

ビッグデータ・ビジネスにおける個人情報の利用と差別

中川晶比兒

- I はじめに
- II ビッグデータ・ビジネスと差別のリスク
- III 差別・価格差別の禁止
- IV 差別・価格差別の予防(個人情報等の利用制限)
- V 個人情報保護法を補完する法律
- VI おわりに

I はじめに

これまで利用できなかった大規模・多様または高頻度のデータを、収集し分析することが技術的に可能になりつつある。それにより、これまでにない新たなサービスが生まれている。ビッグデータを用いたビジネスの一つの特徴は、個人(個々の消費者・ユーザー)または個別企業に適合した商品・サービス(個別化商品・サービス)の提供を可能にすることである。その一方で、このような個別化商品・サービスは、特定の局面では個人を差別するリスクを伴うことが各国で懸念されてきた。本稿では、ビッグデータを用いたビジネス(以下、「ビッグデータ・ビジネス」という。)が持ちうる差別のリスク及び価格差別の拡大可能性と、それへの法的対処を、現行法に基づいて整理する。

まず第II章でビッグデータの定義、ビッグデータ・ビジネスの特徴の一面を示したうえで、ビッグデータ・ビジネスに関して提起されている差別のリスクを概説する。第III章では差別及び価格差別に対する最も基本的な法的対処として、差別禁止法に分類可能な法律群と、独占禁止法¹の射程を確認する。価格差別は差別という言葉を含む用語であるものの、違法とされる場合は多くない。他方で、両者が連続性を持つ場合もある。第III章での議論は、ビッグデータがない場合にも妥当するものであるのに対して、第IV章では、ビッグデータ・ビジネスにおける差別及び価格差別に備える手段を検討する。具体的には、企業による個人情報の利用を回避・コントロールすることであり、それを技術的に行う場合と、個人情報保護法²に基づいて行う場合の有効性と限界を検討する。第V章では、個人情報保護法の実効性確保手段が強くないという現行法上の課題に対処するべく、景表法³及び独占禁止法を、個人情報保護法に違反する行為に対して適用する余地を検討する。

II ビッグデータ・ビジネスと差別のリスク

1 ビッグデータ⁴

ビッグデータ(big data)とは、許容可能な時間内に分析・管理するためには、従来技術からの技術進歩が必要なほどに、量(Volume)・速度(Velocity)・多様性(Variety)の大きなデータのことである。⁵一般にビッグデータは、それが備える特徴(3 Vs)によって定義されるのが通常である。これら3つの特徴は、「かつ」(and)ではなく「または」(or)で結ばれるものである(さもないと、ビッグデータとして議論できる対象は極めて限られてしまう)。Laneyの論文⁶のタイトルが示すように、3 Vsとは、データ管理の困難さを高める3つの次元(データの量、データの生成頻度、デ

¹ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律。以下、独占禁止法と略称する。

² 個人情報の保護に関する法律。以下、個人情報保護法と略称する。

³ 不当景品類及び不当表示防止法。以下、景表法と略称する。

⁴ ビッグデータ一般については、「総務省 ICT スキル総合習得プログラム」

http://www.soumu.go.jp/ict_skill/setdl.html がよくまとまっている。

⁵ さしあたりの定義であり、FTC, Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? 1 (2016)の記述等を参考にした。何がビッグデータであるかは、技術進歩によって変化するし、産業や個々の企業によっても変わりうる。Stephen Brobst & Bill Franks, Big Data, in COMPUTING HANDBOOK: INFORMATION SYSTEMS AND INFORMATION TECHNOLOGY 20-2 (Heikki Topi & Allen Tucker eds., 3rd ed. 2014).

⁶ Doug Laney, 3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety (2001),

<http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>.

ータ・フォーマットの多様性)を示すものであり、個々のデータによっては、いずれかの次元の程度が低いものも含まれるからである。⁷

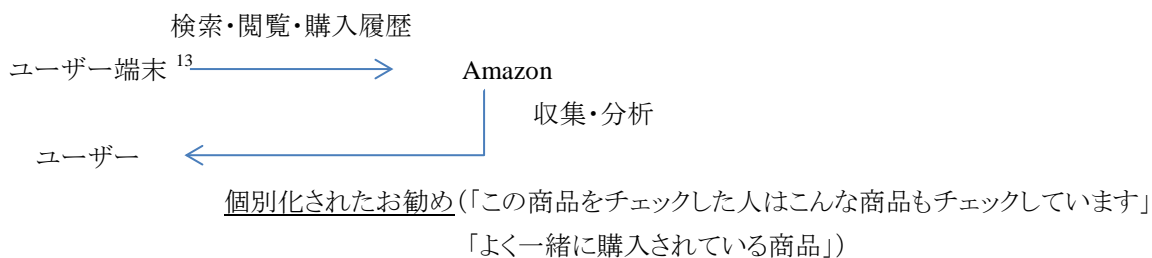
ビッグデータがビジネスに使われるようになった背景には、様々な技術進歩がある。様々な情報をデジタル化する技術の進歩、コンピュータの処理能力の向上、様々な種類のデータを分析する技術の登場⁸、データ保存コストの低下、高速大容量通信、AI(とりわけ深層学習)の利用拡大⁹、スマートフォンの普及などである。

2 ビッグデータを利用したビジネス

本節では、ビッグデータを用いたビジネスを二つの類型に整理する。¹⁰第一の類型は、ビッグデータの収集・分析を行う企業が、個人(個々の需要者・ユーザー)または個別企業に適合した商品・サービス(個別化された商品・サービス。以下、「個別化サービス」という。)を自ら提供する場合である。第二の類型は、ビッグデータの収集・分析を行う企業が、第三者に対して分析結果または新しいサービス基盤¹¹を提供し、第三者がユーザーに個別化サービスを提供するものである。この分類は、多様なビジネスの羅列に終始することを回避する目的で行っており、法的な帰結の差異をもたらすわけではない。¹²以下の模式図では、左上から出発して時計回りに矢印を追っていくと、データが個別化サービスに転換されていく様子が分かるように表現している。

(1)ビッグデータの収集・分析主体が、自ら個別化サービスを提供する例

《具体例1》 amazon の電子商取引



端末から得られる好みや関心の情報を用いて、ユーザーに合った別の商品役務を薦めるものである。¹⁴

⁷ 例えばビッグデータの文脈でよく言及されるサイズとしてペタバイト(PB)がある。しかし分析内容によってはデータサイズが小さくても分析が困難になるという。五十嵐健太「ビッグデータのビジネスアナリティクス」日本統計学会誌43巻1号114頁(2013年)。

⁸ データの多様性の拡大に対しては、従来のデータベース(リレーショナルデータベース)で扱えなかった非構造化データ(unstructured data)を分析する技術が開発されてきた。分散処理技術や、NoSQLという新たなデータベースがこれである。非構造化データとは、共通のサイズ・仕様や情報項目がないものであり、画像、動画、ウェブサイト、ブログ、PDF、PPT、電子メール、テキストファイルなどがこれに分類される。Brobst & Franks, supra note 5, at 20-3-20-4. 非構造化データを利用することにより、ネガティブな情報(例えば店舗に入ったが購入しなかった顧客の行動選択の理由)を分析することができる。増市博ほか「非構造化データを対象とする知的情報処理」人工知能29巻5号428頁(2014年)。

⁹ これらの技術の中にはオープンソースのものもある。例えば機械学習についてはTensorFlowというソフトウェアがあり、大東建託が物件の写真を自動で登録するシステムに利用している。分散処理についてはApache Hadoopがあり、NoSQLでは多くがオープンソースであるとされる。

¹⁰ 具体例の抽出にあたり、市嶋洋平「データで稼ぐ」日経ビッグデータ2014/03号6頁が有益であった。

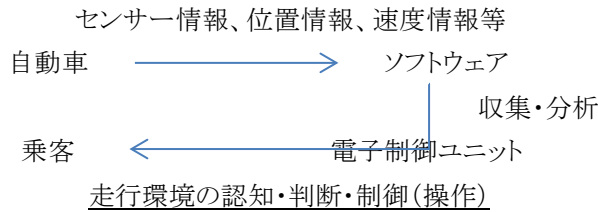
¹¹ デジタル広告配信(display advertising)においては、顧客の行動や属性に関するデータ分析結果そのものを第三者に提供しているわけではないと思われるため、サービス基盤の提供という表現を用いている。読み飛ばしても問題ない表現である。

¹² 法学では、法的帰結に影響のない(どの分類に属しても法的結論が変わらない)分類は、実益のない議論として嫌われる。本稿は、ビッグデータ・ビジネスについて一つのイメージを提示するために分類したにすぎない。

¹³ パソコンやスマートフォン等の操作主体をユーザーと呼んでおり、企業のような大規模購入者(ユーザー企業)も同様の構造である。個々のユーザーから情報を得ることを強調するため、端末という表現を用いている。

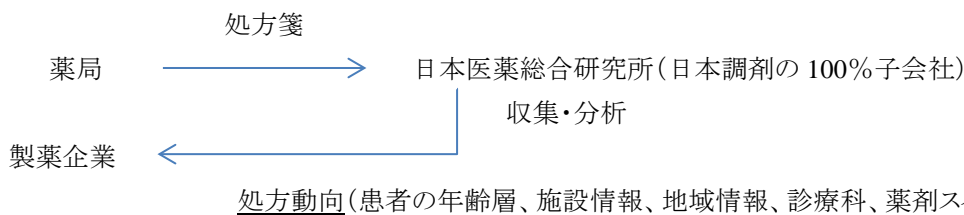
¹⁴ Apple、Googleなどが自らコンテンツを提供する課金サービスも、これと同じ構造であろう。

《具体例 2》 自動運転



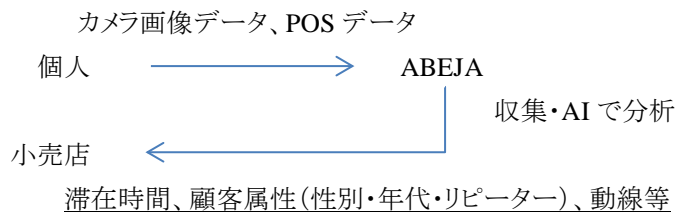
自動運転は、車載カメラやレーザーなどから得られた、時々刻々と変化する大量の情報を瞬時に判断しなければならない。自動運転は、個別化サービスを、見かけ上は一つのデバイス(実際には多数の企業が供給する多数のソフト・ハードからなる)で実行する。

《具体例 3》 日本調剤による処方動向データの提供



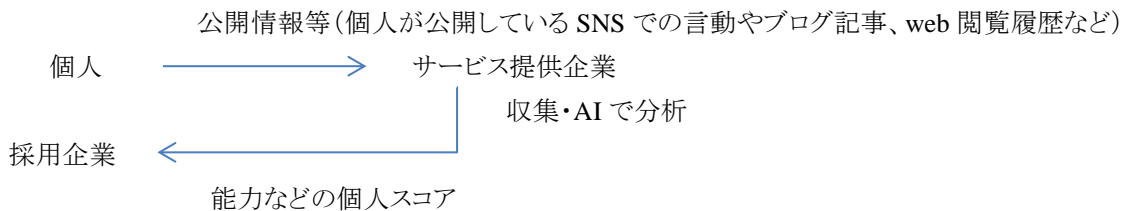
製薬企業にとっては、処方動向の情報(個別化サービス)を得ることにより、売上データでは得られない処方(需要)の実態を知ることができ、マーケティングをより効果的にできるメリットがある。¹⁵

《具体例 4》 店舗解析サービス(ABEJA Insight for Retail)



このサービスでは、顧客行動をデータ化することにより、レイアウトの改善やセールがどれほど集客効果を持ったかの分析に役立てられる。同様のサービスとして、FieldAnalyst (NEC) や Vieureka (Panasonic) もある。

《具体例 5》 個人の能力・行動評価¹⁶



採用企業が、自分の求める能力を持つ者(転職者を含む)を探すために使われるほか、雇用主が社員による情報漏えい等を予防するために利用されている。リクルートキャリアが 2019 年 8 月 4 日に提供を終了したリクナビ DMP フォロー(応募学生のリクナビ上での閲覧ログを分析し、AI で内定辞退率を予測するもの)も、これに分類できる。

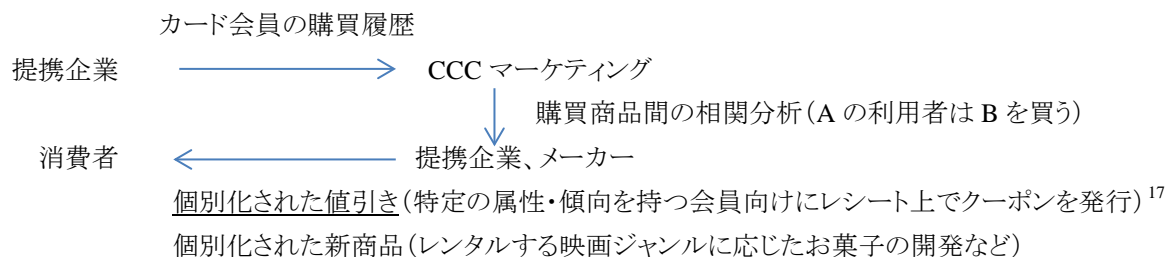
¹⁵ 大下淳一「製薬企業が「処方データ」に目を向けるワケ」(2016 年)

<https://tech.nikkeibp.co.jp/dm/atcl/feature/15/060300031/072600009/?ST=health&P=1> を参照。なお、利用されるビッグデータが異なるが、市嶋・前出注 10 で紹介されているクックパッドの「たべみる」(レシピ検索用語の検索トレンドをスーパー・食品商社・メーカーに販売するもの)もこれに類似する。

¹⁶ クローズアップ現代+「人事・転職ここまで!? AI があなたを点数化」 <https://www.nhk.or.jp/gendai/articles/4346/> を参考にした。

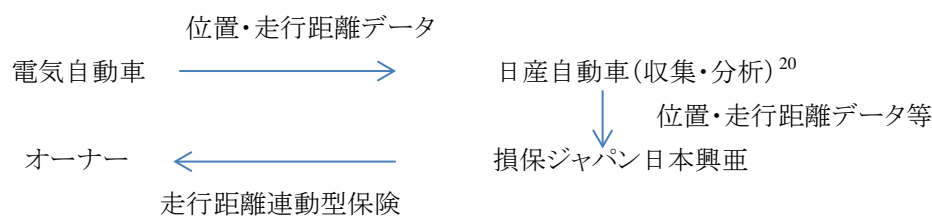
(2)ビッグデータの収集・分析を行う企業以外の第三者が、個別化サービスを供給する例

《具体例6》 Tポイント



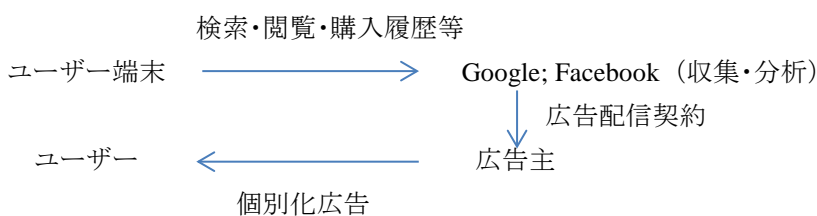
購買データを分析して加盟企業に提供することで先行してきたのはTポイントである。近年ではメーカーとの新商品開発にも購買データを利用している。2019年12月16日にはKDDIがローソン(ポイントカードPontaの提携店である)との提携を発表した。¹⁸ 今後は上の図のCCCマーケティングに相当する場所に、通信事業者やスマホ決済業者が加わることで、新たなサービスの開発が期待される。

《具体例7》 テレマティクス¹⁹保険



自動車の走行距離に応じて保険料が変動するものであり、現在は損保各社が同様の保険を販売している。

《具体例8》 個別化広告²¹



消費者に無料でサービスを提供するプラットフォーム企業が大きな収益源としているのが広告である。「広告配信契約」と書いているのは、個人の端末から得られたデータの分析結果を、そのまま第三者に販売しているわけではないと考えられるためであり、この場合の矢印の持つ意味は象徴的な意味にとどまることに留意されたい。広告主との関係は、実際にはもっと複雑であろうが、本稿では詳細を省いている。²²

¹⁷ 小売店に入店した顧客向けにクーポンやポイントを発行するチェックインアプリ(ショップリエ、楽天チェックなど)もこの類型に近い。小売店自らアプリを供給する場合(イトーヨーカドー、MUJI passport など)では、ビッグデータの収集企業自身が個別化サービスを行うことになるので(1)の類型ということになる。

¹⁸ ローソンの発行済株式総数の2.1%を取得する予定とされる。2019年12月時点での業界地図については、「スマホ決済 選別段階に」日本経済新聞2019年12月17日朝刊第3面の図が分かりやすい。小売店舗側が持つ購買データの強みについては、佐藤嘉彦「キャッシュレス時代の小売りの戦略」日経TRENDY2019.08号84頁(2019年)、山端宏実「ソフトバンク、幻のファミマ買収 孫氏が提案、伊藤忠に断られる」日経コンピュータ2018.06.21号6頁を参照。

¹⁹ 自動車に情報通信端末を搭載して自動車向けに様々なサービスを提供するもの。

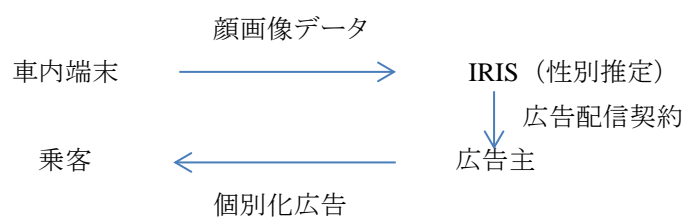
²⁰ 詳細は本宮学「日産自動車が始めた「ビッグデータビジネス」の狙い」(2014年)

<https://www.itmedia.co.jp/enterprise/articles/1403/31/news041.html> で紹介されている。

²¹ GoogleとFacebookは収益源に占める広告収入の比率が極めて高いことで知られるが、Appleはアプリストアにおいて、Amazonは電子商取引サイト内において広告を配信している。

²² 広告主と消費者の間に介在する様々な業者を一つの流れとして書くなら、「広告主 → DSP → SSP → publisher(広告媒体) → 消費者」ということになる。Ad ExchangeがDSPとSSPとの取引の場として存在するほか、

《具体例 9》 日本交通タクシーの電子広告



近年ではデジタルサイネージ(電子広告看板)の設置が増えている。IRISはJapanTaxiとFreakOutの合弁会社であり、高所得者層の乗客に広告を配信できることを売りにしている。

以上に挙げた9の具体例は、いずれもビッグデータの分析により可能となる個別化サービスの提供を、収益に繋げている。9つの例は網羅的なものでは到底ないが、個人情報の収集が行われている例が比較的多くなっている。ビッグデータ・ビジネスで収集される情報は個人情報に限らない。スマート農業²³やIoTでは、個体・個別装置等の状態を診断し、それに応じてメンテナンスを決めるという個別化サービスが可能となっており、これらが収集する情報は個人情報ではない。なお以上の例でも分かるように、2つの類型に分けたことは、どちらがより高度であるとか完成されたものであることを意味しない。²⁴

3 差別のリスク

ビッグデータを利用したビジネスに対しては少なからぬ法域で、差別に対する懸念が表明されてきた。²⁵それは、ビッグデータの分析が、人間の日々の行動や将来の機会に影響する程度が高まってきたためである。ここでは、過去(ビッグデータ以前)に最も深刻な差別の一例を経験した米国で2016年に出された報告書²⁶を中心に、差別のリスクが指摘されている局面を整理する。

(1) 差別(合理的と認められない差別的取扱い)が生じる局面

(i) 受益者の限定

これは、行政サービスの受益者が、ビッグデータを提供しうる個人に偏ってしまうという問題である。よく引用されるのは、Street Bumpアプリである。これは舗装道路の異常を検知するためのアプリであり、Boston市が道路の修繕に役立てようとして提供した。しかし、所得の低い人や高齢者のスマホ保有率は低いため、高所得者の住む地域の道路修繕だけをを進める結果となりうることに、同市及び開発者は事前に気付いたという。²⁷近年では災害時におけるSNSの利用が自治体レベルで模索されているが、その位置付けの検討が求められよう。²⁸

(ii) 雇用差別

新規採用にあたって、コンピュータに関心を持ったのは何歳かといった質問をすることは、男性有利、若者有利になりうると思われる。²⁹また、過去の採用希望者のデータに基づいたビッグデータ分析は、女性に不利になりうる。³⁰

広告の売り手・買い手またはデータを束ねる ad networks や DMPs も存在する。

²³ 牛にセンサーやタグを取り付けて行動データを集め、健康状態や繁殖時期を予測するシステムや、ドローンで作物の生育状況を分析して肥料を撒く量や場所を決めるなど。

²⁴ 例えば医療用の診断装置から得られた診断データをクラウド上で機械学習させ、精度を高めた診断結果を医療機関や患者に提供するサービスであれば第二の類型になるが、このようなサービスを提供する企業は、最終的にはそのような機能を診断装置そのものに組み込むことで、販売機会を増やすことが考えられる。

²⁵ たとえば FRA, Data Quality and Artificial Intelligence (2019)を参照。

²⁶ Executive Office of the President, Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights (2016) [hereinafter EOP, Big Data].

²⁷ Executive Office of the President, Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values 51-52 (2014).

²⁸ Hurricane Sandyに関するツイートが最も多かったのはマンハッタンであり、影響が最も深刻な地域からのツイートは、それよりもはるかに少なかった。Kate Crawford, The Hidden Biases in Big Data, Harvard Business Review (2013).

²⁹ EOP, Big Data, at 15.

³⁰ アマゾンでは、採用希望者を5段階にランク付けさせるプログラムを開発しようとした。過去10年間に提出された履歴書(resumes)に現れた5万の用語をAIに教え、500のモデルを試した。しかし、技術職の採用希望者の多くが男

役員として成功しそうな人の属性を過去のデータに基づいて予測すると、男性が優先的に選抜される傾向が続く。

31

(iii) 与信・融資の差別

クレジットカード会社が、返済履歴の悪かった消費者が買い物をした店で買い物をした他の消費者にも、返済履歴に関わらず利用限度額を引き下げた例があるとされる。³²ギャンブル癖のある高齢者や判断能力の低い個人を特定して、高利貸しが行われるおそれも指摘されている。³³個人のSNS上の情報を用いて信用力を評価する場合には、マイノリティーであるほど信用力のデータが少なくなり、既存の格差(マイノリティーのローンへのアクセスが限定されていること)を強めてしまうおそれがある。³⁴

(iv) 教育における差別

大学がビッグデータを用いて受験者の卒業確率を予測し、入学試験の判定に用いると、低所得世帯の受験者など、統計的に卒業率の低い属性を持つ受験生が入学を拒否されうる。³⁵

(v) 警察活動・刑事手続における差別

過去の犯罪データを用いて犯罪発生確率の高い場所を算出するシステムは、様々な企業が提供している。システムの予測対象を軽犯罪にまで拡大すると、これらの行為は貧しい地域でたいてい見られるから、貧しい地域に警察活動が偏り、それが新たな犯罪データを生み、さらにパトロールの強化を正当化する。これは貧しい地域に住む人種に偏った警察活動となる。³⁶一部の州で量刑にも使われるLSI-R (Level of Service Inventory-Revisited)は、再犯リスクを評価するためのものだが、貧困地域住民やマイノリティーが経験することの多い質問が含まれているため、そのような犯罪者の刑期を長く、無職の期間を長くしそうである。³⁷

(2) ビッグデータ・ビジネスが差別のリスクを生じさせる場合

上記(1)の(i)~(v)で述べた局面に共通する構造は、(a)個人情報³⁸が利用されており、かつ、(b)個人々人がある地位を得るための適格性を有するかどうかについて、過去の個人情報データに基づく評価(個人の適格性評価)が行われていることである。このような場合には、差別のリスクに警戒する必要がある。過去のデータに基づいて、評

性であったために、このモデルは性別に中立的なランキングができないとして、最終的に採用希望者の評価には使われなかった。Jeffrey Dastin, Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women (2018.10.10), <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>.

³¹ Dennis Hirsch, Predictive Analysis Law and Policy: A New Field Emerges, 14 ISJLP 1, 6 (2017). 同論文では女性が妊娠しそうかどうかの予測に基づいて採用を拒否することもありえないではないとする。Id. at 5.

³² FTC, supra note 5, at 9.

³³ Sue Newell & Marco Marabelli, Strategic opportunities (and challenges) of algorithmic decision-making: A call for action on the long-term societal effects of 'datification', 24 J. Strategic Inf. Syst. 3, 8 (2015). これは経済格差の再生産でもある。米国では、貧困層の学生に対して欺瞞的な広告・勧誘を行う for-profit universities が、公立大学よりも高い授業料のローンを組ませており、貧富の格差を拡大させているという。Cathy O'Neil, WEAPONS OF MATH DESTRUCTION 77-81 (2016). (邦訳として、久保尚子訳『あなたを支配し、社会を破壊する、AI・ビッグデータの罠』(インターシフト、2018年)がある。)日本の専門学校における同種の問題の一端については、葛西洋輔「競争法の可能性」公正取引 825号 88頁(2019年)を参照。

³⁴ EOP, Big Data, at 12.

³⁵ EOP, Big Data, at 18. このようなリスクは、大学が世界レベルでランキングされ、ランキングが影響力を持つ時代には、どこかで現実となりそうである。大学ランキングが影響力を持ち出してから、米国の大学は資金力競争となり、授業料も右上がりであることについてはO'Neil, supra note 33, at 59-62.同書の節のタイトルはARMS RACEであり、創立2年しかたっていないサウジアラビアの大学が数学科で7位を獲得した経緯(3週間で7万2千ドルの非常勤講師!)も紹介されている。

³⁶ O'Neil, supra note 33, at 86-87. また、過去の逮捕データを使った機械学習では特定の地域が時間と共に治安の良い地域に変わっているかもしれないことを反映できない。EOP, Big Data, at 21.

³⁷ O'Neil, supra note 33, at 25-27. 予測モデル自体が、モデルの持つ前提を正当化するような状況を再生産している(悪循環が繰り返す)という意味で、有害なフィードバックループと呼ばれる。Id. at 29.

³⁸ 日本の個人情報保護法の定義する内容で考えている。後出注 73 に対応する本文を参照。

価値情報のない新しい評価対象の評価やカテゴリー分けをすることは、predictive analytics³⁹またはdata mining⁴⁰と呼ばれる。予測モデルを使うと、過去の相関関係に基づいて行動することになる。過去の相関関係に基づいて行動すればするほど、蓄積されるデータの中では、その相関関係がさらに強化される。その結果、過去に受けた差別の結果が再生産されるという悪循環が生じてしまう(O'Neilのいう有害なフィードバックループ(脚注 37)である)。また、data miningを行う際に、どの属性が重要な変数であり、どの属性を使わないかは、それ自体が主観的な選択である。⁴¹ある属性をデータに表現できる形でどのように定義するかも、選択の余地がある。⁴²このような形で、データ分析を行う人間自体が持つ偏った見方は、モデルの中に入り込む可能性がある。

(3) 差別のリスクへの対処

2016年の報告書(前出注 26)では、ビッグデータの利用に伴う差別のリスクに対して、以下の対策を挙げている。データ倫理の枠組みを作ること、個人が自分のデータにアクセスして誤りがあれば訂正を求められるメカニズムを構築すること、個人が公平に取り扱われるようにアルゴリズムの監査 algorithmic auditing 等の第三者評価を開発すること、である。わが国では、総務省内に設置された AI ネットワーク社会推進会議が、「AI 利活用ガイドライン」(令和元年 8 月 9 日)を公表している。そこでは、AI システム又は AI サービスの判断によって個人が不当に差別されないよう配慮することを求め、データの代表性及び AI の判断のバイアスへの留意と、AI によりなされた判断結果の公平性を保つために人間の判断を介在させることを、自主的な対応として求めている。

独占禁止法を専門とする立場からすれば、差別のリスクが顕在化したアルゴリズムの使用禁止を命じても、企業にとって過大な負担にはならないのではないかと思われる。代替的なモデルを選択する余地は大きそうだからである。次の章では、現行法に目を転じて、差別及び価格差別への法的対処を論じる。

III 差別・価格差別の禁止

1 差別と差別禁止法

第II章の3に挙げられた差別の局面は、3つに分類できる。第1に経済取引の側面を持つ差別であり、受益者の限定、与信・融資の差別、教育における差別を含む。第2が雇用差別、第3が警察活動・刑事手続における差別である。経済取引の側面を持つ差別をまとめて論じるのは、これらを価格差別の一例(同じサービスに対して、特定の属性を持つ者に対して差別的に高い価格を請求すること)と同視することができ、価格差別との連続性を持つからである(ただし厳密には、特定の属性を持つ者が支払えないような価格を請求する場合を除く⁴³)。本節では、雇用差別⁴⁴及び警察活動・刑事手続における差別⁴⁵については省略し、経済取引の側面を持つ差別に対処する法律群について簡単に整理しておく。

わが国には、経済取引の側面において差別を包括的に禁止する法律は存在しない。⁴⁶米国ではCivil Rights Act

³⁹ Galit Shmueli & Otto Koppius, Predictive Analytics in Information Systems Research, 35 MIS Q. 553, 562 (2011).

⁴⁰ データから有益なパターンを発見することを自動化するもの。データセットの中で発見された関係の組み合わせがモデルと呼ばれ、これを用いて分類、変数の推計、将来予測が行われる。

⁴¹ David Bollier, THE PROMISE AND PERIL OF BIG DATA 13 (2010).

⁴² Solon Barocas, Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? Framing the Conversation (2014), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/313371/bigdata-workshopslides-9_15_14.pdf.

⁴³ 特定の属性を持つ者が高く支払えないような高価格設定をする場合には、取引量が減少する(死重損失が発生する)ため、法的には、価格差別ではなく単なる差別として扱うべきである。価格差別の持つ効率性と公平性のトレードオフ(単一価格の場合と比べて安い価格で取引量を増やしつつ、一部の顧客には高い価格を請求する)の側面を持たないため、価格差別として分析する実益がないからである。経済学では市場全体の需要がカバーされない状況として、なお連続的に分析できようが、公平性の観点を無視できない法学では分析の断続性が生じる。

⁴⁴ 労働基準法 3 条・4 条、職業安定法 4 条、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律 5 条・6 条・9 条、短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律 9 条等がある。

⁴⁵ これらは警察官職務執行法や刑事訴訟法等の個別規定の解釈問題となろう。

⁴⁶ 特別法がない分野では、民法 90 条と憲法 14 条 1 項または民法 709 条と憲法 14 条 1 項を利用することになる。

of 1964 が、Title IIにおいて、不特定多数人が利用できる施設 (public accommodation) の利用に関する差別を禁止している。⁴⁷わが国では生活インフラ(電気、水道、下水道、ガス)や旅客運送等において不当な差別的取扱いを禁止する法律がある。⁴⁸日本でおそらく最も一般的に差別を禁止しているのは、障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律であり、8条1項で事業者による不当な差別的取扱いを禁止している。

他方で、保険業法施行規則12条3号では、保険料率の算出に年齢、性別、運転歴、年間走行距離、地域を危険要因として考慮してよいとされる。保険料金設定は、効率性(より多くの加入者を集めることで保険リスクを分散すること)、公平性(個々人のリスクに応じた保険料負担)を両立する必要があり、その意味でも価格差別に近いものである。与信・融資でも、事業者にとっての合理的なリスク判断が根拠となった利用限度額や利率の違いであれば、正当化されよう。

2 価格差別と独占禁止法

(1) 価格差別とは

(i) 広義の価格差別

価格差別の定義には広義と狭義のものがあるが、まずは理解しやすい広い定義から議論を始める。価格差別とは、同一の商品役務について、顧客によって異なる価格設定を行うことである。⁴⁹これまでに電子商取引サイトで価格差別が発覚した例としては、Staplesがユーザーの住所及び競合店舗 (OfficeMax, Office Depot) の有無によって、同じ商品でも異なる価格をつけていた例⁵⁰と、MicrosoftのBing Cashbackが悪用されたケース⁵¹がある。

(ii) random price tests と dynamic pricing

価格差別としてより著名なのはアマゾンが2000年に行ったDVDのrandom price testsである。価格差のほとんどは数ドルであったが、最も価格差があったものとして、The X-Files: The Complete Second Seasonは表示価格149.98ドルのところ、人によって、89.99ドルであったり、104.99ドルであったりしたという。⁵²

他方、航空業界で長らく用いられてきており、家電小売店でも導入の動きがあるのがdynamic pricingである。これは、特定の時間帯に取引場所でアクセスした人にだけ、一律に提供される価格設定であり、需給バランスや競争者の価格・供給余力を反映した価格設定である。最近ではUberのsurge pricingが反発を呼んでいる。

以上のrandom price tests及びdynamic pricingはいずれも広義の価格差別の定義を満たしている。⁵³

(2) 消費者に受け入れられる価格差別とは

⁴⁷ 42 U.S.C. §2000a. 施設としては、宿泊施設、レストラン、映画館、劇場、コンサートホール、スタジアム等が含まれる。教育分野の差別については、Title VIも使われてきた。また住宅供給、与信・融資の文脈でも差別禁止規定を含む別の特別法が存在する。

⁴⁸ 最近の適用例としては、車いすが利用可能なユニバーサルデザインタクシーによる運送の引受け拒絶に対する通達がある。「ユニバーサルデザインタクシーによる運送の適切な実施について」(国自旅第185号の2、平成30年11月8日)

⁴⁹ 買い手による価格差別は検討する必要がないだろう。売り手が異なれば購入価格が異なるのはむしろ普通となりうるほか、高く売れる売り手が、安値でしかか買ってもらえない売り手に利益を分配するという裁定取引が想定しにくいからである。

⁵⁰ Jennifer Valentino-DeVries et al., Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information (2012), <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>.

⁵¹ Microsoftが、検索エンジンBingのシェアを高めるため、Bingで商品の検索をした場合には、電子商取引サイトの販売価格から2-10%程度のキャッシュバックをするキャンペーン(Bing Cashback)を行った。ところが、ある電子商取引サイトは、Bing経由でたどり着いた客には758ドルの価格を、他の検索サイト経由の客には699ドルの価格を同じ商品について表示していた。Bountii, Negative Cashback from Bing Cashback (2009), <https://bountii.com/negative-cashback-from-bing-cashback/>.

⁵² Lori Enos, Amazon Apologizes for Pricing Blunder (2000), <https://www.ecommercetimes.com/story/4411.html>.

⁵³ なお、電子商取引サイトで顧客によって異なる検索結果の並び順にすること(Orbitz.comの例)も価格差別と並んで言及される傾向にある。Executive Office of the President, Big Data and Differential Pricing 11 (2015) [hereinafter EOP, Differential Pricing]; FTC, supra note 5, at 11 n.58. ユーザーが価格で検索結果をソートするのは容易であろうし、最後のページまで見た場合に掲載されている部屋やプランに違いがないのであれば、価格差別に含められないので、本稿では扱わない。

これまでに価格差別が発覚した事例は、dynamic pricing を除いて消費者の反発を買った。他方で、日常生活には価格差別があふれている。消費者の属性に基づく割引(映画の割引料金、航空機の早期予約割引、ハッピーアワー)や、数量割引(2つ買えば1つおまけ、マイループログラム、ポイントカード)、携帯電話等の二部料金制(基本料金+従量料金)は、いずれも価格差別である。価格差別が消費者に受け入れられるか否かの線引きはどこでなされているのであろうか。

日常生活にあふれている価格差別から、許容可能な価格差別の条件を導き出すならば、(a)値下げ目的で消費者がグループ分けされている場合、または(b)高い価格が予め表示されており消費者が回避可能な場合であろうか。しかし、(1)(ii)で挙げたアマゾンの価格テストは、表示価格からの値下げ目的で行われていたにもかかわらず批判を浴びた。従って(a)では許容可能な価格差別を説明できない。次に(b)はどうか。同じく(1)(ii)で挙げた dynamic pricing はその場にアクセスした日時によって価格が変動するものであった。これが受け入れられている典型は生鮮食料品(季節及び時間帯によって変動する)である。サンマやキャベツの値段は、特価品として広告に載っていない限り、売り場に行くまで分からない。時価が許容されているならば、(b)による説明もやはり妥当しないだろう。

結局のところ、消費者に許容される価格差別とは、供給費用の違いで説明がつく価格差別であると考えられる。航空機料金では、ビジネス客の直前の変更可能性と出発直前にその席を埋めるのにかかるコストを考慮して、変更可能なチケットは高くなっているだろう。早い時間帯のレストランは人件費を低く抑えられるので安く提供できることになろう。他方で、random price testsは供給費用の違いでは説明できないから、反発を買った。⁵⁴言い換えると、消費者に許容されない価格差別とは、供給費用の違いでは説明ができない価格差があることであり、これは経済学における狭義の価格差別(経済学で一般に支持されている定義⁵⁵)に合致する。もともと、狭義の価格差別であっても、なお、定義の曖昧さは残らざるをえない。⁵⁶価格差別の定義はどこまで行っても詰め切れない。

本節の議論は、次に行う分析の前置きである。消費者が許容している価格差別を、法律で禁止する必要はない。消費者に許容されない価格差別であって初めて、法に違反するかという問題に進むことになる。⁵⁷

(3) 独占禁止法による価格差別の規制可能性⁵⁸

ビッグデータ・ビジネスとの関係で特に議論されている価格差別は、第一種の価格差別(完全価格差別)である。顧客1人1人に応じた価格設定を行うものであり、personalized pricingとも呼ばれる。⁵⁹

価格差別を規制する法律として、独占禁止法がある。独占禁止法の多くの規定は、競争を制限する行為を禁止している。従って、競争を制限する手段として価格差別が行われる場合に、独占禁止法に違反しうる。独占禁止法は、競争を制限する行為だけではなく、相手方に対する優越的な地位を濫用する行為も禁止する。そこで、価格差

⁵⁴ このような価格テストをしなくても、短時間で価格を変動させれば、需要に関する情報は得ることができる。EOP, *Differential Pricing*, at 10-11. なお、アマゾンがサイトに表示される価格ではなく、値引きクーポンの値引き率を顧客ごとにランダムに変えていれば、もしかすると反応は変わったかもしれない。

⁵⁵ Hal Varian, *Price Discrimination*, in 1 *HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION* 598 (Richard Schmalensee & Robert Willig eds. 1989); 丸山雅祥・成生達彦『現代のマイクロ経済学 情報とゲームの応用マイクロ』79頁(創文社、1997年)。

⁵⁶ 旬のサンマと時季外れのサンマは、消費者からすれば同じものとは思えないが、価格差別との関係では同一の商品と言わざるを得ない(それを言い出すと分析対象から外れてしまうからである)。

⁵⁷ この点で、FTCによるロビンソンパットマン法の適用実務は、運用を誤った例といえよう。そこでは、原則として価格差の全てを費用格差で説明し尽くされなければならないとされている。しかし、一般消費者はそこまでの説明を求めているのではないか。

⁵⁸ 価格差別が貧富の格差を拡大するような差別にもなっている場合が考えられる。人口の多い都市部では大型の実店舗がオンラインショップと競合しているため、価格が下がりやすい。他方で貧困者の居住区域では、オンラインショップしか選択肢がないため、同じ商品に高い価格がつけられる。Staplesの事例(前出注50)では値引きがなされる地域の方が平均所得の高い地域だったとされる。この価格差は、供給費用の違い及び(または)競争の結果として説明可能であり、独占禁止法による規制は困難であろう。EOP, *Differential Pricing*, at 17は、価格差別を禁止するのではなく競争を促進するべきであるとする。個別の法制度を超えた、共存社会のための新しい空間設計の問題となるだろうか。

⁵⁹ Carl Shapiro & Hal Varian, *INFORMATION RULES* 39 (1999). これまでの実態調査では、personalized pricingはほとんど見られないとするものが少なくない。

別によって一部の顧客に高い価格をつけることが優越的地位の濫用に該当するかがもう一つの論点となる。以下、順番にこれを検討する。

(i) 競争制限行為としての規制

消費者向けの価格差別に話を限定すると⁶⁰、わが国では、競争者の競争力を弱めたり、新規参入障壁を高めるために行われる価格差別は、禁止されてきた。⁶¹これは、異なる価格のうち、低価格が競争を制限することを捉えたものである。⁶²personalized pricingが可能になれば、費用割れ価格で供給を続けた場合に行業者がこうむる損失を、高い価格で補填することが可能となる。⁶³他方で、消費者向けの価格差別によって、高価格供給が競争を制限する(競争者の競争力を損なう)ことは考えにくそうである。そこで、価格差別によって設定された高価格を根拠に規制する場合には、優越的地位の濫用による規制を考えることになる。

(ii) 優越的地位の濫用としての規制

personalized pricingが技術的に可能であるとしても、競争にさらされている企業なら、独占的高価格をつけられない。優越的地位の濫用に該当しうるのは、消費者にとって他に取引先を選べないような状況で設定される不当な高価格である。また、価格差別は他の顧客に対して低価格でも供給しているから、そちらも含めて評価しなければならないという難しさがある。⁶⁴従って、濫用行為に当たるというためには、(ア)費用格差でほとんど説明できない価格差(狭義の価格差別)であり、かつ(イ)低価格販売で顧客を増やすために必要な程度を越えた高価格販売であることを論じる必要がある。欧州では独占的企業による高価格規制の態度を強める傾向にある⁶⁵が、価格差別においては慎重な判断が必要かもしれない。

IV 差別・価格差別の予防(個人情報等の利用制限)

ビッグデータ・ビジネスが差別のリスクを生じさせるのは、個人情報を用いて個人の適格性評価が行われる場面であることを既に見た(II章3(2))。個人情報の利用が、差別・価格差別が行われる発端であるならば、個人情報等(個人情報及びcookie等の個人に関する情報⁶⁶)を使わせなくすることで、差別・価格差別を予防・回避することはできないであろうか。

1 個人に関する情報の利用の技術的回避

価格差別の文脈においては、cookieがしばしば論じられてきた。cookieとは、各ウェブサイトのコンテンツにアクセスしているのが、同一ブラウザか否かを判別するために、ウェブサイト側がブラウザに発行する(保存するよう指令する)固有のID情報(テキストファイル)のことである。cookieはインターネット上の通信プロトコル(HTTP)の仕様ゆえに、ブラウザの同一性を識別するために必要とされる。⁶⁷cookieを使えばあるブラウザがウェブサイトにアクセス済みであることの確認ができるし、ユーザーの名前等に関するデータベースを照合すれば、買い物かごを保持したり、ロ

⁶⁰ ビッグデータ・ビジネスとの関係で価格差別を捉えるために、消費者向け価格差別に限定している。事業者向け価格差別は、忠誠リベートやマージンスクイズとして現われる(Roundtable on "Price Discrimination": Note by the United States, DAF/COMP/WD(2016)69, at 5 [hereinafter Note by the US])ほか、差別対価や取引拒絶でも規制されうる。

⁶¹ 北国新聞社事件・東京高決昭和32年3月18日行集8巻3号443頁審決集11巻302頁(新聞業における不公正な取引方法の3に該当する)、(株)有線ブロードネットワークスほか1名に対する件・勧告審決平成16年10月13日審決集51巻518頁(私的独占に該当する)。

⁶² 欧米でも基本的に同じ立場が取られている。

⁶³ Note by the US, at 4-5.

⁶⁴ Note by the US, at 3-4 は、適法な独占者に独占の果実を否定することは、リスクを取ってイノベーションする誘因を失わせるという、聞き馴染みのある理屈を展開して、高価格規制はできないとするが、これは personalized pricing を独占的価格設定(単一高価格)と同視したものであって、議論としては雑である。

⁶⁵ 例えば Alex Schofield, Personalized Pricing in the Digital Era, 18 Competition L.J. 35, 38 & 39 (2019).

⁶⁶ 完全価格差別を行うためには cookie の情報だけでは足りないだろうが、それ以外の価格差別であれば cookie で十分であろう。

⁶⁷ 網野衛二「Web アクセスってどんなの?」日経 NETWORK2017.12号54-55頁。

グイン名を表示することができる。⁶⁸

経済学では、オンライン販売業者がcookieを使うことにより、購入履歴のある消費者と購入履歴のない消費者を価格差別できることを前提にしたうえで、cookieを削除する消費者が存在してもなお価格差別が売り手にとって利益になる条件が分析されてきた。⁶⁹本節では、経済学の議論には立ち入らず、クッキーの削除が個人の「分類」を回避するという意味でどれだけ有効であるかを論じる。ここで個人の分類という表現を使っているのは、完全価格差別を行うのでなければ、必ずしも特定個人を識別できる必要はなく(個人情報を入力する必要はなく)、支払意欲の高い顧客と支払意欲の低い顧客を区別できれば足りるという趣旨である。

cookieを削除することでブラウザの同一性を分からなくさせることには、費用面での限界と技術的な限界がある。費用面での限界としては、手間暇がかかるということである。電子商取引において注文をするためにメールアドレスの入力が必須ならば、新規購入者のふりをするために、常に別のアドレスを獲得し続けなければならない。技術的な限界としては、売り手のウェブサイトがcookieを使わなくてもブラウザの同一性を特定できる技術を使っている場合には、個人情報の利用を回避できない。例えばamazonでは、cookieを受け付けない設定でも買い物かごを利用できたという記事がある。⁷⁰また、ブラウザを通じて端末の多数の情報(使用言語、メモリ、CPUコア数、画面サイズ、タイムゾーン、OS、ブラウザのプラグイン、フォント等)を収集し、そこからハッシュ値を作って特定するブラウザフィンガープリントも一般に利用できる。⁷¹ユーザーが使用しているブラウザが、これらの技術をどれだけブロックできるかにより、個人が分類を回避できるか否かは変わってくる。最後に、ウェブサイト側がブラウザの仕様を利用してcookieを取得する場合には、ユーザーには対処できない(後出注 92 の 2012 年のGoogleのケース)。

2 個人情報保護法

個人情報保護法は、個人情報を取り扱う事業者(個人情報取扱事業者⁷²)に対して一定の義務を課すと共に、情報主である本人が、自らの個人情報について個人情報取扱事業者に対して請求できる権利を定めている。なお、個人情報とは、生存する個人に関する情報であつて、「特定の個人を識別することができるもの」(2条1項1号)または生存する個人に関する個人識別符号(2条1項2号)であり、本人の氏名はそれだけで個人情報に該当するとされている。⁷³

(1) 個人情報取扱事業者の義務

(i) 個人情報の取得方法の制限(17条)

第1に、偽りその他不正の手段による個人情報の取得は禁止される(17条1項)。積極的に偽って個人情報を取得する行為のほか、隠し撮り(録り)に相当する行為も不正手段による取得に該当しうる。⁷⁴

⁶⁸ 同一人物が同じパソコンで同じサイトにアクセスしても、ブラウザが異なれば異なるcookieが発行される。リクナビDMPフォロー(注16に対応する本文を参照)では、2019年2月以前には、顧客企業によるアンケートで得られる学生のcookieについて、リクナビ側もcookieを取得できるタグを埋め込むことで、ブラウザの同一性を特定できるようにしていた。しかし、学生が複数の端末を使えばcookieの突き合わせできる数が少なくなるため、顧客企業が学生の氏名等の個人情報を提供する方式に変えたとされている。大豆生田崇志「リクナビ問題で初の是正勧告」日経コンピュータ2019.09.05号10-11頁、浅川直輝「リクナビ問題、行政指導へなぜ「脱法」が違法になったのか」日経コンピュータ2019.09.19号12頁。

⁶⁹ Alessandro Acquisti & Hal Varian, *Conditioning Prices on Purchase History*, 24 *Mark. Sci.* 367, 372-374 (2005); Paul Belleflamme, *Versioning in the Information Economy: Theory and Applications*, 51 *CESifo Econ. Stud.* 329, 351-355 (2005)。これ以降の論文を含むサーベイは、Zhijun Chen et al., *Competitive Personalized Pricing (forthcoming)*でも紹介されている。クッキーを削除する消費者が存在する方がむしろ価格差別は行われて効率性も下がるという分析結果(Chen et al 論文)も出ており、今後の研究の蓄積が注目される。

⁷⁰ 服部彩子・田村奈央「とことん Cookie 技術解説」日経パソコン2005.06.27号103-104頁。

⁷¹ 新里祐教「ブラウザフィンガープリントがスゴイ」日経ソフトウェア2019.03号69-70頁。

⁷² 個人情報データベース等を事業の用に供している民間事業者の事(個人情報保護法律2条5項)である。「特定の個人情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したもの」(2条4項1号)を利用していなければ、個人情報保護法の適用を受けない。

⁷³ 「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)」5頁。

⁷⁴ JapanTaxi株式会社に対する個人情報保護委員会の指導(2019.09.17)では、「タクシー車内に設置したタブレット端末付属のカメラを用いてタクシー利用者の顔画像を撮影して広告配信に利用しているが、その旨をタクシー利

第2に、要配慮個人情報をあらかじめ本人の同意なしに取得することが禁止されている(17条2項)。要配慮個人情報とは、本人の人種、信条、社会的身分、病歴、犯罪の経歴、犯罪により害を被った事実その他本人に対する不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要する個人情報(2条3項及び個人情報の保護に関する法律施行令2条)のことである。同意が不要な場合は17条2項各号に定められている。

(ii) 利用目的の通知・公表義務(18条)

個人情報取扱事業者は、個人情報を取得した場合は、あらかじめその利用目的を公表している場合を除き、速やかに、その利用目的を、本人に通知し、又は公表しなければならない(18条1項)。「公表」とは、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などで足りるとされている。⁷⁵通知によらず公表でも足りる理由としては、「既に膨大な個人情報が流通し、様々な形で利用されている社会実態に照らせば、あらゆる場合に利用目的を個別に直接本人に通知することは、事業者側の負担が膨大であるだけでなく、必ずしも本人にとって合理的であるとは言えないことによる。」と説明されている。⁷⁶

ただし、「本人との間で契約を締結することに伴って契約書その他の書面(電磁的記録を含む。以下この項において同じ。)に記載された当該本人の個人情報を取得する場合その他本人から直接書面に記載された当該本人の個人情報を取得する場合は、あらかじめ、本人に対し、その利用目的を明示しなければならない。」(18条2項)とされる。ガイドラインは具体例として、「契約書や懸賞応募はがき等の書面等による記載、ユーザー入力画面への打ち込み等の電磁的記録により、直接本人から個人情報を取得する場合」「アンケートに記載された個人情報を直接本人から取得する場合」を挙げている。⁷⁷この規定は実は重要である。(i)で見たように、現行法では個人情報を取得するために、事前に本人の同意を得る必要があるのは、要配慮個人情報だけである。しかし、18条2項により利用目的に関するプライバシーポリシーが示される場合には、通常は取得に対する事前の同意が得られていると考えられるからである。

(iii) 利用目的を超えた利用の制限(16条)

個人情報取扱事業者は、あらかじめ本人の同意を得ないで、利用目的の達成に必要な範囲を超えて個人情報を取り扱ってはならない(16条1項)。

(iv) 本人の同意なしに第三者に提供することの原則的制限(23条1項)

23条1項違反とされた例として、リクルートキャリアに対する二度の勧告がある。リクナビDMPフォロー(2019年3月以降のもの)の提供は、26,060人の会員学生に対して、第三者(顧客企業)提供への同意を得る機会が与えられないまま行われたとされる。⁷⁸

個人情報の第三者提供については、オプトアウト方式(23条2項)が認められていることが重要である。第三者提供に関する事項を、「本人に通知し、又は本人が容易に知り得る状態に置くとともに、個人情報保護委員会に届け出たときは」、本人による事前の同意がなくても、要配慮個人情報を除き第三者提供が可能である。

(v) 安全管理措置(20条)

個人情報取扱事業者は、個人データ(個人情報データベース等に含まれる個人情報)の漏えい、滅失又はき損の防止等、個人データの安全管理のために必要かつ適切な措置を講じなければならない。リクナビ事件の最初の

用者に対して十分に告知していなかった。」ことから、指導が行われた。しかし、顔画像の性別判定をしているだけであれば、「特定の個人情報を…検索することができる」という個人情報データベース等の定義(前出注72)を満たさず、個人情報保護法の適用を受けないのではないか。従って本件は、文言上は無理のある法の解釈適用であった。根本的な問題は、2条4項の定義が狭すぎることにあろう。個人情報を事業に利用する目的であれば、データベースであろうとなかろうと個人情報保護法の適用はあると考えざるを得ず、またそれが一般国民の想定なのではないか。

⁷⁵ 「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)」23頁。

⁷⁶ 園部逸夫、藤原静雄編『個人情報保護法の解説 第二次改訂版』157頁(ぎょうせい、2018年)。

⁷⁷ 「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)」37頁。18条2項のように「契約を締結することに伴って」という文言を使った法令は他に存在せず、あえてこの言葉遣いを選んだ趣旨は不明だが、ガイドラインの挙げる具体例から考える限り、個人情報を提供する契約を幅広く取り込むように解釈してよい文言であろう。

⁷⁸ 株式会社リクルートキャリアに対する勧告等について(令和元年8月26日)及び株式会社リクルートキャリアに対する勧告等について(令和元年12月4日)。後者の勧告は、学生の個人情報を提供していた顧客企業も勧告対象に含まれている。2019年2月以前の枠組みについては、前出注68のほか後出注87に対応する本文を参照。

勧告では 20 条違反ともされている。

(2) 本人が個人情報取扱事業者に対して請求できる権利(28 条～30 条)

本人は、当該本人が識別される個人情報の開示を請求できる(28 条 1 項)ほか、個人情報の内容が事実でないとき⁷⁹は、内容の訂正、追加又は削除を請求することができる(29 条 1 項)。さらに、本人は、個人情報が 16 条違反(利用目的を超えた利用)または 17 条違反(不正手段による取得、要配慮個人情報の同意なき取得)によって取得された場合には、個人情報の利用の停止又は消去⁸⁰を請求することができる(30 条 1 項)。

(3) 差別・価格差別の予防になるか

以上、駆け足で個人情報保護法による規律を見てきたが、これらの規制ないし権利は、差別・価格差別を回避するように個人情報のコントロールを可能にするだろうか。まず個人情報取扱事業者の義務から見ると、(i)偽りその他不正手段による個人情報の取得がなされる場合には、通常本人はそれに気付かないから、予防はできない。他方、要配慮個人情報の取得は予めの同意が必要であるから、あからさまに差別的な目的で個人情報が取得されることを予防することはできる。また、要配慮個人情報以外でも、直接本人から個人情報を取得する際に要求される利用目的の明示(18 条 2 項)は、明確に書かれたプライバシーポリシーを見せられることにより、冷静になって個人情報の提供をコントロールする機会を与えられることになろう。⁸¹もともと、そこで回避できる差別・価格差別はあからさまなものに限られるだろう。(ii)利用目的の通知・公表及び(iv)第三者提供の制限は、これらの規律だけでは自分の個人情報が誰に利用されているのかを知り得ないという、そもそもの問題がある。自分の個人情報を誰が分析しているのか知らなければ、差別や価格差別に利用されないように個人情報をコントロールすることができる範囲も限られる。最後に、(iii)利用目的を超えた利用の制限は、利用目的内での差別及び価格差別にはそもそも対応できないという問題がある。

次に、本人が請求できる権利についてであるが、開示・訂正・利用停止のいずれの請求も、差別を回避することにはつながらないように思われる。繰り返しになるが、ビッグデータ・ビジネスが差別のリスクを生じさせる局面では、個人情報を用いて個人の適格性が評価されていた。とりわけ雇用、与信・融資、教育は、契約関係の局面でもあり、相手方が契約を結ぶか(維持するか)否かを定めるための正当な考慮事由(リスク評価要因など)に関する個人情報は提供せざるをえない。となると、個人情報の提供をコントロールすることで差別を回避するのは現実的には難しいだろう。また、価格差別につながるような個人情報の利用を、開示、訂正、利用停止の請求によって制限することも、現行法の規定の下では困難である。

以上の分析は、現行法規定を差別・価格差別の観点から評価してみただけであり、このような観点をもっと強化して法改正すべきであるという趣旨は含んでいない。⁸²

V 個人情報保護法を補完する法律

わが国の個人情報保護法は独占禁止法や景表法に比べると、課徴金がなく、刑事罰も弱く、措置命令や中止命令が取られた事例もない。他方で、個人情報保護に関する一般法を連邦レベルで持っていない米国に目を転じると、米国では、日本で言うところの景表法違反(不当表示)にあたる行為として、個人情報の不適切な取得・利用を

⁷⁹ 従って、評価の訂正を求めることはできない。「個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン」及び「個人データの漏えい等の事案が発生した場合等の対応について」に関する Q&A」Q6-11。

⁸⁰ 消去には、当該データを削除することのほか、特定の個人を識別できないようにすることが含まれる。「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)」41 頁。

⁸¹ privacy paradox(プライバシーに関する態度と行動が一致しないこと。Patricia Norberg et al., *The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors*, 41 J. Consum. Aff. 100, 115 (2007)を参照)を前提とすれば、これでも効果は限られるという主張もあろう。

⁸² なお、2019 年 5 月 17 日開催の第 105 回個人情報保護委員会では、差別(個人の選別)禁止を法目的に取り込むべきかが議論された。

事実上規制してきた。すなわち、FTC法5条⁸³に違反するa deceptive act or practiceであるとしている。これらの事例は、いずれもFTCの同意命令で終わっており、事実認定されているわけではない(従って、以下での紹介は訴状で主張された内容を前提にせざるを得ない)。しかし、これらの事例は、個人情報保護法違反の行為が、景表法違反(5条1号違反の優良誤認表示⁸⁴)にもなりうることを示す点で、法体系の異なるわが国にも重要な意義を持っていると思われる。以下では、日本の個人情報保護法に照らして違反行為を性格付け、FTC法5条違反とされた行為を紹介していく(1節)。また、わが国では独占禁止法を個人情報保護法の違反行為に適用していくことが主張されているので、それも検討する(2節)。

1 景表法

(1) 個人情報の利用目的を超えた利用: Google (2011)⁸⁵

訴状によると、GoogleはGmailサービスのプライバシーポリシーで、目的外利用については事前の同意を得ると表明していた。にもかかわらず、2010年に開始したGoogle Buzz(Gmail内部のSNS)において、Gmailユーザーの個人情報(名前、メールアドレス)を用いて、同意を求める機会をユーザーに与えることなく、Gmailユーザーをお互いのフォロワーに設定した。このとき最もよくメールする相手をフォロワーに自動的に設定したため、医師や弁護士と連絡をとっていることなど、秘密にしたい情報が他人に知られるなどの批判が寄せられた。

注目すべきは同意命令の内容である。Googleは不実表示の禁止、プライバシー保護プログラムの構築、プライバシー保護プログラムの第三者による2年ごとの評価、が命じられた。しかも、この同意命令は訴状提出から20年間効力を持つとされた。Googleの影響力や持続可能性を考慮して、極めて長期間の監督を命じたのかもしれない。

(2) 本人の同意なき第三者提供: Myspace (2012)⁸⁶

Myspaceは音楽コンテンツを売りにしていたSNSである。訴状によると、Myspaceはプライバシーポリシーにおいて、個人識別情報(PII)を第三者に提供する前に、本人の同意を得ることを表明していた。しかしながら実際にはMyspaceの関連会社(Fox Audience Network)が、ユーザーのID(Friend ID)、年齢、性別の情報を広告主に提供しており、またFox Audience NetworkがRubicon(広告枠の販売業者)に買収されて以降は、Rubiconに対してFriend ID、年齢、性別に関する暗号情報を解読する手段を提供していた。提供された情報自体は日本法では個人情報にあたりそうにないように見える。しかし、次のような事情があった。Myspaceはプロフィール写真、性別、年齢等はプライバシーポリシーの対象ではなかった。ユーザーのページは、www.myspace.com/の後にFriend IDを加えたものであったため、ユーザーのFriend登録をした者でなくても、これらの情報を見ることができた。なお本名のみは非公開の設定ができたが、設定を変えずにいたために実名が公開されていたのは、ユーザー全体の約84%だった。このような事情から、Friend IDの提供を受けた者は、容易に個人情報にアクセスできたのである。

この事案はリクナビにおける内定辞退率の提供に似ている。提供対象そのもの(契約企業が付与していた応募者の管理IDと内定辞退率)は個人情報には当たらないが、提供元でも提供先でも(他の情報と組み合わせられることにより)個人情報になっていた。⁸⁷個人情報保護法23条1項は、このような場合に適用がないという読み方がされてもおかしくないような規定になっており⁸⁸、提供元でも提供先でも個人情報となる個人に関する情報は、第三者提供との関係では個人情報とみなす規定を設けてもよいかもしれない。⁸⁹

⁸³ 15 U.S.C. §45(a)(1).

⁸⁴ 取引条件の有利誤認表示(5条2号)にあたる余地もあるが、本稿ではこれ以上の議論はしない。

⁸⁵ In the Matter of Google, Inc., FTC File No. 102 3136 (2011).

⁸⁶ In the Matter of Myspace LLC, FTC File No. 102 3058 (2012). 同様の事件として、In the Matter of Facebook, Inc., FTC File No. 092 3184 (2011)がある。

⁸⁷ 『リクナビ DMP フォロー』の法的な不備とその影響範囲 <https://www.recruitcareer.co.jp/r-dmpf/05/> によると、2019年2月以前の枠組みでも、一部の契約企業から個人情報を取得していたという。

⁸⁸ リクルートキャリアに対する二度目の勧告では、特定の個人を識別しない形での分析・提供について、「内定辞退率の提供を受けた企業側において特定の個人を識別できることを知りながら、提供する側では特定の個人を識別できないとして、個人データの第三者提供の同意取得を回避しており、法の趣旨を潜脱した極めて不適切なサービスを行っていた。」とされた。株式会社リクルートキャリアに対する勧告等について(令和元年12月4日)。

⁸⁹ ここまで限定を加えずとも、第三者提供の目的からみて、提供先で特定個人を識別できなければ意味がない場

(3) セキュリティー対策の不備: Twitter (2011)⁹⁰

Twitterは、プライバシーポリシーの中で、ユーザーの個人識別情報を権限のないアクセスから守るための措置を講じていると表明していた。しかしながらTwitterの社員が管理用に使うパスワードのセキュリティー対策が弱かった⁹¹ために、システムに侵入され、非公開のユーザー情報や非公開ツイートにアクセスされた。乗っ取られたアカウントもあり、詐欺的なツイートがなされた。同意命令では不実表示の禁止のほか、情報セキュリティープログラムの構築及びセキュリティープログラムの第三者による2年ごとの評価も命じられており、同意命令はやはり20年間効力を持つ。

(4) ブラウザの仕様を利用したcookieの取得: Google (2012)⁹²

訴状によると以下のような事実が主張された。GoogleはGoogleのサイトまたはGoogleの広告サービスを使うサイトを通じてDoubleClick Advertising Cookieを発行しており、これを使ってユーザーの検索・閲覧履歴を把握し、ユーザーが関心を持ちそうな分野を予測して、ターゲット広告を行っていた。AppleのSafariブラウザは初期設定においてthird-party cookies(この事例で言えば、Google(厳密にはdoubleclick.netドメイン)が発行する広告用のクッキーのこと)をブロックする設定になっている。しかしながら、Safariブラウザでは、ユーザーがウェブページ上の入力フォームに情報を入力した場合には、例外的にthird-party cookiesを受け入れるようになっていた。また、あるドメインからのクッキーを一度受け入れると、それ以降は同ドメインからのクッキーは常に受け入れることになっていた。

Googleはユーザーがターゲット広告を受け取らないためのopt out機能(Opt-out Plugin)をIE, Firefox, Chromeブラウザには提供していたが、Safariユーザーには必要ない旨を同プラグインのページで説明していた。また、Googleはそのプライバシーポリシーにおいて全てのユーザーに対し、opt-outを選ぶと、DoubleClick cookiesに基づくターゲット広告は提供せず、また新たにDoubleClick cookiesをブラウザに発行することもないと表示していた。しかしながら、SafariユーザーがGoogleサイトやGoogleの広告サービスを使っているウェブサイトを訪問すると、ユーザーがフォームに入力していることをSafariブラウザと密かに通信するコードを実行することにより、Initial Cookieを発行した。このcookieは、DoubleClick Advertising Cookieを発行するのと同じドメインから発行されているため、これらのユーザーは同ドメインのthird-party cookiesを受け入れることになり、Safariユーザーに、ターゲット広告が提供された。

本件で主張された行為はブラウザの仕様を利用したcookieの取得であり、このような行為がなされれば、cookieを削除しても個人のブラウザ上の行動履歴情報を管理することはできない。

本件の特筆すべき点はもう一つある。それは、日本の個人情報保護法(2019年12月時点)によれば、それ単体では個人情報ではないcookie⁹³についても、その不正な取得について、景表法であれば規制できることである。景表法では、表示と事実が異なっており、それが一般消費者の誤認をひきおこすものであれば違反となり、取得された情報が個人情報か否かは問わないからである。⁹⁴

2 独占禁止法

合には、23条1項を適用すべきという意見もあろう。しかし、扱っている情報自体が個人情報でない場合には、分析企業自身が、個人情報取扱事業者(前出注72)であるとの認識を持ちにくい(そもそも個人情報取扱事業者に該当しないとも考えられる)ため、慎重な条文化が求められよう。

⁹⁰ In the Matter of Twitter, Inc., FTC File No. 092 3093 (2011).

⁹¹ パスワードは推測されやすく(辞書に載っている単語だったとされる)、管理用のウェブページは別に用意されておらず、社員のほとんど全員が使えるものだったという。

⁹² United States v. Google Inc. (N.D. Cal. 2012).

⁹³ そもそも論からすれば、ターゲット広告配信業者の目的からして、配信の相手方を特定個人として特定する必要はなく、「…が好きな誰かさん」であることが分かるだけで十分なはずである。FTCはthe Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)に基づく規則制定権限を使って、クッキー等の識別子や位置情報が、それら単独で個人識別情報(personal information)に該当するとしており、同法に基づいて民事罰を課す法適用を行っている。

⁹⁴ なおこの事件は、2011年の同意命令違反であるとされ、最終的にGoogleが2250万ドルの民事罰を支払う等の内容で和解が成立した。

(1) 排除型私的独占(独占禁止法 2 条 5 項が定義)

公正取引委員会の「業務提携に関する検討会報告書」は、「データの収集・集積に際し」、ネットワーク効果等(独占化・寡占化を進めやすい仕組み)「の発生やその仕組みについて」「不当に操作・増幅する」行為を行い、市場支配力を形成・維持・強化する場合には、排除行為による私的独占に該当することを述べる。⁹⁵このような行為の具体例として、「個人情報保護法等に照らして不当な方法により、又は、顧客の認知・行動上のバイアスやリテラシーの限界を悪用して、本来であれば当該顧客は提供しないデータを収集する手法」⁹⁶が挙げられている。

プラットフォーム企業による個人情報の収集(個人情報保護法に違反する行為でなくてもよい)を、排除行為として捉える趣旨のようである。排除行為とは、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するもの」であり、かつ、競争者の事業活動の継続を困難にさせたり、「市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つ」行為である。⁹⁷このような行為が競争者の競争力をどのようなメカニズムで損なうことになるか(排除行為の定義のうち、「かつ」より後の要件)、またこのような行為が正常な競争手段の範囲を逸脱する人為性を有するかを、個別事件ごとに立証することになるであろう。

(2) 優越的地位の濫用(独占禁止法 2 条 9 項 5 号が定義)

「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(令和元年 12 月 17 日公表。以下、単に「考え方」という。)では、プラットフォーム企業が、「ア 利用目的を消費者に知らせずに個人情報を取得すること。」「ウ 個人データの安全管理のために必要かつ適切な措置を講じずに、個人情報を取得すること。」が、優越的地位の濫用行為に当たるとの解釈を示した。しかしながら、このような考え方は、従来の解釈適用からは逸脱しており、解釈として誤りであろう。

第一に、これまで濫用行為は、優越的地位がなければ受け入れられないような行為に限定されてきた。つまり、濫用行為は「通常の企業行動からすれば当該取引の相手方が受け入れる合理性のないような行為」⁹⁸と性格付けられてきた。このような趣旨は、山陽マルナカ審決⁹⁹以降の審決(ラルズ¹⁰⁰、エディオン¹⁰¹)でも、「通常は何ら合理性のないこと」という表現で繰り返されている。これに対して、「考え方」で示された個人情報の取得(ア及びウ)は、優越的地位がなくても広範に行われうる行為である。優越的地位なしにこれらの行為が可能であるのならば、「取引上の地位が相手方に優越していることを利用して」の要件も満たさないであろう。

第二に、優越的地位は、濫用行為を「受け入れざるを得ない」場合に認められるとされている。¹⁰²しかし、考え方で示された個人情報の取得(ア及びウ)は、密かに行われる行為が大部分であると考えられ、そもそも消費者が「これを受け入れざるを得ない」状況にあるとは言えない可能性が高い。

従って、「考え方」はガイドラインの名を借りた特別立法である。

もう一点、実際上の問題点がある。仮に優越的地位の濫用を適用しても、二面市場におけるプラットフォーム企業が、消費者に無料サービスを提供している場合には、課徴金を取れないのではないかという疑問である。優越的地位の濫用では「当該違反行為の相手方との間における…売上額」(20 条の 6)が課徴金の対象であり、無料サービスの場合に売上額を観念するのは困難である。これに比べると景表法では、「当該課徴金対象行為に係る商品又は役務の…売上額(8 条 1 項)」という表現であり、優越的地位の濫用の課徴金規定よりも売上額に関する解釈の余

⁹⁵ 公取委「業務提携に関する検討会報告書」(令和元年 7 月 10 日)第 6 の 2(2)ア(42 頁)。

⁹⁶ 同上第 6 の 3(3)ア。

⁹⁷ NTT 東日本事件・最二小判平成 22 年 12 月 17 日民集 64 卷 8 号 2067 頁、JASRAC 事件・最三小判平成 27 年 4 月 28 日民集 69 卷 3 号 518 頁。

⁹⁸ 日本トイザラス(株)に対する件・審判審決平成 27 年 6 月 4 日審決集 62 卷 119 頁。

⁹⁹ (株)山陽マルナカに対する件・審判審決平成 31 年 2 月 20 日。

¹⁰⁰ (株)ラルズに対する件・審判審決平成 31 年 3 月 25 日。

¹⁰¹ (株)エディオンに対する件・審判審決令和元年 10 月 2 日。

¹⁰² 優越的地位の濫用ガイドラインの定義によれば、「甲が取引先である乙に対して優越した地位にあるとは、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合である。」とされる。

地は広い。¹⁰³また、優越的地位の濫用の場合には、事業者が優越的地位に立つ消費者(相手方である消費者)の範囲及び濫用行為を受けた消費者の範囲を特定しなければならないという手間がかかる。課徴金制度の趣旨は、「不当表示行為者(事業者)に経済的不利益を課すことにより、事業者が不当表示を行う動機を失わせ、不当表示規制の抑止力を高めることによって不当表示を防止することにある。」¹⁰⁴こと、そして、無料サービスを提供された個人情報または個人に関する情報はそれを利用することで広告収入を得ていることからすれば、不当表示をしたプラットフォーム企業が利得を得ているのは確かである。両者を切り離しては無料サービスが成り立たない以上は、広告収入を無料サービスの売上額とみてこれに課徴金を課すのは、ありうる解釈ではなかろうか。

以上のように考えると、個人情報保護法違反に対して、独占禁止法よりもむしろ景表法を活用することの意義は高いように思われる(ただし、景表法の適用があるのはB2Cの事業者だけであり、アプリ開発業者等の事業者に対する不当表示への対処は、別途検討する必要がある)。

VI おわりに

本稿は、ビッグデータ・ビジネスに対して寄せられる差別・価格差別への懸念と、それへの対処を、法律に基づくものを中心に大まかな見取り図を示した。¹⁰⁵本稿から見えてくる今後のとるべき方向性(ビッグデータ・ビジネスとのつきあい方)とは、どのようなものだろうか。II章で紹介したビッグデータ・ビジネスのうち、個人の適格性評価を行っているビジネスは、必ずしも多くない。差別のリスクが高い領域は特定されているのだから、個人情報データを扱う部門や技術者に、領域を特定して注意喚起をすることが、意図せぬ差別を予防することになる。個人情報及び個人に関する情報の保護については、他社の提供する技術(の不備)を悪用した事例に注意する必要がある。Google(2012)事件及びFacebookのAPIを通じた個人情報の漏えいなどはこの例である。このような技術的不備や悪用可能性に関する情報を効率的に収集・分析する能力が、様々な当局に求められることになる。調査能力の高い公正取引委員会を中心に、このような専門技術の動向等を調査する能力を、新たに身に付ける必要があろう。アカデミアにおいては、自分の専門分野以外の知見を積極的に吸収し、かつ他の専門分野において優れた知見を持つ専門家を、自らの頭と目で識別できる人材が必要である。¹⁰⁶このような目利き力のある研究者が、他の分野の研究者だけでなく、分野によって専門のジャーナリストの協力を得て、研究を効率化する努力が求められる。本稿では、一般国民の認識と、法律の規定とが乖離していると思われる場面(顔画像の利用と個人情報データベース等の定義)¹⁰⁷にも接した。このような場合に両者を調整するのは、研究者の責務になりそうである。

本稿は公開情報のみに基づいてビッグデータ・ビジネスの現状を整理したが、ビッグデータでできることはまだ限られており、本当に成し遂げたいことを実現するには、ソフト・ハードの両面でさらなる技術革新が必要であるように思われる。人間が持つ特殊能力の一つと思われるものは、起こってもいない出来事を想像することである。ビッグデータ分析が、人間の優れた能力を活かす方向で発展することを祈りたい。

¹⁰³ 施行令が定める売上額の算定方法は、独占禁止法でも景表法でも大差はない(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律施行令30条1項及び不当景品類及び不当表示防止法施行令1条を参照)。しかし、施行令が似ているからといって、法律の条文に用いられた表現の違いを乗り越えることは許されないであろうから、景表法の方が解釈の余地が広いという違いは残る。

¹⁰⁴ 黒田岳士ほか編著『逐条解説平成26年11月改正景品表示法』37頁(商事法務、2015年)。

¹⁰⁵ 本稿で取り上げられていない論点も多岐にわたり、また本稿で取り上げたテーマに関する先行研究への言及もほとんどできなかった。これらは今後の課題としたい。なお、本稿の完成までに、大木良子、寺川祐一、中川寛子、稗貫俊文、松風宏幸、松島法明及び北海道大学経済法研究会の参加者から貴重な指摘・疑問を頂戴したことに感謝したい。

¹⁰⁶ 川濱教授は異分野の知見を(その分野への好き嫌いとは別に)積極的に研究に取り入れてこられた。川浜昇「『法と経済学』と法解釈の関係について(一)～(四・完)―批判的検討―」民商108巻6号820頁、109巻1号1頁、109巻2号207頁、109巻3号413頁(1993年)。この論文の真の凄さを思い知ったのは、留学中に行動主義法と経済学の授業(合計約24時間)を受けて帰国した後のことだった。日本語で書かれた論文であるが、世界的にみてもその先駆性は空前絶後の業績である。

¹⁰⁷ 前出注74を参照。

[追記]本稿は、科学研究費・基盤研究 B「寡占市場における個人情報活用と消費者による個人情報管理の経済理論分析」(代表者:松島法明)の研究成果の一部である。