される。さらに、「どれくらいのもの、また、どのような種類の新しい情報が分析を通じて得られたか」を評価する。さらに、「どれくらいのもの、また、どのような種類の新しい情報が分析を通じて得られたか」を評価するための、付加的な計測法も必要となる。ここで、「センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の特定」が問題となる。とくに、「センシティブな情報の収集や使用が禁じられているとき」に、「センシティブでない情報を利用した当該センシティブな情報の推測に分析が使用されること」を禁止する必要がある。⁽¹⁹⁶⁾

最後に、流通の規制が、第四の尺度である。⁽¹⁹⁷⁾ この点、流通とアクセスは同じプロセスのコインの裏表であるとして、エツイオーニという。⁽¹⁹⁸⁾ 情報の共有によって、サイバーネーションのうちの流通、アクセスが可能となる。この点で、流通の程度を測る適切な要素は、①法律や規制によって制限されている範囲、②共有されている情報のボリューム、③その情報を共有している機関の数であるといえる。⁽¹⁹⁹⁾

三―三 第四の変数——アカウントビリティ

この追加的な変数は、「（座標軸上）負の方向へのサイバーネーション」として扱われるものであり、「アカウントビリティ」(accountability) として言及される⁽²⁰⁾。

パーソナルな情報が収集され、蓄積され、分析される様々な「場」はすべて、少なくとも権限のない者に対するなんらかの障壁を有している。これには単純な装置、たとえばパスワードやコンピュータのロックはもちろん、ファイアー・ウォールや暗号化など、より強力なものも含まれる。これが「アカウントビリティ」の要素である。

すべての「アカウントビリティ」の手段は、次のように、サイバーネーションのうちの何らかの要素を制限する⁽²⁰⁾。あるものは、たとえばデータにアクセス制限をかけることで、「共有」を制限する。またあるものは、ある一定の期間が経つと情報を消すことを確実にすることで、「保管」を制限する。またほかのものは、情報を非個性化 (de-identifying) することによって、「分析」を制限する。「アカウントビリティ」の手段がより広範かつ効果的になればなるほど、サイバーネーションはより起こらなくなり、よりプライバシーも保護される。

よって、あるデータベースにより強力な「アカウントビリティ」の手段が講じられれば講じられるほど、仮に情報のボリュームが大きく、情報のセンシティブさが相当なものであり、重大な程度の対照や分析が施されていたとしても、発生するプライバシーの侵害の程度は小さなものとなる。逆に、もし「アカウントビリティ」が欠けているとすると、仮に情報のボリュームが比較的小さく、情報が比較的センシティブではなく、対照や分析がそこまで過度でなくとも、発生するプライバシーの侵害は大きくなる。

以上のような「アカウントビリティ」の水準は、様々なデータベースから、「アカウントビリティ」が充分であるかについての情報を逐一集めることによって運用されることになる⁽²⁰⁾。

四 ソロブの見解との比較

以上のように、情報処理の行為態様に着目してプライバシー侵害の類型化を行う研究者は他にもいる。そのような論者としては、たとえばソロブが挙げられる。

彼は、かつてプロッサーが類型化した秘匿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するようにプライバシー侵害の問題を次の十六の性格ごとに類型化を行う⁽²⁰⁾。

- ①情報収集 (information collection) の段階
 - 監視 (surveillance) 、尋問 (interrogation)
- ②情報処理 (information processing) の段階
 - 集積 (aggregation) 、同一化 (identification) 、非セキュリティ状態 (insecurity) 、二次利用 (secondary use) 、排除 (exclusion)
- ③情報拡散、流通 (information dissemination) の段階
 - 守秘義務関係違反 (breach of confidentiality) 、情報開示 (disclosure) 、暴露 (exposure) 、アクセス可能性の増大 (increased accessibility) 、脅迫 (blackmail) 、盗用 (appropriation) 、歪曲 (distortion)
- ④侵襲 (invasion)
- 侵入 (intrusion) 、決定への干渉 (decisional interference)

ソロブは、以上の類型に注意を払ってその侵害が問題となる場面ごとに適宜対処していくべきであるとする。このよ

うに、情報処理の程度や二次利用の形態に着目するという点では、エッティオーニとソロブは共通しており、むしろそこに着目したことに関する学術上のプライオリティとしては、ソロブに軍配が上がるように思われる。しかし、彼等の間には大きな違いもある。

それは、第一に、ソロブがプライバシー概念を規範的に基礎づけたうえで画一的に概念化することには消極的な一方で、エッティオーニは、むしろこれをリベラル・コミュニタリアニズムの観点から基礎づけることを積極的に志向するのである。また第二に、ソロブはセンシティブさをプライバシー保護の基準とすることに否定的だが、エッティオーニはむしろこの要素に積極的な意義を認める。さらに第三には、エッティオーニがサイバーネーションという要素で考慮しているのが、単なるプログラムによる情報処理の態様というよりも、人工知能によるそれであるという点である。近時、人工知能技術の発達には目覚ましいものがあり、そのような発達の結果として、序章にて既述の通り、「技術的特異点」なる段階にいたるのではないかとする未来研究もある。そのことを踏まえると、エッティオーニは、ソロブの主張する「現代的な侵害態様に対応すべきである」という問題意識を受け止めたくうえで、これを彼なりに再構成して規範的観点を重視しつつ、さらに将来の技術発展を見越してプライバシー保護の基準を再構成しているのであると評価できよう。

(158) ETZIONI, *supra* note 49, at 7.

(159) *Id.* at 7-8.

(160) Orin S. Kerr, *A User's Guide to the Stored Communications Act, and a Legislator's Guide to Amending It*, 72 *George Washington Law Review* 1208, 1229 n. 142 (2004)

(161) モラル対話とは、エッティオーニ独特の用語法であるが、簡潔に言えば日々のコミュニケーションや内省によって価値観

を徐々に醸成・刷新していく過程のようである。See, AMITAI ETZIONI, FROM EMPIRE TO COMMUNITY 67 (Palgrave Macmillan, 2004).

(162) Etzioni, supra note 49, at 8.

(163) Etzioni, supra note 49, at 29.

(164) Paul M. Schwartz & Daniel J. Solove, *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, 86:6 N.Y. UNIV. L. REV. 1816 (2011).

(165) Etzioni, supra note 49, at 30.

(166) Ibid.

(167) Ibid.

(168) Ibid.

(169) 具体的には、以下のとおりである。①氏名（現在のもの、以前のもの、母親の旧姓を含む）、②郵便番号（zip code）の最初の三桁を除く郵便番号（postal address）と州以下の地理的な区画（アメリカの郵便番号制度は五桁からなり、最初の三桁は州や都市を、あとの二桁が郵便区をあらわす）、③個人に直接的に関連するすべての日付の要素（誕生日、入院日、退院日等を含む）、④電話番号、⑤FAX番号、⑥電子メールアドレス、⑦社会保障番号、⑧医療記録番号、⑨健康保険受取人番号、⑩口座番号、⑪認証番号・免許番号（certificate/license number）、⑫車両識別番号及び製造番号（ナンバープレート）の番号を含む）、⑬装置識別名及び製造番号、⑭URL、⑮IPアドレス、⑯生体認証、指紋や声紋を含む、⑰顔写真及びそれに類似する写真、⑱その他特有の個人を識別できる番号、特徴、コード、以上の十八項目である。See, David T. Fetzer & O. Clark West, *The HIPAA Privacy Rule and Protected Health Information: Implication in Research Involving DICOM Image Database*, 15:3 ACADEMIC RADIOLOGY 390-395 (2008).

以上のような情報を保護するHIPAAプライバシー・ルールの保健福祉省による解説は、HIPAAは、「初めて、消費者の最もセンシティブな情報である医療情報のプライバシーのための全国的な保護のフロアを創造した」と宣言している。

(170) N.J. King and V.T. Raja, *What Do They Really Know About Me in the Cloud? A Comparative Law Perspective on Protecting Privacy and Security of Sensitive Information*, 50:2 AMERICAN BUS. L.J. 424-431 (2013).

- (171) Ibid.
- (172) Schwartz & Solove, *supra* note 164, at 1821.
- (173) United States v. Rumely, 345 U.S. 41 (1953)
- (174) Andrew A. Proia, *A New Approach to Digital Reader Privacy: State Regulations and Their Protection of Digital Book Data*, 88:4 *IND. L. J.* 1608 (2013).
- (175) ノローズ (著)・大谷 (訳)・前掲書注 (8) 九一頁。
- (176) Etzioni, *supra* note 49, at 32.
- (177) *Id.* at 10.
- (178) この点、技術の発展によって一バイトに詰め込むことのできる情報量は変わりうるため、バイト数自体はあくまでひとつの目安である。
- (179) Etzioni, *supra* note 49, at 26-27.
- (180) Kevin V. Ryan & Mark L. Krotoski, *Caution Advised: Avoid Undermining the Legitimate Needs of Law Enforcement to Solve Crimes Involving the Internet in Amending the Electronic Communications Privacy Act*, 47:2 *UNIV. S.F. L. REV.* 321 (2012).
- (181) Etzioni, *supra* note 49, at 27.
- (182) Jones, 132 S. Ct. 945.
- (183) Etzioni, *supra* note 49, at 28.
- (184) *Ibid.*
- (185) *Ibid.*
- (186) *Ibid.*
- (187) Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111:3 *MICH. L. REV.* 333 (2012).
- (188) Etzioni, *supra* note 49, at 11.
- (189) *Id.* at 32.

- (190) Id. at 34. See also, Erik Brynjolfsson & Andrew McAfee, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies* (W. W. Norton & Company, 2014).
- (191) かねてより議論されているように、人間は忘れる生き物だからである。
- (192) Etzioni, *supra* note 49, at. 33.
- (193) 例えば、プライバシーの擁護者には、連邦のシステムよりも州や地域のデータベースの方を好む者がいる。しかし彼等は、州や地域のデータベースがときに相互に連結し、情報の共有を行っていることに気付いてない。かりに一つのデータベースとして蓄積される情報のボリュームは小さかったとしても、それが結合することによって、連邦によって集積されたデータベースと変わりはなくなるのにもかかわらず、彼等はそのことを考慮していない。
- (194) Etzioni, *supra* note 49, at. 33.
- (195) Ibid.
- (196) Ibid. しかしながら、そのような禁止措置は（少なくともアメリカでは）今のところ見られないとエツイオーニはいう。
- (197) 例えば、情報が病院などひとつの集団によって収集されているときは、たとえ情報が分析されファイル化されていたとしても、ほかの集団にはアクセスできず、特殊な状況においてしか使用可能にならないならば、プライバシーのリスクはより少なくなりうる。この点について、一九七四年プライバシー法 (the Federal Privacy Act of 1974) は、ある連邦の機関によって収集され、保管され、分析された情報がその他の連邦の機関等と共有されるかもしれない状況や、その程度を制限している。
- (198) Etzioni, *supra* note 49, at 34.
- (199) Ibid.
- (200) Ibid.
- (201) Ibid.
- (202) Id. at 35.
- (203) ソローヴ (著)、大谷 (訳)・前掲書注 (8) 一四七頁以下。