

## プライバシーに関する契約についての考察(2)

弁護士・国立研究開発法人理化学研究所革新知能統合研究センター客員主幹研究員

板倉 陽一郎

ITAKURA Yoiciro

- 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・第1号)
  - 2 プライバシーに関する契約の限界(以上・本号)
- III プライバシーに関する契約の訴訟法的分析(次号予定)
- IV プライバシーに関する契約の将来的課題

### II プライバシーに関する契約の実体法的分析(承前)

#### 2 プライバシーに関する契約の限界

##### (1) プライバシーに関する契約の類型

前号(第1号<sup>1)</sup>)においては、第三者提供等に関する同意の取得を公法上の契約と整理し、私法上の側面としては、プライバシーに関する請求権を行使しないという私法上の契約が観念できるとした。ここでは、次なる問題として、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についての、私法上の契約の有効性を論ずる。すなわち、公法上の契約及び個人情報保護法上は有効であることを前提とし、それでもプライバシーに関する契約について何らかの問題が生じる場面を考える。

まずは、プライバシーに関する契約の類型を考えることとする。第一に、個人情報保護法上の同意が現れる類型である。具体的には、①特定された利用目的の達成に必要な範囲を超えた個人情報

の取扱いの同意(目的外利用、個人情報保護法16条2項)、②要配慮個人情報の取得の同意(同17条2項)、③個人データの第三者提供の同意(同23条1項柱書)、④外国にある第三者への個人データの提供を認める旨の同意(同24条)であり、個人情報保護法上、「同意」が条文上現れるのはこの四か所だけである。この例としては、冒頭挙げた<sup>2)</sup>、楽天個人情報保護方針7.の、「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。」との記述は④(外国にある第三者への個人データの提供を認める旨の同意)に該当することとなり、Facebook Inc.及びFacebook Ireland Ltd(以下、あわせて「Facebook」という。)の「データポリシー<sup>3)</sup>」における、「Facebook系列の企業間で、利用者に関してFacebookが保有する情報を共有します。系列企業について詳しくは、こちらをご覧ください。」及び(「こちら」であるところの)「Facebook Inc.とFacebook Ireland Ltdが提供するサービスに加え、Facebookは、以下の企業をそれぞれの利用規約とプライバシーポリシーに従って所有、運営しています。関連企業の活動の推進、サポートおよび統合、弊社サービスの改善のために、あなたに関する情報を業者内で共有することがあります。<sup>4)</sup>」との記述も、「共有」とするが、個人情報保護法上の

1) 板倉陽一郎「プライバシーに関する契約についての考察(1)」情報法制研究1号28頁(2017年、以下、「考察(1)」という)。考察(1)において用いた略称は本稿においてもそのまま使用する。

2) 考察(1)28-29頁。

3) <https://www.facebook.com/about/privacy/>(平成29年8月8日閲覧)。

共同利用を定めているというよりは、個人データの、外国にある第三者を含む第三者への提供の同意と解するのが素直な読み方であり<sup>5)</sup>、楽天個人情報保護方針7.同様に④に該当すると解されよう。

第二に、法定公表事項等がプライバシーポリシー及び利用規約に記載されることによって、法定公表事項等について本人と個人情報取扱事業者の間に契約が締結される類型である。具体的には、①利用目的の通知、公表又は明示（個人情報保護法18条1項・2項）、②変更された利用目的の通知又は公表（同3項）、③オプトアウトによる第三者提供に関する通知又は本人が容易に知り得る状態に置くこと（同23条2項柱書）、④共同利用についての通知又は本人が容易に知り得る状態に置くこと（同5項3号）、⑤保有個人データに関する事項を本人の知り得る状態に置くこと（同27条1項）、⑥匿名加工情報に関する公表事項（同36条3項、4項及び6項並びに37条及び39条）が該当する。例えば、Amazon Services LLCによる「Amazon.co.jp プライバシー規約（更新日：2017/05/30）<sup>6)</sup>」では、利用目的について、「Amazon.co.jp はどのような個人情報を収集し、どのような目的のために利用していますか？：お客様から収集される情報は、Amazon.co.jp でのお買い物をお客様に合ったよりよいものにし、Amazon.com, Inc. および/またはその関連会社（以下総称して「Amazon」といいます）が提供する店舗、プラットフォーム、情報検索等のサービスをお客様にご利用いただくために役立てられます。Amazonは、お客様の個人情報を、ご注文の処理、商品の配送やサービス、支払方法の提供および支払いの処理、注文・

商品・サービス・販売促進、お客様のご要望への対応、お取引記録の更新、およびお客様のアカウントの一般的なメンテナンスのための連絡、ほしい物リスト、カスタマーレビューなどの表示、お客様が興味をもたれると思われる商品・サービスのご案内、会員制プログラムの管理などの目的のために利用いたします。また、お客様の個人情報は、Amazon.co.jpの店舗・プラットフォームをより使いやすいものにし、インターネットを通じ提供する情報検索等のより豊富なサービスをお客様が利用できるようにするほか、詐欺やウェブサイトの悪用その他サービスの利用における違法行為を検知・防止するためにも利用されます。さらに、第三者に業務委託して技術、ロジスティクスその他の機能を代行させる場合にも利用されることがあります。」としたうえで、共同利用を「Amazonの共同利用：Amazonは、Amazon.com, Inc.並びに同社によって支配されるAmazon Services LLC, Amazon.com Int'l Sales, Inc., Amazon Services International, Inc., AMZN Mobile LLCおよびアマゾンジャパン合同会社を含む国内外の子会社間で、前述した利用目的のために共同利用し、いずれも、本プライバシー規約または少なくとも本プライバシー規約に規定されている条件と同等の保護条件に従うものとします。Amazon Services LLCが共同利用する個人データの管理の一次的責任を負います。」と定めており、「Amazon.co.jpをご利用いただいた場合、本規約に同意していただいたものとみなされます。」としていること及び、「Amazon.co.jp利用規約（更新日：2017年8月9日）<sup>7)</sup>」におけるプライバシー規約への言及<sup>8)</sup>からしても、③共同利用について

4) <https://www.facebook.com/help/111814505650678>（平成29年8月8日閲覧）。

5) もっとも、Facebookの利用規約上、「…抵触法にかかわらず、利用者と弊社の間で生じたあらゆる申し立てには、カリフォルニア州法が適用されます。」とされ（15.1.）、「米国またはカナダに居住しているか、事業の主たる拠点を持っている場合、本規約は利用者とFacebook, Inc.の間で締結されます。それ以外の場合、本規約は利用者とFacebook Ireland Limitedの間で締結されます。『弊社』とはFacebook, Inc.またはFacebook Ireland Limitedのうちいずれか該当するものを指します。」とされているので（18.1.）、利用規約上は、準拠法は米国カリフォルニア州法であり、利用者が日本に居住する場合は

利用規約の相手方はFacebook Ireland Limitedとなるので、データ保護法としてはアイルランドデータ保護法が適用されるのが基本である（欧州司法裁判所におけるMaximilian Schrems v Data Protection Commissioner (Case C-362/14)において、原告Schremsがオーストリア在住のオーストリア人（“an Austrian national residing in Austria”であったにもかかわらず、被告がアイルランドプライバシーコミッショナーであることを想起されたい。）Facebookに対して日本法が適用されるためには、法の適用に関する通則法11条の検討が必要である。

6) <https://www.amazon.co.jp/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909010>（平成29年8月9日閲覧）。

の通知等に関し、本人と個人情報取扱事業者の間に契約が締結されているものと考えてよい。

第三に、個人情報保護法上の請求権について制限が加えられる類型である。具体的には、保有個人データの開示等の請求等にかかる請求権（個人情報保護法32条1項、開示請求権、訂正請求権、利用停止請求権を含む概念である。）について、予め、一部を放棄する（又は、行使しない）という内容の契約がなされることがある。これは多く見られるものではないが、例えば、法科大学院に提出する推薦状の表紙における記載として、「志願者の方へ：この推薦状の開示請求権の放棄に同意したものととして取扱いますので、出願後一切開示いたしません。」と定めている例が見られる<sup>9)</sup>。事例は見られないが、保有個人データの訂正等請求権（個人情報保護法29条1項）や利用停止等請求権（同30条1項）について、予め、一定の対象について、訂正等及び利用停止等に応じないという内容の条項も考えうる。

第一の類型は、公法上の契約の解釈としては、同意なしに行われれば個人情報保護法違反となる行為に関し、同意を取得しているというものであり、他方で、私法上の契約の解釈としては、プライバシー侵害と評価され得る行為<sup>10)</sup>について、既に述べたとおり、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ものと解される。より詳細には、人格権に基づく差

止請求権については、不法行為を理由とするものではないので、後述するように、著作人格権の不行使特約にならない、人格権の不行使特約と考え、不法行為に基づく損害賠償請求権については被害者の承諾<sup>11)</sup>と整理することが適当であると考えられる。

第二の類型は、個人情報保護法上、同意を得ることまでは必要ではないが、第一の類型について利用規約による同意を取得しようとしたために、あわせて契約内容になったものである。ここでも、①②（利用目的の通知等）、③（オプトアウトによる第三者提供に関する通知等）、④（共同利用についての通知等）については、契約内容となっている限りにおいては、本人の個人情報の利用ないし提供を許すということになり、プライバシーに関する請求権を行使しないという、第一の類型と同様の意思表示が観念できる。⑥（匿名加工情報関係）は、個人情報保護法上は個人情報には該当しないとされる匿名加工情報に関する規律であるが、匿名加工情報の取り扱いに関して、プライバシーに関する請求権に基づく請求の余地が全く無いとまではいえず、やはり同様に解して良いであろう<sup>12)</sup>。⑤（保有個人データに関する事項）も、個人情報保護法27条1項3号については、開示等の請求等に応じる手続及び保有個人データの開示請求及び利用目的の通知の求めに関する手数料についての合意という点では、一定程度、本人の権利利益を制約する内容を含んでいる。もっとも、保有個人データの

7) <https://www.amazon.co.jp/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000>（平成29年8月9日閲覧）。

8) 「プライバシーについて：プライバシー規約は、お客様がアマゾンサービスを利用される場合にも適用されますので、お読みになり、ご理解いただきますようお願いいたします。」及び「第三者による提供：…各社のプライバシーに関する文書と利用規約を注意深くお読みになることをお勧めします。」とされている。

9) 早稲田大学「2018年度早稲田大学大学院法務研究科推薦状（表紙）。早稲田大学「2018年度早稲田大学大学院人間科学研究科入学試験推薦状（様式⑥（日本語）」にも、「志願者の方へ：署名により、この推薦状の開示請求権の放棄に同意したものととして取扱いますので、出願後一切開示いたしません。」との記載が見られる。慶應義塾大学「2017 Application Form for Admission to Keio University Law School」にも、「本志願者調査を提出することにより、志願者に関する報告書（推薦状）の開示請求権の放棄に同意したものととして取り扱

ますので、出願後、一切開示いたしません。」とある。

10) 個人情報保護法違反が常にプライバシー侵害と評価されるわけではない。この点については加藤隆之「個人情報保護制度の遵守とプライバシー権侵害」並細亜法学46巻1号84頁（2011年）、板倉陽一郎「個人情報保護法違反を理由とする損害賠償請求に関する考察」情報ネットワーク・ローレビュー11巻2頁（2012年）及び松尾剛行「最新判例にみるインターネット上のプライバシー・個人情報保護の理論と実務」（勁草書房、2017年）244-246頁参照。

11) さしあたり、加藤一郎『不法行為 [増補版]』（有斐閣、1974年）138頁、潮見佳男『基本講義債権各論II 不法行為法 第2版』（新世社、2009年）98-99頁、202-205頁。

12) 地方公共団体における匿名加工情報（非識別加工情報）の取り扱いに関しての論稿であるが、板倉陽一郎「匿名加工情報の民間事業者への提供による住民の権利利益侵害と救済方法」自治実務セミナー653号14-17頁（2016年）参照。

開示等の請求等にかかる請求権が、私法上のプライバシーに関する請求権である（または、「でも」ある）かについての検討が必要であり、その点は、第三の類型において議論することとする。

そして、第三の類型は、保有個人データの開示等の請求等にかかる請求権について、一定の制限をするものである。保有個人データの開示等の請求等にかかる請求権は、個人情報保護法上の数少ない私法上の請求権であり、これに対する制限は、直接的に私法上の契約と解して良い<sup>13)</sup>。では、第一の類型及び第二の類型と同様、プライバシーに関する請求権についての契約といえることができるか。この点、宇賀克也教授は、「個人情報取扱事業者は、個人データを適正に取り扱う義務を負っており、個人データの本人に対しても、信義則上、当該個人データを適正に取り扱う義務があると解すべきであり、それを基礎として、本法が開示請求権、訂正等請求権、利用停止等請求権を法定したと考えることもできるように思われる。」とし<sup>14)</sup>、開示等の請求等にかかる請求権の根拠を人格権やプライバシーには求めていない。また、岡村久道弁護士も、「本法が、私法上の人格権として認められてきたプライバシーの権利を具体化したものと解されるものでもなく、対象情報もプライバシー権等のそれと必ずしも一致しない。したがって、これらの請求権の法的性質を、ただちに人格権に基づくものであると言い切ってしまうことは困難である。その意味では、これらの権利に係る人格権に直接基づいた請求権それ自体ではなく、これと密接に関連しつつ、本法が創設した法定請求権として理解することが自然である。」とし<sup>15)</sup>、開示等の請求等にかかる請求権は人格

権に基づくものではないとの見解を示している。その意味で、開示等の請求等にかかる請求権を制限する条項は、ただちにはプライバシーに関する請求権についての契約ではない。では、プライバシーに関する請求権についての契約「でも」あるといえるのか。この点について、岡村久道弁護士は、「プライバシーの権利に基づく差止請求権とは請求権競合の關係に立つ」としている<sup>16)</sup>。具体的には、保有個人データの訂正等請求権・利用停止等請求権との關係を述べたものと理解されよう<sup>17)</sup>。例示したような、開示請求権についての制限である場合には、プライバシーに関する請求権についての契約とはなり得ない。保有個人データの訂正等請求権・利用停止等請求権と、人格権に基づく差止請求権の場合にはどうか。現時点で具体的な条項がみられるわけではないため、理論上ではあるが、意思表示の合理的な解釈として、双方の請求権への制限と解されることはあり得ないではなかろう。その場合も、請求権競合を解消するような条文上の根拠<sup>18)</sup>が存在するわけではないという状況に鑑みれば、安易に双方の請求権への制限と解釈することは適切ではなく、まずは厳格に、いずれの請求権についての条項であるかを確定する作業が先立つこととなる。このように、第三の類型は、基本的には、プライバシーに関する請求権に関する契約と関連するものではなく、実務的には、第一の類型と第二の類型を念頭に置けばよいということになる。

まとめると、第一の類型については、プライバシーに関する請求権を行使しないという意思表示を含むものである。第二の類型については、保有個人データの開示等の請求等にかかる請求権に関

13) 保有個人データの開示等の請求等に関しては、個人情報保護委員会の監督による是正も予定されているが、勧告・命令（個人情報保護法43条1項・2項）の対象となるもの、緊急命令（同3項）の対象とはなっていない。

14) 宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説〔第5版〕』（有斐閣、2016年）204頁。

15) 岡村久道『個人情報保護法 第3版』（商事法務、2017年）295頁。

16) 前掲注15)。

17) ドイツにおいて、検索サービスに対する法的統制の根拠法に関し、テレメディア法によるものと連邦データ保護法によるものが何れも考察されていることが興味深い。實原隆志

「ドイツの『忘れられる権利』」奥田喜道編著『ネット社会と忘れられる権利 個人データ削除の裁判例とその法理』（現代人文社、2015年）154-169頁。

18) 例えば、商法及び国際海上物品運送法の一部を改正する法律案（第192回国会閣法16号）には、商法587条の改正案として、「第576条、第577条、第584条及び第585条の規定は、運送品の滅失等についての運送人の荷送人又は荷受人に対する不法行為による損害賠償の責任について準用する。ただし、荷受人があらかじめ荷送人の委託による運送を拒んでいたにもかかわらず荷送人から運送を引き受けた運送人の荷受人に対する責任については、この限りでない。」として、債務不履行責任と不法行為責任の調整規定を設けている。

する部分を除いて、第一の類型と同様に考えられる。第三の類型については、保有個人データの訂正等請求権・利用停止等請求権に関する部分のみが、プライバシーに関する請求権と関連する可能性を有しているが、事例が確認されているものではなく、プライバシーに関する請求権に関する契約と関連するものではないことを前提に検討し得る。

## (2) 締結の場面における限界

以上の整理を前提に、プライバシーに関する契約の限界を議論する。具体的には、①締結の場面と、②利用規約変更の場面、がいずれも問題となる。

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につき、不法行為に基づく損害賠償請求権については、伝統的に抗弁事由としての「被害者の承諾」が認められており、この枠組みで考えてよいと思われる。「承諾」という名称であるが、利用規約に盛り込まれれば契約条項の一部を為すといえ、当然に、意思表示に関する一般条項、ことに公序良俗に反すれば効力はない。故意のプライバシー侵害行為についても被害者の承諾は認められるか。第一・第二類型による本人の個人情報・個人データの利用は、プライバシー侵害との関係では明らかに故意行為であり、故意または重過失による責任まで免れしめることはできないとすると<sup>19)</sup>、プライバシーに関する契約は常に違法ということになるが、妥当な結論とはいえないであろう。被害者の承諾についての議論は、伝統的に、刑法での蓄積が大きく、民法学者においても、公序良俗の解釈において端的にこれを参考にせよとするものがある<sup>20)</sup>。そして、刑法における被害者の承諾については、最高裁が、

「被害者が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものであるが、本件のように、過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもつて、被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには、右承諾は、保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであつて、これによつて当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である。」と判示している。結局、諸要素を挙げての総合考慮ということになるが、調査官解説では、「本決定は、…要するにこれら一切の事情を総体的に考察して、健全な良識に基づき、個人の自由と社会秩序との調和を図りつつ、社会通念の是認するところを慎重に探るべきであるというに尽きる」と説明される<sup>21)</sup>。結果無価値論の立場からは峻厳な批判が浴びせられるが<sup>22)</sup>、私法領域の一般条項の解釈であつて総合考慮は許されるとしても、結局一般条項に対して総合考慮で答えるということになる。少なくとも最判のあげる要素を参考にし、個人情報取扱事業者における、個人情報・個人データの利用の動機・目的(承諾の動機、目的)、利用する個人情報・個人データの種類、利用の手段・方法・程度等(法益侵害の手段、方法、損傷の部位、程度等)を考慮することになろう。

次に、人格権に基づく差止請求権について考えることとする。差止請求権は不法行為を理由とするものではないので、被害者の承諾の議論をそのまま援用することは適切ではない。この領域で参考となるのは、著作権法における著作者人格権の

19) 前掲注11) 加藤138頁は、「承諾による免責は、一般には軽過失の場合に限って認めるべきであつて、故意または重過失による責任まで免れさせるべきではない。」とする。もっとも、139頁注3において、「たとえば、手術をするのは正当な業務だから、承諾があればさしつかえない」としており、必ずしも故意行為に対する承諾を認めないという立場が一貫しているわけではないように思われる。

20) 前掲注11) 加藤138頁は自殺幇助罪や決闘の合意に言及し、前掲注11) 潮見99頁は、「同意殺人・墮胎に関する刑法202条・214条と、それらをめぐる刑法の議論を参照してく

ださい。」とする。

21) 神作良二「[20] 一 被害者の承諾と傷害罪の成否 二 被害者の承諾が傷害行為の違法性を阻却しないとされた事例」最判解刑事篇昭和55年度235頁。

22) 例えば、山口厚『問題探求刑法総論』(有斐閣、1998年)79頁は、「このような判示には問題がある。すなわち、既に述べたように、被害者の同意の意義を相対化し、他の考慮によって違法性阻却効果を否定している点が妥当でない。」とする。

放棄及び不行使特約の議論である。著作者人格権と一般的人格権の関係については学説の対立が存するが<sup>23)</sup>、一般的人格権は放棄できないということは前提として承認されている<sup>24)</sup>。著作者人格権については、放棄については問題があるとして、著作財産権の許諾契約と並行して、不行使特約を締結するのが一般的な著作権実務である<sup>25)</sup>。そうすると、(一般的)人格権についても、不行使特約を觀念し、プライバシーに関する請求権を行使しないという意思表示は、人格権の不行使特約についての規律に服すると考えることができる。そして、人格権の不行使特約の限界については、まずは、人格権の放棄とみられるような条項については、認められないと考えられるであろう。具体的には、提供されるサービス上不必要であり、本人に何らの利益ももたらされないにも関わらず、個人データの第三者提供について、提供先を問わず同意するような規定について、個人情報保護法上は、これを無効であるとするのは必ずしも容易ではないが、私法上の契約としては、実質的に人格権を放棄したものであるとして、無効であるといえることができる。他方、人格権の不行使特約については、著作者人格権の不行使特約が、「あらゆる利用形態において、…著作者人格権を行使しない、という文言にする」<sup>26)</sup>の一般的なであるこ

とからして、放棄に至ると評価されないものは原則として有効である。もっとも、東京地判平成16年11月12日判例集未掲載(平成16年(ワ)第12686号<sup>27)</sup>)のように、契約上、著作者人格権の不行使特約の文言が含まれていても、具体的状況下で、その効力が否定されることはあり得、(一般的)人格権に関しても、そのような可能性は否定できないであろう。

さらに、プライバシーに関する契約は通常、消費者契約(消費者契約法2条3項)であり、プライバシーに関する請求権を行使しないという意思表示に係る条項が消費者契約法10条に反すれば、無効となる。同条の解釈としては、最高裁が「当該条項が信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものであるか否かは、消費者契約法の趣旨、目的(同法1条参照)に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考量して判断される」(最判平成23年7月16日民集65巻5号2269頁)としている。例えば、「親子兄弟会社の間で取得時の利用目的の範囲内で個人データを共同利用する<sup>28)</sup>」として共同利用に関する規定が設けられているとき、子会社の中に、個人情報の取扱い体制が全く整っていないような事業者が含まれてい

23) 中山信弘『著作権法 第2版』(有斐閣, 2014年)469-472頁, 田中宏和「著作者人格権に関する課題と検討」岡山大学大学院社会文化科学研究科紀要29号111-130頁(2010年)。

24) 前掲注23)中山472頁, プロバイダ責任制限法実務研究会『最新プロバイダ責任制限法判例集』(LABO, 2016年)165頁。なお、同書は「プライバシー権の放棄」について認められないとしたうえで、「被害者の同意」という構成を採用すべきであるとするが、人格権に基づく差止請求権については被害者の承諾の法理は適切ではないと思われる点につき本文中で論じた。

25) 加藤君人・片岡朋行・大川原紀之『エンターテインメントビジネスの法律実務』(日本経済新聞出版社, 2007年)33頁注34では、「…米国の契約書では、著作者人格権を放棄(wave)してもらう条項が挿入されるのが一般的です。しかし、日本では、人格権は一身専属的であるため、放棄も認められないと一般的に言われてきました。そこで、本文にあるように、行使しないという合意、つまり、不行使特約を挿入するのが、実務上一般的なのです。」とする。

26) 前掲注25)加藤他34頁。

27) 問題となっているのは著作者人格権の中でも氏名表示権であり、「本件覚書4条には、本件原稿について、原告は、被告又は被告から著作権を承継した者又は被告から当該著作物

を利用する権利を取得した者に対して著作者人格権を行使しない旨が記載されている。しかし、前記1に認定したとおり、従来、被告により「…」名義で出版された知的財産権に関する出版物には、被告主宰の本件特許事務所の構成員を含めて、分担執筆担当者の氏名が表示されていたものであり、このような事情があったことから、本件覚書についても、原告は、自己の氏名が本件書籍に表示されることを前提として署名、捺印したものであるから、本件覚書に上記条項(4条)が存在することを理由として、原告が本件原稿について氏名表示権の不行使を約したと認めることはできない(また、前記のとおり、本件書籍には、原告を除く執筆担当者の氏名は「執筆者」として表示されており、結局、氏名が表示されていないのは原告のみであるところ、本件覚書4条により原告がこのような差別的な取扱いをも容認していたと認めることは、到底できない。)[「そうすると、本件覚書4条の存在を理由として、本件訴訟において原告が本件原稿について著作者人格権(氏名表示権)を行使することができないとする被告の主張は、採用できない。」と判示する。

28) 個人情報保護委員会「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11月(平成29年3月一部改正)3—4—3(3)【共同利用に該当する事例】事例2。

るような場合には、消費者と事業者との間に存する情報の質及び量並びに交渉力の格差が著しいといえ、個人情報保護法上は有効な共同利用であるとしても、他の具体的な状況と相まって消費者契約法10条違反とされることもあり得よう。

以上のとおり、①不法行為に基づく損害賠償請求権について、個人情報取扱事業者における、個人情報・個人データの利用の動機・目的(承諾の動機、目的)、利用する個人情報・個人データの種類、利用の手段・方法・程度等(法益侵害の手段、方法、損傷の部位、程度等)を考慮して、有効な被害者の同意がないとされるとき、②人格権に基づく差止請求権について、人格権の不行使特約を觀念し、実質的に人格権の放棄といえるとき、③消費者契約法10条に違反するときには、個人情報保護法には違反せず、利用規約によって公法上の契約としては適切に同意等を取得しているといえるとしても、私法上の契約としては、プライバシーに関する契約についての条項が無効であるということがあり得るといことになる。

### (3) 利用規約変更の場面における限界

次に、利用規約変更の場面における限界を考察する。利用規約によって第三者提供等に関する同意が取得されるに至っている経緯は考察(1)で説明した。さらに、利用規約に、楽天利用規約13条1項が「楽天は、本規約を任意にいつでも改定することができるものとし、本規約に追加の規定、条件等を定めることができます。本規約の改定および規定、条件の追加等は、楽天所定のサイトに掲示したときにその効力を生じるものとします。」と定めるような、一方的に、利用規約を変更できるとする条項(一方的変更条項)を設け、変更のタイミングで個人情報の取扱いに関する条項を変更し、又は加えるということは、実務上、一般的に

行われている<sup>29)</sup>。このような利用規約の一方的変更については、民法上、規律が設けられていなかったが、民法の一部を改正する法律(平成29年法律第44号)により、「定型約款」に関する特則が設けられた(改正民法548条の2ないし4)。対象は約款一般ではなく、「定型取引」概念で外延を画された「定型約款」であるが、本稿で想定している、個人情報の取扱いについて規定された利用規約については、およそ問題なく該当する<sup>30)</sup>。そして、定型約款の変更については、改正民法548条の4が定めているところ、一方的変更条項による個人情報の取扱いに関する条項の変更又は追加という実務は、同条適合性を問われることとなる。

定型約款の変更の要件は、変更の合理性と周知義務である。変更の合理性に関しては、①定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合すること(改正民法548条の4第1項1号、以下単に「1号」という。)又は②定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、「変更の必要性、変更後の内容の相当性、この条の規定による定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものである」こと(同2号、以下単に「2号」という。)が求められる<sup>31)</sup>。個人情報取扱事業者が個人情報の取扱いに関する条項の変更又は追加を行うモチベーションは、利用規約により、個別の同意を取得することなく、より個人情報・個人データを積極的に利用したいということに尽きるのであるから、本人の一般の利益に適合するような変更はおおよそ想定されない。そうすると、定型約款の変更が認められるとすれば、2号によるものであるということになる。2号では、「この条の規定による定型約款の変更をすることがある旨の定めの有無」が考慮要素の一つとして挙げられているが、潮見

29) 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)では、「多くのウェブサービスでは、利用規約において「ウェブサービス事業者が、一方的に利用規約を変更できる権利」を定めつつ、ユーザーから明示的に同意を取ることなく利用規約を変更しています。」(93頁)、「現状、ウェブサービスにおける利用規約などの変更同意については、最初の利用規約などへの同意と比較しても、かなりライトな感覚で考えられています。」(96頁)とし、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)272頁も、アプリプライバシーポリシーの一方的

変更条項の解説において、「改定にあたっては、アプリ利用者の同意を取ることがアプリ利用者保護の観点からは理想的です。しかし、改定の度にすべてのアプリ利用者から改めて同意を取り直すのは、アプリ利用者の離脱を招くなどアプリ提供者にとって大きな負担となり、また、アプリ利用者の負担の点からも必ずしも好ましいわけではないことから、こういった運用をするケースが見受けられます。」とする。

30) 潮見佳男『新債権総論I』(信山社、2017年)34-35、38頁。

31) 整理については前掲注30)潮見49頁参照。

佳男教授は、「…設けていることは、定型約款の変更が認められるための要件ではない」「その存否と内容には重きを置かれていないように思われる」とする<sup>32)</sup>。変更後の内容が違法なものであってはならないのは当然であるが、2号の判断については、「相手方に解除権を与えるなどの措置が講じられているか否かや、個別の合意を得ようとするにどの程度の困難を伴うかといった事情も考慮される」とされる<sup>33)</sup>。個人情報の取扱いに関する条項やプライバシーに関する契約として考えた場合、第三者提供等に関する同意の撤回が認められているかは考慮要素となろう。また、本来は個別の合意の取得、例えばログイン時に変更点を示して、再度利用規約に同意を得ることが容易であるにもかかわらず、定型約款の変更によろうとするような場合には、2号適合性がより厳しく判断されることになる。

また、2号による変更を行う場合には、変更後の定型約款の効力発生時期より前に、インターネットの利用その他の適切な方法により、変更内容及び効力発生時期を周知させる義務があり、これを満たさなければ変更の効力は生じない(改正民法548条の2第2項及び第3項)。周知期間を設けない一方的変更条項による変更は、1号によるものでない限り効力を生じないこととなる。YAHOO! JAPAN 利用規約<sup>34)</sup> 15. が、「当社が必要と判断した場合には、お客様にあらかじめ通知することなくいつでも本利用規約を変更することができるものとします。ただし、ご利用いただいているお客様に大きな影響を与える場合には、あらかじめ合理的な事前告知期間を設けるものとします。」としているのは、周知要件に一定程度対応しようという態度の表れであると思われる。

このように、利用規約変更の場面では、定型約款の変更の規律を満たさなければならない。また、変更の合理性要件からは、当然に、変更後の条項は、締結の場面における限界を超えていないものである必要がある。これらの規律は、私法上の契約であるプライバシーに関する契約には当然適用されるが、手続的な側面を強く有することから、

公法上の契約の側面にも、民法の法律行為に関する規定の一環として適用又は準用されると考えるべきであろう。

#### (4) プライバシーに関する契約が違法であることの効果

かくして、①締結の場面と、②利用規約変更の場面の双方において、プライバシーに関する契約の限界を論じてきた。それでは、限界を超えてしまった場合、どのような効果が生ずるか。プライバシーに関する契約の限界を超えたということは、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の制約が無効になるということである。このような場合には、いかに個人情報取扱事業者が利用規約及びプライバシーポリシーで第三者提供等に関する同意等を適法に取得していたとしても、私法上の請求権として、差止請求や損害賠償請求ができる。個人情報保護法の形式的遵守だけで、個人情報の取扱いに関するあらゆる責任が免れられるわけではない、という直感的な結論は、理論的に裏付けられたこととなる。

32) 前掲注30) 潮見 50頁。

33) 前掲注30) 潮見 49頁。

34) <https://about.yahoo.co.jp/docs/info/terms/chapter1.html#cf1st> (平成29年8月11日閲覧)。