

# プライバシーに関する契約についての考察(1)

弁護士

板倉 陽一郎

ITAKURA Yoichiro

- I プライバシーに関する契約の氾濫
- II プライバシーに関する契約の実体法的分析
  - 1 プライバシーに関する契約が行われる理由(以上・本号)
  - 2 プライバシーに関する契約の限界(次号予定)
- III プライバシーに関する契約の訴訟法的分析(次次号予定)
- IV プライバシーに関する契約の将来的課題

## I プライバシーに関する契約の氾濫

インターネットには、個人情報の取扱いに関する利用規約やプライバシーポリシー、個人情報保護方針と証する文書が溢れている。これらは事業者が作成し、消費者に提示しているものであり、インターネットの利用者たる消費者は、日々、その内容に同意して、インターネット上のサービスを利用している(ことになっている)。これらの文書のクオリティは様々である。サービスに合わせて丁寧に作り込まれており、規約への同意を含んだユーザーインターフェースに工夫が見られるも

もあるし、類似サービスの利用規約やプライバシーポリシーを安易にコピーしてきたと見受けられるものもある。近年は、実務家向けの作成マニュアル的な書籍や、書式集が多数公刊されており、それらの内容も洗練されてきているので<sup>1)</sup>、事業者において時間とコストを費やせば、適切な内容の利用規約やプライバシーポリシーを作成することは困難ではない。他方、それらについての理論的な分析がなされることは稀である。

具体例を見てみよう。ここでは、日本で最初に欧州データ保護指令における拘束的企業準則(Binding Cooperate Rules, BCR)<sup>2)</sup>の承認を受けた事業者<sup>3)</sup>ということで、一定のデータ保護の水準を確保していると考えられる楽天株式会社(「楽天会員規約<sup>4)</sup>」、「楽天個人情報保護方針<sup>5)</sup>」及び「お客様の個人情報の利用について<sup>6)</sup>」(以下、「楽天利用について」という。)を例として挙げる。楽天会員規約7条は、「楽天は、会員による会員サービスの利用に関して取得する個人情報を、楽天の個人情報保護方針(<https://privacy.rakuten.co.jp/>)に従い、適切に取扱います。」とする。そうすると、個人情報保護方針に従うという内容は、楽天

1) 例えば、昨今の実務家向けの書籍として、雨宮美季他『良いウェブサービスを支える「利用規約」の作り方』(技術評論社、2013年)146-183頁、小野齊大他『アプリ法務ハンドブック』(レクシスネクシス・ジャパン、2015年)214-280頁など。

2) 欧州データ保護指令26条2項を根拠とするものであり、欧州データ保護指令における「十分な保護措置」を備えていない国又は地域には個人データを移転できない、という規制の例外措置の一つである。邦語による解説として、石井夏生利『個人情報保護法の現在と未来 世界的潮流と日本の将来像』(勤草書房、2014年)93頁以下。

3) 平成29年1月27日現在、"List of companies for which the EU BCR cooperation procedure is closed" (<http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/>

[binding-corporate-rules/bcr\\_cooperation/index\\_en.htm](https://binding-corporate-rules/bcr_cooperation/index_en.htm))には記載がないが、報道によると、平成28年12月24日に、ルクセンブルクのデータ保護機関であるCommission nationale pour la protection des donnéesから承認を得たとのことである。(「楽天、BCRの承認を取得 -EEA域外への個人情報移転が可能に」Security NEXT平成28年12月26日、<http://www.security-next.com/077018> (平成29年1月27日閲覧))。

4) <https://corp.rakuten.co.jp/terms/> (平成29年1月27日閲覧)。

5) <https://privacy.rakuten.co.jp/> (平成29年1月27日閲覧)。

6) <https://privacy.rakuten.co.jp/use.html> (平成29年1月27日閲覧)。

会員規約によって、契約の内容になっているものといえる(この点は、後に詳細に論ずることになる)。そして、楽天個人情報保護方針7.によると、「私たちは、グローバルに事業活動を展開しており、お客様の個人情報を、お客様がお住まいの国と同等の個人情報保護法制でない国に移転する可能性があります。この場合には、私たちは、適用法令の要求するところに従い、お客様の個人情報の保護のために必要な適切な措置を講じます。」とされている。この7.は、個人情報の保護に関する法律(平成15年法律第57号、以下、「個人情報保護法」といい、平成27年法律第65号及び平成28年法律第51号による改正後の条文を前提とする)第24条の「外国にある第三者への提供を認める旨の本人の同意」について、いかなる外国にある第三者であるかを問わずに提供することの同意を取得しようとして設けられている規定であると考えられるが、このような条項を民事的に見れば、契約の当事者である「お客様」のプライバシーの一部を制約する合意をなしていると考えられる。そして、この条項が適切に契約内容になっているとすれば、「お客様」は、いかなる外国に個人情報を移転されても、プライバシーを侵害されたとして、損害賠償請求をすることも、差止を行うこともできないということになろう<sup>7)</sup>。本稿では、このような、本人のプライバシーの一部を制約する合意のことを、「プライバシーに関する契約」として、分析の対象とする。「楽天会員規約」や、「楽天個人情報保護方針」のような、個人情報の取扱いに関する利用規約やプライバシーポリシーを契約として

みたうえで、分析していくこととなる。これまでも、筆者らは、プライバシーに関する契約についての研究を進めてきた<sup>8)</sup>。本稿は、一連の研究を踏まえ、その後の関連する新法の制定、法改正の動向や、個人情報保護法の改正も踏まえて整理をし、実務上の指針を導き出そうとするものである。具体的には、①プライバシーに関する契約の実体法的分析と、②プライバシーに関する契約の訴訟法的分析を行う。①実体法的分析では、プライバシーに関する契約が行われる実務上の理由を述べたうえで、プライバシーに関する契約の限界を画定する。②訴訟法的分析では、消費者団体訴訟(消費者契約法(平成12年法律第61号)12条等)、消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律(平成25年法律第69号、以下、「消費者裁判特例法」という。)及び行政訴訟との関係がそれぞれ取り扱われる。

## II プライバシーに関する契約の実体法的分析

### 1 プライバシーに関する契約が行われる理由

#### (1) プライバシーポリシーにおける法定公表事項等の記載

なぜ、プライバシーに関する契約が行われるのか。この点は、まずは、プライバシーポリシーというものの存在から分析することになろう。

「プライバシーポリシー」というのは、インターネットのそこかしこに存在するが、法令用語ではなく、用いられ方もまちまちである。個人情報の保護に関する基本方針(平成16年4月2日閣議決

7) 本稿では、プライバシーとは何か、人格権とは何か、については立ち入らず、プライバシーが侵害された場合、人格権に基づく差止請求権が認められること及び、不法行為に基づく損害賠償請求権が認められることに着目しておく(実務上、インターネット上に発信された情報の削除請求が人格権に基づく差止請求権の行使として行われていることを述べるものとして、清水陽平・神田知宏・中澤佑一「ケース・スタディ ネット権利侵害対応の実務—発信者情報開示請求と削除請求—」(新日本法規, 2017年)26頁、プライバシー侵害について不法行為に基づく損害賠償請求を認める判例は枚挙に暇がないが、さしあたり、最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁(早稲田大学江沢民講演会事件))。プライバシーに関する契約の効果は、これらの請求権に対する制約として現れる。

8) 板倉陽一郎「個人情報の取扱いに関する利用規約上の定めに関する考察」情報処理学会研究報告電子化知的財産・社会

基盤(EIP)2013-EIP-62巻4号(2013年)1-6頁(以下、「板倉EIP 62」という。)、板倉陽一郎「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」のインターネット上の事案への適用についての考察」情報処理学会研究報告電子化知的財産・社会基盤(EIP)2014-EIP-63巻3号(2014年)1-6頁(以下、「板倉EIP 63」という。)、板倉陽一郎・寺田麻佑「個人情報保護法改正案及び民法(債権法)改正案の利用規約及びプライバシーポリシーにおける個人情報取扱条項への影響」情報処理学会研究報告電子化知的財産・社会基盤(EIP)2015-EIP-68巻14号(2015年)1-6頁(以下、「板倉・寺田EIP 68」という。))。また、筆者らは、書式集の解説において、インターネット上の利用規約やプライバシーポリシーについて理論的な説明を試みたことがある(大村多聞他編「契約書式実務全書〔第2版〕第3巻」(ぎょうせい, 2014年)457-498頁〔藤原宏高・板倉陽一郎〕)。

定、平成28年10月28日一部変更)はプライバシーポリシーに触れており、6「個人情報取扱事業者等が講ずべき個人情報の保護のための措置に関する基本的な事項」(1)「個人情報取扱事業者が取り扱う個人情報に関する事項」において、「個人情報取扱事業者は、法の規定に従うほか、2の(2)の①の個人情報保護委員会のガイドライン、認定個人情報保護団体の個人情報保護指針等に則し、例えば、消費者の権利利益を一層保護する観点から、個人情報保護を推進する上での考え方や方針(いわゆる、プライバシーポリシー、プライバシーステートメント等)を対外的に明確化するなど、個人情報の保護及び適正かつ効果的な活用について主体的に取り組むことが期待されているところであり、体制の整備等に積極的に取り組んでいくことが求められている。その際、事業の規模及び性質、個人データの取扱状況等に応じて、各事業者において適切な取組が実施されることが重要である。」とする(傍線筆者。以下同じ。)ここでは、「個人情報保護を推進する上での考え方や方針」であるとされ、いかなる内容を含むものであるかは示されていない。なお、「個人情報の保護に関する基本方針」は閣議決定に過ぎず、事業者への直接的な規範性も存しない。

また、総務省の「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン」(以下、「電気通信GL」という。平成29年総務省告示第152号)14条1項は「電気通信事業者は、プライバシーポリシー(当該電気通信事業者が個人情報保護を推進する上での考え方や方針をいう。)を公表することが適切である。」とし、プライバシーポリシーが「個人情報保護を推進する上での考え方や方針」であることを確認したうえで、「電気通信事業における個人情報の保護に関するガイドラインの解説」(以下、「電気通信GL解説」という。平成29年4月18日版。)14条1項部分では、「プライバシーポリシーは、それぞれの電気通信事業者が、分かりやすい表現で記載すべきものであるが、プライバシーポリシーに記載すべき事項としては、次のようなものが考えられる。①法及び通信の秘密に係る

電気通信事業法の規定その他の関係法令の遵守、②本ガイドラインの遵守、③第19条第1項各号に定める公表すべき事項：(i)電気通信事業者の氏名又は名称、(ii)保有個人データの利用目的、(iii)利用目的の通知又は開示若しくは訂正等の本人からの求めに応じる手続、(iv)苦情の申出先、(v)認定個人情報保護団体の名称及び苦情の解決の申出先、④第11条の安全管理措置に関する方針、⑤利用者の権利利益の保護に関する事項：(i)保有個人データについて本人から求めがあった場合には、ダイレクト・メールの発送停止など、自主的に利用停止等に応じること、(ii)委託の有無、委託する事務の内容を明らかにする等、委託処理の透明化を進めること、(iii)電気通信事業者がその事業内容を勘案して利用者の種類ごとに利用目的を限定して示したり、電気通信事業者が本人の選択による利用目的の限定に自主的に取り組むなど、本人にとって利用目的がより明確になるようにすること(iv)個人情報の取得元又はその取得方法(取得元の種類等)を、可能な限り具体的に明記すること、なお、上記のほか、取得に際しての利用目的(第8条第1項、第3項)、オプトアウトによる個人データの第三者提供を行う場合の個人データの項目等(第15条第2項、第3項、第9項)、共同利用における共同利用される個人データの項目等(第15条第10項第3号、第11項)、匿名加工情報に含まれる情報の項目等(第28条第3項、第4項、第5項、第7項、第29条)、匿名加工情報取扱事業者における匿名加工情報の安全管理措置等(第31条)について、プライバシーポリシー等において、通知、公表又は本人が容易に知り得る状態に置くことが求められていることに留意する必要がある。」としている(条文数は電気通信GL案のもの)<sup>9)</sup>。個人情報保護法上、通知、公表又は本人が容易に知り得る状態が求められる事項(以下、「法定公表事項等」という。)についての法遵守の仕方については、例えば、「公表」について個人情報保護委員会より「自社のホームページのトップページから1回程度の操作で到達できる場所への掲載」が、「容易に知り得る状態」については、「本

9) 平成29年4月18日のGLの改正によって導入された部

分である。

人が閲覧することが合理的に予測される個人情報取扱事業者のホームページにおいて、本人が分かりやすい場所(例:ホームページのトップページから1回程度の操作で到達できる場所等)に法で定められた事項を分かりやすく継続的に掲載する場合<sup>10)</sup>が「事例」として挙げられている。要するに、個人情報保護委員会によると、個人情報保護法における法定公表事項等については、ウェブサイト上に公表等することによって義務を果たそうとするのであれば、事業者のウェブサイトから1回程度の操作で到達できる場所、つまり、リンクされているウェブページに掲載されることが望ましく、総務省はこれを、「プライバシーポリシー等において」と表現している、ということになる。かくして、事業者は、プライバシーポリシーにおいて法定公表事項等を記載するプラクティスを進めることになる。この点について、ヤフー株式会社は、「プライバシーポリシーは、一般的に個人情報保護法との関係において、特定した利用目的を公表するものであるということとはほぼ共通していると思われる」との見解を公表しているが、本稿の理解と整合的である<sup>11)</sup>。

## (2) プライバシーポリシーにおける同意の取得

さらに、プライバシーポリシーでは、(個人データの)第三者提供の同意までもが記載されていることがある。この点は、楽天個人情報保護方針において個人情報保護法24条の外国にある第三者への提供の同意が意図されていることでも確認した。個人情報保護法のガイドラインにおいても、例えば、「医療・介護関係事業者における個人情報の適切な取扱いのためのガイダンス」(平成29年4月14日個人情報保護委員会・厚生労働省)では、「I 6. 医療・介護関係事業者が行う措置の透明性の確保と対外的明確化」において、「医療・介護関係事業者は、個人情報保護に関する考え方や方針に関する宣言(いわゆる、プライバシーポリシー、プライバシーステートメント等)及び個人情報の取扱いに関する明確かつ適正な規則を策定し、それらを対外的に公表することが求められる。ま

た、患者等から当該本人の個人情報がどのように取り扱われているか等について知りたいという求めがあった場合は、当該規則に基づき、迅速に情報提供を行う等必要な措置を行うものとする。個人情報保護に関する考え方や方針に関する宣言の内容としては、医療・介護関係事業者が個人の人格尊重の理念の下に個人情報を取り扱うこと及び関係法令及び本ガイダンス等を遵守すること等、個人情報の取扱いに関する規則においては、個人情報に係る安全管理措置の概要、本人等からの開示等の手続、第三者提供の取扱い、苦情への対応等について具体的に定めることが考えられる。」とし、第三者提供についてまで、プライバシーポリシーで記載することが述べられている。「第三者提供の取扱い」を「具体的に定める」とするのみであるので、必ずしも第三者提供の同意(個人情報保護法23条1項柱書)をプライバシーポリシーにおいて取得せよというものではないが、排除されているとすることも困難であろう。

このような監督機関の見解にそぐわず、事業者においても、法定公表事項等のみならず、第三者提供の同意までも、プライバシーポリシーに記載して、取得しよう、という動きが現れる。楽天株式会社の例はすでに見たが、ヤフー株式会社においても、「改定後のYAHOO! JAPANのプライバシーポリシーにおいては、個人情報の第三者提供について、法令に基づく場合のほかは、原則として本人の同意を得て行うものとしている。そして、例外として、プライバシーポリシーに定める特定の場合に限り、氏名や住所などの直接特定の個人を識別できる情報を除外した上で個人情報を第三者提供することについて、あらかじめ同意していただくこととしている。」<sup>12)</sup>とされている。しかし、そうすると、単にプライバシーポリシーを「掲載」しておくだけでは足りず、プライバシーポリシー(のうち、第三者提供等、個人情報保護法上同意を必要とする項目)に「同意」してもらう必要が生じる<sup>13)</sup>。これを解決する手段が、利用規約による「同意」の取得である。

10) 「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)」(平成28年個人情報保護委員会告示第6号)2-11(公表)及び3-4-2(オプトアウトによる第三者提供)。

11) 小柳輝「Yahoo! JAPAN プライバシーポリシーの改定について」NBL 1078号(2016年)36-43頁, 37頁。

12) 前掲注11)39-40頁。

### (3) 利用規約による「同意」の取得

プライバシーポリシーに同意してもらえば、第三者提供（個人情報保護法23条、外国にある第三者に対する提供の場合は24条）や関連性を有する範囲を超えた場合の利用目的変更（個人情報保護法15条2項、16条1項）が可能になる。問題は、どのように同意を取得するかである。もちろん、利用規約への合意のほかに、プライバシーポリシーについて同意を取得すれば目的は達成されるのであるが、滞在時間が秒単位で問題となるウェブサイトのユーザーエクスペリエンスにおいて、二回のクリックを要求することはユーザーの離脱率との関係では決定的になり兼ねない。そこで、利用規約への合意を取得すると同時に、プライバシーポリシーへの同意も取得しよう、という発想が必然的に表れるのである。

この点に関し、電気通信GL解説(2-13)は「本人の同意」の解釈として、「個別の同意がある場合だけでなく、電気通信サービスの提供に関する契約約款において、個人情報の第三者提供に関する規定が定められており、当該契約約款に基づき電気通信サービス提供を締結し(※1)、かつ当該規定が私法上有効であるとき(※2)は、「本人の同意を得(る)」又は「本人の同意がある」場合と解される。よって、無制限に第三者提供を認める契約約款の規定等が、利用者の利益を阻害していると認められるときは、電気通信事業法上の業務改善命令の対象となり得る。」「(※1)契約約款の変更により個人情報の第三者提供に関する規定が設けられた場合であっても、当該変更が私法上有効であり変更前に契約締結を行った当事者にも変更後の規定が効力を有すると判断され

る場合には、「本人の同意」がある場合と解される。」「(※2)民法(明治29年法律第89号)第90条の公序良俗に反する場合や同法第95条の要素の錯誤がある場合、消費者契約法(平成12年法律第61号)第10条の消費者の利益を一方的に害するものとされる場合など同意が私法上無効とされる場合は、有効な同意があるとはいえないので、同意がある場合とはいえない。」との見解を示している<sup>14)</sup>。

総務省の見解は、①契約約款において、個人情報の第三者提供に関する規定が定められており、これにより契約を締結した場合、②契約約款の変更によって第三者提供に関する規定が設けられた場合、のいずれにおいても、契約又は約款の変更が私法上有効である場合には、有効な同意があると解される、というものである。これは、第三者提供等の同意を含む利用規約による契約の私法上の有効性又は、第三者提供等の同意を導入する利用規約の変更についての私法上の有効性を、公法上の第三者提供等の同意の十分条件としているものである。

他方で、個人情報保護委員会は、「本人の同意」について、「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。)」との見解を示している<sup>15)</sup>。同意が意思表示であるとする見解は、従来の立案担当者等の見解には見られないものである。ここでいう「意思表示」は、個人情報保護法が行政法規である以上、公法上の意思表示ということになろう。公法上の意思表示に民法の法律行為に関する規定が適用されるかに

13) 実務書においても、「個人情報保護法は、取得した個人情報を第三者に提供する際には、原則として本人から同意を得ることを求めています。そのため、個人情報を第三者に提供する場合は、プライバシーポリシーにおいてその旨を明記する必要があります(もちろん、プライバシーポリシーに対してユーザーが同意することが前提になります)」(前掲注1) 雨宮他33頁)とされたり、前掲注1) 小野他250頁において、「アプリプライバシーポリシーに記載する事項」として、「個人情報を第三者に提供する場合、提供先、提供する情報、提供先での利用目的」が掲げられたりするなど、プライバシーポリシーに個人情報保護法上の同意事項を記載することが想定されている。

14) 改正前の規定は「電気通信事業における個人情報保護

に関するガイドライン(平成16年総務省告示第695号。最終改正平成27年総務省告示第216号)の解説」15条部分。なお、改正前は「なお、同意は有効なものでなければならないので、民法(明治29年法律第89号)第90条の公序良俗に反する場合や同法第95条の要素の錯誤がある場合、消費者契約法(平成12年法律第61号)第10条の消費者の利益を一方的に害するものとされる場合など同意が私法上無効とされる場合は、有効な同意があるとは言えないので、同意がある場合とは言えないことは当然である。」とされていたが、若干トーンが落ちて

15) 前掲注10) 2-12(本人の同意)。

については学説上争いがあるが<sup>16)</sup>、名古屋地判平成19年3月23日判時1986号111頁は、「国公立大学と学生との法律関係は、公法上の無名契約(在学契約)であると解される。」「そして、国公立大学の在学契約の予約に学生の入学に関する意思表示を要すると解される以上、その意思表示に欠缺又は瑕疵があれば、民法上の意思表示に関する規定に準じて、無効とされ、又は、取り消され得るというべきである。」としており、公法上の意思表示について、民法上の意思表示に関する規定が準用されるという説を採用している。個人情報保護委員会の見解を公法上の意思表示についての見解であると解する限りにおいて、第三者提供等の同意を含む利用規約による契約の有効性は、公法上の契約の有効性として私法上の意思表示の規定を適用又は準用して検討すれば足り、そこで私法上の有効性を持ち出す余地はない。

どう考えるべきか。まず、本人の同意を、個人情報の取扱いについての意思表示であるとする個人情報保護委員会の見解は、「意思表示」が公法上の意思表示であるということを前提とすれば、基本的に承認されるであろう。もっとも、ここでの意思表示を単純に民法上の意思表示の規定上の「承諾<sup>17)</sup>」と捉えるのは適切ではないであろう。その理由としては、第一に、個人情報の取扱いについて「申込み」(改正民法案522条)を行うのが事業者であるとは限らない。第三者提供に供する個人情報の項目等を本人が選択できる場合、申込みを行っているのが本人であり、承諾するのが事業者ということになる。また、PDS(パーソナルデータストア)、情報銀行及びデータ交換市場といった事業者らの取組みは、予め本人の同意を取

得した上で、個人情報・個人データの利活用の方策を採ろうとするものである<sup>18)</sup>。これらの取組の実装には様々な形態があるが、本人において、流通に供する個人情報及び、流通させることが出来る事業者の条件を予め選択している場合、明らかに「申込み」を行っているのは本人であって、本人の示した条件に従って個人情報を利活用する事業者が承諾をする側、ということになる。第二に、少なくとも、個人情報保護法は「同意」が事業者に到達することを要求しておらず、同意の有効性も左右しないと考えられるところ、本人が「承諾」側に回る場合には、その到達を要しないという変容が認められるべきであろう。もとより、隔地者間の承諾の意思表示には発信主義が採用されているが(民法526条1項)、電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律(平成13年法律第95号)4条は、電子承諾通知においてこれを排除している(原則である到達主義に戻ることになる)。そうすると、利用規約に対し、クリックにより承諾するという、よく見られる本人の同意については、民法上の意思表示の規定をそのまま適用する限りにおいて、到達主義が採用されるが、それは、個人情報保護法が「同意」に到達を要求していないことと整合しないであろう。結論として、同意が個人情報の取扱いについての承諾である場合には、電子承諾通知に該当する場合であっても、発信主義が適用されるという変容を容れるべきであろう。その限りにおいて、本人の同意に対する民法上の意思表示に関する規定は一部修正されることになる<sup>19)</sup>。

このように考えると、利用規約によって第三者提供等に関する本人の同意を取得する際の有効性

16) 「一般的には民法の法律行為に関する規定の適用がある」とするものとして塩野宏『行政法I〔第五版〕』(有斐閣、2009年)370頁、民法の規定の適用に対するドイツにおける学説上の批判を整理するものとして鹿子嶋仁「行政法関係における私人の行為：ドイツにおける展開とその検討」一橋論叢110巻1号(1993年)116-136頁。なお、「公法上の意思表示」に関し、美濃部達吉『日本行政法上巻』(有斐閣、1936年)180頁以下。

17) 契約が申し込みと承諾により成立することについて、民法上明文の規定はないが、民法の一部を改正する法律案(第189回国会(常会)閣法63号)による改正後の民法(以下、「改正民法案」という。)522条は、「契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示(以下「申込み」という。)

に対して相手方が承諾をしたときに成立する。」とする。

18) 高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部(IT総合戦略本部)データ流通環境整備検討会AI、IoT時代におけるデータ活用ワーキンググループ「中間とりまとめ」(平成29年3月)4頁も、「パーソナルデータを含めた多種多様かつ大量のデータの円滑な流通を実現するためには、個人の関与の下でデータの流通、活用を進める仕組みであるPDS、情報銀行、データ取引市場が有効である。」とする。

19) 前掲注16)塩野においても、「行政法関係においては、当該関係を規律している法律の仕組みに即して事案を処理していく必要が」とあるとされる。

は、公法上の意思表示の有効性だけに掛からしめれば良いということになり、私法上の意思表示の有効性を持ち出す必要はないということになる。勿論、第三者提供等に関する同意についての公法上の意思表示については、上記したように、個人情報保護法上の「同意」の解釈から、発信主義が適用されるという修正が加わるが、それ以外の意思表示に関する規定（意思表示の瑕疵、代理等）については適用と呼ぶか、準用と呼ぶかは別論、私法上の意思表示規定に従うことになるので、事実上、有効無効は一致することにはなる。しかしそれは、私法上有効無効か、に結論が左右されるということではなく、あくまでも公法上の評価の問題だということになる。例えば、公法上の意思表示たる第三者提供の同意が電子承諾通知に該当する場合、発信して到達しなかったとしても、ここでは発信主義による一部修正が適用され、公法上の契約が成立するということになる。他方で、私法上の意思表示については、当然ながら、私法上の規定が適用されるため、電子承諾通知を発信して到達しなければ私法上の契約は不成立ということになる。その場合、公法上の契約としては有効であるが、私法上の契約としては無効、ということに契約ないし利用規約への合意が評価されることになるが、やむを得ない。

このように、個人情報保護委員会の見解を前提として、公法上の意思表示であることから、一部民法上の意思表示規定が修正されて適用されることとすると、利用規約によって第三者提供等に関する同意を取得するのはむしろ当然であるということになる。また、そのような見解によると、プライバシーポリシーをあえて利用規約と分離しているような場合でも、少なくとも公法上は契約としての効力が発生するということになる。楽天株式会社は、プライバシーポリシーたる楽天個人情報保護指針を楽天会員規約にインクルードするという方法で、ヤフー株式会社は、プライバシーポリシーを利用規約の内容とする方法で、公法上の契約を発生させているということになる。利用規約による公法上の契約が可能になると、個別同意

のコストが極端に下がることになる。従前は、利用規約に密かに第三者提供等に関する同意を入れ込んで、同意ボタンさえクリックさせれば良い、という不適切な運用も見られたところだが、近年の、グローバル化への対応にも対応し、ヤフー株式会社にせよ、楽天株式会社にせよ、利用規約・プライバシーポリシーで取得する第三者提供等に関する同意の内容は、「楽天利用について」のような理解しやすいコーナーを設けて、本人の理解の上での承諾を得ようという工夫—ないし、リスクヘッジ—が見られる。

ヤフー株式会社は、平成28年6月の改定前から、「プライバシーポリシーですけれども、個人情報保護指針よりも、イコールの意味ではありませんけれども、私どもとしては、個人情報保護指針として公表するという形ではなくて、これを利用規約の中に入れて込んでしまいます。つまり、約款の一部に、私どもはプライバシーポリシーをしています。ご存知だと思いますけれども、アメリカでプライバシーポリシー、FTCが推奨して入れておりますけれども、あのアメリカの場合のプライバシーポリシーは、契約ではないけれども、プロビス（ママ）になっておりまして、そのプロビス違反はFTCの方が、いろいろな行政上の措置を作動できるトリガーになっています。そういう意味でいうと、単なる表示以上の意味を持っていて、日本的に言うところ、契約的な性格に近いのではないかといいるところもあって、私どもとしては、プライバシーポリシーに関しては、そこまで踏み込んでみようということで、こういう位置づけをしております。」との見解を明らかにしていた<sup>20)</sup>。改定後も、「Yahoo! JAPANのプライバシーポリシーの大きな特徴の一つは、「Yahoo! JAPAN利用規約第1編基本ガイドライン第2章プライバシーポリシー」という正式名称からも明らかのように、前者（債権債務の内容を基礎づけるもの）であるということを確認しているということである。これは、単に業法の規律を受ける文書であるということを超えて、お客様との間のお約束であり、Yahoo! JAPANは、直接お客様に対

20) 内閣府消費者委員会「第4回個人情報保護専門調査会」(平成23年1月11日)議事録、<http://www.cao.go.jp/>

[consumer/history/01/kabusoshiki/kojin/004/gijiroku/index.html](http://consumer/history/01/kabusoshiki/kojin/004/gijiroku/index.html)。(平成29年2月1日閲覧)。

してこれを遵守する義務を負っているという立場を明らかにすべきであるという考えを反映したものである。」としており、立場は変わっていない<sup>21)</sup>。これについては、「個人情報保護法上の明示義務、公表義務等を利用規約に定めることによって、あえて債務不履行のリスクを取るということを「踏み込んで」定めている。」との評価をしてきたが<sup>22)</sup>、第三者提供等に関する同意についての公法上の契約と私法上の契約の分析を踏まえると、公法上の契約の側面については是正は個人情報保護法上の監督（個人情報保護委員会の法執行）が担っているといえ、債権債務関係とすることによる個人情報の本人との関係での直接的な効果（債務不履行の場合の解除、損害賠償等）は、私法上の契約の側面から生じてくると考えることになる。

#### (4) 残滓としての「プライバシーに関する契約」

以上の通り、①プライバシーポリシーにおいて法定公表事項等が記載され、②更にこれが発展してプライバシーポリシーに第三者提供等に関する同意が記載され、③同意を円滑に取得するために、利用規約によりプライバシーポリシーにおける同意を取得する、という流れが存在し、利用規約による第三者提供等に関する同意の取得は公法上の契約（個人情報保護委員会がいうところの「承諾」に限らない）という構造が解明できた。問題は、公法上の契約を発生させようとした条項の私法上の解釈である。

（個人データの）第三者提供等に関する同意は、私法的には、当該個人情報の取扱いの範囲においてはプライバシーに関する請求権（人格権に基づく差止請求権及び不法行為に基づく損害賠償請求権）を行使しないという意思表示を含むと考えられる。つまり、何らかのインターネットサービスの利用規約・プライバシーポリシーに、第三者提供等に関する同意等、個人情報の取扱いに関する条項が含まれ、これに関して同意した場合、公法上の契約としては、個人情報保護法上の同意を与えたことになる。他方で、私法上の契約としては、プライバシーに関する請求権を行使しない、という意思の合致一及び、当該条項に反した場合に債務不履

行責任を甘受するという意思の合致一がみてとれる。それでは、プライバシーに関する請求権を行使しない、との条項は、フリーハンドなのであろうか。つまり、個人情報保護法を遵守する内容の個人情報の取扱いに関する条項であれば、常に、私法上の契約としても有効なのであろうか。ここに、残滓としてのプライバシーに関する契約の解釈の必要が生じてくる。

21) 前掲注11) 37頁。

22) 板倉 EIP 62, 2頁。