

データの利活用とプライバシー

芝池亮弥

目次

1	はじめに	2
1.1	問題の所在	2
1.2	本レポートの構成	2
2	プライバシーとは何か	2
2.1	自己情報コントロール権	3
2.2	情報自己決定権	3
2.3	自己情報コントロール権と情報自己決定権の違い	4
3	日本のプライバシー保護法制	5
3.1	個人情報の定義について	5
3.2	同意の条件について	6
4	現行法による解決	8
4.1	民法の定型約款による解決	8
4.2	独占禁止法による解決	9
5	まとめ	9
6	参考文献	10

1 はじめに

1.1 問題の所在

データは「21 世紀の石油」と呼ばれているほど、データの利活用の需要が高まっている。一方でデータが大量に流通し、また収集されることで当然プライバシーの侵害のリスクは高まる。そのため、現代におけるプライバシー保護は大変重要である。

データを利活用しようとする事業者と個人のプライバシー権は対立すると思われがちだが、双方に利益があるという考え方もある。カナダのアン・カプキアン博士が提案したプライバシーの取扱いに関する基本的な考え方であるプライバシー・バイ・デザインの原則 4 によると、「プライバシー保護はゼロサムではなくポジティブサムである」とある。これは、プライバシー漏洩などにより、事業者の評価が落ちて客離れを招くといった可能性を考えると、プライバシー保護対策は事業者と個人双方に利益があるという意味である^{*1}。

また、現実問題として、日本のプライバシー保護の水準が低いと、他国が個人情報の取引に応じてくれるとなくなるといった問題がある。実際に、2018 年に日本が、EU 一般データ保護規則（General Data Protection Regulation. 日本の個人情報保護法にあたるものである。以下 GDPR と略。）45 条に基づく十分性認定を受けるまでは、日本は EU と個人情報のやり取りができなかった。

以上のようにプライバシー保護をないがしろにすることで、むしろデータの利活用を阻害することもある。そのため、プライバシー保護は人権の観点からもデータの利活用の観点からも重要である

1.2 本レポートの構成

以上のように重要であるプライバシー保護であるが、本レポートでは日本のプライバシー保護法制について検討していきたい。そのため、第 2 章ではまず、そもそもプライバシーとは何であるかということを考察する。そして第 3 章では、日本においてプライバシーを保護する法である、個人情報の保護に関する法律（以下個人情報保護法）の問題点を検討する。その際、世界的に進んでいる EU の GDPR との比較を取り入れる。最後に第 4 章では、日本の個人情報保護法の大きな問題点の 1 つである、同意の条件について、現行法によりできる限りプライバシーを保護する方法がないか模索する。

2 プライバシーとは何か

そもそもプライバシーとは何かということをはっきりさせないとプライバシー保護のためにどのような法制度が必要なのか見えてこない。そのため、この章ではプライバシーとは何かということを検討する。第 1 節ではプライバシーの定義として有名な、佐藤幸治の「自己情報コントロール権」と、それを発展させた山本龍彦の「第 3 期プライバシー権論」に触れる。第 2 節ではこれらと少し違う方向から論じる「情報自己決定権」について述べ、第 3 節ではプライバシーの定義として、情報自己決定権の方が説得的であることを論じる。

^{*1} 中川裕志『プライバシー保護入門法制度と数理的基礎』（勁草書房、2016 年）62 頁

2.1 自己情報コントロール権

2.1.1 佐藤幸治の自己情報コントロール権

佐藤幸治はプライバシー権を、「個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、他者とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を開示する範囲を選択できる権利」と捉える。そして、個人の道徳的自律の存在にかかわる情報である、「プライバシー固有情報」と、個人の道徳的自律の存在に直接かかわらない外的事項に関する個別的情報である、「プライバシー外延情報」とに分け、前者の利用ないし対外的開示は原則的に禁止とする一方で、後者は適正な方法を通じて取得・保有・利用しても、直ちにはプライバシーの権利を侵害したとはいえないとする*2。

しかしながら、山本龍彦はこの考えでは、情報の連結可能性・検索可能性・解析可能性等を飛躍的に高めるデータベースが登場した現代におけるプライバシーの問題を解決できないとし*3、自己情報コントロール権をさらに発展させた第3期プライバシー権論を主張している。

2.1.2 第3期プライバシー権論

山本龍彦は個人情報を取り扱うシステム構造が適切でない限り、濫用や漏洩の不安がつきまとうという危機感から、第3期プライバシー権論を主張している。これは、従来の自己情報コントロール権（山本はこれを第2期プライバシー権と呼ぶ。）の自己決定的要素を重視しつつも、個人情報を取り扱うシステム構造の適切さや堅牢さがなければ、プライバシーが保護されているとは言えないという理論である。この理論の特徴としては、以下の2点である。1つ目は、プライバシー外延情報の収集であっても、濫用等の危険がないことが担保された「構造」が備わっていない限り、プライバシーを不当に侵害するものと評価されるという点である。このように評価されないためには、たとえば個人情報の漏洩等が刑罰によって禁止されているといった必要がある。2つ目は、外延情報を結合するなどして固有情報を推知するといったことがないように、外延情報を外延情報にとどめておく構造がなければ、外延情報も広く自己決定の対象とすべきとする点である。そのため、たとえば外延情報の結合を禁止する構造が要求される*4。

2.2 情報自己決定権

第3期プライバシー権論と同じ問題意識の元、データの結合等により複数の単純情報からセンシティブな情報が推知されるといった濫用リスクに対処しようとする考え方として、ドイツでは情報自己決定権という考え方が判例上確立されている。判例では、「自己の個人情報の放棄および利用を自身で決定する権利」と定義されている。情報自己決定権の最大の特徴は、プライバシー固有情報とプライバシー外延情報を区別しないため、単純な個人情報の保護が手厚いという点である。ドイツ基本法2条1項の「自己の人格を自由に発展させる権利」と1条の「人間の尊厳」から情報自己決定権を導き出しているが、これが日本国憲法13条の幸福追求権の理論と似ているため、13条から同じく情報自己決定権を引き出せると考えられる*5。

国勢調査判決では、

*2 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）181-186頁

*3 山本龍彦「プライバシーの権利」同『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）8頁

*4 山本龍彦「自己情報コントロール権について」憲法研究4号（2019年）44-51頁

*5 平松毅「個人情報保護の理論」同『個人情報保護—理論と運用』（有信堂高文社、2009年）5-6頁

自己に関する情報が世間の一定領域の人々にどれだけ知られているかを十分な確実性をもって見通すことができない者、自己と通信する相手方の知識をある程度評価することができない者は、自己決定に基づいて計画し、決定する自由を本質的に制限されることがありうる。誰が、何を、いつ、どの機会に自己について知ったのかを市民が知ることができない社会およびそれを可能とする法秩序は、自己情報決定権とは両立しないであろう。人と違った行動様式がいつでも記録され、情報として永続的に蓄積され、利用され、伝達されることに不安を感じている者は、そのような行動によって目立つことを避けようとするであろう。例えば、集会とか市民運動への参加が当局によって記録され、それによる危険がありうることを知っている者は、おそらくその基本権、例えば集会の自由、表現の自由を行使しないであろう。そのことは、ただ単に個人の人格の発展を損なうだけではなくて、公益も損なう。なぜならば、市民が自己の判断に基づいて行動し、他人と協同する能力に基礎づけられた自己決定は、自由で民主的な共同体の基本的な機能条件だからだ。

人格の自由な発展は、…個人情報の無制限な収集、蓄積、利用、伝達から個人を保護することが前提となっている。したがってこの保護は、基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項の基本権（一般的人格権）に含まれる。この限りにおいて基本権は、原則として、自己の個人情報の放棄および利用を自身で決定する権利を保障している。^{*6}

と判示されている。

以上のように、ドイツ連邦憲法裁判所は自己表現権から情報自己決定権を引き出した^{*7}。自己表現権とは、他人に対して自分をどう表現するかを決定する、つまり社会や他人に対してどういう自己イメージを与えるかということを決する権利である。人格権から導かれ、また日本の判例上も自己表現権は認められている^{*8}ため、この理論は日本の憲法上も応用可能と思われる。

2.3 自己情報コントロール権と情報自己決定権の違い

2.3.1 社会権的側面を含むか否か

1 つ目の違いとして、自己情報コントロール権は自由権的側面と社会権的側面を含むのに対して、情報自己決定権は純粋に自由権として構成される。自己情報コントロール権では、自由権と社会権を包括するため、定義が抽象的理念的なものにならざるをえないという批判がある^{*9}。

2.3.2 一元的理解か二元的理解か

2 つ目の違いとして、秘匿性の低い単純個人情報の保護と、秘匿性の高い私生活上の秘密の保護の関係をどう捉えるかの違いである。自己情報コントロール権では、どちらも人格権に基づき保護されるべきという一元的理解となる。そのため、秘匿性の低い情報は要保護性も低いという考えにつながる。一方で、情報自己決定権では、どちらも人格権に基づき保護される一方で、自己にかかわる個人情報の保護を求める権利からも保護され、二元的理解となる。そのため、情報の秘匿性の低さが要保護性の低さに直結することにはならない^{*10}。

^{*6} BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 Rn.146-147 訳は平松・前掲注 (5) 26-27 頁

^{*7} 平松・前掲注 (5) 26-27 頁

^{*8} 平松毅「個人情報保護に関する日本の判例」同・前掲注 (5)133-137 頁

^{*9} 平松毅「自己情報コントロール権説の検討」同・前掲注 (5)38 頁

^{*10} 小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト 1 号 (2012 年) 122 頁

2.3.3 どちらがより説得的か

以上のように、情報自己決定権は秘匿性の低い単純個人情報の保護の可能性を拓くため、少なくとも佐藤説の自己情報コントロール権よりは保護が厚い。問題は山本説の自己情報コントロール権との関係である。山本は「自己情報コントロール権と情報自己決定権の間に本質的な差異は存在していない」^{*11}と述べる。しかしながら、やはり平松が言うように、自己情報コントロール権は自由権の中に社会権的な権利を含めて解釈してきたアメリカ憲法由来のものであり、日本の憲法と構造を同じくするドイツ基本法由来の情報自己決定権の方が、実効的でより説得力を有するようになる^{*12}。何よりも住基ネット判決^{*13}は自己情報コントロール権を認めていない（山本はむしろ住基ネット判決は第3期プライバシー権を認めていると主張するが^{*14}）。自己情報コントロール権の立場に立ち、現代のプライバシーの問題に対処しようとする第3期プライバシー権の考えは素晴らしいが、上述の通り、情報自己決定権の方が定義が単純で具体的権利も導きやすいだろう。こちらで解決できるのならば、わざわざ第3期プライバシー権という考え方を使わなくてもよいように感じられる。山本は権利のネーミングの問題だと主張する^{*15}が、一方で『『情報自己決定権』という方が実体に合っているし、誤解も少ないかもしれません。』^{*16}と述べる。同じ内容ならむしろ定義がわかりやすい情報自己決定権の方を採用し、以下ではプライバシー権とは、「自己の個人情報の放棄および利用を自身で決定する権利」である、情報自己決定権とする。

3 日本のプライバシー保護法制

プライバシーを保護する日本の法制度の中で、代表的なものに個人情報保護法がある。一般に日本は個人情報保護の水準が低いと言われており、たとえば、GDPR との比較で、忘れられる権利やデータポータビリティ権、プロファイリングを受けない権利が規定されていないことがよく言及される。しかしながら、忘れられる権利は対抗利益との調整に詳細な検討を要することから、データポータビリティ権とプロファイリングを受けない権利はプライバシーの考え方から単純には導きだせないと思われることから、今回は言及しない。本レポートでは、「自己の個人情報の放棄および利用を自身で決定する権利」という観点から、第1節では個人情報の定義に関して、第2節では同意の条件について考察したいと思う。

3.1 個人情報の定義について

GDPR では4条1項により、個人情報とは「識別された自然人又は識別可能な自然人（「データ主体」）に関する情報を意味する。識別可能な自然人とは、特に、氏名、識別番号、位置データ、オンライン識別子のような識別子を参照することによって、又は、当該自然人の身体的、生理的、遺伝的、精神的、経済的、文化的又は社会的な同一性を示す一つ又は複数の要素を参照することによって、直接的又は間接的に、識別されうる者をいう。」と定義される。一方で日本の個人情報保護法では「当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの（他の情報と容易に照合することができ、それにより特

^{*11} 山本・前掲注(4) 49 頁

^{*12} 平松・前掲注(9) 36 頁

^{*13} 最判平成 20 年 3 月 6 日民集 62 卷 3 号 665 頁

^{*14} 山本・前掲注(4) 51 頁

^{*15} 山本・前掲注(4) 49 頁

^{*16} 曾我部真裕＝山本龍彦「自己情報コントロール権をめぐる」情報法制研究 7 号（2020 年）132 頁

定の個人を識別することができることとなるものを含む。）」および「個人識別符号が含まれるもの」と定義される（2条2項）。

この定義のもと、GDPR では個人情報に含まれるが、日本の個人情報保護法では照合容易性がない限り個人情報に含まれないものとして、位置情報、cookie・IP アドレス・メールアドレスといった GDPR におけるオンライン識別子、携帯電話番号、遺伝子情報があげられる。遺伝子情報は特に問題があると考えため、別に後述する。

まず、照合が容易な場合は、上であげた位置情報など（遺伝子情報を除く。以下同じ）も個人情報となるため、「他の情報と容易に照合することができ」の意味について考える。「容易に」の意味につき、宇賀克也は、「他の事業者に通常の業務では行っていない特別な照会をし、当該他の事業者において、相当な調査をしてはじめて回答が可能になるような場合や、照合のため特別のソフトを購入してインストールをする必要がある場合には、「容易に」の要件を満たさないであろう。」と言う。この考え方でいくと、通常の業務であった場合やもともとソフトを所有していた場合などで容易性が変わる。そのため、その容易性に応じて、その情報から個人を識別できるかどうかが変わり、その情報が個人情報にあたるか否かも変わる。よって、ある情報が個人情報にあたるかどうかは当該情報を扱う者ごとに変わる相対的なものである。たとえば、メールアドレスは一般的には個人情報ではないが、当該本人が契約するプロバイダーにとっては他の情報と容易に照合することができ、個人を識別可能なため、個人情報と言える^{*17}。

このような個人情報か否かを相対的に考えることについて、個人と、個人の情報が結びつくことによりプライバシーが侵害されることから考えると、上であげた位置情報などが、容易に個人が識別できない場合には個人情報とならないとしてもプライバシー保護の観点からは問題ない。実際に GDPR 制定前のドイツの通説・判例では、IP アドレスについてこのような考えだった^{*18}。

しかしながら、個人情報か否かの判断基準が不明確なことにより、事業者側がむしろ、情報の利活用を躊躇するという要因にもなっている。上であげた位置情報などは個人に結びつく蓋然性が高いものであり、明確に個人情報であると定義した方が本人、事業者ともに利益になると考えることもできる。実際にこのような問題意識のもと、①パスポート番号、免許証番号、IP アドレス、携帯端末 ID 等の個人または個人の情報通信端末（携帯電話端末、PC 端末等）等に付番され、継続して共用されるもの、②顔認識データ、遺伝子情報、声紋並びに指紋等、個人の生体的・身体的特性に関する情報で、普遍性を有するもの、③移動履歴、購買履歴等の特徴的な行動の履歴、を準個人情報として定義してはどうかという議論が、第7回パーソナルデータに関する検討会でなされたこともあった^{*19}。

以上まとめると個人情報保護法の個人情報の定義は、GDPR より狭い一方で、プライバシーの観点からは特に問題がないと考える。一方で実際問題として、GDPR で認められている範囲まで個人情報の定義を立法により拡張することで、本人、事業者ともにむしろ利益となる可能性もあると考える。

3.2 同意の条件について

プライバシー権を、「自己の個人情報の放棄および利用を自身で決定する権利。」と解すると、同意があれば個人情報の処理が正当化される。しかしながら、果たしてどのような条件を満たせば同意と言えるかどうかには争いがある。まず、日本と比べると大変厳格な要件である GDPR の同意の条件について見た後、日本の個

^{*17} 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説（第6版）』（有斐閣、2018年）39頁

^{*18} 實原隆志「IPアドレスの個人情報該当性」長崎県立大学研究紀要15号（2015年）24頁

^{*19} <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/pd/dai7/siryou1-2.pdf>

個人情報保護法を見ていきたいと思う。

3.2.1 GDPR の同意の条件について

GDPR 4 条 11 項によると、同意とは、「①自由に与えられ、②特定され、③事前に説明を受けた上での、④不明瞭ではない、データ主体の意思の表示を意味し、それによって、データ主体が、その陳述又は⑤明確な積極的行為により、自身に関連する個人データの取扱いの同意を表明するもの」と定義される。①「自由に与えられ」とは、力の不均衡がなく、本人が損害なく同意を拒否または撤回をすることができるという意味である^{*20}。たとえば、労働者と雇用主といった雇用関係にないことや、そのサービスに必ずしも必要のない個人情報の処理について同意することが契約条件に含まれていないことが必要である。②「特定され」とは、同意は特定された利用目的に対してなされる必要があるという意味である。そのため、利用目的が限定されていない包括的な同意は認められない^{*21}。③「事前に説明を受けた」とは、分かりやすい形での情報提供があること、そしてその情報に直接アクセス・認識できることが必要であるという意味である^{*22}。また、GDPR の前文 42 項によると、同意が有効になるには、本人が「管理者の身元、及び、その個人データについて予定されている取扱いの目的」を認識している必要があり、このような情報を事前に提供される必要がある。④「不明瞭でない」とは、個人情報の取扱いに対する同意であることがわかるように、他の契約条件等とは明確に区別して、本人の意思を確認する必要があるという意味である。そのため、一般の利用条件の中に同意を紛れ込ませてはならない。また、同意内容は容易にアクセスできるようにし、また一般の利用者が容易に理解できるように、明確かつ平易な文言を用いて示さなければならない^{*23}。⑤「明確な積極的行為」とは、書面へのサインや空欄にチェックを入れるなどである^{*24}。

3.2.2 日本の個人情報保護法の同意の条件

日本の個人情報保護法では、本人の同意とは、「本人の個人情報が、個人情報取扱事業者によって示された取扱方法で取り扱われることを承諾する旨の当該本人の意思表示をいう（当該本人であることを確認できていることが前提となる。）」と定義される^{*25}。

包括的同意は許されず、具体的な利用目的に対する明示的な同意である必要があり、また個人情報の取扱いに関する条項が他の契約条件と明確に区別されていることや確認欄により本人の意思が明確に反映できる方法により確認を行うことが望ましいとされている^{*26}など、②の全部や④・⑤の一部は認められているように思われる。次章からより同意の条件を厳しくする方法がないか模索していきたいが、先に、特に問題であると考え、オプトアウト方式による第三者への個人情報提供について言及しておきたい。

■オプトアウト方式による第三者への個人情報提供 日本の個人情報保護法 23 条 2 項は事後に本人からの申し出により情報の提供を停止することを条件に、（令和 2 年改正により条件は厳しくなったものの）事前の本人の同意なしに第三者に個人情報を提供することを認めている。これをオプトアウト方式による第三者への個人情報提供と呼ぶ。

^{*20} 宮下紘『EU 一般データ保護規則』（勁草書房、2018 年）58 頁

^{*21} 宮下・前掲注 (19) 60-61 頁

^{*22} 宮下・前掲注 (19) 61 頁

^{*23} 小向太郎＝石井夏生利『概説 GDPR—世界を揺るがす個人情報保護制度』（NTT 出版、2019 年）63 頁

^{*24} 宮下・前掲注 (19) 62 頁

^{*25} 個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン（通則編）2-12

^{*26} 宇賀・前掲注 (16) 136 頁

オプトアウト方式についてはエリック・J・ジョンソンとダニエル・G・ゴールドシュタインが興味深い研究をしている。臓器移植に関して、事前に申し出があった場合にのみ臓器移植をしないとするオプトアウト方式の国は、事前の同意がなければ臓器移植ができないとするオプトイン方式を採用する国と比べて、臓器移植に応じてくれる人のパーセンテージが60ポイントほど高い。その原因の1つとして決定を下すことはしばしば努力を伴うが、初期設定を受け入れることは楽であり、積極的な判断を避ける人が多いということがあげられる^{*27}。

このように臓器提供という身体の重要な決定ですらオプトインかオプトアウトで大きく結果が異なる。個人情報の取扱いに関する合意ではただでさえ個人と事業者の間に力の不均衡があるため、さらに個人の側に重い負担を押しつけるのは不適当だと思われる。

4 現行法による解決

前章でも述べたように、同意の条件としてGDPRでは、①自由に与えられ、②特定され、③事前に説明を受けた上での、④不明瞭ではない、⑤明確な積極的行為、という条件を課されている。しかしながら、日本の個人情報保護法では①・③は条件ではなく、④・⑤は保障の程度が薄い。そのため、この章では、民法と私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下独占禁止法と略。）により、これらの条件を個人に有利なように、より厳しくできないかどうか模索する。

4.1 民法の定型約款による解決

民法には548条の2で定型約款の制度が用意されている。そして548条の2第2項には信義則に照らして不当な個別条項は契約内容とならないと規定する。この制度を使えないかどうか検討する。

個人情報保護法上の「同意」は、個人情報保護法が行政規定であるため、契約の成立に向けられた私法上の行為ではない。そのため、個人情報の取得等の同意に関する規約は「定型約款」に該当しないというのが定型約款規定の立案担当者の見解である。しかしながら、個人情報の取得等の同意に関する条項が、免責条項など契約の成立に向けられた他の条項と一緒に利用規約の中に定められている場合や、契約締結画面やアカウント登録画面自体に表示されている場合もある。このような場合は、④の「不明瞭ではない」という観点からすると、契約の同意と個人情報の取扱いに対する同意が明瞭に区別されているわけではなく、問題である。

このような問題がある場合に、契約の成立に向けられた条項と、個人情報の取得等の同意に関する条項全体をむしろ定型約款として扱い、後者を民法548条の2第2項に基づき、合意しなかったものとみなすことができないかどうかを検討する。

まず、相手方たる利用者から見れば、個人情報の取得等の同意に関する規約は、価格条項や免責条項等と同列に定められた契約条件の1つと見える。そして、これらの条項に同意しなければ利用者はプラットフォームの利用ができないとすると、実質的に個人情報の取得等に関して同意しなければ、契約は成立しない。そうすると個人情報の取得等に関する条項は契約の成立のために向けられた条項と見ることができる。そうすることで、個人情報の取得等に関する規約を民法548条の2の「約款」にあたると言える可能性がある^{*28}。

あたるとすると、民法548条の2第2項により、「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条

^{*27} Eric J. Johnson & Daniel G. Goldstein(2004). Defaults and Donation Decisions. *Transplantation*, 78(12), 1714–1715.

^{*28} 大澤彩「民法・消費者法からみた『同意』—事業者・消費者取引における消費者の個人データ取得の場面等を素材に」NBL1167号（2020年）5-6頁

項」は、「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第一条第二項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められる」場合には、合意しなかったものとみなされる。そこで「その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念」の意味について考える。

定型約款の実務 Q & A によると、「客観的にみて予測し難い内容の条項が置かれ、かつ、その条項が相手方に重大な不利益を課すものであるときは、相手方においてその内容を知り得る措置を定型約款準備者が高じておかない限り、そのような条項は不意打ち的なものとして信義則に反することとなる蓋然性が高いと考えられ」る^{*29}。「相手方に重大な不利益を課す」が①の「力の不均衡が存在する」という条件に類似で、「相手方においてその内容を知り得る措置を定型約款準備者が高じ」が③の「事前に説明を受けた」と類似である。以上より、④・①・③すべての条件を満たさない場合は、548 条の 2 第 2 項により、個人情報の取得等に関する不当な条項を排除できる可能性がある。

また、さらに進んで、定型約款が不特定多数の者を相手に利用されるという性質からすると、ある条項が不当かどうかは客観的に判断すべきであるから、③の条件は排除すべきだという考え方もありうる^{*30}。

以上のように、①・④の条件を満たさない個人情報の取得等に関する同意に対して、事業者の不利益を与えることで、実質的に①・④の条件を同意の条件に含めることができる可能性がある。

4.2 独占禁止法による解決

独占禁止法 2 条 9 項 5 号により優越的地位の濫用が禁止されている。取引上優越している事業者からの一方的な要請に対し、それが著しく不利益なものであったとしても「同意」せざるを得ない場合に、それを果たして「同意」としてもよいのかどうか問題となる。伊永は「自由かつ自主的な判断」かどうかを基準とし、その考慮要素の類型として、(1)取引の相手方が「納得して同意」しているとの主観的認識を有しているか、(2)取引の相手方に対して十分に情報提供がなされたか、(3)同意が十分な協議を経てされたものであるか、(4)取引内容が合理的か、(5)同意しなかった場合に不利益がないか、といったものをあげている^{*31}。独占禁止法により、(1)～(5)に違反する行為が禁止されるとすると、(2)、(3)の観点から③の「事前に説明を受けた」という条件を、(4)、(5)の観点から①の「(力の不均衡などがなく、) 自由になされた」という条件を、同意の条件に含めることができる可能性がある。

5 まとめ

以上のように個人情報保護法を主に同意の観点から検討してきた。プラットフォーム時代においては GDPR の「自由に与えられ」により条件とされる、「力の不均衡がないこと」が特に重要になってくると思われる。そのため、現行法上あまり認められそうにないことは問題だと思う。しかしながら、個人情報保護法は 3 年ごとの見直しが見直しが明文化されている。毎度の改正により、個人情報保護法がよりよいものになっていっていると感じられるため、今後に期待するところである。

^{*29} 村松秀樹＝松尾博憲『定型約款の実務 Q & A』（商事法務、2018 年）96-98 頁

^{*30} 大澤・前掲注 (28)11-12 頁

^{*31} 伊永大輔「独占禁止法における『同意』—優越的地位濫用規制を中心に」NBL1167 号（2020 年）14-16 頁

6 参考文献

- ・中川裕志『プライバシー保護入門法制度と数理的基礎』（勁草書房、2016 年）
- ・佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011 年）
- ・山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017 年）
- ・平松毅『個人情報保護—理論と運用』（有信堂高文社、2009 年）
- ・小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト 1 号（2012 年）
- ・曾我部真裕＝山本龍彦「自己情報コントロール権をめぐって」情報法制研究 7 号（2020 年）
- ・宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説（第 6 版）』（有斐閣、2018 年）
- ・實原隆志「IP アドレスの個人情報該当性」長崎県立大学研究紀要 15 号（2015 年）
- ・宮下紘『EU 一般データ保護規則』（勁草書房、2018 年）
- ・小向太郎＝石井夏生利『概説 GDPR—世界を揺るがす個人情報保護制度』（NTT 出版、2019 年）
- ・Eric J. Johnson & Daniel G. Goldstein(2004). Defaults and Donation Decisions. Transplantation, 78(12)
- ・大澤彩「民法・消費者法からみた『同意』—事業者・消費者取引における消費者の個人データ取得の場面等を素材に」NBL1167 号（2020 年）
- ・村松秀樹＝松尾博憲『定型約款の実務 Q & A』（商事法務、2018 年）
- ・伊永大輔「独占禁止法における『同意』—優越的地位濫用規制を中心に」NBL1167 号（2020 年）
- ・宮下紘『ビッグデータの支配とプライバシー危機』（集英社、2017 年）