

イノベーションと共同規制

—米国・EUにおけるプライバシー分野のセーフハーバー概念を題材として—

生貝直人¹

I インターネットと共同規制

I (1) 情報社会における自主規制の位置付け

インターネットが、我々の社会が有する法制度にもたらす最も大きな影響とは何であろうか。インターネットの有する越境性・グローバル性、個人による広範な情報の発信を可能とする双方向性、そしてそれが故に拡大する知的財産やプライバシーの侵害をはじめとする諸要素は、現代社会の法制度の枠組み、特に表現の自由や知的財産権等の法領域に対して変革を迫っている。このようなインターネットの有する多様な性質の中でも、本稿が主として検討の対象とするのは、インターネットに関わる断続的な技術革新とサービスの進化、そしてそこで生じ続ける予見不可能な「イノベーション²」への対応のあり方である。通常の法制度は、議会や行政府における合意形成過程を含めればその制定や変更には数年以上の歳月を要するが、情報社会における技術的・社会的諸条件は、数年あるいは数カ月単位で根本的な変化を生じることも少なくない。現在インターネットに関わる法規制の問題に関して常に主題となるグーグルが設立されたのは1998年、フェイスブックが設立されたのは2004年にすぎず、そしてそれらの提供する具体的なサービスの姿は、競争と淘汰の中で常に変貌を遂げ続けると共に、人々の権利意識そのものをも変化させ続けている。

¹ 情報・システム研究機構新領域融合研究センター融合プロジェクト特任研究員 (e-mail: naoto@ikegai.jp)。本稿は、「ドイツ憲法判例研究会 メディア部会研究会 (2011年12月)」「情報法・政策研究会 (2013年3月)」「総務省 パーソナルデータの利用・流通に関する研究会 第6回会合 (2013年3月)」における報告内容、ならびに慶應義塾大学ネットビジネスイノベーション研究コンソーシアム・プライバシーWGにおける議論を元にしてしている。それぞれの機会において、有益な助言と指導を頂いた皆様に感謝を申し上げる。なお本稿の記述内容は、2013年3月時点に入手可能な情報を前提としたものである。

² 「イノベーション」という用語については、ジョセフ・シュンペーターによる「生産手段の新結合 (『経済発展の理論』)」という定義が広く参照される場所であるが、本稿ではより一般的に、「科学的発見や技術的発明を洞察力と融合し発展させ、新たな社会的価値や経済的価値を生み出す革新 (第三次科学技術計画 (2006年) 4頁)」という定義を念頭に置く。

情報社会における諸問題を抑止・解決するために近年重視されているのが、「自主規制 (self-regulation)」という政策手段³である。近年の情報社会における諸問題に関わる法制度や政策文書等において、「民間における自主的かつ主体的な取組⁴」を促す、あるいは「関連事業者が自主的に実施する⁵」などの表現が用いられる例は枚挙に暇がない。情報社会においてこのような自主規制が政府⁶によって重視される理由は、大きく分けて次の2つを挙げることができるだろう。第一に、インターネットをはじめとする情報技術は、それ自体が情報・表現を伝達する媒体としての性質を有しているため、表現の自由への配慮という観点から政府による規制は不用意に行い得ず、また行うべきでもない。それが故に、企業に対して自主規制を公式・非公式に求めることこそが、そこで生じる問題を抑止・解決するための主要な手段とならざるを得ない。これは先進国のマスメディア規制において自主規制が重視されてきたのと同様の理由であり、しかしそのような「実際には行政機関の強い影響力の下に⁷」行われる自主規制が、政府による公法的制約の潜脱⁸をもたらす、あるいは「代理人による検閲 (censorship by proxy) ⁹」として機能し得るのではないかという問題意識は、我が国における公法学者によっても広く論じられてきたところである。

しかし本稿では、敢えてこの表現の自由の問題、あるいは関連する憲法学上の論点を正面から取り扱うことは避ける。本稿が主題とする、情報社会において自主規制が重視され

³ 本稿で言う自主規制とは、企業等の私的主体が純粋にその行動を自律するというよりは、原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣、2007年) 239頁によって定義されるような、「国家によって選択・利用される政策手段」としての自主規制を指して用いる。

⁴ 「青少年が安全に安心してインターネットを利用できる環境の整備等に関する法律(平成20年6月18日法律第79号)」3条を参照。

⁵ 内閣府犯罪対策閣僚会議「児童ポルノ排除総合対策」(平成22年7月)6頁を参照。

⁶ 本稿でいう「政府」とは、狭義の政府すなわち行政のみならず、立法や司法を含んだ広義の国家機能を意味する。従って本来は「国家」と表現することが適切であるという指摘も存在しようが、中里実「国家による介入とその手法—国家、市場、法の関係」中里実編『政府規制とソフトロー』11-31頁(有斐閣、2011年)11-12頁が指摘するように、この表記の揺れは法学では「国家」、経済学では「政府」を用いるといったような、社会科学分野毎の慣例の相違に由来するところが多い。本稿では、主な検討対象となる英語圏において、規制の主体を **government** と表現することが多いことなどに鑑み、特に立法・行政等との区別を厳密に行う必要がある場合を除き、原則として「政府」の表記を用いる。

⁷ 曾我部真裕「メディア法における共同規制について—ヨーロッパ法を中心に」大石眞・毛利透・土井真一編『初宿正典先生還暦記念論文集 各国憲法の差異と接点』637-661頁(成文堂、2010年)658頁を参照。

⁸ 原田・前掲注(3)239頁を参照。

⁹ 情報流通経路の媒介者を通じた間接的な表現規制に関わる憲法問題を、現代の情報技術の文脈を前提に論じたものとしては、例えば Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.155, No.11, pp.11-101. (2006)、および成原慧「代理人を介した表現規制とその変容」マス・コミュニケーション研究 80号、249-267頁(2012年)を参照。

る第二の理由は、インターネットが有する技術進化の速度と予見不可能性、すなわち断続的なイノベーションがもたらす法制度上の諸問題を、政府による伝統的な命令と統制（Command and Control）に基づく直接的な法規制という政策手段が、適切に取り扱うことができないという問題である。インターネットがもたらす諸問題は、本稿で主に扱うプライバシー保護の問題をひとつ取ったとしても、果たして個人情報の利用にあたって求められる「同意」や「利用目的の通知」とはいかなる形で行われるべきか、適切な「匿名化」とはどのような技術的手段で行われるものを指すのかといった法規制の中心的要素となる概念は、その時々々の技術的前提や進化し続けるサービスによっても大きく変容し得る。さらに言えば、保護の対象となるべき「プライバシー」の概念自体も、対象となる無数の流動的な事業分野によって、あるいは利用者個々人の変化し続ける主観的権利意識によっても変化を続けている。そしてその時々々の技術的前提やサービスの特性に関わる専門的知識は、それを開発・提供する事業者自身によってしか把握し得ないことが多い。情報社会における法規制の設計は、表現の自由という論点を一度捨象したとしても、このような技術進化の速度と予見不可能性によって、やはり企業や産業界の自主規制によらざるを得ない側面を大きく有しているのである¹⁰。

I (2) 自主規制の限界と共同規制

しかしインターネット関連産業のような、変化の激しい領域において自主規制という政策手段が必然的に重視される一方で、むしろその技術革新のもたらす断続的な変化こそが、自主規制のリスクや不完全性を深刻に生じさせることも事実である。産業界による自主規制は、いわば関係者の紳士協定としての性質を有するが故に、その産業分野において活動する企業同士が、当該ルールを形成・維持しうる動機を有するほどに長期的な関係性を有しているという水平的な成熟性と、そしてそれを公式・非公式に監視・監督する立場にある政府と産業界の関係性という垂直的な成熟性の、双方を成立要件としている側面がある。この点において、自主規制に参加すべき企業の流動性が高く、そして自主規制の単位となるべき産業界の単位・境界すらも明確に定まらないインターネット関連産業においては、自主規制のルール形成・実効性の確保（エンフォースメント）を第一義的に担う固定的な

¹⁰ 付言する間でもなく、これはインターネット上におけるプライバシー保護の問題を論じるにあたり、表現の自由との緊張関係、あるいはプライバシー概念そのものの射程といった憲法学上の論点に関わる検討の重要性が低いことをいささかも意味しない。本稿では紙幅の都合上、それら論点についての言及は最小限に留めるが、新たな情報技術が有するプライバシー概念自体にもたらす影響についての検討としては、例えば安岡寛道編『ビッグデータ時代のライフログ—ICT 社会の”人の記憶”』（東洋経済新報社、2012年）等を参照。

業界団体¹¹の成立・維持すらままならないことが多い。そのような条件の下においては、(1)そもそも必要とされる自主規制のルール自体が形成されない、(2)形成されたとしても利用者にとっての不公正性や新規参入企業にとっての競争阻害性を有する、(3)適切なルールであったとしても実効性を持たない、といった自主規制のリスクや不完全性が強く顕在化することになる。特に参入障壁の低さのために中小の企業や個人までもが広くサービスを提供することができるインターネット関連産業においては、集団的な自主規制に参加するインセンティブを持たない主体への対応の必要性が必然的に生じることとなる。すなわち、インターネットに関わる法規制の設計と運用は、その多くを自主規制によらざるを得ない一方で、自主規制に過度な期待をすることもできないという、望ましいルール形成主体の選択における二律背反性を有しているのである。

共同規制 (co-regulation) という概念は、端的に言えば、柔軟性や当事者の知識の活用、そして不確実性の高い問題への対処といった自主規制の利点を活かしつつも、その不完全性やリスクを政府が補完することにより、このような二律背反の状況を解消しようとする中間的な政策手段であると位置付けることができる。情報社会で生じる幅広い問題に対して共同規制の方法論を適用しようとする英国の独立行政機関 Ofcom (Office of Communication、情報通信庁) は、2008年に発行した「適切な規制の解を特定する：自主規制と共同規制を分析する上での原則¹²」という文書において、下記のように共同規制を、自主規制と法的規制 (statutory regulation) の中間的手法として位置付ける。そして(1)産業界が当該問題を解決する意思を有しているか否か、(2)産業界による解決策は市民や消費者の利益に適合しているか、(3)合意された産業界のスキームに参加するインセンティブを持たない企業は存在しうるか、(4)産業界の解決策に「ただ乗り」しようとする企業は存在しうるか、(5)産業界は明確な目的を設定しうるか、という評価基準¹³を元に当該産業の性質と問題の状況を精査した上で、望ましい手法を選択していくものとしている。

¹¹ 原田・前掲注(3)14-15頁は、自主規制を「ある私的法主体に対して外部からインパクトが与えられたことを契機に、当該法主体の任意により、公的利益の実現に適合的な行動がとられるようになること」と広く定義した上で、必ずしも業界団体の存在を前提としない自主規制の促進手法が存在することに言及しつつも、「…しかし、公的利益適合行為の決定の幅が広いのは団体の存在する場面であり、また日本法における業界団体をはじめとする中間団体の現実に果たす役割を念頭に置けば、狭義の自主規制を分析する学問的・実践的必要性は極めて高い」として、業界団体等を介在した自主規制に焦点を絞った分析を行う。

¹² Ofcom, *Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation*. (2008)

(<http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/coregulation/statement/statement.pdf>)

¹³ Ofcom, *id.* at p.16-17.

アプローチ	概要
規制なし	市場自身が求められる成果を出すことができている。市民と消費者は財やサービスの利点を完全に享受し、危険や害悪に晒されることがないようエンパワーされている。
自主規制	政府や規制機関による正式な監督なしに、産業界が集合的に市民・消費者問題およびその他の規制方針に対応する解決策を管理している。合意されたルールに関する事前の明確な法的補強措置は存在しない（ただし当該分野の事業者に対する一般的な義務規定は適用される）。
共同規制	自主規制と法的規制の両方により構成されるスキームであり、公的機関と産業界が、特定の問題に対する解決策を共同で管理している。責任分担の方法は多様だが、典型的には政府や規制機関は求められた目的を達成するために必要な補強力を保持している。
法的規制	関係者が従うべき目的とルール（プロセスや企業に対する特定の要求を含む）が法律や政府、規制者によって定義されており、公的機関によるエンフォースメントが担保されている。

図表 1 : Ofcom の規定する規制類型¹⁴

上記の定義においても示されるように、共同規制における政府と産業界の責任分担は多様な姿を持ち得る。産業界の自主規制を重視するという部分では共通しつつも、その共同規制の全体的な枠組を政府の側が提示することもあり得るし (initial approach)、あるいは産業界によって構築されてきた自主規制の枠組に対して、政府の側が事後的に補強や承認を行うこともあり得るだろう (bottom to top approach)¹⁵。いずれの形式を採るにせよ、当該産業の性質や対処すべき問題に応じて、多様な介入手段を組み合わせることにより自主規制の適正性と実効性を確保することが、共同規制における政府の役割となる¹⁶。そしてこのような自主規制に対する政府の介入の強度は、インターネットに関わる技術革新やサービスの柔軟な展開と必ずしも相反するものではない。既存の大企業を中心として行われる私的な自主規制は、潜在的な競争を排除するように構築・運用されることにより、直接的に競争法が適用されない場合を含め、新規参入やそれがもたらす技術革新そのものを阻

¹⁴ Ofcom, *id* at p.7 を元に作成。

¹⁵ Mandelkern Group, *Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*. (2011) (http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf)

¹⁶ プライバシーや著作権の保護、表現の自由等に関わる多様な領域における共同規制の実践と、政府介入のあり方については、拙著『情報社会と共同規制：インターネット政策の国際比較制度研究』（勁草書房、2011年）を参照。

害する形で機能する恐れをも有する¹⁷。さらに変化し続ける技術的・社会的環境は、典型的にはいかなるサービスが個人情報保護法の違反やプライバシーの侵害に該当するかなどの判断をはじめとして、産業界にとっての法的不確実性をもたらすことになる。公的な裏付けを持たない、純粋に私的な自主規制のみに基づく対応は、むしろ新しい技術やサービスの円滑な実現を萎縮させる可能性を有する。共同規制における政府の役割は、技術革新をもたらす消費者へのリスクや不完全性を最小限に押し留めると同時に、産業界自身、そして技術革新それ自体にとっての障壁を除去することが求められるのである¹⁸。

I (3) オンライン・プライバシーと共同規制

このような、情報社会における自主規制の不可避的な拡大と、その不完全性やリスクへの対応を両立させる共同規制の必要性が最も象徴的に現れているのが、インターネットに関わるプライバシー保護の問題である。情報社会におけるプライバシー保護に対する関心は近年急速に高まりを見せており、EU においては 1995 年のデータ保護指令 (Data Protection Directive、95/46/EC)、そして我が国においても 2005 年に全面施行された個人情報保護法¹⁹等個人情報保護関連 5 法を中心とした関連法制度の整備が進められてきたところである。後述するように包括的な個人情報保護法制を持たない米国を若干の例外として、保護の対象とする情報等に関わる詳細な規定の差異はあるにせよ、我が国の個人情報

¹⁷ この点、予測不可能なイノベーションを生み出し続けるインターネットの「生成力 (generativity)」への脅威が、政府よりもむしろ大規模なプラットフォーム企業による私的な規制によってもたらされているという指摘につき、Jonathan Zittrain, *The Generative Internet*, Harvard Law Review, Vol.119, p.1974-2040. (2006)を参照。

¹⁸ 付言すれば、情報社会における制度的課題全般を考察するにあたり、ここで言う「市民や消費者」の側が、政府と産業界の間で形成される自主規制・共同規制に対し、何らの能動的影響力を行使しえないとまで仮定することは適切ではない。特にインターネット関連の消費者団体が活発な米国においては、本稿で取り扱うプライバシー分野を含め、市民や消費者は民主的・政治的行動によって政府の行動に影響を与えるのみならず、企業の行動に対する反対活動を起こすことにより、自主規制の適正化に対しても直接的な役割を果たしている局面が存在する。従って本稿においては、「産業界＝自主規制を行う主体」「政府＝自主規制を監視・補強する主体」という二極間での相互作用を中心に置きつつも、それに「市民と消費者＝産業界と政府の双方、あるいはその両者の関係性を監視する主体」を付随的に加えた三極構造の図式を念頭に、公私の共同規制関係を分析していくことを基本的な立場としている。例えば著作権分野の私的ルール形成を進める国際 NGO クリエイティブ・コモンズの、契約的手法に基づく私的著作権ルール形成が、いわゆるオープンガバメントの文脈の中で政府の側に受け入れられていくプロセスの詳細について拙稿「オープンガバメントと著作権」西田亮介・塚越健司編著『「統治」を創造する』255-281 頁 (春秋社、2011 年)、同 NGO の活動を自主規制・共同規制の観点から検討したものとして Christopher Marsden, *Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge University. (2011) p.89-99 等を参照。

¹⁹ 個人情報の保護に関する法律 (平成 15 年 5 月 30 日法律第 57 号)

保護法 2 条に見えるような「個人識別性のある情報」、および「他の情報と組み合わせることにより容易に特定の個人を識別可能である情報」については、取得時の利用目的明示（18 条）や第三者提供時の事前同意（23 条）が必要であるという点は、先進諸国において概ね共有されてきたと言ってよい状況にある。

しかしインターネット上の技術革新と関連産業の進化は、このような法の前提に必ずしも当てはまらない領域を生み出し続ける。例えばいわゆる行動ターゲティング広告において用いられる契約者・端末の ID やクッキー（Cookie）等は、それ自体が必ずしも個人識別性を有するわけではないが、他の情報と組み合わせられることなどにより事後的に個人識別性を有するようになる可能性がある²⁰。さらに個人情報を取り扱うにあたって求められる適切な「利用目的の明示」や「事前同意」のあり方、あるいは消費者行動履歴の統計データ等を適法に利用するにあたり必要となる匿名化²¹などの要素は、その時々技術的・社会的諸条件によっても大きく異なり得る²²。このようなインターネット上のプライバシー保護が有する不確実性は、消費者にとってのリスクをもたらすと同時に、産業界にとっても適法な技術開発やサービス提供を進める上での萎縮効果をももたらし得るのである。

このような不確実性を有する諸概念の意味内容や手続を、現時点での技術的・社会的環境を前提として一義的に確定することは、不可能であると同時に、またインターネット関連産業の成長に不可欠な柔軟性、そして消費者保護の実現にとって望ましいことでもない。こうした技術革新がもたらす問題に対処するために、近年の米国や EU においては、多くの試行錯誤を経つつも、自主規制とそれに対する政府介入・補強を中心とした、産業界と政府の共同規制による対応が進められているのである。以下ではそのような試みの中でも、米国・EU の双方において近年の取り組みの中で重視される「セーフハーバー (safe harbor)」型の共同規制を中心とした検討を行うことにより、我が国の今後の法政策のあり方に対する含意を見出していく作業を行う。

²⁰ ここでは用語や技術的側面についての詳細は避けるが、個人情報保護法およびプライバシー権等人格的利益に関わる検討を含め、総務省「利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会 第二次提言」

(http://www.soumu.go.jp/main_content/000067551.pdf) (2010 年) 39-46 頁における記述が特に有益である。

²¹ 例えばデータ保護指令前文 26 においては、適切な匿名化のあり方については、後述する同指令 27 条に基づく産業界の行動規定等の手段によって検討されるべきであるとしている。

²² ある一時点の技術的環境によって適切であるとされた匿名化技術が、データ解析技術の進展によりその有効性を持たなくなることの問題については、Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, UCLA Law Review, Vol.57, p.1701-1777. (2010) が広く参照されている。

II 米国における状況

II(1) 米国におけるプライバシー自主規制の構造

米国においては、EU のデータ保護指令や我が国の個人情報保護法に相当する包括的な個人情報保護法制は現時点において存在しておらず、金融や医療をはじめとする特に機微な情報に関して分野毎の個別立法を行う、いわゆるセクトラル・アプローチを採用している。インターネット上のプライバシー保護については、現時点においては関連産業全体を対象とする立法は行われておらず、消費者保護を所管する独立行政委員会である連邦取引委員会 (Federal Trade Commission、以下 FTC) が主体となり、「オンラインのビジネスモデルの進化において不可欠な柔軟性を確保する²³⁾」ことを重視する観点から、産業界の自主規制を促しつつ、その適切性や実効性を担保する介入を行うという手法が採られてきた²⁴⁾。

自主規制ルールを策定・運用する主体は、インターネットに関わる産業分野の中にも複数存在しているが²⁵⁾、特に近年プライバシー保護について議論の焦点となるオンライン広告分野における自主規制で中心的な役割を果たしているのが、1999 年に FTC の要請を受ける形で設立された、ネットワーク広告イニシアティブ (Network Advertising Initiative、以下 NAI) である。NAI では 2000 年から加盟企業がオンライン広告を行う際に遵守すべき自主規制ルールを策定・運用しており、2013 年時点での加盟社数は、グーグルやマイクロソフト、ヤフー等の大手 IT 企業やブルーカイ等の個人情報データベース企業等を含め、100 社以上に及ぶ²⁶⁾。これら加盟企業は、NAI の自主規制ルールに従った形でプライバシー・ポリシーを策定・明示・遵守することが求められ、違反企業に対しては会員資格の停止や企業名の明示、そして FTC への報告などの罰則措置が適用される²⁷⁾。

このような自主規制枠組は、決して産業界の純粋な自主性のみによって構築されたわけ

²³⁾ FTC, *Staff Report: Self-Regulatory Principles For Online Behavioral Advertising*. (<http://www.ftc.gov/os/2009/02/P085400behavadreport.pdf>) p.11 を参照。

²⁴⁾ 本節の経緯の詳細については、拙著・注(16)第 5 章を参照。なお、米国においてはここで紹介するような規制アプローチが、必ずしも共同規制という用語で呼び表されているわけではないが、後述する近年の法案や、研究者の中では徐々に共同規制という用語が一般化しつつある。この点につき、Dennis D. Hirsch, *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?*, Seattle University Law Review, Vol.34, No.2, pp.439-480. (2011) p.446-447 等を参照。

²⁵⁾ 例えばモバイル分野に関しては、CTIA (Cable Telecommunications & Internet Association) が策定・運用する Best Practices and Guidelines for Location-Based Services. (http://www.ctia.org/business_resources/wic/index.cfm/AID/11300) 等が存在する。

²⁶⁾ NAI Members (<http://www.networkadvertising.org/participating-networks>)

²⁷⁾ About NAI (<http://www.networkadvertising.org/about-nai/about-nai>)

ではなく、FTC の主催する消費者団体等を含んだ形での公開討議、消費者団体からの批判や訴訟²⁸、そして自主規制が成功裏に機能しない場合には立法による法規制を行わざるをえないという議会からの圧力などを受ける形で、徐々に形成されてきたものである。特に 2007 年から 2009 年にかけては、NAI の自主規制ルールが近年の技術進歩を適切に反映していないなどの批判を背景として、FTC が産業界の自主規制ルールが遵守すべき「行動ターゲティング広告の自主規制原則²⁹」を発表し、NAI としても同原則を反映する形で自主規制ルールを全面的に改正³⁰するなど、自主規制ルールの適正化を図る取り組みが進められてきた。

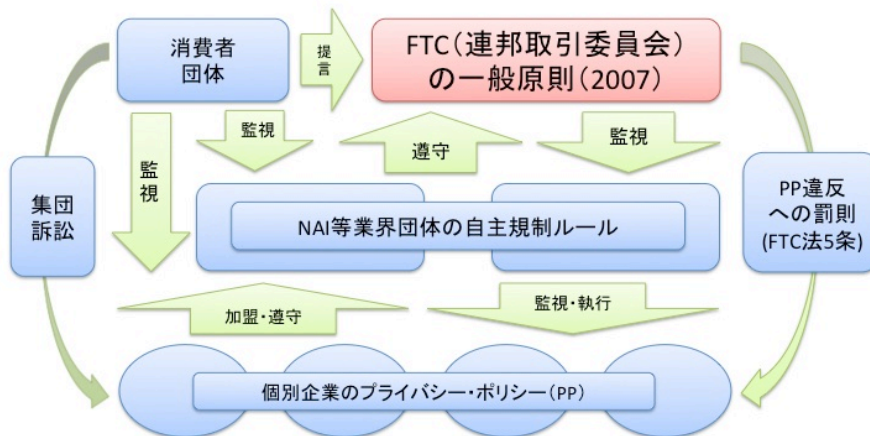
さらに自主規制のエンフォースメントという側面においても、FTC をはじめとする政府機関は一定の役割を果たしている。FTC の権限を定めた連邦取引委員会法 5 条では、不公正及び欺瞞的 (unfair and deceptive) な取引が禁止されており、同法の違反に対して FTC は、排除命令や同意命令等の罰則措置の適用、そして民事訴訟の提起を行うことができる。同法は主に企業によるプライバシー・ポリシー違反に対して適用され、自主規制の実効性を担保するための主要な役割を果たしてきた。以上のような米国におけるオンライン・プライバシー分野の共同規制構造は、端的には下記のように図示することができよう。

²⁸ 前述の通り、米国の自主規制の適正化には FTC と並び消費者団体の果たす役割、特にそれらが中心となり提起する集団訴訟 (class action) の果たす役割が大きい。当該論点についての分析を行ったものは少ないが、包括的な議論として Colin J. Bennett, *The Privacy Advocates: resisting the spread of surveillance*, MIT press. (2008)、特に行動ターゲティング広告に関わる集団訴訟事例の紹介については同 p.153-156 における記述が有益である。

²⁹ 現在の技術環境において、PII (個人識別情報) と Non-PII (非個人識別情報) を区別し後者を自主規制の対象外にすることは、両者の結合の容易さなどを鑑みてもはや適切ではないなどの立場から、Non-PII までをも対象範囲に含むことを要請すると共に、(1)収集情報の取り扱いを明らかにすること、(2)合理的なセキュリティとデータ保持期間の限定、(3)合併・買収時を含む個人情報利用方法変更時の周知の徹底、(4)センシティブ情報の取り扱いを別扱いとすること、の 4 点を求めている。前掲 FTC, *supra* note 23, at p.20-26 を参照。

³⁰ NAI, *2008 NAI Principles - The Network Advertising Initiative's Self-Regulatory Code of Conduct*. (2008)

(http://www.networkadvertising.org/networks/2008%20NAI%20Principles_final%20for%20Website.pdf)



図表 2：米国における現状のオンライン・プライバシー自主規制構造

しかし FTC の一定の監督下に行われる自主規制に対しても、消費者団体等からの批判は拡大を続ける。主な批判としては、(1)自主規制ルールの内容自体が適切ではなく、保護対象となるべき情報の定義や通知の方法をはじめ、多くの内容が近年の技術革新に適合した形とされていない、(2)業界団体自身によるエンフォースメントはほぼ機能しておらず。業界団体の運営自体も透明ではなく、消費者からの苦情件数すら適切に公開されていない、(3)特に業界団体に参加するインセンティブを持たない企業に対する有効な手だてを持たない、等を挙げることができる³¹。このうち(1)については、先述した FTC による「行動ターゲティング広告の自主規制原則」によって一定の措置がなされているが、(2)および(3)の問題は、米国型の包括法の後ろ盾を持たない自主規制の根本的な欠缺とすることができ、特にプライバシーに対する脅威が大きく、そして小規模の企業等によって提供されることが多いモバイル・アプリケーションの拡大などの中で、当該問題に対処するための法案が例年のように提出される状況が続いてきた。

II (2) セーフハーバー型共同規制

このような中で、米国のプライバシー保護政策の大綱を示す形で策定されたのが、ホワ

³¹ Pam Dixon, *THE NETWORK ADVERTISING INITIATIVE: Failing at Consumer Protection and at Self-Regulation*, World Privacy Forum. (2007)を参照。
(http://www.worldprivacyforum.org/pdf/WPF_NAI_report_Nov2_2007fs.pdf) を参照。

イトハウスによって 2012 年 2 月に公開された「ネットワーク化された世界における消費者のデータ・プライバシー（以下、権利章典文書と称する）³²」である。同文書は、消費者がネットワーク環境において有すべき「消費者プライバシー権利章典（Consumer Privacy Bill of Rights）」と、その立法化提案を含んでいることが我が国でも耳目を集めたところであるが³³、そこで示された基本指針は、あくまで従前の自主規制を重視した政策姿勢を維持しつつも、その適正性と実効性を強化していくことに重点が置かれている。同文書における序文と結論を除く本論部は、以下の項目から構成される。

- ① 消費者プライバシー権利章典の定義³⁴
- ② 消費者プライバシー権利章典の実現：実効性ある行動基準（Codes of Conduct）を形成するためのマルチステイクホルダー（multistakeholder）・プロセス
- ③ FTC のエンフォースメント能力に立脚して
- ④ 国際的相互運用の促進
- ⑤ 消費者プライバシー権利章典の立法化
- ⑥ 個人のプライバシー保護を改善するための連邦政府のリーダーシップ

これらのうち、米国の自主規制に関わる施策として重要な意味を有するのは、②および③、そして⑤であり、それぞれが先述した現状の自主規制への批判のうち、(1)(2)(3)に該当すると言うことできる。まず②の「消費者プライバシー権利章典の実現」では、従来産業界が主体となってきた自主規制の策定プロセスについて、その閉鎖性や中立性の欠如を問題視した上、商務省国家電機通信情報局（National Telecommunications and Information Administration、NTIA）が主催する形で、政府関係者や消費者団体等を含む「マルチステイクホルダー性」を保証した形での策定プロセスを進めていくことを示している。同プロセスを主導する主体として NTIA が指定された理由としては、NTIA は国際的なインターネット・ガバナンスのルール形成において、マルチステイクホルダー・プロセスに関わる

³² The White House, *Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy*. (2012)

³³ 例えば井樋三枝子「消費者プライバシー保護に関する権利章典」国立国会図書館 外国の立法 No.252-1、18-19 頁（2012 年）の他、後に触れる EU 一般データ保護規則案を含めた検討として、石井夏生利「EU データ保護規則提案と消費者プライバシー権利章典」KDDI 総研 Nextcom Vol.10、30-37 頁（2012 年）等を参照。

³⁴ 「個人によるコントロール」「透明性」「文脈の尊重」「セキュリティ」「アクセスと正確性」「収集の制限」「説明責任」の 7 項目から構成される。それぞれの詳細については、上記注で示した各文献における解説を参照。

豊富な経験を有していることが挙げられている³⁵。従来から FTC は自主規制の適切性に関する公開討議を開催するなど、そのプロセスの公開性や透明性には配慮をしてきたと言えるが、NTIA の主催という形式を採ることにより、より公式にマルチステイクホルダー性を重視することを示しているのである。

次に、③の「FTC のエンフォースメント能力に立脚して」については、従来から行われてきた FTC 法 5 条を中心とした FTC の自主規制実効性のための取り組みを評価しつつも、その範囲をより拡大していくことが示されている。特に重視されているのが、遵守を約束した自主規制ルールに違反した場合の企業への、前述した FTC 法 5 条の適用を含めた罰則措置の強化である³⁶。従来同法は、主として企業自身が定めるプライバシー・ポリシーへの違反を対象として適用されてきたものの、当該プライバシー・ポリシーの内容自体が自主規制ルールに反しているなどの場合への対応は必ずしも明確化されていなかった。これは本来 NAI 等の業界団体自身が当該企業に対して罰則措置等を行うべきであろうが、その運用の不十分性に対する批判に配慮する形で、FTC 自身が自主規制ルールの違反までも取り締まるべきことを示しているのである。

最後に、⑤の「消費者プライバシー権利章典の立法化」である。ここでは同文書は基本的な指針として、権利章典を立法化した形での新規のプライバシー保護法を立法する方針を指示している。しかし自主規制の枠組みとの関連で重要な点は、適切な自主規制を行っている場合には新法の適用を免除するという、セーフハーバーの概念が重視されている点である³⁷。すなわち、前述したマルチステイクホルダー・プロセスによって策定される自主規制ルールへの遵守を約束した企業は FTC 等に付与される新法の直接執行を免除され、そうでない企業に対しては、FTC が新法違反に対する直接の取り締まりを行うという方針を示しているのである³⁸。そしてそのようなセーフハーバー規定の実現に合わせ、連邦法における各種プライバシー保護法制に加え、州法に関わる法的確実性を担保するため、これら関連法規制の重複や複雑性の整理を進めていくものとしている³⁹。

プライバシー分野におけるセーフハーバー規定については、既に FTC が所管する子供オンライン・プライバシー保護法 (Children's Online Privacy Protection Act of 1998, COPPA)

³⁵ The White House, *supra* note 32, at p.23-27.

³⁶ The White House, *id.* at p.29-33.

³⁷ The White House, *id.* at p.35-39.

³⁸ 既にセーフハーバーの規定を含んだ法案は複数提出されており、例えば John Kelly 上院議員による Commercial Privacy Bill of Rights Act of 2011 (S.779)、特に TITLE V--CO-REGULATORY SAFE HARBOR PROGRAMS 等を参照。

³⁹ ただしそれによる州当局の権限の相対的低下への配慮を含め、新法の執行権限は FTC のみならず、各州の司法長官 (Attorney General) に対しても付与することが提案されている。前掲 The White House, *supra* note 32, at p.37-38 を参照。

における条項が存在する。同法の下では、商用のウェブサイトが 12 歳以下の子供の個人情報
報を収集する際には、プライバシー・ポリシーの掲載と、収集時の親権者の同意を得ること
などが定められ、違反した場合には前述した FTC 法 5 条に基づく罰則措置の対象となる。
同法のセーフハーバー条項においては、業界団体等は FTC に対して自主規制ルール案を提
出することができ、適切性を承認された自主規制ルールに署名を行い遵守している限り、
同法を遵守しているものとみなされ、2013 年時点では 5 つの団体⁴⁰による自主規制ルール
が FTC に承認されている⁴¹。米国政府としては、インターネット関連産業の成長のために
必要な規制の柔軟性と消費者プライバシー保護の両立、そして産業界にとっての法的確実
性を実現するにあたり、このようなセーフハーバー手法を、多様化を続けるインターネッ
ト関連産業分野全体においてもより洗練した形で拡大しようとしているのである⁴²。

III EU における状況

III(1) 基盤法制と自主規制

EU におけるインターネット上のプライバシー保護への対応は、現時点においても包括法

⁴⁰ Privacy Vaults Online (PRIVO)、Children's Advertising Review Unit of the Better Business Bureaus (CARU)、Entertainment Software Rating Board (ESRB)、Aristotle International、および企業のプライバシー保護全般に関わる認証マーク事業を行ってきた TRUSTe の 5 団体が存在する。セーフハーバー条項を含む COPPA についての邦語による解説としては、入江晃史「オンライン上の児童のプライバシー保護の在り方について－米国、EU の動向を踏まえて－」情報通信政策レビュー第 6 号 (2013 年) 5-6 頁等に詳しい。

⁴¹ ただし当該セーフハーバー・プログラムへの参加企業は全米で 100 社程度あり、全ての商用ウェブサイトが対象となる制度であることを考慮すると決して多いわけではない。従前からプライバシー保護分野におけるセーフハーバー規定のより幅広い活用の有用性と現行規定の改善の必要性を説くデニス・ハーシュとイラ・ルービンスタインは、この理由として、各自主規制ルールが FTC の提示するテンプレートをほぼそのまま踏襲しており、自主規制に求められる産業セクターごとの特殊性や技術進化を適切に反映する形での運用がなされていないことを指摘する。Dennis D. Hirsch and Ira Rubinstein, *Better Safe Than Sorry: Designing Effective Safe Harbor Programs for Consumer Privacy Legislation*, BNA Privacy & Security Law Report, Vol.10, pp.1-8. (2011) p.4 を参照。

⁴² 既に権利章典文書の公表直後から、NTIA の主催によるマルチステイクホルダー・プロセスによる行動規定の策定作業は開始されており、2013 年初頭にはモバイル分野を対象とした複数の行動規程案が公表されている

(<http://www.ntia.doc.gov/other-publication/2013/privacy-multistakeholder-process-mobile-application-transparency>)。さらに同時期には、当該行動規定を念頭に置いた、モバイル・アプリケーションを対象とする新たなセーフハーバー型法案の草稿も公開されているところである。The Application Privacy, Protection, and Security (APPS) Act of 2013. (<http://apprights-hankjohnson.house.gov/2013/01/apps-act.shtml>) を参照。

を有さない米国とは、ある種対極的とも言える態度を示してきた。EUにおけるプライバシー保護法制は、前述したデータ保護指令における「個人データ⁴³」の取り扱いに関わる、収集・利用の際の事前許諾を前提とした包括的な規定に加え、情報通信分野を対象とした同指令の特別法としての位置付けを有する「電子通信プライバシー指令（Privacy and Electronic Communications Directive、2002/58/EC）」における規定が存在する。同指令では、現在インターネット上のプライバシー保護において主な議論の対象となる端末 ID やクッキー等を含む「端末（terminal equipment）に蓄積された情報⁴⁴」について、「ユーザーの端末に蓄積された情報は、当該ユーザーがその利用目的等についての明確かつ包括的な情報を与えられている場合に限り利用可能であり、ユーザーはその利用を拒絶する権利を持たねばならない（5条(3)）」と規定し、事後的な利用の拒否を可能とする、いわゆるオプトアウトでの取り扱いを求めている。さらに 2009 年に採択された同指令の改正（2009/136/EC）では、当該規定は「ユーザーの端末に蓄積された情報は、当該ユーザーがその利用目的をはじめとする明確かつ包括的な情報を与えられた上で同意を得た場合に限り利用可能である（同条同項）」と改められ、インターネット関連産業で用いられる個人関連情報全般に関わる事前許諾（オプトイン）を前提とした法制度を構築してきた⁴⁵。

一方でこのような強固な「法的規制」を前提とする EU のプライバシー保護法制が、米国ほどに柔軟ではないにせよ、一定の自主規制ないし共同規制での運用を許容する条項を有していることに留意する必要がある。データ保護指令 27 条（CHAPTER V: CODES OF CONDUCT）においては、産業界による自主規制ルールの策定、そしてそれに対する当局の評価・承認による法的確実性の付与を促すものとして、以下の条項が置かれている⁴⁶。

- (1) 加盟国および委員会は、多様な分野毎の特性を考慮しつつ、各国法を正しく反映した行動規定（Codes of Conduct）⁴⁷の策定を促さなければならない（shall encourage）。

⁴³ 同指令における個人データとは、「識別された又は識別され得る自然人（以下「データ主体」という。）に関するすべての情報をいう。識別され得る個人とは、特に個人識別番号、又は肉体的、生理的、精神的、経済的、文化的並びに社会的アイデンティティに特有な一つの又はそれ以上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得る者をいう（第 2 条(a)）」とされ、我が国における個人情報保護法 2 条に定義される「個人情報」よりも広範な対象を含む、異なる概念である。邦訳は堀部政男研究室仮訳

（http://www.soumu.go.jp/main_content/000196313.pdf）による。

⁴⁴ ここでの「情報」とは、データ保護指令における「個人データ」のような個人識別性を有するか否かを問わないとされる。電子通信プライバシー指令前文 24 および Article 29 working party, *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. (2010) p.9 を参照。

⁴⁵ 当該経緯の詳細については、拙著・前掲(16)第 5 章を参照。

⁴⁶ 原文は長大なため、ここでの抜粋は筆者自身の責任において意識を行ったものである。

⁴⁷ この点、我が国においては Code of Conduct（あるいは Practice）を「行動規範」と訳

- (2) 加盟国は国内法において、業界団体等による行動規定の策定を促し、各国のプライバシー保護当局がその国内法への適合性を評価し、適切な場合には消費者を代表する者の意見を求める条項を設けなければならない。
- (3) EU 全体レベルでの行動規定の策定(およびその変更)については、29 条作業部会 (Article 29 Working Party) ⁴⁸がその指令や各国法への適合性を評価し、適切な場合には消費者を代表する者の意見を求めなければならない。委員会は、29 条作業部会が適切と認めた行動規定の周知を促さなければならない。

すなわち、指令およびそれに基づいて制定される各国法の規定を適切に反映することを要件としながらも、プライバシー保護に関わる多様な産業分野において画一的基準を定めることの困難さに鑑み、産業界自身によって策定される自主的な行動規定の重視と、その適正性を担保するための条項を置いているのである⁴⁹⁵⁰。そしてそのような行動規定は、各国法レベルと EU 全体レベル双方での策定・評価が行われるものとされている。個人データ流通の越境性に鑑みれば、行動規定は EU 全体レベルで有効性を有することが望ましい

することが多い模様であるが、行動規範という語は、例えば経団連の企業行動憲章のように実質的に non-binding な抽象的規範を想起されると考えられるため、本稿においては一定程度強固な拘束性を有する Code of Conduct を指すにあたり、「行動規定」という訳語を充てている。なお本稿では、このような行動規定は主に米国の項において用いた「自主規制ルール (self-regulatory rule)」の語と、特に厳密な区別を行わずに用いる。

⁴⁸ データ保護指令 29 条に規定される、加盟国のプライバシー保護当局の代表者によって構成される、独立の助言機関である。同部会の採択する意見 (opinion) は、直接の法的拘束力を有するわけではないものの、加盟国のプライバシー保護当局による指令・国内法の解釈や執行権限の行使を通じて影響力を有する。

⁴⁹ この他に自主規制の実効性と関連の深い制度として、不公正取引方法指令 (Unfair Commercial Practices Directive、2005/29/EC) が存在する。同指令は米国の FTC 法 5 条に近い規定を有しており、企業が遵守を明示した行動規定への違反行為等が罰則の対象となる (6 条(2)(b))。同指令と産業界による自主規制の実効性との関連を論じたものとして、Charlotte Pavillon, *The Interplay Between the Unfair Commercial Practices Directive and Codes of Conduct*, *Erasmus Law Review*, Vol.5, No.4, pp.268-288. (2012)等を参照。

⁵⁰ なおプライバシー分野におけるセーフハーバーとしては、EU と米国の間で 2000 年に締結された個人データの国際移転に関わるセーフハーバー協定

(<http://export.gov/safeharbor/>) が存在することは我が国でも広く知られるところであるが、本稿での検討対象は、あくまで当該国内および EU 域内における流通に関するものに限定している。この他に同様の機能を有する規定として、個人データの EU 域外への流通という文脈に限定されたものだが、データ保護指令 26 条に規定される拘束的企業ルール (Binding Corporate Rule、後述する一般データ保護規則案では新 43 条に相当) および標準契約条項 (Standard Contractual Clause、同規則案では 42 条に相当) が存在する。これらについての邦語による解説として、消費者庁「国際移転における企業の個人データ保護措置調査報告書」(<http://www.caa.go.jp/seikatsu/kojin/H21report1a.pdf>) (2010 年) 58-91 頁ならびに 92-117 頁を参照。

と考えられるが、これまでに同条に基づき 29 条作業部会が指令への適合性を認めた行動規定は、国際航空運送協会 (International Air Transport Association、IATA) および欧州ダイレクト・インタラクティブマーケティング協会 (Federation of European Direct and Interactive Marketing、FEDMA) によって提出されたものの 2 件のみであり⁵¹、広汎な活用がなされている条項ではない。さらに同条の規定は、情報通信分野のプライバシー保護を主な対象とする、前述の電子通信プライバシー指令に対しても同様に適用される。2011 年には、世界各国で拡大する行動ターゲティング広告における法的安定性を担保するため、欧州広告安全機構 (European Aviation Safety Agency、EASA) と欧州インタラクティブ広告協会 (Interactive Advertising Bureau Europe、IAB Europe) が共同で行動規程案を提出していたが、改正後の電子プライバシー指令が定めるオプトイン規定への対応を主な理由として、29 条作業部会は同年、同行動規定の指令適合性を否定する判断を下している⁵²。

III(2) 国内法における共同規制の運用

一方で、データ保護指令 27 条に相当する条項は、加盟国においては一定の幅広い運用がなされている。国内法化の手法は加盟国によって様々だが⁵³、特にデータ保護指令の施行前からプライバシー保護分野の自主規制ルール、そしてセーフハーバー規定の運用を重視してきたオランダにおいては従前から幅広い活用がなされている⁵⁴。同国における現行のセーフハーバー規定は、2000 年に制定された個人データ保護法 (Personal Data Protection Act、

⁵¹ これら行動規定の詳細については、欧州委員会の委託によりデータ保護指令の運用状況を包括的に調査した RAND Europe, *Review of the European Data Protection Directive* (2009) p.9-10 等を参照。改正電子通信プライバシー指令の施行前ではあるが、FEDMA の行動規定については、インターネットでの広告・マーケティング行為を対象に含むための付随文書 (ANNEX) が 2010 年に 29 条作業部会によって指令への適合性を承認されている。Article 29 Working Party, *Opinion 4/2010 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing*. (2010)を参照。

⁵² Article 29 Working Party, *Opinion 16/2011 on EASA/IAB Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising*. (2011)を参照。

⁵³ EU 各国におけるデータ保護指令 27 条に相当する条項の規定内容とその整理については、Hirsch, *supra* note 24, at p.472-477 等を参照。

⁵⁴ なお、本稿の執筆においては蘭語による同国の条文を直接は参照しておらず、ここでの同国の規定に関わる記述は、個人データ保護法についてはアムステルダム大学による同国個人データ保護法の非公式訳

(<http://www.ivir.nl/legislation/nl/personaldataprotectionact.html>) を参照すると共に、デニス・ハーシュ教授 (米キャピタル大学) が米国におけるセーフハーバー規定への示唆を得るため 2010 年にライデン大学で調査を行った際の報告書である Dennis D. Hirsch, *Dutch Treat? Collaborative Dutch Privacy Regulation and the Lessons it Holds for U.S. Privacy Law*, Paper Submitted for the Future of Privacy Forum Privacy Papers for Policy Makers Initiative 2012. (2012)における記述を参考としていることを明記しておく。

Wet bescherming persoonsgegevens) 25 条によって定められるが、同国では 1989 年に制定された個人データファイル法 (The 1989 Law on Personal Data Files、*Wet persoonregistraties*) における規定から 20 年以上の運用経験を有しており、既に各産業分野 (金融、製薬、情報仲介業、ダイレクトマーケティング、医療研究等) 毎に少なくとも 18 以上の行動規定が、同国プライバシー保護当局 (Data Protection Authority) によって承認されている⁵⁵。

行動規定を提出する主体は当該産業分野を適切に代表していることが必要であり (同法 25 条(3))、行動規定の内容は個人データ保護法の要求を包括的に扱うこと、法規制の保護水準を上回っていることに加え、紛争処理などの追加的条項を含んでいることを求められるが (25 条(1))、承認された場合は 5 年間 (25 条(5))、署名企業にとってデータ保護法にほぼ代替する法的効力を有する⁵⁶。行動規範案が提出されてから、当局は 30 週間以内に第一次の検討結果を公開する義務を負う (25 条(4))。当局と産業界の交渉、その後公衆からの意見聴取や司法審査等を経て、初回のプロセス全体は 3~4 年に渡ることもしばしばだが、政府ならびに産業界からは、このような自主的な行動規定に基づくセーフハーバー条項の運用は概ね好意的に受け止められている模様である⁵⁷。

III(3) EU 一般データ保護規則案

2012 年 1 月、欧州委員会によって現行のデータ保護指令を全面的に改正することを目的とした、「一般データ保護規則 (General Data Protection Regulation) ⁵⁸」の草案が公表されたことは、我が国においても周知の通りである。当該規則案の内容については、我が国においても既に優れた紹介や検討⁵⁹が多くなされているところであるので詳述は避けるが、データ保護指令が「指令 (directive)」という加盟国内で法制化されてはじめて効力を持つ

⁵⁵ Hirsch, *id.* at p.40 等を参照。

⁵⁶ ただし、当局が承認した行動規定への違反に対して行使される行政罰への不服や、消費者側からの民事訴訟等の訴訟の場においては、司法の側は独立した立場から、当該行動規定の関連法制への適合性について審査を行い得る形での運用がなされている模様である。Hirsch, *id.* at p.41 を参照。

⁵⁷ Hirsch, *id.* at p.44-49 における、同国政府・産業界へのヒアリング調査を参照。

⁵⁸ European Commission, *Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)*, COM(2012) 11 final. (2012)を参照。全文の仮訳については、一般社団法人日本情報経済社会推進協会「個人情報 の安心安全な管理に向けた社会制度・基盤の研究会 報告書」(2012 年) (<http://www.jipdec.or.jp/project/anshinkan/doc/2011/01.pdf>) 82 頁以降が存在する。

⁵⁹ 一般社団法人日本経済社会推進協会・同上 44-47 頁、石井・前掲注(33)等を参照。

法形式であるものを、発効後直ちに域内において直接的な効力を持つ「規則 (regulation)」を有する法形式に変更することにより、域内のプライバシー保護法制の完全な統一を図ることをはじめとして、「個人データ」概念の実質的拡張⁶⁰、「忘れられる権利 (right to be forgotten、17 条)」⁶¹や「設計や初期設定によるデータ保護 (23 条)」概念、「個人データのポータビリティ」を要求する権利 (18 条) の導入等、従前の個人データ・プライバシー保護のあり方を大きく変容させ得る内容を含んでいる。

主な規制の名宛人たる産業界にとっての問題は、これら概念の指す本質的な意味内容というよりは、むしろこうした新規かつ事業活動への影響が大きく、蓄積された裁判例も加盟国の同種概念に関するものを除けばいまだ存在していない、ある種漠然とした規定への遵守を、いかにして具体的なサービス設計の中において実現していくかという点であろう。ことさら技術革新が速く、多様性の高いインターネット関連産業にとっては、それらのサービスにおいて遵守の要件が明確化されなければ、事業活動全体にとっての大きな法的不確実性を抱えることとなる。この問題に対する施策としては、86 条に規定される委任法令 (delegated act)、および 62 条に規定される実施法令 (implementing act) を挙げることができる。これらは 2009 年に発効したリスボン条約において設けられた準立法手続であり、EU における指令や規則等の各種法令について、前者は「非本質的要素 (non essential elements)」の変更を (同条約 290 条)、後者は指令の統一の実施 (uniform implication) を行うこと (同 291 条) を目的として、欧州委員会が独自の権限として法令を採択する権限を付与されている。特に委任法令については、上述した一般データ保護規則案においては「忘れられる権利」を含む新規概念をはじめ多くの条項に適用可能であるとされており、欧州議会における正規の立法手続を経ずとも、迅速にこれら概念の具体化が行うことが可能となる措置がなされている。

⁶⁰ 同規則案では「データの対象者 (data subject)」を「特定された自然人、または管理者あるいはそれ以外の自然人や法人によって合理的な範囲で使用される手段をもって直接的または間接的に特定された自然人のことを意味する。特に、識別番号、位置データ、オンライン識別子の参照、またはその人物のアイデンティティに関する物理的、生理的、遺伝子的、精神的、経済的、文化的、または社会的な一つ以上の要素の参照によって特定された自然人のことを意味する (4 条(1))」と定義した上で、「個人データ (personal data)」を「あるデータの対象者に関するすべての情報を意味する (4 条(2))」と定義しており (邦訳は一般社団法人日本経済社会推進協会・同上による)、現行指令では言及されていないオンライン識別子等による特定を明示的に含むこととしている。

⁶¹ 特にインターネット上に拡散する個人データの消去請求権までを視野に入れた「忘れられる権利」については、一般データ保護規則案公開直後から多くの検討論文が出されているところであるが、例えば EU 諸国における同様の権利の経緯や、米国の IT 企業にもたらす影響とその不確実性に言及したものとして、Jeffrey Rosen, *The Right to be Forgotten*, *Stanford Law Review Online*, Vol.64, pp.88-92.を参照。

特に本稿の関心からは、データ保護指令 27 条に相当する、一般データ保護規則案 38 条における「行動規定」に関わる条項に着目する必要がある。同条は、現行指令 27 条と比して、産業界が策定する行動規定が含むべき内容についてのより具体的な記述がなされている（38 条(1)(a-h)）ことに加え、以下のようにその委員会への提出・承認手続や法的位置付けについて、大幅に明確な規定がなされているのである⁶²。

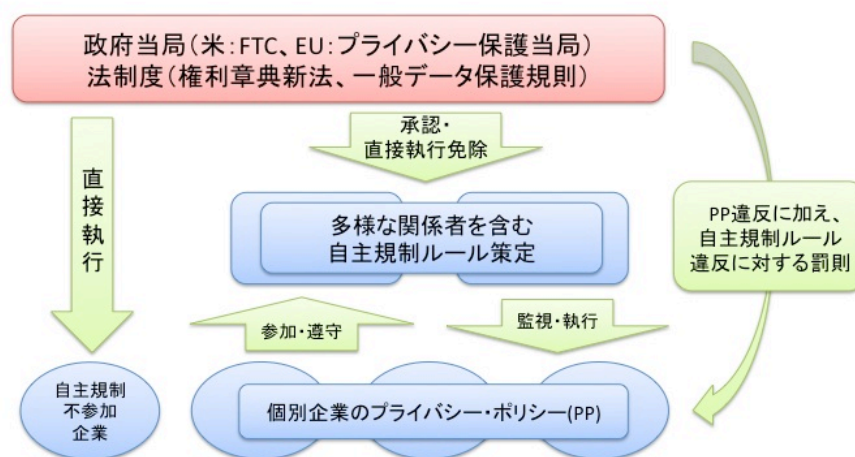
- (1) 加盟国および委員会は、多様な分野毎の特性に鑑み、本規則が適切に運用されるよう、データ保護についての行動規定の策定を奨励しなければならない。
- (2) 一国において特定の分野を代表する団体は、自国のプライバシー保護当局に対し行動規定（またはその修正）案を提出し意見を求めることができる。当局は当該行動規定の本規則への適合性について意見を述べることもできると共に、データ対象者やその代表者に、当該行動規定への意見を求めなければならない。
- (3) 複数の加盟国において特定の分野を代表する団体は、欧州委員会に対し、行動規定（またはその修正）案を提出することができる。
- (4) 委員会は、上記(3)の規定に従い提出された行動規定委員会は当該行動規定について、EU における一般的有効性を持つことを決定する実施法令を採択することができる。

先述したように、現行のデータ保護指令 27 条における行動規定の提出・承認手続は、EU 全体レベルにおいてはさほど広く活用されているわけではない。しかし一般データ保護規則案の採択・発効後には、38 条における手続や要件の明確化、そして現行指令では必ずしも明確性を有していなかった承認行動規定の法的位置付けについて、実施法令に基づく、いわばセーフハーバー領域の明確化がなされることになる。それに加え、一般データ保護「規則」は、行動規定の基盤となるデータ保護法制そのものの統一化をもたらす。これにより、行動規定を起草する立場にある産業界の側が、いかなる行動規定が EU 全域における妥当性を有するかを判断することが容易になると共に、既にオランダ等加盟国によって当局の承認を得ている行動規定を有する団体は、EU レベルにおいてもその承認を得る取り組みを進めるであろうと考えられる。EU における行動規定の位置付けは、新たに導入される各種の新規概念の、インターネット関連産業を含む多様な分野における具体的な遵守要件を確定するにあたり、現在以上の重要性を有するようになると考えられるのである。

III(4) 米国と EU の制度的接近

⁶² 先述の現行指令 27 条についての記述同様、筆者の責任において意識を行ったものである。

以上の検討は、あくまでも未だ政策大綱の段階にある米国権利章典文書と、その内容の妥当性自体が議論のさなかにある⁶³EU の一般データ保護規則案を前提としたものである。その実現までには、規定内容の大幅な変容も想定される場所であり、また産業界の自主規制に対する政府の評価・承認を前提としたセーフハーバー条項が実現されるとしても、その実際の運用は、米国と EU では相当程度異なるものになると考えることが妥当であろう。しかしそこで提案されている枠組を、一定の粒度から記述すれば、米国および EU におけるオンライン・プライバシー保護における制度改革の方向性は、下記のように図示することができると考えられる。

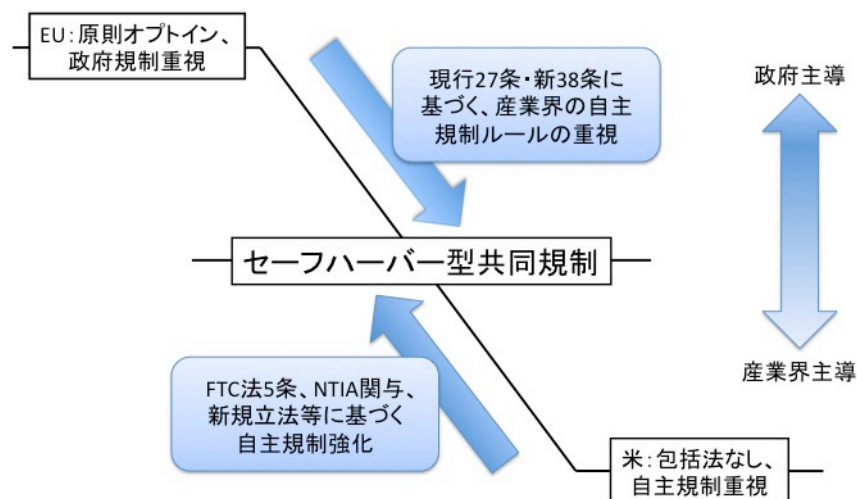


図表 3 : 米国・EU における制度改革後のセーフハーバー型共同規制構造

すなわち米国と EU は、現状において包括的なプライバシー保護法制の存否という制度的基盤における根本的な差異、そして社会的・経済的文脈の大幅な差異を有しつつも、イ

⁶³ 特に 2013 年 1 月には、欧州委員会から提出された案を元に、欧州議会の側が新規概念を中心とした大小の修正を含む新たな草案を公表している。修正提案箇所は 200 以上に及ぶが、本稿で詳述した 38 条の行動規定に関する条項については、大幅な修正提案は行われていない模様である。European Parliament, *DRAFT REPORT on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD))*. (2013)を参照。

インターネットがもたらす急激な技術革新の中で、それらを適切に取り扱うための現実的な対応を模索するにあたり、セーフハーバー条項を用いた共同規制構造を念頭に置いた、一定の制度的接近を見せつつあるとすることができるのである。



図表 4：米国・EU の制度的接近

IV 我が国の法政策のあり方に関する若干の検討

米国・EUにおけるオンライン・プライバシー保護に関わるこのような動向は、我が国の法政策に対していかなる示唆を有するであろうか。既に我が国においても、インターネット上における技術革新の速度と、契約者・端末 ID やクッキーをはじめとする現行の個人情報保護の枠内において適切に取り扱うことが困難な領域への対応として、産業界による自主規制と、それに対する政府の直接的・間接的介入を重視した共同規制的な政策枠組の構築が進められているところである。2010年5月に総務省「利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会」によって策定された「第二次提言⁶⁴」では、「ライフログ活用サービスは揺籃期にあり、事業者には過度の負担となってサービスの発展を妨げることは避けるべきであることから、まずは、規制色の強い行政等によるガイドラインではな

⁶⁴ 総務省・前掲注(20)を参照。

く、事業者による自主的なガイドライン等の策定を促すべき⁶⁵」という観点から、「自主的なガイドライン等の策定の指針となる⁶⁶」ことを目的とした、ライフログ活用サービスの実施に関わる「配慮原則⁶⁷」を提示している。

当該配慮原則は、「FTC による『スタッフレポート：オンライン上の行動ターゲティング広告に関する自主行動原則』（FTC Staff Report: Self-Regulatory Principles For Online Behavioral Advertising) も、事業者が自主的なガイドラインを作成するにあたっての根本的な原則であり、本配慮原則と同様のアプローチを採用している⁶⁸」とされる通り、先述した米国における現状の自主規制構造を参考としたものであり、実際に 2010 年 6 月には、一般社団法人インターネット広告協会（Japan Interactive Advertising Association、JIAA）が、配慮原則を反映する形で「行動ターゲティング広告ガイドライン」を改訂・公表している⁶⁹。さらに 2012 年 8 月には、特に近年拡大するスマートフォン分野特有のプライバシー保護の確立を目的として、同研究会に設置された「スマートフォンを経由した利用者情報の取扱いに関するWG」から、「スマートフォン プライバシー イニシアティブ⁷⁰」文書が公表されている。同文書では、スマートフォンにおける利用者情報を取り扱う上での「基本原則⁷¹」を提示し、スマートフォンのアプリケーション提供者等が提示すべきプライバシー・ポリシーの内容についての提言を行い⁷²、先述した「配慮原則」と同様に、事業者の自主的な取り組みを促していくものとしている。

しかし我が国においては、包括的な個人情報保護法を有するとはいえ⁷³、現状における米国の自主規制構造の実効性確保において重視されるどころの、FTC 法 5 条に相当するよう

65 総務省・同上 47 頁。

66 総務省・同上同頁。

67 「広報、普及・啓発活動の推進」「透明性の確保」「利用者関与の機会の確保」「適正な手段による取得の確保」「適切な安全管理の確保」「苦情・質問への対応体制の確保」の 6 項目からなる。総務省・同上 49 頁を参照。

68 総務省・同上 47 頁。

69 「行動ターゲティング広告ガイドライン」の改定について | JIAA (http://www.jiaa.org/release/release_bta_100624.html)

70 総務省「スマートフォン プライバシー イニシアティブー利用者情報の適正な取扱いとリテラシー向上による新時代イノベーション」

(http://www.soumu.go.jp/main_content/000171224.pdf) (2012 年) を参照。

71 「透明性の確保」「利用者関与の機会の確保」「適正な手段による取得の確保」「適切な安全管理の確保」「苦情・相談への対応体制の確保」「プライバシー・バイ・デザイン」の 6 項目からなる。総務省・同上 56 頁を参照。

72 総務省・同上 59 頁。

73 ただし、先述のように米国においては分野毎の個別法の他、関連する州法も数多く存在しており、それらの中には刑事罰規定を有するものも少なくない。これらの点に鑑みると、我が国のプライバシー保護法制が、EU はもとより米国と比して必ずしも強固であるとは言い難い側面があろう。

なプライバシー・ポリシー違反に対する実効的なエンフォースメント法制を有さない⁷⁴などの点には留意する必要がある。何よりも、米国における現状の自主規制構造自体が、そのルール内容の適切性・実効性、そして自主規制に対する不参加企業への対応に関する批判を受ける中で、権利章典文書において見えるように、自主規制ルール策定におけるマルチステイクホルダー性の強化、FTC 法 5 条の適用範囲の拡大を含む実効性の強化、そして基盤法制の立法に基づくセーフハーバー型共同規制への歩みを見せていることは、本稿で詳述してきた通りである。現状における我が国の自主規制構造が、現代のインターネットがもたらす技術革新の中で、関連産業の成長にとって不可欠な柔軟性を確保しつつも、適切に消費者のプライバシーを保護し得るものか否か、そして事業者にとっての法的安定性を十分に提供し得ているのかを否かを検討していく余地は大きく存在するものと言えよう。

ただし、本稿で論じたセーフハーバー手法をはじめとした共同規制という政策手段は、政府と産業界、そして市民・利用者という、公私の多様なステイクホルダーの相互作用の中において形成されるものであるが故に、他国で成功裏に機能している制度枠組を自国に導入しようとするものの困難は、通常の法制度以上に大きなものとなり得る⁷⁵。特に現状の我が国においては、米国における FTC や、EU 諸国における独立性の高いプライバシー保護当局のような、産業界の自主規制に対する統一的な介入や承認を行い、あるいは適宜の罰則権限を行使し得るだけの、権限とリソースを有するだけのプライバシー保護当局が存

⁷⁴ 我が国ではプライバシー・ポリシーの法的位置付け自体、その違反行為が個人情報保護法違反に該当するのか否か、あるいは約款としての性質を有するのか否かを含め明確ではない。この点についての検討として、大澤彩「プライバシーポリシーの法的性質に関する一考察—民法・消費者法の観点から—」消費者庁『個人情報の保護に関する事業者の取組実態調査（平成23年度）報告書』151-156頁（2012年）等を参照。さらにセーフハーバーへの参加・遵守のインセンティブとしては、法違反に対するサンクションの大小が大きく影響を与えるところ、同法の罰則は主務大臣が違反に対する是正の勧告および命令を行った上で（34条）、当該命令に従わなかった場合に6ヶ月以下の懲役又は30万円（37条）が課されるという段階的構造を有している。例えば米国で2012年にGoogleがウェブブラウザのプライバシー設定を迂回した事案に関するFTCへの和解金の額が2,250万ドルに上る（<http://www.ftc.gov/opa/2012/08/google.shtm>）ことなどに鑑みると、やはり我が国のエンフォースメントは相対的には軽微なものであると言えよう。

⁷⁵ このような多様なステイクホルダーの相互作用の中で形成される共同規制の構造は、経済学的アプローチからの制度研究（比較制度分析）において、社会に存在するプレイヤー間の「相互作用の均衡の要約表現」として理解される、「制度（institution）」の一側面に他ならないだろう。均衡としての制度は、公式な法や契約、あるいは非公式な慣習や規範、そして歴史的な文脈の影響を受けて形成される性質を有する。政府の役割は、その制度形成を決定付ける外的要素（パラメータ）の一つに過ぎない。そしてその政府の行う政策は、それがどのような形での介入であれ、経済取引や社会的交換をはじめとする「他のドメインにおける既存の制度および有能な経済主体の蓄積ストック等とのあいだに適合を生み出していなければ、政府ないし政治家が意図した結果をもたらさないかもしれない（青木昌彦『比較制度分析に向けて 新装版』（NTT出版、2001年）25頁）」のである。

在しない。これらの要素を考慮すると、米国や EU が想定するようなセーフハーバー構造を我が国において実現するには、現行の個人情報保護法の改正に加え、行政組織の一定の再編成までも視野に入れる必要が存在するなど、容易にはなし得ない大規模な制度改革が必要となることも事実である⁷⁶。

しかしそれでも、インターネット関連産業の成長と消費者保護の適切な両立を図ることの社会的・経済的重要性、前提とする制度的基盤を大きく異にしつつもセーフハーバーを軸とした一定の制度的接近・収斂に向けた歩みを見せる米国と EU の動向、そしてそれらとの国際的制度調和の必要性などに鑑みると、我が国において少なくとも中長期的な観点から、本稿で論じたような新たな共同規制枠組みの実現を考慮していく価値は、決して小さいものではないと考えられるのである。

V 結びにかえて

冒頭で述べたように、本稿は共同規制という概念が有する、表現の自由をはじめとした憲法学上の論点についての直接的な検討を行うものではない。しかし本稿で示した、インターネットがもたらす予見不可能かつ断続的なイノベーション、そしてそれが要求する新たな規制枠組と公私の相互作用のダイナミズムは、「憲法の規範力」がそれをいかに統御し得るのかという点において、我が国の憲法学への一定の含意を有することを期待したい。

⁷⁶ 我が国が現に有するセーフハーバー規定としては、例えば景品表示法（不当景品類及び不当表示防止法、昭和 37 年 5 月 15 日法律第 134 号）12 条に規定される公正競争規約制度が挙げられるが、プライバシー・ポリシーの表示方法への適用等の一定の潜在的論点を除けば、インターネット上のプライバシー保護への適用には限界があることは言う間でもない。業界団体による自主規制の促進については、個人情報保護法 37 条以降に規定される認定個人情報保護団体の存在し、既に多くの自主規制ルールが策定されているが、それらに対してはセーフハーバーの前提となる、公的な承認に基づく遵守企業の免責等が与えられているわけではない。さらに本稿では、紙幅の都合上、原則として個人情報（データ）保護法制に限定した議論を行ったが、典型的にはプロバイダ責任制限法（特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律、平成 13 年 11 月 30 日法律第 137 号）に見えるような、民事責任一般に関する免責を視野に入れた制度設計の検討を行う余地も存在するところであろう。